

Pubblicato il 14/12/2022

N. 00016/2022REG.PROV.COLL.
N. 00025/2022 REG.RIC.A.P.



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 (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 25 di A.P. del 2022, proposto dalla s.r.l. Linde Medicale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Luigi Biamonti, dall'Avvocato Federico Mazzella e dall'Avvocato Niccolo Antonino Gallitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Luigi Biamonti in Roma, Lungotevere Michelangelo, n. 9;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale – ASL Roma 1, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Alessandra Belletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guido d'Arezzo, n. 26;

la Regione Lazio, in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Fiammetta Fusco, domiciliataria in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;

nei confronti

della s.p.a. S.i.c.o. – Società italiana carburo ossigeno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giancarlo Turri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

della s.p.a. Vitalaire Italia, della s.r.l. Sapio life, della s.r.l. Vivisol, della s.r.l. Medigas Italia, e della s.r.l. Respirarire, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti nel presente giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

della s.r.l. Medicair Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza n. 11063 del 28 ottobre 2021 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sede di Roma, sez. III, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso proposto dalla s.r.l. Linde Medicaire contro gli atti della “gara ponte” a procedura aperta, bandita dall'Azienda Sanitaria Locale Roma 1 per l'affidamento, tramite accordo quadro, del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, dell'Azienda Sanitaria Locale - ASL Roma 1, della s.p.a. S.i.c.o. – Società italiana carburo ossigeno, nonché l'atto di intervento *ad adiuvandum* della s.r.l. Medicaire Centro; visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2022 il Consigliere Massimiliano Nocelli e uditi per l'odierna appellante, Linde Medicaire s.r.l., l'Avvocato Federico Mazzella e per l'odierna appellata, l'Azienda Sanitaria Locale – ASL Roma 1, l'Avvocato Carlo Ponzano per delega dell'Avvocato Alessandra Belletti;

viste le conclusioni delle parti come da verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante Linde Medica s.r.l. – di qui in avanti per brevità solo Linde – ha impugnato l'aggiudicazione – limitatamente ai lotti n. 1, 2 e 4 – della “gara ponte”, a procedura aperta, bandita dall'Azienda Sanitaria Locale Roma 1 – di qui in poi ASL Roma 1 – per l'affidamento, tramite accordo quadro, del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare.

1.1. L'ASL Roma 1 ha utilizzato lo strumento della “gara ponte” per affidare il servizio di ventiloterapia domiciliare, in quanto il decreto del Commissario *ad acta* (‘DCA’) in materia di pianificazione biennale degli acquisti in materia sanitaria della Regione Lazio n. U00255 del 4 luglio 2019, efficace al momento dell'avvio della procedura contestata, ha annoverato il suddetto servizio tra quelli per i quali è stata programmata una gara centralizzata per l'annualità 2020, riprogrammata poi per l'annualità 2021 con DCA n. 61/2020.

1.2. Come chiarito nella deliberazione di indizione della gara n. 341/2020, *«tenuto conto della durata media delle procedure centralizzate e stante l'imminente scadenza del contratto attualmente riguardante il servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare, al fine di garantire la continuità del servizio e di evitare il protrarsi, oltre i termini con tale provvedimento previsti, del regime di proroga contrattuale», “si rende necessario l'avvio di una procedura di gara ponte... indetta per un periodo di 24 mesi”, con “introduzione di una clausola risolutiva espressa da attivarsi nel caso in cui, in vigenza del contratto derivante dalla presente procedura di gara, risulti non più procrastinabile l'adesione alla iniziativa centralizzata nel frattempo attivata».*

2. Linde ha lamentato, dinanzi al TAR per il Lazio, sede di Roma, vizi comuni a tutti i tre suddetti lotti, censurando:

a) la illegittimità delle operazioni di valutazione svolte dalla commissione di gara in asserita violazione delle disposizioni normative e della *lex specialis* di gara sul metodo del cd. ‘confronto a coppie’, unitamente al difetto di

motivazione in relazione alla (parimenti censurata) genericità dei criteri di attribuzione del punteggio tecnico previsti nel disciplinare di gara (primo motivo di ricorso);

b) alcuni vizi istruttori sulla valutazione dei modelli offerti e delle relative schede tecniche (secondo motivo di ricorso);

c) la violazione del principio della prevalenza della ‘prescrizione terapeutica’ con conseguente eccesso di potere per illogicità (terzo motivo di ricorso).

2.1. Nel primo grado del giudizio si sono costituiti l’ASL Roma 1 e l’aggiudicataria dei lotti n. 1, n. 2 e n. 4, la s.p.a. Italiana Carbuoro Ossigeno (di qui in avanti solo Sico), nonché la s.p.a. Vitalaire Italia, per chiedere la reiezione del ricorso in tutti i suoi motivi.

2.2. Con l’ordinanza n. 3413 del 17 giugno 2021, il Tribunale ha respinto l’istanza cautelare, fissando per la trattazione del merito del ricorso l’udienza pubblica del 12 ottobre 2021 e ordinando all’ASL Roma 1 di depositare *«tutti gli atti della procedura di gara in contestazione ancora non depositati, con particolare riferimento all’offerta completa delle controinteressate intimato»*.

2.3. L’ASL ha depositato la documentazione il 28 giugno 2021.

3. Infine, il Tribunale, con la sentenza n. 11603 del 28 ottobre 2021, ha respinto il ricorso.

3.1. Nell’esaminare il primo motivo di ricorso, oggetto dell’appello di Linde, il TAR ha ritenuto le censure infondate, perché dalla circostanza, dedotta da Linde, che nei verbali di gara ad essere citata sia “la commissione” anziché i singoli commissari non potrebbe evincersi che la valutazione sia stata collegiale, invece che, come previsto, dei singoli commissari.

3.2. Il TAR ha condiviso la giurisprudenza amministrativa, secondo cui, in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, gli apprezzamenti dei commissari, anche quando venga adottato il metodo del ‘confronto a coppie’, sono ‘assorbiti’ nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e della composizione dei giudizi individuali, mentre la separata enunciazione dei

punteggi attribuiti dai singoli commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della commissione esaminatrice, le cui valutazioni, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentate con la sola attribuzione del voto complessivo finale (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 952, che richiama Cons. St., sez. III, 13 ottobre 2017, n. 4772, e Cons. St., sez. V, 8 settembre 2015, n. 4209, nonché Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810).

3.3. Il Tribunale ha respinto anche la tesi, sempre sostenuta da Linde, che fa discendere l'illegittimità del giudizio espresso dai commissari dalla mera circostanza di fatto che sui progetti essi avrebbero espresso "*il medesimo giudizio di preferenza*".

3.4. Quanto al fatto che le valutazioni dei commissari siano uguali, ad avviso del TAR sarebbe illogico sostenere che solo una valutazione differenziata si sarebbe potuta considerare 'normale', non fosse altro perché ciò significherebbe limitare la discrezionalità dei singoli commissari, sicché, nel respingere il primo motivo, il TAR ha condiviso l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui l'insussistenza di differenziazioni tra i punteggi attribuito dai vari commissari non costituisce «*sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, non essendo oltretutto prevista la segretezza delle valutazioni espresse dai singoli commissari nell'ambito di detto collegio*» (Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428, nonché Cons. St., sez. V, 11 agosto 2017, n. 3994).

4. Linde ha quindi proposto appello avanti a questo Consiglio di Stato, esclusivamente in relazione al mancato accoglimento del primo motivo, contestando la correttezza della *ratio decidendi* della sentenza impugnata, e ne ha chiesto la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati.

4.1. In particolare l'appellante ha sostenuto che l'identità delle valutazioni dei commissari sarebbe indice di sviamento di potere e, nel richiamare due pronunce di questo Consiglio di Stato (Cons. St., sez. III, 5 novembre 2018,

n. 6439, e Cons. St., sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5693), ha ribadito che la procedura seguita nel caso di specie era non solo diversa da quella indicata nella *lex specialis*, ma con essa incompatibile quanto ad obiettivi ed effetti, poiché doveva esservi un ‘doppio livello di giudizio’, laddove la necessaria autonomia delle valutazioni espresse dai singoli commissari era chiaramente finalizzata ad assicurare una maggior trasparenza e ponderatezza dell’iter valutativo della commissione di gara, obiettivo potenzialmente inciso dalla scelta di concordare da subito un solo giudizio unitario, senza alcuna possibilità di evincere il contenuto del preventivo giudizio del singolo commissario

5. Nel giudizio di appello si è costituita l’ASL Roma 1, chiedendo la reiezione del gravame.

6. Si è anche costituita la Regione Lazio, la quale ha eccepito la carenza della propria legittimazione passiva, poiché l’Amministrazione che ha bandito la gara risulta essere l’ASL Roma 1, avente una personalità giuridica distinta da quella della Regione Lazio.

7. Si è anche costituita Sico, aggiudicataria della gara e, dunque, controinteressata, la quale ha chiesto la reiezione del gravame, in quanto infondato.

8. La causa è stata esaminata nella camera di consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare e, su accordo delle parti, è stata rinviata per la decisione all’udienza pubblica del 9 giugno 2022.

9. In vista dell’udienza di discussione, le parti hanno prodotto memorie, sviluppando ulteriormente le rispettive argomentazioni.

10. All’udienza del 9 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione dalla sezione III.

11. Con riferimento al primo motivo di appello, la sezione III, con l’ordinanza n. 5407 del 30 giugno 2022, ha ritenuto che, stante la non univocità del quadro giurisprudenziale in questa materia, debba esprimersi questa Adunanza Plenaria.

11.1. L'ordinanza di rimessione ha osservato che la questione concerne l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica e le modalità con le quali i commissari esprimono le proprie valutazioni, in particolare quando il metodo prescelto dalla stazione appaltante sia quello del 'confronto a coppie', in quanto il disciplinare di gara ha disciplinato le modalità e le operazioni per l'attribuzione del punteggio tecnico agli elementi qualitativi dell'offerta, prevedendo all'art. 18.2., e in coerenza con il paragrafo V delle *Linee Guida* n. 2 emanate dall'ANAC, che «*a ciascuno degli elementi qualitativi cui è assegnato un punteggio discrezionale nella colonna "D" della tabella, è attribuito un coefficiente sulla base del metodo del 'confronto a coppie'» e che «a tal fine la Commissione procede all'attribuzione di un coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ definito attraverso la media dei coefficienti calcolati dai singoli commissari mediante il 'confronto a coppie', seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, sulla base dei seguenti criteri di preferenza: Preferenza massima 6; Preferenza grande 5; Preferenza media 4; Preferenza piccola 3; Preferenza minima 2; Parità 1».*

11.2. La tesi sostenuta da Linde con l'atto d'appello è che l'espressione delle preferenze da parte dei commissari di gara sarebbe avvenuta in modo 'collegiale' e non individuale, in violazione della *lex specialis* di gara e delle disposizioni di legge in conformità alle quali la prima è stata redatta, come risulterebbe dai seguenti 'indizi', asseritamente convergenti:

- a) i verbali delle operazioni di gara darebbero atto che i lavori della commissione si sono svolti integralmente in modo collegiale, non essendovi stato alcun riferimento alle valutazioni che i commissari erano chiamati a svolgere singolarmente ed autonomamente;
- b) dalle schede allegate ai verbali si evincerebbe che tutti e tre i commissari hanno espresso le valutazioni di cui al 'confronto a coppie' all'interno della stessa unica scheda (contenente nel medesimo foglio, una accanto all'altra, le tre tabelle con le preferenze dei commissari);
- c) la stazione appaltante non avrebbe mai fornito alcuna prova documentale contraria, non essendovi alcuna allegazione – né agli atti di gara né a quelli del

processo – delle tre tabelle in fogli distinti e separati;

d) tutte le 2688 preferenze espresse dai commissari, in cui si è espletato il ‘confronto a coppie’, sarebbero risultate esattamente identiche.

12. Il Tribunale ha disatteso la censura, poiché, come si è premesso (v. *supra*, §§ 3.1.-3.2.), «dalla circostanza che dai verbali in questione a essere citata è «la commissione», e non i singoli commissari, non può evincersi che la valutazione sia stata collegiale, anziché, come previsto, dei singoli commissari; d'altra parte, il Collegio non rinviene motivo per discostarsi dal condivisibile orientamento della giurisprudenza, secondo cui, in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati a essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (cfr. Cons. St., sez. V, 14/02/2018 n. 952, che richiama Id., Sez. III, 13.10.2017 n. 4772, e Sez. V, 08.09.2015 n. 4209 e Sez. IV, 16.02.2012 n. 810)».

12.1. Come pure si è avuto modo sopra di rilevare, il TAR ha ritenuto che, «quanto al fatto che i giudizi dei commissari siano uguali, è veramente illogico sostenere che solo una valutazione differenziata avrebbe potuto essere considerata normale» e tanto «se non altro, perché ciò significherebbe limitare la discrezionalità dei singoli commissari», sicché «il Collegio condivide l'orientamento secondo cui l'insussistenza di differenziazioni tra i punteggi attribuito dai vari commissari non costituisce «sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, non essendo oltretutto prevista la segretezza delle valutazioni espresse dai singoli commissari nell'ambito di detto collegio» (Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428; Id., 11 agosto 2017, n. 3994)».

13. Secondo l'appellante, tuttavia, le statuizioni di prime cure sarebbero errate, poiché il disciplinare era chiaro nello stabilire che il ‘confronto a coppie’

dovesse essere effettuato da ciascun commissario singolarmente, e non dalla commissione collegialmente, in coerenza con il paragrafo V delle *Linee guida* n. 2/2016, emanate dall'ANAC in attuazione dell'art. 95, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, nelle quali si chiarisce che *«ciascun commissario confronta l'offerta di ciascun concorrente indicando quale offerta preferisce e il grado di preferenza, variabile tra 1 e 6»*.

13.1. Inoltre, non corrisponderebbe al vero che la doglianza di Linde si baserebbe unicamente sulla *«mera circostanza di fatto che sui progetti essi [i commissari] avrebbero espresso «il medesimo giudizio di preferenza»*.

13.2. Al contrario l'identità dei 'giudizi' era solo uno dei tanti indici di prova dai quali desumere la violazione contestata, poiché altri ne erano stati indicati, come l'unica scheda contenente nel medesimo foglio, una accanto all'altra, le tre tabelle con le preferenze dei commissari, nonché il costante riferimento, nei verbali, alla commissione intesa nella sua collegialità.

13.3. La verbalizzazione della *«separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari»*, ben lungi dall'esaurirsi in una mera *“formalità interna”* – come sostenuto dal primo giudice – avrebbe piuttosto consentito, ove correttamente formalizzata, di *«evincere il contenuto del preventivo giudizio del singolo commissario»*.

14. La Sezione rimettente, chiamata a decidere, ha ravvisato un contrasto di giurisprudenza sul punto e, soprattutto, l'esistenza di una residua zona d'ombra nella ricostruzione dei principi applicabili alla valutazione dei profili qualitativi dell'offerta tecnica.

14.1. Tali elementi, anche in ragione della sua vasta incidenza nel contenzioso in materia di contratti pubblici, hanno indotto la sezione III a sottoporre la questione all'esame a questa Adunanza plenaria.

15. La giurisprudenza maggioritaria di questo Consiglio, ha ricordato la Sezione rimettente, si è pronunciata nel senso che la volontà collegiale debba basarsi sulle valutazioni *uti singuli* dei commissari e nondimeno ha affermato che:

a) ben possa esserci un confronto dialettico fra i singoli commissari, in assenza di disposizioni che prevedano la riservatezza o la segretezza del giudizio individuale;

b) il solo fatto che i punteggi espressi dai singoli commissari coincidano non costituisce di per sé una causa d'illegittimità, potendo essersi ben verificata una convergenza nelle valutazioni – anche a seguito di un confronto dialettico – inidonea di per sé sola a obliterare il carattere individuale della valutazione;

c) gli apprezzamenti dei commissari sono sempre destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, la quale rappresenta il momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali.

15.1. Ne discende che, in assenza di uno specifico obbligo imposto dalla disciplina di gara, neppure occorre verbalizzare i singoli giudizi individuali, la cui separata enunciazione ha il valore di mera formalità interna ai lavori della commissione (in tal senso v., *inter multas*, Cons. St., sez. V, 15 settembre 2021, n. 6296; Cons. St., sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401; Cons. St., sez. III, 11 agosto 2017, n. 3994; Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 5717; Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428).

16. La Sezione rimettente ha ancora rilevato che per un opposto orientamento minoritario va escluso che il momento dialettico della collegialità possa giungere sino a portare all'accordo, pur non formalizzato, fra i commissari sul punteggio da attribuire agli aspetti qualitativi dell'offerta.

17. Dovrebbero approfondirsi le questioni inerenti al procedimento da seguire per la formazione e l'espressione del giudizio individuale, nella consapevolezza che il nodo da sciogliere non è tanto quello di stabilire se l'espressione del medesimo punteggio sia indice o meno di una valutazione sostanzialmente condivisa da tutti i commissari (*id est* un problema di prova della scaturigine esclusivamente individuale del giudizio), ma se a monte, in presenza di disposizioni della *lex specialis* che richiedono la previa valutazione dei commissari *uti singuli*, siano ammessi la discussione e il confronto.

18. L'ordinanza di rimessione ritiene che possa condividersi la giurisprudenza maggioritaria, per la quale non si può escludere che il preventivo confronto dialettico fra i commissari produca sintonia valutativa e sortisca un 'effetto livellante' nel procedimento di formazione della volontà dei singoli commissari.

18.2. L'orientamento, ad avviso del Collegio, potrebbe risultare condivisibile, anche se allora dovrebbe risultare che vi è stato un tale confronto, risultando statisticamente molto improbabile, se non impossibile, che in assenza del verbalizzato confronto i punteggi siano stati attribuiti in modo identico da tutti.

19. In conclusione, la sezione III ha rimesso all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

a) *se, nell'ambito della valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, i commissari, cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, possano confrontarsi tra loro e concordare liberamente il punteggio da attribuire, salvo declinarlo poi individualmente, ovvero se ciò costituisca una surrettizia introduzione del principio di collegialità in valutazioni che devono essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, di natura esclusivamente individuale;*

b) *se le valutazioni espresse dai singoli commissari, nella forma della preferenza o del coefficiente numerico non comparativo, debbano essere oggetto di specifica verbalizzazione, o se le stesse possano ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma verbalizzazione.*

20. Le parti hanno depositato ulteriori memorie per illustrare le rispettive tesi avanti a questa Adunanza plenaria.

20.1. L'appellante Linde ha insistito, nella memoria depositata il 31 ottobre 2022, sul rilievo per il quale il 'confronto a coppie' porta con sé delle evidenti ricadute sotto il profilo della motivazione della valutazione della commissione, il cui "giudizio" (espresso in termini assoluti) viene qui sostituito dalle "preferenze" (in termini necessariamente relativi) e, in particolare, dalla loro gradazione numerica (a cui corrisponde un effettivo giudizio), con la

conseguenza che l'ineludibile obbligo di trasparenza sotteso al meccanismo di valutazione delle offerte tecniche del 'confronto a coppie' impone che il giudizio di ogni singolo commissario venga bilanciato da quello degli altri (anche in ragione delle diverse competenze che questi sono chiamati ad esprimere all'interno della commissione).

20.2. Se, conseguentemente, il "confronto dialettico" tra i singoli commissari altera tale meccanismo, in assenza di specifici obblighi motivazionali ovvero di verbalizzazione, si compromette la trasparenza delle operazioni commissariali (non potendosi, in ultima analisi, ricostruire l'iter logico giuridico che ha condotto al giudizio finale).

20.3. Di diverso avviso è l'ASL Roma 1, che, nella memoria depositata il 14 ottobre 2022, ha sostenuto che la verbalizzazione dei singoli voti espressi da ciascun commissario – al di là della modalità con cui si è formato il convincimento – garantisce al componente della commissione di poter esprimere la propria valutazione personale, senza doverla necessariamente omologare o coordinare a quella degli altri commissari e garantendo quella individualità della decisione che continua a differenziare il procedimento di valutazione individuale delle offerte dalla modalità collegiale, anche nell'ipotesi di un preventivo confronto dialettico all'interno della commissione giudicatrice.

20.4. L'ASL ha dedotto che, a fronte della possibilità di esprimere il proprio autonomo giudizio separatamente da quello degli altri componenti della commissione, il momento preliminare dell'eventuale dibattito e confronto dialettico all'interno della commissione non vale ad alterare il modello della valutazione individuale delle offerte previsto dalla disciplina di gara, atteso che, come esattamente rilevato dallo stesso Collegio nell'ordinanza di rimessione, il convincimento individuale maturato dal singolo commissario ed espresso singolarmente nella propria scheda di valutazione delle offerte *«rimane tale anche se, in ipotesi, si è formato in totale sintonia con gli altri commissari, poiché la sintonia non è indice di rinuncia al diritto/dovere di giudizio individuale»*.

20.5. Di analogo tenore è anche la tesi sostenuta da Sico nella memoria depositata il 31 ottobre 2022, laddove si legge che il previo confronto dialettico collegiale è non solo certamente ammissibile, ma anche auspicabile, e che nell'ordinamento, del resto, non si trovano disposizioni di contenuto contrario e, in particolare, non esiste un principio che impone la segretezza di voto, né, tantomeno, di costituire commissioni composte esclusivamente da tecnici esperti in tutte e ciascuna delle materie tecniche scientifiche nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto.

20.6. Sico sostiene che la sua tesi sarebbe pienamente conforme ai principi immanenti nell'ordinamento per come individuati e 'riepilogati' nella legge delega per l'approvazione del nuovo codice degli appalti, la l. 21 giugno 2022, n. 78, perché sarebbe indubbio, che i principi c.d. "di risultato" e "di fiducia", innovativi e impattanti anche sul piano culturale, possano divenire criteri interpretativi del complesso normativo codicistico e, in tale direzione, si dovrebbe evidenziare come il confronto collegiale ben possa essere considerato attuazione dei suddetti principi posto che, in un clima di fiducia nell'agire legittimo, trasparente e corretto della commissione giudicatrice, il confronto dialettico consentirebbe alle stazioni appaltanti di individuare con tempestività l'offerta economicamente più vantaggiosa in attuazione dei principi di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità.

20.7. Il 20 ottobre 2022 è intervenuta *ad adiuvandum* Medicaire Centro s.r.l. (di qui in avanti solo Medicaire), la quale ha proposto propri ricorsi autonomi avanti il TAR, impugnando con ricorso R.G. n. 5503/2021 l'aggiudicazione del lotto n. 1, con ricorso R.G. n. 5465/2021 l'aggiudicazione del lotto n. 2 e con ricorso R.G. n. 5510/2021 l'aggiudicazione del lotto n. 4, tutti respinti dal TAR con le sentenze n. 11602/2021, n. 11062/2021 e n. 11603/2021 dell'11 novembre 2021, e tra i motivi di impugnazione proposti nei predetti ricorsi, al pari di Linde, anche Medicaire ha lamentato un vizio analogo a quello dedotto da Linde, riguardante le operazioni svolte dalla commissione.

21. Infine, nella pubblica udienza del 16 novembre 2022, l'Adunanza plenaria, sentiti i difensori delle parti e sulle conclusioni come da questi rassegnate a verbale, ha trattenuto la causa in decisione.

22. In via preliminare deve essere dichiarato inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* di Medicaire, in quanto lo stesso non è riconducibile ad alcuna delle figure cui tipicamente si riferisce l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, quale disciplinato dall'art. 28 c.p.a. e, per il grado di appello, dall'art. 97 c.p.a., non essendo sufficiente a consentire l'istanza di intervento la sola circostanza per cui l'istante sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella dibattuta nell'ambito del giudizio principale, attesa l'obiettiva diversità degli elementi oggettivi di identificazione della domanda che distingue i due giudizi (diversità di provvedimenti impugnati; diversità di motivi; diversità di *petitum* formale e sostanziale).

22.1. Infatti, per il consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato, qualora si ammettesse l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, *in toto* scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce, potendo invece, nel processo amministrativo, l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (v. in tal senso, *ex plurimis*, Cons. St., Ad. Plen., 27 febbraio 2019, n. 5, Cons. St., Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 13, Cons. St., Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, nonché, più di recente, Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2020, n. 6965).

22.2. Peraltro, le sentenze nn. 11602 e 11603 dell'11 novembre 2021 del TAR, che hanno respinto i ricorsi di Vitalaire, non sono state impugnate dall'odierna interventrice e sono, dunque, passate in giudicato, dovendosi

pertanto escludere finanche la possibilità che si ravvisi una analoga *quaestio iuris* oggetto di controversia che tuttora riguardi Medicaid.

23. Ciò premesso sul piano processuale, e venendo all'esame delle questioni sottoposte, ritiene questa Adunanza plenaria che ai quesiti sollevati dalla III sezione debba darsi risposta in parte positiva nel senso e con i limiti qui di seguito precisati.

23.1. L'art. 18.2 del disciplinare ha disposto che *«la Commissione procede all'attribuzione di un coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ definito attraverso la media dei coefficienti calcolati dai singoli commissari mediante il 'confronto a coppie', seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, sulla base dei seguenti criteri di preferenza»*.

23.2. Nella specie, l'assegnazione del punteggio finale doveva avvenire, conformemente al metodo del 'confronto a coppie', in due fasi:

a) una prima fase, in cui ciascun singolo commissario procede alla valutazione dei concorrenti con il metodo del 'confronto a coppie';

b) una seconda fase, in cui la commissione assegna il "coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ " al fine di determinare il punteggio da attribuire agli operatori in modo proporzionale secondo i punti previsti da ciascun criterio.

23.3. Vi è una prima fase in cui i tre commissari, applicando il 'confronto a coppie', assegnano i giudizi di preferenza ai concorrenti e, terminato il 'confronto a coppie', segue una seconda fase nella quale, tramite operazioni matematiche svolte mediante foglio elettronico, si trasforma la valutazione di ciascun commissario per ciascun operatore nel valore P_i/P_{max} (riquadro in rosso).

23.4. La commissione, globalmente e unitariamente intesa, è chiamata ad attribuire a ciascun concorrente un coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$, rappresentato dalla media dei coefficienti assegnati individualmente dai singoli commissari mediante il 'confronto a coppie' e, cioè, dalla media del valore P_i/P_{max} di ciascun commissario per ciascun concorrente.

23.5. Il coefficiente $C(a)_{pi}$ è poi stato moltiplicato per il numero dei punti assegnati dal singolo criterio, così da definire il punteggio proporzionalmente spettante a ciascun concorrente per quel singolo lotto.

23.6. Nel caso di specie i voti espressi dai tre commissari risultano essere del tutto identici tra di loro e l'identità dei giudizi dei commissari comporta che i coefficienti P_i/P_{max} siano stati gli stessi per tutti gli operatori.

23.7. Ne consegue che il coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ attribuito dalla commissione e corrispondente alla media dei coefficienti assegnati individualmente dai singoli commissari mediante il 'confronto a coppie' coincide con i coefficienti derivanti dai giudizi dei singoli commissari (P_i/P_{max}) e sembra esservi una totale sovrapposizione, se non un annullamento, tra il momento di valutazione proprio di ciascun commissario e l'assegnazione del coefficiente preliminare aritmeticamente individuato dalla commissione ($C(a)_{pi}$), come espressamente indicato dal disciplinare.

23.8. Infatti, come risulta dalle tabelle allegate ai verbali delle sedute riservate, i commissari di gara, pur disponendo di diversi gradi di giudizio (da 1 a 6) per valutare i 16 criteri stabiliti dall'art. 18.1 del disciplinare, nell'esaminare i diversi progetti presentati dai concorrenti e le numerose schede tecniche nonché dichiarazioni allegate, hanno sempre assegnato lo stesso giudizio di preferenza e ciò è accaduto in ciascun criterio e in tutti e tre i lotti.

23.9. Dovrebbe quindi ritenersi che, a fronte della possibilità di esprimere un giudizio di preferenza con 6 diversi gradi di intensità, i tre commissari, muniti di specifica competenza differenziata come si evince dai loro *curricula* (giacché il presidente della commissione è ingegnere clinico e i due componenti sono rispettivamente uno specialista di pneumologia e di anestesia), nel valutare tutta la documentazione proposta dai concorrenti, abbiano sempre raggiunto la medesima conclusione, preferendo sempre il medesimo concorrente rispetto agli altri con giudizio omogeneo e uniforme o, per meglio dire, standardizzato, e tanto lascia alla sezione rimettente dubitare della individualità e, comunque, della genuinità del singolo giudizio.

24. Ciò premesso in punto di fatto, sul piano giuridico si deve rilevare che il procedimento valutativo delle commissioni giudicatrici, come ben ricorda l'ordinanza di rimessione, non è disciplinato compiutamente né dall'attuale codice dei contratti pubblici – d. lgs. n. 50 del 2016 – né dalle altre fonti che regolano la materia, a differenza di quanto prevedeva, ad esempio, l'abrogato d.P.R. n. 207 del 2010, il cui All. G. prevedeva che *«ogni commissario valuta quale dei due elementi che formano ciascuna coppia sia da preferire»*, con la precisazione che *«tenendo conto che la preferenza tra un elemento e l'altro può essere più o meno forte, attribuisce un punteggio che varia da 1 (parità), a 2 (preferenza minima), a 3 (preferenza piccola), a 4 (preferenza media), a 5 (preferenza grande), a 6 (preferenza massima)»*.

24.1. L'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016, rubricato *“criteri di aggiudicazione dell'appalto”*, stabilisce soltanto, al comma 8, che *«i documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato»*, precisando che *«per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi»* (comma 8), mentre, al comma 9, si limita ad aggiungere che *«le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 8 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri»* e che *«per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa»*.

24.2. Dopo l'abrogazione del d.P.R. n. 207 del 2010, l'ANAC ha emanato le *Linee Guida* n. 2/2016, in attuazione dell'art. 95, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016.

24.3. Ne consegue che, in base alle disposizioni vigenti, la stazione appaltante può determinare nel bando o nel capitolato il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa (nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza e razionalità) e le modalità con cui assegnarli, ma,

come prevedono le *Linee guida* e ha ben rilevato l'ordinanza di rimessione, nella prassi applicativa sono seguiti due metodi alternativi:

- a) l'attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara;
- b) il 'confronto a coppie' tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara.

24.4. Sulla base del primo criterio, ogni commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta e le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando.

24.5. In relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione, la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta.

25. Nel caso in cui si scelga di attribuire i coefficienti con il criterio del 'confronto a coppie', il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara.

25.1. Ciascun commissario confronta l'offerta di ciascun concorrente, indicando quale offerta preferisce e il grado di preferenza, variabile tra 1 e 6 (1 - nessuna preferenza; 2 - preferenza minima; 3 - preferenza piccola; 4 - preferenza media; 5 - preferenza grande; 6 - preferenza massima), eventualmente utilizzando anche valori intermedi.

25.2. Viene costruita una 'matrice' con un numero di righe e un numero di colonne pari al numero dei concorrenti meno uno, nel quale le lettere individuano i singoli concorrenti; in ciascuna casella viene collocata la lettera corrispondente all'elemento che è stato preferito con il relativo grado di preferenza e, in caso di parità, vengono collocate nella casella le lettere dei due elementi in confronto, assegnando un punto ad entrambe.

25.3. Al termine dei confronti si attribuiscono i punteggi sulla base di uno dei due criteri:

1. si trasforma, per ciascun commissario, la somma dei coefficienti attribuiti mediante il ‘confronto a coppie’ in coefficienti variabili tra zero e uno e si calcola la media dei coefficienti di ciascun commissario, attribuendo uno al concorrente che ha ottenuto il coefficiente medio più alto e agli altri concorrenti un punteggio conseguentemente proporzionale al coefficiente raggiunto;

2. si trasforma la somma dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari mediante il ‘confronto a coppie in coefficienti variabili tra zero ed uno.

25.4. In alternativa si calcola la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati dai singoli commissari mediante il ‘confronto a coppie’, seguendo il criterio fondato sul calcolo dell’autovettore principale della matrice completa dei ‘confronti a coppie’, modificando opportunamente la matrice sopra riportata, eventualmente utilizzando valori intermedi tra il punteggio 1 (parità) e il punteggio 2 (preferenza minima) della scala semantica, come suggerito da Saaty nell’utilizzo del metodo *Analytic Hierarchy Process* (AHP), per tener conto di offerte che differiscono poco dal punto di vista qualitativo.

25.5. Tale metodo consente il calcolo di un indice di coerenza attraverso il quale si può valutare la qualità dei punteggi attribuiti a ciascun criterio e risulta perciò preferibile.

25.6. Il ‘confronto a coppie’ per l’attribuzione del punteggio relativo agli elementi qualitativi è particolarmente adatto alle gare con la presenza di numerose offerte, in quanto, come rilevano le *Linee guida*, riduce la necessità di attribuire più punteggi discrezionali (e relative motivazioni), anche se il numero di confronti da effettuare cresce notevolmente all’aumentare del numero di offerte.

25.7. Infatti, per ciascun criterio (o sottocriterio) il numero di confronti da effettuare è pari a $n*(n-1)/2$, dove n è il numero di concorrenti.

25.8. Ad esempio, come ancora ricordano le *Linee guida*, se si hanno 4 concorrenti occorre effettuare 6 confronti, se il numero cresce a 10 il numero di confronti è pari a 45, se si arrivasse a 100 concorrenti i confronti dovrebbero essere 4.950.

26. Secondo quanto ha chiarito più volte la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, il metodo del ‘confronto a coppie’, lungi dall’essere un autonomo criterio di selezione dell’offerta, è 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 (Cons. St., sez. III, 15 novembre 2018, n. 6439, Cons. St., sez. III, 21 luglio 2017, n. 3622), un punteggio che, secondo le *Linee guida* sopra citate, varia da 1 a 6 (eventualmente utilizzando anche valori intermedi).

26.1. Peraltro il metodo del ‘confronto a coppie’ c.d. semplice e, cioè, con il solo impiego di una matrice triangolare alta, presenta il rischio di creare inconsistenza nei giudizi, stante la possibile violazione della c.d. “proprietà transitiva”.

26.2. Per tale ragione le *Linee guida* n. 2/2016 dell’ANAC suggeriscono l’impiego della metodologia AHP, proprio per valutare la coerenza e la transitività dei giudizi espressi, risultando perciò così di gran lunga preferibile al metodo che si definisce del semplice ‘confronto a coppie’ o con matrice triangolare.

26.3. Pertanto, in una gara dove vi sono numerose offerte e dove sussiste il rischio di avere inconsistenza dei giudizi, il metodo AHP può ragionevolmente risultare il più idoneo ed adatto allo scopo, dando luogo alla formazione dei coefficienti variabili fra zero ed uno, che saranno poi

moltiplicati per il punteggio massimo (peso o subpeso) attribuito al criterio o sub-criterio della gara in questione.

26.4. Per l'applicazione del metodo AHP, si fa riferimento ad una metodologia semplificata, al fine di ridurre la complessità computazionale legata al 'calcolo dell'autovalore principale e del relativo autovettore normalizzato', ed in particolare alla metodologia descritta innanzi nella sezione relativa alle metodologie approssimate del metodo AHP.

26.5. L'acronimo AHP, giova in sintesi ricordare, ha il seguente significato:

“A” sta per “*analytic*”: il metodo è analitico, in quanto si scompone un problema complesso nei suoi fattori costitutivi;

“H” sta per “*hierarchy*”: il metodo prevede che esista un 'rapporto gerarchico di dominanza', ossia un albero al cui vertice è collocato l'obiettivo principale e da cui, disposti in livelli successivi, si dispongono i criteri ed i sotto criteri;

“P” sta per “*process*”: il metodo consiste in un procedimento con il quale, attraverso una serie di operazioni, trasformazioni e modulazioni si arriva ad un risultato di tipo decisionale.

26.6. Dal punto di vista prettamente scientifico, sintetizzando, il metodo prevede due passaggi fondamentali:

a) il primo passaggio consiste nello scomporre il problema da affrontare in sotto problemi gerarchicamente connessi fra loro.

b) il secondo passaggio consiste nell'affrontare i vari sottoproblemi specifici con una serie di 'confronti a coppie' fra le diverse opportunità di scelta, attribuendo a ciascun confronto un punteggio di importanza relativa, per concludersi, con l'assegnazione di un peso unitario o percentuale.

26.7. La somma di tutti i pesi percentuali sarà pari ad uno o al 100%, a seconda della scala, assoluta o percentuale, utilizzata.

27. Così descritta la specificità del 'confronto a coppie', è ora possibile esaminare i quesiti posti dall'ordinanza di rimessione e verificare la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario sul 'confronto a coppie'.

28. Per tale orientamento, nell'assegnazione dei punteggi, risultano maggiormente coerenti - con la natura, la funzione e con la stessa composizione (non perfettamente uniforme, quanto a competenze e conoscenze dei commissari) dell'organo collegiale - l'anticipazione del meccanismo di sintesi collegiale tra le opinioni dei singoli commissari alla fase precedente l'attribuzione del coefficiente da parte di ciascuno di essi ed il suo affidamento alla osmosi dialettica tra le rispettive valutazioni individuali, rispetto alla "conversione" collegiale dei giudizi individuali solo successivamente alla assegnazione "solitaria" dei coefficienti e sulla base di un criterio meramente matematico.

28.1. Per questo orientamento, infatti, le prime possono esprimersi in pieno e l'ultima essere meglio valorizzata ed armonizzata, nella sua intrinseca multiformalità, solo se il concorso delle opinioni dei singoli componenti del collegio operi già nella fase formativa del giudizio, arricchendolo delle opinioni e dell'apporto di ciascun commissario, anziché sulla base di un meccanismo meramente meccanico ed "esterno" di *reductio ad unitatem* di plurimi giudizi individuali anteriormente espressi (Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2022, n. 1327).

28.2. Si ritiene che l'identità delle valutazioni non sia, di per sé (e in difetto di altri concordanti indizi), un indice univocamente significativo del carattere collegiale dello scrutinio della qualità dell'offerta tecnica (v. già Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717) e, dall'altro lato, si è sottolineato, già nel vigore della precedente normativa sui contratti pubblici, che l'aspetto di fatto per cui ciascun commissario risulta avere assegnato il medesimo coefficiente è irrilevante in rapporto all'osservanza della *lex specialis* e del d.P.R. n. 207 del 2010, i quali, avuto riguardo alla discrezionalità valutativa da riconoscersi a ciascuno dei commissari, non impongono che gli stessi debbano necessariamente differenziare i punteggi medesimi, in quanto «*nulla exclude cioè che ciascun commissario, eseguito il proprio apprezzamento in ordine ai singoli aspetti tecnici esaminati, assegni valori conformi a quelli degli altri componenti della Commissione,*

convenendosi sull'attribuzione di un medesimo punteggio» (Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3399).

28.3. Anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, come rilevato dall'ordinanza di rimessione, questo orientamento ha trovato conferma e si ritiene l'espressione di un 'giudizio omogeneo' dei componenti della commissione *«prova troppo [...] ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo, vieppiù in considerazione della peculiarità del giudizio qui in rilievo contraddistinto da una ontologica dimensione relativa siccome qualificata dall'espressione di preferenze espresse all'interno del contesto comparativo che qualifica il metodo del confronto a coppie» (Cons. St., sez. V, 15 settembre 2021, n. 6300, Cons. St., sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401).*

28.4. In tale prospettiva, già in passato, era stato posto in evidenza che l'insussistenza di differenziazioni tra i punteggi attribuiti dai vari commissari non costituisce un sicuro sintomo di 'condizionamento', potendo anche astrattamente essere giustificata con la concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, come stabilito dall'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006 all'epoca vigente, che peraltro non prevedeva, come del resto non prevede anche il codice attuale, la segretezza delle valutazioni espresse dai singoli commissari nell'ambito di detto collegio (Cons. St., sez. III, 11 agosto 2017, n. 3994, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 5717, Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428).

28.5. Anche per la più recente giurisprudenza amministrativa ha considerato legittimo l'operato dell'amministrazione, proprio perché il criterio valutativo richiede un 'passaggio procedurale' e, cioè, la manifestazione dei voti dei singoli commissari, formalmente presente e visibile nelle schede del 'confronto a coppie', mentre il solo fatto che i voti così (comunque) espressi coincidano per i diversi commissari non costituisce di per sé causa d'illegittimità, potendo essersi ben verificata una convergenza nelle valutazioni – anche a seguito di un confronto dialettico – inidonea di per sé sola a rendere irrilevanti i voti individuali dei singoli componenti della commissione,

distinguendo l'ipotesi del voto collegiale da quella di un insieme di 'voti singoli coincidenti', circostanza questa in sé non illegittima, in quanto la valutazione collegiale, consentita, è ben diversa dalla votazione collegiale, invece non consentita.

28.6. Si è inoltre osservato che le *Linee guida* ANAC n. 2/2016, nel prevedere testualmente che «*ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta*», non escludono che il punteggio di "ciascun commissario" sia attribuito all'esito di un confronto collegiale con gli altri componenti dell'organo valutativo (v. la già citata sentenza di Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2022, n. 1327).

29. Ebbene, le conclusioni cui perviene l'orientamento maggioritario possono condividersi e trovare conferma, in questa sede, solo qualora rilevi il 'primo sistema' individuato dalle *Linee guida* – v., *supra*, § 24.3., *sub a* – e il bando o il capitolato abbiano previsto l'attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario, giacché all'esito di una valutazione collegiale i singoli commissari ben possono ritenere, unanimemente, di assegnare il medesimo coefficiente ad ogni singola offerta, via via che essa viene esaminata.

29.1. Al contrario, queste conclusioni non possono essere condivise quando si tratti del 'confronto a coppie' specificamente individuato dalla stazione appaltante, che ha una struttura, per così dire, bifasica e si distingue nettamente in una prima fase di valutazione individuale e, successivamente, in una seconda fase di valutazione collegiale.

29.2. È infatti impossibile – in tal caso - che l'individualità delle preferenze espresse dal singolo commissario ad una singola offerta rispetto a tutte le altre, di volta in volta poste a confronto nella tabella, possa ripetersi indefinitamente e pedissequamente con l'assegnazione degli stessi punteggi per ogni coppia in riferimento a tutti i sub-criteri contemplati dalla legge di gara da parte degli altri commissari.

30. Il sistema del ‘confronto a coppie’, utilizzato dai commissari di gara nella preliminare valutazione tecnico-qualitativa (ottenuta dalla somma dei coefficienti di valore attribuiti da ciascuno di essi), è un metodo di selezione volto ad individuare l’offerta migliore in termini strettamente relativi, che si basa sull’attribuzione di punteggi espressione delle preferenze soggettive dei commissari.

30.1. Un punteggio alto, ha chiarito la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, testimonia l’elevato gradimento del seggio di gara per le soluzioni proposte da un candidato rispetto a quelle formulate dagli altri, laddove una valutazione bassa è, specularmente, conseguenza della scarsa attrattività tecnico-qualitativa della proposta del concorrente non in sé e per sé, ma rispetto a quelle degli altri partecipanti (Cons. St., sez. V, 29 marzo 2022, n. 2930).

30.1. È pertanto chiara l’ampia discrezionalità sottesa a tali manifestazioni di giudizio dei commissari, che non scrutinano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (già valutati in sede di ammissione al confronto), ma, al contrario, esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte.

30.2. In altre parole la metodologia in questione non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l’attribuzione di coefficienti numerici nell’ambito di ripetuti “confronti a due”, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni e non può sovrapporsi a valutazioni di merito spettanti all’amministrazione, salvi i casi di un uso distorto, logicamente incongruo, irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell’interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non condivisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica (cfr.

Cons. St., sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401, e Cons. St., sez. III, 3 febbraio 2017, n. 476).

30.3. In questo contesto, l'espressione delle medesime preferenze, da parte di ogni singolo commissario, non si può considerare la fisiologica espressione di un giudizio individuale e individualizzato, rigorosamente soggettivo pur stereotipato, perché è statisticamente impossibile che tre o più individui esprimano sempre e invariabilmente il medesimo grado di preferenza, nella comparazione tra due entità, e con riferimento a svariati, e spesso numerosissimi, sub-criteri di valutazione.

30.4. Non può darsi logicamente e non è dunque legittimo un giudizio comparativo sempre identico tra i singoli commissari, nemmeno in seguito a un confronto dialettico tra di essi, in quanto, a differenza di un giudizio assoluto di volta in volta espresso rispetto alla singola offerta, quello comparativo a coppie, in quanto relativo, deve riflettere una individualità del singolo giudizio nella preferenza nettamente distinguibile da quella degli altri per l'impossibilità di ammettere se non per paradosso un giudizio comparativo *qui sua indistinctione distinguitur*, che, cioè, si distinguerebbe per il fatto di essere indistinto da quello degli altri commissari.

30.5. Un simile *modus procedendi* contrasta frontalmente con la *ratio* e con il meccanismo stesso sopra descritto del 'confronto a coppie', che poggia proprio, e anzitutto nella prima fase, sull'autonomia della valutazione individuale comparativa nell'assegnazione di un punteggio che, va sottolineato, è pur sempre relativo, perché si esprime nella preferenza numerica assegnata ad un'offerta anziché alle altre, in una scala da 1 a 6, e non già nell'assegnazione di un punteggio discrezionale ad ogni singola offerta.

30.6. I commissari ben possono confrontarsi e discutere in ordine ai criteri qualitativi delle offerte in gara, anche prima di esprimere le proprie preferenze individuali, ma devono poi assegnare il punteggio individuale autonomamente e separatamente, l'uno dall'altro, seguendo il sistema del 'confronto a coppie' al quale la stazione appaltante si è autovincolata.

30.7. La valutazione collegiale dell'offerta – che precede, proprio per l'arricchimento conoscitivo e valutativo insito nel confronto dialettico tra i commissari, l'assegnazione individuale del punteggio – nel 'confronto a coppie' non può certo legittimamente condurre all'assegnazione della stessa preferenza nell'ambito di ogni singola coppia, che venga in rilievo, se non snaturando e annullando l'individualità della valutazione comparativa, che compete al singolo commissario.

30.8. In questa ipotesi emerge una inammissibile ripetitività della valutazione, svolta dall'organo tecnico in persona anzitutto dei suoi singoli componenti, che si pone radicalmente in contrasto con il sistema – il 'confronto a coppie' – prescelto dalla stazione appaltante, il quale richiede che il giudizio dei commissari, ancorché preceduto da un approfondito confronto collegiale sulla qualità delle offerte in gara, sia e rimanga rigorosamente individuale nella prima fase del confronto.

31. Ne segue, sempre con riferimento al 'confronto a coppie' che, giova ribadirlo, impedisce un raffronto tra due offerte in senso assoluto (Cons. St., sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401), che l'espressione di questo identico giudizio da parte di tutti i commissari inficia irrimediabilmente il giudizio tecnico, che proprio per la sua totale identità non è più espressione di una irrinunciabile e perciò irriproducibile individualità, né la verbalizzazione del fatto che simile giudizio sia stato individualmente espresso in distinte tabelle dai singoli commissari, sul piano formale, può sanare sul piano sostanziale questa intrinseca contraddittorietà e illogicità, evidenziata dalla inammissibile concordanza di innumerevoli preferenze, invariabilmente ripetute.

31.1. L'assoluta o pressoché totale identità dei punteggi e l'indistinzione delle preferenze individuali, ripetute un numero elevatissimo di volte, non solo svilisce l'individualità dell'assegnazione, che inevitabilmente comporta una pur minima differenza di valutazione nella graduazione di una preferenza soggettiva, ma di fatto contraddice lo stesso sistema del 'confronto a coppie', ove si consideri che le tabelle triangolari o a matrice completa che

documentano tale confronto costituiscono esse stesse la motivazione delle valutazioni tecniche operate dalla commissione, estrinsecandosi la motivazione nella corretta e leale sua applicazione delle regole che sono alla base della formazione delle stesse tabelle.

31.2. L'espressione degli stessi punteggi, invariabilmente riportati nelle tabelle, non dimostra solo l'assenza di una pur minima autonomia nell'espressione del giudizio comparativo, finanche nella graduazione di questo, da parte dei singoli commissari, ma scardina il funzionamento delle tabelle laddove, nell'uguaglianza dei punteggi, i coefficienti dei singoli commissari finiscono per rappresentare il singolo coefficiente che è chiamato ad esprimere la commissione, vanificando nel sistema del 'confronto a coppie' il fondamentale passaggio dal coefficiente individuale di ciascun commissario (prima fase) a quello collegiale della commissione giudicatrice (seconda fase), vanificato se i due coefficienti si trovino a coincidere.

31.3. L'espressione delle preferenze deve avvenire in modo autonomo e distinto l'una dall'altra e, come tale, deve essere correttamente verbalizzata dalla commissione, ma l'osservanza di questa regola formale – e, cioè, l'attestazione del fatto che ogni commissario abbia compilato autonomamente la propria tabella triangolare o a matrice completa – è una condizione necessaria, ma non sufficiente per la trasparenza delle operazioni e la razionalità del metodo, se poi la coincidenza delle preferenze e l'indistinzione dei singoli giudizi annullano quella irriducibile individualità che, nella prima fase del 'confronto a coppie', deve necessariamente contraddistinguere il giudizio del singolo commissario.

31.4. In quest'ottica il preventivo confronto tra i commissari nel 'confronto a coppie' deve servire a migliorare l'espressione della preferenza individuale, a renderla più ponderata, approfondita e responsabile, nello scambio di informazioni e di vedute sulle qualità tecniche delle offerte, non già ad appiattirla e a renderla indistinguibile da quella degli altri.

31.5. Si deve perciò condividere l'ordinanza di rimessione, quando afferma l'ammissibilità della discussione e del confronto, in quanto aventi una funzione arricchente, capace di mettere in relazione dialettica competenze e professionalità diverse, potendo giungere tale confronto a mettere a fuoco la bontà complessiva delle singole opzioni e prefigurando, secondo le varie angolazioni, le informazioni presupposto di valutazione delle caratteristiche-parametri che giustificano, per così dire in senso assoluto, queste varie opinioni.

31.6 Tuttavia, resta fermo il principio che il commissario deve esprimere il grado di preferenza o i coefficienti numerici in base al proprio personale convincimento, senza che la discussione collegiale precostituisca *ex ante* il contenuto e persino la graduazione delle singole, molteplici, preferenze.

31.7. L'autonomia e la separatezza di questo convincimento, risultanti dalla verbalizzazione, non implicano necessariamente e formalmente la segretezza o la riservatezza della preferenza, ma devono garantire appunto l'individualità di questa, senza che il commissario non svolga la sua insostituibile funzione e al *principium individuationis*, che le è proprio, imitando le preferenze altrui e, così, frustrando il funzionamento stesso del 'confronto a coppie'.

31.8. La valutazione di questa necessaria preliminare individualità della preferenza nel 'confronto a coppie' è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, chiamato a valutare, in base a tutte le circostanze del caso concreto, se la ripetitività dei coefficienti individuali espressi dai singoli commissari sia tanto elevata, sul piano quantitativo, e soprattutto tanto sistematica, sul piano qualitativo, da vanificare una pur minima distinguibile e perciò apprezzabile, a livello di valutazione *uti singulus*, autonomia preferenziale da parte del singolo commissario.

31.9. La divergenza delle valutazioni dei singoli commissari in ordine alle singole voci dell'offerta tecnica è immanente alla dialettica propria di un organo collegiale chiamato a scrutinare le offerte di una gara d'appalto ed è espressione delle preferenze soggettive dei commissari (cfr. Cons. St., sez. VI,

10 giugno 2013, n. 3203), tanto che il medesimo elemento può legittimamente essere remunerato con un punteggio elevato da parte di alcuni componenti e con retribuzione più bassa da parte di altri in conseguenza del ritenuto maggiore o minore pregio tecnico-qualitativo della proposta sulla base di elementi di preferenza, necessariamente soggettivi e opinabili, circa le soluzioni offerte.

31.9.1. Pertanto, le differenze di attribuzione dei punteggi sono fisiologiche e costituiscono un'indiretta testimonianza di autonomia di giudizio del singolo componente della commissione.

32. Per il resto, laddove invece non si proceda con il sistema del 'confronto a coppie' e in mancanza di più specifiche previsioni della *lex specialis*, rileva il consolidato orientamento secondo cui, *«in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati a essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali»* (Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 952, che richiama Cons. St., sez. III, 13 ottobre 2017, n. 4772, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2015, n. 4209, Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810).

33. I principi affermati da questa Adunanza rilevano perché vi sia la massima trasparenza nelle operazioni di gara.

33.1. Il considerando n. 90, punto 3, primo periodo, della Direttiva 2014/24/UE, ad esempio, afferma che, *«al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto»* e quindi ad essere preventivamente informati sul fatto che i giudizi nel 'confronto a coppie' saranno l'esito di un giudizio collegiale della commissione o se invece i singoli commissari esprimeranno le proprie preferenze singolarmente e in autonomia, previo eventuale confronto collettivo.

33.2. Dello stesso tenore è anche il considerando n. 126, primo periodo, secondo cui «*la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi*».

33.3. Ovviamente il richiamo al principio di trasparenza non si esaurisce nell'ambito dei *consideranda* che, benché privi di valenza prescrittiva, assumono comunque rilevanza interpretativa, ma è collocato tra i principi regolatori della materia dall'art. 76, par. 1, primo periodo, della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui «*gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti ai sensi delle disposizioni del presente capo, al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici*», nonché negli articoli 28 e 30 del d. lgs. n. 50 del 2016.

33.4. Il principio di trasparenza permea, pertanto, molteplici momenti applicativi nell'ambito delle procedure di gara e, in particolare, le fasi di verifica delle offerte e di attribuzione dei punteggi che costituiscono momenti essenziali del confronto competitivo tra i vari operatori economici.

34. Questo principio impone che il sistema del 'confronto a coppie' sia rispettato nei propri essenziali passaggi, ove si consideri che esso, applicato per l'attribuzione del punteggio relativo agli elementi qualitativi, è particolarmente adatto alle gare con la presenza di numerose offerte, in quanto, come rilevano le *Linee guida*, riduce la necessità di attribuire più punteggi discrezionali e le relative motivazioni (v., *supra*, § 25.6.).

34.1. D'altra parte la responsabilizzazione dei commissari, nell'espressione di un giudizio individuale e non meramente ripetitivo, muove nel senso, auspicato dalla legge delega al Governo in materia di contratti pubblici (l. n. 78 del 2022), di un rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all'interno di ciascuna amministrazione (art. 1, comma 2, lett. m).

35. I principî affermati da questa Adunanza con specifico riferimento al diritto dei contratti pubblici e alle più volte richiamate *Linee guida* non si

applicano alla materia dei concorsi pubblici, né a quella del ‘pubblico impiego’, ‘privatizzato’ o meno.

35.1. In questi diversi ambiti dell’ordinamento vige infatti il principio generale secondo cui, come afferma la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 5302), la votazione finale costituisce la estrinsecazione piena delle conclusioni cui è pervenuta la commissione all’esito dell’esame complessivo della posizione dei singoli candidati, non essendo necessaria un’analitica esposizione dei momenti di confronto tra i singoli componenti in sede di verbalizzazione.

35.2. La votazione finale rappresenta, infatti, la risultante di un’elaborazione delle valutazioni espresse nei giudizi individuali che, attraverso l’esame e la discussione collegiale di tutti gli elementi considerati da ciascun commissario, la supera ed assorbe nel convincimento a cui la commissione stessa, all’unanimità o a maggioranza, ritiene di pervenire, fornendo in altri termini, nel confronto comparativo dei giudizi individuali rispetto al quello finale collegiale, adeguata contezza dell’iter logico seguito dalla commissione nella “*reductio ad unitatem*” dei giudizi individuali con la sintesi finale posta a fondamento della decisione finale.

36. Nel rispondere, conclusivamente, ai due quesiti posti dalla Sezione rimettente, si deve affermare che:

a) *nel diritto dei contratti pubblici, i commissari di gara cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, quando procedono alla valutazione degli elementi qualitativi dell’offerta tecnica, possono confrontarsi tra loro in ordine a tali elementi prima di attribuire individualmente il punteggio alle offerte, purché tale confronto non si presti ad una surrettizia introduzione del principio di collegialità, con la formulazione di punteggi precostituiti ex ante, laddove tali valutazioni debbano essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, anzitutto di natura esclusivamente individuale;*

b) *con riferimento al metodo del confronto a coppie, in particolare, l’assegnazione di punteggi tutti o in larga parte identici e non differenziati da parte dei tutti i commissari annulla l’individualità della valutazione che, anche a seguito della valutazione collegiale, in*

una prima fase deve necessariamente mantenere una distinguibile autonomia preferenziale nel confronto tra la singola offerta e le altre in modo da garantire l'assegnazione di coefficienti non meramente ripetitivi e il funzionamento stesso del confronto a coppie;

c) le valutazioni espresse dai singoli commissari, nella forma del coefficiente numerico non comparativo, possano ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale, in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma verbalizzazione, mentre per il confronto a coppie la manifestazione della preferenza è e deve essere anzitutto in una prima fase individuale, nel senso sopra precisato, e in quanto tale individualmente espressa e risultante dalla verbalizzazione.

37. Spetterà alla Sezione rimettente valutare, alla luce dei principi sin qui affermati, se la ripetizione dei medesimi punteggi nelle tre tabelle, compilate dai commissari, innumerevoli volte, anche alla luce di tutte le ulteriori circostanze concrete dedotte dalle parti nel giudizio, costituisca corretta applicazione o meno, nel caso di specie, di tali principi, discendendone la reiezione, nella prima ipotesi, o l'accoglimento, nella seconda ipotesi, dell'appello, con tutte le conseguenti determinazioni del caso, anche quelle inerenti alle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello:

- dichiara inammissibile l'intervento *ad adiuvandum*;
- enuncia i principi di diritto esposti in motivazione (§ 36);
- rimette la controversia alla Sezione per la definizione del giudizio e le rimanenti statuizioni, anche in ordine alle spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2022, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Ermanno de Francisco, Presidente

Michele Corradino, Presidente

Roberto Giovagnoli, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Neri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

L'ESTENSORE

Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO