



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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 423 del 2022, proposto da Stereo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi Bergamo, in persona del Rettore pro tempore, rappresentata e difesa dalla Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, in Brescia, via S. Caterina n. 6, è domiciliata;

nei confronti

Euro&Promos FM S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Team Service Società Consortile a r.l., non costituita in giudizio;

Romeo Gestioni S.p.A., non costituita in giudizio;

Sicuritalia Group Service s.c.p.a., non costituita in giudizio;

Formula Servizi società cooperativa / Multiservice soc. cooperativa, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

(i) del provvedimento di aggiudicazione n. 62434 del 31 marzo 2022 della “procedura aperta telematica per l'appalto dei servizi integrati ausiliari pulizia ed igiene ambientale ed accessori presso le sedi dell'Università degli Studi di Bergamo – CIG 8729168151”;

(ii) di tutti gli atti indizione della suddetta procedura aperta telematica, accessibili al link <https://unibg.acquistitelematici.it/tender/102>, fra cui:

- la determina a contrarre n. 267/2021 del 23 aprile 2021;
- il bando di gara prot. n. 23242/X/4 del 23/4/2021 e relativi allegati, pubblicato sulla GU/S n. 82 del 28/04/2021 e sulla GURI 5a Serie speciale - n. 49 del 30/4/2021;
- il disciplinare di gara e il Capitolato Speciale (con i relativi allegati), come sopra allegati al bando di gara;
- la determina del Dirigente della Direzione Personale, Logistica e Approvvigionamenti n. Rep. 319/2021 del 17 maggio 2021;
- la determina del Dirigente della Direzione Personale, Logistica e Approvvigionamenti n. Rep. 442/2021 del 1° luglio 2021 di nomina della Commissione giudicatrice;
- di tutti gli atti istruttori della commissione giudicatrice, inclusa la graduatoria, la valutazione delle offerte tecniche (tabelle triangolari del confronto a coppie incluse) e la valutazione delle offerte economiche;

e per la declaratoria
di inefficacia del contratto medio tempore stipulato dall'Università con Euro&Promos FM S.p.A.;

nonché, ai sensi dell'articolo 116 Cod. proc. amm.,
per l'annullamento
della determina senza data, ma trasmessa con pec del 21 aprile 2022, con oggetto
“procedura aperta telematica per l'appalto dei servizi integrati ausiliari pulizia ed igiene ambientale ed accessori presso le sedi dell'Università degli Studi di Bergamo – CIG 8729168151 – riscontro istanza accesso atti”, nella parte in cui respinge l'istanza di accesso, presentata dalla ricorrente il 1° aprile 2022, quanto alle offerte dei controinteressati;

e per l'accertamento
del diritto della ricorrente all'accesso agli atti individuati nella istanza di accesso del 1° aprile 2022 e non trasmessi;

e per la condanna
dell'Università degli Studi di Bergamo ai sensi dell'articolo 116, comma 4, Cod. proc. amm.
all'esibizione della documentazione richiesta nell'istanza del 1° aprile 2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi Bergamo e di Euro&Promos FM S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2022 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

L'Università degli Studi di Bergamo bandiva la procedura aperta, da svolgersi in modalità telematica, per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto quinquennale dei servizi integrati ausiliari, dei servizi di pulizia e igiene ambientale, e dei servizi accessori da svolgersi presso le sedi dell'Ateneo adibite a uffici, aule, biblioteche e laboratori.

Alla gara partecipavano ventotto operatori del settore; di questi solo sei superavano la soglia di sbarramento fissata dalla disciplina di gara, e risultavano così posizionati nella graduatoria finale: I. Euro&Promos FM S.p.A., II. Team Service società consortile a r.l., III. Romeo Gestioni S.p.A., IV. Sicuritalia Group Service S.c.p.a., V. Stereo S.r.l. (gestore uscente del servizio), VI. il RTI costituito da Formula Servizi soc. coop. e Multiservice soc. coop..

La società Euro&Promos FM S.p.A. era stata inizialmente esclusa dalla gara perché aveva indicato in offerta per lo svolgimento del servizio di pulizia un monte-ore inferiore a quello previsto nella legge di gara: l'esclusione veniva tuttavia annullata da questo Tribunale con sentenza n. 187/2022, in accoglimento del ricorso proposto dall'interessata.

L'appalto era definitivamente aggiudicato a Euro&Promos FM S.p.A..

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio e con successiva memoria difensiva, anch'essa ritualmente notificata, la società Stereo S.r.l., quinta classificata e gestore uscente del servizio messo a gara, ha domandato:

- l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, del provvedimento di aggiudicazione e di tutti gli atti presupposti, ivi compresi quelli contenenti la legge di gara,
- la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, medio tempore sottoscritto;
- l'accertamento, ai sensi dell'articolo 116 Cod. proc. amm., del proprio diritto ad accedere alle offerte delle concorrenti e la condanna della stazione appaltante all'ostensione dei documenti richiesti.

Si è costituita in giudizio l'Università degli Studi di Bergamo, a mezzo dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, per resistere al ricorso avversario e chiederne il rigetto.

Si è costituita in giudizio anche la società Euro&Promos FM S.p.A., pure essa per opporsi, in rito e nel merito, all'impugnativa promossa dalla quinta classificata.

Non si sono, invece, costituite in giudizio le altre imprese concorrenti in gara ricomprese nella graduatoria finale, tutte in epigrafe elencate.

La domanda cautelare è stata respinta da questo Giudice per difetto del requisito normativo del periculum in mora.

È stata invece accolta la domanda incidentale di accesso agli atti di gara.

Dopo l'ulteriore scambio di scritti difensivi tra le parti, la causa è stata introitata alla pubblica udienza del 21 dicembre 2022.

DIRITTO

1. Viene in decisione la causa promossa dalla società Stereo S.r.l. avverso l'aggiudicazione alla società Euro&Promos FM S.p.A. dell'appalto quinquennale dei servizi integrati ausiliari, dei servizi di pulizia e igiene ambientale, e dei servizi accessori da svolgersi presso le sedi adibite ad uffici, le aule, le biblioteche e i laboratori dell'Università degli Studi di Bergamo.

Come anticipato nella parte in fatto, la società Stereo S.r.l. (gestore uscente del servizio) aveva partecipato a quella gara, collocandosi in quinta posizione nella graduatoria finale.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente lamenta di essere stata fuorviata nella predisposizione dell'offerta dall'ambiguità della legge di gara e da un successivo chiarimento della stazione appaltante. Essa, infatti, aveva inteso che il monte-ore per il servizio di pulizia ivi indicato fosse vincolante, contrariamente a quanto invece stabilito da questo Tribunale nella sentenza n. 187/2022.

In questo modo, tuttavia, era stata – a suo dire - alterata la par condicio competitorum, perché le offerte in gara, muovendo da presupposti opposti in ordine a un elemento essenziale (i.e. il monte-ore per il servizio di pulizia), non sarebbero state comparabili.

2.2. La doglianza è infondata, il che consente di prescindere, per ragioni di economia processuale, dall'esame delle eccezioni di inammissibilità per violazione del giudicato (quello discendente dalla sentenza di questo Tribunale n. 187/2022) o ancora per carenza di interesse (non potendo comunque la ricorrente conseguire il bene della vita), sollevate dalle difese dei contraddittori.

2.3.1. Anzitutto, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la legge di gara non era né ambigua, né fuorviante. Come già osservato da questo Giudice nella citata sentenza n. 187/2022, la legge di gara, avuto riguardo sia al dato testuale, sia all'esame sistematico delle diverse previsioni che la componevano, era chiara nel indicare come vincolante solamente il monte-ore indicato per i servizi integrati, e non anche quello "stimato" per i servizi di pulizia.

Ed è proprio perché la legge di gara non era equivoca, che è stato ritenuto illegittimo il chiarimento dell'Università che definiva vincolante il monte-ore stimato dalla legge di gara

per l'esecuzione del servizio di pulizia, poiché, lungi dal chiarire aspetti oscuri, andava a modificare la legge di gara medesima.

2.3.2. La qualifica di PMI della ricorrente (qualifica perverso contestata) è del tutto irrilevante, perché l'obiettivo di favorire la partecipazione alle gare delle micro, piccole e medie imprese va perseguito attraverso la suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto e la previsione di requisiti di partecipazione non penalizzanti per questo tipo di imprese.

La tutela delle PMI non significa tutela dagli errori di comprensione della legge di gara. Stereo S.r.l. non può pretendere il rifacimento della gara solo per aver sbagliato l'offerta, assumendo di avere male inteso la legge di gara, quand'anche a ciò fosse stata indotta da terzi.

2.3.3. Del resto, l'affermazione che tutte le concorrenti posizionate in graduatoria, a eccezione dell'aggiudicataria, abbiano elaborato l'offerta ritenendo vincolante il monte-ore stimato dalla legge di gara per il servizio di pulizia, è una mera illazione, non suffragata da riscontri oggettivi. Le altre concorrenti hanno sì dichiarato in offerta un monte-ore addirittura superiore a quello della *lex specialis*, ma nulla indica che lo abbiano fatto perché convinte di essere a tanto obbligate, e non piuttosto perché conseguenza diretta del tipo di proposta organizzativa presentata.

L'unico dato certo è che Stereo S.r.l. è arrivata quinta in gara, sopravanzata non soltanto da Euro&Promos FM S.p.A., la cui offerta contemplava un monte-ore per il servizio di pulizia inferiore a quello della *lex specialis*, ma anche dalle concorrenti che avevano proposto un monte-ore superiore, riuscendo nondimeno a presentare una offerta tecnica di maggior pregio e/o una offerta economica più conveniente.

Il che conferma non è dipesa dalla legge di gara la presentazione da parte di Stereo S.r.l. di un'offerta non competitiva.

Sicché in definitiva la censura non può trovare accoglimento-

3.1. Lo stesso dicasi per il secondo motivo di impugnazione, dedotto in via subordinata, con il quale la società ricorrente contesta la legittimità della nomina della commissione giudicatrice, sotto un duplice profilo.

Anzitutto, la deducente stigmatizza il fatto che l'Università non abbia predeterminato i criteri di competenza e di trasparenza sulla base dei quali effettuare la scelta dei commissari.

In secondo luogo, l'esponente lamenta che nessuno dei commissari nominati (tutti professori di ruolo dell'Ateneo) sarebbe esperto nel settore oggetto dell'appalto, come emergerebbe dagli errori commessi nella valutazione delle offerte, e in particolare:

(i) dal fatto che vi è stato un appiattimento dei punteggi delle offerte tecniche, sicché di fatto l'appalto è stato assegnato sulla base dell'offerta economica, in violazione dell'articolo 95, commi 3 e 10 bis, D.Lgs. n. 50/2016 e dell'articolo 18 del Disciplinare di gara;

(ii) dal fatto che è stata effettuata una valutazione collegiale delle offerte, anziché singolarmente da ciascun commissario, così come previsto dalla legge di gara.

3.2. Anche con riferimento a questo secondo motivo di impugnazione si può soprassedere dalla disamina delle eccezioni di rito (segnatamente, di tardività e di carenza di lesività) sollevate dalla controinteressata, stante la sua infondatezza nel merito.

3.3.1. Va in primo luogo ricordato che l'operatività dell'articolo 77, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui al successivo articolo 78, è stata sospesa fino al 30.06.2023 dall'articolo 1, comma 1, lettera c), D.L. n. 32/2019 convertito dalla L. n. 55/2019. Resta fermo, a mente della predetta disposizione di proroga, "l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

Ora è ben vero che l'Università degli Studi di Bergamo non aveva predeterminato i criteri di scelta dei commissari, tuttavia non per questo la nomina è da ritenersi illegittima, trattandosi di una mera irregolarità non viziante laddove in concreto non siano mancate le condizioni di trasparenza e competenza (cfr., C.d.S., Sez. III, sentenza n. 6818/2020).

Il che è esattamente quanto avvenuto nel caso di specie, avendo l'Ateneo pubblicato i curricula dei commissari e avendo questi dichiarato di non versare in una situazione di incompatibilità (circostanza quest'ultima nemmeno messa in discussione dalla ricorrente).

3.3.2. E proprio dalla lettura dei curricula emerge l'infondatezza della tesi della ricorrente della incompetenza dei commissari.

Al riguardo va premesso che il requisito richiesto dall'articolo 77, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, ovvero sia che i commissari siano esperti del settore cui afferisce l'oggetto del contratto, deve essere inteso «in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere. Non è in proposito necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad

esprimere le necessarie valutazioni» (così, T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, sentenza n. 3687/2022).

Ebbene, dei tre commissari, uno è professore ordinario presso la facoltà di ingegneria, gli altri due sono professori associati, uno presso la medesima facoltà, l'altra presso la facoltà di economia, e tutti per il corso di studi e l'attività di ricerca svolta negli anni sono dotati di idonee competenze per valutare progetti di servizi, a bassa complessità, quali quelli messi a gara.

In particolare, risulta che la prof.ssa Sicilia ha partecipato a progetti di ricerca relativi ai sistemi di misurazione e valutazione delle performance, a ulteriore conferma che si trattava di commissari dotati di adeguata esperienza per aggiudicare l'appalto.

3.3.3. D'altro canto, nessuno degli elementi indicati dalla ricorrente a dimostrazione della incompetenza della commissione è idoneo allo scopo dichiarato.

In particolare, la circostanza che la valutazione delle offerte tecniche si sia mantenuta in un intervallo di punteggio limitato non significa nulla, se non che le sei offerte (su ventotto in gara) che hanno superato la soglia di sbarramento fissata a 45 punti, erano assai simili. Peraltro, la ricorrente non ha allegato l'esistenza di elementi che avrebbero macroscopicamente differenziato le offerte.

La documentazione prodotta in giudizio dalla controinteressata (doc. 20 del fascicolo di parte) poi sconfessa l'assunto della ricorrente per cui i commissari, violando la legge di gara, abbiano valutato le offerte collegialmente, anziché singolarmente.

Anche sotto questo profilo le operazioni di valutazione delle offerte si sono svolte correttamente.

4.1. In conclusione, il ricorso risulta infondato e per questo viene respinto.

4.2. Le spese di lire vengono compensate per un terzo, essendo stata accolta la domanda di accesso incidentale promossa dalla ricorrente, mentre per i restanti due terzi sono poste a carico della società Stereo S.r.l. in quanto soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio per un terzo; condanna la società Stereo S.r.l. a rifondere all'Università degli Studi di Brescia e alla società Euro&Promos FM S.p.A. i restanti due terzi delle spese di giudizio, e dunque a versare a ciascuna parte €uro 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO