

Publicato il 15/09/2021

N. 06300/2021REG.PROV.COLL.
N. 09472/2020 REG.RIC.
N. 00158/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9472 del 2020, proposto da Coopservice soc. coop. p.a., in proprio e quale mandataria di Rti con Cittadini dell'Ordine s.p.a. ed Electric System s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Gioacchino Belli, 60;

contro

Sicuritalia I.V.R.I. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Intercent-ER Agenzia regionale per i mercati telematici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lolli e Aristide Police, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Aristide Police in Roma, viale Liegi, 32;

sul ricorso in appello numero di registro generale 158 del 2021, proposto da Intercent-ER Agenzia regionale per i mercati telematici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lolli e Aristide Police, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Aristide Police in Roma, viale Liegi, 32;

contro

Società La Patria s.p.a., Securducale Vigilanza s.r.l., Metronotte Piacenza s.r.l., Corpo Guardie Giurate s.p.a., Rossetti Group Gestione Servizi di Vigilanza s.r.l., non costituite in giudizio;

nei confronti

Coopservice soc. coop. p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano in Roma, largo Messico, 7;

Sicuritalia I.V.R.I. s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto a entrambi i ricorsi,

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna (sezione seconda) n. 00730/2020, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Intercent-ER Agenzia regionale per i mercati telematici e della Sicuritalia I.V.R.I. s.p.a. nel ricorso r.g. n. 9472 del 2020, nonché della Coopservice soc. coop. p.a. nel ricorso r.g. n. 158 del 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 24 giugno 2021 il Cons. Alberto Urso, e preso atto del deposito nel giudizio r.g. n. 158 del 2021 delle note d'udienza ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, conv. in l. n. 176 del 2020, e dell'art. 4 d.l. n. 28 del 2020, conv. in l. n. 70 del 2020 da parte dell'avvocato Lolli, del quale è data la presenza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando spedito per la pubblicazione sulla Guue il 29 giugno 2018, l'Agenzia regionale per i mercati telematici Intercent-ER indiceva gara telematica per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e altri servizi aggiuntivi, portierato e servizi ausiliari, nonché servizi di controllo per le amministrazioni della regione Emilia-Romagna suddivisa in sette lotti, dei quali è qui controverso il primo lotto, relativo al servizio di vigilanza armata e servizi aggiuntivi, trasporto valori e conteggio di danaro per le amministrazioni delle province di Bologna e Ferrara.

2. La gara veniva aggiudicata al Rti capeggiato dalla Coopservice soc. coop. p.a.

3. Avverso il provvedimento d'aggiudicazione e gli altri atti di gara proponeva ricorso la Sicuritalia I.V.R.I. s.p.a., seconda classificata in graduatoria e gestore uscente nella prestazione del servizio, la quale deduceva - per quanto di rilievo - l'illegittima attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, atteso che la *lex specialis* prevedeva il metodo del cd. "confronto a coppie", in base al quale ciascun commissario doveva esprimere la propria preferenza, mentre nella specie v'era perfetta uniformità fra i giudizi dei cinque i commissari, dei quali perciò mancavano i necessari giudizi individuali.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della Intercent-ER e della Coopservice accoglieva il ricorso ritenendo fondata la suindicata doglianza (e reputandone non positivamente scrutinabile altra, relativa all'ordine d'esame dei criteri valutativi delle offerte tecniche), annullava i provvedimenti impugnati e disponeva che la gara venisse ripetuta (indicando all'uopo anche il

relativo termine d'indizione e conclusione) dichiarando l'inefficacia - con effetto dall'esito della riedizione della procedura - del contratto nelle more stipulato dalla stazione appaltante con il Rti aggiudicatario.

5. Avverso la sentenza ha proposto un primo ricorso in appello la Coopservice (giudizio r.g. n. 9472 del 2020) deducendo:

I) *error in procedendo* ed *error in iudicando*: eccesso di potere per travisamento di atti e di fatti, manifesta ingiustizia, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà;

II) *error in procedendo* ed *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione del d.P.R. n. 207 del 2010, Allegato G); violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (in particolare, art. 18.2); eccesso di potere per travisamento di atti e di fatti, manifesta ingiustizia, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà, carenza di presupposti.

6. Resiste all'appello la Sicuritalia I.V.R.I., mentre la Intercent, pure costituita, ha concluso domandando l'accoglimento dell'appello.

7. Con distinto ricorso ha proposto appello avverso la medesima sentenza la Intercent-ER (ricorso r.g. n. 158 del 2021) formulando i motivi di doglianza di seguito indicati (v. *infra*, *sub* § 2 ss. della parte in *diritto*).

8. S'è costituita in tale secondo giudizio la Coopservice chiedendo l'accoglimento dell'appello, mentre non s'è costituita la Sicuritalia nonostante regolare intimazione.

9. All'udienza del 24 giugno 2021, tenuta con modalità da remoto, le due cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione degli appelli ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm. in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

2. Può prescindersi dall'esame del primo motivo di gravame proposto dalla Intercent nell'ambito del giudizio r.g. n. 158 del 2021 (e dall'analoga eccezione sollevata dalla medesima parte nel giudizio r.g. n. 9472 del 2020) in ordine alla dedotta inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza d'interesse a

fronte della mancata soddisfazione della prova di resistenza circa l'esito favorevole alla ricorrente della procedura di gara in caso di accoglimento della doglianza relativa all'illegittima modalità attributiva dei punteggi nella valutazione delle offerte tecniche.

La doglianza afferisce infatti all'ammissibilità del ricorso, che va tuttavia respinto nel merito in accoglimento di altre doglianze proposte dalle appellanti (cfr. *infra*, *sub* § 3 ss.), e il che esime - anche in virtù del principio della cd. "ragione più liquida" - dall'esaminare il suddetto motivo e la corrispondente eccezione.

2.1. Lo stesso è a dirsi anche per il primo motivo d'appello proposto dalla Coopservice, con cui pure si deduce l'originaria inammissibilità del ricorso di primo grado, in specie per omessa impugnazione della determina n. 162 del 3 aprile 2020 di rettifica dell'aggiudicazione e nuova aggiudicazione finale in sostituzione della precedente di cui alla determina n. 107 del 5 marzo 2020 effettivamente impugnata.

Anche in questo caso, il motivo mira alla dichiarazione d'inammissibilità del ricorso, e può ritenersi *ex se* assorbito dal rigetto nel merito di quest'ultimo per le ragioni di seguito indicate.

3. Col secondo motivo dei rispettivi appelli la Intercent e la Coopservice censurano la sentenza per aver accolto il ricorso di primo grado ritenendo che la formulazione delle identiche valutazioni da parte dei cinque commissari di gara nell'ambito del metodo del cd. "confronto a coppie" valga a obliterare nella sostanza la (prescritta) valutazione individuale.

Le appellanti contestano tale assunto e pongono in risalto come in realtà nessuna valutazione collegiale abbia qui sostituito quelle individuali, essendovi stata tutt'al più una "dialettica" fra i vari commissari, non già una "valutazione" di natura collegiale sostitutiva di quelle individuali.

In tale contesto, le conclusioni raggiunte dalla sentenza si baserebbero su una presunzione, superata nella specie dalla produzione del documento di gara che dimostra come i singoli membri della commissione (che ben costituisce,

peraltro, organo collegiale) abbiano effettivamente espresso le loro preferenze individuali col sistema del “confronto a coppie”; per superare tale documento sarebbe occorsa del resto querela di falso, nella specie non proposta dalla ricorrente in primo grado.

3.1. La doglianza è fondata, nei termini e per le ragioni che seguono.

3.1.1. Occorre premettere che il disciplinare di gara prevede all’art. 18.2 il metodo del cd. “confronto a coppie” per l’attribuzione del punteggio alle offerte tecniche in relazione ai criteri valutativi cd. “discrezionali” di cui al precedente art. 18.1.

Il metodo è basato su una prima fase in cui ciascun commissario esprime il proprio giudizio su ogni offerta in relazione ai singoli criteri, ponendola in comparazione con le altre offerte ed esprimendo un giudizio di ordine relativo che va dalla parità (*i.e.*, voto pari a 1) sino al massimo grado di differenza nel livello di preferenza (*i.e.*, voto pari a 6); segue una seconda fase in cui è prevista la trasformazione della somma dei valori attribuiti in coefficienti variabili da 0 a 1, sulla base dei quali è poi attribuito il punteggio associato a ciascun criterio (cfr. il suddetto art. 18.2: “[...] *Il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascuna offerta in confronto con tutte le altre. Ciascun commissario confronta l’offerta di ciascun concorrente indicando quale offerta preferisce e il grado di preferenza, variabile da 1 (uno) a 6 (sei) [...] Al termine dei confronti, si attribuiscono i punteggi trasformando la somma dei valori attribuiti dai singoli commissari mediante il ‘confronto a coppie’ in coefficienti variabili tra 0 (zero) e 1 (uno)*”; si prevede poi che “*Nel caso in cui le offerte pervenute siano inferiori a 3 (tre), per la determinazione del coefficiente [...] la commissione calcola la media aritmetica dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari a ciascun elemento qualitativo dell’offerta secondo la [...] scala*” riportata nel disciplinare).

Il che si pone peraltro in coerenza con le previsioni della Linee guida n. 2 dell’Anac approvate giusta delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, successivamente aggiornata con delibera n. 424 del 2 maggio 2018 (cfr., in particolare, il par. V).

Nella specie, risulta che la commissione abbia effettivamente applicato tale metodo (cfr., in particolare, il verbale della seduta del 3 aprile 2019 e le singole schede valutative, da cui emerge come l'apprezzamento sia stato espresso in termini comparativi da ciascun commissario per ciascuna coppia di offerte); in particolare, come anticipato i criteri valutativi all'uopo coinvolti erano quelli cd. "discrezionali" previsti dall'art. 18.1 del disciplinare (per un totale di n. 15 criteri), e le corrispondenti valutazioni sono state eseguite il 3 aprile, 15 aprile e 13 maggio 2019, in cui risulta effettivamente - sulla base delle schede allegate ai verbali - la manifestazione del voto preferenziale da parte di ciascun commissario.

3.1.2. In tale contesto, come già posto in risalto, la sentenza ha ritenuto che la perfetta identità dei punteggi attribuiti dai commissari in tutte le votazioni eseguite equivalga 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.

Meritano condivisione, in senso inverso, le doglianze formulate dalle appellanti.

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).

Il principio è ben condivisibile, e conduce nella specie a confermare la legittimità dell'operato dell'amministrazione, proprio perché il criterio valutativo richiede un passaggio procedurale (*i.e.*, la manifestazione dei voti dei singoli commissari) qui presente e visibile nelle schede del confronto a coppie; mentre il solo fatto che i voti così (comunque) espressi coincidano per i diversi commissari non costituisce di per sé causa d'illegittimità, potendo essersi ben verificata una convergenza nelle valutazioni - anche a seguito di confronto dialettico - inidonea di per sé sola a obliterare i voti individuali dei singoli componenti della commissione: non v'è evidenza, infatti, che si sia in presenza d'un voto collegiale anziché di un insieme di voti singoli coincidenti, circostanza questa in sé non illegittima.

Né rilevano in senso contrario i precedenti giurisprudenziali di diverso avviso citati dalla Sicuritalia, considerato peraltro che solo due di essi (*i.e.*, Cons. Stato, III, 15 novembre 2018, n. 6439; 10 maggio 2017, n. 2168, citati anche dalla sentenza di primo grado) pervengono effettivamente a conclusioni differenti, tra l'altro nell'ambito di vicende peculiari (cfr. Cons. Stato, n. 6439 del 2018, cit., in cui, oltre ad affermarsi che l'identità delle valutazioni espresse “*avrebbe potuto essere ritenuta credibile se fossero state depositate le singole schede di giudizio dei singoli commissari [...]*”, si pone in risalto che nella specie “*anche gli errori di calcolo compiuti tra i vari commissari nel sommare i punteggi delle singole offerte sottoposte al loro giudizio [erano] stati i medesimi*”; Cons. Stato, n. 2168 n. 2017, poi, valorizza anche la circostanza dell'unicità del giudizio sintetico, come sottolineato dalla successiva Cons. Stato, n. 3994 del 2017, cit.); mentre non risultano pertinenti altre decisioni, pure richiamate, che valorizzano la diversa ipotesi caratterizzata dalla mancanza *tout court* della manifestazione delle singole preferenze da parte di ciascun commissario (Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5693), o che affrontano tutt'altre questioni inerenti

l'ottemperanza, relative in particolare al portato conformativo della sentenza di merito (Cons. Stato, III, 7 luglio 2020, n. 4368).

In tale contesto, il suddetto orientamento espresso dai richiamati precedenti n. 6439 del 2018 e n. 2168 del 2017 della III Sezione, oltre a riguardare casi caratterizzati dalle suindicate particolarità, risale ormai a qualche anno fa, essendosi frattanto consolidato anche nella stessa III Sezione il principio per cui *“la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio, come ormai afferma la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, non è ex se indice di illegittimità”* (cfr. Cons. Stato, III, 19 gennaio 2021, n. 574; n. 3401 del 2020, cit.; n. 3994 del 2017, cit., che peraltro - come già evidenziato - pone espressamente in risalto le specificità del caso diversamente risolto da Cons. Stato, n. 2168 del 2017, cit.; cfr. anche Id., III, 23 dicembre 2020, n. 8295).

Per tali motivi, va condiviso - senza che vi siano neppure le ragioni per poter accogliere la richiesta formulata dalle parti di rimessione della questione all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato - l'orientamento più recente e ormai maggioritario, che esclude la possibilità di ricavare *sic et simpliciter* dall'identità dei punteggi assegnati dai commissari un'illegittima applicazione del metodo del confronto a coppie (cfr., oltre alle suddette pronunce, anche Cons. Stato, VI, 8 luglio 2015, n. 3399).

3.1.3. Essendosi discostata da tali principi la sentenza va riformata, con accoglimento delle doglianze proposte dalle appellanti.

3.2. Conseguenze dall'accoglimento delle suddette doglianze l'assorbimento degli altri profili di censura proposti dalla Coopservice in via subordinata, inerenti all'inammissibilità dell'accolto motivo di ricorso della Sicuritalia in quanto impingente nella valutazione discrezionale spettante all'amministrazione; all'erroneo annullamento dell'intera gara anziché del solo segmento relativo alle valutazioni (doglianza, questa, avanzata in subordine anche dalla Intercent col terzo motivo di censura); e alla fissazione di un termine entro il quale la gara avrebbe dovuto essere nuovamente indetta e conclusa.

Oltre ad essere proposti in via subordinata, tali profili di doglianza risultano infatti di per sé privi d'interesse una volta accolta la superiore censura, da cui discende *ex se* il rigetto del ricorso di primo grado.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni gli appelli - previa riunione - vanno accolti, con riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso in primo grado.

4.1. La particolarità della fattispecie e l'evoluzione giurisprudenziale maturata sulle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso in primo grado;

compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. n. 137 del 2020, conv. in l. n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO