

Pubblicato il 11/11/2020

N. 00723/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00396/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 396 del 2020, proposto da La Patria S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Dalli Cardillo e Giovanni Pollicelli, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria del T.A.R. in Bologna, Via D'Azeglio n. 54;

contro

Intercent-ER, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Lolli, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bologna, Via Vaccaro n. 6;

nei confronti

Coopservice Soc. Coop. P. A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico *ex lege*

presso la Segreteria del T.A.R. in Bologna, Via D'Azeglio n. 54; Cittadini dell'Ordine S.p.A., non costituitasi in giudizio; Sicuritalia Ivri S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.to Marco Napoli, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria del T.A.R. in Bologna, Via D'Azeglio n. 54;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE 5/3/2020 N. 107, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE AL COSTITUENDO R.T.I. CONTROINTERESSATO DELLA PROCEDURA APERTA TELEMATICA PER "L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI VIGILANZA ARMATA, PORTIERATO E SERVIZI DI CONTROLLO 2" (LOTTO 1);
- DELLA DETERMINAZIONE DI RETTIFICA 3/4/2020 N. 162;
- DELLA COMUNICAZIONE DI AGGIUDICAZIONE NOTIFICATA IL 6/3/2020;
- DELL'ATTO DI INDIZIONE DELLA PROCEDURA N. 199 DEL 29/6/2018, DEL BANDO E DEI RELATIVI ALLEGATI;
- DI TUTTI I VERBALI DI GARA;
- DELLA DETERMINAZIONE DEL 20/12/2018 N. 461, DI AMMISSIONE DELLE IMPRESE CONCORRENTI ALLA GARA;
- DELLA DETERMINAZIONE 20/11/2019 N. 446, DI ESCLUSIONE DI ALCUNE IMPRESE DALLA VALUTAZIONE ECONOMICA;
- DELLA RELAZIONE DEL RUP ALL'ESITO DELLA VERIFICA DI ANOMALIA;
- DEL DISCIPLINARE DI GARA, DEL PROGETTO TECNICO E DEI CHIARIMENTI DELLA STAZIONE APPALTANTE;

- DELLA DETERMINAZIONE DI NOMINA DELLA COMMISSIONE DI GARA IN DATA 14/2/2019;
 - DI OGNI ALTRO ATTO PREORDINATO, CONSEQUENZIALE E/O COMUNQUE CONNESSO;
- e per il risarcimento del danno
- IN FORMA SPECIFICA, CON SUBENTRO OVVERO IN SUBORDINE PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-ER e di Coopservice Soc. Coop. P. A. e di Sicuritalia Ivri S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2020 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. La ricorrente ha partecipato alla gara telematica – governata dal sistema dell’offerta economicamente più vantaggiosa – per l’affidamento biennale dei servizi di vigilanza armata, portierato e controllo. La procedura selettiva era divisa in 7 lotti, secondo un criterio prestazionale e territoriale, per complessivi 67.265.558 € IVA esclusa.

B. Si controverte del lotto n. 1, avente per oggetto il servizio di vigilanza armata, trasporto valori, conteggio di denaro nelle amministrazioni delle Province di Bologna e Ferrara, per un totale a base di gara di 16.053.051 €, oltre IVA e oneri per la sicurezza. La ricorrente è il gestore uscente del servizio.

C. Con atto del 14/02/2019 (doc. 5) veniva nominata la Commissione giudicatrice, che provvedeva alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche (doc. 6 e 7). Il

ruolo di Presidente era assegnato alla Responsabile del servizio, Dott.ssa Ortensina Guidi.

D. Il RTI vincitore ha ottenuto 97,15 punti (67,15 per il pregio tecnico e 30 per la componente economica), conseguendo il primo posto in graduatoria, seguito da Sicuritalia con 81 (52,54 + 28,46) e dalla ricorrente con 71,95 (42,23 + 29,72).

E. Con determinazione in data 5/3/2020 n. 107, il servizio è stato aggiudicato a Coopservice, mentre con successiva determinazione 3/4/2020 n. 162 veniva apportata una rettifica non significativa ai punteggi complessivi (le posizioni rimanevano immutate).

F. La ricorrente invoca il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato AGCM (doc. 11), emesso nei confronti della prima e della seconda classificata per avere intrapreso condotte anticoncorrenziali in diverse procedure di gara, con irrogazione di sanzioni pecuniarie ingenti (3.514.730 € a Coopservice e 8.328.592 € a Sicuritalia in solido con altra impresa).

G. Con ricorso ritualmente notificato e tempestivamente depositato a mezzo PAT, l'esponente impugna gli atti in epigrafe, deducendo in diritto i seguenti motivi:

I) Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria, inosservanza dell'art. 80 comma 5 lett. c, *c-bis* e *c-ter* del Codice dei contratti, in quanto:

- il procedimento repressivo è stato avviato per fare chiarezza su possibili anomalie nelle gare pubbliche del settore (tra le quali anche la precedente procedura selettiva indetta da Intercent-ER ed avente per oggetto il servizio di vigilanza) nell'ambito delle quali si ipotizzava che i 5 principali operatori del mercato, tra i quali Coopservice e Sicuritalia, avessero posto in essere forme di coordinamento anticoncorrenziale (ripartendo tra loro i lotti delle gare);
- al termine dell'istruttoria, è stato adottato un provvedimento sanzionatorio per intesa restrittiva della concorrenza, notificato alle imprese il 16/12/2019;

- Coopervice e Sicuritalia hanno comunicato tardivamente alla stazione appaltante (la prima l'8/1/2020 e la seconda il 31/1/2020) l'applicazione della misura;
- il ritardo nel fornire l'informazione da parte delle due concorrenti assume rilevanza ai fini della valutazione della loro integrità ed affidabilità;
- entrambe avrebbero dovuto essere escluse dalla competizione, per inosservanza dell'obbligo di rendere tempestivamente la dichiarazione *ex art. 80 comma 5 del Codice dei contratti*.

II) Violazione del diritto di difesa, ingiustificato ostruzionismo nell'esame dell'istanza ostensiva, eccesso di potere per manifesta ingiustizia e indeterminatezza della motivazione (istanza valida *ex art. 65 comma 3 Cpa*), dal momento che è stato indebitamente negato l'accesso alla segnalazione trasmessa da Coopservice (comprensiva degli allegati).

III) Illegittimità dell'aggiudicazione per mancata estensione della verifica dell'adozione di misure di *self cleaning* anche nei riguardi del concorrente secondo classificato (Sicuritalia).

IV) Incompetenza per coincidenza tra il soggetto controllato e il controllante, violazione dell'art. 77 comma 4 del D. Lgs. 50/2016, in quanto:

- il Presidente della Commissione di gara dott.ssa Ortensina Guidi – che ha approvato e sottoscritto i verbali di gara e l'atto di aggiudicazione – ha agito in carenza di potere;
- la selezione è stata indetta con determinazione del Responsabile del Servizio dott.ssa Cevenini, che ha sottoscritto anche gli atti di gara intervenendo in sostituzione;
- Il Direttore del Servizio ha nominato la dott.ssa Guidi Presidente della Commissione;

- il potere di approvare gli atti della procedura spettava dunque o alla dott.ssa Cevenini o al Direttore del Servizio, per evitare la coincidenza tra controllato e controllore;
- sia nel segmento iniziale dell'*iter* (concluso con l'ammissione dei concorrenti), sia in quello finale (aggiudicazione) la dott.ssa Guidi ha cumulato la funzione di Responsabile del Servizio con quella di Presidente della Commissione di gara (ANAC, con determinazione 4/9/2019 n. 760, ha confermato l'incompatibilità assoluta tra i due ruoli);
- occorre garantire ai concorrenti che le valutazioni siano adottate da un organo terzo e imparziale.

V) Violazione degli artt. 32, 33 comma 1 e 42 comma 2 del Codice dei contratti, potenziale conflitto di interesse dal momento che:

- sia l'originario atto di aggiudicazione che quello emanato in rettifica sono stati sottoscritti dalla dott.ssa Ortensina Guidi in qualità di responsabile del servizio, ma entrambi sono privi del richiamo alla proposta di aggiudicazione;
- il procedimento è insanabilmente viziato dalla mancanza di detta proposta, prevista dall'art. 33 comma 1 del D. Lgs. 50/2016;
- Intercent-ER non ha esercitato il dovuto controllo sugli atti della procedura, in quanto colui che ha approvato i verbali di gara è lo stesso soggetto che ha contribuito in misura rilevante a formarli, ossia il Presidente della Commissione di gara (che non si trova in posizione di terzietà);
- il Responsabile del Servizio che ha indetto la gara è la Dott.ssa Cevenini (doc. 1) che, però, al pari del Direttore che ha sottoscritto il bando e la determina di nomina della Commissione, non hanno ricevuto la proposta di aggiudicazione né hanno approvato i verbali di gara.

VI) Violazione dell'art. 77 del Codice dei contratti, contraddittorietà della nomina della Commissione con la determinazione n. 259/2016 e con il disciplinare, deficit

di esperienza dei Commissari nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto connotato da complessità, come si evince dall'esame dei curricula (alcun riferimento ai servizi di vigilanza, portierato e controllo si rintraccia tra le pregresse esperienze di Valerio Dalla e Adriana Giamperoli ossia di ben 2 membri su 5; anche Stefano Santarsiere ha un'unica esperienza del dicembre 2018, latamente riconducibile alla commessa);

VII) Eccesso di potere per carenza di motivazione e irragionevolezza, lesione dei principi di imparzialità e buon andamento, visto che tutti i Commissari hanno espresso identico punteggio per tutti i criteri discrezionali di valutazione dell'offerta tecnica, con conseguente appiattimento dei giudizi loro demandati, per cui:

- non può non sorprendere il fatto che su 15 elementi di valutazione non vi sia stato neanche un caso nel quale un componente abbia ritenuto di doversi discostare dagli altri, esprimendo una preferenza individuale sulla base delle proprie competenze;
- detta circostanza risulta senza dubbio incompatibile sia con il ruolo dell'organo collegiale, che dovrebbe stimolare il confronto e la conciliazione di diversi punti di vista, che con l'obbligo motivazionale che, per quanto attenuato, spetta alla Commissione giudicatrice.

H. Parte ricorrente chiede l'aggiudicazione del lotto n. 1 a proprio favore, e in accoglimento del II motivo l'emissione dell'ordine di esibizione documentale.

I. Si sono costituiti in giudizio Intercent-ER e il RTI controinteressato, sollevando eccezioni in rito e chiedendo la reiezione del gravame nel merito.

L. Con ordinanza n. 274, adottata nella Camera di consiglio dell'8/7/2020, è stata rigettata la domanda cautelare.

M. Alla pubblica udienza del 28/10/2020 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura lo svolgimento della gara telematica indetta da Intercent-ER per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, portierato e di controllo (lotto n. 1).

LE ECCEZIONI IN RITO

0. La stazione appaltante, nella memoria conclusionale, ha dedotto l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse con riguardo al vizio dell'identità dei punteggi individuali nel confronto a coppie, dal momento che anche aderendo alle prospettazioni esplicitate nel ricorso (con cui si lamentano lacune di tipo procedurale), la graduatoria non sarebbe incisa, non essendo in discussione che il RTI Coopservice abbia formulato l'offerta migliore. Ad avviso di Intercent-ER la correttezza delle regole (incontestata) depotenzierebbe eventuali vizi del loro procedimento applicativo.

0.1 L'eccezione è infondata. L'accoglimento dell'ultima censura determinerebbe la caducazione dell'intera procedura selettiva, a prescindere dall'esperimento della cd. prova di resistenza (il divario tra le due offerte è di 30 punti, di cui 57 assegnati in modo vincolato). La conseguenza, infatti, non sarebbe la rinnovazione parziale della selezione "a buste aperte", che arrecherebbe una lesione al principio di imparzialità per la preventiva conoscenza dei punteggi economici.

0.1a Per giurisprudenza costante (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II – 28/9/2020 n. 661 e i propri precedenti citati; Consiglio di Stato, sez. III – 15/11/2018 n. 6439) non sussiste in capo all'attore l'onere di fornire la prova di resistenza quando i vizi dedotti siano diretti a conseguire non già una collocazione utile nella graduatoria impugnata, bensì l'annullamento totale o parziale della procedura. Nell'ipotesi affrontata, il vizio afferisce al malgoverno – da parte della Commissione di gara (in sede di applicazione del disciplinare) – delle regole di valutazione delle offerte, con decisioni collegiali assunte bypassando nella sostanza i richiesti giudizi individuali: l'*utilitas* che la parte ricorrente può ritrarre è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce – nelle controversie relative all'aggiudicazione

di appalti pubblici – come sicuramente meritevole di tutela per esigenze di effettività (così T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV – 30/10/2018 n. 2065, Consiglio di Stato, sez. III – 16/4/2018 n. 2258).

0.1b Nel caso di specie, con la censura n. VII la ricorrente mira alla rinnovazione della gara, e la re-indizione della procedura competitiva è oggetto specifico della domanda giudiziale: sussiste dunque l'interesse al ricorso nella forma dell'interesse strumentale alla riedizione del confronto comparativo fin dalla pubblicazione della *lex specialis*, senza alcuna necessità di fornire la (diabolica) prova di resistenza.

0.1c Diversamente da quanto opina la stazione appaltante (anche nella memoria di replica) la doglianza dedotta contro l'applicazione delle regole di gara è indipendente (e può prescindere) da censure nei confronti del merito tecnico e della bontà economica delle offerte, trovando protezione l'interesse allo svolgimento della selezione nel rispetto dei canoni di trasparenza, imparzialità e rispetto della disciplina preventivamente dettata.

0.2 La controinteressata Coopservice ha eccepito l'inammissibilità del settimo motivo in quanto investirebbe scelte discrezionali, per loro natura sottratte al sindacato del giudice amministrativo salvo i casi di abnormi errori di valutazione o gravi irrazionalità, non riscontrabili nella fattispecie.

0.2a L'eccezione è infondata, in quanto parte ricorrente lamenta un vulnus nello svolgimento dell'*iter* procedimentale, ossia la mancata formulazione dei giudizi individuali da parte dei Commissari e la disordinata attribuzione dei punteggi vincolati e discrezionali, che investe questioni autonome e separate rispetto alla congruità e ragionevolezza delle valutazioni. L'oggetto della censura non è il giudizio in sé ma la modalità di espressione del punteggio – che sarebbe stata privata dell'indefettibile fase individuale (sostituita da decisioni concordate) – e l'ordine di trattazione dei parametri di giudizio. Il *thema decidendum* non interferisce con la bontà delle scelte discrezionali, ma si concentra sulla legittimità del *modus procedendi*.

IL MERITO

E' venuto meno l'interesse alla decisione della domanda di accesso (motivo n. II), avendo la stazione appaltante esibiti i documenti richiesti (doc. 16 e 17 Intercent-ER). La circostanza è stata confermata dalla ricorrente nella memoria conclusionale.

1. La prima e la terza censura sono infondate.

1.1 La stazione appaltante è stata resa edotta del procedimento istaurato da AGCM nei confronti della prima e seconda classificata, culminato nell'emissione (in data 16/12/2019) di misure sanzionatorie per intese restrittive della concorrenza. In particolare, le comunicazioni sono state effettuate l'8/1/2020 da Coopservice e il 31/1/2020 da Sicuritalia, per cui l'aggiudicazione è stata disposta dalla stazione appaltante dopo aver preso cognizione della sanzione irrogata – peraltro contestata in sede giurisdizionale e priva del carattere di definitività – e ha potuto essere vagliata anteriormente alla conclusione della procedura selettiva.

1.2 Come ha messo correttamente in evidenza la difesa di Intercent-ER, né la normativa di settore né la *lex specialis* individuano una causa espulsiva correlata al mancato rispetto di un termine minimo per comunicare la ricezione del provvedimento dell'AGCM (nella specie, la controinteressata vincitrice ha inviato la notizia poco più di 20 giorni dopo la notifica). La verifica dei requisiti morali è un adempimento che spetta all'amministrazione e rispetto ad esso le informazioni devono essere fornite dai concorrenti entro un termine non decadenziale bensì utile, ossia prima della conclusione della gara affinché l'Ente procedente possa approfondire la vicenda ed esprimere le necessarie valutazioni. Siccome Intercent-ER ha appreso dei procedimenti sanzionatori prima dell'aggiudicazione (disposta con atto del 5/3/2020) non affiora una tardività viziante, in quanto la procedura selettiva ha potuto essere ultimata quando il quadro informativo era esaustivo.

1.3 Intercent-ER, peraltro, ha evocato l'adozione delle contromisure di *self-cleaning*, e ha argomentato sulla natura non escludente della sanzione irrogata, ossia sull'assenza

di automatismi espulsivi al riguardo (l'efficacia delle contromisure non forma peraltro oggetto di specifica contestazione).

2. Il Collegio ha già sottolineato che l'istanza ostensiva è stata soddisfatta dalla stazione appaltante.

3. L'Ente procedente non era tenuto a svolgere verifiche sul concorrente collocatosi al secondo posto della graduatoria. Il disciplinare di gara (doc. 3, pag. 61) richiama espressamente l'art. 85 comma 5 del D. Lgs. 50/2016 per cui l'indagine sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 doveva essere compiuta nei confronti del solo concorrente aggiudicatario. Così dispone la lex specialis <<La verifica dei requisiti generali e speciali avverrà, ai sensi dell'art. 85, comma 5, del Codice, sull'offerente cui l'Agenzia ha deciso di aggiudicare la Convenzione. Prima dell'aggiudicazione, l'Agenzia, ai sensi dell'art. 85, comma 5, del Codice, richiede al concorrente cui ha deciso di aggiudicare la Convenzione di presentare i documenti di cui all'art. 86 del Codice, ai fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 (ad eccezione, con riferimento ai subappaltatori, del comma 4) e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del medesimo Codice. ...>>. In aggiunta, Sicuritalia ha dato conto dell'impugnazione della sanzione al T.A.R. Lazio (r.g. 1679/2020), cosicché la stessa non può ritenersi definitiva.

4. Il quarto motivo, sull'indebita coincidenza tra controllato e controllore, è infondato.

4.1 L'art. 77 comma 4 del codice appalti, nel testo modificato dal D. Lgs. n. 56 del 2017, statuisce che *“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*. Come ha statuito recentemente questa Sezione (cfr. sentenza 28/4/2020 n. 256) <<Alla luce di tale novella legislativa, "... è venuta meno la incompatibilità tra il RUP e il ruolo di membro della Commissione di gara, specificando che la nomina del RUP a membro di gara deve essere valutata con riferimento alla singola procedura, soprattutto deve essere comprovata

da colui che contesta l'incompatibilità allegando elementi concreti, sintomatici di un'interferenza tra le funzioni assegnate al RUP e quelle della Commissione di gara, tali da compromettere l'imparziale svolgimento dell'incarico di membro della commissione da parte della stessa persona che ha assunto le funzioni di RUP (ex multis, TAR Veneto, Sez. I, 7.07.2017, n.660; Cons. Stato, sez. V, 23.03.2015, n.1565; delibera A. n. 436 del 27.04.2017). Anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che non vi è un'incompatibilità automatica tra la figura del RUP e quella di membro di Commissione giudicatrice e che l'eventuale incompatibilità deve essere valutata in concreto, caso per caso, e dimostrata da parte di colui che deduce la condizione di incompatibilità (cfr.: Cons. Stato, sent. nn. 242/2016, 1320/2017, 695/2018). In ogni caso, l'incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario alla Amministrazione di riferimento ma deve essere provata" (T.A.R. Puglia Bari, sez. III - 14/11/2019 n. 1496)>>.

4.2 Non è dunque è ravvisabile un'incompatibilità astratta tra la funzione di RUP (e, a maggior ragione, di Responsabile del Servizio) e di Presidente della Commissione di gara, salva l'allegazione di concreti elementi dai quali possa evincersi la sussistenza di una posizione di non terzietà del primo rispetto alla specifica procedura in discussione (cfr. per un altro precedente, T.A.R. Emilia Romagna, sez. II – 21/3/2019 n. 270). E' stato altresì affermato che “... nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi” (Consiglio di Stato, sez. III – 26/10/2018 n. 6082; T.A.R. Campania Napoli, sez. III – 2/7/2019 n. 3620, che risulta appellata; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I – 11/3/2019 n. 742).

4.3 Nella fattispecie, a causa di un impedimento temporaneo il ruolo della dott.ssa Guidi è stato assunto, in sede di indizione della procedura, dalla dott.ssa Cevenini. La controinteressata ha messo in luce che la dott.ssa Guidi non ha contribuito alla redazione della legge di gara né ha sottoscritto la determina di indizione, e che

pertanto il cumulo dei ruoli non ha in concreto inciso nel processo di formazione della volontà che conduce alla valutazione delle offerte.

5. Anche la quinta censura non è meritevole di positivo apprezzamento.

5.1 La mancata predisposizione di una formale *“proposta di aggiudicazione”* è irrilevante, ben potendosi valorizzare le precedenti attività dei Commissari con le quali è stata formata la graduatoria dei concorrenti. Nella gara controversa il verbale di seduta pubblica di apertura delle offerte economiche del 26/11/2018 (doc. 8 ricorrente, pag. 30, 31, 32) racchiude il seguente passaggio testuale: *“Tenuto conto di quanto precisato al punto precedente il Presidente proclama l’aggiudicazione in capo alle ditte risulterà prime, salvi gli esiti del sub-procedimento di verifica di congruità per le offerte sospette di anomalia”* ... *“Il presidente proclama l’aggiudicazione dei lotti 1, 2 e 3 in capo alla concorrente RTI Coopservice ... prende atto che l’aggiudicazione è sottoposta agli esiti del sub-procedimento di verifica di congruità ...”*. L’atto di aggiudicazione 5/3/2020 (doc. 12 ricorrente) a pag. 6 e il provvedimento di rettifica 3/4/2020 (doc. 14) a pag. 5 richiamano espressamente la graduatoria elaborata dalla Commissione, cosicché la proposta di aggiudicazione risulta nella sostanza correttamente formulata.

6. Il sesto motivo, con il quale viene contestata la mancanza di esperienza in capo a tre componenti della Commissione, è infondato, a prescindere dall’eccezione in rito formulata.

6.1 In materia, la condivisibile giurisprudenza ha rilevato che:

- *“la più recente giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2015, n. 1824), proprio con riferimento ad un caso nel quale le offerte dovevano essere valutate individualmente da ogni commissario, ha ribadito il consolidato orientamento secondo il quale è la Commissione giudicatrice nel suo complesso che deve garantire il possesso delle conoscenze tecniche globalmente occorrenti nella singola fattispecie, sicché la previsione dell’art. 84, comma 2, del codice degli appalti deve ritenersi soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti della Commissione vantino una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanta comunque una competenza*

generale in materia di procedure ad evidenza pubblica” (T.A.R. Lazio Roma, sez. II – 28/1/2016 n. 1242);

- “... la qualifica di 'esperto nello specifico settore' cui inerisce l'appalto può essere riconosciuta - ed auspicabilmente - nel caso di prolungata esperienza nel settore in parola, ma può essere parimenti riconosciuta nelle ipotesi in cui - come nel caso in esame - risulti una particolare significatività e qualità delle esperienze formative e professionali vantate da ciascun Commissario” (Consiglio di Stato, sez. V – 20/9/2016 n. 3911);

- “Non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea” (Consiglio di Stato, sez. V – 11/12/2017 n. 5830 e i precedenti ivi citati).

6.2 Premesso che sugli esperti Corvino e Guidi non sono sollevate perplessità, sulla base delle precisazioni della stazione appaltante nelle proprie difese (che richiamano il doc. 7) risulta che:

- il membro Dalla è da tempo preposto al “servizio approvvigionamenti, patrimonio, logistica e sicurezza”, con 85 pagine di curriculum e numerose attività svolte nei settori della vigilanza armata con trasporto valori, della logistica e della sicurezza, oltre che per gli ambiti della telematica, tecnologia e informatica.

- la componente Giamperoli è addetta dal novembre 2015 al coordinamento delle attività del “settore alberghiero” dell’Azienda USL di Bologna, e si occupa della gestione per i profili comuni a quelli di un albergo (spazi comuni, accoglienza, ecc.), mentre in passato si è occupata in attività di gestione amministrativa e contabile;

- il membro Santarsiere è inserito nell’unità professionale del “progetto ottimizzazione aule didattiche e servizi di portierato”, con quest’ultima attività che costituisce parte integrante del servizio da svolgere; in passato, è stato responsabile e coordinatore gestionale di molte sedi e presidi dell’Università di Bologna.

6.3 Alla luce dei rilievi suesposti, si può concludere che la disposizione normativa è stata rispettata dalla stazione appaltante.

7. L'ultimo motivo è fondato.

7.1 Sostiene Intercent-ER che la Commissione è un organo collegiale, i cui componenti – che non operano segretamente uno dall'altro – parlano e si scambiano idee: quando uno di loro assegna un punteggio e lo illustra al consesso, gli altri ben possono attribuire un punteggio coincidente, ferma l'autonomia della rispettiva valutazione. Nel caso della gara in esame, il prospetto allegato (doc. 21) racchiude i giudizi singoli emessi. Sostiene il RTI controinteressato che nessuna disposizione normativa o regolamentare impedisce ai Commissari di assegnare i medesimi punteggi in sede di confronto a coppie e che, ove ciò avvenga, non viene in evidenza alcun sintomo di abdicazione dalla funzione valutativa.

Detto ordine di idee non merita di essere condiviso.

7.2 E' stato anzitutto osservato che la regola della collegialità non sottende, nel suo concreto funzionamento, uno schema rigido ed universale, ma si presta ad essere declinata secondo formule diverse, che spetta alla *lex specialis* elaborare, secondo valutazioni discrezionali rimesse alla stazione appaltante ed ispirate a considerazioni di efficienza e semplificazione del procedimento di gara, non meno che di trasparenza ed imparzialità delle operazioni valutative: gli unici limiti alla potestà normativa della stazione appaltante, con riferimento allo specifico procedimento selettivo, sono quelli connessi, da un lato, alla salvaguardia della possibilità per ciascun componente della Commissione di concorrere concretamente ed efficacemente alla valutazione delle offerte (la quale costituisce il riflesso della necessità di valorizzare le singole e distinte professionalità che connotano, nel loro insieme, la qualificazione e la competenza valutativa della commissione), dall'altro lato, alla unicità del giudizio finale, che, superando ed integrando i giudizi autonomamente espressi dai commissari, deve costituire l'espressione sintetica e

complessiva dell'attività valutativa della commissione (Consiglio di Stato, sez. III – 26/4/2019 n. 2682).

7.3 Il par. 18.2 del disciplinare di gara – rubricato “*Metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell’offerta tecnica*” – richiedeva che il confronto si svolgesse “... 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)”.

7.4 Nel metodo del c.d. “confronto a coppie” ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione dei coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte sono confrontate a due a due e, per ogni coppia di offerte, ogni Commissario indica l'elemento che ritiene preferibile, attribuendo un punteggio: il giudizio viene successivamente sommato a quello degli altri componenti, per formare la preferenza della Commissione sull'offerta di ciascun concorrente. Dunque, la determinazione della media dei giudizi accordati è logicamente e temporalmente distaccata dalla fase (anteriore) di espressione della preferenza individuale.

7.5 Nel caso specifico esaminato, la condivisibile giurisprudenza si è espressa nel modo seguente:

- il Consiglio di Stato, sez. III – 15/11/2018 n. 6439, nel concordare con il giudice di prime cure, ha osservato che <<“la straordinaria e del tutto inusuale coincidenza dei voti numerici attribuiti dai 3 commissari nel caso di specie depone, secondo l'id quod plerumque accidit, per un avvenuto dibattito collegiale tra i medesimi e per l'espressione di valutazioni finali che sono appunto il frutto di tale confronto e mediazione collegiale tra loro”; Appare chiaro che il processo intellettuale - volitivo di formazione del giudizio sulle singole offerte è stato viziato da una valutazione “collettiva e/o copiata” in cui sarebbero incorsi i membri della commissione giudicatrice. In sostanza

le valutazioni non appaiono realmente il frutto di giudizi individuali e autonomi dei singoli componenti della commissione il che, sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento, fa sospettare che illegittimamente i singoli giudizi possano essere stati di tipo collegiale. In conseguenza l'aggiudicazione appare effettuata in violazione delle modalità procedurali previste per lo svolgimento lo svolgimento della valutazione delle offerte mediante il metodo del confronto a coppie dall'art. 95 D.Lgs. n. 50 del 2016>>;

- il T.A.R. Liguria, sez. II – 28/9/2020 n. 661, in un caso di “*assoluta e totale uniformità di ogni valutazione quanto alla preferenza ed al suo grado, che si ripete indefettibilmente per tutti i parametri di valutazione*” che è apparso “*il frutto di un previo concerto tra i commissari circa il modus procedendi, contrario a quello chiaramente predicato dal disciplinare di gara*”, ha rilevato che “*... integra sicura spia dell'eccesso di potere, sotto il profilo del cattivo uso della discrezionalità amministrativa e della falsa applicazione delle disposizioni del disciplinare di gara sui criteri di valutazione dell'offerta tecnica, che in un primo tempo doveva essere effettuata autonomamente da ciascun commissario, e, soltanto dopo, essere trasformata in una media e riparametrata sulla base della media massima. L'assoluta identità di tutte le valutazioni effettuate dai singoli commissari per tutti i criteri di valutazione – identità che è pacifica e non contestata - non può certo definirsi una contingente coincidenza, ma denota piuttosto il perseguimento dell'unanimità su ogni singola valutazione, laddove la commissione non doveva invece operare – quantomeno in prima battuta – quale organo collegiale, richiedendo la legge di gara che i coefficienti fossero attribuiti dai singoli commissari secondo il loro personale giudizio, per essere - soltanto successivamente - trasformati in una “media”*”;

- il Consiglio di Stato, sez. III – 10/5/2017 n. 2168, nell'affrontare una fattispecie in cui i coefficienti di valutazione erano stati assegnati individualmente da ciascun componente della Commissione, come richiesto dalla disciplina di gara, nel confermare la sentenza di primo grado (T.A.R. Abruzzo Pescara – 29/1/2016 n. 27) ha statuito che la prova della non genuina autonomia degli stessi era desumibile dal “*carattere identico, per non dire pedissequo, dei punteggi numerici espressi dai singoli commissari,*

tutti uguali, e l'unicità del giudizio sintetico, espressioni, entrambe, di una valutazione "blindata" e non autonoma dei singoli commissari, che si sono appiattiti su una stessa valutazione, risultante non dalla convergenza - pur possibile e non di rado realizzabile nella prassi delle Commissioni di gara - di valutazioni autonomamente prese, ma dalla sterile ripetizione, per ciascuno di essi, di un giudizio "prestampato" e collegialmente già preso".

7.6 Il Collegio non ignora la giurisprudenza che, affrontando la questione, si è assestata su posizioni differenti. In particolare è stato osservato che l'espressione di giudizi perfettamente omogenei non è sufficiente a inferire l'illegittimità delle operazioni svolte, *"(...) 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 (...)"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III – 29/5/2020 n. 3401). Allo stesso modo si è rilevato che *"la coincidenza di apprezzamenti formulati nella stessa cifra numerica non significa che non vi sia stata autonomia di giudizio, ma piuttosto che nel confronto fra gli stessi si è addivenuti, tra i Commissari sia pure con sfumature e considerazioni attinenti le varie componenti dell'offerta di volta in volta sottoposte al loro vaglio e non abbisognevole di essere formalmente esternati, concordemente nella formulazione dell'apprezzamento che in concreto ciascuno dei progetti presentati meritava"* (T.A.R. Valle d'Aosta 5/6/2019 n. 29). Si è infine puntualizzato che *"la regola dell'individualità della valutazione dei commissari di gara non è violata dalla circostanza che essa sia stata uniforme per tutti i commissari, atteso che "la coincidenza di giudizi non costituisce infatti un sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con la concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, in difetto di disposizioni che prevedano la segretezza del valutazioni espresse dai singoli commissari ..."* (T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 1/9/2020 n. 3713, che risulta appellata, e la giurisprudenza ivi citata).

7.7 Le riflessioni appena esposte non appaiono condivisibili. Dalla riscontrata totale omogeneità dei punteggi assegnati da ogni Commissario traspare, anzitutto, la formulazione di un giudizio collegiale invece che individuale, essendo tutte le valutazioni perfettamente allineate tra loro. Poiché la clausola del disciplinare prescriveva univocamente che i punteggi relativi a ciascun parametro fossero espressione di giudizi individuali preventivamente formulati, era inibita la formazione “anticipata” di una volontà collegiale, seppur all’esito di “un confronto dialettico” tra i diversi membri.

7.8 Il dibattito tra i componenti del seggio di gara, ancorché fisiologico, ha nella fattispecie condotto a disattendere il *modus procedendi* puntualmente delineato dalla *lex specialis*, elidendo una fase espressamente contemplata, consistente nella formulazione di un giudizio individuale che sarebbe sfociato – nel seguito – nel punteggio complessivo secondo il meccanismo previsto. La collegialità, nella sua concreta modalità di espressione, è giunta ad assorbire l’opinione del singolo, che si è trasfusa nella volontà del consesso all’esito della discussione. Se un confronto articolato e costruttivo può fisiologicamente determinare una condivisione di idee – proprio perché l’operato della Commissione non è connotato da segretezza – l’assoluta uniformità delle esternazioni realizza l’anticipata formazione del giudizio collegiale con riduzione delle fasi previste da due a una, in puntuale contrasto con la previsione del disciplinare. In buona sostanza, l’eliminazione della fase valutativa individuale integra un *deficit* di trasparenza rispetto alle statuizioni della *lex specialis*. In conclusione, la settima censura è fondata.

8. Dall’accoglimento predetto deriva la caducazione degli atti di gara successivi all’attività posta in essere dalla Commissione, compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva. La riedizione dell’attività valutativa è tuttavia inibita dalla concatenazione delle operazioni di gara, per cui le offerte economiche debbono

restare segrete durante l'intera fase di manifestazione del giudizio sulla componente tecnica.

8.1 Invero, *“la regola secondo cui l'annullamento (è irrilevante se in sede giurisdizionale o in autotutela) di un atto inserito in una sequenza procedimentale (e diverso, ovviamente, da quello conclusivo) comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non comporta la caducazione di quelli anteriori, deve essere armonizzata e coordinata, nelle procedure di aggiudicazione di un appalto, con il principio che impone la segretezza delle offerte (a tutela dell'imparzialità delle operazioni di gara e della par condicio dei concorrenti); tale regola implica che - nei casi in cui la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase della valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica - le offerte economiche devono restare segrete fino alla conclusione della fase relativa alla valutazione di quelle tecniche, a presidio della genuinità, della trasparenza e della correttezza delle operazioni valutative che resterebbero irrimediabilmente compromesse e inquinate da un'anticipata conoscenza del contenuto delle offerte economiche”* (cfr.: T.A.R. Campania Salerno, sez. I – 8/4/2019 n. 563; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I – 9/5/2018 n. 930; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 22/10/2019 n. 1754).

8.2 Ne consegue che la rinnovazione del segmento di gara oggetto di annullamento giudiziale è consentita se e in quanto non sia violato il richiamato principio di segretezza, dovendosi – diversamente – rinnovare l'intera procedura.

8.3 Applicando tali statuizioni all'odierna fattispecie – di annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità della fase valutativa delle offerte tecniche – non è possibile “salvare” i precedenti atti, ivi compresa la presentazione delle offerte e il sub-procedimento di ammissione alla competizione, non potendo né l'originaria né una nuova Commissione reiterare le operazioni dopo che le offerte tecniche ed economiche sono state non solo conosciute, ma addirittura valutate dal seggio di gara (T.A.R. Campania Napoli, sez. II – 10/6/2019 n. 3160; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II – 11/7/2017 n. 1191) L'esame di offerte inserite in buste già aperte implica la violazione del principio di segretezza, per come sopra definito, dal momento che

i contenuti hanno irrimediabilmente perso i caratteri indefettibili della riservatezza e dell'anonimato, essendo stati già conosciuti perlomeno dagli originari Commissari e dalle imprese concorrenti (cfr. Consiglio di Stato sez. III – 24/11/2016 n. 4934).

8.4 In definitiva, si impone la riedizione dell'intera procedura di gara.

9. Come stabilito in giurisprudenza, in termini condivisi dal Collegio, *‘L'art. 122 cod. proc. amm. demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, in base al combinato disposto degli artt. 34 e 122 cod. proc. amm., deve ritenersi consentito al giudice, in caso di accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di un appalto, di regolare la decorrenza della inefficacia del contratto medio tempore stipulato, coordinandola con l'esito della ripetizione della gara, quando gli interessi dedotti in giudizio lo richiedano’* (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 12/8/2020 n. 1563; T.A.R. Campania Napoli, sez. III – 24/7/2020 n. 3331; T.A.R. Lazio Roma, sez. II-ter – 24/12/2019 n. 14851; T.A.R. Puglia Bari, sez. II – 10/7/2018 n. 1068 confermata con integrazione dal Consiglio di Stato, sez. III – 29/1/2019 n. 726).

9.1 Nel caso di specie, la procedura di gara dovrà essere ripetuta dalla stazione appaltante. Nel contempo, occorre tenere in considerazione l'avvenuta stipulazione e avvio del contratto da alcuni mesi (cfr. deposito dell'aggiudicataria del 6/10/2020), l'interesse pubblico alla non interruzione dell'erogazione del servizio, la necessità di un'ulteriore attività provvedimentale dell'autorità ai fini dell'individuazione del soggetto aggiudicatario, e l'impossibilità di disporre il subentro in favore della parte ricorrente alla luce dei vizi riscontrati (quest'ultima non ha possibilità alcuna di conseguire l'aggiudicazione, in quanto la ravvisata illegittimità comporta unicamente l'obbligo di rinnovare la selezione).

9.2 In virtù di tutto quanto precede, ritiene il Collegio che, nell'esercizio del potere regolatorio previsto dal combinato disposto tra l'art. 122 e l'art. 34 comma 2 C.p.a., il contratto attualmente in essere debba essere dichiarato inefficace, con effetto

decorrente dall'esito della riedizione della procedura di gara, che dovrà essere indetta entro 60 (sessanta) giorni dalla pubblicazione della presente sentenza e che dovrà concludersi entro i successivi 120 (centoventi) giorni.

10. In conclusione, il ricorso introduttivo deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione.

11. Le spese di lite possono essere compensate, alla luce della soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe nei limiti e con gli effetti indicati in motivazione e annulla, per conseguenza, gli atti impugnati.

Dichiara l'inefficacia del contratto *nelle more* stipulato con l'ATI controinteressata (Coopservice), modulata nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO