

**APPALTI: Gara - Commissione giudicatrice - Componenti - Incompatibilità ex art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016 - Casi in cui si configura - Individuazione.**

**Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 11 luglio 2022, n. 1658**

*“[...] L’art. 77 comma 4 D. Lgs. 50/2016 stabilisce che: «4. I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura».*

*Orbene, l’indirizzo giurisprudenziale maggioritario [...] interpreta la suddetta disposizione nel senso che l’incompatibilità a far parte della Commissione di gara riguarda soltanto i membri che abbiano materialmente, sostanzialmente ed effettivamente predisposto, o quanto meno contribuito a predisporre, il contenuto della lex specialis. La ratio della norma viene infatti individuata nella necessità di evitare che chi abbia formato le regole della gara, sia altresì chiamato ad applicarle [...]. Affinché sussista l’incompatibilità, non è dunque sufficiente che il coinvolgimento del commissario nella redazione della legge di gara si estrinsechi in un apporto meramente formale (approvazione e/o sottoscrizione del frutto dell’altrui opera), ma è necessario che ci sia la sostanziale riconducibilità della stessa all’attività intellettuale, valutativa e professionale concretamente espletata dal membro della Commissione [...]”.*

**FATTO**

1. Con Determinazione Dirigenziale n. 63709 del 12 luglio 2021 la Dott.ssa Ivana Dello Iacono, dirigente del Settore 3-Scuola Politiche Giovanili e Sport del Comune di Pavia, approvava il bando di gara, il disciplinare di gara con la relativa modulistica allegata, il capitolato speciale e l’estratto del bando della gara per l’«*affidamento del servizio di ristorazione, a ridotto impatto ambientale, destinato alle utenze scolastiche ed altri utenti del Comune di Pavia*».

La medesima Dott.ssa Dello Iacono, con proprio provvedimento dell’11 ottobre 2021, nominava la Commissione di Gara, della quale facevano parte, oltre alla dirigente medesima in qualità di Presidente, i componenti esperti esterni Dott. Piero Ferrari e Dott. Massimo Artorige Giubilesi.

All’esito delle operazioni di gara, risultava prima classificata in graduatoria la società Dussmann Service S.r.l. con 99,97 punti, al secondo posto si collocava l’RTI Vivenda Spa – Solidarietà e Lavoro SC con un punteggio di 92,66 e, al terzo, Pellegrini S.p.a., che totalizzava 90,44 punti.

Con Determinazione dirigenziale n. 32 del 22 febbraio 2022 la gara veniva aggiudicata a Dussmann.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio Pellegrini S.p.a., terza classificata, impugnava l'aggiudicazione e gli ulteriori provvedimenti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, anche in sede monocratica, per i seguenti motivi:

I) «*Violazione degli art. 77, co. 4, D. Lgs. 50/16 – Violazione dei principi di buon andamento, concorrenza e imparzialità (artt. 3 e 97 Cost., art. 30 D. Lgs. 50/2016). Violazione per falsa applicazione dell'art. 107 del d.lgs. 267/2000*», con riferimento all'incompatibilità della Dott.ssa Dello Iacono quale membro della Commissione giudicatrice, avendo la stessa gestito tutte le fasi della procedura antecedente alla nomina e avendo approvato la predisposizione della *lex specialis*;

II) «*Violazione degli artt. 77, co. 6, D. Lgs. 50/16 – Violazione dell'art. 42 D. Lgs. 50/16 – Violazione dell'art. 7 del codice di comportamento dei dipendenti del Comune di Pavia – Violazione del principio di imparzialità- Violazione del principio di par condicio – Omessa motivazione*», relativo all'incompatibilità del Commissario esterno Dott. Massimo Artorige Giubilesi, in quanto già collaboratore del gruppo Dussmann e dunque in conflitto di interessi con una delle concorrenti;

III) «*Violazione dell'art. 77 D. Lgs. 50/2016 – Violazione dell'art. 8 del Regolamento per la disciplina dei contratti del Comune di Pavia – Violazione del principio dell'autovincolo*» per essere stata individuata una Commissione non ossequiosa dei criteri compositivi previsti dal Regolamento richiamato, e per essere stato adottato il relativo atto di nomina dalla Dirigente, mentre il Regolamento comunale prevedeva la relativa competenza in capo alla Giunta municipale.

3. La domanda cautelare ex art. 56 c.p.a. veniva accolta con decreto monocratico del Presidente della Sezione n. 309 dell'11 marzo 2022.

4. Con ricorso ex art. 43 c.p.a. depositato il 1° aprile 2022 la Pellegrini S.p.a. impugnava i provvedimenti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, per i seguenti motivi aggiunti:

IV) «*Motivo di ricorso (con riferimento ai criteri A.1 e A.3). Violazione degli art. 95, co. 6, D. Lgs. 50/2016 – Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità*», ove si denunciava la non obiettività dei criteri di valutazione A.2 e A.3 dell'offerta tecnica, e la violazione, per effetto degli stessi, del principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica;

V) «*Motivo di ricorso (con riferimento al criterio A.3). Violazione del principio di trasparenza. Violazione dell'art. 95 commi 1 e 14-bis, D. Lgs. 50/2016 – Violazione delle linee guida ANAC “di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti offerta economicamente più vantaggiosa”*» col quale si rilevava l'assenza di predeterminazione del criterio A.3 di valutazione dell'offerta tecnica.

Ai sensi dell'art. 116 c.p.a., Pellegrini chiedeva che venisse imposta alla Stazione appaltante l'ostensione di alcuni documenti.

Si costituivano in giudizio Vivenda, Società e Lavoro, Dussmann e il Comune di Pavia insistendo per la reiezione delle domande svolte da Pellegrini e, con riferimento all'Amministrazione e all'aggiudicataria, sollevando eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso principale (che, contestando l'atto di nomina della Commissione per un vizio genetico, avrebbe dovuto essere proposto immediatamente, e non dopo l'aggiudicazione) e dei motivi aggiunti (in quanto la *lex specialis* avrebbe dovuto essere oggetto di immediata contestazione); veniva altresì rilevata l'inammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio e dei motivi aggiunti (per la carenza di interesse all'impugnazione da parte della ricorrente, in quanto terza classificata impossibilitata a conseguire la richiesta aggiudicazione).

5. La domanda cautelare, trattata all'udienza camerale del 13 aprile 2022, era accolta con ordinanza n. 442/2022, che disponeva altresì la compensazione delle relative spese di lite.

La domanda *ex art.* 116 c.p.a., trattata alla camera di consiglio del 5 maggio 2022, veniva accolta con ordinanza collegiale n. 1115 del 13 maggio 2022, demandando al provvedimento definitivo del merito la decisione sulle spese di lite. L'Amministrazione ostendeva in seguito la documentazione richiesta.

All'udienza pubblica del 29 giugno 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Si prendono in esame, *in primis*, le eccezioni preliminari sollevate dalle parti intimiate con riferimento al ricorso introduttivo.

1.1. Quanto all'eccezione di tardività del gravame proposto avverso l'atto di nomina della Commissione di gara, ritiene il Collegio che la stessa non sia fondata.

È pur vero che la parte ricorrente censura il provvedimento *de quo* per la ritenuta sussistenza di vizi genetici, circostanza che secondo parte della giurisprudenza depone per la necessità di immediata impugnazione (TAR Lazio, II, 12450/2017; *ibidem* 12218/2019). Il Collegio ritiene tuttavia che sia da seguire la diversa e maggioritaria posizione secondo la quale la nomina non è idonea a ledere immediatamente l'interesse delle ditte partecipanti e ad imporre l'onere dell'immediata impugnazione. Si tratta invero di un atto endoprocedimentale nell'ambito della procedura selettiva del contraente, che come tale diviene impugnabile al momento dell'adozione del provvedimento conclusivo, da identificarsi con l'aggiudicazione della gara. In tal senso: «*Nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale; la nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima, solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si*

*esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato»* (Consiglio di Stato, V, 9 gennaio 2019 n. 193; cfr: Consiglio di Stato, III, 3 luglio 2018, n. 4054; T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 23 aprile 2019, n. 2248; T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 11 marzo 2019, n.742; TAR Campania, Salerno, I, 23 aprile 2021, n.1038; T.A.R. Molise, I, 6 agosto 2020, n. 231).

Il ricorso è dunque tempestivo e ricevibile.

1.2. Si prende ora in esame l'eccezione di difetto di interesse della ricorrente alla proposizione del ricorso principale, in quanto terza classificata e in assenza di censure idonee a escludere dalla gara le due concorrenti che la precedono in graduatoria, o a incidere sui relativi punteggi in modo da rendere possibile a Pellegrini il posizionamento al primo posto.

Ritiene il Collegio che l'interesse fatto valere in giudizio dalla Pellegrini S.p.a. con l'atto introduttivo della causa debba identificarsi con l'interesse strumentale alla reiterazione della gara, avendo la società proposto censure riguardanti la nomina della Commissione e l'intero operato di tale organo, come tali, per *ius receptum*, *ex se* idonee a travolgere l'intera procedura selettiva del contraente: *«Nelle gare pubbliche l'annullamento della nomina di un componente della commissione giudicatrice per violazione delle regole di cui all'art. 84 commi 4 e 10, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, comporta per illegittimità derivata, la nullità di tutti gli atti successivi della procedura di gara, fino all'aggiudicazione, e impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento»* (Consiglio di Stato, V, 4 novembre 2014 n. 5441).

Orbene, la giurisprudenza ha precisato che l'interesse strumentale può ritenersi concreto ed attuale e dunque idoneo a rendere ammissibile il ricorso solo ove sia ravvisabile, già dagli atti di causa, la concreta possibilità che l'Amministrazione, in caso di accoglimento del gravame, proceda alla riedizione della gara. In tal senso, con ricchezza di richiami giurisprudenziali: *«L'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., (da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a.) si estrinseca tradizionalmente negli essenziali caratteri della concretezza e della attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela. Ora, deve sempre rammentarsi che l'interesse legittimo che viene in considerazione nelle controversie in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici, anche se è interesse di tipo strumentale (in quanto mirante, come nel caso di specie, alla riedizione della gara "ex novo"), è pur sempre un interesse di tipo "pretensivo", giacché non è la rimozione degli atti di gara a determinare la realizzazione soddisfattiva di detto interesse che, al contrario, continuerebbe a rimanere frustrato ove alla caducazione della gara non segua la rinnovazione della procedura comparativa nella quale l'impresa interessata vede risorgere le proprie possibilità di aggiudicazione. [...] L'interesse*

*strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza solo a condizione che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta; esso deve cioè aderire in modo rigoroso e con carattere di immediatezza e di attualità all'oggetto del giudizio (Cons. St., IV, n. 3365 del 07 giugno 2012; n. 6151 del 22 nov. 2011; V, 2947 del 22 maggio 2012)» (TAR Lazio, Roma, I, 31 marzo 2022 n. 3668).*

Orbene, nella fattispecie oggetto di causa l'Amministrazione ha reiteratamente manifestato l'urgenza di individuare il fornitore del servizio di ristorazione per le utenze scolastiche, in vista della necessaria preparazione per la prossima stagione. Può dunque dirsi concreta la possibilità (ferma restando la discrezionalità amministrativa e la natura meramente prognostica ed endoprocessuale delle valutazioni qui svolte) che, in caso di annullamento degli atti di gara per illegittimità nella nomina della Commissione, il Comune provvederà ad espletare una nuova procedura selettiva per l'affidamento del medesimo servizio.

L'interesse a ricorrere è dunque sussistente, sia pure entro i limiti sopra descritti, con conseguente ammissibilità del ricorso iniziale.

2. Si procede allo scrutinio delle censure proposte con l'atto introduttivo del giudizio, che si appalesano infondate per le ragioni di seguito esposte.

2.1. Con il primo motivo di gravame viene censurata l'illegittimità della nomina della Commissione di gara per violazione dell'art. 77 comma 4 D. Lgs. 50/2016, per avere la dirigente dott.ssa Ivana Dello Iacono approvato la *lex specialis* della gara, e individuato se stessa in qualità di Presidente dell'organo valutatore.

L'art. 77 comma 4 D. Lgs. 50/2016 stabilisce che: «4. I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura».

Orbene, l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, cui il Collegio intende aderire, interpreta la suddetta disposizione nel senso che l'incompatibilità a far parte della Commissione di gara riguarda soltanto i membri che abbiano materialmente, sostanzialmente ed effettivamente predisposto, o quanto meno contribuito a predisporre, il contenuto della *lex specialis*. La *ratio* della norma viene infatti individuata nella necessità di evitare che chi abbia formato le regole della gara, sia altresì chiamato ad applicarle (in tal senso: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 maggio 2013, n. 13). Affinché sussista l'incompatibilità, non è dunque sufficiente che il coinvolgimento del commissario nella redazione della legge di gara si estrinsechi in un apporto meramente formale (approvazione e/o sottoscrizione del frutto dell'altrui opera), ma è necessario che ci sia la sostanziale

riconcucibilità della stessa all'attività intellettuale, valutativa e professionale concretamente espletata dal membro della Commissione.

In giurisprudenza si è in particolare affermato che: *«La fattispecie di incompatibilità posta dall'art. 77, comma 4, d.lg. n. 50/2016, risulta integrata nell'ipotesi di concentrazione, in capo alla stessa persona, delle attività di preparazione della documentazione di gara, implicante la definizione delle regole applicabili per la selezione del contraente e delle attività di valutazione delle offerte»* (C. Stato, VI, 8 novembre 2021 n. 7419); *«Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 è quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione giudicatrice, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta»* (TAR Sicilia, Catania, I, 14 ottobre 2019, n. 2377). Da ultimo, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire, in un caso in gran parte sovrapponibile all'odierna fattispecie di causa, che: *«Le garanzie di trasparenza e imparzialità nella conduzione di una gara d'appalto, oggi disciplinate dall'art. 77 del codice dei contratti, impediscono la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi. Tuttavia la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente. Per predisposizione materiale della legge di gara deve intendersi cioè non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'Amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082). In tal senso, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con riferimento all'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, ha evidenziato che la ratio della previsione è quella di conservare la distinzione tra i soggetti che hanno definito i contenuti e le regole della procedura e quelli che ne fanno applicazione nella fase di valutazione delle offerte. L'interesse pubblico rilevante è in particolare quello di assicurare “che la valutazione sia il più possibile “oggettiva” e cioè non “influenzata” dalle scelte che la hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara” (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13). Nel caso di specie, al contrario, non sono stati allegati elementi concreti per dimostrare che la presidente della commissione [...]*

*abbia svolto un ruolo attivo nell'elaborazione della disciplina di gara (diverso dalla verifica della regolarità giuridico – formale). Risulta, anzi, dalla determina a contrare (in atti) che il progetto relativo ai servizi da affidare è stato redatto da una società selezionata a seguito di gara, mentre i documenti di gara sono stati predisposti dal RUP, con il supporto esterno di altra società selezionata a seguito di procedura sul MEPA. Deve pertanto escludersi che la presidente della commissione giudicatrice si trovasse in una situazione di incompatibilità» (Consiglio di Stato, IV, 24 giugno 2022 n. 5201).*

Anche nel caso oggetto del giudizio la ricorrente non dimostrava alcun apporto sostanziale della dirigente Dello Iacono all'individuazione del contenuto della legge di gara, la cui predisposizione, come dimostrato dalla documentazione prodotta dalla parte resistente, era affidata alla ditta esterna Progetta la quale, durante la fase preparatoria degli atti, si interfacciava costantemente, direttamente e unicamente con il RUP, dott.ssa Roberta Forlini. Non è dunque provata l'incompatibilità della Dott.ssa Dello Iacono. Il motivo è pertanto infondato.

2.2. La seconda delle censure azionate da Pellegrini riguarda invece la figura del commissario esperto esterno dott. Giubilesi. Quest'ultimo, secondo la parte ricorrente, si troverebbe in conflitto di interessi in relazione alla posizione di Direttore Assicurazione Qualità, rivestita dal 1° febbraio 1996 al 31 gennaio 2000, in virtù di contratto di associazione in partecipazione, presso la società Pedus Partecipazioni S.r.l., holding del gruppo Dussmann.

Il conflitto di interessi, per i membri del seggio di gara, è disciplinato dall'art. 77 comma 6 D. Lgs. 50/2016, secondo cui: *«Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice. Sono altresì esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi».*

Le situazioni di conflitto di interesse tipizzate dalla normativa non paiono potersi ravvisare in capo al dottor Giubilesi. Lo stesso non risulta aver riportato condanne penali (art. 35 bis D. Lgs. 165/2001), né sono riscontrabili le situazioni descritte dall'art. 51 c.p.c., avendo il commissario espressamente dichiarato l'intervenuta definizione di tutti i rapporti debitori e creditizi con la società Pedus Partecipazioni S.p.a.

L'art. 42 comma 2 D. Lgs. 50/2016, espressamente richiamato dall'art. 77 comma 6 cit., stabilisce che: *«Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi*

*modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62». I casi di astensione obbligatoria di cui all'art. 7 del Regolamento recante il Codice di Comportamento dei Dipendenti Pubblici (D.P.R. 62/2013) sono individuati nei seguenti termini: «1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o Dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza».*

Ancora una volta le situazioni espressamente tipizzate (parentele, affinità, frequentazioni ecc.) dalle disposizioni sopra riportate non sussistono in capo al dottor Giubilesi, o quanto meno non sono state provate nel presente giudizio.

Cionondimeno, a parere della ricorrente, il suddetto esperto tecnico esterno si troverebbe in una condizione tale da compromettere la percezione esterna di imparzialità e indipendenza dello stesso, tipica del conflitto di interessi potenziale.

A parere del Collegio l'esperienza lavorativa del dottor Giubilesi presso Pedus, in quanto conclusasi da oltre venti anni, non è idonea a rappresentare, in termini attuali, una circostanza tale da minare l'indipendenza di giudizio del professionista o da rendere, comunque, percepibile all'esterno un'assenza di terzietà in capo al commissario. Nell'ambito del conflitto di interessi, anche potenziale, è invero necessario che la situazione dalla quale scaturisce la dedotta non imparzialità rivesta carattere di attualità, nel senso che deve essere tale da far scaturire, al tempo in cui la si censura, una (almeno percepita) parzialità di giudizio in capo al Commissario (Consiglio di Stato, III, 3 luglio 2018 n. 4054).

Nel caso che qui ci occupa, il pregresso rapporto di collaborazione del dottor Giubilesi è cessato da epoca talmente risalente da non poter essere ragionevolmente percepito, ad oggi, come causa di parzialità di giudizio; la circostanza deve conseguentemente ritenersi irrilevante quale causa di conflitto di interessi, tanto effettivo che potenziale.

La censura in esame si appalesa dunque infondata.

2.3. Parimenti destituito di fondamento è il terzo motivo di gravame, ove si contesta il numero dei membri e la composizione della Commissione di gara, nonché l'incompetenza del dirigente all'adozione dell'atto di nomina.

La ricorrente censura, in particolare, la violazione del Regolamento per la disciplina dei contratti del Comune di Pavia, che prevedeva che la Commissione di gara venisse nominata dalla Giunta Comunale, e fosse composta da tre dipendenti della P.A., oppure da tre dipendenti integrati da due esperti esterni. Nel caso oggetto di causa, al contrario, la commissione veniva nominata dal dirigente, ed è composta dal dirigente stesso, dipendente comunale, e due esperti esterni.

Orbene, in disparte la circostanza che il suddetto Regolamento veniva revocato dal Comune di Pavia con deliberazione di Consiglio n. 58 del 26 ottobre 2021 (posteriore sia alla determina a contrarre – luglio 2021 -, che all'atto di nomina della Commissione – datato 11 ottobre 2021-, dunque irrilevante nel presente giudizio), occorre evidenziare che il Regolamento *de quo*, improntato a un contesto normativo differente rispetto a quello attuale, si pone parzialmente in contrasto con le disposizioni sovraordinate di legge in vigore al tempo dell'adozione degli atti di gara. In tali parti, lo stesso andrà dunque disapplicato da questo Giudice.

Tanto premesso, si precisa che la competenza all'adozione dell'atto di nomina spetta al dirigente, ai sensi dell'art. 216 comma 12 D. Lgs. 50/2016 e dell'art. 107 D. Lgs. 267/2000, in quanto organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, e non già alla Giunta Municipale. Il Regolamento comunale andrà invero disapplicato laddove, in aperta violazione del combinato disposto tra gli artt. 48 e 107 del Testo Unico degli Enti Locali, conferisce poteri di natura gestionale – nomina della Commissione di gara – alla Giunta Comunale, che è organo di indirizzo politico. Peraltro, la competenza del dirigente sussiste anche in relazione alla sospensione, per effetto dell'art. 8 comma 7 L. 120/2020, dell'art. 77 comma 3 D. Lgs. 50/2016.

Quanto alla composizione dell'organo valutatore, del tutto coerentemente con quanto stabilito dall'art. 77 comma 1 D. Lgs. 50/2016 in virtù del quale tutti i Commissari devono essere “*esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*”, la Commissione era composta da soggetti tutti muniti di professionalità specifica nel settore di riferimento. Inoltre il seggio di gara era formato da tre commissari e dunque, in applicazione dell'art. 77 comma 2 D. Lgs. 50/2016, i componenti erano in numero dispari inferiore a cinque. L'organo collegiale, presieduto dalla Dirigente del settore interessato ai sensi dell'art. 107 comma 3 lettera ‘a’ D. Lgs. 267/2000, vedeva inoltre la presenza di due esperti/tecnologi alimentari esterni, in considerazione, come espressamente evidenziato nella motivazione dell'atto di nomina: «*della specificità del servizio in affidamento*

*nonché delle professionalità e esperienza occorrenti per l'espletamento delle valutazioni tecnico-economiche delle offerte pervenute».*

Non si ravvisano pertanto profili di illegittimità nell'operato del Comune di Pavia.

2.4. Il ricorso introduttivo risulta dunque destituito di fondamento e va, per questo, respinto.

3. Si procede ora con la disamina del gravame proposto ex art. 43 c.p.a., partendo dalle eccezioni preliminari sollevate dalla controinteressata Dussmann e dall'Amministrazione resistente.

3.1. Anche con riferimento al ricorso per motivi aggiunti veniva eccepita la tardività del gravame, in quanto diretto avverso disposizioni della *lex specialis* la cui lesività era immediatamente percettibile dalla Pellegrini S.p.a. al tempo della relativa pubblicazione.

L'eccezione di irricevibilità si appalesa destituita di fondamento.

La giurisprudenza ha ormai stabilito, in termini consolidati, che l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* sussiste solo con riferimento alle clausole della stessa che abbiano portata inequivocabilmente escludente, o tali da non rendere possibile il calcolo di convenienza necessario alla consapevole predisposizione dell'offerta. In tal senso, *ex multis*: «*da tempo la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato Ad. Pl., 2003 n. 1, 2011 n. 4, 2014 n. 9, 2018 n. 4) ha chiarito che le clausole escludenti, che rendono doverosa l'immediata impugnazione del bando, sono quelle che, certamente e senza alcun margine di opinabilità, conducono all'esclusione del potenziale concorrente, che versi in una situazione non consentita dalla lex specialis; – non solo, l'onere di immediata impugnazione delle clausole contenute negli atti di indizione della gara sussiste quando la legge di gara contenga disposizioni abnormi, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e, quindi, la formulazione di un'offerta consapevole» (TAR Lombardia, Milano, I, 8 giugno 2020 n. 1010); «*Per essere assoggettata all'onere dell'impugnazione immediata, la clausola della lex specialis di gara deve essere oggettivamente ed immediatamente escludente nei confronti di tutti gli operatori economici indistintamente, tanto da concretizzare l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore "medio" di formulare un'offerta o comunque un'offerta economicamente sostenibile, ciò perché un onere di impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara sussiste qualora le relative controversie impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta» (TAR Campania, Napoli, VII, 23 novembre 2020 n. 5464).**

Orbene, le disposizioni gravate nel caso di specie non presentano tali caratteristiche; le stesse non hanno invero portata escludente e non impediscono il calcolo della convenienza economica dell'offerta. Le previsioni della *lex specialis* impugnate nel presente giudizio afferiscono infatti alle modalità di attribuzione di alcuni punteggi tecnici premiali, ma non determinano l'impossibilità di formulare l'offerta in termini consapevoli e competitivi, né tale censura viene formulata da

Pellegrini S.p.a. Del resto in giurisprudenza si è affermato, in termini condivisi dal Collegio, che: *«Nel genus delle clausole immediatamente escludenti [...] non sono annoverabili quelle che indicano i criteri di attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, la cui lesività concreta ed attuale – idonea a far sorgere l'interesse a ricorrere – potrà eventualmente emergere solo con il provvedimento di aggiudicazione in favore di un terzo»* (TAR Campania, Napoli, II, 14 ottobre 2019 n. 4844).

Non sussisteva pertanto, nella fattispecie, un onere di immediata impugnazione.

Il ricorso per motivi aggiunti si appalesa, per conseguenza, tempestivo e ricevibile.

3.2. Si esamina ora l'eccezione di carenza di interesse in capo alla ricorrente, che si appalesa fondata, nei termini di seguito esposti.

3.2.1. Pellegrini S.p.a. contesta, con il ricorso per motivi aggiunti, il *«disciplinare di gara, nelle parti che verranno indicate "in diritto"»* (pagina 2 del ricorso); dopodiché, nella parte in diritto, le censure si appuntano sui criteri A.2 e A.3, e più precisamente sulle sotto voci che riguardano il punto A2 e dipendono dal *“Valore economico figurativo”*, e su quelle di cui al punto A3 dipendenti dal *“Valore economico stimato dalla Commissione”*. Il punto A3 veniva anche censurato integralmente, con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 95 comma 14 *bis* D. Lgs. 50/2016. Nelle proprie conclusioni, Pellegrini S.p.a. chiedeva, oltre all'annullamento delle specifiche disposizioni impugnate e dei conseguenti atti di gara, di ottenere l'aggiudicazione e il subentro nel contratto.

È dunque palese che il ricorso non mirava alla caducazione e integrale reiterazione della procedura, ma al posizionamento di Pellegrini al primo posto in graduatoria.

3.2.2. La giurisprudenza, quanto alla sussistenza dell'interesse a ricorrere, distingue l'ipotesi in cui la legge di gara sia impugnata onde conseguire la ripetizione della procedura selettiva, dall'opposto caso in cui la *lex specialis* sia oggetto di puntuali censure da parte di un'impresa che miri a sovvertire l'ordine della graduatoria, divenendo aggiudicataria. Nel primo caso non è richiesto, ai fini dell'accertamento dell'interesse a ricorrere, che l'istante dimostri una specifica utilità della censura ai fini della valutazione della propria offerta (Consiglio di Stato, III, 2 marzo 2018 n. 1312; TAR Abruzzo, Pescara, I, 15 gennaio 2020 n. 22); nella seconda ipotesi, invece, grava sull'attore l'onere di fornire la cd. prova di resistenza, ovvero di dimostrare che, in caso di accoglimento delle censure svolte, l'impresa istante si collocherebbe al primo posto.

In tal senso: *«Allorché — nelle gare pubbliche — le censure proposte sono dirette ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura, e non il conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza (si vedano, in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 2.3.2018, n. 1312 e 5 marzo 2018, n. 1335;*

*Id., sez. VI, 1.4.2016, n. 1288); [...] L'utilitas che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio può ritrarre è quella, già evidenziata, della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia Ue, grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13). Una prova di resistenza sugli esiti alternativi della gara risulterebbe esigibile nell'ipotesi in cui l'accoglimento dell'impugnativa prefigurasse un annullamento parziale della gara e una rinnovazione della stessa mediante rivalutazione delle offerte già formulate. A fronte di un siffatto svolgimento del giudizio, sarebbe certamente onere della parte ricorrente dimostrare il proprio interesse all'azione, allegando elementi attestanti un plausibile esito a sé favorevole delle successiva fase valutativa delle offerte» (Consiglio di Stato, III, 16 aprile 2018, n. 2258); «La c.d. prova di resistenza è un corollario del generale principio sull'interesse ad agire, a sua volta condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c.. La verifica sulla sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità. Da ciò deriva che, quando si contesta in giudizio la formazione di una graduatoria di merito, parte ricorrente ha un preciso onere giuridico, quello di indicare l'esatta misura della modificazione in melius della propria posizione in graduatoria che essa si attende dall'accoglimento delle proprie censure, dovendosi dichiarare inammissibile il gravame laddove, in esito ad una verifica a priori, risulti comunque impossibile il conseguimento del bene della vita ambito. Di conseguenza, nel caso di impugnazione della graduatoria finale, si deve escludere che possano essere prese in considerazione quelle censure che non potrebbero in nessun caso condurre all'ottenimento di una posizione utile in graduatoria» (TAR Lazio, Roma, III, 1° febbraio 2019, n. 1295); «In tema di punteggi nelle gare di appalto, l'escluso deve dimostrare mediante la c.d. prova di resistenza che se le operazioni si fossero svolte correttamente, questo sarebbe risultato con certezza aggiudicatario» (TAR Puglia, Bari, 13 luglio 2017 n. 794).*

L'onere della prova di resistenza, quanto meno in termini di specifica prospettazione dell'effetto che dall'accoglimento delle censure deriverebbe sulla graduatoria, grava sulla ricorrente: «Per comprovare la sussistenza dell'interesse al ricorso è necessario dare adeguata dimostrazione della c.d. prova di resistenza che, come è noto, costituisce condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c., rilevabile anche d'ufficio. In linea generale, la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che – in disparte per i profili volti ad ottenere la rinnovazione della gara – dev'essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le

*operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza utilmente graduata»* (Consiglio di Stato, VI, 25 febbraio 2022 n. 1350; cfr: TAR Veneto, III, 5 maggio 2021 n. 602; TAR Lazio, Roma, III, 3 novembre 2020 n. 11316).

3.2.3. Nel caso oggetto del presente giudizio, Pellegrini contestava *in parte qua* la *lex specialis* chiedendo di conseguire l'aggiudicazione. Sulla società ricorrente gravava pertanto l'onere di provare l'effetto utile (punteggio superiore a quello di Dussmann) delle censure mosse nell'atto introduttivo. Orbene, Pellegrini non assolveva in alcun modo all'indicato onere istruttorio, né – a ben vedere – la ricorrente si premurava anche solo di prospettare gli effetti dell'accoglimento dei motivi proposti e di specificare sulla base di quali modifiche nel punteggio proprio e di Dussmann (senza tralasciare la posizione di Vivenda, che viene invece del tutto ignorata nel gravame) avrebbe potuto ottenere il primo posto in graduatoria.

Il ricorso per motivi aggiunti, non essendo stata dimostrata né prospettata dalla ricorrente anche la mera possibilità di conseguimento dell'*utilitas* (aggiudicazione) per la quale la stessa agiva in giudizio, deve ritenersi inammissibile per difetto di interesse ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera b c.p.a.

4. In virtù di tutte le considerazioni che precedono, ritiene il Collegio che il ricorso principale debba essere respinto, siccome infondato, e che il ricorso per motivi aggiunti vada dichiarato inammissibile.

5. Le spese dell'intero giudizio vengono compensate tra le parti, in ragione della complessità e della peculiarità delle questioni che hanno formato oggetto della causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale, e dichiara inammissibile il ricorso ex art. 43 c.p.a., per le ragioni indicate in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Katiuscia Papi, Primo Referendario, Estensore