

APPALTI: Gara - Commissione giudicatrice - Disamina delle offerte - In sede collegiale - Divieto - Inesistenza nell'ordinamento - Giudizio dei commissari di gara sulle offerte - Correttezza - Presupposti.

Tar Marche - Ancona, Sez. I, 27 agosto 2022, n. 466

“[...] non esiste nell'ordinamento alcun divieto di ordine generale per i commissari di gara di esaminare le offerte in sede collegiale, il che, del resto, è il precipitato del consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la competenza tecnica della commissione va valutata nel suo complesso tenendo conto dell'apporto specialistico che ciascun membro è in grado di far valere. E in questo senso va rimarcato che il presupposto essenziale affinché il singolo commissario possa esprimere il proprio giudizio in modo “informato” è che tutti i commissari abbiano “letto” in modo corretto l'offerta tecnica, per il che si può rivelare utile, se non a volte indispensabile, che ciascun membro della commissione contribuisca, in un momento logicamente antecedente a quello di espressione dei giudizi, a ricostruire insieme agli altri il contenuto di ciascuna offerta [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche, della Regione Marche, di Linea Sterile S.p.A. e di Servizi Ospedalieri S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza 25 luglio 2022, n. 447;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2022 il dott. Tommaso Capitano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il presente giudizio attiene agli esiti della procedura ad evidenza pubblica indetta dall'Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche (A.S.U.R.) per l'affidamento, in favore degli enti del Servizio Sanitario Regionale, del servizio c.d. lavanolo (ossia noleggio, lavaggio, disinfezione, sterilizzazione, stireria, gestione del guardaroba, distribuzione della biancheria e degli indumenti da lavoro).

La gara era suddivisa in dieci lotti, corrispondenti alle cinque Aree Vaste in cui è articolata l'A.S.U.R., alle due aziende ospedaliere marchigiane (A.O. “Ospedali Riuniti” di Ancona e A.O.

“Ospedali Riuniti Marche Nord” di Pesaro) e alle tre sedi dell’Istituto Nazionale di Ricerca e Cura a carattere scientifico (I.N.R.C.A.), di cui due ubicate fuori del territorio regionale.

Va premesso che la *lex specialis* (art. 3, paragrafo “PARTECIPAZIONE A PIU’ LOTTI”, del disciplinare) prevedeva il seguente doppio limite di aggiudicazione:

“Nel caso in cui un concorrente risulti primo in graduatoria per più lotti, al medesimo potranno essere aggiudicati:

un massimo di n. 5 lotti, che saranno individuati sulla base del criterio “dell’importanza economica dei lotti” (a base di gara) in forza del quale si aggiudicano al “migliore concorrente” (operatore che ha presentato la migliore offerta intesa come 1° classificata) i lotti in ragione del loro valore più elevato (a base di gara) e si aggiudicano i lotti residuati ai “migliori concorrenti non aggiudicatari” (operatori che hanno presentato l’offerta che si è classificata successivamente alla 1° migliore offerta).

i. i lotti aggiudicabili ad un medesimo operatore economico non potranno, comunque, superare il 50% dell’importo pari alla somma degli importi quinquennali a base di gara di tutti i lotti oggetto della procedura” (per inciso, con sentenza n. 104/2021 questo Tribunale ha ritenuto legittime le suddette clausole del disciplinare).

ii. All’esito delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, i lotti sono stati aggiudicati come segue:

- lotto n. 1 (importo a base d’asta € 7.253.100,00) in favore di Linea Sterile S.p.A.;
- lotto n. 2 (importo a base d’asta € 14.939.905,00) in favore di Linea Sterile S.p.A.;
- lotto n. 3 (importo a base d’asta € 15.954.920,00) in favore di Servizi Ospedalieri S.p.A.;
- lotto n. 4 (importo a base d’asta € 8.784.425,00) in favore di Linea Sterile S.p.A.;
- lotto n. 5 (importo a base d’asta € 9.286.595,00) in favore di Servizi Ospedalieri S.p.A.;
- lotto n. 6 (importo a base d’asta € 19.688.795,00) in favore di Servizi Ospedalieri S.p.A.;
- lotto n. 7 (importo a base d’asta € 10.505.351,00) in favore di Linea Sterile S.p.A.;
- lotto n. 8 (importo a base d’asta € 3.820.960,00) in favore di SO.GE.SI. S.p.A.;
- lotto n. 9 (importo a base d’asta € 156.715,00) in favore di SO.GE.SI. S.p.A.;
- lotto n. 10 (importo a base d’asta € 664.470,00) in favore di Servizi Ospedalieri S.p.A.

Va precisato che la suddetta ripartizione è il risultato dell’applicazione della richiamata clausola del disciplinare, visto che Servizi Ospedalieri aveva formulato la migliore offerta in ben sette lotti su dieci, ma, proprio in ragione del “doppio limite”, ha potuto aggiudicarsi solo quattro lotti. Dello “scorrimento” hanno beneficiato Linea Sterile nei lotti n. 4 e n. 7, e SO.GE.SI. S.p.A. nel lotto n. 8.

3. Hospital Service S.r.l., con il presente ricorso introduttivo, censura l'operato della commissione di gara e quindi della stazione appaltante per il fatto che i commissari hanno attribuito a ciascun concorrente, per ogni singolo criterio di valutazione previsto dalla *lex specialis*, il medesimo punteggio, il che violerebbe il disciplinare di gara e l'allegato al capitolato tecnico (docc. allegati nn. 3 e 4 al ricorso), nella parte in cui:

– l'art. 18.1. del disciplinare stabiliva che *“In tale ambito si precisa che la tabella “Criteri di Valutazione” (allegata alla relazione tecnico illustrativa) riporta una colonna identificata dalla dizione “Tipologia di Criterio” che identifica i criteri/sub-criteri di natura:*

“Discrezionale”, vale a dire i punteggi il cui coefficiente è attribuito in ragione dell'esercizio della discrezionalità di ciascun commissario della Commissione Giudicatrice che esprimerà un giudizio a cui corrisponderà un coefficiente compreso fra zero (0) e uno (1);...”;

– l'allegato al capitolato tecnico, recante la descrizione dei criteri e sub-criteri di valutazione e i relativi elementi motivazionali, prevedeva che (pag. 6) *“Per tutti i criteri di natura discrezionale, ciascun commissario della Commissione Giudicatrice esprimerà un giudizio a cui corrisponderà un coefficiente compreso fra 0 e 1 come da tabella seguente [...] Si procederà quindi a definire, per ciascun criterio, la media dei coefficienti attribuiti dai commissari...”*.

La società ricorrente evidenzia che, avendo i commissari attribuito per ciascun concorrente e in relazione ad ogni singolo criterio e sub-criterio di valutazione l'identico punteggio, la predetta disciplina di gara è stata palesemente violata, visto che:

– l'assoluta identità di tutte le valutazioni implica il necessario previo confronto fra i commissari, i quali hanno evidentemente concordato i punteggi da assegnare ad ogni concorrente in relazione a ciascun singolo criterio (essendo ovviamente impossibile che l'assoluta identità dei punteggi sia il frutto del caso);

– ma se così è, ne consegue la violazione della *lex specialis*, la quale ha previsto due fasi procedurali nettamente distinte, la prima delle quali presupponeva una valutazione autonoma da parte del singolo commissario, mentre la seconda era finalizzata a determinare la media aritmetica dei punteggi;

– tale violazione dell'ordinata sequenza procedurale voluta dalla stazione appaltante non ha rilievo meramente formale, perché il previo accordo fra tutti i commissari ha leso l'autonomia di giudizio che era attribuita al singolo componente, il quale può essere stato in qualche modo influenzato dagli altri membri dell'organismo valutatore. In questo senso la ricorrente richiama i principi di diritto affermati dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 8608/2021, ossia che: i) il fatto che, in una gara suddivisa in lotti, i commissari di gara abbiano espresso per ciascun sub-criterio di valutazione e per

ciascuna offerta i medesimi giudizi costituisce “...evento statisticamente del tutto improbabile ... essendo non plausibile che su un numero talmente elevato di giudizi non vi sia stato neppure un caso in cui uno dei ... componenti abbia ritenuto di discostarsi dagli altri esprimendo una diversa preferenza individuale sulla base delle proprie specifiche conoscenze e competenze e del proprio personale convincimento...” e che ii) tale anomalo *modus operandi* dei commissari “...rileva, quindi, non ex se, ma quale idoneo principio di prova circa l’avvenuta violazione di una espressa previsione procedurale della *lex specialis* di gara, da ritenersi essenziale in quanto non illegittimamente volta, nell’ambito del riconosciuto ambito di discrezionalità, a sancire la responsabilità individuale dei commissari per le singole valutazioni tecniche discrezionali rese e, quindi, a garantire l’imparzialità e il buon andamento delle operazioni di gara...”.

4. Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio la Regione Marche, l’A.S.U.R. Marche, Linea Sterile S.p.A. e Servizi Ospedalieri S.p.A.

Quest’ultima, oltre a controdedurre alle censure di Hospital Service, ha notificato un ricorso incidentale con cui impugna, sia pure in via tuzioristica e subordinata, le medesime clausole della *lex specialis* di cui la ricorrente principale lamenta la violazione, laddove queste dovessero interpretarsi nel senso patrocinato da Hospital Service.

Servizi Ospedalieri, al riguardo, deduce:

– violazione e falsa applicazione dell’art. 95 del Codice dei Contratti Pubblici e della Direttiva 24/2014/UE. Violazione e/o falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 2/2018. Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione del principio di efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa. Violazione dei principi di conservazione e concentrazione degli atti e delle procedure. Violazione del principio di necessità del plenum della Commissione nell’esercizio dei poteri discrezionali di valutazione delle offerte. Violazione del principio di ragionevolezza e di proporzionalità anche in combinazione con i principi del diritto U.E. di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, di affidamento e di libera concorrenza. Eccesso di potere per sviamento, evidenziando, in sintesi, che:

– l’espressione di punteggi identici da parte dei commissari, lungi dall’implicare la violazione del *modus procedendi* delineato dalla *lex specialis*, ha costituito invece una sua pedissequa attuazione, atteso che la previsione di contestualità e collegialità della valutazione, anche nell’attribuzione dei punteggi (per cui i punteggi relativi a ciascun parametro avrebbero dovuto essere espressione di giudizi individuali trasfusi in una valutazione collegiale), è stata nel caso in esame osservata;

- infatti, e premesso che dal tenore testuale delle clausole *de quibus* non si evince alcuna rigida e netta separazione tra una prima fase individuale ed una seconda fase collegiale, se la *lex specialis* fosse da interpretare nel senso patrocinato dalla ricorrente principale essa sarebbe nulla o illegittima per violazione delle norme e dei principi richiamati nella rubrica dell'unico motivo di ricorso incidentale;
- in particolare, rilevano al riguardo anzitutto i principi di conservazione degli atti di gara, di proporzionalità, di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa, in uno con il principio di concentrazione delle operazioni di competenza della commissione e con il principio per cui vi è la necessità che la commissione sia chiamata ad operare nel *plenum* laddove debba operare scelte discrezionali (così come per l'esame delle offerte tecniche), in ordine alle quali vi è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale (restando la deroga al principio della collegialità confinata ai soli casi in cui non sia indispensabile la contestuale presenza di tutti i componenti, ossia, ad esempio, per il compimento di attività preparatorie, istruttorie o strumentali, destinate, come tali, a refluire nella successiva e definitiva valutazione dell'intero consesso);
- nella presente gara il confronto collegiale tra i singoli commissari ha consentito loro di attuare il principio di efficienza dell'azione amministrativa. I commissari hanno espresso un voto anche coerente con la composizione (non perfettamente uniforme, quanto a competenze e conoscenze dei commissari) dell'organo collegiale ed hanno motivato i singoli punteggi. In tale ottica, l'eventuale anticipazione della sintesi collegiale tra le opinioni dei singoli commissari alla fase precedente l'attribuzione del coefficiente da parte di ciascuno di essi e la osmosi dialettica tra valutazioni individuali e la conversione collegiale dei giudizi individuali sulla scorta di un criterio di carattere meramente matematico sono di certo più coerenti con la natura, la funzione e, non da ultimo, con la stessa composizione della commissione, tenuto conto che la essa deve poter operare nel *plenum*, affinché tutti i componenti offrano il loro contributo, per la formazione della volontà (e dunque, del giudizio) collegiale (si tratta di principi affermati da univoca giurisprudenza – per tutte, Cons. Stato, n. 4332/2011);
- pertanto, aver potuto dibattere in un confronto di idee prima dell'assegnazione del punteggio ha di certo consentito ai singoli commissari di raggiungere una maggior competenza su tutti i criteri di valutazione previsti dal disciplinare. Inoltre, e contrariamente a quanto sembra ritenere la ricorrente principale, tale *modus operandi* non impediva di certo al commissario che di volta in volta fosse in disaccordo con gli altri di esprimere un giudizio diverso;

– in generale, poi, il fisiologico dibattito in seno all’organo collegiale non è precluso se la *lex* di gara non lo vieta espressamente prevedendo un obbligo di segretezza del giudizio dei singoli commissari. Nel caso in esame il modello di griglia di valutazione allegato alla legge di gara dimostra che il voto dei singoli commissari era palese, per cui è perfettamente lecito che un commissario possa essere stato positivamente influenzato e possa avere quindi condiviso il ragionamento di un altro commissario conoscendone le argomentazioni e, eventualmente, possa anche aver smussato le proprie convinzioni iniziali alla luce di valutazioni che in precedenza non aveva avuto modo di compiere;

– questa lettura della *lex specialis* è perfettamente coerente anche con il principio generale per cui nelle commissioni di gara debbono essere presenti più professionalità distinte, di modo che la competenza tecnica dell’organo discenda dalla reciproca osmosi di tali competenze (Cons. Stato, n. 4458/2019 e n. 2638/2019).

5. La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 21 luglio 2022, dopo che alla camera di consiglio del 6 aprile 2022 – fissata per la trattazione della domanda cautelare – la ricorrente principale ha chiesto l’abbinamento al merito della fase cautelare.

In data 25 luglio 2022 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 447/2022.

DIRITTO

6. Il ricorso principale va respinto, dal che discende l’improcedibilità del ricorso incidentale.

Ciò esonera il Collegio dall’esame dell’eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso principale – siccome proposto in forma cumulativa – formulata dalle parti resistenti.

7. Passando quindi a trattare il merito delle censure formulate nel ricorso introduttivo, il Collegio, pur prendendo atto delle considerazioni esposte dal Consiglio di Stato nel precedente richiamato da Hospital Service, non ritiene di dividerle, considerando invece persuasive le argomentazioni che Servizi Ospedalieri ha svolto nella memoria difensiva contenente anche il ricorso incidentale (nonché quelle espresse da Linea Sterile nei propri scritti difensivi).

7.1. Al riguardo va osservato quanto segue.

In primo luogo, non esiste nell’ordinamento alcun divieto di ordine generale per i commissari di gara di esaminare le offerte in sede collegiale, il che, del resto, è il precipitato del consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la competenza tecnica della commissione va valutata nel suo complesso tenendo conto dell’apporto specialistico che ciascun membro è in grado di far valere. E in questo senso va rimarcato che il presupposto essenziale affinché il singolo commissario possa esprimere il proprio giudizio in modo “informato” è che tutti i commissari abbiano “letto” in modo corretto l’offerta tecnica, per il che si può rivelare utile, se non a volte indispensabile, che ciascun

membro della commissione contribuisca, in un momento logicamente antecedente a quello di espressione dei giudizi, a ricostruire insieme agli altri il contenuto di ciascuna offerta.

Vi sono certamente dei casi in cui un divieto di tal genere può essere previsto dal singolo bando e/o discendere *ex se* dal sistema di valutazione prescelto dalla stazione appaltante: è il caso, ad esempio, del confronto a coppie, in cui ciascun commissario è chiamato ad esprimere il grado di preferenza di ciascuna offerta in rapporto alle altre, di modo che il punteggio finale sia dato dalla media di tali valutazioni parziali.

Ma anche in questo caso, in realtà, non vi è un divieto di esaminare le offerte in sede collegiale, magari al solo fine di chiarire preventivamente perplessità che i singoli commissari possono nutrire circa la “lettura” di una o più offerte.

È altrettanto vero che nell’esperienza pratica del Tribunale si registra di solito un *modus procedendi* differente, ossia che ciascun commissario esamina individualmente le offerte ed esprime i propri giudizi (e tale pratica ha subito di certo un’impennata nelle fasi più acute della nota emergenza sanitaria, durante le quali molte commissioni di gara si sono riunite “da remoto”, oppure nelle gare svolte in forma telematica), ma questa è una libera scelta dei commissari.

Nel caso di specie, comunque, e ad onta di quanto affermato dalla ricorrente principale, il disciplinare di gara e l’allegato al capitolato tecnico, letti contestualmente, non prevedevano affatto una rigida separazione fra la fase di espressione dei giudizi individuali e quella collegiale di calcolo della media aritmetica del punteggio da assegnare ai concorrenti per i vari sub-criteri di valutazione, essendo unicamente previsto che i singoli commissari assegnassero un punteggio individuale e che tali punteggi fossero poi mediati fra loro (cosa che è indubbiamente avvenuta, come emerge dai verbali di gara).

Va poi aggiunto che nella specie i commissari hanno accompagnato i punteggi numerici da una sintetica motivazione, il che costituisce un ulteriore elemento che milita a sfavore di Hospital Service, come si dirà subito di seguito.

7.2. Infatti, un altro profilo che non va trascurato e che nella specie assume notevole rilevanza è quello relativo alla tipologia di punteggio a disposizione dei commissari.

Lo scenario, anche con riguardo alla questione qui controversa, è infatti ben diverso a seconda che il punteggio da assegnare per ciascun sub-criterio sia un punteggio “secco” o, al contrario, un punteggio che è compreso fra due estremi.

In questo secondo caso, infatti, vi potrebbe essere una teorica (ed interessata) interferenza di uno o più commissari – quelli più “influenti” – sugli altri, mentre lo stesso non avviene nel primo caso, che è quello che ricorre nella specie.

Va infatti evidenziato che *in parte qua* l'allegato al disciplinare di gara prevedeva, relativamente ai punteggi discrezionali, un *range* valutativo composto da una scala di giudizi (da "OTTIMO" a "NON ADEGUATO"), a ciascuno dei quali corrispondeva un punteggio "secco" (1 – 0,8 – 0,6 – 0,3 – 0).

Ma se così è, ne consegue che, una volta che i commissari avevano valutato collegialmente e concordemente il livello dell'offerta rispetto al singolo sub-criterio, il relativo punteggio non poteva che essere identico, pena la violazione dell'obbligo di adeguata e congrua motivazione, oltre che della *lex specialis*. E infatti, come detto, nella specie i commissari hanno anche motivato i punteggi assegnati, per cui la ricorrente avrebbe dovuto anzitutto contestare la fondatezza e/o logicità di tali motivazioni, senza di che la decisione di assegnare il medesimo punteggio a fronte di una condivisa motivazione circa il livello dell'offerta rispetto al singolo sub-criterio risulta perfino scontata.

Ed è proprio questo il *modus operandi* che i commissari hanno verosimilmente adottato, ossia hanno proceduto ad esaminare congiuntamente le offerte tecniche, raggiungendo un giudizio concorde rispetto a ciascun singolo sub-criterio, procedendo poi all'attribuzione dei punteggi individuali e, successivamente, al calcolo della media aritmetica.

Ma nulla impediva che il singolo commissario, al momento di attribuire il proprio punteggio, potesse avere un ripensamento e modificare il giudizio e il relativo punteggio.

Se ciò non è accaduto la causa dell'uniformità dei punteggi, in assenza di qualsivoglia indizio che possa far emergere intenti poco commendevoli, va ricercata semmai nella volontà dei commissari di evitare errori e contestazioni che ben sarebbero potuto aversi alla luce del rilevante numero di giudizi da esprimere (si trattava di circa 11.000 valutazioni).

7.3. Non va poi dimenticato che l'eccessivo divario fra i punteggi assegnati dai singoli commissari può essere a sua volta oggetto di censura da parte dei concorrenti risultati non aggiudicatari, come è accaduto nella vicenda decisa dal T.A.R. con la sentenza n. 386/2021 (confermata dal Consiglio di Stato con la recente sentenza n. 2320/2022).

7.4. Per questo il Tribunale ritiene di dover condividere le argomentazioni delle parti resistenti, le quali si fondano peraltro su un orientamento prevalente del Consiglio di Stato, espresso, fra le altre, nelle sentenze nn. 4847/2021, 5130/2020, 5717/2015, alle cui motivazioni si rimanda per ragioni di sintesi.

7.5. Da ultimo, il Collegio non ritiene rilevante il fatto che con la recente ordinanza n. 5407/2022 della Sez. III la questione qui controversa sia stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e ciò in quanto:

– per un verso, l’ordinanza *de qua* riguarda una vicenda in cui le offerte dovevano essere valutate con il metodo del confronto a coppie, per cui l’Adunanza Plenaria non potrebbe affermare, se non a titolo di mero *obiter dictum*, principi validi per gli altri sistemi di valutazione;

– per altro verso, e da un punto di vista processuale, le decisioni dell’Adunanza Plenaria non vincolano il giudice di primo grado.

In ogni caso, il Collegio ritiene che censure del tipo di quelle svolte dalla ricorrente principale possono essere accolte solo se, nella singola vicenda giudiziaria, vengono allegati indizi ulteriori che possano far presumere uno sviamento di potere (se non addirittura l’esistenza di condotte di rilievo penale) da parte dei commissari di gara. Si tratta, dunque, di questioni che ben difficilmente si attagliano all’opera nomofilattica dell’Adunanza Plenaria.

E nemmeno, come sembra ipotizzare l’ordinanza di rimessione, si potrebbe *ex post* ritenere illegittimo l’operato della commissione per non avere adeguatamente verbalizzato le modalità con cui si è svolto il confronto di opinioni fra i commissari. Infatti, e salvo che non si tratti di omissioni che contrastano con principi generali dell’ordinamento di settore (si pensi al caso della violazione del principio di segretezza delle offerte), non si può ritenere illegittima *ex se* l’omessa dettagliata verbalizzazione delle operazioni di gara laddove la legge e/o la legge di gara non impongano tale onere. E in questo caso non si è in presenza della violazione di una norma di legge o di un principio generale dell’ordinamento di settore.

8. Per tutte le suesposte ragioni il ricorso principale va respinto, il che rende improcedibile il ricorso incidentale.

Le spese seguono la soccombenza nei riguardi della ricorrente principale e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

– respinge il ricorso principale;

– dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

– condanna la ricorrente principale al pagamento in favore di ciascuna delle controparti costituite delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 2.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna di esse. Nel caso di Servizi Ospedalieri S.p.A. il pagamento dovrà essere effettuato in favore dei procuratori, dichiaratisi antistatari.

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

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

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

IL SEGRETARIO