

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Commissione giudicatrice - Composizione - Scelta dei commissari - Predeterminazione criteri di competenza e trasparenza - Presidente della Commissione - Necessità della qualifica dirigenziale - Non sussiste - Rotazione dei commissari - Obbligo - Sussiste.

Tar Toscana - Firenze, Sez. II, 18 novembre 2020, n. 1441

- in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, pag. 682, con nota di Federico Gaffuri, *La composizione delle Commissioni di gara*.

“[...] Ad avviso del Collegio tali norme [...] pongono l'accento sulla necessità che i commissari siano scelti in base a competenza e trasparenza, principi questi che sono imposti in termini cogenti; laddove, ove i principi stessi siano rispettati, non pare possa inferirsi la illegittimità dell'atto di nomina per via del solo motivo della mancata predeterminazione di criteri stessi [...]

Quanto alla necessaria qualifica dirigenziale del presidente delle Commissioni, essa è reclamata in applicazione del disposto di cui alla deliberazione ANAC n. 620 del 31.05.2016; osserva tuttavia il Collegio che, pur non negandosi l'autorevolezza dell'Autorità che ha emanato la suddetta deliberazione, non può tuttavia configurarsi una vera e propria valenza normativa, come tale giuridicamente vincolante per l'ordinamento generale, della suddetta tipologia di atti (deliberazioni dell'ANAC diverse dalle linee guida), in mancanza di norma primaria che attribuisca alle suddette deliberazioni forza cogente. Ne consegue che la sua violazione non può portare alla caducazione dell'atto gravato [...].

[...] il principio di rotazione tra i commissari, nella composizione della Commissione di gara, risulta fondato sulla previsione di norma primaria, di cui all'art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016 [...]; il suddetto principio ha tuttavia necessità di essere configurato nella sua dimensione operativa, in specie con riferimento alla durata temporale della preclusione di chi ha fatto parte della Commissione a far parte di altra Commissione in successiva procedura; in tal quadro può essere fatto riferimento a quanto disposto dalla richiamata deliberazione ANAC n. 620 del 2016, che prevede che il “commissario di gara non potrà ricoprire analogo incarico per un periodo di due anni dalla data relativa alla precedente nomina”; infatti con riferimento a questo specifico aspetto (rotazione) vi è un fondamento nella normativa primaria allo specifico principio, la disciplina ANAC assumendo quindi valore orientativo rispetto alla concreta operatività del dato normativo primario; ritiene il Collegio che il suddetto termine biennale risulti congruo [...].”

1 - Nel ricorso introduttivo del giudizio la I.T.C. – Interpreti e Traduttori in Cooperativa, Società Cooperativa espone quanto segue:

- in data 24 ottobre 2019, la Prefettura di Firenze ha indetto, con apposito bando, una gara ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016, in combinato disposto con l'art. 35, comma 1, lett. d) d.lgs. cit., finalizzata all'individuazione di un'impresa cui affidare il servizio di interpretariato in consecutiva e di traduzione a supporto dell'attività della Commissione Territoriale di Firenze, nell'ambito del riconoscimento della protezione internazionale;
- nel termine fissato dal disciplinare di gara pervenivano due domande di partecipazione per il servizio oggetto del bando, cioè quelle della- ITC Interpreti Traduttori in Cooperativa Società Cooperativa e quella di C.I.E.S. – Centro Informazione e Educazione allo Sviluppo – Onlus;
- la gara è stata aggiudicata alla C.I.E.S., con attribuzione di complessivi 100 punti, mentre la I.T.C., odierna ricorrente, ha conseguito il secondo posto in graduatoria, con il punteggio di 95,34, come da decreto del 27 luglio 2020 del Vice Prefetto Vicario, con il quale è stata approvata la correlata proposta di aggiudicazione, di cui al verbale della Commissione di gara del 1 luglio 2020;
- la I.T.C. ha formalizzato in data 31 luglio 2020 istanza di accesso agli atti e documenti di gara ex art. 76 d.lgs. 50/2016 ovvero ex artt. 22 e ss. L. 241/90, riscontrata con la nota della Prefettura del 12 agosto 2020, prot. in uscita 105897, inviata a mezzo pec in pari data, a corredo della quale venivano trasmessi - tra l'altro – il verbale della Commissione giudicatrice del 1 luglio 2020 e i relativi allegati, attinenti al confronto a coppie e al punteggio finale;
- è emerso che i tre commissari, in un range tra 0 e 1, hanno attribuito a I.T.C., rispettivamente, il punteggio di 0.6, 0.7 e 0.7, mentre a C.I.E.S. il punteggio di 0.7, 0.8 e 0.8;
- appurato che la Commissione giudicatrice era composta dagli stessi identici commissari della precedente gara d'appalto, avente medesimo oggetto e, in quel caso, aggiudicata alla I.T.C. , quest'ultima, con pec del 18.08.2020, chiedeva alla Prefettura di Firenze la trasmissione del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice per la gara di cui si discute, oltre che di tutti gli ulteriori atti ad esso connessi, collegati e consequenziali.

2 - In attesa della risposta all'istanza di accesso citata, parte ricorrente con il ricorso introduttivo del giudizio ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata e gli altri atti, come meglio in epigrafe indicati, articolando nei loro confronti la seguente complessa censura riferita alla composizione della commissione di gara: a) l'attuale normativa impone alla stazione appaltante di definire preventivamente delle regole di competenza e di trasparenza prima di procedere con le nomine delle commissioni di gara, cosa che non risulta essere avvenuta; b) non si scorge ragione alcuna che possa legittimare la nomina della stessa commissione per due gare consecutive, con medesimo oggetto e identici concorrenti, a scapito del principio di rotazione, previsto sia dall'ANAC che dalla normativa in materia (cfr. art 77 d.lgs. 50/2016), com'è invece avvenuto nel

caso di specie; c) in violazione della deliberazione ANAC n. 620/2016 il Presidente della Commissione giudicatrice deve essere selezionato tra il personale dirigente, laddove nulla emerge in tal senso in riferimento alla dott.ssa Alessandra Biagi, che, sulla base della scarsa documentazione che la riguarda, non risulta affatto in posizione apicale all'interno della Prefettura di Firenze, bensì mera componente dello sportello unico immigrazione, unitamente all'altro commissario, dott.ssa Laura Galgani, con la quale condivide l'ufficio, ciò che rappresenta un'ulteriore anomalia, in vista dell'imparziale giudizio richiesto alla commissione giudicatrice; per quanto concerne, infine, il commissario dott. Andrea Contino, non v'è traccia del suo nominativo all'interno del personale della Prefettura.

3 – Non si è costituita in giudizio la Prefettura di Firenze, mentre si è costituita in giudizio la controinteressata CIES Onlus. La controinteressata eccepisce la inammissibilità del gravame sia per difetto di notifica del ricorso, che è stata effettuata presso la sede della Prefettura di Firenze e non presso l'Avvocatura dello Stato, sia la carenza di interesse, non avendo la ricorrente in alcun modo evidenziato se, e in che termini, gli eventuali vizi di costituzione della commissione, dedotti in ricorso, abbiano determinato al ricorrente un concreto pregiudizio. Evidenzia inoltre che dai *curricula* dei componenti della commissione risulta una loro specifica e, peraltro, notevole competenza proprio nelle attività oggetto di gara e cioè la mediazione linguistica e nella gestione delle convocazioni dei richiedenti asilo e degli interpreti; livello di competenza che non è, ovviamente, facilmente rinvenibile all'interno del personale delle prefetture.

4 – Con ordinanza n. 528 del 2020 la Sezione ha respinto la domanda cautelare, evidenziando quanto segue: *“il ricorso avverso l'aggiudicazione promanante da organo dell'Amministrazione statale non è stato notificato all'Avvocatura dello Stato, domiciliataria ex lege delle Amministrazioni statali; non sussistono i presupposti per la remissione in termini, stante la non scusabilità del riferito errore di notificazione; risulta impregiudicata la valutazione di parte ricorrente in ordine alla impugnazione anche degli atti conosciuti dalla ricorrente medesima in data 14 settembre 2020, alla luce dell'interpretazione circa l'individuazione del dies a quo del termine di impugnazione dell'aggiudicazione di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2020”*

5 – Infatti, successivamente alla notifica del ricorso medesimo, avvenuta in data 11 settembre 2020, la Prefettura di Firenze, con pec del 14 settembre 2020, inviava all'odierna istante la nota dirigenziale, prot. n. 0118789, pur essa del 14 settembre 2020, la quale informava che *“si è provveduto, in data odierna, alla pubblicazione sul sito della Prefettura di Firenze del decreto di*

nomina della Commissione Giudicatrice, nonché dei curricula e delle dichiarazioni di incompatibilità dei componenti della stessa”.

6 - Parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti, con i quali impugna la nomina della commissione di gara e l’aggiudicazione, articolando nei confronti degli atti gravati le seguenti censure:

- ai fini della tempestività del ricorso richiama l’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, evidenziando come la composizione delle commissione di gara sia stata pubblicata solo dopo l’aggiudicazione, nonché la sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2020, la quale evidenzia che *“per la individuazione della decorrenza del termine per l’impugnazione, rileva anche l’art. 29, comma 1, ultima parte, del ‘secondo codice’, per il quale “i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”*; nel caso di specie, la *“data oggettivamente riscontrabile”* cui far decorrere i termini per l’impugnazione va individuata nel giorno 14 settembre 2020, ossia nel giorno dell’invio e della formulazione della predetta comunicazione dirigenziale;

- con un primo motivo si ribadiscono i vizi della composizione della Commissione di gara già evidenziati con il ricorso introduttivo e attinenti a: a) mancata predeterminazione dei criteri di competenza e trasparenza; b) adeguata competenza; c) difetto di rotazione, essendo stata nominata Commissione avente la stessa composizione di quella della precedente gara;

- con un secondo motivo si censura la violazione e falsa applicazione dei criteri generali formulati dall’ANAC con deliberazione n. 620 del 31.05.2016, anche con riferimento ai *curricula* dei componenti della Commissione giudicatrice, evidenziandosi in particolare la mancanza di qualifica dirigenziale in capo alla dr.ssa Biagi, il far parte dello stesso Ufficio della presidente nel caso della dr.ssa Galgani, la mancanza di specifica qualificazione del dr. Contino.

- con un terzo motivo, rilevato che non potevano sussistere nella specie motivi d’urgenza, posto che il servizio era svolto già in proroga dalla odierna deducente (che ben avrebbe potuto proseguire il lavoro sino all’aggiudicazione definitiva, a seguito della verifica dei requisiti, con successiva formalizzazione del contratto), appaiono in ogni caso obliolate nel caso dedotto in giudizio le chiare disposizioni che l’art. 32 in epigrafe dedica alla esecuzione in via d’urgenza; affidamento d’urgenza in essere dal 1° agosto 2020.

7 – La Prefettura di Firenze si è costituita in giudizio per resistere ai motivi aggiunti eccependone anche la tardività.

8 – Ai sensi dell’art. 25, comma 2, del decreto-legge n. 137 del 2020 la causa, chiamata alla camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 per la decisione cautelare, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito, ai sensi dell’art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti, senza avviso alle

parti, e senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, giusto il disposto dell'art. 25, comma 2, cit.

9 – Deve essere in primo luogo evidenziata la inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, essendo stato notificato non già all'Avvocatura dello Stato, come necessario essendo rivolto all'Amministrazione dello Stato, bensì alla Prefettura di Firenze presso la sua sede reale.

10 – Quanto ai motivi aggiunti, deve essere esaminata l'eccezione di tardività formulata dalla difesa erariale. Il Collegio ritiene che essa sia infondata con riferimento alla impugnazione riferita alla nomina della Commissione di gara, giacché proposta nel termine decadenziale dalla conoscenza del provvedimento di nomina della Commissione stessa, con conseguente possibilità di contestare il suddetto atto, anche con riferimento agli effetti che esso può avere sull'aggiudicazione della gara. Al contrario i motivi aggiunti risultano tardivi laddove gli stessi, segnatamente con il terzo motivo, mirano a censurare l'anticipata esecuzione del contratto, giacché elemento già noto alla parte ricorrente sin dalla proposizione del primo ricorso (cfr. doc. 6).

11 – Passando all'esame delle censure articolate avverso la composizione della Commissione di gara, esse risultano infondate, alla luce delle considerazioni che seguono.

11. 1 - Parte ricorrente invoca in primo luogo la mancata predeterminazione di regole di competenza e trasparenza, per la nomina della commissione di gara. A tal fine invoca, da un lato, l'art. 1, comma 1, lett. c) del decreto-legge n. 32 del 2019, a mente del quale resta fermo *"l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante"*; dall'altro l'art. 216, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui *"fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante"*. Ad avviso del Collegio tali norme, tuttavia, pongono l'accento sulla necessità che i commissari siano scelti in base a competenza e trasparenza, principi questi che sono imposti in termini cogenti; laddove, ove i principi stessi siano rispettati, non pare possa inferirsi la illegittimità dell'atto di nomina per via del solo motivo della mancata predeterminazione di criteri stessi; in termini si è espresso il Consiglio di Stato, evidenziando che *"Il Collegio ritiene che, sebbene sia preferibile la previa incorporazione delle regole di procedure in un atto fonte della stazione appaltante, l'operato non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole"* (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4865).

11.2 – Quanto alla necessaria qualifica dirigenziale del presidente della Commissione, essa è reclamata in applicazione del disposto di cui alla deliberazione ANAC n. 620 del 31.05.2016; osserva tuttavia il Collegio che, pur non negandosi l'autorevolezza dell'Autorità che ha emanato la suddetta deliberazione, non può tuttavia configurarsi una vera e propria valenza normativa, come tale giuridicamente vincolante per l'ordinamento generale, della suddetta tipologia di atti (deliberazioni dell'ANAC diverse dalle linee guida), in mancanza di norma primaria che attribuisca alle suddette deliberazione forza cogente. Ne consegue che la sua violazione non può portare alla caducazione dell'atto gravato.

11.3 – Quanto alla violazione del principio di rotazione, parte ricorrente mette in evidenza che l'attuale composizione della Commissione di gara, di cui al decreto di nomina del 19 giugno 2020, prot. n. 81031, sia del tutto uguale alla composizione della Commissione in altra gara, cui la stessa ricorrente ha partecipato, di cui al decreto del 19 giugno 2018, prot. n. 78159. Osserva il Collegio che in effetti il principio di rotazione tra i commissari, nella composizione della Commissione di gara, risulta fondato sulla previsione di norma primaria, di cui all'art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016 (ancorché allo stato sospeso dal decreto-legge 32 del 2019); il suddetto principio ha tuttavia necessità di essere configurato nella sua dimensione operativa, in specie con riferimento alla durata temporale della preclusione di chi ha fatto parte della Commissione a far parte di altra Commissione in successiva procedura; in tal quadro può essere fatto riferimento a quanto disposto dalla richiamata deliberazione ANAC n. 620 del 2016, che prevede che il “*commissario di gara non potrà ricoprire analogo incarico per un periodo di due anni dalla data relativa alla precedente nomina*”; infatti con riferimento a questo specifico aspetto (rotazione) vi è un fondamento nella normativa primaria allo specifico principio, la disciplina ANAC assumendo quindi valore orientativo rispetto alla concreta operatività del dato normativo primario; ritiene il Collegio che il suddetto termine biennale risulti congruo; nella specie la composizione della Commissione contestata segue di due anni la nomina della precedente Commissione, con l'effetto che non risulta fondata la censura in esame.

11.4 – Quanto alla competenza dei membri della Commissione è necessario evidenziare che essi erano chiamata a valutare il requisito qualitativo delle offerte attinente alla “*ottimizzazione delle modalità organizzative dei singoli concorrenti*”; l'esame dei curricula del commissari evidenzia che, rispetto al suddetto compito, essi erano dotato di idonea esperienza, maturata con il servizio presso l'Ufficio Immigrazione oltre che attraverso il pregresso espletamento di analoghe gare in anni passati.

12 – In conclusione il ricorso introduttivo del giudizio deve essere dichiarato inammissibile, mentre i motivi aggiunti devono essere in parte dichiarati tardivi e in parte respinti, con spese a carico di parte ricorrente, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti, così dispone:

- dichiara inammissibile il ricorso introduttivo del giudizio;
- in parte dichiara tardivi e in parte respinge i motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 2.000,00 a favore della Prefettura di Firenze e in € 2.000,00 a favore della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza, secondo quanto disposto dagli articoli 25 del decreto-legge n. 137 del 2020 e 4 del decreto-legge n. 28 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere