



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 3286 del 2018, proposto da Dedalus S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Dover Scalera, Gabriele Di Paolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Dover Scalera in Roma, viale Liegi 35b;

contro

S.In.Co.S. Application S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Merani, Stefano Gattamelata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore n.22;

A.U.S.L. di Pescara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Antonucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gigliola Mazza Ricci in Roma, via di Pietralata 320;

nei confronti

Regione Abruzzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ausl Avezzano - Sulmona-L'Aquila, Ausl Lanciano-Vasto-Chieti, Ausl Teramo non costituiti in giudizio;

per la riforma

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.In.Co.S. Application S.r.l. e di Regione Abruzzo e di A.U.S.L. di Pescara;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 settembre 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Dover Scalera, Vincenzo Antonucci, Stefano Gattamelata e l'Avvocato dello Stato Raffaella Ferrando;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame l'appellante chiede la riforma della sentenza con cui il Tar Abruzzo ha parzialmente accolto il ricorso, ed ha annullato la "*procedura fino al momento in cui la stessa appare viziata, secondo quanto sopra indicato, cioè fino alla valutazione delle offerte con il metodo del confronto a coppie; con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di rinnovare la valutazione delle offerte ammesse applicando correttamente il metodo del confronto a coppie secondo le richiamate linee guida e secondo il disciplinare, e in particolare assicurano che i confronti siano effettuati singolarmente da ciascun commissario*" con l'obbligo di rivalutare le offerte ammesse, con commissione in diversa composizione .

La procedura aperta era stata indetta dall'ASL di Pescara, in qualità di soggetto avvalso della Stazione Unica Appaltante Abruzzo incardinata nel Dipartimento

Opere Pubbliche, Governo del Territorio e Politiche Ambientali e segnatamente nel Servizio Genio Civile di L'Aquila, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, ed era diretta all'acquisizione a lotto intero ed indivisibile, di un sistema informatico comprendente: la fornitura in uso di licenze illimitate del software; i servizi di installazione integrazione ed avviamento; lo start up e la formazione; i servizi di manutenzione ed assistenza per l'intera durata contrattuale finalizzata alla gestione informatizzata ed unificata del Pronto Soccorso delle Aziende Sanitarie Locali della Regione Abruzzo, per un importo a base d'asta di € 840.000,00 per una durata contrattuale di 5 anni.

L'appello è affidato alla denuncia di tre articolate rubriche di gravame con cui si lamenta, sotto diversi profili, l'erroneità della sentenza appellata per eccesso di potere, causato da erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria e di motivazione; violazione e falsa applicazione degli artt. 112 c.p.c. e 77 D.lgs. n. 50/2016; erronea applicazione delle regole che presidono all'esercizio del potere giudicante per intrinseca contraddittorietà.

L'AUSL di Pescara, con ricorso incidentale autonomo del 10 maggio 2018 ha a sua volta gravato la sentenza lamentando, in linea preliminare, l'inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica alla Regione Abruzzo e mancata dimostrazione della c.d. "prova di resistenza"; nel merito l'erroneità della sentenza per illogicità e difetto sui presupposti. .

Con una successiva memoria di replica l'appellante ha ulteriormente ripetuto ed insistito nelle proprie argomentazioni e conclusioni per l'accoglimento del ricorso.

Chiamata all'udienza pubblica di discussione, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1.§. Nella tassonomia delle questioni deve essere esaminato preliminarmente l'eccezione pregiudiziale introdotta con l'appello principale della Dedalus e con l'appello incidentale dell'AUSL.

2.§. Con il primo motivo dell'appello incidentale introdotto ai sensi dell'articolo 96 c.p.a la difesa dell'Azienda Sanitaria Locale di Pescara lamenta l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui non ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso di primo grado per l'omessa notifica alla Regione Abruzzo, in qualità di stazione unica appaltante. In sede di primo grado l'A.S.L. di Pescara aveva rappresentato che il rapporto intercorrente tra AUSL Pescara e Regione Abruzzo fosse un caso di avvalimento di diritto pubblico di tipo intersoggettivo e quindi l'atto impugnato sarebbe stato imputato in via diretta alla Asl resistente, ed indirettamente alle altre Asl controinteressate necessarie cui era stata disposta l'integrazione del contraddittorio

Al contrario, per l'AUSL la Regione Abruzzo, non poteva considerarsi una generica controinteressata, rispetto alla quale doveva semplicemente ordinarsi ex art. 27 c.p.a, l'integrazione del contraddittorio, - come disposto dal giudice di primo grado -, ma una parte necessaria in quanto se la gara era stata indetta dall'AUSL l'aggiudicazione era imputabile alla Regione Abruzzo, che avrebbe stipulato il contratto di appalto. Ne consegue l'erroneità della sentenza gravata, per violazione e falsa applicazione degli artt. 27 e 41 del c.p.a. .

Erroneamente si sarebbe dunque proceduto alla notifica anche alla Regione Abruzzo.

Né a tale conclusione osta, come assunto dal giudice di primo grado, l'art. 118 co. 2 della Costituzione.

In conclusione, non avendo la ricorrente notificato il ricorso principale al soggetto aggregatore -Stazione Unica Appaltante -, nei termini di 30 gg., decorrenti dalla comunicazione di aggiudicazione definitiva, il ricorso di primo grado sarebbe stato dunque inammissibile.

L'assunto va respinto.

In linea di principio si deve escludere che la Regione Abruzzo dovesse essere considerata parte necessaria nel presente giudizio, alla quale cioè si doveva necessariamente notificare il presente gravame a pena di inammissibilità.

La questione relativa alla individuazione delle parti necessarie cui notificare, a pena di inammissibilità, il ricorso introduttivo avverso l'aggiudicazione di una procedura in forma aggregata, è stata risolta dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 18 maggio 2018; che ha ritenuto preferibile l'orientamento giurisprudenziale per cui è sufficiente la notifica alla sola amministrazione capofila, che abbia curato la procedura concorsuale, provvedendo cioè all'emanazione del bando, alla costituzione della Commissione giudicatrice, all'adozione degli atti di gara ed all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione.

Ciò per le considerazioni per cui in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti:

-- deve farsi applicazione dell'art. 41 c.p.a. comma 2, per cui il ricorso deve essere notificato esclusivamente « ... *alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato ...*» per cui deve escludersi che l'atto introduttivo del giudizio debba essere notificato anche ad amministrazioni od enti che a diverso titolo abbiano avuto modo di partecipare al procedimento;

-- invece la legittimazione passiva riguarda tutte le amministrazioni interessate al procedimento solo quando l'atto finale sia effettivamente imputabile a più amministrazioni, come accade per gli atti di concerto (Cons. Stato, sez. V, nr. 3966/2012); Cons. Stato, nr.183 del 2006) o come può verificarsi per gli accordi di programma (Cons. Stato, IV, nr. 3403 del 2006);

-- per converso, le partecipazioni al procedimento giuridicamente qualificate (come quelle concernenti il potere di iniziativa o di proposta, la partecipazione all'intesa che abbia preceduto l'adozione del provvedimento finale, ovvero gli atti preparatori) non sono idonee ad estendere la veste di parte necessaria a soggetti diversi dall'autorità emanante.

Nei casi sopra ricordati si è infatti di fronte ad una unica amministrazione capofila che gestisce la procedura e che di essa è responsabile, sicché soltanto ad essa

sarebbero imputabili gli atti ed i provvedimenti della medesima, divenendo così l'unica amministrazione cui notificare il ricorso giurisdizionale per l'instaurazione del giudizio (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2013 n. 4541; Sez. V, 6 luglio 2012 n. 3966; Sez. V, 15 marzo 2010 n. 1500).

Una diversa soluzione, volta ad estendere la legittimazione processuale a soggetti diversi dall'autorità che ha emanato l'atto, si risolverebbe in una oggettiva violazione della norma che presidia la legittima costituzione del rapporto giuridico processuale.

In adesione al principio di diritto affermato dalla cit. Adunanza Plenaria n. 8/2018, deve dunque concludersi per la piena ammissibilità del ricorso esattamente notificato all'AUSL odierna appellante incidentale dato che nessuna formale imputazione del provvedimento finale possa farsi alla Regione Abruzzo.

3.§. Con la seconda rubrica l'AUSL introduce due profili di censura con cui eccepisce che la ricorrente in primo grado nel suo ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti:

- non avrebbe posto in essere un ricorso teso ad ottenere la rinnovazione della gara o l'esclusione dell'impresa aggiudicataria, ma avrebbe contestato solo la correttezza dei punteggi assegnati alla aggiudicataria e finalizzato all'aggiudicazione della gara de qua;

- e non avrebbe fornito alcuna prova di resistenza in merito all'esito vittorioso del ricorso, circa il modo in cui avrebbe recuperato i punti necessari a superare l'offerta dell'aggiudicataria Dedalus per effetto del rinnovo del confronto a coppie in violazione degli artt. 64 e 39 del c.p.a.; degli artt. 2697 c.c.; degli artt. 100 e 115 c.p.c. . Se è vero, infatti, che nel processo amministrativo il sistema probatorio è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, è altrettanto vero che, in mancanza di una prova a fondamento delle proprie pretese, il ricorrente debba avanzare un principio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 02/10/2013, n. 4880).

L'assunto complessivo non ha pregio.

Come è noto, la verifica positiva della sussistenza dell'interesse all'impugnativa comporta che l'effettiva utilità al ricorrente, conseguente all'annullamento degli atti gravati, possa essere identificata non solo nel conseguimento dell'aggiudicazione vera e propria dell'appalto pubblico, ma – in subordine – possa consistere anche solo nella mera rinnovazione della gara.

Ciò posto, non sussiste in capo all'attore l'onere di fornire alcuna prova di resistenza quando i vizi dedotti siano diretti non solo al conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, ma anche ad ottenere, in via subordinata, l'annullamento totale o parziale della procedura.

Ciò è tanto più vero nell'ipotesi in cui l'oggetto del vizio concerne il malgoverno delle regole fondamentali per la corretta valutazione delle offerte, e l'adozione di decisioni che appaiono scarsamente trasparenti e frutto di possibili sviamenti di potere.

L'*utilitas* – che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio 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 meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258).

Nel caso, del tutto erroneamente l'AUSL afferma la necessità della c.d. prova di resistenza ai fini del legittimo esercizio dell'azione impugnatoria.

Pertanto, deve del tutto condividersi la sentenza impugnata poiché nel caso di specie non era affatto richiesto che il ricorrente assolvesse alla c.d. prova di resistenza, in quanto il ricorso della S.In.Co.S. non involgeva esclusivamente la valutazione dei singoli candidati, ma denunciava il *modus procedendi* assunto dalla commissione giudicatrice in violazione anzitutto del disciplinare di gara.

Di qui l'assoluta inconferenza dell'ulteriore motivazione addotta dal ricorrente in calce al profilo di censura appena esaminato, per cui la sentenza gravata in assenza

di un benché minimo principio di prova di parte sarebbe stata informata ad un uso distorto del c.d. metodo acquisitivo (art. 64 co. 5 c.p.a.) perché al contrario deve escludersi che siano stati esercitati poteri officiosi di iniziativa istruttoria al fine di acquisire elementi non forniti dalle parti.

Il TAR ha infatti posto a fondamento della propria decisione solo elementi di prova proposti dalle parti (art. 64 co. 2 c.p.a.), ritenuti sufficienti al fine del giudizio di illegittimità di una valutazione fondata sulla “... *coincidenza dei giudizi espressi da tutti e tre i commissari di gara...*”.

4.§. Devono quindi essere confutati congiuntamente la prima rubrica dell’appello principale della Dedalus ed il terzo motivo dell’appello incidentale dell’AUSL.

4.§.1. La prima rubrica della Dedalus è articolata in diversi profili.

4.§.1.1. Per l’appellante erroneamente la sentenza ha ritenuto assorbente il giudizio “*dato dalla coincidenza dei giudizi espressi da tutti e tre i commissari di gara e quindi dalla violazione delle modalità procedurali per lo svolgimento della valutazione delle offerte mediante il metodo del confronto a coppie*”, sull’errato presupposto che la commissione di gara abbia violato le modalità procedurali dettate dall’ANAC con le Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”

Tale conclusione sarebbe fondata su un “*pregiudizio*” non supportato da alcun elemento fattuale e documentale, per cui la coincidenza dei voti numerici espressi dai commissari sarebbe stato il frutto di una mediazione collegiale tra i commissari anziché espressione delle loro valutazioni individuali.

Il suddetto convincimento non sarebbe supportato da alcun elemento documentale in quanto nei verbali (del 6 luglio e del 7 luglio 2017) si attesta che “*per ciascun elemento di valutazione ciascun commissario (commissario 1 = dr.Pantaleone Straccini; commissario 2 = dr. Fabrizio Viglino; Commissario 3 = ing. Mauro Caliani) effettua i confronti a coppie sulla base della scala semantica (scala dei gradi di preferenza relativa) e della matrice triangolare – e riporta i risultati dei propri confronti nelle tabelle triangolari*”.

Ai verbali di gara sono allegate le matrici triangolari compilate da ciascun commissario per ciascun parametro di valutazione delle offerte dal B1 al G10 (ben 35 parametri), ciascuna riportante i confronti a coppie individualmente effettuati dai singoli commissari per ognuna delle 7 offerte in gara identificate con lettere dalla A alla G: A (Meteda), B (S.In.Co.S. Application S.r.l.), C (Dedalus) E (Engineering), F (GPI), G (NBS) ed in calce alle matrici triangolari di ciascun commissario, sono state riportate le tabelle riassuntive dei punteggi ottenuti a seguito della riparametrazione operata per ciascun concorrente per ogni parametro di valutazione.

Posto che i verbali di gara costituiscono atto pubblico avente fede privilegiata ai sensi degli articoli 2699 e 2700 del codice civile, essi attestano in maniera inequivoca che le attività di valutazione sono state compiute individualmente da parte di ciascun commissario.

La decisione del Tar sarebbe basata esclusivamente sul dato indiziario della omogeneità - nei limiti di cui si dirà dopo - dei giudizi espressi dalla commissione in presunta violazione delle Linee Guida n.2 di Anac.

4.§.1.2. La sentenza appellata tradisce un evidente fraintendimento del metodo del confronto a coppie laddove – prescindendo da una attenta lettura dei documenti depositati agli atti e dal dovuto approfondimento sul metodo del “confronto a coppie” – ha evidentemente frainteso il criterio là dove parla indifferentemente di “giudizio” e di “voto” quando il confronto a coppie si basa su “preferenze”: i commissari non esprimono un “voto” ma confrontano a due a due (di qui “confronto a coppie”) le offerte (con attribuzione delle relative preferenze da parte del singolo commissario) secondo una gradazione dei livelli di preferenza da 1 a 6 (in cui 1 rappresenta la parità; 2, una preferenza minima; 3 una preferenza piccola; 4 una preferenza media; 5 una preferenza grande; 6 una preferenza massima).

Dalle matrici triangolari, ad esempio per il parametro B1 (“rispetto di standard emessi da organizzazioni riconosciute (es. W3C, ISO, IETD, Oasis, ecc.”), due

commissari avevano ritenuto le offerte equivalenti (AB) con punteggio 1; mentre il confronto tra le offerte di Metea (A) e Gpi (F) ha visto attribuire la preferenza a Gpi (F) con l'attribuzione di 2 punti a Gpi corrispondenti ad una preferenza minima.

In conclusione, i commissari non avrebbero mai assegnato voti identici ma semmai in qualche caso espresso le medesime preferenze.

I giudizi della Commissione presenterebbero una evidente coerenza interna che emerge dalla omogeneità dei posizionamenti di ciascuna offerta rispetto ai singoli criteri e comunque non sarebbe vietato ai commissari di esprimersi in modo omogeneo. La "inusuale coincidenza dei voti", "unico" elemento sintomatico della violazione delle linee guida di Anac, non sarebbe altro che la l'automatica traduzione in coefficienti numerici, a seguito di una doppia riparametrazione, degli iniziali gradi di preferenza espressi dai commissari.

4.§.1.3. Il TAR si è dichiaratamente discostato dalla giurisprudenza per cui "l'insussistenza di differenziazioni tra i punteggi attribuiti dai vari commissari non costituisce sicuro sintomo di condizionamento, potendo anche astrattamente essere giustificata con concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio" (cfr. Consiglio Stato, V, 24 marzo 2014, n. 1428, Consiglio Stato, V, 17 dicembre 2015, n. 517).

4.§.2. A sua volta, l'appellante AUSL con il terzo motivo ha contestato, del tutto analogamente, l'insufficienza della motivazione e l'erronea applicazione delle linee guida n.2 dell'ANAC del 21 settembre 2016 e dell'articolo 95 del D.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui ha affermato che il voto dei commissari sarebbe stato espresso in modo collegiale e non individuale mentre le attività di valutazione sarebbero state compiute individualmente da parte di ciascun commissario come risulterebbe dalla lettura dei verbali di gara e delle allegate matrici che hanno la natura di atto pubblico ai sensi degli artt. 2699 e 2700 c.c. .

La Commissione avrebbe così determinato la somma dei gradi di preferenza che ogni commissario aveva attribuito alle proposte dei concorrenti mediante i

confronti a coppie ed attribuito il coefficiente uno alla somma di valore più elevato, e assegnato alle altre somme un coefficiente proporzionalmente ridotto.

L'erroneo assioma per cui l'omogeneità dei punteggi dei commissari equivarrebbe a decisione collegiale degli stessi e non individuale, non costituirebbe altro che una "straordinaria e del tutto inusuale coincidenza dei voti numerici attribuiti dai 3 commissari" e non sarebbe comunque causa di illegittimità, perché dovuta esclusivamente all'assoluta oggettività di valutazione rispetto ai parametri previsti dal disciplinare di gara.

4.§.3. L'assunto va respinto.

Come è noto, il metodo del c.d. "confronto a coppie", lungi dall'essere un autonomo criterio di selezione dell'offerta, è invece solo un peculiare modo attuativo proprio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in virtù del quale, in particolare, ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione dei coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e, per ogni coppia di offerte, ogni commissario indica l'elemento che ritiene preferibile, attribuendo un punteggio che esprime un certo grado di preferenza (cfr. Consiglio di Stato sez. III 21 luglio 2017 n. 3622).

Ciascun singolo commissario di gara deve esprimere il proprio giudizio di preferenza variamente graduato espresso in forma lessicale che, viene successivamente sommato a quello degli altri commissari, per formare la preferenza della commissione sull'offerta di ciascun concorrente (cfr. Consiglio di Stato sez. V 24 ottobre 2016 n. 4415).

Ciò premesso, deve infatti rilevarsi che, sotto il profilo dell'eccesso di potere appare oltremodo singolare che i commissari abbiano dato per la quasi totalità punteggi identici; circostanza questa che avrebbe potuto essere ritenuta credibile se fossero state depositate le singole schede di giudizio dei singoli commissari ovvero i record informatici dei file contenenti le singole valutazioni.

Come correttamente eccepito dalla società appellata, nel caso di specie appare sintomaticamente rivelatore dell'illegittimità della valutazione espressa dalla commissione la circostanza per cui nella valutazione di ben 36 requisiti presi in considerazione, i tre commissari deputati alla valutazione tecnica delle offerte hanno composto in ben 20 casi matrici completamente identiche per tutti e tre i commissari, mentre in altri 9 casi le matrici sono state identiche per due commissari su tre.

A sfavore della tesi dell'appellante depone anche l'ulteriore circostanza secondo la quale, anche gli errori di calcolo compiuti tra i vari commissari nel sommare i punteggi delle singole offerte sottoposte al loro giudizio sono stati i medesimi, quasi che vi sia stato un meccanicistico "taglia ed incolla" dei record informatici delle singole valutazioni.

In tale direzione si deve dunque concordare con il primo giudice quando ricorda 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. 50/2016.

L'illegittimità del procedimento di valutazione, in quanto antecedente logico

necessario dalla cui definizione dipendeva quella dell'intero giudizio (c.d. pregiudizialità atecnica), esercita una *vis attractiva vis attractiva* rispetto alle altre questioni dedotte in giudizio, e comporta il travolgimento di tutte le valutazioni di merito effettuate dalla Commissione.

Di qui l'esattezza della decisione sul punto.

5.§. Il secondo ordine di censure delle appellanti concerne un profilo strettamente procedimentale.

5.§.1. Con la seconda rubrica dell'appello principale si lamenta che, con il ricorso introduttivo proposto dinanzi al TAR Pescara la ricorrente in primo grado S.In.Co.S. Application S.r.l. ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Dedalus, al fine di ottenere l'aggiudicazione della gara, mentre in palese violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, è stata disposta la rinnovazione del segmento di gara viziato, in quanto l'annullamento della procedura è stato dichiarato in accoglimento di una censura *"... assorbente verso tutte le altre, dovendo l'amministrazione rinnovare la valutazione delle offerte in diversa composizione (cfr. Consiglio di Stato Sentenza 7301 de 2016; TAR Napoli sentenza 23126 del 2010) con esito allo stato non prevedibile."*

La sentenza appellata sarebbe errata e viziata da ultrapetizione in quanto:

- si porrebbe in contrasto con il principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c.; per cui il contenzioso deve restare rigorosamente nei limiti delle censure formulate dal ricorrente espressione del potere dispositivo delle parti; per cui la pronuncia non può andare oltre i limiti della questione che le parti hanno sottoposto al giudizio e, quindi, oltre i limiti del petitum e della causa petendi (Consiglio di Stato - sentenza n. 3191/2011; in termini Cass. civ., Sez. Lav., sentenza n. 25140 del 13 dicembre 2010, idem n.615703-2001);
- l'ordine di rinnovazione delle valutazioni delle offerte ammesse da parte di una nuova commissione di gara, coinvolgerebbe la posizione degli altri concorrenti alla

gara inclusi coloro nei cui confronti i provvedimenti di esclusione - per non aver superato la soglia di sbarramento successiva alla prima riparametrazione -, si sarebbero definitivamente cristallizzati per via del decorso del termine processuale per impugnare;

- il rifacimento delle attività di valutazione da parte della commissione di gara avverrebbe ad offerte aperte, per cui l'ordine di rinnovare le valutazioni di tutte le offerte violerebbe il principio di segretezza delle offerte economiche (Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 824 del 2016; cfr. anche, nello stesso senso, TAR Sicilia, Catania, sez. II, sent. n. 1396 del 2015; TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sent. n. 394 del 2015; TAR Lazio, Latina, sez. I, sent. n. 142 del 2015; Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5057 del 2014);

- violerebbe l'art. 77, co. 11 d.lgs. 50/2017 nella parte in cui ordina che il rinnovo delle valutazioni delle offerte avvenga da parte di una commissione in diversa composizione (“In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione”).

L'obbligo di rinnovazione del confronto a coppie su tutte le offerte in gara “*con esito allo stato non prevedibile*” conferma la fondatezza della eccezione opposta in primo grado dall'odierna appellante circa la carenza di interesse di S.In.Co.S. Application S.r.l., la quale nel corso dell'intero giudizio di primo grado non ha mai fornito la prova di resistenza, omettendo completamente di spiegare anche solo per approssimazione in quale modo avrebbe recuperato il distacco - pari a 12,64 pt (senza riparametrazione) e di 13,62 pt (per effetto della riparametrazione) – rispetto alla aggiudicataria Dedalus per effetto del rinnovo del confronto a coppie.

5.§.3. Tutte le censure non meritano adesione.

La decisione assunta dal giudice di prime cure di annullare solo parzialmente la procedura di gara non è contraria agli artt. 112 c.p.c., 34 co. 1 c.p.a. in quanto l'accoglimento parziale, in via subordinata, è stato assunto nel pieno rispetto dei

limiti negativi imposti dal principio dispositivo alla libertà decisionale del giudice, e comunque nell'ambito di una parte di domanda implicitamente ricompresa nella domanda originariamente proposta (Cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 1984, n. 910; Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2011, n. 3191).

Nel caso in cui l'esame delle censure non comporti un effetto pienamente soddisfacente della pretesa del ricorrente ma solo una strumentale rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, in base alle ordinarie ragioni di continenza logica, l'accoglimento parziale della domanda non può certo comportare alcuna violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c. in quanto è perfettamente conforme alla domanda (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018 n. 2258).

Inconsistente è poi il secondo profilo del relativo capo di doglianza dedotto dall'appellante principale rispetto alla presunta erroneità della decisione di annullare “...*la procedura fino al momento in cui la stessa appare viziata, (...) cioè fino alla valutazione delle offerte...*”, anziché disporre l'invalidazione dell'intera gara.

Nell'ottica dell'utilità della tutela giurisdizionale (artt. 6, 13 CEDU; 24, 111, 113 Cost.; 1 c.p.a.), al riscontro dell'illegittimità della valutazione delle offerte tecniche, la soluzione giurisdizionale di annullare il solo segmento procedimentale viziato in luogo dell'invalidazione dell'intera gara, si dimostra essere maggiormente opportuna perché espressione della possibilità riconosciuta al giudice di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento (artt. 121, 122 c.p.a.; 264 co. 2 TFUE), ovvero di limitarne anche solo parzialmente quelli caducatori (artt. 21 nonies L. n. 241/90; 34 co. 1 lett. a) c.p.a.) in modo confacente al principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici (artt. 1419 c.c.; 97 Cost.) (cfr. *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332; *id.*, 4 settembre 2014, n. 4514).

In tal senso la soluzione adottata si dimostrava congrua e coerente con i principi

generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela e di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici.

Neppure può condividersi l'asserita assunta impossibilità di rinnovare parzialmente una gara in presenza di offerte già conosciute, senza che perciò non venga violato il principio di segretezza delle offerte economiche. La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall'ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali nella specie da un lato il principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Inoltre depongono in tal senso anche i criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all'aggiudicazione.

Nel caso concreto, quindi, la "par condicio" tra i medesimi concorrenti, quale vero valore protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, non verrebbe in ogni caso scalfita da un nuovo apprezzamento delle offerte già conosciute, a maggior ragione se quest'ultimo è compiuto da parte di una nuova commissione giudicatrice.

È del tutto evidente che, alla luce dell'erronea modalità con cui la valutazione demandata alla commissione giudicatrice originaria è stata effettuata, debba ritenersi prevalente il principio di imparzialità.

Né tantomeno può essere accolto il terzo profilo di doglianza addotto dall'odierna appellante principale nella prima rubrica di gravame, attraverso cui ci si duole, alla luce della c.d. "regola del plenum funzionale" (art. 77 comma 11 del d.lgs. n. 50/2016), dell'illegittimità dell'ordine di attribuire la rinnovazione delle procedure di valutazione delle offerte di gara ad una commissione giudicatrice in

composizione diversa da quella originaria.

Il comma 12 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 (e prima del correttivo di cui al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il comma 12 dell'art. 77) stabilisce che *“Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”*.

Il rilievo della disciplina transitoria non è solo giuridico-formale, ma attiene alla struttura stessa del sub-procedimento di valutazione tecnica delle offerte di cui al comma 3 dell'art. 77 del d.lgs. 18 aprile 2016 n.50, fondato su un meccanismo per il quale i commissari sono scelti:

-- “...fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC...” ma solo ...mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione;

-- di norma “non appartenenti alla stessa stazione appaltante” e in via di eccezione “solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante “.

In questo quadro, il mancato completamento degli elenchi di esperti “terzi” era un presupposto assolutamente necessario per la nomina di un organo assolutamente separato dalla stazione appaltante, e ciò rendeva impossibile l'applicazione dell'intero impianto, ivi compreso il comma 4 del medesimo art. 77.

Infatti nel periodo antecedente il completamento degli elenchi di esperti “terzi” la nomina di un organo che non fornisce analoghe garanzie di assoluta separazione dalla stazione appaltante, preclude l'applicazione dell'intero impianto, ivi compreso il comma 11 del medesimo art. 77.

Neppure il primo profilo di censura afferente alla seconda rubrica di gravame

introdotta dall'appellante principale merita adesione (cfr. sub specie 4.§.2.).

Nella fattispecie la ricorrente contestava l'illegittimità delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice con l'effetto che, il giudice amministrativo accogliendo il ricorso non avrebbe potuto sottrarsi dall'annullare l'aggiudicazione e di rinnovare la gara.

Né, al di fuori dei casi di cui all'art. 134 c.p.a., il giudice amministrativo avrebbe potuto sostituire legittimamente le proprie valutazioni a quelle che la legge demanda alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Per cui, la decisione del primo giudice di *"rinnovare la valutazione con esito allo stato non prevedibile"* si dimostrava in realtà del tutto corretta, essendo soddisfattiva dell'interesse strumentale del ricorrente ad ottenere il rifacimento del segmento di gara viziato compatibilmente con un esito positivo; potendo talvolta assurgere a risultato utile per il ricorrente anche il solo ripristino della possibilità di raggiungere il bene cui egli aspira.

6.§. Con la terza rubrica la Dedalus S.p.a. lamenta che il TAR Abruzzo avrebbe ommesso di pronunciarsi su quello che era il vero contenuto dei motivi di ricorso di primo grado della S.In.Co.S. Application S.r.l che erano volte a sindacare i giudizi espressi dai commissari al solo fine strumentale di addivenire alla riedizione di una valutazione una diversa classificazione finale delle due offerte previa inversione dei punteggi assegnati dai commissari e valorizzazione dell'offerta tecnica di S.In.Co.S. Application S.r.l. per alcune voci ("Qualità della documentazione disponibile sulle interfacce (Requisito C2) e Interoperatività e cooperazione applicativa con sistemi informatici delle Asl (Requisito G5) triage infermieristico (Requisito F5); Qualità del servizio offerto sulla soluzione da acquisire (Requisito E.1)).

Al contrario la correttezza delle valutazioni della commissione di gara troverebbero riscontro nella superiorità tecnica dell'offerta di Dedalus confermata nella relazione – mai contestata nel merito da S.In.Co.S. Application S.r.l. - depositata in primo grado e che, anche in virtù del principio devolutivo del giudizio di appello, si

ripropone come di seguito.

a) sarebbe infondato il secondo motivo di ricorso con cui S.In.Co.S. Application S.r.l. contestava l'illogica valorizzazione con un punteggio più elevato della proposta della Dedalus spa.; sulla base di giudizi di discrezionalità tecnica. Nel caso di specie non emergerebbe nessuna macroscopica illegittimità nell'attività valutative della Commissione perché il disciplinare di gara prevedeva una dettagliata griglia di valutazione delle offerte. Di qui la sufficienza del punteggio numerico.

b) il motivo in esame sarebbe anche inammissibile per carenza di interesse con riferimento a quei subcriteri dell'offerta rispetto ai quali le offerte di Dedalus e di S.In.Co.S. Application S.r.l. hanno ottenuto il medesimo punteggio. S.In.Co.S. Application S.r.l.

c) sarebbe chiara la superiorità dell'offerta tecnica di Dedalus rispetto a quella di S.In.Co.S. Application S.r.l.. In tale direzione l'appellante si dilunga nell'elencazione dei profili nei quali questa superiorità si sarebbe esplicitata (es. requisito C2- requisito D - requisito E – requisito F da FI a F5 - requisito G) per dimostrare l'erroneità delle tesi di S.In.Co.S. Application S.r.l..

L'assunto, alla luce delle considerazioni dei motivi che precedono, attiene a profili che sono inconferenti in quanto attengono al merito di questioni che risultano travolte dall'illegittima modalità di effettuazione della valutazione operata dalla commissione.

Di qui il sopravvenuto difetto di interesse al loro scrutinio.

7.§. Infine deve respingersi la quarta rubrica dell'appello incidentale con cui l'AUSL lamenta a sua volta l'erroneità della sentenza, per violazione e falsa applicazione dell'art. 77 comma 11 del D.lgs. 50/2016; già disattesa nei modi di cui al punto 5.§.3 alle cui considerazioni deve farsi pienamente riferimento in questa sede.

8.§. In definitiva, la sentenza appare esente sul piano logico giuridico dalle dedotte

mende ed in conseguenza il ricorso deve quindi essere respinto.

Le spese, secondo le regole generali, seguono la soccombenza e sono liquidate in favore della S.In.Co.S. Application S.r.l.; mentre possono essere integralmente compensate con l'AUSL Pescara.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto della Dedalus s.p.s. .
2. Respinge il ricorso incidentale dell'AUSL Pescara.
3. Condanna la società appellante Dedalus S.p.A, al pagamento delle spese del presente giudizio che sono liquidate rispettivamente in € 2.500,00 (Euro duemilacinquecento/00) in favore della S.In.Co.S. Application S.r.l. oltre gli accessori come per legge.
4. Spese compensate integralmente per le altre parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO