

Insindacabilità dei punteggi del “confronto a coppie” in presenza di dettagliati criteri di valutazione

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 19-7-2019

1. Se i criteri di valutazione sono adeguatamente dettagliati, il giudice amministrativo non può entrare nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati dai Commissari nel corso del “confronto a coppie”.

Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento la III Sezione del Consiglio di Stato, invero richiamando una sua precedente decisione, ha affermato che *“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. Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2018, n. 6439).

Ancora si è statuito che *“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”*

Orbene, se queste sono le caratteristiche del cd. “confronto a coppie”, la giurisprudenza del Supremo Consesso amministrativo si è consolidata nel senso che una volta **accertata la correttezza dell’applicazione del metodo del confronto a coppie, non resta spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati**, in particolare, sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l’ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (in termini Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2016, n. 4415).

Si è inoltre di recente precisato che **la motivazione può ritenersi insita nei punteggi purché il bando contenga a monte criteri di valutazione sufficientemente dettagliati che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione**

ad essa sottesa(cfr. Cons. Stato, sez. III, 1° giugno 2018, n. 3301).

REPUBBLICA ITALIANA

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 4593 del 2018, proposto da Azienda Bresciana Petroli Nocivelli S.p.A. (A.B.P. Nocivelli), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Ielo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Benedetta Lubrano in Roma, via Flaminia 79;

contro

- Siram S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Ginetti e Mario Pagliarulo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Pagliarulo in Roma, via Luigi Rizzo 50;
- Asl 2 Lanciano Vasto Chieti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonella Bosco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzoni n. 3;

nei confronti

Regione Abruzzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 141/2018, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva

alla impresa ABP Nocivelli S.p.a. della gara per l'affidamento del Servizio di gestione, conduzione e mantenimento degli impianti meccanici ed affini, elettrici ed affini, elevatori, gas medicali (Corpo M del PO di Chieti) - minuto mantenimento edile nei Presidi Ospedalieri della ASL 2 Lanciano Vasto Chieti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Siram S.p.A., Asl 2 Lanciano Vasto Chieti e Regione Abruzzo;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Domenico Ielo, Mario Pagliarulo, Daniele Vagnozzi su delega dichiarata di Antonella Bosco e l'Avvocato dello Stato Carlo Maria Pisana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Siram S.p.A. (in seguito, Siram), ha impugnato avanti il Tar Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, la deliberazione n. 1297 del 1.12.2017 dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 Lanciano Vasto Chieti, recante l'aggiudicazione definitiva alla impresa ABP Nocivelli s.p.a. (in seguito, per brevità: ABP) della gara per l'affidamento semestrale (prorogabile per sei mesi) del servizio di gestione, conduzione e mantenimento degli impianti meccanici ed affini, elettrici ed affini, elevatori, gas medicali (Corpo M del Presidio Ospedaliero di Chieti)-minuto mantenimento edile nei Presidi Ospedalieri della Asl n°2 Lanciano Vasto, per un importo di € 3.300.000,00 da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti offerta tecnica; 30 punti offerta economica) e secondo il metodo del confronto a coppie: Siram è risultata seconda classificata con un punteggio di 73,82 (di cui 46,76 per l'offerta tecnica e 26,63 per l'offerta economica), mentre la prima classificata ABP ha conseguito punti 74,39, di cui 46,76 per l'offerta tecnica e 26,63 per l'offerta economica.

Con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, Siram ha dedotto varie censure: in particolare, con il primo motivo ha contestato la valutazione dell'offerta operata dalla Commissione rispetto al criterio sub E.1. della sezione relativa ad attività di adeguamento e riqualificazione.

Invero, per il suddetto criterio sub E.1.poteva essere attribuito un punteggio fino a 7 punti, in relazione alla seguente voce: "Adeguamento degli impianti consegnati per essere certificabili con Di. Ri. (dichiarazione di rispondenza). Viene considerata la superficie in mq. asservita dall'impianto in oggetto. Gli impianti possono insistere sulla stessa struttura o su diverse strutture. La superficie massima da adeguare è pari a 7000 mq."

Ulteriori censure sono state spiegate con atto di motivi aggiunti.

2. L'appellata sentenza del Tar Pescara (n. 141/2018):

* ha disatteso l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata in rito dalle parti resistenti;

* ha giudicato fondato e meritevole di accoglimento il suddetto primo motivo di impugnazione, ritenendo "la valutazione espressa dalla Commissione sul subcriterio E.1. affetta da macroscopica illegittimità ovvero da grave ed evidente errore di valutazione, idonei a determinare il travolgimento dell'esito della gara con conseguente ordine di procedere ad una nuova valutazione", in quanto:

- rispetto al subcriterio sub E1, Siram risulta aver riportato 0 preferenze con un coefficiente di punteggio pari a 0, a fronte delle 11 preferenze attribuite a ciascuna delle altre due ditte concorrenti in gara che hanno ottenuto, con un coefficiente di 1, il massimo del punteggio attribuibile ossia 7;

- mentre Siram ha presentato un'analisi di dettaglio e di precisione nella descrizione degli interventi occorrenti per la redazione delle dichiarazioni di rispondenza, un siffatto carattere analitico non sarebbe ravvisabile nelle offerte delle altre concorrenti in gara (Nocivelli e Manutencoop): in particolare, Siram si sarebbe fatta carico, a differenza di queste ultime, di "individuare le criticità presenti e di enumerare per ogni unità la tipologia di interventi occorrenti per conseguire le prescritte certificazioni e per adeguare gli impianti oggetto di gara alle normative tecniche di settore";

* ha respinto l'ulteriore motivo principale, relativo al riconoscimento di lavori *extra* canone:

* ha assorbito le subordinate censure inerenti alla "verifica dei requisiti soggettivi nella fase integrativa dell'efficacia successiva all'aggiudicazione";

* ha disposto l'annullamento e il rinnovo della procedura a partire dalla fase ritenuta viziata (cioè dalla 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 in questione, assicurando che i confronti siano effettuati singolarmente da ciascun commissario sulla base di quanto chiarito in sede giudiziale";

* ha dichiarato inammissibile la domanda di inefficacia del contratto, non risultando che il contratto fosse stato stipulato e che fosse in corso di esecuzione;

* ha dichiarato in parte improcedibile e in parte ha respinto il ricorso per accesso ex art.116 c.p.a.. 3. Appellando tale sentenza, ABP premette che:

° scopo dell'appalto sarebbe "l'adeguamento e riqualificazione degli impianti per renderli conformi agli *standard* di sicurezza previsti dalla legge e dalle normative tecniche" attraverso la c.d. dichiarazione di rispondenza, la quale presuppone l'esecuzione di lavori di adeguamento sugli impianti non a norma, onde poter conseguire detta rispondenza;

° nel caso di specie, sarebbe stata fatta dalla stazione appaltante una scelta precisa: non lasciare all'appaltatore la facoltà di identificare quali strutture e quali impianti adeguare, ma conservare questo potere di individuazione *ex post* alla stazione appaltante (fino a concorrenza di una superficie massima);

° ABP e Manutencoop hanno preso atto di tale scelta e offerto la propria disponibilità ad adeguare la superficie massima prevista lasciando alla stazione appaltante la possibilità di scegliere: quali e quanti impianti adeguare; la dislocazione degli impianti tra le diverse strutture; la tipologia (e la complessità) degli interventi da effettuare;

° viceversa, Siram ha circoscritto la propria offerta indicando dettagliatamente: i) le strutture che avrebbe adeguato (laboratorio analisi di Chieti - livello 3 e 4, corpi F ed E; centro trasfusionale di Chieti – livello 6, corpo D; laboratorio analisi di Ortona, reparto radiologia di Ortona; ii) il tipo di lavori che avrebbe effettuato (sostituzione delle plafoniere; sostituzione dei rilevatori di fumo; manutenzione dell'impianto di climatizzazione);

° correttamente le offerte sarebbero state valutate diversamente dalla Commissione.

Indi, ABP passa a dedurre l'illegittimità della sentenza per i seguenti motivi:

I e V) non sarebbe possibile che la Commissione rivaluti in modo imparziale un singolo elemento dell'offerta tecnica, essendo già conoscenza sia dell'offerta economica sia dell'offerta tecnica; una rivalutazione del genere, in astratto, potrebbe essere sostenibile solo se fosse basata su un criterio automatico e matematico, ma così non è nella specie;

II) eccesso di potere giurisdizionale del Tar, che avrebbe:

- "imposto alcune prescrizioni sul futuro comportamento dell'amministrazione" (punto 2.2.);
- "prescritto in che modo debbano essere (ri)valutate le offerte" (punti 2.4. e 2.6.);
- compiuto valutazioni di merito, eccedenti i limiti esterni della sua giurisdizione (punto 2.8);

III) sviamento dall'interesse pubblico e irragionevolezza, in quanto la Commissione avrebbe "legittimamente preferito l'offerta realmente più vantaggiosa per la p.a.";

IV) violazione dell'art. 12 del disciplinare di gara, nell'assunto che, in base al (sub)criterio E1, <non vinceva "chi offriva di più", ma "chi offre il miglior rapporto superficie/impianti/strutture">.

4. Tutte le parti appellate (Regione Abruzzo e A.S.L. 2 Lanciano-Vasto-Chieti) si sono costituite in questo grado di giudizio.

In particolare, nella propria memoria di costituzione l'ASL 2:

- riporta le difese di primo grado e le norme del Capitolato speciale d'appalto, tra cui l'art. 9, il

quale prevede [per gli eventuali lavori *extra* canone (manutenzione straordinaria, imprevisti, interventi complementari e/o addizionali)] che “il committente potrà, a propria discrezione, in tutto o in parte assegnarli all'appaltatore”;

- deduce che il TAR non ha nemmeno considerato che l'individuazione preventiva da parte di SIRAM s.p.a. degli impianti consegnati da adeguare per essere certificabili con DI.RI. di cui al criterio “E.1.1” ha, di fatto, consentito alla predetta offerente di sottrarsi all'alea derivante dagli effetti della scelta effettuata da parte della S.A. alla quale, invece, l'odierna appellante e la terza concorrente si sono assoggettate, obbligandosi a sopportarne le ricadute economiche;
- rappresenta che l'ASL dovrebbe, dunque, sopportare il costo delle opere individuate come priorità nel Piano strategico approvato con delibera 1292/17 (ignorata dal primo Giudice), quali: gli impianti a servizio dell'UTIC, della Cardiologia ed Elettrofisiologia e del Punto Nascita e Settore Materno Infantile del P.O. S. Pio di Vasto, tutti diversi da quelli indicati da Siram.

5. Il 28 giugno 2018, quest'ultima ha depositato appello incidentale, avverso le statuizioni della sentenza del Tar con le quali sono state rigettate e/o assorbite le ulteriori censure proposte in primo grado con il ricorso introduttivo e con i successivi motivi aggiunti.

Con tale appello incidentale, Siram ripropone, altresì:

- l'istanza di accesso ex art. 25 legge 241/90, respinta dal Tar;
- la domanda di inefficacia del contratto.

6. In vista della Camera di consiglio del 5 luglio 2018, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, Siram e ABP hanno depositato rispettive memorie difensive; trattazione poi non avvenuta, giacché la causa è stata rinviata direttamente per la discussione del merito all'odierna UP, “esistendo la proroga del contratto in essere fino al 31 Dicembre 2018” e stante che “il difensore dell'appellante incidentale si impegna a rinunciare all'esecuzione della sentenza appellata”.

7. In prossimità della menzionata udienza pubblica, Siram, ABP e ASL 2 hanno depositato memorie difensive e di replica. In particolare:

a) l'ASL deduce:

- che il Tar avrebbe formulato un giudizio di merito sostitutivo di quello dell'Amministrazione e replica ai motivi del ricorso incidentale Siram;
- che la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario costituisce condizione non di legittimità, ma di efficacia dell'aggiudicazione ex art. 32 comma 7 codice contratti;
- che dette verifiche sono state effettuate e hanno dato esito positivo;

b) anche per l'appellante ABP, il Tar avrebbe sconfinato nel merito, la sua interpretazione

della *lex specialis* sarebbe non corretta ed illogica sarebbe la statuizione di far ripetere la valutazione dell'offerta tecnica conoscendo l'offerta economica;

c) Siram insiste soprattutto sui motivi del proprio appello incidentale.

8. Ciò premesso, occorre in primo luogo porre l'attenzione - il che non risulta esser stato fatto a sufficienza dal primo Giudice - sul particolare metodo (confronto a coppie) stabilito dalla legge di gara per l'aggiudicazione dell'appalto *de quo* secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

8.1. Come, invero, recentemente evidenziato da questa Sezione (15/11/2018, n. 6439-par. 4.1.2.), *<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)>*: si tratta esattamente del metodo e dei gradi di preferenza seguiti dalla Commissione di gara nel case di specie (cfr. verbale della seduta 25 settembre 2017).

8.2. La stessa sentenza n. 6439/2018 ha, poi, ulteriormente precisato, al par. 4.3., che:

- <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)>.

8.3. Tali essendo le peculiari caratteristiche del metodo di cui si tratta, la giurisprudenza di questo Consiglio si è consolidata nel senso che una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie, non resta spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati e, in particolare, sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l'ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (sez. VI, 19/06/2017, n. 2969; sez. V, 24 ottobre 2016, n. 4415; Sez. III, 24 aprile 2015, n. 2050 e 21 gennaio 2015 n. 205) e con la recente precisazione che la motivazione può ritenersi insita nei punteggi purché il bando contenga a monte criteri di valutazione sufficientemente dettagliati

che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa (sentenza di questa Sezione 1 giugno 2018, n. 3301).

8.4. Tale complessivo livello di dettaglio ricorre nel caso di specie, in cui il par. 12.01 del Disciplinare scompone il punteggio totale previsto per la valutazione dell'offerta tecnica (70 p.) in una serie di capitoli e argomenti, che occupano oltre 5 pagine (da pag. 8 a inizio di pag. 13) e a ciascuno dei quali viene assegnato un valore ponderale massimo.

8.5. Per quanto riguarda, poi, in particolare il parametro E.1.1. (quello valorizzato dal primo Giudice e recante il titolo "Adeguamento degli impianti consegnati per essere certificabili con DI.RI."), risultano indicati i seguenti criteri valutativi: *"viene considerata la superficie in mq. asservita dall'impianto in oggetto. Gli impianti possono insistere sulla stessa struttura o su diverse strutture. La superficie massima da adeguare è pari a 7.000 mq."*.

A ciò si aggiunga che a pag. 4 della propria memoria 3 luglio 2018, Siram stessa riporta l'«apposito chiarimento con il quale la S.A. ha affermato che "Il punto E.1.1 si riferisce solo alle superfici oggetto di lavori di adeguamento (al massimo 7000 mq) e concorrono all'attribuzione del punteggio correlato (ovvero 7 punti)...»>.

8.6. Infine, l'ultima voce (F.3) contemplava espressamente l'attribuibilità di un massimo di 6 punti, per "altre migliorie connesse agli impianti presenti e non già valutate nel precedente capitolo E".

9. Si possono, pertanto, trarre le prime conclusioni delle considerazioni (sia generali sia riferite al caso concreto), svolte ai capi precedenti, ovvero:

i) nella specie il disciplinare conteneva criteri di valutazione convenientemente dettagliati, tali da consentire di ravvisare la correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie da parte della stazione appaltante e, conseguentemente, l'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati dai Commissari di gara;

ii) ne discende che il giudice di primo grado ha - in modo inammissibile - svolto una sorta di sindacato sostitutivo, giungendo a pronunciarsi sulla (in)adeguatezza del punteggio espresso in favore dell'offerta tecnica di Siram, stante il suo "carattere analitico di dettaglio e di precisione nella descrizione degli interventi occorrenti (...) non ravvisabile nelle offerte delle altre concorrenti in gara";

iii) ma un siffatto livello di dettaglio non era affatto richiesto dal disciplinare di gara, il cui parametro E.1.1. poggiava - come visto *sub* 8.5. - su un indice meramente quantitativo (superficie massima da adeguare pari a 7.000 mq.) e non già qualitativo;

iv) così come l'offerta Siram di adeguare gratuitamente metri 2.450 ulteriori rispetto ai 7.000 previsti al punto E.1.1. doveva, eventualmente, essere valutata al successivo parametro F;

v) ne consegue l'assorbente fondatezza dei profili di censura dedotti da ABP al punto 2.8. del

secondo motivo di appello (sconfinamento nel merito da parte del primo Giudice) e al quarto motivo di appello (violazione dell'art. 12 del disciplinare).

L'appello principale risulta, pertanto, meritevole di accoglimento.

10. Va, invece, respinto l'appello incidentale di Siram.

10.1. Con il primo motivo di tale appello, si ripropone la censura, disattesa, dal Tar e con cui si contesta la legittimità del passaggio da una "mera riserva di affidamento di eventuali lavori di manutenzione straordinaria, prevista nella *lex specialis*, ad un affidamento diretto alla aggiudicataria già col provvedimento di aggiudicazione" ovvero: affidamento di lavori extracontrattuali (manutenzione straordinaria) ad ABP "per un importo aggiuntivo pari al 20% del canone offerto".

Sul punto, si rivela questa volta esatto il ragionamento del Tar che esclude correttamente la possibilità di contestare "la scelta dell'amministrazione di affidare alla aggiudicataria lavori *extra* canone riguardanti la manutenzione straordinaria, imprevisti, interventi complementari e/o addizionali", stante che "la stazione appaltante si era infatti espressamente riservata siffatta facoltà nella normativa di gara stabilendo di poterli assegnare, a propria discrezione, sulla base dei prezziari regionali aggiornati al momento dell'esecuzione con l'applicazione del ribasso specifico offerto in sede di gara".

Così come risulta condivisibile l'argomento, spiegato dall'ASL 2 nella propria memoria 3 luglio 2018, secondo cui " per quanto emerge dal contenuto della *lex specialis*, ogni concorrente aveva piena consapevolezza della possibilità che l'esponente affidasse all'aggiudicatario eventuali lavori di manutenzione straordinaria o migliorativa cosicché non può fondatamente essere lamentata la violazione né della *par condicio*, né delle disposizioni di gara, né delle previsioni contenute nell'art. 106, c. 4° D.Lgs. 50/16".

10.2. Con il secondo motivo dell'appello incidentale, Siram ripropone il terzo motivo del proprio ricorso di primo grado, con cui si deduce, in via subordinata, l'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice per violazione dell'art. 77, co. 4, D.Lgs. 50/2016, in quanto:

* è stato designato un commissario "che è anche RUP (...) e che ha svolto molteplici funzioni nell'ambito dell'affidamento in parola, avendo redatto e sottoscritto gli atti di gara" (si tratta del Dott. Tisselli, in qualità di dirigente assegnato alla UOC Governo Contratti di Servizi e Forniture);

* sarebbe stato violato il "principio di unicità ed immutabilità della Commissione di gara, non potendo la stessa né essere costituita da soggetti diversi nel corso della stessa gara, né essere sostituita da altra Commissione, oltretutto a buste tecniche già aperte";

* infine, "tra i componenti della Commissione sussisterebbero rapporti gerarchici".

10.2.1. Circa il primo profilo, va richiamato l'avviso recentemente espresso da questa Sezione

(26/10/2018, n. 6082), ove:

- al capo 2.7.3., si richiama la deliberazione ANAC n. 193/2018, la quale ha chiarito che "al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito" (nello stesso senso si pone la precedente delibera ANAC n. 436 del 27 aprile 2017);

- al capo 2.8., ha ritenuto che non possa ravvisarsi una automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto, nel senso che la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto e che la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara.

Tale ultima circostanza è stata invece espressamente esclusa dall'ASL 2 che, nella memoria 3 luglio 2018, si è rifatta ai propri scritti difensivi di primo grado, in cui si precisa che dall'1.2.2017 il Dott. Tisselli non svolgeva più funzioni di RUP e che, stante il disposto della deliberazione n. 1396/2016, il disciplinare di gara è stato redatto dalla Unità Operativa Investimenti Patrimonio e Manutenzione e non dall'UOC Governo Contratti di Servizi e Forniture.

Il profilo di censura va, pertanto, disatteso.

10.2.2. Stessa sorte va riservata al secondo profilo di censura, in quanto di nuovo l'ASL 2 ha chiarito in punto di fatto come fosse la legge di gara a prevedere una diversa composizione del Seggio di gara e della specifica Commissione di gara preposta alla valutazione delle offerte tecniche.

Sul punto, Siram non ha, peraltro, svolto repliche specifiche nei propri successivi scritti difensivi.

10.2.3. Lo stesso dicasi per l'ultimo profilo di incompatibilità (sussistenza di rapporti gerarchici tra i Commissari) denunciato da Siram e rispetto al quale l'ASL 2 ha controdedotto nella stessa memoria 3 luglio 2018 che "per quanto risulta dalle relative delibere di nomina nn. 417 e 726/17, i 3 membri della Commissione appartengono a 3 Unità operative diverse", senza che Siram abbia contestato alcunché in proposito.

10.3. Nell'appello incidentale si ripropone, altresì, la censura di omessa verifica dei requisiti dichiarati da ABP in sede di gara (regolarità fiscale e contributiva, eventuali condanne penali, requisiti di capacità con particolare riferimento a tre servizi analoghi): in proposito, è sufficiente osservare che l'art. 32, comma 7, d.lg. n. 50 del 2016 rimanda la verifica del possesso dei requisiti alla fase successiva all'aggiudicazione, quale condizione integrativa dell'efficacia di

quest'ultima, con la conseguenza che quanto dichiarato dagli operatori economici concorrenti nella domanda di partecipazione alla gara e nel documento di gara unico europeo costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, dovendo essere basata su tali dichiarazioni la relativa valutazione ai fini dell'ammissione e della partecipazione alla gara, che spetta alla commissione di gara (cfr. Cons. Stato, V, 5 giugno 2017, n. 2675). Inoltre, fatte salve diverse previsioni della "lex specialis" e fatto comunque salvo l'esercizio delle facoltà riconosciute alla stazione appaltante dall'art. 85, comma 5, d.lg. n. 50 del 2016, soltanto all'esito della gara, dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione ed il provvedimento di aggiudicazione, si procede alla verifica del possesso dei prescritti requisiti, non da parte della commissione di gara, ma da parte della stazione appaltante mediante richiesta all'aggiudicatario di presentare i documenti all'uopo necessari, in conformità a quanto prescritto dagli artt. 86 e 87 d.lg. n. 50 del 2016.

La censura si rivela, dunque, infondata.

10.4. E poiché anche l'istanza di accesso, reiterata da Siram nell'appello incidentale, risulta specificamente indirizzata ad acquisire la "documentazione di comprova" degli anzidetti requisiti, la stessa istanza deve essere respinta.

10.5. Infine, dall'accoglimento del ricorso principale e dalla reiezione delle censure dedotte con quello incidentale discende il non luogo a provvedere sulla domanda di inefficacia del contratto stipulato da ABP, riproposta da Siram nel medesimo appello incidentale.

Il quale deve, conclusivamente, essere respinto.

11. In definitiva, l'appello principale va accolto e l'appello incidentale va respinto.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti, tenuto conto della obiettiva peculiarità della gara di cui si controverte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così decide:

I. respinge l'appello incidentale;

II. accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado;

III. compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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