

Antonella Fellini, con domicilio eletto presso Studio Legale Lipani & Partners in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

per l'annullamento

- della determinazione del Comune di Roma n. 2332 in data 16.11.2010, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva in favore della Roma Multiservizi s.p.a. della gara per l'affidamento del servizio globale di pulizia, manutenzione e presidio delle aree a verde pubblico e degli arenili di Castel Porziano per il triennio 2010/2012;
- della nota prot. SC/277940 in data 22.11.2010;
- di ogni altro atto comunque connesso e coordinato, anteriore e conseguente e , in particolare, della determina del 27 aprile 2010 n. 938, con la quale è stata nominata la Commissione giudicatrice;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Roma e di Roma Multiservizi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2011 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto indicato in oggetto in favore della Soc. Roma Multiservizi, assumendone l'illegittimità in ragione del vizio della composizione della commissione aggiudicatrice per violazione dell'art. 84 comma 8 del d.lgs. 163/06.

Si assume in particolare l'illegittimità della nomina, come componente, della dr.ssa Luigia Bagnato, dipendente della società Zetema Progetto Cultura s.r.l., che, in

quanto soggetto esterno alla organizzazione della stazione appaltante, avrebbe dovuto essere selezionato nei modi e secondo i criteri previsti dal comma 8 dell'art. 84 citato e, quindi, prescelto sulla base di un elenco di professionisti candidati fornito dal corrispondente ordine professionale.

Con i motivi aggiunti, proposti a seguito dell'accesso agli atti, contesta poi la violazione dell'art. 84 comma 2 del d. lgs. 163/2006 in ragione dell'asserito difetto di competenza dello stesso membro della commissione rispetto all'oggetto dell'appalto.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame sia Roma Capitale che la società controinteressata.

Alla pubblica udienza del giorno 23 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione nel merito.

DIRITTO

Con il ricorso principale la ricorrente assume l'illegittimità della commissione di gara, per violazione dell'art. 84 comma 8 del d. lgs n. 163/2006 per la presenza di un componente esterno non scelto dalla stazione appaltante nell'ambito di un elenco formato sulla base di rose di candidati forniti dagli ordini professionali.

La censura è destituita di fondamento.

In punto di fatto va infatti premesso che la dr.ssa Luigia Bagnato è stata nominata componente della commissione de qua come dipendente della società Zetema s.p.a., società in house del Comune di Roma con compiti di gestione dei musei e delle attività culturali e di spettacolo e di promozione turistica, distaccata presso il Dipartimento X del Comune con funzioni di coordinamento su progetti e allestimenti di manifestazioni ludiche-scolastiche e culturali su aree verdi.

Assumono i resistenti che, ai fini dell'applicazione della norma richiamata, i dipendenti delle società in house possono essere equiparati ai funzionari comunali, in ragione del vincolo che lega la società all'organizzazione comunale.

La questione interpretativa che si pone ai fini della definizione del giudizio è quindi quella di stabilire se il primo inciso del comma 8 dell'art. 84 del codice dei contratti pubblici, per il quale i commissari diversi dal presidente devono essere selezionati fra i funzionari della stazione appaltante, debba essere letto come riferito esclusivamente ai dipendenti di ruolo dell'amministrazione comunale, ovvero se siano da ritenersi funzionari tutti i soggetti preposti a vario titolo ad organi o uffici riconducibili direttamente o indirettamente all'amministrazione comunale, benchè non dipendenti dell'amministrazione medesima.

In proposito va premesso che, per copiosa elaborazione giurisprudenziale in materia, la società in house si caratterizza per una rilevante aderenza organizzativa rispetto all'amministrazione controllante: il modello in house infatti implica che la società di gestione sia priva di una propria autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle della pubblica amministrazione della quale costituisce, quindi, una sorta di prolungamento organizzativo.

La situazione di in house legittima per questa ragione l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una longa manus, dell'ente stesso. Da qui, l'espressione in house che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. Si è dunque in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione non già intersoggettiva,

mancando una relazione intersoggettiva, ma interorganica; sussiste, in questo modo, un rapporto non di autonomia ed alterità tra i due soggetti (comune e società) quanto piuttosto, sul piano sostanziale, di subordinazione gerarchica e la società finisce col diventare un plesso organizzativo dello stesso ente locale.

Il rapporto di completa subordinazione gerarchica e la dipendenza anche strutturale della società in house rispetto al comune di appartenenza fa sì che dipendenti della società possano essere preposti ad uffici dell'amministrazione o comunque chiamati a svolgere (nella prospettiva della delegazione interorganica) funzioni riconducibili direttamente all'ambito delle competenze del Comune, così da operare come funzionari del comune pur non essendo qualificabili come dipendenti comunali e nei limiti delle funzioni delegate.

Ciò chiarito, ritiene il Collegio che l'art. 84 comma 8, nella parte in cui prescrive che i componenti delle commissioni aggiudicatrici debbano essere scelti fra funzionari della stazione appaltante non possa essere interpretato, restrittivamente, come riferito esclusivamente a dipendenti di ruolo dell'amministrazione comunale, quanto, estensivamente, come riferito a tutti i soggetti che – siano essi dipendenti non di ruolo o a contratto ovvero, per esempio, dipendenti di società in house – siano parte integrante dell'organizzazione complessa dell'amministrazione comunale e preposti allo svolgimento di un ufficio.

In detta prospettiva lo svolgimento dei compiti di componente di commissioni aggiudicatrici finisce con l'inerire all'ufficio e compete ai dipendenti della società in house nella stessa maniera in cui compete ai dipendenti di ruolo (non dovendo quindi dare luogo, a parere del Collegio, a compensi a favore degli uni e non degli altri).

La tesi prospettata fonda, oltre che sul concetto di organizzazione allargata della struttura dell'amministrazione comunale che, come sopra ricordato, non può non

abbracciare anche le società in house, su una ulteriore considerazione di ordine letterale.

L'art. 10 del codice dei contratti pubblici, che disciplina la figura del responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti, al comma quinto, stabilisce espressamente che il responsabile deve essere un dipendente di ruolo; il legislatore adotta quindi in detta sede una nozione sicuramente più ristretta rispetto a quella di "funzionario" invece utilizzata nell'omologa disposizione in materia di componenti delle commissioni aggiudicatrici, a riprova di una diversa valorizzazione del dato funzionale della preposizione all'ufficio e dell'inserimento nell'organizzazione amministrativa della struttura.

Inoltre, lo stesso art. 84 comma 8 mette sullo stesso piano, ai fini dell'individuazione dei componenti delle commissioni, sia i funzionari delle stazioni appaltanti che i funzionari delle amministrazioni aggiudicatrici diverse dalla stazione appaltante, riferendo esclusivamente agli esterni (professionisti e professori universitari) gli ulteriori criteri di selezione ivi previsti.

Il fatto che gli ulteriori criteri di selezione siano previsti solo per professionisti e professori universitari è indice sintomatico del fatto che solo questi ultimi sono da considerarsi "esterni" ai fini della norma in parola e conferma la correttezza di una interpretazione dell'intera disposizione che tenga conto del dato funzionale.

Alla luce delle superiori considerazioni la nomina della dr.ssa Bagnato come componente della commissione de qua va ritenuta immune dal vizio di legittimità denunciato in quanto, come dipendente di una società in house del Comune di Roma e preposta a funzioni riconducibili ad uffici della pubblica amministrazione è inserita nell'organizzazione comunale ed è, ai fini in questione, da considerarsi alla stregua di un funzionario comunale.

Ad ogni buon conto, e per esigenze di completezza, il Collegio osserva che, anche a voler prescindere dalla proposta ricostruzione, la nomina impugnata sarebbe

ugualmente legittima, considerato che lo stesso art. 84 comma 8 consente che i componenti delle commissioni aggiudicatrici siano scelti fra i funzionari delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3 comma 25 del codice dei contratti e che la società in house Zetema rientra nel novero ivi individuato di amministrazioni aggiudicatrici in quanto organismo di diritto pubblico.

Con i motivi aggiunti la ricorrente lamenta poi l'illegittimità della nomina della dr.ssa Bagnato in ragione di un presunto difetto di competenza della stessa rispetto all'oggetto dell'appalto.

Infatti la società Zetema opererebbe in un settore (cultura) affatto diverso da quello interessato dall'appalto e non sarebbe stata assicurata la benchè minima corrispondenza tra l'esperienza professionale della suddetta componente e gli elementi da valutare nell'offerta.

La censura è ammissibile benchè proposta soltanto in sede di motivi aggiunti, perché notificati entro i termini di decadenza.

E' però infondata alla luce delle seguenti considerazioni.

Va osservato in via preliminare che il requisito della esperienza "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" previsto con riferimento ai componenti delle commissioni aggiudicatrici dal comma secondo dell'art. 84 citato non può essere inteso nel senso che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara, occorrendo che dall'insieme delle esperienze di ciascuno dei componenti emerga l'adeguatezza complessiva della commissione.

Va poi, nello specifico, evidenziato che l'oggetto del contratto de quo, inerente la pulizia di un comprensorio, non implicava particolari competenze tecniche e che la dr.ssa Bagnato, quale dipendente di Zetema assegnata al settore gare e contratti, è in possesso di una professionalità sicuramente rilevante ai fini del buon espletamento dell'incarico e utile a garantire, nell'interazione con le competenze e

le professionalità riferibili agli altri componenti, l'espletamento delle procedure di gara in maniera conforme al principio del buon andamento.

Conclusivamente il ricorso va rigettato; le spese di giudizio vanno poste a carico della ricorrente secondo il principio della soccombenza e liquidate in euro 1500,00 in favore di Roma Capitale ed euro 2500,00 in favore della società controinteressata, oltre IVA e CPA come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite che liquida come in parte motiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)