

Publicato il 15/02/2019

N. 00207/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01102/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1102 del 2018, proposto dalla

Papalini S.p.A, in persona dell'Amministratore delegato *pro tempore*, sig. Gianfranco Parlani, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Sartori, in Venezia, San Polo, n. 2988

contro

Comune di Venezia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Iannotta, Maurizio Ballarin, Nicoletta Ongaro e Federico Trento e con domicilio eletto presso la Sede municipale, in Venezia, S. Marco, n. 4091

nei confronti

CO.L.SER Servizi S.c.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sig.ra Cristina Bazzini, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Michiara e con domicilio stabilito presso il seguente indirizzo di "P.E.C.": paolomichiara@pecgiuffre.it

per l'annullamento,

previa concessione di misure cautelari,

- della determinazione del Comune di Venezia n. 1589 del 27 agosto 2018, comunicata in pari data, recante aggiudicazione definitiva a CO.L.SER Servizi S.c.r.l. della gara per l'affidamento triennale del servizio a ridotto impatto ambientale di pulizia e della fornitura dei prodotti per l'igiene personale degli edifici comunali (CIG 733375239A);
- della nota del Comune di Venezia del 24 settembre 2018, che ha disatteso l'istanza di annullamento della gara avanzata dalla Papalini S.p.A.;
- del provvedimento del 27 aprile 2018, con cui il Comune di Venezia ha nominato il Presidente della Commissione giudicatrice;
- del provvedimento del 4 maggio 2018, con cui il Presidente ha nominato i restanti due componenti della Commissione giudicatrice;
- *in parte qua* dello Statuto della Città di Venezia;
- *in parte qua* del disciplinare di gara;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, compresa la deliberazione di indizione della gara.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Venezia e della CO.L.SER Servizi S.c.r.l.;

Visti le memorie e i documenti del Comune di Venezia e della CO.L.SER Servizi S.c.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 442/2018 dell'8 novembre 2018, con cui è stata respinta l'istanza cautelare;

Visto l'ulteriore documento depositato dalla ricorrente;

Viste le memorie conclusive e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 6 febbraio 2019 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Visto l'art. 120 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.)

Considerato che con il ricorso in epigrafe la Papalini S.p.A. ("Papalini") ha impugnato:

- la determinazione del Comune di Venezia n. 1589 del 27 agosto 2018, recante l'aggiudicazione definitiva a CO.L.SER Servizi S.c.r.l. della gara per l'affidamento triennale 2018/2021 del servizio a ridotto impatto ambientale di pulizia e della fornitura dei prodotti per l'igiene personale degli edifici comunali (CIG 733375239A);
- la nota del Comune di Venezia del 24 settembre 2018, che ha disatteso l'istanza di annullamento della gara avanzata dalla Papalini S.p.A.;
- il provvedimento del 27 aprile 2018, con cui il Comune di Venezia ha nominato il Presidente della Commissione giudicatrice;
- il provvedimento del 4 maggio 2018, con cui il Presidente della Commissione ha nominato i restanti due componenti della stessa;
- *in parte qua*, lo Statuto della Città di Venezia;

- *in parte qua*, il disciplinare di gara;
- gli atti presupposti, connessi e consequenziali, inclusa la deliberazione di indizione della gara;

Considerato che in punto di fatto la società espone:

- di aver partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Venezia in data 1° marzo 2018 per l'affidamento del servizio di pulizia e della fornitura di prodotti di igiene degli edifici comunali per il triennio 2018/2021, avente importo di € 10.015,710,38;
- che alla gara, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, hanno presentato offerta n. 19 concorrenti;
- che il 27 aprile 2018 il Vice Segretario del Comune di Venezia ha nominato quale Presidente della Commissione giudicatrice il dirigente del Settore Protezione Civile del Comune e che il successivo 4 maggio quest'ultimo ha nominato gli altri due commissari, incardinati, rispettivamente, l'uno presso l'Ufficio Igiene e Benessere Animale (con qualifica di "*istruttore direttivo tecnico*") e l'altro presso l'Ufficio Amministrativo e Gestione "*Cleaning*" (con qualifica di "*istruttore tecnico C2*");
- di essersi, in esito alle operazioni di gara, classificata al tredicesimo posto della graduatoria, con n. 71,34 punti;

Considerato che a supporto del ricorso, con cui ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa tutela cautelare, la società ha dedotto i seguenti motivi:

- 1) violazione degli artt. 77 e 216 del d.lgs. n. 50/2016, nonché violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e tutela della buona fede, poiché: *a)* il Comune non avrebbe adottato regole di competenza e trasparenza per la nomina della Commissione giudicatrice; *b)* la nomina dei commissari sarebbe avvenuta con un illegittimo spacchettamento, in quanto il Vice Segretario del Comune ha nominato il Presidente della Commissione e il Presidente ha poi nominato gli altri commissari, cosicché questi ultimi sarebbero privi dell'autonomia di giudizio necessaria per espletare l'incarico;

2) violazione degli artt. 77 e 216 del d.lgs. n. 50/2016, nonché violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e tutela della buona fede perché, a parte il Presidente della Commissione, i due dipendenti del Comune nominati commissari non avrebbero potuto far parte della Commissione, sia in quanto privi della qualifica di funzionari, sia in quanto non esperti dello specifico settore al quale afferisce l'oggetto del contratto;

Considerato che si è costituito in giudizio il Comune di Venezia, depositando memoria con documenti sui fatti di causa ed eccependo: in rito, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, nonché l'inammissibilità della domanda di annullamento dello Statuto comunale e del disciplinare di gara (*in parte qua*); sempre in rito, la tardività del ricorso; nel merito, l'infondatezza delle doglianze formulate dalla Papalini;

Considerato che si è poi costituita in giudizio la CO.L.SER Servizi S.c.r.l. ("CO.L.SER"), versando in atti memoria e documenti ed eccependo, a sua volta: in rito, l'inammissibilità sotto più profili del ricorso e, comunque, la sua tardività; nel merito, l'infondatezza delle censure;

Considerato che l'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 442/2018 dell'8 novembre 2018, "*in quanto la ricorrente – classificatasi al tredicesimo posto della graduatoria, con oltre venti punti di distacco dalla prima – si duole della nomina e della composizione della Commissione di gara, ma non allega nessuna illegittimità delle attività da questa espletate tale da poter giustificare il pesante distacco subito e, quindi, da lasciar ragionevolmente presumere che la riedizione della gara la porterebbe ai vertici della graduatoria*";

Considerato che nell'imminenza dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie e repliche, controdeducendo alle altrui eccezioni ed insistendo nelle rispettive conclusioni;

Considerato che all'udienza pubblica del 6 febbraio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione;

Considerato che, ai sensi dell'art. 120, comma 6, primo periodo, del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), nel testo risultante dalle modifiche di cui al d.l. n. 90/2014, conv. con la l. n. 114/2014, il giudizio avente ad oggetto le procedure di affidamento

di lavori, servizi o forniture, *“ferma la possibilità della sua definizione immediata nell’udienza (sic) cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata”*;

Ritenuto, in via pregiudiziale, di dover respingere l’eccezione di tardività del ricorso, sollevata sia dal Comune di Venezia, sia dalla CO.L.SER., per le seguenti ragioni:

- tanto il Comune quanto la controinteressata sostengono che, poiché Papalini censura l’illegittimità della nomina dei componenti della Commissione di gara, detta pretesa illegittimità avrebbe dovuto essere rilevata e fatta valere sin dalla conoscenza dei provvedimenti di nomina, essendone percepibile immediatamente la lesività: quindi, o dalla seduta della Commissione dell’8 maggio 2018 (a cui era presente un delegato della Papalini), o al più tardi dalla pubblicazione dei provvedimenti di nomina nel *“sito web”* della stazione appaltante, avvenuta il 10 maggio 2018, sarebbe decorso il termine di impugnativa per far valere dette censure, con conseguente tardività del ricorso, in quanto notificato oltre tale termine;

- in contrario, tuttavia, va richiamato l’insegnamento della giurisprudenza più recente, la quale, sulla scorta della recente decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018 (che ha circoscritto l’alveo degli atti di gara da impugnare immediatamente), ha escluso l’esistenza di un onere di immediata impugnazione della nomina dei componenti della commissione;

- è stato, in particolare, evidenziato che *“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”* (cfr. C.d.S., Sez. III, 11 maggio 2018, n. 2835; v. altresì C.d.S., Sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5958 e T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 7 maggio 2018, n. 706);

- una recentissima decisione, richiamata dalla ricorrente nella memoria conclusiva (v. C.d.S., Sez. V, 9 gennaio 2019, n. 193), nel confermare la soluzione della non impugnabilità immediata della nomina dei commissari, ha disatteso l'opposta argomentazione fondata sulle esigenze di concentrazione del processo (inferibili dal rito "super-speciale" ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.) e sul rispetto dei principi di buona fede e leale collaborazione che devono presiedere ai rapporti tra il concorrente e la stazione appaltante, osservando che: *“l'appellante richiama le esigenze di concentrazione del processo che presidiano il rito superspeciale di cui all'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., ma è evidente che, a fronte di una disciplina speciale, non applicabile analogicamente, occorre anche tenere conto delle regole processuali di un sistema di giurisdizione soggettiva, ed anzitutto di quella per cui il presupposto processuale dell'interesse al ricorso richiede i requisiti dell'immediatezza, concretezza ed attualità. Per tale ragione i bandi, i disciplinari, gli atti costitutivi della lex specialis di gara sono immediatamente impugnabili solo se contengano clausole chiaramente impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, laddove, sotto ogni altro aspetto, sono impugnabili solo con gli atti che degli stessi fanno applicazione; pertanto è escluso che debbano essere immediatamente impugnate le clausole del bando o della lettera di invito che non incidono direttamente ed immediatamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla selezione comparativa e che dunque non determinano un immediato arresto procedimentale, come pure, per la stessa ragione, quelle riguardanti la composizione della Commissione giudicatrice”*;

- di qui, in definitiva, l'infondatezza della suesposta eccezione di tardività;

Ritenuto, sempre in via pregiudiziale, di dover invece accogliere l'eccezione – sollevata dal Comune e dalla controinteressata – di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse alla sua proposizione, sulla base delle medesime ragioni già esposte in sede cautelare, da cui, pur al più approfondito esame proprio della fase di merito del giudizio, non si ravvisano elementi per discostarsi;

Considerato, in particolare, che:

- nella gara per cui è causa, Papalini si è classificata al 13° posto della graduatoria (su n. 19 offerenti) con punti 71,34, mentre l'aggiudicataria CO.LSER. ha ottenuto il punteggio di 93,43, cosicché tra le rispettive offerte vi è stato un

distacco complessivo di 22,09 punti. A fronte di simili dati, di per sé molto eloquenti, la ricorrente si è nondimeno limitata a censurare la nomina dei commissari, senza muovere alcuna critica all'operato degli stessi;

- il Comune di Venezia e CO.L.SER. hanno, quindi, eccepito l'inammissibilità del ricorso, in difetto della prova, da parte della ricorrente, di ottenere l'utilità richiesta, o almeno della fornitura di elementi da cui si potesse ricavare una concreta possibilità di ottenere una qualche utilità dall'accoglimento del ricorso;

- il Comune intimato e la controinteressata hanno eccepito, inoltre, l'inammissibilità della domanda di riedizione della gara, atteso che l'eventuale accoglimento del gravame non potrebbe comportare l'annullamento degli atti di gara anteriori agli impugnati atti di nomina dei commissari e, quindi, non potrebbe determinare l'integrale travolgimento della procedura;

- nella memoria conclusiva Papalini replica all'eccezione di inammissibilità insistendo sull'interesse strumentale da essa fatto valere alla riedizione della gara, alla luce del vizio radicale della procedura di gara che viene denunciato. In particolare, la tipologia del vizio lamentato – per cui la gara sarebbe stata condotta in spregio alle regole di trasparenza nella nomina della Commissione ed al principio di imparzialità di giudizio, ontologicamente caratterizzante una Commissione di gara – porterebbe ad escludere che dalla ricorrente possa pretendersi la cd. prova di resistenza. Ciò, tenuto altresì conto del fatto che la propria posizione deteriore in graduatoria ben potrebbe essere il riflesso della valutazione delle offerte in gara compiuta da una Commissione (pretesamente) incompetente e illegittimamente nominata;

- viene invocata, sul punto, la giurisprudenza secondo cui, ove i vizi dedotti portino all'annullamento dell'intera procedura e non al conseguimento di un'immediata collocazione utile in graduatoria, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza;

- quanto, poi, all'impossibilità di ottenere la riedizione dell'intera gara, Papalini obietta che la regola per cui la caducazione di un atto inserito in una serie procedimentale comporta la rinnovazione dei soli atti successivi, va armonizzata, nella materia degli appalti pubblici, con il principio di segretezza delle offerte: principio, in base al quale le offerte economiche devono restare segrete fino al termine della fase di valutazione di quelle tecniche e che, però, sarebbe vulnerato qualora – come nel caso qui in esame – la Commissione, della cui nomina si contesta la legittimità, proceda non solo a conoscere, ma altresì a valutare le offerte tecniche ed economiche;
- in ogni caso – conclude Papalini – anche ove si ritenesse che l'accoglimento del ricorso non possa implicare il travolgimento dell'intera gara, resterebbe fermo il suo interesse a vedere la propria offerta valutata da una Commissione legittimamente nominata e competente: il travolgimento, oltre agli atti di nomina dei commissari, delle operazioni da questi svolte, sarebbe, perciò, pienamente soddisfacente dell'interesse azionato;
- le suesposte repliche della ricorrente, tuttavia, non sono convincenti e non bastano – come da essa richiesto – a far rimeditare l'orientamento espresso in sede cautelare;
- ad avviso del Collegio, di fronte al mediocre piazzamento ottenuto in gara (13° posto su 19) ed al forte distacco dalla prima in graduatoria (22,09 punti), Papalini non può trincerarsi dietro la tipologia delle censure proposte, che la esonererebbero dal dover fornire la cd. prova di resistenza, ma avrebbe dovuto fornire qualche elemento tale da far almeno ipotizzare una ragionevole possibilità di ottenere l'utilità richiesta. In particolare, Papalini non si sarebbe dovuta limitare a formulare censure avverso la nomina dei commissari, ma avrebbe dovuto avanzare critiche sulla legittimità del loro operato e, inoltre, avrebbe dovuto evidenziare profili di pregio della sua offerta ingiustamente obnubilati dalla Commissione, in modo da far presumere che l'eventuale ripetizione della gara porterebbe ad un esito completamente diverso di questa, favorevole alla stessa ricorrente;

- nulla di tutto ciò è stato fatto, invece, dalla società, la quale si è limitata a lamentare l'illegittimità degli atti di nomina dei commissari, dal punto di vista procedimentale e della (presunta) mancanza di competenza in capo agli stessi, ma senza addurre alcun vizio concreto in cui si sarebbe tradotta l'ora vista mancanza di competenza. La stessa affermazione contenuta nella memoria finale di Papalini, secondo cui la propria posizione deteriorata in graduatoria potrebbe dipendere dalle valutazioni di una Commissione incompetente e illegittimamente nominata, non è suffragata da nessun indizio concreto circa eventuali illegittimità/errori da cui sarebbero affette dette valutazioni;
- alla luce di quanto esposto, non pare perciò applicabile – almeno nel caso qui in esame – l'indirizzo giurisprudenziale per il quale la deduzione di un vizio relativo alla composizione della Commissione rende impossibile la dimostrazione di ragionevoli probabilità di conseguire l'aggiudicazione; invece, va preferito l'orientamento secondo cui, anche ove siano dedotti vizi di legittimità della nomina della Commissione, l'interesse strumentale alla riedizione della gara rimane subordinato al presupposto che vi siano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 2 marzo 2018, n. 2399), dovendosi evitare la soddisfazione di aspettative meramente ipotetiche o del tutto eventuali;
- invero, il rischio di dare soddisfazione ad aspettative di questo tipo – in tal modo non rispettando la *ratio* della regola di cui all'art. 100 c.p.c. – appare assai elevato in una situazione qual è quella ora in esame, caratterizzata, si ripete, dalla mediocrità del piazzamento in graduatoria della ricorrente e dal suo significativo distacco dalle altre imprese classificate in graduatoria, e non solo dalla prima: basti pensare che, a fronte dei punti 71,34 riportati da Papalini, la settima in graduatoria (PFE S.p.A.) ha ottenuto un punteggio (80,55) di più di nove punti superiore (cfr. l'allegato 2 al verbale di gara n. 8 del 13 giugno 2018, all. 15 al ricorso);
- almeno nella fattispecie ora analizzata, quindi, appare condivisibile l'affermazione del Comune di Venezia, secondo cui la contestazione della nomina e della composizione della Commissione di gara non è di per sé sufficiente a fondare la

sussistenza dell'interesse ad agire, perché non accompagnata da specifiche contestazioni dello svolgimento delle operazioni di gara. Ne discende, in ultima analisi, la fondatezza della suesposta eccezione di inammissibilità del ricorso; Ritenuto, in conclusione, alla stregua di tutto quanto esposto, che il ricorso debba essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse;

Ritenuto, da ultimo, in base al criterio della soccombenza, di dover provvedere alla liquidazione delle spese a carico della ricorrente, nella misura di cui al dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la Papalini S.p.A. al pagamento in favore del Comune di Venezia e della CO.L.SER Servizi S.c.r.l. delle spese ed onorari di causa, che liquida in via forfettaria in € 500,00 (cinquecento/00) per ciascuna delle ridette controparti, per complessivi € 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Referendario

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO