

Publicato il 20/02/2021

N. 00133/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00571/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 571 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Pulitori ed Affini s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Eurotrend Assistenza s.c.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Silvia Sommazzi in Genova, via XII Ottobre, 10/12;

contro

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Roma, 11/1;

nei confronti

Consorzio di Cooperative Kursana coop. soc. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo

Martinez e Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A – per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

degli atti della procedura indetta da A.Li.Sa. per l'affidamento di servizi assistenziali all'interno di alcune strutture aziendali di Asl 3 e Asl 4 e, segnatamente, della determinazione n. 338 del 29.7.2020 con cui il lotto n. 3 è stato aggiudicato al Consorzio di Cooperative Kursana, della determinazione n. 98 del 28.2.2020 con cui è stata nominata la Commissione giudicatrice, del provvedimento di estremi sconosciuti con cui sono stati individuati i tre esperti nella materia oggetto di appalto, del verbale del Sedgio di gara prot. n. 4931 del 28.2.2020, del verbale di seduta pubblica dell'11.3.2020, del verbale di seduta riservata del 26.5.2020, del verbale di seduta riservata del 9.6.2020, del verbale di seduta riservata del 17.6.2020 e del verbale di seduta pubblica del 1°7.2020, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente; e per l'esibizione

della documentazione richiesta con istanze di accesso in data 12.8.2020, 25.8.2020 e 11.9.2020 e, segnatamente, dell'offerta tecnica integrale e delle giustificazioni integrali non ostese da A.Li.Sa.;

B – per quanto riguarda i motivi aggiunti:

delle note del R.U.P. prot. n. 20673 del 22.7.2020, prot. n. 20706 del 22.7.2020 e prot. n. 21411 del 29.7.2020, nonché della nota del Commissario Straordinario prot. n. 113 del 10.2.2020;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.Li.Sa. e di Consorzio di Cooperative Kursana coop. soc. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza del giorno 10 febbraio 2021, la dott.ssa Liliana Felletti e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale, mediante collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 25, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 e 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020 n. 28;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 28 settembre 2020 e depositato il 30 settembre 2020 Pulitori ed Affini s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Eurotrend Assistenza s.c.r.l., ha gravato gli atti della procedura aperta indetta dall'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (di seguito A.Li.Sa.) per l'affidamento dei servizi assistenziali all'interno di alcune strutture di Asl 3 e Asl 4 e, segnatamente, la determinazione n. 338 del 29.7.2020, con cui il lotto n. 3 è stato aggiudicato al Consorzio di Cooperative Kursana coop. soc. a r.l. La ricorrente ha pertanto chiesto l'annullamento del suddetto provvedimento e il risarcimento del danno in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e subentro nello stesso, o, in subordine, il ristoro per equivalente.

Ha dedotto due motivi, così sinteticamente riassumibili:

I) L'offerta economica vincitrice sarebbe incongrua sotto due profili:

- il costo medio orario della manodopera risulterebbe considerevolmente inferiore a quello previsto dal capitolato tecnico, a sua volta parametrato alle tabelle del Ministero del Lavoro;
- l'importo offerto, al netto di oneri della sicurezza e della manodopera, risulterebbe insufficiente per coprire le restanti spese ed assicurare un margine di utile.

II) In via subordinata, dovrebbe essere annullata l'intera gara, perché i componenti della commissione giudicatrice sarebbero stati illegittimamente nominati senza sorteggio.

Con il medesimo ricorso Pulitori ed Affini s.p.a. ha chiesto al Tribunale di ordinare all'Amministrazione, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.,

l'esibizione dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario in versione integrale e degli atti del procedimento di verifica dell'anomalia, non ostesi dall'ente nonostante le istanze di accesso della ricorrente.

Sia A.Li.Sa. sia il controinteressato Consorzio di Cooperative Kursana si sono costituiti in giudizio, sostenendo che il ricorso sarebbe inammissibile e, in ogni caso, infondato nel merito.

Con successivo ricorso ai sensi dell'art. 43 c.p.a., notificato il 23 ottobre 2020 e depositato il 26 ottobre 2020, la società deducente ha articolato tre motivi aggiunti, consistenti nella specificazione della prima censura del gravame introduttivo in seguito alla conoscenza degli atti del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, prodotti in giudizio dalla resistente in data 7 ottobre 2020. In sintesi, la ricorrente sostiene che:

I) In sede di giustificazioni Kursana avrebbe esposto i costi del Referente dei Servizi e del personale adibito alla *governance* della commessa fra le spese generali, in tal modo modificando l'offerta economica e violando l'obbligo di completa indicazione degli oneri della manodopera.

II) Nella quantificazione del costo del lavoro l'aggiudicatario avrebbe pretermesso le indennità contrattuali per i turni notturni, festivi e di reperibilità, il cui computo porterebbe l'offerta addirittura in perdita.

III) Le voci "Spese generali e utile" e "Costi per la sicurezza interna" risulterebbero sottostimate ed incapienti. A fronte di ciò, il giudizio di congruità formulato dal RUP dovrebbe ritenersi viziato da carenza di istruttoria e insufficiente motivazione.

Con provvedimento n. 932 del 16 dicembre 2020 la Sezione ha accolto l'istanza *ex art.* 116 c.p.a., ordinando ad A.Li.Sa. di esibire alla ricorrente le pagine non ostese dell'offerta tecnica.

Nel prosieguo del processo, in adempimento della predetta ordinanza, A.Li.Sa. ha depositato l'offerta tecnica integrale del Consorzio Kursana e sono stati altresì acquisiti documentati chiarimenti di quest'ultimo in ordine alle indennità per il lavoro notturno e festivo.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie argomentazioni con memorie, insistendo nelle rispettive conclusioni.

La causa è stata assunta in decisione nell'udienza del 10 febbraio 2021, svoltasi mediante collegamento da remoto ai sensi degli artt. 25, comma 1, del d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 e 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020 n. 28.

DIRITTO

1. Occorre preliminarmente scrutinare l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla resistente e dal controinteressato con riferimento alle censure della ricorrente attinenti al costo della manodopera (prima parte del I motivo del ricorso introduttivo e II motivo del ricorso *ex* art. 43 c.p.a.).

Il rilievo è fondato.

Sostiene Pulitori ed Affini s.p.a. che il costo medio orario della manodopera del Consorzio di cooperative vincitore, pari ad € 17,95 (costo annuo offerto di € 607.996,50 / monte ore di 33.870), sarebbe illegittimamente inferiore a quello contemplato dal capitolato tecnico, pari ad € 19,00 (costo annuo a base d'asta di € 643.530,00 / monte ore di 33.870) e rispecchiante i minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali. La ricorrente contesta in particolare che, nelle giustificazioni del 16 luglio 2020, Kursana non avrebbe tenuto conto delle indennità stabilite dal CCNL per i turni notturni, festivi e di reperibilità.

L'aggiudicatario ha controdedotto che:

- la maggiorazione per il lavoro festivo è già compresa nella voce "*altre indennità*" delle tabelle ministeriali, come risulta dalle note a pag. 111 del CCNL;
- l'indennità di reperibilità non è dovuta, in quanto la cooperativa consortile ha previsto di far fronte alle eventuali assenze improvvise mediante un sistema di disponibilità su base volontaria;
- l'indennità notturna, effettivamente non quantificata in sede di giustificazioni, risulta comunque ricompresa nel costo della manodopera, perché, come riferito nelle medesime giustificazioni, gli oneri realmente

sostenuti sono minori di quelli ivi riportati in ottica cautelativa, per via di un basso tasso di assenteismo e di una minore incidenza INAIL.

Ciò premesso, si rileva che il R.T.I. Pulitori ed Affini ha indicato un costo della manodopera inferiore a quello del Consorzio Kursana e, segnatamente, un importo annuo di € 593.310,00 e, quindi, un costo medio orario di € 17,52 (costo annuo offerto di € 593.310,00 / monte ore di 33.870). Il che comporta l'inammissibilità delle censure in discorso, per i motivi che di seguito si illustrano.

1.1. Secondo l'elaborazione pretoria, alla stregua del divieto di abuso del processo, precipitato del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede, deve considerarsi inammissibile la deduzione di un motivo d'impugnazione che dimostrerebbe in primo luogo l'illegittimità della situazione giuridica soggettiva vantata in giudizio dal ricorrente e che, in ogni caso, si pone in contraddizione con precedenti comportamenti tenuti dal medesimo soggetto. Deve infatti escludersi che quest'ultimo possa *venire contra factum proprium* per ragioni meramente opportunistiche e che la tutela giurisdizionale venga in tal modo strumentalizzata per la protezione di un interesse sostanzialmente illegittimo (in tal senso cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7628; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2015, n. 2064; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2015, n. 1605; Cons. St., sez. V, 11 luglio 2014, n. 3563; Cons. St., sez. V, 16 aprile 2013, n. 2111; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 17 dicembre 2018, n. 2810; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 19 novembre 2018, n. 2603; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 novembre 2015, n. 5112).

Per tale ragione la giurisprudenza ha stigmatizzato il gravame volto a censurare la violazione dei minimi salariali inderogabili proposto dal concorrente che abbia indicato un costo della manodopera inferiore, giacché una simile impugnativa viola il generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del

diritto (in tal senso, con riferimento a fattispecie analoghe alla presente, T.A.R. Sardegna, sez. I, ord. 22 febbraio 2018, n. 58; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 154; si veda altresì T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 25 maggio 2015, n. 2903, in relazione alla contestazione della congruità del prezzo del pasto della mensa scolastica mossa da un'impresa che aveva indicato un corrispettivo più basso).

Pertanto, in applicazione dei richiamati principi, i motivi in esame si appalesano inammissibili, nella parte in cui Pulitori ed Affini s.p.a. deduce la violazione dei minimi retributivi nell'offerta del controinteressato.

Invero, l'iniziativa processuale della ricorrente si concreta in un esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, in quanto le sue tesi giudiziali collidono con il contegno dalla medesima tenuto in sede procedimentale. La società Pulitori, infatti, sostiene che l'Amministrazione non potrebbe aggiudicare il servizio ad un operatore che espone un costo della manodopera asseritamente insufficiente e che dovrebbe pertanto affidarlo a lei, seconda graduata, la quale, però, sostiene un costo del lavoro ancora più basso.

1.2. Vanno disattese le argomentazioni con cui, nella discussione orale, la difesa della ricorrente ha sostenuto l'irrilevanza dell'inferiorità del costo della manodopera del R.T.I. Pulitori, vale a dire l'omessa impugnazione incidentale da parte del controinteressato e l'assenza di parametri di congruità reciproci.

1.2.1. Sotto il primo profilo, si osserva che il vincitore non aveva l'onere di gravare in via incidentale l'ammissione dell'offerta avversaria, giacché Kursana non mira (né ha interesse) ad ottenere l'esclusione del R.T.I. dalla selezione, ma si limita ad eccepire l'inammissibilità del ricorso *in parte qua*. La questione in oggetto è oltretutto rilevabile d'ufficio (sul punto cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, ord. 22 febbraio 2018, n. 58, cit.; nonché, implicitamente, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 154, cit.).

1.2.2. Per quanto concerne il secondo aspetto, è certamente vero che, in linea teorica, non è possibile predicare l'incongruità di un'offerta economica che

non sia stata sottoposta alla verifica di anomalia da parte della stazione appaltante.

Tale principio generale, tuttavia, va calato nel concreto contesto processuale, onde evitare che possa divenire veicolo per legittimare una condotta contraria a buona fede. Invero, nella specie plurimi elementi rendono palese la contraddittorietà della censura della ricorrente e, in ultima analisi, l'abuso dei mezzi processuali.

Innanzitutto, come accennato, Pulitori ed Affini s.p.a. afferma che il costo annuo della manodopera di € 607.966,50 esposto dal Consorzio Kursana sia troppo esiguo per coprire i minimi salariali inderogabili, ma la stessa deducente ha offerto un importo annuo di € 593.310,00 (e quadriennale di € 2.373,240,00), ossia inferiore a quello del controinteressato di ben € 14.656,50 all'anno e, complessivamente, di € 58.626,00.

Inoltre, il costo del lavoro indicato dal raggruppamento Pulitori deve ritenersi comprensivo di una serie di voci che la cooperativa consortile aggiudicataria ha legittimamente non considerato, vale a dire l'indennità di reperibilità, l'onere economico del Referente dei Servizi e quello delle figure di *staff* (Kursana non fa ricorso all'istituto della reperibilità, mentre ha appostato le altre voci fra le spese generali, come si vedrà *infra*, nel § 2).

Infatti, se la ricorrente contesta l'assenza delle predette poste nel costo della manodopera di Kursana, se ne deve necessariamente ricavare, per il divieto di *venire contra factum proprium*, che le predette voci sono (*rectius*, devono essere) incluse nell'importo di € 593.310,00 dalla medesima offerta. Peraltro, nella propria offerta tecnica il R.T.I. Pulitori ha espressamente dichiarato di impiegare lo strumento della reperibilità (cfr. pag. 12 verbale di seduta riservata del 17.6.2020, doc. 4 ricorrente); inoltre, come evidenziato dalla difesa di A.Li.Sa., ha altresì previsto le figure specifiche del Responsabile del Servizio, del Responsabile del Coordinamento e dell'Ispettore della Qualità (cfr. pagg. 9, 10 e 13 verbale di seduta riservata del 17.6.2020).

Per completezza, infine, si osserva che la ricorrente, a fronte dell'eccezione avversaria, non ha dedotto di potersi giovare di particolari condizioni per ottenere significativi abbattimenti del costo della manodopera.

In ogni caso, il R.T.I. non potrebbe a tal fine utilizzare l'apprendistato, trattandosi di un contratto con causa mista (lavorativa e formativa) e, quindi, incompatibile con la prescrizione della *lex specialis* (art. 8.2 lett. D del capitolato tecnico) secondo cui il personale deve essere già “*in possesso dell'attestato di qualifica professionale per gli Operatori Socio Sanitari, rilasciato ai sensi dell'Accordo Stato-Regioni 22/02/2001*” (in argomento cfr. Cons. St., sez. VI, 12 maggio 2020, n. 2984; si vedano altresì le linee guida sull'apprendistato in calce al CCNL - doc. 1 delle produzioni 18.1.2021 del controinteressato, pag. 68, ove si precisa che il predetto istituto è destinato a lavoratori che devono ancora conseguire la qualifica professionale).

Se poi la ricorrente intendesse fare ricorso al lavoro supplementare (circostanza, come si è detto, nemmeno allegata), avrebbe comunque un risparmio modesto, perché tale strumento è consentito solamente per i dipendenti in *part-time* ed entro percentuali contenute (cfr. art. 26 del CCNL), generalmente per fare fronte a situazioni specifiche (quali, ad esempio, sostituzioni). Di conseguenza, nel caso di specie l'istituto appare di fatto poco utilizzabile, perché gli addetti in servizio, che l'affidatario deve riassorbire in base alla c.d. clausola sociale, lavorano principalmente a tempo pieno (nove dei dieci O.S.S. della R.S.A. Celesia), o, comunque, per un elevato numero di ore (30 ore settimanali tutti i cinque O.S.S. della struttura psichiatrica di Pratozanino e quattro dei cinque O.S.S. di Villa Scassi, 34 ore settimanali il quinto O.S.S. di Villa Scassi) (cfr. doc. 24 ricorrente).

Alla luce di quanto illustrato, quindi, risulta chiaramente sia che il raggruppamento Pulitori non dispone di margini concreti per fruire di risparmi maggiori rispetto a quelli del Consorzio Kursana, sia che il minor costo della manodopera dallo stesso indicato dovrebbe persino

ricomprendere diverse voci ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'aggiudicatario.

1.3. Infine, osserva il Collegio che le doglianze dell'esponente attinenti al costo del lavoro non sono nemmeno sorrette da un interesse strumentale alla ripetizione della procedura.

Infatti, un eventuale accoglimento delle predette censure non condurrebbe alla riedizione della gara, bensì ad un affidamento ad una delle tre imprese, utilmente collocate in graduatoria, che hanno esposto un costo della manodopera superiore (Il Cigno Cooperativa Sociale s.c.r.l., Medical Service Assistant s.r.l. e C.Re.S.S. s.c.r.l. Onlus).

Pertanto, nessuna utilità giuridicamente apprezzabile potrebbe ritrarre la parte ricorrente, con la conseguenza che, anche sotto tale profilo, il ricorso si appalesa *in parte qua* inammissibile.

2. Con il I) motivo aggiunto la società Pulitori ed Affini si duole che il Consorzio Kursana non abbia considerato gli oneri economici del Referente dei Servizi, del personale del "*coordinamento aziendale-territoriale*" e delle figure di *staff* nell'ambito del costo della manodopera, bensì fra le spese generali, invocando la violazione del principio di immodificabilità dell'offerta.

La censura è infondata.

Come chiarito dalla giurisprudenza, i costi legati ai responsabili con ruolo direttivo e di coordinamento ed alla struttura di *governance* possono essere legittimamente esposti nell'ambito delle spese generali, in quanto si tratta di figure che svolgono la medesima funzione "trasversale" su tutti gli appalti aziendali (in tal senso cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786; Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2019, n. 8679; Cons. St., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2019, n. 7135).

Il predetto indirizzo costituisce la logica conseguenza del fatto che l'obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera risiede nell'esigenza di consentire alla stazione appaltante la verifica della salvaguardia dei livelli retributivi minimi dei lavoratori impiegati nell'appalto pubblico. Pertanto, "*tale*

essendo la ratio della citata prescrizione, è gioco forza riconoscere che l'esigenza di tutela è avvertita solo e proprio per quei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente (nella vicenda de qua il dietista), ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto" (così Cons. St., sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786, cit.). In altri termini, risulta priva di reale necessità l'esposizione fra i costi della manodopera di oneri che, pur riguardando il personale, non afferiscono interamente alla commessa, ma sono spalmati *pro quota* su diversi affidamenti (per quanto concerne il personale con ruolo direttivo nell'appalto) o appartengono all'organizzazione dell'impresa (con riferimento alle figure di coordinamento generale e di *staff*). Orbene, nel caso in esame Kursana ha illustrato che l'onere economico del Referente dei Servizi e del *team* di governo e supporto rientra nell'ambito delle spese generali (v. pagina 4 giustificazioni in data 16.7.2020 e seconde giustificazioni in data 27.7.2020, docc. 7 e 10 resistente).

Tale allocazione dei costi è senz'altro legittima, in quanto il capitolato tecnico richiede specificamente il monte ore che, nelle tre strutture sanitarie, deve essere erogato da dipendenti con qualifica di Operatore Socio Sanitario (cfr. art. 9, lotto 3), mentre gli addetti il cui costo è in contestazione prestano (o possono prestare) la propria opera a beneficio di più contratti di appalto riferiti al Consorzio di cooperative Kursana e/o della stessa organizzazione aziendale.

Dall'offerta tecnica dell'aggiudicatario (pagg. 2-3) risulta infatti che:

- il Referente dei Servizi, che svolge un ruolo organizzativo e di supervisione, è impegnato *in loco* mediamente un solo giorno a settimana, oltre che al bisogno;
- il Responsabile operativo d'area è reperibile h24, ma presente in struttura solo all'occorrenza;

- il restante “*personale di coordinamento generale*”, vale a dire i funzionari della direzione Kursana e le figure di *staff* (ispettore qualità, Rspg, controllori interni, addetto informatico e impiegati amministrativi di supporto in sede) è coinvolto nella commessa solo in caso di necessità e, quindi, in maniera occasionale.

Sul punto non coglie nel segno l’argomentazione della ricorrente secondo cui il Referente dei Servizi risulterebbe interamente dedicato al contratto in esame e, quindi, non potrebbe essere considerato una figura trasversale.

Appare infatti di lapalissiana evidenza che un impegno lavorativo di un giorno settimanale, seppure costante, non può essere ritenuto esclusivo ed assorbente e, conseguentemente, non osta all’impiego del soggetto in altri contratti di appalto (per casi analoghi cfr., ad esempio, Cons. St., sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786, cit., in relazione ai costi del Direttore del Servizio, con un impegno di 20 ore settimanali e sempre reperibile telefonicamente, e di un dietista, impiegato per 20 ore alla settimana; Cons. St., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805, cit., concernente, tra l’altro, il costo del Responsabile del Servizio, dedicato a tempo parziale al 50%; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 2019, n. 7135, cit., riguardante il Responsabile del Servizio ed il Responsabile di area; T.A.R. Liguria, sez. I, 3 agosto 2020, n. 550).

Pertanto, escluso che la cooperativa consortile fosse tenuta ad inserire gli oneri del Referente dei Servizi e del personale di *governance* nel costo complessivo della manodopera, viene da sé che non può neppure affermarsi che abbia modificato la sua offerta per non avere compreso nella tabella relativa al costo del lavoro fornita con le giustificazioni dette figure professionali, i cui servizi erano stati inseriti nell’offerta tecnica (in termini si veda Cons. St., sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786, cit.).

Per completezza, si osserva che i precedenti giurisprudenziali invocati dalla ricorrente non sono conferenti alla fattispecie in esame. Invero, alcune decisioni concernono casi in cui l’impresa aveva indicato nell’offerta economica un determinato importo per costi della manodopera e in seguito,

in sede di verifica di anomalia, aveva rettificato la predetta voce (T.A.R. Liguria, sez. II, 31 luglio 2020, n. 548; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 5 aprile 2019, n. 1910; T.A.R. Lombardia, sez. I, 3 gennaio 2019, n. 1). Altre sentenze riguardano ipotesi di omissione della separata indicazione dei costi della manodopera (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 27 marzo 2019, n. 661; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15 gennaio 2019, n. 214; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 13 aprile 2018, n. 642). Ancora, è stata censurata l'esposizione in voce separata degli oneri per alcuni addetti alle prestazioni di pulizia, oggetto specifico della commessa (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 7 agosto 2019, n. 360); oppure è stata confermata l'esclusione dell'operatore che, in sede di giustificazione dell'offerta, non aveva considerato (né nel costo del lavoro né nelle spese generali) gli oneri del personale di coordinamento, mentre solo in giudizio aveva tentato di sostenerne la riconducibilità nel novero delle spese generali (T.R.G.A. Bolzano, 1° settembre 2020, n. 214).

3. Con la seconda parte del I) motivo del ricorso introduttivo e con il III) motivo aggiunto Pulitori ed Affini s.p.a. deduce l'incapienza delle voci "Spese generali e utile" e "Costi per la sicurezza interna" esposte da Kursana, nonché la lacunosa istruttoria e l'insufficiente motivazione del giudizio di congruità espresso dal RUP.

I predetti motivi non possono essere accolti.

Occorre premettere che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la serietà e l'affidabilità della stessa sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica, nel senso che mira non già a ricercare inesattezze delle singole voci di costo, bensì ad accertare se l'offerta stessa, nel suo complesso, dia garanzia di una corretta esecuzione dell'appalto (in tal senso cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 2 luglio 2020, n. 4272; Cons. St., sez. IV, 4 giugno 2020, n. 3528; Cons. St., sez. III, 20 maggio 2020, n. 3207; Cons. St., sez. V, 30 dicembre 2019, n. 8909; Cons. St., sez. V, 26 giugno 2019, n. 4400; Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690; Cons. St.,

sez. V, 26 novembre 2018, n. 6689). Ciò in quanto la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e, dunque, su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo pertanto impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto, ma risultando sufficiente che l'offerta medesima si presenti *ex ante* ragionevole ed attendibile (Cons. St., sez. V, 8 giugno 2018, n. 3480).

In applicazione dei richiamati principi, ritiene che il Collegio che le doglianze della ricorrente non siano meritevoli di condivisione, in quanto generiche e indimostrate, mentre gli importi preventivati dal controinteressato appaiono attendibili e non irragionevoli, tanto più che l'appalto in esame concerne un servizio ad alta intensità di manodopera, ossia nel quale il costo del lavoro costituisce la componente economica più significativa.

3.1. Con riferimento ai “Costi per la sicurezza interna”, stimati in € 3.600,00 annui, la società esponente si duole che il Consorzio vincitore avrebbe dimenticato i costi di formazione del Referente dei Servizi. In particolare, a suo avviso, la relativa spesa ammonterebbe ad € 134,63, che, sommata agli oneri formativi degli O.S.S., pari ad € 1.795,00, porterebbe il totale ad € 1.929,63 annui: di conseguenza, l'importo residuo di € 1.670,37 risulterebbe insufficiente a coprire gli oneri per sorveglianza sanitaria e DPI, particolarmente elevati nell'attuale fase di pandemia.

Orbene, Pulitori dimentica anzitutto che, come evidenziato da Kursana nelle giustificazioni del 16.7.2020, la somma appostata di € 3.600,00 si aggiunge all'importo di € 200,00 già speso per ciascun O.S.S., in quanto compreso nella tabella ministeriale come “*oneri per la sicurezza*”.

Inoltre, la ricorrente non prova in alcun modo che il costo di formazione del Referente dell'appalto sia di € 134,63 annui, ma si limita ad indicare tale cifra sulla base dell'importo orario di € 17,95 indicato da Kursana per gli O.S.S. A ben vedere, anzi, il predetto assunto, contenuto nei motivi aggiunti, si

appalesa in contraddizione con l'asserzione del ricorso introduttivo, nel quale la stessa società Pulitori ed Affini aveva indicato come costo medio per la formazione il minor importo di 15€/h.

Ne discende che la cifra complessivamente calcolata dalla cooperativa consortile risulta capiente anche per coprire la spesa per la sorveglianza sanitaria e i dispositivi di protezione individuale dei lavoratori (tanto più che l'acquisto di mascherine e DPI necessari per l'emergenza Covid-19 gode di particolari agevolazioni, ad esempio per l'Iva).

3.2. In relazione alla voce "Spese generali e utile d'impresa", stimata in € 10.084,50 annui, la ricorrente ne afferma l'incapienza sulla base di una propria astratta ricostruzione. Segnatamente, Pulitori ipotizza che vi sarebbe una spesa annua di € 7.072,00 per il Referente dei Servizi, di € 500,00 per le pubblicazioni, di € 500,00 per lo psicologo, di € 900,00 per la polizza fideiussoria, di € 200,00 per il DUVRI e di € 6.240,00 per il lavaggio delle divise, oltre ai costi del totem "*Happy or no!*" e dello *staff*.

Senonché tali importi sono del tutto indimostrati e appaiono frutto di mere congetture.

Invero, per quanto concerne il Referente, l'importo di € 7.072,00 è quantificato dalla deducente sulla base di un impegno settimanale di otto ore. Ma nell'offerta tecnica Kursana non ha mai dichiarato un simile impiego orario, avendo solamente previsto una presenza di massima del Referente una volta alla settimana, senza obbligarsi ad un preciso tempo di lavoro e precisando anzi che "*Il monte ore di tale figura sarà definito in base alle esigenze reali della struttura*" (pag. 3 offerta tecnica Kursana). Pertanto, l'effettivo impiego del Referente può ben essere inferiore, anche di gran lunga, a quello supposto dalla ricorrente, anche perché nelle tre strutture sono presenti *in loco* i Sub-referenti, appartenenti all'organico, che ragionevolmente faranno fronte alla maggior parte delle questioni organizzative, specialmente quelle di dettaglio.

Sovrastimati appaiono altresì i costi per il lavaggio delle divise, per le pubblicazioni e per la polizza, che, come illustrato dalla difesa del

controinteressato, vanno in realtà calcolati, rispettivamente, negli importi annuali di € 3.016,00, € 372,86 ed € 374,25.

I tre totem “*Happy or not*”, ossia le colonnine per rilevare la soddisfazione degli utenti, hanno un prezzo di listino di € 299,00, che, spalmato sui quattro anni del rapporto contrattuale, comporta un onere annuo di € 224,25 (€ 299,00 x 3 / 4 anni).

Il DUVRI è invece a carico dell'Amministrazione, e non certo dell'affidatario del servizio, dal momento che solo la prima ha diretta conoscenza di tutti gli appalti che si svolgono nelle tre strutture sanitarie e, quindi, è in grado di compiere la valutazione dei rischi da interferenze.

Se poi si considera che i costi dello *staff* vanno spalmati *pro quota* su diverse commesse e comportano indubbie economie di scala, si può agevolmente trarre la conclusione che gli oneri economici indicati dall'aggiudicatario sono adeguati e, comunque, non incongrui.

4. Da ultimo ed in via subordinata, con il II) motivo del gravame introduttivo la ricorrente si lagna che i commissari di gara non siano stati estratti a sorte, secondo quanto previsto nelle Linee guida adottate da A.Li.Sa., chiedendo quindi l'annullamento della procedura.

La doglianza è inammissibile e, in ogni caso, infondata.

4.1. Secondo la pacifica elaborazione giurisprudenziale, le censure relative alla composizione e/o alle modalità di designazione della commissione giudicatrice devono essere corredate, a pena di inammissibilità, dall'allegazione di evidenti travisamenti o incongruenze nell'esercizio dell'attività valutativa, posto che, in caso contrario, si risolverebbero in un'astratta pretesa di controllo di legittimità dell'azione amministrativa (in tal senso cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2020, n. 4831; Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 16 gennaio 2021, n. 99).

Nel caso in esame, Pulitori ed Affini s.p.a. non ha dedotto alcun legame tra la denunciata nomina illegittima dei componenti della commissione di gara e gli

esiti valutativi in relazione alla propria offerta tecnica. Al contrario, la commissione ha attribuito al R.T.I. il maggior punteggio tecnico, che, riparametrato, è divenuto il punteggio massimo di 70 (cfr. verbale di seduta riservata del 17.6.2020, doc. 4 ricorrente).

Inoltre, i commissari non hanno preso parte al subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta di Kursana, che è stato autonomamente condotto e concluso dal solo RUP (cfr. docc. 6-8-9-11 resistente).

Pertanto, il carattere del tutto astratto della censura ricorsuale e l'assenza di collegamento con qualsivoglia concreta lesione determinano l'inammissibilità del motivo.

4.2. Oltre a ciò, come emerge dalla documentazione versata in atti, A.Li.Sa. ha chiesto ad Asl 3 e ad Asl 4 l'indicazione di una terna di esperti quali possibili commissari, in conformità all'art. 1 delle Linee guida per la designazione delle commissioni di gara (doc. 12 resistente). La prima azienda sanitaria ha comunicato i tre nominativi, mentre Asl 4 ha riferito che nessun candidato era disponibile, in quanto i due esperti dott.ssa Girolodi e dott.ssa Cianci avevano partecipato alla predisposizione del capitolato tecnico (cfr. doc. 13 resistente e docc. 12-13 controinteressato).

Di conseguenza, il sorteggio di cui all'art. 3 delle Linee guida ha avuto luogo per individuare il Presidente all'interno della rosa dei candidati (cfr. docc. 14-15 resistente), ma non anche gli altri membri della commissione di valutazione, che erano necessariamente quelli segnalati da Asl 3.

Pertanto, l'Amministrazione non ha in realtà violato la disposizione sull'autovincolo, ma l'ha applicata sino al limite esigibile, alla luce del principio *ad impossibilia nemo tenetur* (per fattispecie simili si vedano, *ex aliis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 15 dicembre 2020, nn. 13459-13550; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 24 novembre 2020, n. 12477-12480). Infatti, solo quando si è trovata dinanzi all'alternativa tra la paralisi procedimentale per indisponibilità di candidati da sottoporre a sorteggio e la prosecuzione con i commissari individuati da Asl 3, A.Li.Sa. ha optato per quest'ultima soluzione.

5. In relazione a quanto precede, la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e degli altri atti della procedura risulta in parte inammissibile e in parte infondata. Di conseguenza, anche le domande di declaratoria dell'inefficacia del contratto e di risarcimento del danno devono essere rigettate.

6. Le spese di lite vanno compensate nei confronti di A.Li.Sa. in ragione della soccombenza dell'ente sull'istanza *ex art.* 116 c.p.a., mentre, secondo il principio generale di cui agli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., vanno poste a carico della ricorrente in favore del controinteressato e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- dichiara la domanda di annullamento in parte inammissibile, ai sensi di cui in motivazione, e per il resto la rigetta;
- rigetta le domande di declaratoria dell'inefficacia del contratto e di risarcimento del danno;
- compensa le spese nei confronti di A.Li.Sa.;
- condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore del Consorzio di Cooperative Kursana coop. soc. a r.l., liquidandole forfettariamente nell'importo di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021, svoltasi mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Liliana Felletti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Liliana Felletti

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO