



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 la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 26 del 2024, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

Grande Albergo Miramare S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
in relazione alla procedura CIG A01817145B, rappresentata e difesa dagli avvocati
Damiano Pallottino, Laura Sommaruga e Claudio Antonio Crocè, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa e Comando Brigata Meccanizzata Aosta Messina, in persona
dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria *ex lege*
in Reggio Calabria, via del Plebiscito n. 15;

nei confronti

A.C. 1931 S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in
giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

A) in via principale:

- dei seguenti atti del Ministero della Difesa–Comando Brigata Meccanizzata “Aosta” –Direzione di Intendenza adottati nell'ambito della procedura ristretta ex art. 61 del D.lgs. 50/2016 per l'approvvigionamento “dei servizi alberghieri e di ristorazione per il personale militare dell'Esercito in servizio di ordine pubblico fuori sede nell'ambito dell'operazione denominata “Strade Sicure”, nonché per il personale dell'A.M. in attività di controllo ispettivo, manutenzione materiali e mezzi e di temporaneo avvicendamento” da svolgersi nella città di Reggio Calabria (CIG A01817145B): (i) l'Atto 31 ottobre 2023 n. 1 di nomina della Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte economiche presentate da Grande Albergo Miramare S.p.A. e da A.C. 1931 S.r.l. e il conseguente Verbale della richiamata Commissione 23 novembre 2023 n. 138 di reg. di valutazione delle anzidette offerte; (ii) l'Atto 27 dicembre 2023 n. 13 di nomina di altra Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte economiche presentate da GAM e da AC 1931 e il conseguente Verbale di detta Commissione 28 dicembre 2023 n. 140 di reg., inviato a GAM tramite pec in data 29 dicembre 2023, con cui è stata esclusa l'offerta economica della medesima GAM ed è stata giudicata valida l'offerta economica di AC1931 con conseguente proposta di aggiudicazione in favore della medesima AC1931;

- e di ogni atto ad essi presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi incluso il Decreto recante l'aggiudicazione della gara in favore di AC 1931;

e per la conseguente condanna, previa idonea misura cautelare, della Stazione appaltante a (i) nominare una nuova Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte economiche presentate da GAM e da AC 1931 e (ii) procedere a un nuovo esame di dette offerte economiche;

B) in via alternativa e subordinata all'azione sub A):

per l'annullamento, previa sospensiva cautelare, con richiesta di decreto presidenziale cautelare ex art. 56 c.p.a:

- del richiamato Verbale 28 dicembre 2023 n. 140 di reg., inviato a GAM tramite pec in data 29 dicembre 2023, con cui è stata esclusa l'offerta economica di GAM ed è stata ritenuta valida l'offerta economica di AC 1931 con conseguente proposta di aggiudicazione in favore della medesima AC1931;

- del richiamato Decreto, di estremi sconosciuti, recante l'aggiudicazione della gara in favore di AC1931;

- e di ogni atto ad essi presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi inclusi: (i) il Verbale del 22 dicembre 2023, inviato a GAM tramite pec in pari data unitamente a 16 allegati, con cui il RUP ha ritenuto anomala l'offerta economica della medesima GAM; (ii) il Verbale del 28 dicembre 2023, inviato a GAM tramite pec in data 29 dicembre 2023 unitamente ai relativi 4 allegati, con cui il RUP ha ritenuto valida l'offerta economica di AC 1931, per la inibizione, previa idonea misura cautelare, con richiesta di decreto presidenziale cautelare ex art. 56 c.p.a. della Stazione appaltante a sottoscrivere il contratto con AC 1931;

e per la condanna, previa idonea misura cautelare,

della Stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica in favore di GAM mediante (i) la riammissione alla gara e (ii) la successiva aggiudicazione della gara.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Grande Albergo Miramare S.p.A. il 24.01.2024:

- del Decreto di aggiudicazione 18 gennaio 2024 n. 2 del Ministero della Difesa – Comando Brigata Meccanizzata “Aosta” – Direzione di Intendenza (d'ora innanzi solo “Stazione appaltante”), pubblicato in data 22 gennaio 2024 sul link “<https://www.esercito.difesa.it/comunicazione/Bandi-di-gara-Esercito/Brigata-Meccanizzata-Aosta/Pagine/PROCEDURA-RISTRETTA-PER-L%E2%80%99APPALTO-DI-SERVIZI-ALBERGHIERI-E-DI->

RISTORAZIONE-PER-IL-PERSONALE-MILITARE-

DELL% E2% 80% 99 ESERCITO.aspx” corrispondente al “profilo della stazione appaltante” di cui al punto 1.1 del Disciplinare di gara e inviato a Grande Albergo Miramare S.p.A. (d'ora innanzi solo “GAM” o “ricorrente”) tramite pec in data 23 gennaio 2024, con cui è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore di AC 1931 S.r.l. (d'ora innanzi solo “AC 1931” o “controinteressata”) in riferimento alla procedura ristretta ex art. 61 del d.lgs. 50/2016 indetta per l'approvvigionamento “dei servizi alberghieri e di ristorazione per il personale militare dell'Esercito in servizio di ordine pubblico fuori sede nell'ambito dell'operazione denominata “Strade Sicure”, nonché per il personale dell"A.M. in attività di controllo ispettivo, manutenzione materiali e mezzi e di temporaneo avvicendamento” da svolgersi nella città di Reggio Calabria (CIG A01817145B);

- e di ogni atto ad esso presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto;

e per la inibizione, previa idonea misura cautelare (sempre in occasione della Camera di Consiglio del 7 febbraio 2024), della Stazione appaltante a sottoscrivere il contratto con AC 1931.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Grande Albergo Miramare S.p.A. il 16.02.2024:

- della “lettera protocollo n. M_DABDFDB6 REG2023N 0042379” del 22 dicembre 2023, di cui l'odierna ricorrente ha avuto conoscenza solo in data 13 febbraio 2024 a seguito dell'adempimento richiesto da codesto Ecc.mo tribunale con ordinanza 8 febbraio 2024 n. 21.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e del Comando Brigata Meccanizzata Aosta Messina;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2024 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Grande Albergo Miramare S.p.a. (d'ora in avanti, GAM) ha partecipato, in qualità di gestore uscente in regime di proroga tecnica, alla procedura ristretta indetta ex art. 61 del D.lgs. 50/2016 dal Ministero della Difesa per *“l’approvvigionamento dei servizi alberghieri e di ristorazione per il personale militare dell’Esercito in servizio di ordine pubblico fuori sede”* nell’ambito dell’operazione denominata *“Strade Sicure”*.

2. Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ha partecipato anche la società AC 1931.

3. Aperte le buste per la disamina delle offerte economiche e valutato eccessivo il ribasso del 31,31% praticato da GAM a causa della presunta sottostima dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza rispetto a quelli indicati nel disciplinare di gara, la Commissione giudicatrice, nominata dalla Stazione appaltante con atto del 31.10.2023, sollecitava con verbale del 23.11.2023 il RP per la fase di affidamento (d'ora in avanti, solo RP) ad attivare ai sensi dell'art. 24 del Disciplinare Amministrativo il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

4. Il RP procedeva, quindi, in contraddittorio ad acquisire i giustificativi di GAM e, ritenuti insoddisfacenti, con motivato verbale del 22.12.2023 accertava l'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 D.lgs. n. 50/2016, comunicando alle ditte concorrenti la convocazione per il giorno 28.12.2023 alle ore 10:00, in seduta pubblica, della Commissione per la chiusura del procedimento di valutazione delle due offerte economiche presentate.

5. Con atto del 27.12.2023 la Stazione appaltante nominava un'altra Commissione giudicatrice in sostituzione della precedente che, con verbale del 28.12.2023,

“unitamente al RP per la fase di affidamento...a) esclude(va) l’offerta presentata dalla società Grande Albergo Miramare che appariva anomala ai sensi dell’art. 97 co.5 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e che tale si conferma a seguito degli approfondimenti istruttori eseguiti e sulla base dei dati e delle giustificazioni fornite dalla società stessa e b) “considerata valida l’offerta presentata dalla società AC1931 S.r.l. dichiara(va) regolare la procedura e concluso il procedimento con proposta di aggiudicazione in favore della stessa che ha presentato offerta pari al 1,25% di sconto percentuale sui prezzi posti a base del disciplinare amministrativo, chiudendo le operazioni di gara”.

6. GAM affidava la domanda di annullamento della esclusione dalla gara e della eventuale aggiudicazione ad AC 1931 a due distinti gruppi di censure, graduandone espressamente l’ordine di esame.

6.1. Con un primo ed articolato motivo di gravame, dedotto in via principale, la ricorrente evidenziava *“la violazione degli artt. 29 co.1 e 77 co,1 D.lgs. n.50/2016”*, sostenendo l’illegittimità degli atti di nomina delle due diverse commissioni adottati dalla S.A. rispettivamente in data 31.10.2023 e in data 27.12.2023. In particolare, prima dell’insediamento di entrambe le Commissioni nominate, la S.A. non avrebbe pubblicato sul profilo del committente, nella *“sezione amministrazione trasparente”*, i *curricula* e le dichiarazioni di assenza di cause di incompatibilità dei commissari che sarebbero stati resi noti all’interessata soltanto a seguito di specifica richiesta di accesso agli atti e tardivamente pubblicati sul sito dell’Amministrazione aggiudicatrice in data 03.01 e 04.01.2024.

Sempre nell’ambito del medesimo mezzo di critica, la ricorrente rimproverava alla S.A. di aver violato il principio della immodificabilità della commissione di gara sancito dall’art. 77 co.1 D.lgs. n. 50/2016, avendo deciso di sostituire tutti e tre i componenti della *“prima”* Commissione senza alcuna specifica motivazione.

6.2. Con un secondo ordine di censure, espressamente introdotto in via subordinata, la ricorrente lamentava la violazione degli artt. 97 co. 3, 5, 6 e 59 co.3 D.lgs.n.

50/2016, dell'art. 24 del disciplinare di gara, nonché l'eccesso di potere per erronea motivazione, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, in quanto:

- il procedimento di anomalia sarebbe stato attivato in assenza dei suoi autonomi presupposti fissati dall'art. 23 della *lex specialis*, a tenore del quale “*il calcolo dell'anomalia è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque*”;
- l'offerta di GAM, nonostante la percentuale di sconto indicato (31,31%), presenterebbe un margine di utile accettabile;
- l'RP avrebbe completamente travisato le “spiegazioni” articolate in contraddittorio dalla ricorrente ex art. 97, co.5, D.lgs. n. 50/16, ritenendo erroneamente anomala l'offerta sulla base di n. 7 “aspetti contraddittori”, incentrati in massima parte sull'ingiustificata diminuzione dei costi di gestione del servizio (60,89% contro il 91,5% dell'anno precedente) che dissimulerebbe un'offerta non remunerativa.

La ricorrente, pertanto, concludeva: a) in via principale, per l'annullamento degli atti di nomina delle commissioni giudicatrici e dei verbali di valutazione delle offerte economiche presentate sia da GAM che da AC 1931 e per la nomina di una nuova commissione di gara che procedesse ad un rinnovato esame delle offerte; b) in via subordinata, per l'annullamento dei citati verbali, dell'eventuale decreto di aggiudicazione alla controinteressata e per la condanna dell'Amministrazione intimata alla reintegrazione in forma specifica mediante la riammissione in gara e l'aggiudicazione del servizio a proprio favore.

7. Con decreto n. 10 del 19.01.2024 il Presidente del TAR respingeva la domanda di misure cautelari urgenti.

8. Con ricorso per motivi aggiunti, proposto il 24.01.2024, GAM impugnava in via derivata, “ma anche in via autonoma”, il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto a favore di AC 1931 adottato dal Ministero della Difesa il 18 gennaio 2024, insistendo per far inibire all'Amministrazione la stipula del contratto.

9. Con atto di mera forma del 26.01.2024 si costituiva in giudizio il Ministero della

Difesa, eccependo l'infondatezza del ricorso.

10. Non si costituiva in giudizio la controinteressata AC 1931.

11. Con ordinanza n. 21 dell'8 febbraio 2024, non appellata, il Tribunale accoglieva la domanda cautelare *“in relazione alla censura, graduata in via principale ed assorbente, che intacca la sostituzione, allo stato immotivata, di tutti i componenti della “prima” Commissione giudicatrice, nominata con atto del 31.10.2023 (doc. n. 1 di parte ricorrente), per violazione dell'art. 77 co. 1 D.lgs. n. 50/2016”*.

Contestualmente il Collegio ordinava a carico dell'Amministrazione resistente *“l'acquisizione di copia della lettera di protocollo n. M_DABDFDB6 REG2023 0042379N del 22.12.2023 richiamata nell'atto di nomina della “seconda” Commissione giudicatrice datato 27.12.2023”*.

12. Il Ministero della Difesa depositava il documento richiesto in data 13.02.2024.

13. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 16.02.2024, GAM impugnava anche la succitata lettera che avrebbe dovuto giustificare la sostituzione di tutti e tre i membri della prima Commissione, ma che per la genericità della motivazione, ricondotta ad un non meglio precisato *“avvicendamento operativo”*, sarebbe, ad avviso della ricorrente, totalmente illegittima.

14. Con memoria conclusiva depositata il 02.04.2024, la stessa ricorrente insisteva per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nel ricorso principale e nei motivi aggiunti.

15. All'udienza pubblica del 18 aprile 2024 la causa passava in decisione.

16. Va subito ribadito che la ricorrente, prospettando una pluralità di censure a sostegno dell'illegittimità degli atti impugnati, ha espressamente graduato i motivi di gravame, deducendo come prioritario e/o di principale interesse quelli attinenti alla nomina delle due commissioni aggiudicatrici e relegando in via subordinata quelli relativi al giudizio di anomalia dell'offerta.

17. Tanto premesso, il ricorso principale è meritevole di accoglimento in relazione all'efficacia assorbente della violazione dell'art. 77 co.1 D.lgs. n. 50/2016,

risultando illegittima la sola nomina della “seconda” Commissione giudicatrice di gara adottata dalla S.A. con atto del 27.12.2023 (v. doc. n. 3 della ricorrente).

Il primo motivo del ricorso è, infatti, parzialmente fondato, articolandosi su due distinte ragioni di doglianza, di cui una soltanto si presta ad essere condivisa.

Sotto il primo profilo, parte ricorrente lamenta la violazione dell’art. 29 D.lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*) e del principio di trasparenza, in quanto gli atti di nomina della prima e della seconda Commissione giudicatrice- rispettivamente del 31.10.2023 e del 27.12.2023- sarebbero stati pubblicati sul profilo del committente, nella “sezione amministrazione trasparente”, senza allegare i *curricula* e le dichiarazioni di incompatibilità dei commissari.

Come già esposto in narrativa, soltanto in data 03.01. e 04.01.2024, a seguito della presentazione di apposita istanza di accesso agli atti, la Stazione appaltante avrebbe, infatti, trasmesso alla ricorrente i “link” contenenti le versioni “integrate” con la documentazione mancante.

Il mezzo è infondato e si pone al limite dell’inammissibilità per difetto di interesse, non refluendo la tardiva pubblicazione degli anzidetti allegati sulla legittimità della procedura di gara in assenza di uno specifico riferimento normativo in tal senso.

La prospettata violazione del principio di trasparenza, poi, si traduce in una irregolarità meramente formale, specie se si considera che la censura non investe, nel merito, né l’esperienza dei commissari nominati né eventuali situazioni di conflitto di interesse *ex art. 77, co. 4, D.lgs. n. 50/2016*.

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, in tema di mancata pubblicazione dei *curricula* e delle dichiarazioni di incompatibilità dei commissari di gara “*Nessuna delle forme di pubblicità richieste dalla legge, ai diversi fini perseguiti dalle norme in tema di trasparenza nella p.a. richiamate dall'appellante, costituisce "elemento essenziale" dell'atto di nomina dei commissari di gara, la cui mancanza -analogamente alla violazione degli obblighi di forma prescritti appunto per gli atti formali- ne causi l'illegittimità o, addirittura, la nullità.*

La procedura di gara può essere inficiata soltanto dall'effettiva esistenza, in

concreto, delle situazioni di incompatibilità o di conflitto di interessi che l'adempimento dei detti obblighi di trasparenza e di pubblicità mira soltanto a prevenire, favorendo la conoscenza (o conoscibilità) delle diverse situazioni ivi considerate" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019 n. 283; TAR Lazio, sez. II ter, 9 gennaio 2019 n. 319).

Da ultimo, la conoscenza dei provvedimenti di nomina di entrambe le commissioni di gara è stata tempestivamente assicurata mediante il corretto inserimento sul profilo del committente, mentre i *curricula* e le dichiarazioni di incompatibilità, pur tardivamente pubblicati, risultano sottoscritti da tutti i commissari nello stesso giorno dell'accettazione dell'incarico, sicché, anche da questo punto di vista, la presunta violazione dell'art. 29 D.lgs. n. 50/2016 non genera alcun punto di ricaduta né sulla esperienza professionale né sulla eventuale sussistenza di cause di incompatibilità dei commissari medesimi.

18. Sotto il secondo profilo, invece, il ricorso è fondato e si presta ad essere accolto, stante l'illegittimità della motivazione adottata *per relationem* a sostegno dell'atto di nomina della "seconda" Commissione giudicatrice adottato dalla S.A. in data 27.12.2023.

Ai sensi dell'art. 22 del Disciplinare di Gara (v. doc. n. 14 della ricorrente) "*La Commissione giudicatrice è responsabile della valutazione delle offerte economiche dei concorrenti e fornisce ausilio al RUP nella valutazione della congruità delle offerte (cfr. Linee Guida n. 3 del 26 ottobre 2016)*".

Con Atto n.1 del 31.10.2023 (v. doc. n. 1 della ricorrente) la S.A. ha nominato una "prima" Commissione giudicatrice composta dal Ten. Col. Antonio Trelle, dal Cap. Emanuele Negro e dal Ser. Alessandro Bellotti.

Dal verbale di gara del 23.11.2023 (v.doc. n. 2 della ricorrente) risulta che la Commissione ha aperto in seduta pubblica le buste economiche presentate da entrambe le concorrenti in gara.

Mentre l'offerta presentata da AC 1931 è passata indenne al giudizio di anomalia,

per l'offerta della ricorrente la Commissione *“dopo un'attenta analisi dei dati dichiarati procede(va) alla lettura dell'offerta che è pari al 31,31% di sconto percentuale sui prezzi posti a base del disciplinare di gara dall'esame dei dati riportati rispettivamente ai costi della manodopera ed agli oneri per la sicurezza ritiene entrambi sottostimati rispetto a quelli indicati nel disciplinare di gara e, pertanto, ne propone la verifica di congruità”*.

Poiché l'offerta appariva anormalmente bassa, la Commissione “chiudeva”, ai sensi dell'art. 23, co. 3, del Disciplinare di gara, la seduta pubblica, comunicando al RP di attivare il procedimento di verifica di anomalia secondo quanto previsto dal successivo art. 24.

Avviato il contraddittorio con la ditta ricorrente ed acquisite le giustificazioni dell'offerta, il RP con articolato verbale del 22.12.2023 (v. doc. n. 5 della ricorrente) concludeva che *“L'offerta della Società Grande Albergo Miramare S.p.A, pari ad uno sconto del 31,31% sui prezzi palesi posti a base di gara, che appariva anomala ai sensi dell'art. 97, comma 5, del D. Lgs. 50/2016 e smi, tale si conferma a seguito degli approfondimenti istruttori eseguiti e sulla base dei dati e delle giustificazioni fornite dalla Società stessa”, ritenendola “non congrua in termini di serietà, sostenibilità e realizzabilità per tutto quanto motivato in premessa”*.

Con nota trasmessa il 22.12.2023 (v. doc. allegato alla nota di adempimento dell'ordinanza cautelare depositato il 13.02.2024) il RP informava la S.A. di aver convocato la Commissione giudicatrice per la successiva giornata del 28.12.2023 per la chiusura della valutazione delle offerte economiche così come previsto dall'art. 24 del Disciplinare, precisando che *“la variazione della composizione della Commissione a seguito di avvicendamento operativo dovrà essere tempestivamente comunicata allo scrivente, anche a mezzo e-mail, unitamente all'atto dispositivo di nomina (fac-simile in Allegato B) e dei relativi CV (fac-simile in allegato C) dei singoli componenti”*.

Con Atto n. 13 del 27.12.2023 la S.A. nominava un'altra Commissione giudicatrice

nelle persone del Ten. Col. Lorenzo Morganella, Ten. Col. Domenico Valentini e Ser. Magg. A. Nicola Santoniccolo, richiamando *per relationem* la lettera datata 22.12.2023 (depositata in giudizio dalla difesa erariale in data 13.02.2024 in adempimento all'ordinanza cautelare n. 21/2024 ed impugnata con i secondi motivi aggiunti) contenente le ragioni della necessità dell'insediamento di un nuovo organismo valutativo ovvero che *“la variazione della composizione della Commissione a seguito di avvicendamento operativo dovrà essere tempestivamente comunicata allo scrivente, anche a mezzo e-mail, unitamente all'atto dispositivo di nomina (fac-simile in Allegato B) e dei relativi CV (fac-simile in allegato C) dei singoli componenti”*.

Dal verbale di gara del 28.12.2023 (doc. n. 6 della ricorrente) risulta che la “seconda” Commissione giudicatrice:

- ha “confermato” l'intera analisi del RP, in particolare che: *“il solo risultato di perdita di impresa calcolato semplicemente in base ai dati comunicati in sede di offerta ed integrati in sede di giustificazioni risulta un dato che induce a dichiarare la non congruità dell'offerta in termini serietà, sostenibilità e realizzabilità a garanzia dell'esecuzione contrattuale a perfetta regola d'arte (vedasi colonna D dell'Annesso 16), anche alla luce delle affermazioni della società circa il rapporto inversamente proporzionale tra unità di personale militare e ricavi aziendali posto che l'ipotesi di incremento delle unità di personale militare è incombente in funzione del mutare degli scenari operativi”*;
- ha escluso *“unitamente al RP per la fase di affidamento”* ai sensi degli artt. 59, comma 3, lett. c) e 97, commi 5 e 6, D.lgs. n. 50/2016 l'offerta presentata da GAM;
- ha considerato *“valida l'offerta presentata dalla società AC1931 S.r.l. e concluso il procedimento con proposta di aggiudicazione in favore della stessa che ha presentato l'offerta pari al 1,25% di sconto percentuale sui prezzi posti a base del disciplinare amministrativo, chiudendo le operazioni gara”*.

19. Il dato evidente e, al tempo stesso, risolutivo che emerge dagli atti e dai

documenti di gara è che l'avvicendamento tra le due Commissioni non solo si è verificato in un momento in cui la prima di esse aveva già cominciato ad effettuare le valutazioni tecnico-discrezionali sulla congruità delle offerte economiche in gara, ammettendo quella dell'aggiudicataria AC 1931 e rinviando quella di GAM alle valutazioni di anomalia del RP, ma si rivela anche del tutto immotivato, essendosi ommesso di dare puntualmente conto dello stato di oggettivo impedimento comune a tutti e tre i componenti del primo collegio o di sopravvenute condizioni di incompatibilità degli stessi.

Le offerte delle concorrenti sono state valutate da due Commissioni (come risulta dai verbali del 23.11.2023 e del 28.12.2023), le quali hanno svolto diverse operazioni di gara (come risulta dai verbali delle sedute e dagli atti della procedura), senza che ciò fosse consentito dalla disciplina applicabile alla fattispecie e senza che nell'atto di nomina della "prima" Commissione siano stati nemmeno individuati membri supplenti.

Vero che il giudizio finale sull'anomalia dell'offerta di GAM è stato effettuato (anche) dall'organo a ciò deputato (il RP per la fase di affidamento), ma esso è stato definitivamente "confermato" non dalla prima Commissione, ma da altra Commissione- quella nominata dalla Stazione appaltante con atto del 27.12.2023- che, "riesaminando" sulla scorta dei giustificativi allegati dalla ricorrente le valutazioni operate dal RP, ne ha condiviso nel merito la fondatezza, escludendo GAM dalla gara.

Né potrebbe ipoteticamente obiettarsi che i mutamenti della composizione della Commissione di gara sarebbero da considerare irrilevanti in ragione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e del margine nullo di discrezionalità a disposizione dell'organo valutativo, tipico di questo tipo di gara.

Dai verbali delle sedute riservate emerge, infatti, che sia la prima che la seconda Commissione hanno espletato funzioni caratterizzate da margini di discrezionalità, non solo dubitando della possibile anomalia dell'offerta di GAM per il suo eccessivo ribasso (1^a Commissione), ma recependo in toto- e non con atto

meramente confermativo- l'esito negativo della verifica di congruità della stessa operata dal RP funzionale alla proposta di aggiudicazione a favore di AC 1931 (2^a Commissione).

Ciò significa che, se la seconda Commissione non fosse stata nominata, non si può escludere *a priori* che la prima Commissione, riesaminando le valutazioni del RP sulla congruità dell'offerta presentata da GAM, alla luce delle giustificazioni prodotte dalla medesima in sede di contraddittorio procedimentale, avrebbe potuto discostarsene e giungere anche a conclusioni diverse dall'estromissione della ricorrente dalla gara.

In definitiva, l'aver mutato la composizione della intera "prima" Commissione in corso di procedura, senza aver anticipatamente previsto e nominato componenti supplenti, è illegittimo perché ciò ha comportato che le offerte dei concorrenti sono state valutate, in sostanza, da due diverse Commissioni.

20. Quanto fin qui argomentato e dedotto consente, a maggior ragione, di cogliere come sia stato violato il principio di unicità ed immutabilità della Commissione di gara, desumibile dall'art. 77, comma 1, D.lgs. n. 50/2016.

La giurisprudenza, invero, esclude che tale principio abbia valenza assoluta, potendovisi derogare in caso di indisponibilità da parte di uno dei commissari a svolgere le proprie funzioni e a condizione che egli venga sostituito con soggetto che abbia le medesime qualità (cfr. TAR Napoli, sez. VIII, 19 febbraio 2018 n. 1082; Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2021 n. 3842).

È stato chiarito, inoltre, che i "*membri delle commissioni di gara [...] possono essere sostituiti in relazione ad esigenze di rapidità e continuità della azione amministrativa*" (v. Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8400), configurandosi la sostituzione come «un provvedimento di ordinaria amministrazione necessario a garantire il corretto funzionamento e la continuità delle operazioni» (v. Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2009, n. 6872).

Nel caso di specie, tuttavia, le ragioni della sostituzione non di uno, ma di tutti e tre

i componenti della prima Commissione si sono rilevate generiche (“avvicendamento operativo” - vedi nota RP n. M_DABDFDB6 REG2023 0042379N del 22.12.2023), attinenti più che altro alle “modalità” cui ricorrere per la loro sostituzione e comunque certamente difformi dai parametri motivazionali richiesti dalla giurisprudenza per cui “è legittima la sostituzione di un componente della commissione che si riveli in stato di impedimento, e ciò per il generale principio di diritto pubblico sulla temporaneità delle cariche e sugli impedimenti soggettivi, principio che va applicato nel senso della possibilità di sostituire i componenti del collegio ove si manifestino ragioni di carattere soggettivo e sopravvenute rispetto all'atto di nomina” (v. Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2006, n. 2813).

Come correttamente puntualizzato dalla difesa di parte ricorrente, la motivazione adottata evoca impropriamente l'esigenza di una mera rotazione fisiologica e continua di qualsiasi Commissione giudicatrice e non la sussistenza di eventi sopravvenuti e financo “patologici” che legittimerebbero la sostituzione di tutti i componenti a garanzia dell'imparzialità e della continuità dell'attività valutativa affidata alle commissioni di gara e ciò, a maggior ragione nel caso concreto, in cui la prima Commissione aveva già operato, indirizzando il RP ad approfondire il carattere apparentemente anomalo dell'offerta di GAM (cfr. TAR Torino, sez. I, 1 agosto 2019 n. 897).

In senso affine, si richiama anche il precedente del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 703/2015 che, qualificando il principio di immodificabilità della Commissione come regola, individuando come eccezionali i casi di sostituzione della Commissione esaminatrice, ha stabilito che “a tutela della par condicio dei concorrenti, per derogare alla regola dell'immutabilità della commissione giudicatrice (che poggia sul sistema di elezione, di sorteggio o di designazione dei componenti), occorre che la sostituzione dei suoi componenti (totale o parziale) si imponga in connessione a vizi propri del loro procedimento di selezione o a causa di disfunzioni dell'organo (per impedimento, malfunzionamento, dissenso

perdurante, inattività oltre i termini prefissati di legge o prorogati dal rettore) ovvero in caso di necessità o di particolari ragioni pratiche ed organizzative nel portare tempestivamente e compiutamente a termine il procedimento concorsuale”.

21. L'accertata illegittimità della motivazione richiamata *per relationem* dall'atto di nomina della Commissione giudicatrice (Atto del 27.12.2023), oltre a comportare l'accoglimento del secondo ricorso per motivi aggiunti, travolge il provvedimento di esclusione dell'offerta di GAM di cui al verbale del 28.12.2023 e l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata disposta con provvedimento del 18.01.2024, gravato in via derivata con i primi motivi aggiunti, atteso il nesso di consequenzialità che avvince gli atti impugnati, per come sottoposti allo scrutinio del g.a..

22. Vista la gradazione dei motivi, restano assorbite le ulteriori censure dedotte in via subordinata. (v. Cons. Stato Ad. Plen. n. 5/2015).

23. Agli effetti conformativi della presente decisione, l'Amministrazione resistente dovrà riconvocare entro trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza la 1^a Commissione per confermare o meno con il proprio parere la valutazione sull'anomalia dell'offerta della ditta ricorrente di cui al verbale del 22.12.2023 (v. doc. n. 6 della ricorrente), già operata dal RUP, cui spettano la decisione finale sulla congruità o meno della stessa e il compito di concludere la fase di affidamento con la proposta di aggiudicazione.

In caso di legittimo e comprovato stato di impedimento di uno o più dei commissari, resta salva la facoltà della Stazione appaltante di nominare, con motivata determinazione, una nuova Commissione giudicatrice che si insedierà riprendendo i lavori a partire dalla valutazione di anomalia dell'offerta effettuata dal RP nel sopra citato verbale.

24. Alla stregua delle suesposte argomentazioni, il ricorso principale e i motivi aggiunti sono fondati e devono essere, dunque, accolti, con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati di cui in epigrafe, eccettuato l'atto di

nomina della 1^a Commissione giudicatrice.

25. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, mentre possono essere dichiarate non ripetibili nei confronti di AC 1931, non costituitasi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato per motivi aggiunti, così provvede:

- accoglie il ricorso principale nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'Atto 27 dicembre 2023 n. 13 di nomina di altra Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte economiche presentate da GAM e da AC 1931 e il conseguente Verbale di detta Commissione del 28 dicembre 2023 n. 140 con cui è stata esclusa l'offerta economica della ricorrente, ordinando all'Amministrazione resistente di provvedere secondo le modalità e nel termine indicato al §. 23 di parte motiva;
- accoglie il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla il decreto 18.01.2024 n. 2 di aggiudicazione della gara in favore di AC 1931 e gli ulteriori atti ivi impugnati;
- condanna l'Amministrazione statale resistente al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in €1.500,00 (millecinquecento/00), oltre al rimborso del contributo unificato ed accessori come per legge, mentre le dichiara irripetibili nei confronti di AC 1931.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Roberta Mazzulla, Primo Referendario

Andrea De Col, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Andrea De Col

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO

M_D ABDFDB6 REG2024 0013819 06-05-2024