

Pubblicato il 29/03/2022

N. 02320/2022REG.PROV.COLL.
N. 05937/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5937 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Hendal Security Management S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Ortenzi e Chiara Rivosecchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Costanzi e Gabriella De Berardinis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Cosmopol S.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con Vigilanza Picena, mandante, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vigile Picena S.r.l., Vedetta 2 Mondialpol S.p.a., Rangers S.r.l., International Security Service Vigilanza S.p.a., Securpool S.r.l., Fenice Security Service S.r.l., non costituite in giudizio;

Italpol Vigilanza S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 386 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche, di Cosmopol S.p.a. e di Italpol Vigilanza S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Elena Quadri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Hendal Security Management S.r.l., ha impugnato l'aggiudicazione alla costituenda Ati Cosmopol S.p.a. del lotto 3 della gara di appalto per l'affidamento della convenzione quadro relativa al servizio di vigilanza armata e servizi correlati per le amministrazioni del territorio della regione Marche, denominato "*Servizio di vigilanza armata e altri servizi aggiuntivi e trasporto valori per tutte le amministrazioni ubicate nel territorio dell'Area Sud Marche (comprese Aziende Sanitarie/Ospedaliere e altri Enti del SSR)*", lotto in cui si è classificata al sesto posto della graduatoria.

Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche ha respinto il ricorso con sentenza n. 386 del 2021, appellata da Hendal Security Management S.r.l. per i seguenti motivi di gravame:

I) violazione degli artt. 77, comma 1, e 216, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 18 del disciplinare di gara in materia di nomina dei componenti della commissione giudicatrice;

II) violazione ed errata applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, delle linee guida Anac n. 2 in materia di valutazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del disciplinare di gara nella parte relativa all'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica; eccesso di potere per incompletezza dell'istruttoria, erroneità, arbitrarietà, illogicità, travisamento; uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo del confronto a coppie imposto dalla *lex specialis* di gara.

Si sono costituiti per resistere all'appello la regione Marche, Cosmopol S.p.a. e Italpol Vigilanza S.r.l.

Il 30 settembre 2021 l'appellante ha notificato motivi aggiunti di appello, depositati l'11 ottobre 2021, con cui ha dedotto:

I) violazione ed errata applicazione degli artt. 7.1 e 22 del disciplinare di gara;

II) violazione ed errata applicazione dell'art. 23 del disciplinare di gara; violazione ed errata applicazione dell'art. 257 *ter*, d.M. n. 396 del 2010.

Successivamente le parti hanno presentato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 17 marzo 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Hental Security Management S.r.l. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche n. 386 del 2021, che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto relativo al servizio di vigilanza armata e servizi correlati per le amministrazioni del territorio della regione Marche, in relazione al lotto n. 3 denominato "*Servizio di vigilanza armata e altri servizi*

aggiuntivi e trasporto valori per tutte le amministrazioni ubicate nel territorio dell'Area Sud Marche (comprese Aziende Sanitarie/Ospedaliere e altri Enti del SSR)''.

Con il primo motivo l'appellante ha dedotto che la sentenza sarebbe errata nella parte in cui ha ritenuto non necessario l'elemento della specifica competenza tecnica della commissione nel settore a cui il singolo appalto si riferisce sulla base dell'asserita genericità del servizio di vigilanza armata; invero, consistendo l'oggetto del contratto in un servizio altamente specifico e di notevole complessità, ai fini della valutazione delle offerte si renderebbe indispensabile la conoscenza degli aspetti tecnici e dell'ampia e articolata normativa settoriale da parte della commissione, mentre nel caso di specie tale requisito sarebbe del tutto assente in seno alla commissione, in cui erano presenti unicamente soggetti in possesso di competenze di gestione e amministrative, ma non nel settore oggetto dell'appalto, in violazione dell'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La censura è infondata.

Ai sensi dell'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016: *“nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”.*

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, non è richiesta una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono all'integrazione del complessivo oggetto del contratto, dovendosi avere riguardo ad una dimensione di complementarietà (Cons. Stato, V, 20 ottobre 2021, n. 7235; III, 28 giugno 2019, n. 4458). È, in altri termini, richiesta un'esperienza e competenza che consentano ai commissari di esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, e non già limitata alle singole e specifiche attività oggetto del contratto.

Non è, dunque, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni discrezionali.

La competenza della commissione deve avere riguardo essenzialmente alle modalità di svolgimento del procedimento di gara, atteso che essenzialmente su tali elementi si concentra ed estrinseca la valutazione tecnica dei componenti della commissione giudicatrice (Cons. Stato, V, 20 ottobre 2021, n. 7235).

Nel caso di specie, dall'esame dell'art. 9 del capitolato tecnico e dei criteri di valutazione delle offerte (disciplinare di gara, pagg. 45-51) si evince che le prestazioni oggetto del contratto consistevano nelle ordinarie prestazioni di qualunque contratto di vigilanza privata. Inoltre, gli articoli da 11 a 19 del capitolato tecnico contenevano una minuziosa descrizione dei singoli servizi richiesti, di modo da facilitare la valutazione delle offerte tecniche dei singoli partecipanti da parte della commissione giudicatrice.

Tanto premesso, tenuto conto del contenuto della *lex specialis* di gara e dell'oggetto dell'appalto, i commissari di gara erano pienamente qualificati alla valutazione delle offerte presentate nell'ambito del contratto di vigilanza privata, in considerazione delle posizioni dagli stessi ricoperte, come risulta dalla documentazione versata in atti.

La commissione giudicatrice era, invero, composta:

- dal presidente, dott. Carlo Spaccia, Direttore della U.O Supporto area Acquisti e Logistica dell'Area Vasta dell'ASUR Marche che, in qualità di dirigente dell'U.O.C. dell'A.V. n. 2 che si occupa dell'approvvigionamento di beni e servizi, era di certo competente a presiedere la commissione di gara, anche per avere svolto in passato analoghi incarichi e per avere maturato una notevole esperienza in materia di contrattualistica pubblica;

- dal componente, dott. Flavio Baiocchi – P.O. Supporto Amministrativo e Area Giuridica S. O. Gestione Attività Edili e Impianti – Macro area Gestionale Realizzazione Lavori e Acquisizione Beni e Servizi A.O.U. Ospedali Riuniti di Ancona, che sin dal 2008 ha maturato esperienza professionale nel settore degli appalti pubblici;
- dal componente, dott.ssa Francesca Ruggeri – Funzionario P. F. Provveditorato, Economato e Sicurezza sui Luoghi di Lavoro – Giunta Regione Marche, laureata in giurisprudenza e abilitata all'esercizio della professione forense, che dall'anno 2018 si è occupata quasi esclusivamente di procedure ad evidenza pubblica, essendo stata designata quale responsabile della fase di affidamento nelle gare per l'approvvigionamento di beni e servizi negoziate ed aperte delle strutture della Regione Marche (D.G.R. n. 237/2018).

Con la seconda censura l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il secondo motivo di ricorso, relativo all'assunto illegittimo svolgimento della fase di valutazione delle offerte tecniche.

Per l'appellante i punteggi attribuiti in gara da un commissario, nella valutazione di dieci criteri su diciassette, sarebbero privi di indici di coerenza, avendo CR superiore al 10%; quindi, i punteggi avrebbero dovuto essere ricalcolati fino a quando non fossero stati soddisfatti gli indici stessi. Diversamente, il disciplinare avrebbe indicato inutilmente tanto la necessità di seguire, per il confronto a coppie, il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, in conformità a quanto previsto dalle linee guida Anac n. 2, quanto l'attribuzione dei punteggi per ogni singolo criterio secondo il metodo aggregativo compensatore. L'errata applicazione del metodo si sarebbe risolto in una violazione della *lex specialis* di gara nella parte relativa all'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, oltre che in una manifesta illogicità e incongruenza.

Anche tale censura è infondata.

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: un punteggio alto 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; è pertanto chiara l'ampia discrezionalità sottesa a tali manifestazioni di giudizio dei commissari, che non scrutinano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (presupposto per l'ammissione al confronto) ma, al contrario, esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte; 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»; ne consegue che il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni, non potendo il giudice impingere in valutazioni di merito spettanti all'amministrazione, salva la ricorrenza di un uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non divisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica (cfr. Cons. Stato, III, 29 maggio 2020, n. 3401; 3 febbraio 2017, n. 476).

Sulla questione della motivazione del punteggio in caso di adozione del metodo del confronto a coppie, per il tradizionale orientamento giurisprudenziale, una volta accertata la correttezza dell'applicazione del

metodo, 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 (cfr. Cons. Stato, V, 24 ottobre 2016, n. 4415; III, 24 aprile 2015, n. 2050).

Più di recente è stato precisato il principio secondo cui il giudice amministrativo non può entrare nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati dai commissari se i criteri di valutazione sono adeguatamente dettagliati, atteso 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 (Cons. Stato, III, 25 giugno 2019 n. 4364; V, 27 dicembre 2018, n. 7250).

Ed invero, il sindacato del giudice si arresta dinanzi alla rilevata correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie, considerato 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 (Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969).

Nella fattispecie in questione, come condivisibilmente affermato dalla sentenza appellata, né la commissione di gara né la *lex specialis* hanno previsto la possibilità per i commissari di attribuire punteggi intermedi fra le cifre intere che vanno da 1 (punteggio previsto per la condizione di parità tra le due offerte) a 6 (massima preferenza), non essendo stato stabilito, peraltro, neppure l'indice di coerenza che i singoli commissari avrebbero dovuto rispettare nell'assegnazione dei punteggi mediante il metodo del confronto a coppie (essendo il 10% solo uno dei possibili valori da utilizzare).

Si legge, invero, nella relazione della SUAM dell'11 dicembre 2020, versata in atti, che: *“La Stazione appaltante non ha fornito alcun valore soglia per il CR di questa gara, il valore del 10% è una mera consuetudine rinvenibile nella letteratura (ve ne sono anche degli altri) e non è previsto in nessun riferimento normativo. Pertanto, il Commissario non aveva l'obbligo di rivedere il proprio giudizio sulla base di un valore soglia”*.

Ciò premesso, il singolo commissario ha applicato il metodo del confronto a coppie, una volta ritenuta l'offerta di un concorrente superiore a quella dell'altro in relazione ad uno specifico criterio motivazionale.

Ne consegue la legittimità delle valutazioni espresse dalla commissione di gara, che, al cospetto di criteri di valutazione dell'offerta tecnica specifici e determinati e nel pieno esercizio della sua discrezionalità, ha fornito pedissequa applicazione di quanto stabilito dalla *lex specialis* di gara, attribuendo un grado di preferenza da 1 a 6 ad ogni concorrente.

Le linee guida Anac n. 2 prevedono, invero, che il metodo AHP consente, ma non obbliga all'utilizzazione dell'indice di coerenza attraverso il quale valutare la qualità dei punteggi attribuiti a ciascun criterio.

Con motivi aggiunti proposti direttamente in appello, notificati il 30 settembre 2021 e depositati l'11 ottobre successivo, Henda ha dedotto che la verifica del possesso in capo a Cosmopol del requisito professionale della licenza prefettizia ex art. 134 TULPS per lo svolgimento dell'attività di vigilanza attiva per il territorio all'interno del quale sarebbe stato eseguito il servizio sarebbe stata svolta dalla stazione appaltante in violazione delle prescrizioni della *lex specialis*, atteso che non sarebbe stata acquisita da parte della SUAM la documentazione comprovante l'avvenuta richiesta di estensione territoriale della licenza, ma soltanto una dichiarazione dell'interessata. Inoltre, dall'esame di una nota della Prefettura di Avellino (competente al rilascio dell'estensione della licenza di vigilanza privata) dell'agosto 2021 emergerebbe che la stessa: *“...non ha ancora adottato un provvedimento autorizzatorio nei confronti dell'Istituto Cosmopol S.p.A. in quanto è tutt'ora in corso una specifica istruttoria”*. Da ciò si desumerebbe che detta

Prefettura non ha ritenuto formato il silenzio assenso sulla richiesta di estensione territoriale.

Il Collegio ritiene di accogliere l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti sollevata da Cosmopol.

L'art. 104 c.p.a. così recita: *“1. Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall' articolo 34, comma 3, né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa.*

2. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

3. Possono essere proposti motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati?”.

Il divieto di proposizione di motivi nuovi in appello ha la funzione di impedire che venga sottratto alle controparti - attraverso un uso temporalmente differito dei mezzi di tutela - il diritto ad avere i gradi di giudizio previsti dal codice di rito, in attuazione dei principi enunciati dall'art. 24 della Costituzione in tema di diritto alla tutela giurisdizionale e di diritto di difesa, cui inerisce il principio di parità processuale delle parti (Cons. Stato, IV, 29 agosto 2013, n. 4315).

Invero, per giurisprudenza costante, ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.a., i motivi aggiunti in appello, devono senz'altro riguardare atti o provvedimenti amministrativi impugnati (Cons. Stato, V, 4 maggio 2020, n. 2792), e non possono essere desunti né da atti endoprocedimentali e/o di procedimenti collegati che avrebbero dovuto essere impugnati, né da documenti non solo conosciuti, in quanto prodotti dalle parti in giudizio, ma anche conoscibili, per il tramite dell'esercizio degli ordinari mezzi di prova che il codice riconosce alle parti, ed in specie, al ricorrente.

Diversamente opinando: *“si finisce per svuotare di senso sia la stessa natura del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, sia il senso stesso del decisum proprio della sentenza di I grado, ben potendo ipotizzarsi una sorta di istruttoria successiva ed extra iudicium, in pendenza di termine per l'appello ed anche dopo la scadenza di questo, venendo in tal modo a prodursi una sorta di "giudizio a formazione progressiva", che prescinde dal rispetto dei gradi di giudizio previsti per legge”* (Cons. Stato, IV, 29 agosto 2013, n. 4315).

Nella fattispecie in questione, a fronte di un'aggiudicazione adottata il 5 novembre 2020 e dichiarata efficace il successivo 16 dicembre, con stipula della convenzione a febbraio 2021, l'appellante, come dalla stessa ammesso nei medesimi motivi aggiunti, solo con note del 13 luglio 2021 e del 13 agosto 2021 (inoltrate alla SUAM per conoscenza) ha presentato istanza alla Prefettura di Avellino territorialmente competente in relazione alla licenza della Cosmopol, chiedendo accesso alla documentazione relativa alla licenza prefettizia rilasciata a quest'ultima, alle relative estensioni territoriali e alle eventuali istanze di estensione in corso di perfezionamento.

Nel caso di specie, dovendosi tener conto di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti da cui ha dedotto le ulteriori censure, l'appellante non ha tenuto una condotta ispirata alla ordinaria diligenza, non essendosi attivata tempestivamente per acquisire la documentazione su cui solo ora fonda, direttamente in grado di appello, le nuove censure, che si ritengono, dunque, inammissibili, perché proposte in violazione del principio del doppio grado del giudizio amministrativo.

Le ulteriori eccezioni di inammissibilità dell'appello principale sollevate dalle controparti possono essere assorbite, in considerazione dell'infondatezza nel merito dello stesso.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili. Per l'effetto, a conferma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, e dichiara inammissibili i motivi aggiunti. Per l'effetto, conferma la sentenza appellata di reiezione del ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO