



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8537 del 2022, proposto da Adapta S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. Pacifico S.r.l., e da Pacifico S.r.l., anche quale mandante del medesimo r.t.i., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- l'Azienda USL di Bologna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arianna Cecutta e Katia Monti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la sede dell'ente in Bologna, via Castiglione 29,
- Servizi Ospedalieri S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enza Maria Accarino e Gaetano Di Giacomo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia,
- l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Bologna Policlinico Sant'Orsola Malpighi, non costituita in giudizio,

nei confronti

di Società Semplice Sterimed S.r.l. Servizi Italia S.p.a., Steritalia S.p.a. Servizi Italia S.p.a., So.Ge.Si S.p.a., non costituite in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale dell'Emilia Romagna n. 747 del 10 ottobre 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda USL di Bologna e di Servizi Ospedalieri S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023, il Cons. Fabrizio Di Rubbo e uditi per le parti gli avvocati Silvia Marzot, Laura Cefalo su delega di Katia Monti, e Gaetano Di Giacomo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE del 23 settembre 2020, l'AUSL indicata in epigrafe ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di gestione della sterilizzazione dei dispositivi medici, strumentario chirurgico e interventi di adeguamento della centrale di sterilizzazione dell'Azienda Ospedaliera Universitaria di Bologna Policlinico S. Orsola-Malpighi.

La stazione appaltante ha inteso affidare un unico lotto per un periodo di sei anni rinnovabile di due, per l'importo complessivo di € 17.272.044. Il metodo prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo (70 punti per la componente tecnica, 20 per quella economica).

Hanno rappresentato le ricorrenti che il disciplinare di gara (art. 18.1) contemplava sei criteri di valutazione dell'offerta – discrezionali, quantitativi e tabellari – ciascuno dei quali articolato in sottocriteri. A ciascun parametro

veniva attribuito un coefficiente sulla base del confronto a coppie ad opera di ciascun commissario. Erano inoltre previste soglie di sbarramento per i seguenti cinque criteri:

- 1) Progettazione funzionale della Centrale, comprensiva di fornitura di attrezzature, carrelli, contenitori (10,8);
- 2) Organizzazione del servizio di gestione (10,2);
- 3) Figure professionali, competenza, formazione, addestramento e aggiornamento del personale impiegato nella Centrale (7,2);
- 4) Controllo, gestione e monitoraggio del servizio sistema di controllo e rintracciabilità dei dispositivi medici (7,8);
- 5) Progettazione, riqualificazione e manutenzione della Centrale di sterilizzazione (4,2).

Nel termine di presentazione, pervenivano le offerte di quattro concorrenti, ammesse alla fase successiva. Dopo la nomina della Commissione giudicatrice con atto 12 gennaio 2021, n. 78 – nelle persone di Mariangela Genna Presidente, Raffaele Belgiovine e Manuel Boarini componenti –, alla prima riunione venivano aperte le offerte tecniche e disposta l'attività per sottogruppi, con rinvio alle riunioni plenarie per la discussione e la valutazione tecnica. Nella seduta dell'11 febbraio 2022 i membri attribuivano le preferenze secondo il confronto a coppie.

Nella riunione riservata del 23 febbraio 2022 si verificavano i punteggi definitivi e, prima della relativa "riparametrazione", la ricorrente veniva esclusa a causa del mancato raggiungimento della soglia minima nei criteri nn. 3, 4 e 5 (5,64, 3,92 e 2,14, inferiori rispettivamente a 7,2, 7,8 e 4,2).

Al termine del lavoro la Commissione proponeva di aggiudicare l'appalto al RTI controinteressato (Servizi Ospedalieri S.p.a. e Sterimed S.r.l.).

Con atto di gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato le ricorrenti indicate in epigrafe hanno impugnato gli atti di gara, adducendo in via principale il seguente motivo:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del disciplinare, dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 3 della L. n. 241/1990, lesione dei principi di parità di trattamento e trasparenza, difetto assoluto di motivazione nella valutazione delle offerte tecniche, in quanto la Commissione aveva optato per un giudizio discrezionale quando la *lex specialis* valorizzava componenti numerarie o quantitative. Nello specifico, asseritamente:

- il criterio 3 “*figure professionali, competenza, formazione, addestramento aggiornamento del personale impiegato nella Centrale*” imponeva il raffronto di dati comparabili quali il numero degli operatori e il numero di ore di formazione, e Adapta aveva proposto n. 38 operatori *full time*, mentre l'aggiudicataria aveva esibito la medesima dotazione ma con n. 8 *part time* (Servizi Italia 42 unità con 36 *part time* e Steritalia 39 con un *part time*);
- veniva censurata la valutazione di Servizi Ospedalieri di 8 su 8, ben superiore alla ricorrente che aveva riportato solo 5;
- sul piano formativo dettagliato (criterio 3.2) Adapta aveva proposto un numero di 130 ore di formazione in aula e di 110 *on the job* e aggiornamenti periodici obbligatori su prevenzione e protezione dei lavoratori, con formazione specifica per squadre di emergenza antincendio e di primo soccorso; viceversa Steritalia (che aveva ottenuto un punteggio superiore) aveva proposto solamente n. 70 ore in aula e n. 140 *on the job*;
- sul criterio n. 5 relativo a “*progettazione, riqualificazione manutenzione della Centrale di sterilizzazione, in relazione alla durata dei lavori per interventi di riqualificazione delle opere edili e architettoniche*”, le ricorrenti avevano proposto tempi più ridotti rispetto a quelli dell'aggiudicataria (98 giorni contro i 135 di Servizi Ospedalieri); sulla pavimentazione e sui rivestimenti delle pareti, avevano offerto il rifacimento completo in tutte le aree di lavoro della centrale (anche Servizi Ospedalieri, ma solo ove necessario); sul controsoffitto, era stata proposta l'integrale sostituzione in luogo del 20% indicato dalla controinteressata; anche per bagni e spogliatoi Adapta prevedeva la risistemazione completa;

- per il criterio n. 4 relativo a “*controllo, gestione e monitoraggio del servizio sistema di controllo rintracciabilità dei dispositivi medici*”, entrambe le parti in causa avevano proposto *software* di gestione della tracciabilità e rintracciabilità molto conosciuti e con caratteristiche sovrapponibili (piattaforme modulabili e adattabili al servizio richiesto), Itineris a livello mondiale essendo il più utilizzato (ne usufruiscono 250 Ospedali in Italia) e assicurando una maggiore personalizzazione nella configurazione.

In via subordinata, sono stati proposti i seguenti ulteriori motivi, tesi alla riedizione della gara (i documenti citati sono quelli depositati in primo grado):

II) Violazione degli artt. 77, 78, 216, comma 12, del D. Lgs. n. 50/2016, inosservanza dei principi di trasparenza e buon andamento di cui all’art. 97 della Costituzione, in quanto la nomina dei Commissari era avvenuta senza alcuna preventiva indicazione delle regole di trasparenza e dei criteri di competenza, ovvero delle categorie professionali cui attingere (ai sensi dell’art. 20 del disciplinare di pag. 29, l’AUSL si era limitata a elencarli, sì da non potersi escludere una scelta meramente fiduciaria).

III) Violazione dell’art. 77 del D. Lgs. n. 50/2016, delle Linee guida ANAC n. 5/2016 e inosservanza dei principi di trasparenza *ex* art. 97 della Costituzione, per l’incompatibilità di Raffaele Belgiovine, il quale è dal 1994 coordinatore infermieristico del Programma Igiene ospedaliera prevenzione e svolge attività di controllo sull’appalto di gestione della Centrale di sterilizzazione (cfr. *curriculum* doc. 15), circostanze che ledono l’art. 77 perché i Commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. In aggiunta, il precedente gestore del servizio era un RTI formato da Servizi Ospedalieri, e dunque nell’esercizio delle sue funzioni il soggetto in questione aveva avuto fin dal 2010 costanti contatti (di tipo quotidiano) con l’attuale vincitore (con potenziale conflitto di interessi e distorsione della concorrenza, in violazione del canone di imparzialità).

IV) Violazione degli artt. 42, 77, 78 e 216, comma 12, del D. Lgs. n. 50/2016 per incompetenza di due componenti della Commissione (privi della qualificazione professionale richiesta), in quanto non esperti nello specifico settore dell'appalto, e in particolare:

- la Presidente è dirigente elettrotecnico/elettronico per le esigenze del servizio di Ingegneria clinica e Informatica medica (doc. 17) e si occupa di governo clinico qualità accreditamento, e l'Ing. Manuel Borini è un ingegnere che si occupa di investimenti (doc. 18);

- si tratta di un servizio di alta specializzazione che avrebbe imposto figure in grado di leggere i *layout* della centrale, i flussi produttivi e gli aspetti funzionali della struttura, in grado di conoscere i processi produttivi per ciascuna linea di prodotto.

V) Violazione dell'art. 18 del disciplinare, dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 3 della L. n. 241/1990 e delle Linee Guida ANAC n. 2 aggiornate nel 2018, lesione di canoni di imparzialità di trattamento, eccesso di potere sotto vari profili, in quanto i Commissari avevano esaminato in via preliminare la documentazione tecnica (condividendola) per poi procedere alla valutazione in composizione collegiale (cfr. verbali nn. 24-25, lett. C, pagg. 57-59), con travisamento del meccanismo del confronto a coppie, che impone la fase individuale autonoma con assegnazione discrezionale dei coefficienti da parte del singolo Commissario (quest'ultimo confronta le offerte concorrenti due a due, indicando quale preferisce e il grado di preferenza, e assegnando coefficienti variabili tra 1 e 6).

VI) Illegittimità dei punteggi attribuiti all'esito del confronto a coppie, inosservanza delle norme enucleate nella precedente doglianza, in quanto i Commissari avevano espresso nella gran parte dei casi il medesimo grado di preferenza in esito a tutte le comparazioni, e senza alcuna eccezione con riguardo ai criteri che hanno portato l'esclusione delle ricorrenti (doc. 15, verbale n. 34); la totale uniformità della valutazione essendo una spia dell'eccesso di potere per cattivo uso della discrezionalità, perché ogni

membro avrebbe dovuto autonomamente effettuare il giudizio e solo dopo trasformarlo in una media con riparametrazione.

VII) Inosservanza dell'art. 95, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 e del par. 18.2 del disciplinare, illegittimità della soglia minima di sbarramento, in quanto troppo elevata con un punteggio minimo quasi pari al 60% del punteggio massimo attribuibile (l'illogicità trovava conferma nel fatto che due operatori su quattro erano stati esclusi in via preliminare).

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione e la società controinteressata, chiedendo il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 227, all'esito della camera di consiglio del 21 aprile 2022, è stata rigettata la domanda cautelare.

Con motivi aggiunti depositati il 12 maggio 2022 le ricorrenti hanno poi impugnato l'atto dell'AUSL 13 dicembre 2016 sull'applicazione transitoria delle Linee Guida ANAC n. 5, depositato in giudizio soltanto il 14 aprile 2022. I profili dedotti sono i seguenti:

VIII) Violazione e falsa applicazione degli artt. 77, 78, 216, comma 12, del D. Lgs. n. 50/2016, inosservanza dei principi di trasparenza e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, in quanto l'atto in questione non era disponibile nella sezione del profilo dell'Amministrazione dedicata alla procedura; di qui la conferma che la nomina dei Commissari era avvenuta senza alcuna preventiva indicazione delle regole di trasparenza e dei criteri di competenza, ovvero delle categorie professionali cui attingere ai sensi dell'art. 20 del disciplinare (l'AUSL si era limitata a elencarli senza alcuna motivazione, e così non si poteva escludere una scelta meramente fiduciaria, il cui risvolto era la nomina del dott. Belgiovine nei cui confronti affiora un conflitto di interessi per le ragioni già denunciate).

IX) Inosservanza delle stesse disposizioni di cui al punto precedente, dal momento che l'atto non individuava alcun criterio di trasparenza o competenza (essendo una chiamata diretta) e non motivava in alcun modo le ragioni della scelta dei membri; in aggiunta i conflitti di interessi non sono

enunciati soltanto all'art. 77 cit., commi 4 e 5, ma altresì al comma 6 (e anche il solo pericolo di pregiudizio è idoneo ad alterare la regolarità della procedura di evidenza pubblica).

All'esito della pubblica udienza del 5 ottobre 2022 il ricorso e i motivi aggiunti sono stati respinti, con articolata motivazione.

Hanno proposto appello avverso tale decisione le ricorrenti, chiedendo in via cautelare la sospensione dei relativi effetti e riproponendo in forma di gravame le varie censure ivi rigettate, con la medesima graduazione rappresentata in primo grado.

Si sono costituite, per opporsi al gravame, la controinteressata Servizi Ospedalieri S.p.a. e l'AUSL di Bologna con formali atti e successive memorie depositate in vista della decisione sull'istanza cautelare.

All'udienza camerale del 6 dicembre 2022, su istanza dell'appellante e accordo delle parti, è stato disposto l'"abbinamento" dell'istanza cautelare al merito.

E' stato poi depositato dall'aggiudicataria controinteressata il contratto di servizio relativo alla gara, sottoscritto il 27 dicembre 2022.

Tutte le parti hanno infine depositato memorie *ex art.* 73 c.p.a., anche di successiva replica, in vista dell'udienza di discussione.

All'udienza pubblica del 26 gennaio 2023 la causa è passata in decisione.

2. L'appello è infondato nel suo primo motivo, che ha riproposto in via principale il primo motivo dell'originario ricorso; mentre è fondato il quinto dei motivi riproposti in subordine e rinumerati nel gravame - corrispondente al sesto motivo del ricorso di primo grado – recante una delle censure tendenti ad infirmare la gara ed ottenerne la ripetizione (con conseguente assorbimento degli altri aventi lo stesso fine), per quanto segue.

2.1 In ordine al primo motivo d'impugnazione, teso a censurare l'intervenuta esclusione dalla gara del r.t.i. appellante, ripristinando le sue possibilità d'aggiudicazione della stessa – ove l'appellante ripropone, in via principale, le censure relative ai punteggi attribuiti alle offerte tecniche propria e dell'aggiudicataria con riguardo ad alcuni dei criteri di valutazione previsti,

con soglia di sbarramento, dalla *lex specialis* - il Collegio condivide le motivazioni rese dall'impugnata decisione in ordine all'infondatezza del corrispondente motivo di ricorso, di seguito trascritte:

< 1. Con il primo motivo le ricorrenti denunciano l'indebito esercizio di una potestà discrezionale, quando la lex specialis valorizzava componenti numerarie o quantitative (in particolare per i criteri 3, 4 e 5).

La prospettazione non merita condivisione.

1.1 Come anticipato nell'ordinanza cautelare di rigetto n. 227/2022, ampiamente motivata, il criterio 3 (articolato in due sotto-voci) enuclea una pluralità di elementi, comprendenti la dotazione di risorse umane e l'impostazione organizzativa, per cui il confronto non può essere ridotto a due soli dati numerici (relativi al personale e alle ore di formazione). In buona sostanza, sono riscontrabili diversi componenti che concorrono a definire la struttura predisposta per erogare il servizio, all'interno dei quali il numero di dipendenti e lo spazio temporale dedicato alla formazione costituiscono una semplice parte del tutto.

Il sotto-parametro 3.1 premia il “numero degli operatori messi a disposizione per lo svolgimento del servizio comprensivo delle sostituzioni per ferie e malattie, criteri di avvicendamento e di turnazione del personale operativo e gestionale, ore di attività, organigramma e livelli di responsabilità con indicazione del profilo professionale ed esperienze maturate”. Il 3.2 valorizza il “piano formativo dettagliato per ogni tipologia di formazione suddiviso per ogni tipologia di figura professionale, competenze professionali messe a disposizione”.

1.2 Le deduzioni risultano in altri termini inconferenti in quanto si concentrano solo su una frazione dei parametri enucleati, e la difesa della stazione appaltante ha sottolineato che la proposta dell'aggiudicataria racchiude un dettagliato schema esemplificativo di copertura oraria del servizio suddiviso per giorno della settimana e per reparto di produzione, che tiene in considerazione tutte le variabili (riposi, permessi, ferie del personale, assenze e malattie e lo “stacco” pari a 11h, previsto da contratto, tra un turno e l'altro (cfr. doc. 15, pagg. 99 e 100); viceversa, Adapta-Pacifico si limiterebbe a un

dettaglio minimo, e inserirebbe tra gli addetti full time il Responsabile dell'esecuzione del contratto (privo di compiti operativi e non conteggiato dagli altri concorrenti). Sull'ulteriore profilo, la resistente ha posto l'accento sul dettagliato cronoprogramma di Servizi Italia, calibrato su ogni singola figura professionale (cfr. doc. 18, pagg. 99, 100, 101), sui curricula dei docenti (doc. 19), sull'unità organizzativa dedicata alla formazione (doc. 18, pag.101 e 102), sulla definizione di un numero di ore annuali di aggiornamento (pag. 101).

1.3 Anche il criterio 5 postula un'attività di valutazione discrezionale sul pregio tecnico della proposta, non limitata all'indagine di valori e grandezze. I due sub-criteri enucleati sono pertinenti alle "Caratteristiche complessive del progetto di riqualificazione della Centrale e Caratteristiche e tipologie dei materiali proposti" e al "Programma di manutenzione periodica degli impianti e delle strutture". Peraltro, la difesa dell'amministrazione ha dato conto delle migliorie, ricavabili dai computi metrici a confronto (doc. 14 e 17), riguardanti gli impianti aeraulici, idraulici, opere edili. Del resto, pareti, pavimenti e controsoffitto da rifare o sostituire rappresentano un'opzione che non necessariamente sfocia in un giudizio di migliore qualità complessiva, in disparte la presenza (in aggiunta) di impianti elettrici e meccanici con la loro componentistica.

1.4 Quanto al parametro 4, è sufficiente il rilievo che la diffusione sul mercato e il radicamento presso una pluralità di centri ospedalieri non erano compresi tra quelli rientranti nel raggio di valutazione. Infatti, il sotto-parametro 4.1 riguardava la "Descrizione dei sistemi di supporto alle attività: sistema di prenotazioni dei kit, sistema di comunicazione, sistema di monitoraggio del servizio"; il 4.2 la "Descrizione del sistema per la gestione della tracciabilità e rintracciabilità indicando tutti i componenti, con particolare riferimento alla semplicità di utilizzo, formazione e affiancamento e assistenza agli operatori dell'Azienda per l'avvio del sistema" (doc. 3, pag. 31).

1.5 In conclusione, si richiama anche l'indirizzo per cui <<La valutazione delle offerte e, del pari, l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice è espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, così che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di

legittimità, ad eccezione dell'ipotesi in cui si ravvisi manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti>> (Consiglio di Stato , sez. V, 03/02/2021 , n. 999) ... Consiglio di Stato , sez. III , 28/12/2020 , n. 8369 ... <<Il sindacato del G.A. sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della P.A., in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della stessa Commissione rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il G.A. ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134, c.p.a ., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica. Ne deriva che, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice, non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto>> (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 14/6/2021 n. 1208, che non risulta appellata ed evoca T.A.R. Lombardia Milano, sez. II – 10/12/2020 n. 2471).>.

Ad avviso del Collegio risulta condivisibile proprio tale conclusione del T.a.r., secondo cui l'appellante, in sostanza, pretende di sindacare la discrezionalità amministrativa attraverso una propria personale lettura della disciplina di gara. Infatti, ciascuno dei criteri di valutazione di cui è censurato il malgoverno afferiva a un più generale aspetto o profilo dello svolgimento del servizio oggetto d'affidamento, nel cui ambito i dati quantitativi adottati dalle appellanti costituivano solo uno degli elementi – che erano anche qualitativi - dell'offerta da prendersi in considerazione.

Più in particolare, va sgombrato il campo dall'improprio richiamo dell'appellante r.t.i. ai criteri di valutazione di tipo “tabellare”, i quali, per condivisibile giurisprudenza, sono esclusivamente quelli di tipo “on/off”, tali da escludere qualsiasi graduazione di punteggio e quindi ogni spazio di discrezionalità valutativa da parte della Commissione di gara (in sostanza, è

previsto un punteggio “secco” la cui attribuzione all’offerta discende dalla semplice verifica circa il soddisfacimento o meno di una particolare condizione prescritta dalla disciplina di gara: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026).

Orbene, è evidente che nel caso di specie per i criteri *de quibus* fosse prevista l’attribuzione di punteggi graduabili, e già questo è sufficiente a escludere che si trattasse di criteri “tabellari”.

Ciò posto, va riconosciuto che l’appellante non sostiene che i predetti criteri siano tabellari in senso tecnico, bensì che si prestino a una sorta di “*lettura tabellare*” in quanto incentrati sulla prevalente valorizzazione di dati quantitativi (come il numero di ore, di unità di personale ecc.). Senonché, anche tale tesi risulta invasiva degli spazi di discrezionalità attribuiti alla Commissione nella graduazione dei punteggi, assumendo essa la presenza d’una sorta di vincolo consistente nel doversi premiare maggiormente le offerte in cui questi dati quantitativi risultino maggiori, ed in misura proporzionalmente inferiore le altre.

Insomma, quand’anche nella specie non si ricada nell’ipotesi più comune d’inammissibilità del motivo in cui il ricorrente sollecita un non consentito riesame giudiziale della valutazione, sovrapponendo propri personali giudizi (anche comparativi) a quelli operati dal seggio di gara, in sostanza l’impostazione dell’appellante r.t.i. persegue il medesimo risultato attraverso una lettura distorta della disciplina di gara.

Ciò chiarito, per quanto già ritenuto nella succitata motivazione della decisione impugnata, qui da intendersi richiamato anche ai sensi degli artt. 120, comma 10, e 74 c.p.a., vanno poi anche nel dettaglio disattese le doglianze proposte in relazione a ciascuno dei criteri di valutazione *de quibus*; restando così assorbita l’eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti appellate in vari punti per *mutatio libelli* in violazione del divieto di cui all’articolo 104, comma 1, c.p.a..

2.2. Deve invece trovare accoglimento il quinto dei motivi riproposti in via subordinata nell'appello – corrispondente al sesto motivo dell'originario ricorso –, afferente allo scorretto utilizzo in concreto del metodo valutativo del “confronto a coppie”.

Questa la motivazione del rigetto dei due motivi (esaminati congiuntamente) proposti in materia dalle ricorrenti, resa dalla sentenza impugnata:

<5. Ad avviso delle esponenti (motivi n. V e n. VI) i Commissari avrebbero esaminato in via preliminare la documentazione tecnica (condividendola) per poi procedere alla valutazione in composizione collegiale (cfr. verbale 24-25 lett. C pag. 57-59), con travisamento del meccanismo del confronto a coppie, che impone la fase individuale autonoma con assegnazione discrezionale dei coefficienti da parte del singolo Commissario. Inoltre, si registrerebbe l'illegittimità dei punteggi attribuiti all'esito del confronto a coppie, in quanto i Commissari avrebbero espresso – nella maggior parte dei casi – il medesimo grado di preferenza in esito a tutte le comparazioni, soprattutto con riferimento ai criteri che hanno portato all'esclusione delle ricorrenti (doc. 15, verbale 34).

La tesi non è condivisibile.

5.1 Si osserva anzitutto che il verbale n. 33 dell'11/2/2022 (doc. 7 AUSL) e le schede allegate attestano che ogni membro della Commissione ha esaminato le proposte tecniche dei concorrenti in autonomia, con assegnazione dei voti numerici per ciascun criterio. Ivi si dà atto che “avendo completato, nelle riunioni precedenti, la valutazione di tutte le offerte tecniche, i singoli componenti della Commissione procedono discrezionalmente all'attribuzione delle preferenze secondo il confronto a coppie riportandoli nelle schede che si allegano al presente verbale quale parte integrante e sostanziale”.

Il verbale (che fa fede fino a querela di falso) attesta che l'apprezzamento è stato manifestato da ciascun singolo componente “nelle riunioni precedenti” con valutazione per ciascuna coppia di offerte. Nel verbale n. 34 si dà atto che “i risultati delle schede di valutazione, compilate dai singoli commissari nella seduta precedente, vengono riepilogati nella tabella punteggi qualità allegata al presente verbale

quale parte integrante e sostanziale. I punteggi ottenuti verranno inseriti nella piattaforma sater nella seduta prossima ...”.

6. *Sull'altro aspetto, invero, il Consiglio di Stato, sez. V – 15/9/2021 n. 6299, nel riformare una sentenza di questa Sezione (11/11/2020 n. 731) ha sottolineato che <<La più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato al riguardo che “la circostanza fattuale secondo la quale i componenti della commissione avrebbero espresso sempre un giudizio omogeneo prova troppo [...] ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo, vieppiù in considerazione della peculiarità del giudizio qui in rilievo contraddistinto da una ontologica dimensione relativa siccome qualificata dall'espressione di preferenze espresse all'interno del contesto comparativo che qualifica il metodo del confronto a coppie (Cons. Stato, III, 29 maggio 2020, n. 3401)”. In tale prospettiva, già in passato era stato posto in evidenza che “L'insussistenza di differenziazioni tra i punteggi attribuit[i] dai vari Commissari non costituisce [...] sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, come stabilito dall'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006, che peraltro non prevede la segretezza [delle] valutazioni espresse dai singoli Commissari nell'ambito di detto collegio” (Cons. Stato, V, 24 marzo 2014, n. 1428; 17 dicembre 2015, n. 5717; III, 11 agosto 2017, n. 3994)>>.*

6.1 *Il principio enunciato è condivisibile, e conduce nella specie a confermare la legittimità dell'operato dell'amministrazione, proprio perché il criterio valutativo richiede un passaggio procedurale (ossia, la manifestazione dei voti dei singoli commissari) che traspare nelle schede del confronto a coppie. La coincidenza dei voti espressi dai diversi Commissari non costituisce di per sé causa d'illegittimità, essendo plausibile una convergenza nelle valutazioni – anche a seguito di confronto dialettico – inidonea di per sé sola a porre nel nulla i voti individuali dei singoli componenti della Commissione: non v'è evidenza, in definitiva, che si sia in presenza di un voto collegiale anziché di un insieme di voti singoli coincidenti.>.*

Sul punto specifico è intervenuta la recente decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2022, affermando i seguenti principi, in senso opposto a quanto

ritenuto nella parte finale della motivazione appena citata (la quale, in punto di fatto, ha riconosciuto una “*coincidenza dei voti espressi dai diversi Commissari*”):

<a) nel diritto dei contratti pubblici, i commissari di gara cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, quando procedono alla valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, possono confrontarsi tra loro in ordine a tali elementi prima di attribuire individualmente il punteggio alle offerte, purché tale confronto non si presti ad una surrettizia introduzione del principio di collegialità, con la formulazione di punteggi precostituiti ex ante, laddove tali valutazioni debbano essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, anzitutto di natura esclusivamente individuale;

b) con riferimento al metodo del confronto a coppie, in particolare, l'assegnazione di punteggi tutti o in larga parte identici e non differenziati da parte dei tutti i commissari annulla l'individualità della valutazione che, anche a seguito della valutazione collegiale, in una prima fase deve necessariamente mantenere una distinguibile autonomia preferenziale nel confronto tra la singola offerta e le altre in modo da garantire l'assegnazione di coefficienti non meramente ripetitivi e il funzionamento stesso del confronto a coppie; (...)>.

Orbene, nel caso di specie ricorre con sufficiente evidenza il vizio descritto *sub b)*.

Infatti, gli innumerevoli punteggi attribuiti dai singoli Commissari risultano in generale corrispondenti, con poche eccezioni (nove su sessantaquattro complessivi; cinque sui primi sessanta), oltre ad essere sempre identici – senza eccezione alcuna – nelle pur numerose votazioni afferenti ai “criteri” nn. 3, 4 e 5 che hanno condotto all’esclusione della parte ricorrente, come risulta dalla “tabella punteggi qualità” allegata al verbale n. 34 del 16 febbraio 2022 (prodotto in primo grado dalle ricorrenti, e riprodotto in allegato all’atto d’appello).

Ciò posto, sempre sul piano fattuale risulta condivisibile l’assunto delle ricorrenti (d’ordine necessariamente inferenziale) secondo cui *<tale uniformità appare, in relazione alle numerose variabili potenziali costituite dal numero dei commissari (3), dei coefficienti, dei criteri di valutazione (6), e dei relativi subcriteri e delle offerte (3), il frutto di un previo concerto tra i commissari circa il modus procedendi, contrario a*

quello chiaramente predicato dal disciplinare di gara> (cfr. pag. 24 del ricorso di primo grado, in nota), in linea con l'ulteriore chiarimento dell'Adunanza Plenaria secondo cui *“La valutazione di questa necessaria preliminare individualità della preferenza nel ‘confronto a coppie’ è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, chiamato a valutare, in base a tutte le circostanze del caso concreto, se la ripetitività dei coefficienti individuali espressi dai singoli commissari sia tanto elevata, sul piano quantitativo, e soprattutto tanto sistematica, sul piano qualitativo, da vanificare una pur minima distinguibile e perciò apprezzabile, a livello di valutazione uti singulus, autonomia preferenziale da parte del singolo commissario”*.

Per contro, non sono centrate le difese opposte sul punto dalla controinteressata Servizi Ospedalieri, nonché dall'AUSL, sin dalla memoria redatta in vista dell'udienza cautelare, poi reiterate e sviluppate nei successivi rispettivi scritti.

In particolare, non è rilevante che le ricorrenti non abbiano impugnato la legge di gara nella parte in cui non esclude un previo confronto tra i commissari, né che (asseritamente) non sia stata contestata l'omessa verbalizzazione dei loro giudizi individuali, non trattandosi di circostanze costitutive del vizio sopra rilevato (sul punto si tornerà *infra*), che è piuttosto svelato dalla sostanza stessa dei giudizi espressi, intrinsecamente indicativi d'una deliberazione surrettiziamente collegiale anziché individuale.

Per la stessa ragione, neppure è decisivo l'aspetto formale per cui *<(…) gli atti (fino a querela di falso) attestano che i commissari hanno proceduto ad una valutazione autonoma e neppure identica*> (cfr. pag. 30 della memoria cit. della società controinteressata., che riprende le argomentazioni del T.a.r.), anche considerato che la giurisprudenza sopra citata non richiede la totale identità dei giudizi, il che priva di decisivo rilievo anche l'ulteriore contestazione sul punto presente a pagg. 5 e ss. della memoria di replica dell'AUSL.

Tantomeno è conferente l'eccezione per cui le ricorrenti non abbiano lamentato la non “autosufficienza” della griglia di valutazione, attenendo ciò a un aspetto evidentemente diverso da quello in esame; né, infine, può

utilmente obiettarsi che le ricorrenti non abbiano allegato <(…) *su quale misura ed in quali termini il giudizio della commissione o dei singoli commissari avrebbe dovuto essere diverso*> (pag. 4 della memoria *ex art. 73 c.p.a.* della controinteressata; nonché pag. 5 della successiva memoria di replica), neppure ciò rappresentando un elemento costitutivo del vizio in questione, che attiene all'intrinseca e generica genuinità della preferenza individuale, tema refrattario a qualsivoglia "prova di resistenza" per l'impossibilità di individuare l'"esito alternativo legittimo" dei vari voti espressi.

Tutto ciò chiarito, ne discende la necessaria applicazione del principio di diritto summenzionato, col conseguente annullamento del procedimento di gara svoltosi da tali operazioni in poi.

2.3 Nel caso specifico ricorre poi un ulteriore dato – beninteso, non costitutivo del vizio qui rilevato - rappresentato dalla previa riunione tra commissari a scopo di confronto valutativo (fatto pacifico).

Si tratta d'un *modus operandi* ritenuto ammissibile nella decisione dell'Adunanza plenaria, la quale ha escluso che costituisca di per sé un vizio: ne consegue l'infondatezza del quarto dei motivi "subordinati" d'appello – corrispondente al quinto motivo dell'originario ricorso - che a ciò attiene, riproponendo la doglianza esposta in primo grado.

Ciò non toglie che tale circostanza non faccia che avallare in via ulteriore, anche *ex art. 2729 c.c.*, la già operata ricostruzione della concreta vicenda in termini di non casualità della successiva larga identità di giudizi individuali riscontratasi.

2.4 I precedenti rilievi consentono di prescindere dall'esame dell'ulteriore lamentela riproposta dalla parte appellante – e dalle eccezioni opposte dalle controparti - circa l'omessa verbalizzazione delle opinioni individuali, pure ritenuta necessaria dall'Adunanza plenaria nella fattispecie in esame (vizio che comunque non appare sussistere, stanti i verbali nn. 33 e 34 che danno atto di valutazioni effettuate dai singoli componenti).

2.5 La medesima sorte in termini di assorbimento tocca all'eccezione, proposta dall'AUSL, di tardività della memoria *ex art. 73 c.p.a.* depositata dalla parte appellante.

Rileva infatti che la censura sopra accolta era stata ben formulata già in primo grado - nonostante la contraria eccezione della controinteressata al riguardo, che va pertanto respinta (cfr. pag. 24 dell'originario ricorso: *<Con riferimento ai punteggi attribuiti dalla commissione all'esito del confronto a coppie questa difesa lamenta che tutti i commissari hanno attribuito – nella maggior parte dei casi - il medesimo grado di preferenza (fra i sei possibili) in esito a tutti i confronti a coppie. E questo soprattutto con riferimento ai criteri 3 4 e 5 che hanno portato alla esclusione di ADAPTA spa. La circostanza risulta per tabulas dalla tabella riepilogativa allegata al verbale del 16.02.2022 (doc. 15 verbale 34 allegato). La perfetta identità dei punteggi, quindi, attribuiti dai commissari in tutte le votazioni eseguite equivale a obliterazione del metodo del confronto cd. “a coppie” – e, in specie, dell'apprezzamento individuale da parte di ciascun commissario – in favore del diverso metodo collegiale. La assoluta e totale uniformità di ogni valutazione espressa dai membri della commissione quanto alla preferenza ed al suo grado, che si ripete indefettibilmente per tutti i parametri di valutazione è sicura spia dell'eccesso di potere [...]>*) - ed è stata riproposta con l'appello. Ne consegue l'irrelevanza, ai fini dell'accoglimento di quest'ultimo qui disposto, dell'esame della contestata memoria e, di conseguenza, di quello della predetta eccezione processuale.

2.6 In definitiva, va riconosciuto il vizio di eccesso di potere nello svolgimento delle denunciate operazioni di valutazione, con la conseguente invalidazione della gara da tale fase ed inefficacia *ex art. 122 c.p.a.* del contratto da ultimo stipulato il 28 dicembre 2022, depositato dalla controinteressata (cfr. sul punto anche la memoria AUSL del 9 gennaio 2023), la cui ipotetica conservazione ai sensi del citato articolo, in difetto della rappresentazione di specifiche esigenze in tal senso, frustrerebbe l'interesse delle ricorrenti alla ripetizione della procedura, esponendo al contempo l'Amministrazione alla domanda risarcitoria.

2.7 L'esame degli altri motivi d'appello, dichiaratamente sorretti dalla medesima ragione d'interesse perseguita dal motivo sopra accolto, resta assorbito, assieme a ogni relativa domanda, eccezione o questione.

2.8 Le spese del doppio grado di giudizio vanno compensate, in considerazione della recente sopravvenienza del principio giurisprudenziale applicato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il suo primo motivo ed accoglie il quinto dei motivi presentati in via ad esso subordinata, assorbiti gli altri, e conseguentemente, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il sesto motivo del ricorso proposto in primo grado, con conseguente annullamento degli atti impugnati ed inefficacia del relativo contratto.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio Di Rubbo

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO

