

Pubblicato il 22/03/2019

N. 00013/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00043/2018 REG.RIC.



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 43 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Randstad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Augusta Berthet in Aosta, via Porta Pretoria n. 65;

contro

Azienda Usl Valle D'Aosta, In.Va. S.p.A., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Synergie Italia Agenzia per il Lavoro S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Adolfo Mario Balestreri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Umana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Bertoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale del 3 ottobre 2018, con cui l'Azienda USL Valle d'Aosta ha escluso Randstad Italia S.p.a. dalla gara per la somministrazione di lavoro temporaneo a causa del mancato superamento della soglia di sbarramento (doc. 1 – verbale del 3/10/2018), comunicato il successivo 5 ottobre 2018 (doc. 2 – comunicazione);
- del verbale del 22 marzo 2018, in cui sono state registrate le operazioni di apertura delle buste amministrative e tecniche (doc. 3 – verbale del 22/3/2018);
- della determinazione n. 4494 del 18 maggio 2018, con cui la IN.VA. S.p.a. ha nominato la commissione giudicatrice (doc. 4 – nomina della commissione);
- dei verbali di valutazione delle offerte tecniche (doc. 5 – verbali di valutazione delle offerte tecniche);
- della deliberazione del Direttore Generale n. 1369 del 13 febbraio 2017, con cui l'Azienda USL Valle d'Aosta ha indetto la gara (doc. 6 – indizione gara);
- del bando (doc. 7 – bando);
- del disciplinare in parte qua (doc. 8 – disciplinare);
- del regolamento di nomina della commissione giudicatrice (doc. 9 – regolamento di nomina della commissione giudicatrice);
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della comunicazione del Responsabile del Procedimento prot. n. 10770 del 7 novembre 2018 (doc. 17 – comunicazione di aggiudicazione), con cui è stata comunicata alla ricorrente Randstad Italia S.p.a. l'aggiudicazione della procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio per la somministrazione di

personale a tempo determinato per l'Azienda USL Valle d'Aosta al RTI formato da Synergie Italia Agenzia per il Lavoro S.p.a. e Umana S.p.a.;

- del verbale del 3 ottobre 2018, con cui l'Azienda USL Valle d'Aosta ha escluso Randstad Italia S.p.a. dalla gara per la somministrazione di lavoro temporaneo a causa del mancato superamento della soglia di sbarramento (verbale del 3/10/2018 – doc. 1), comunicato il successivo 5 ottobre 2018 (comunicazione – doc. 2);

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Usl Valle D'Aosta e di In.Va. S.p.A. e di Synergie Italia Agenzia per il Lavoro S.p.A. e di Umana S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2019 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 10 del 15 marzo 2019;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando del 13 dicembre 2017 la Azienda USL della Valle d'Aosta ha indetto una gara telematica – da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa – per l'affidamento del servizio di somministrazione di personale a tempo determinato.

Il bando prevedeva l'attribuzione per l'offerta tecnica di un punteggio massimo di 80 e per l'offerta economica di un punteggio massimo di 20; esso prevedeva altresì in relazione alla valutazione delle offerte tecniche una “soglia di sbarramento” di 48 punti.

Alla gara partecipavano 8 operatori economici tra cui la società ricorrente che – unitamente ad altri cinque di essi - è stata esclusa dalle ulteriori fasi in quanto non è riuscita a conseguire il punteggio di 48 per l’offerta tecnica.

In sostanza il punteggio minimo di 48 è stato ottenuto dal RTI Synergie Italia Agenzia per il lavoro s.p.a., mandataria, e Umana s.p.a., mandante (d’ora in poi RTI Synergie) e da Gi Group s.p.a., che sono quindi stati ammessi alle ulteriori fasi della gara (che è stata successivamente aggiudicata al R.T.I. Synergie Italia).

La Randstad Italia s.p.a. ha quindi impugnato: a) con il ricorso principale l’atto con il quale è stata esclusa dalla gara per il mancato superamento della “soglia di sbarramento”; b) con i motivi aggiunti, il provvedimento che ha aggiudicato la gara al RTI Synergie.

In particolare con il ricorso principale la ricorrente (che al momento della sua proposizione non aveva ancora esercitato l’accesso alle offerte degli altri concorrenti) denunciava:

- a) l’irragionevolezza dei punteggi attribuiti alla sua offerta;
- b) l’illegittimità della mancata motivazione dei voti numerici attribuiti dai componenti della commissione, in particolare evidenziando la doverosità di una puntuale motivazione in ragione della insufficiente determinatezza dei criteri e sub-criteri previsti dal bando e dalla mancata previsione di sub-pesi;
- c) la illegittimità della nomina della commissione a “buste aperte”; in pratica la ricorrente sostiene che la commissione – la cui nomina risale al maggio 2018 – avrebbe dovuto essere nominata prima dell’apertura delle buste contenenti l’offerta tecnica (che è stata eseguita dal seggio di gara il 22 marzo 2018) e avrebbe dovuto essa stessa procedere a tale operazione in conformità a quanto stabilito dalle linee guida n. 5 dell’ANAC;
- d) l’illegittima composizione della commissione di gara dato che uno dei suoi componenti è la responsabile del servizio infermieristico tecnico-riabilitativo, della

prevenzione e della professione ostetrica (S.I.T.R.A.) che, invece, non avrebbe potuto farne parte, avendo svolto compiti di gestione del precedente affidamento (la ricorrente è il precedente affidatario del medesimo servizio) ed essendo destinata a svolgere incarichi anche in relazione al nuovo affidamento, con conseguente violazione dell'articolo 77 d.lg. 18 aprile 2016, n. 50.

Coi motivi aggiunti la ricorrente che, nel frattempo aveva esercitato l'accesso alle offerte degli altri concorrenti, ha ulteriormente precisato le censure avverso l'irragionevolezza dei punteggi assegnati alla sua offerta tecnica, cioè il primo motivo del ricorso principale (in particolare rilevando in relazione alle singole componenti valutate che la sua offerta era del tutto analoga a quella dell'aggiudicataria, sicchè è irrazionale che a essa siano stati attribuiti punteggi molto più bassi), ha riproposto gli altri motivi del ricorso principale e, infine, dedotto l'illegittimità della mancata suddivisione della gara in lotti.

La Azienda USL della Valle d'Aosta resiste al ricorso; resistono altresì al ricorso Synergie Italia agenzia per il lavoro s.p.a. e Umana s.p.a., cioè le due componenti del RTI aggiudicatario.

Con ordinanza n. 3 del 9 gennaio 2019 il Tribunale ha preso atto della rinuncia della ricorrente all'istanza di tutela cautelare.

Va preliminarmente osservato che i resistenti – nel presupposto che la Randstad abbia impugnato la esclusione dalla gara e che per giurisprudenza costante il soggetto legittimamente escluso da una gara non è legittimato a contestarne gli esiti, dato che la legittimazione ad agire è correlata alla titolarità di una posizione differenziata e tale non è la partecipazione “di fatto” alla gara – sostengono che la ricorrente sarebbe legittimata a proporre il solo primo motivo del ricorso principale, mentre sarebbero inammissibili i successivi motivi (in quanto rivolti a “far cadere” l'intera gara e non alla sua riammissione alla medesima) e anche i motivi aggiunti.

Il Collegio non condivide quest'ordine di idee.

L'orientamento giurisprudenziale che richiamano i resistenti si riferisce infatti al caso – diverso da quello in esame – in cui un concorrente sia stato escluso dalla gara per la mancanza dei requisiti di ammissione alla stessa; in tal caso è corretto affermare che il concorrente escluso debba in primo luogo (e vittoriosamente) contestare la sua mancata ammissione (cioè dimostrare in concreto di essere in possesso dei requisiti di partecipazione) e che, solo in tal caso, sia legittimato a contestare gli esiti della procedura; ciò in quanto il titolo di legittimazione al ricorso del concorrente è costituito effettivamente dalla partecipazione legittima alla gara, non essendo sufficiente una partecipazione di mero fatto (quale quella di colui che abbia fatto domanda di partecipazione essendo privo dei requisiti di ammissione).

Nel caso in esame la ricorrente ha partecipato alla gara essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione e ne è stata esclusa a causa della valutazione non positiva della sua offerta tecnica.

Essa quindi è legittimata a contestare la gara in ogni suo profilo, a partire dal bando.

Le censure che essa ha proposto sono quindi tendenzialmente tutte ammissibili e vanno per di più esaminate anche in ordine logico, cioè tenendo presente la fase della procedura a cui esse si riferiscono.

In questa prospettiva la prima censura da esaminare è quella, proposta nei motivi aggiunti (motivo n. 2), relativa alla mancata articolazione della gara in lotti e alla violazione dell'articolo 51 d.lg. 18 aprile 2016, n. 50.

Si tratta di censura che, come eccepito dai resistenti, è tardiva, dato che essa avrebbe potuto e dovuto essere proposta con il ricorso principale, dato che il vizio era conoscibile sin dalla pubblicazione del bando e la lesione dell'interesse della ricorrente risale all'atto di esclusione.

Vanno quindi esaminate le censure relative alla commissione giudicatrice della gara de qua .

La ricorrente a questo riguardo contesta: a) da un lato, che della commissione abbia fatto parte una dipendente della azienda che svolge le funzioni di responsabile del S.I.T.R.A. e che, in ragione di questo suo incarico, ha svolto compiti relativi alla gestione del rapporto di somministrazione del personale con il precedente gestore (che, come accennato, è proprio la ricorrente) e che, sempre in ragione di tale incarico, è destinata ad avere rapporti anche con il nuovo gestore; ciò – secondo la ricorrente – si pone in insanabile contrasto con la previsione dell'articolo 77, comma 4, d.lg. n. 50 secondo cui *“i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*; b) sotto diverso profilo, che illegittimamente le buste contenenti l'offerta tecnica sono state aperte il 22 marzo 2018 e sono quindi state conosciute prima della nomina della commissione che è avvenuta solo nel maggio 2018; la tesi della ricorrente è che la nomina della commissione deve avvenire dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte ma prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte da valutare; anzi all'apertura delle buste dovrebbe procedere proprio la commissione, come stabiliscono l'articolo 77, comma 7, d.lg. n. 50 e le linee guida n. 5 dell'ANAC che hanno oltretutto carattere vincolante.

Le censure così sintetizzate sono infondate.

Per quanto concerne la questione del commissario di gara, va premesso in diritto che la incompatibilità prevista dall'articolo 77, comma 4, d.lg. n. 50 garantisce la trasparenza della gara e mira essenzialmente a evitare commistioni tra la fase di predisposizione degli atti di gara e la fase di valutazione delle offerte (in questo senso si vedano ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2019, n. 819, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2536); in pratica l'incompatibilità è posta a presidio

dell'imparzialità di giudizio del commissario che viene posto al riparo da possibili condizionamenti che possono derivare dalla sua precedente partecipazione alla formazione degli atti di gara (in primo luogo il bando, il disciplinare e l'eventuale capitolato); nella fattispecie il componente della commissione in questione non risulta aver partecipato in alcun modo alla predisposizione degli atti di gara e la azienda ha anche fornito ampia documentazione da cui risulta che non si tratta del soggetto incaricato della gestione del rapporto con il precedente affidatario (a parte il rilievo che la causa di incompatibilità si riferisce a chi abbia svolto funzioni o incarichi "relativamente al contratto del cui affidamento si tratta" sicchè essa non può essere estesa a chi abbia svolto compiti nella gestione di un contratto diverso, quale è formalmente l'affidamento al precedente gestore).

Per quanto concerne invece la questione della nomina della commissione a "buste aperte", va rilevato, da un lato, che l'articolo 77 si limita a disporre che la nomina della commissione avvenga dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte (come è di fatto avvenuto) ma nulla dispone in ordine al profilo in contestazione (cioè non dispone che la nomina della commissione debba avvenire prima della apertura delle buste); in particolare il nuovo codice degli appalti non riproduce le norme in precedenza vigenti che esplicitamente rimettevano alla commissione il compito dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti l'offerta; quanto alle linee guida invocate dalla ricorrente esse non pongono una previsione cogente limitandosi ad affermare che "*in generale*" la commissione "*apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza di documenti richiesti dal bando di gara*". Non è quindi escluso che siano legittime modalità diverse; tra l'altro, come dimostra il riferimento ai "plichi contenenti l'offerta tecnica", la previsione delle linee guida riflette il caso di gare svolte con metodo tradizionale, cioè con la presentazione di offerte in formato cartaceo; in questi casi la previsione dell'apertura da parte della

commissione in seduta pubblica ha una sua giustificazione in esigenze di trasparenza, essendo possibili alterazioni e manomissioni del materiale cartaceo; a ben vedere, analoghe esigenze non si pongono o si pongono in modo molto meno pressante nel caso – quale è quello all’esame – di gare telematiche in cui i documenti di gara vengono caricati su una piattaforma telematica che permette di verificare *ex post* ogni accesso che vi sia stato alla documentazione. Se ci si muove in quest’ottica può ritenersi che la nomina della commissione in un momento successivo alla apertura delle buste (elettroniche) contenenti le offerte al fine di verificarne la integrità formale e la presenza dei documenti previsti dal bando non implichi alcun vizio della procedura.

Restano da esaminare le restanti censure con cui la ricorrente da un lato contesta la irrazionalità dei punteggi attribuiti dalla commissione sostenendo che la sua offerta in ultima analisi fosse sostanzialmente sovrapponibile a quella dell’aggiudicatario, sicchè la notevole diversità dei punteggi attribuiti sarebbe il chiaro frutto di un giudizio errato (questa tesi è ampiamente sviluppata nei motivi aggiunti attraverso una puntuale comparazione del contenuto delle offerte); sotto altro profilo, la ricorrente denuncia che illegittimamente i punteggi attribuiti non sono stati motivati richiamando la nota giurisprudenza secondo cui nel confronto a coppie la motivazione può ritenersi insita nei punteggi a condizione che il bando contenga a monte criteri di valutazione sufficientemente dettagliati che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa (Consiglio di Stato, sez. III, 1 giugno 2018, n. 3301).

Le censure così proposte sono infondate.

Deve anzitutto escludersi che il Collegio possa o debba procedere a una verifica diretta della razionalità dei punteggi attribuiti alle singole componenti dell’offerta, come pare richiedere l’articolazione della censura da parte della ricorrente, che procede a una puntuale comparazione tra le varie componenti delle offerte propria

e del RTI aggiudicatario; come evidenziato dalla giurisprudenza “*l'autosufficienza del metodo esclude la possibilità di contestare il risultato mediante confronti di secondo grado con alternative reali o virtuali, e in particolare con le altre offerte di gara. Il risultato del confronto a coppie è l'espressione definitiva della discrezionalità tecnica della Commissione di gara e non può essere messo in discussione contrapponendo allo stesso altre valutazioni di merito*”.

Il problema che invece si pone è quello della sufficiente specificazione dei criteri di valutazione, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza.

Nella sentenza n. 3301 del 2018 sopra citata (e invocata dalla ricorrente a sostegno dei suoi assunti) il Consiglio di Stato ha precisato che il punteggio numerico non richiede ulteriori specificazioni essendo la motivazione insita nel voto salvo il caso in cui i parametri valutativi previsti dal bando siano articolati in sottocriteri plurimi senza una valorizzazione di questi ultimi attraverso l'attribuzione a ciascuno di essi di uno specifico peso ponderale; ciò infatti “*rende di fatto impossibile comprendere, dalla sola lettura delle griglie valutative elaborate dalla Commissione, sotto quale specifico profilo tecnico una offerta sia stata ritenuta preferibile alle altre*”.

Volendo applicare questi principi alla fattispecie, può cominciare con l'osservarsi che il complessivo punteggio massimo di 80 attribuibile all'offerta tecnica, era ripartito nel disciplinare tra quattro aree:

alla prima, denominata “*organizzazione e gestione del servizio*” erano riservati *max* 20 punti divisi tra “*Gestione emergenza, affidabilità, comprensibilità e completezza del flusso procedimentale per la messa in campo di attività finalizzate all'improvvisa sostituzione o attivazione di personale*”, punti 10, “*Procedure adottate per la verifica e il monitoraggio del servizio svolto*”, punti 5, “*Soluzioni adottate per la riduzione del turn over*”, punti 5;

alla seconda denominata “*metodi di selezione e canali di reclutamento del personale*” erano riservati *max* 20 punti divisi tra: “*Competenze del personale dell'Agenzia incaricato di effettuare l'attività di selezione, da cui dovranno emergere professionalità ed esperienze maturate nel settore*”, punti 10, “*Qualità ed efficacia dei metodi utilizzati per la selezione del personale*

con particolare riferimento alla fase di recruiting, alla fase di screening e al colloquio di valutazione”, punti 5, “*Metodi utilizzati per la raccolta e la gestione dei curricula vitae*”, punti 3, “*Tecnologie utilizzate per la gestione, l’utilizzo e l’aggiornamento delle banche dati*”, punti 2; alla terza, denominata “*formazione del personale*” erano attribuiti max 15 punti, divisi tra: “*Team lavoro, anche con riferimento alle figure dirigenziali e/o ad i preposti addetti alla sede dell’Agenzia, adibito al servizio di formazione, con particolare riferimento alla formazione dei lavoratori della PA*”, punti 7, “*Formazione organizzata in favore di soggetti destinata all’Azienda USL della Valle d’Aosta con particolare riferimento alle figure professionali previste in somministrazione*”, punti 5, “*Insieme delle metodologie formative adottate*”, punti 3; alla quarta denominata “*modalità di verifica e controllo interno all’agenzia sullo svolgimento del servizio*”, erano riservati max 10 punti divisi tra: “*Metodi di controllo adottati al fine di garantire al lavoratore la giusta retribuzione ed il corretto pagamento di tutte le voci stipendiali e contributive*”, punti 5, “*Metodi di controllo e le strumentazioni adottate al fine di garantire un immediato riscontro delle prestazioni correttamente fatturate*”, punti 5; alla quinta, denominata “*migliorie*”, erano riservati max 15 punti, divisi tra: “*sistemi innovativi di gestione del servizio*”, punti 8, “*Corsi di riqualificazione per il personale a tempo indeterminato che non ha superato i bandi pubblici destinati alla stabilizzazione*”, punti 6, “*Altre migliorie proposte dal somministratore che, a giudizio della commissione, possano rappresentare un valore aggiunto per la stazione appaltante*”, punti 1.

Ciò premesso, può rilevarsi – per quanto attiene alla articolazione del punteggio di 80 punti – che il disciplinare ha previsto la sua suddivisione tra ben 15 diversi oggetti da valutare.

Ciascuno di questi oggetti non appare sub-articolato in ulteriori oggetti da valutare, salvo forse il caso dei primi due del gruppo della formazione in cui con le locuzioni “*anche con riferimento*” e “*con particolare riferimento*” parrebbero introdursi dei “sub-elementi” di valutazione cui viene attribuito un particolare rilievo senza che a ciò corrisponda una specifica valorizzazione (cioè l’attribuzione di uno specifico

punteggio); ritiene però il Collegio che, più che introdurre sub-elementi da valutare (e a cui sarebbero dovuti corrispondere uno specifico punteggio, con conseguente necessità di sub-articolare il criterio), il disciplinare specifichi cosa debba formare oggetto di valutazione.

In definitiva, ritiene il Collegio che il disciplinare specificasse in modo sufficientemente analitico gli oggetti da valutare e che ciascuno di essi avesse contenuto omogeneo, nel senso che nessuno di tali oggetti fosse articolato in sub-elementi bisognevoli di una ulteriore valorizzazione non risultando quindi necessaria una ulteriore articolazione dei punteggi da attribuire.

Il ricorso quindi, in quanto infondato, va conclusivamente respinto. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge unitamente ai motivi aggiunti

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in euro 3.000,00 (tremila//00) oltre accessori di legge, a favore di ciascuna parte resistente.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Davide Soricelli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO