

Publicato il 08/07/2022

N. 05692/2022REG.PROV.COLL.  
N. 00905/2022 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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 905 del 2022, proposto dalla società -OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Bertoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

-OMISSIS-Azienda Usl Valle D'Aosta, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Russo, Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi, Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Giorgio Lezzi in Roma, piazza D'Ara Coeli 1;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Prima) n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-dell'Azienda Usl Valle D'Aosta e di -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La società -OMISSIS-, ricorrente in primo grado, ha partecipato alla *“Procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di somministrazione del personale a tempo determinato per l'Azienda USL della Valle d'Aosta”*, indetta da -OMISSIS-in qualità di Centrale Unica di Committenza regionale per l'acquisizione di servizi e forniture.

La gara è stata impostata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 80 punti per l'aspetto tecnico e di 20 punti per quello economico.

-OMISSIS- si è classificata al secondo posto con complessivi punti 91,17, mentre la società -OMISSIS- si è classificata al primo posto con complessivi punti 96,41.

2. -OMISSIS- ha quindi impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara adottato in favore della controinteressata, formulando le censure di seguito riassunte.

2.1. In primo luogo, essa ha lamentato che il giudizio di serietà e attendibilità dell'offerta della -OMISSIS- non avrebbe tenuto adeguato conto degli effetti sulla sostenibilità dell'offerta del dichiarato *«tasso di assenteismo»* (*id est*: del costo

che rimane a carico dell'Agenzia per il lavoro, ex artt. 6.7. e 13.3. del capitolato speciale d'appalto).

2.1.1. La ricorrente ha evidenziato, in particolare, che:

a) per effetto del moltiplicatore offerto (1,04), la controinteressata dispone di un margine complessivo pari ad € 1.044.666,49;

b) gli «oneri relativi all'assenteismo» incidono nella misura del 39% sul citato margine complessivo, per una somma pari a € 407.419,93;

c) a tale risultato la -OMISSIS- è pervenuta sottostimando l'effettivo costo del lavoro e ciò in quanto:

c1) sulla base dei dati in possesso della medesima ricorrente (alla luce dell'esperienza maturata nell'esecuzione del contratto in corso con la stessa Amministrazione appaltante), il tasso di assenteismo incide globalmente sul fatturato in misura pari al 2,741%, determinando la necessità dell'assunzione (e relativi costi) del corrispondente personale, ai sensi dell'art. 5 del capitolato speciale d'appalto;

c2) negli ultimi tre anni, il tasso di assenteismo per i dipendenti interni dell'Azienda USL Valle d'Aosta è variato, indicativamente, dal 4,95% del 2019, al 5,968% del 2020, al 6,732% del 2021 (percentuali superiori a quelle indicate da -OMISSIS- nei propri giustificativi);

c3) l'applicazione del tasso di assenteismo del 2,74% al prezzo offerto da -OMISSIS- fornisce prova di un'offerta in perdita di € 77.071,00;

c4) la stessa percentuale dichiarata da -OMISSIS- (1,5%) non è coerente con la quantificazione del costo del lavoro inerente alla commessa di cui trattasi, in quanto i calcoli forniti confermerebbero una percentuale superiore e pari all'1,99%.

Poiché, quindi, il tasso di assenteismo dichiarato si discosta da quello risultante dai dati resi noti dall'Azienda USL (sia da quelli relativi al contratto in corso, sia da quelli relativi ai dipendenti della stessa Azienda USL) e dai costi dichiarati dalla stessa -OMISSIS-, ne discende l'antieconomicità dell'offerta di quest'ultima.

2.1.2. Il TAR Valle d'Aosta, nel respingere la censura in esame, dopo aver richiamato i limiti entro cui resta confinato il sindacato di legittimità avente ad oggetto le valutazioni tecnico-discrezionali in tema di anomalia dell'offerta e dopo aver ricordato il carattere complessivo del giudizio in materia, non parcellizzabile con riguardo alle distinte voci di cui si compone l'offerta del concorrente sottoposto a controllo, ha osservato che:

*“- la stima del tasso di assenteismo dipende dal carattere dell'organizzazione dell'impresa e la relativa indicazione in tal senso non appare fuorviante;*

*- i dati posti a base del soggettivo scrutinio di congruità operato dalla ricorrente sono dati del tutto non comparabili poiché riferiti a presupposti ed elementi diversi da quelli che hanno connotato l'esame del RUP;*

*- .. la stessa diseconomia evidenziata dalla -OMISSIS- continua a presentare caratteri di soggettività volta a sovrapporre la sua valutazione a quelle del RUP, in un ambito nel quale peraltro non sussistono tabelle ministeriali di riferimento e con elementi – quelli offerti dalla stessa ricorrente – non idonei ad infirmare il giudizio del RUP sulla complessiva sostenibilità dell'offerta trattandosi, per un verso, come sottolineato dalla parte pubblica, di uno scostamento di percentuale minima rispetto all'economia complessiva della gara, e, per altro verso, di dati statistici non utilmente spendibili nella gara oggetto di causa, riguardante la diversa – fattispecie – di prestazioni di somministrazione di personale;*

*- conclusivamente il tasso di assenteismo evidenziato dalla controinteressata correttamente è stato considerato non sproporzionato e idoneo a giustificare l'offerta”.*

2.2. Con ulteriore rilievo, la ricorrente in primo grado ha osservato che la misura dei costi interni della manodopera siccome dichiarata dalla -OMISSIS- in € 313.339,95 non sarebbe realistica.

A questa cifra, ha dedotto la ricorrente, -OMISSIS-sarebbe pervenuta considerando che i dipendenti interni destinati ad occuparsi dell'appalto sono mediamente inquadrati nel III livello; che il III livello prevede un costo orario di € 20,04 e che il servizio può essere espletato con la messa a disposizione di 260 ore uomo/mese, ossia 15.638,72 ore per l'intera durata del contratto.

Si tratterebbe, come detto, di calcolo irrealistico in quanto:

a) il team dedicato al servizio è stato indicato nei documenti di gara come composto da 3 figure chiave, 6 risorse che operano nelle strutture centrali e 16 risorse che operano nelle filiali di Aosta, Ivrea e Torino medical:

a.1) con riferimento alle 3 figure chiave il capitolato prescrive che:

a.1.1.) il referente del contratto sia laureato, con almeno 5 anni di anzianità lavorativa; con esperienza di almeno 3 anni nell'ambito della somministrazione (progetti complessi); con esperienza di almeno 2 anni in ruoli manageriali;

a.1.2.) il referente di selezione sia laureato, con almeno 4 anni di anzianità lavorativa; con esperienza di almeno 3 anni nell'ambito della selezione del personale (progetti complessi); con esperienza di almeno 2 anni in ruoli manageriali;

a.1.3) il referente della gestione amministrativa sia laureato, con almeno 3 anni di anzianità lavorativa; esperienza di almeno 2 anni nell'ambito della selezione del personale in progetti complessi;

a.2) poiché -OMISSIS- ha dichiarato che il referente di selezione *«dispone di un'esperienza specifica nell'ambito della selezione del personale di 19 anni»*, ne discende un inquadramento di una di tali figure nel I livello (o nella categoria quadri);

a.3) con riferimento alle 6 risorse (team del quale farebbero parte il direttore del public sector, il responsabile progettazione, il responsabile dell'implementazione del servizio, il responsabile amministrativo, il responsabile di formazione ed un esperto legale) e al team operativo di 16 dipendenti, si tratta di unità inquadrate nel livello retributivo più alto e non già nel III livello;

b) ove pure il personale dedicato alla commessa fosse in media inquadrabile nel III livello, comunque il costo del lavoro non sarebbe di € 20,04 all'ora, come dichiarato da -OMISSIS- e riportato a verbale dal RUP, stante l'asserita mancata considerazione di alcuni elementi di costo quali scatti di anzianità, premi, superminimi, indennità di trasferta, lavoro notturno e straordinario, permessi sindacali;

c) per i 26 dipendenti avrebbe dovuto essere formulata una (non comprimibile e pèrudenziale) stima di almeno 260 ore mensili.

In ogni caso, la relazione del RUP sarebbe difettosa poiché lo stesso avrebbe dovuto acquisire maggiori informazioni sul personale e sulle relative posizioni lavorative.

2.2.1. Con riguardo a tale doglianza il TAR Valle d'Aosta, ai fini reiettivi, ha evidenziato quanto segue:

*“Il costo del lavoro, fermo il doveroso rispetto dei salari minimi previsti dai contratti collettivi, non è un costo standardizzato e uguale per tutte le imprese che possa essere predeterminato in modo rigido dalla stazione appaltante e previamente scorporato sulla base di indicazioni tassative da questi provenienti, trattandosi di un elemento che può variare in relazione all'organizzazione del lavoro dell'impresa e all'efficienza della stessa.*

*Il bando e il disciplinare di gara non prevedevano un livello di specificazione delle risorse impiegate nei termini invocati dalla parte ricorrente e il giudizio del RUP, secondo cui i costi dichiarati sono coerenti con gli elementi di contesto che caratterizzerebbero l'attività dell'aggiudicatario avuto riguardo anche alla posizione della medesima nel mercato, nella non contestata presenza, peraltro, di personale già integrato nella struttura rispetto al quale sono indicate le prestazioni aggiuntive. In tal senso, la relazione del RUP ha puntualmente richiamato la dimensione nazionale dell'operatore economico, gli elementi volti all'abbattimento dei costi, l'impiego di personale già strutturato. In relazione all'inquadramento del personale – dalla cui asserita erroneità parte ricorrente farebbe discendere maggiori costi – non emerge dagli atti della gara la necessità di un inquadramento superiore a quello offerto (III livello), non contestato dalla stazione appaltante (e, in realtà, agli atti di causa, da essa sostanzialmente escluso in ragione dell'assenza sia di un CCNL di riferimento, sia di un obbligo ad opera della commissione di valutare la corrispondenza mansioni/inquadramento).*

*In relazione, da ultimo, al trattamento accessorio e alla sua marginale connotazione, le critiche di parte ricorrente non sono idonee ad infirmare il complessivo giudizio del RUP sul quadro complessivo dei costi del personale né, tampoco, sulla sostenibilità dell'offerta”.*

2.3. In via subordinata, la ricorrente ha esposto che:

- con determinazione n. 241 del 3 giugno 2021, il Direttore generale dell'Azienda USL resistente ha rettificato la propria precedente determinazione di nomina della commissione giudicatrice con sostituzione del Presidente della medesima Commissione -OMISSIS--e del membro esperto -OMISSIS-, la prima dichiaratasi incompatibile con l'incarico, la seconda dimessasi per ragioni personali;
- non sarebbe chiaro quali offerte tecniche la commissione avesse letto al momento delle dimissioni della Presidente della commissione;
- insediatasi, la nuova commissione ha dato atto di aver proceduto alla lettura delle relazioni tecniche;
- la nuova commissione giudicatrice sarebbe stata nominata dopo che le buste tecniche erano state, non solo aperte, ma anche valutate e, soprattutto, valutate da parte di un componente che era incompatibile per conflitto di interesse (con asserita violazione delle linee guida Anac n. 5 del 2018, atteso che essa avrebbe dovuto essere nominata prima dell'apertura delle offerte tecniche e dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle stesse);
- né una nuova commissione, né una commissione in prosecuzione della precedente (con la presenza dell'unico vecchio membro rimasto) avrebbe potuto legittimamente valutare le offerte tecniche.

2.3.1. Le censure suindicate sono state complessivamente ed unitariamente respinte dal TAR Valle d'Aosta sulla scorta del ragionamento di seguito illustrato.

Il primo giudice ha premesso che *“la dott.ssa -OMISSIS-, quale presidente della commissione giudicatrice, ha reso la dichiarazione sulla insussistenza di cause di incompatibilità all'atto dell'insediamento della predetta commissione, quando le offerte dei partecipanti non erano note nel loro contenuto. Successivamente, in sede di esame delle predette offerte, e in particolare nel corso dell'analisi della relazione presentata dal concorrente -OMISSIS-avvenuta nella seduta riservata del 21 maggio 2021, è emersa la sussistenza di un rapporto di parentela tra la richiamata presidente della commissione*

*giudicatrice e un dipendente della predetta concorrente, incluso nel team destinato all'esecuzione dell'appalto. In conseguenza, di ciò, la commissione giudicatrice ha immediatamente interrotto i propri lavori e la dott.ssa -OMISSIS- si è dimessa dall'incarico; va aggiunto che contestualmente alle dimissioni della presidente, si è dimesso, per motivi personali, anche un altro componente, la dott.ssa -OMISSIS- (cfr. verbale di gara prot. 274/2021, all. 9 di parte ricorrente, prod. 28 settembre 2021)”.*

Il TAR ha quindi evidenziato che “*siffatto modus procedendi risulta corretto e privo dei vizi prospettati, considerato che la sussistenza della causa di incompatibilità, ossia il coinvolgimento nel team proposto dalla concorrente di un soggetto in relazione di parentela con la presidente della commissione giudicatrice, emerge dall'offerta e quindi dalla presa visione del contenuto della parte di offerta tecnica nella quale sono stati indicati i nominativi delle risorse umane destinate all'espletamento dei compiti connessi all'appalto. Rimane una pura supposizione che tale situazione fosse nota alla presidente di commissione precedentemente. La preesistenza della parentela non è un dato rilevante se non associato ad un potenziale interesse del parente collegabile al concorrente. Né tale interesse potrebbe considerarsi sempre e comunque insito nell'esistenza di un rapporto di lavoro, quasi che qualsiasi dipendente di qualsiasi impresa, anche multinazionale e con moltissimi dipendenti, debba intendersi interessato a qualsiasi gara cui partecipi il datore di lavoro. Così ragionando, si finirebbe per identificare l'interesse nel puro credito stipendiale, laddove l'art. 77, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016 – mediante il richiamo all'art. 51 c.p.c. e all'art. 42 stesso d. lgs., che a sua volta richiama l'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 – considera i rapporti di credito in quanto tali solo se relativi al commissario ed al coniuge, non anche ai parenti”.*

Ha altresì osservato il TAR che “*tale conclusione consente di non estendere il perimetro applicativo dell'istituto dell'incompatibilità (di stretta interpretazione, cfr. TAR Lombardia, Milano, II, 8 marzo 2021, n. 616) fino a ricomprendervi, in via anticipata e in astratto, la posizione di tutti i pubblici funzionari che potrebbero avere o intrattenere rapporti rilevanti con soggetti che potenzialmente possono operare in determinati settori e quindi potrebbero rivestire la posizione di controparte contrattuale della Pubblica Amministrazione: se ciò si può giustificare in presenza di imprenditori individuali o di*



*figure apicali incardinate nell'ambito di imprese anche societarie, non può certamente applicarsi allorquando si tratti soggetti che, sebbene inquadrati nell'ambito dell'organigramma di un'impresa, non rivestono all'interno della stessa posizioni di rilievo, essendo in tal caso da escludere, almeno in via ordinaria, il rischio di influenze indebite sia nella sfera pubblica che in quella del privato imprenditore. Nella specie, il rapporto di parentela che ha indotto la dott.ssa -OMISSIS- alla (successiva) astensione intercorre con un "amministrativo" (v. verbale di gara, munito di fede privilegiata) e non con uno degli amministratori o institori della concorrente -OMISSIS- trattandosi di una multinazionale con numerose filiali anche in Italia e con un rilevante numero di dipendenti, se ne deve dedurre che la posizione di un suo dipendente, non incaricato di funzioni direttive, non può dar luogo, secondo l'id quod plerumque accidit, a rischi di interferenze con eventuali soggetti pubblici che venissero in rapporto con la stessa, salvo ricorrano elementi particolari caratterizzanti la specifica situazione, quale, nella fattispecie, è appunto il coinvolgimento nello specifico progetto. Quindi solo in seguito all'effettiva conoscenza della situazione di incompatibilità è sorto l'obbligo di astensione dell'interessata, non essendo esigibile una tale condotta in una fase antecedente, allorquando nessun elemento concreto (e forse neanche potenziale) sussisteva in tal senso. Dal verbale della seduta del 21 maggio 2021 si legge che la commissione ha proceduto alla "lettura delle offerte tecniche" e che "Dall'analisi della relazione presentata dalla concorrente -OMISSIS- emerge in capo al Presidente di commissione un rapporto di parentela entro il secondo grado con un amministrativo della società coinvolgibile del concorrente stesso in caso di aggiudicazione. Tale legame non era riscontrabile prima dell'effettiva valutazione delle offerte"; la seduta è stata quindi sospesa e la presidente ha presentato nota di dimissioni. Se ne desume che la situazione di incompatibilità è emersa nel corso degli adempimenti di competenza della commissione propedeutici alla vera e propria valutazione delle offerte; difatti, come segnalato nel citato verbale n. 274/2021, relativo alle sedute del 18/21 maggio, la precedente adunanza del 29 aprile 2021, finalizzata alla verifica della formale regolarità e integrità delle offerte – poi conclusasi con l'ammissione alla gara di tutte quelle pervenute – non è stata svolta dalla commissione giudicatrice, ma da un seggio di gara avente una composizione differente e*

*appositamente costituito per tale compito (cfr. verbale del 29 aprile 2021, n. 211; all. 6 di -OMISSIS-, produzione del giorno 8 ottobre 2021).*

*15.3. In ogni caso, l'avvenuta sostituzione della dott.ssa -OMISSIS-, prima dell'avvio della fase di valutazione delle offerte tecniche, ha eliminato in radice ogni pericolo di violazione delle regole di imparzialità che devono presiedere allo svolgimento della procedura di selezione (cfr., per una fattispecie simile, TAR Lombardia, Milano, II, 8 marzo 2021, n. 616), rivelandosi corretta la determinazione dell'amministrazione di procedere alla sostituzione del componente-presidente della commissione quantunque fossero state avviate attività preliminari, irrilevanti di visione delle relazioni. Difatti, dal verbale relativo alle sedute del 18/21 maggio 2021, emerge che la commissione giudicatrice non aveva ancora avviato la vera e propria attività valutativa, ma aveva iniziato soltanto l'esame, necessariamente preliminare, delle offerte tecniche. Tale conclusione è avvalorata, oltre che dal tempo complessivamente impiegato per tali attività (circa otto ore e trenta) – non sproporzionato alla cognizione delle offerte di tutti i partecipanti –, anche dalla mancata redazione delle tabelle contenenti l'assegnazione dei punteggi alle varie componenti dell'offerta (come invece avvenuto nelle successive sedute ad opera della Commissione in composizione variata: cfr., da ultimo, verbale 11 giugno 2021, all. 9 di parte ricorrente). In ogni caso, la commissione nella composizione rinnovata ha interamente rinnovato l'attività di competenza, come si desume da detto verbale dell'11 giugno 2021, ove si legge che la medesima “inizia ... la lettura delle offerte tecniche”, sostituendo in toto le attività della precedente commissione e giungendo all'attribuzione dei punteggi parziali e totali alle offerte tecniche, come attestato dalle tabelle allegate al relativo verbale, e ciò impiegando in tempo di circa quattro ore superiore a quello impiegato dalla precedente commissione. Non assume rilievo determinante in senso opposto il riferimento ad attività descritta come valutativa e posta in essere dalla commissione nella sua originaria composizione, vista l'assenza di una prova certa in tal senso e stante la già segnalata mancanza di tabelle riepilogative dei punteggi in ipotesi assegnati in tali sedute; laddove invece la rinnovata commissione avesse utilizzato del tutto o in parte il materiale istruttorio predisposto in precedenza (tipo le griglie valutative, i supporti su cui operare, ecc.), tale evenienza non potrebbe determinare alcun vizio della procedura, atteso che è consentito ad una*

*commissione giudicatrice avvalersi della collaborazione di soggetti esterni ad essa o utilizzare elaborati redatti da altri, purché tali ausili abbiano una funzione di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima: difatti, secondo una consolidata giurisprudenza, «non è illegittimo di per sé che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, a condizione però che tali soggetti si limitino a svolgere compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima» (Consiglio di Stato, III, 17 giugno 2021, n. 4683; altresì, V, 11 ottobre 2021, n. 6782).*

*15.4. In conseguenza di quanto evidenziato, nessuna influenza risulta aver esercitato la dott.ssa -OMISSIS- sul membro della commissione che non è stato sostituito, il quale ha potuto prendere parte alla fase valutativa in senso stretto, effettuata dalla commissione in composizione (parzialmente e correttamente) rinnovata, senza alcun «pregiudizio» di sorta, considerata l'irrilevanza a tal fine di quanto posto in essere nel precedente stadio procedimentale.*

*16.- Ugualmente, venendo all'esame della seconda doglianza, il mancato svolgimento di attività valutativa in senso stretto da parte della commissione nella primigenia composizione rende irrilevante l'asserita partecipazione della dott.ssa -OMISSIS- al procedimento di redazione del contratto normativo della selezione. A prescindere dalla sussistenza di un effettivo apporto di quest'ultima al richiamato procedimento preparatorio, la sua sostituzione dalla carica di presidente della commissione antecedentemente alla valutazione delle offerte ha eliminato qualsiasi rischio di potenziale conflitto, nel pieno rispetto dell'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016.*

*Difatti, pur a fronte di un istituto – quello dell'incompatibilità – finalizzato a tutelare in astratto e non in concreto dai rischi derivanti da un conflitto di interessi, attraverso un avanzamento della soglia di tutela, non si può assolutizzare un tale livello di protezione, ampliandolo in maniera smisurata fino a ricomprendervi anche attività irrilevanti (come nella specie) o del tutto propedeutiche e meramente strumentali all'attività valutativa in senso stretto, rischiandosi altrimenti di recare un vulnus ad altri principi di derivazione costituzionale ed europea, quali il buon andamento, l'efficacia, l'efficienza e la continuità*

*dell'azione amministrativa. Del resto, come già rilevato in precedenza, è pacifico che le cause di incompatibilità vanno intese in senso restrittivo e non possono essere applicate in via analogica (cfr. TAR Lombardia, Milano, II, 8 marzo 2021, n. 616)".*

3. La sentenza suindicata costituisce oggetto dei motivi di appello formulati dall'originaria ricorrente, che saranno di seguito scrutinati ed al cui accoglimento si oppongono la Ausl Valle d'Aosta, la IN.Va s.p.a. e la -OMISSIS-. Sono stati, invece, abbandonati il III motivo, concernente le valutazioni svolte dalla Commissione di gara sulle offerte tecniche, ed il VII motivo avente ad oggetto la mancata suddivisione dell'appalto in lotti, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza sotto tali profili.

La causa, a seguito della reiezione dell'istanza cautelare (ordinanza n. 910/2022), è passata in decisione all'udienza pubblica del 23 giugno 2022.

4. Deve preliminarmente esaminarsi l'eccezione di inammissibilità dell'appello formulata dalla -OMISSIS-, la quale deduce che la data della procura speciale (e della firma digitale del legale rappresentante della società appellante) è del 31 dicembre 2021, mentre la data dell'appello è del 2 febbraio 2022. Dunque, la procura farebbe difetto dei necessari requisiti di specialità, poiché la sua datazione in epoca antecedente a quella dell'appello dimostra che la stessa è stata rilasciata senza che la parte conferente conoscesse il contenuto dell'atto.

4.1. L'eccezione non può essere accolta.

Come sancito da pregressa giurisprudenza, *“dal combinato disposto degli artt. 39 Cod. proc. amm. e 83 Cod. proc. civ. si evince .. che la procura speciale deve essere rilasciata prima o contestualmente all'atto sul quale è apposta, essendo rilevante la specialità della procura (assicurata dal riferimento ad una determinata lite) e non già la conoscenza, da parte del rappresentato, del contenuto degli atti difensivi predisposti dal procuratore legale”* (Cons. Stato, sez. V, n. 2522 del 2018).

Nel caso di specie il descritto elemento di specialità certamente sussiste, mentre è priva di rilievo, per le ragioni fatte proprie dal condivisibile indirizzo poc'anzi richiamato, l'inferenza sulla conoscenza o meno dei contenuti dell'atto.

5. Sostiene altresì la società appellata che i motivi di appello presenterebbero contenuto sostanzialmente ripropositivo dei corrispondenti motivi del ricorso introduttivo del giudizio, sicché difetterebbe il requisito della specificità delle censure imposto dall'art. 101 c.p.a..

Nemmeno la suddetta eccezione è meritevole di accoglimento, recando l'atto di appello, come si vedrà, specifiche e puntuali argomentazioni critiche validamente intese a conseguire, a prescindere dalla loro fondatezza, la riforma della sentenza appellata.

6. Può quindi procedersi all'esame nel merito dei motivi di appello.

Il primo motivo di appello concerne la dichiarazione con la quale -OMISSIS-, sulla scorta dell'esperienza maturata nell'esecuzione di appalti simili, ha attestato: a) che il margine di utile lordo è di € 1.044.666,49; b) che il costo per la sostituzione del personale e per l'assenteismo, in base alla propria esperienza, è di € 407.419,93, pari all'1,5% del fatturato; c) che il costo per la manodopera interna dedicata al servizio è di € 313.339,95; d) che detratte tali voci di costo (ed altre voci marginali) l'utile netto è di € 259.730,21.

La stessa -OMISSIS-S.p.a., sulla scorta della propria esperienza maturata nell'esecuzione di appalti simili, ha dichiarato che *“la percentuale di assenteismo medio da sopportare per la fornitura in oggetto sia pari all'1,5% del totale fatturato”* ( $27.161.328,64/100 \times 1,5 = 407.419,93$ ): il tasso, aggiunge la parte appellante, qualora calcolato solo sulla quota non soggetta a ribasso, e cioè sul costo del lavoro, sarebbe pari all'1,56% ( $26.116.662/100 \times 1,56 = 407.419,92$ ), corrispondente a 407.419,93 euro (39% del citato margine lordo).

6.1. La ricorrente si propone quindi di dimostrare la carenza istruttoria della valutazione di attendibilità dell'offerta formulata dal RUP, adducendo plurimi elementi che, a suo dire, avrebbero dovuto essere considerati e che deporrebbero nel senso della incongruità del tasso di assenteismo dichiarato dalla aggiudicataria. Emergerebbe, pertanto, uno scostamento tra i costi giustificati e quelli effettivi, tale da erodere il margine di utile dichiarato e da portare l'offerta in perdita.

6.2. A sostegno delle sue deduzioni, la parte appellante richiama le tabelle prodotte nel giudizio di primo grado, elaborate sulla scorta dei report trasmessi dall'Azienda USL, nell'ambito della gestione del servizio di somministrazione da essa precedentemente svolto, in ordine alle ore effettivamente lavorate dai lavoratori somministrati.

Sulla scorta di quei dati, facendo una media tra tutte le categorie professionali somministrate, emerge che il tasso di assenteismo registrato è pari al 2,741% del fatturato: percentuale che, aggiunge la parte appellante, si ripeterà probabilmente anche nell'esecuzione del servizio di somministrazione da parte del nuovo gestore, perché riferita alla medesima tipologia di contratto e alle medesime persone fisiche, tenuto conto della clausola sociale prevista dall'art. 5 del Capitolato che obbliga -OMISSIS- a riassumere il personale attualmente somministrato dall'R.T.I. di cui -OMISSIS- fa parte.

Ebbene, deduce la parte appellante, applicando il tasso di assenteismo del 2,74% al prezzo offerto da -OMISSIS-, il costo totale dell'assenteismo risulta ammontare a circa € 744.220,40 (in luogo di € 407.419,93), con un'incidenza sul margine di agenzia pari a circa 71,26% (in luogo del 39%). Dunque, per effetto del solo ricalcolo dell'assenteismo l'offerta di -OMISSIS- finirebbe per essere in perdita come minimo di € 77.071,00 circa.

6.3. Sotto altro profilo, la parte appellante prende in esame i dati relativi all'assenteismo degli ultimi anni pubblicati dall'Azienda USL Valle d'Aosta sul proprio sito istituzionale, nella sezione dell'Amministrazione trasparente (<http://trasparenza.partout.it/enti/AUSL/personale/tassi-assenza>).

Sebbene si tratti di tabelle riferite ai dipendenti interni e non a quelli somministrati, la loro utilità deriverebbe dal fatto di riferirsi ad identiche categorie di lavoratori, che svolgono le medesime mansioni e che, al pari dei lavoratori somministrati, sono sottoposte alla direzione e controllo dell'Azienda USL.

Ebbene, rappresenta la parte appellante, scorporata la percentuale relativa alle assenze per ferie nonché quella relativa a festività ed ex festività (assenze che,

come previsto dall'art. 6.7 del capitolato, sono completamente a carico dell'utilizzatore), dalle tabelle emerge un tasso di assenteismo che varia dal 12,39% del 2021 al 14,92% del 2020 e, infine, al 16,83% del 2021 (dato parziale, in quanto riferito al periodo gennaio-luglio 2021).

Scorporata da tale dato la percentuale di assenze che sono a carico di enti previdenziali, se ne ricava, secondo la ricorrente, che negli ultimi tre anni il tasso di assenteismo per i dipendenti interni dell'Azienda USL Valle d'Aosta è variato, indicativamente, dal 4,95% del 2019 al 5,968% del 2020 e, infine, al 6,732% del 2021 (dato parziale).

Anche queste percentuali, deduce la parte appellante, sono ben superiori a quelle indicate da -OMISSIS- nei propri giustificativi.

6.4. Infine, la parte appellante rileva che la stessa -OMISSIS-, nello specificare il costo del lavoro relativo al personale interno addetto alla commessa, ha quantificato l'assenteismo nella misura di € 66,01 al mese (cfr. verbale del RUP tabella n. 2 a pag. 3): ciò significa, facendo i debiti calcoli ( $66,01/3.300,63 = 0,0199 \times 100 = 1,99\%$ ), che il tasso di assenteismo è pari all'1,99%, percentuale ben diversa dall'1,5% dichiarato nei giustificativi.

Ora, sebbene il dato in questione sia riferito ai lavoratori interni a -OMISSIS- e non a quelli in somministrazione, questi ultimi, operando nel campo sanitario, saranno sicuramente più soggetti ad assenze per malattie ed infortuni rispetto ai primi, che sono degli amministrativi.

6.5. Il motivo di appello non è meritevole di accoglimento, in nessuno dei rilievi con esso veicolati.

6.6. E' opportuno, in via preliminare, ribadire i principi sanciti dalla giurisprudenza in tema di sindacato giurisdizionale sulla verifica dell'anomalia dell'offerta, come compendiate nella sentenza della Sezione n. 544 del 18 gennaio 2021, di cui vengono di seguito riportati i passaggi essenziali:

- mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole

circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale (Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5450; id., V 27 luglio 2017, n. 3702; id., III, 18 dicembre 2018, n. 7129);

- in questa stessa direzione, la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare l'attendibilità e la serietà della stessa sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce pur sempre espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla p.a. (cfr., ex multis, Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6689);

- un siffatto giudizio tecnico-discrezionale, per definizione, risulta insindacabile in sede giurisdizionale salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2018, n. 6689, cit.);

- in applicazione dei principi generali in tema di riparto dell'onere probatorio, spetta alla parte ricorrente che contesti l'operato dell'amministrazione, quando la stazione appaltante abbia concluso positivamente il giudizio di congruità dell'offerta, addurre argomenti idonei a confutare tale giudizio ed a sostenerne la sindacabilità in ambito giurisdizionale nei limiti sopra detti.

6.7. Applicando le illustrate coordinate interpretative alla fattispecie oggetto di giudizio, deve in primo luogo osservarsi che la parte appellante, al fine di dimostrare l'illogicità e la carenza istruttoria dell'esito positivo del sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, con particolare riferimento al tasso di assenteismo dichiarato nell'ambito dei giustificativi presentati, ha fornito tre elementi sintomatici, intesi a sostenere la non verosimiglianza del dato dell'1,5% indicato dalla controinteressata.

i) Ebbene, il Collegio rileva preliminarmente che la stessa pluralità delle ipotesi ricostruttive fornite in via alternativa dalla parte appellante, lungi dal porsi quale elemento corroborante la tesi sostenuta, si rivela essere un suo



fattore di fragilità, in quanto contraddice e nega quel requisito di univocità che, secondo la richiamata giurisprudenza, deve ricorrere affinché la valutazione della stazione appaltante possa effettivamente ritenersi inficiata nella sua logicità e correttezza.

ii) Deve infatti osservarsi che, quantomeno uno dei dati comparativi addotti dalla parte appellante, quello cioè relativo al tasso di assenteismo dichiarato da -OMISSIS- per i propri dipendenti interni (1,99%) - e che la stessa appellante dichiara idoneo a “*costituire un valido parametro di riferimento*” - non inficia la complessiva attendibilità dell’offerta.

Basti osservare che l’applicazione del suddetto tasso di assenteismo, in luogo di quello emergente dai giustificativi di -OMISSIS- con riferimento al personale somministrato, fa scaturire un costo per la sostituzione del personale e per l’assenteismo di € 540.510,44 ( $27.161.328,64/100 \times 1,99$ ), con uno scarto rispetto al costo di € 407.419,93, indicato dal concorrente in base alla propria esperienza, pari ad € 97.090,51, ampiamente ricompreso nel margine di utile quantificato nei giustificativi, pari ad € 259.730,21.

iii) Né a diverse conclusioni potrebbe pervenirsi facendo leva sul fatto che i somministrati, essendo destinati ad operare nel settore sanitario, sarebbero molto più esposti agli infortuni e, soprattutto, alle malattie rispetto ai dipendenti interni, con la conseguenza che il tasso dell’1,99% ai primi riferito dovrebbe essere rettificato in aumento.

Trattasi infatti di deduzione che, per la sua genericità, non consente di apprezzare – né del resto la parte appellante la àncora a dati univoci e determinati – che l’ipotizzato incremento causerebbe uno sforamento tale da determinare l’esecuzione in perdita del servizio da parte della aggiudicataria.

6.8. Ma a non diverse conclusioni deve pervenirsi in relazione agli ulteriori parametri evocati dalla parte appellante al fine di corroborare le sue asserzioni.

Vengono qui in rilievo i dati di assenteismo desunti dai report sulle ore lavorate trasmessi mensilmente dalla stazione appaltante alla parte appellante,

al fine di monitorare la pregressa gestione di cui era affidatario il RTI partecipato da -OMISSIS-.

Il TAR ha disconosciuto la rilevanza di tali dati, assumendo trattarsi di dati “interni” all’organizzazione aziendale dell’impresa già aggiudicataria, in quanto tali non comparabili con quelli dichiarati dall’attuale controinteressata nei propri giustificativi.

La parte appellante tenta di contraddire questa affermazione di irrilevanza adducendo, a riprova del carattere oggettivo dei dati allegati, che sulla determinazione del tasso di assenteismo dei somministrati, in quanto sottoposti al potere di direzione e controllo dell’utilizzatore, non influisce la capacità organizzativa aziendale del somministratore.

La tesi va tuttavia disattesa, dovendosi osservare in senso contrario che, come evidenziato dalla società resistente, la gestione complessiva del rapporto di lavoro spetta a quest’ultimo (il somministratore) e fa parte del complessivo servizio “acquistato” dall’utilizzatore, come si evince testualmente dall’art. 1 (“Oggetto della gara”) del Disciplinare, ai sensi del quale *“il servizio è da considerarsi comprensivo anche dell’attività di ricerca, selezione, formazione e gestione del personale”*.

Da questo punto di vista, non trova pacifico riscontro l’assunto attoreo della “neutralità” del dato allegato, al fine di inficiare l’attendibilità del tasso di assenteismo dichiarato nei giustificativi dalla aggiudicataria, rispetto alla specificità organizzativa del singolo imprenditore.

Va poi osservato che a sostegno dei dati forniti dalla appellante a dimostrazione della utilizzabilità, quale valido parametro di riferimento, del tasso del 2,74% - da essa elaborato sulla scorta dei dati inerenti all’assenteismo desunti dai report aziendali relativi alla pregressa gestione del servizio di somministrazione - non sono stati prodotte in primo grado né le buste paga, né le timbrature di entrata ed uscita, né le fatture emesse per tutto il periodo triennale preso a riferimento. Al fine di comprovare le tabelle esplicative versate agli atti del giudizio, la parte si è limitata a depositare il

report del solo mese di agosto 2021, notoriamente caratterizzato da un maggior ricorso al meccanismo delle turnazioni.

A tanto deve aggiungersi che, come ancora evidenziato dalla società resistente, i dati forniti dalla ricorrente sono parziali e, quindi, non idonei a costituire valida base di riferimento per inficiare l'attendibilità del tasso di assenteismo dichiarato dalla aggiudicataria, ove si consideri che il precedente contratto è stato aggiudicato al RTI formato da -OMISSIS- e Synergie Italia nell'ambito di una ripartizione del servizio che vedeva affidato alla prima il solo 30% della complessiva commessa ed alla seconda, nella veste di mandataria, la più ampia percentuale del 70%.

Non può non osservarsi, poi, che la clausola sociale presente nella *lex specialis* della gara *de qua* (art. 5 del Capitolato) - sulla quale fa leva la parte appellante al fine di sostenere la trasmigrabilità dei dati sull'assenteismo emersi nel corso della precedente gestione del servizio di somministrazione al nuovo appalto - se da un lato prevede l'obbligo dell'aggiudicatario di assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze del gestore uscente; dall'altro lato prevede anche che ciò debba avvenire “*salvo che il numero dei dipendenti e la loro qualifica sia armonizzabile con l'organizzazione dell'impresa aggiudicataria o per volontà dei soggetti interessati*”. E' quindi riconosciuto uno spazio decisionale all'impresa subentrante, in ordine alla continuità dei rapporti di lavoro preesistenti, che, costituendo la sede ulteriore per l'esplicazione della sua autonomia organizzativa, fa da sfondo alla possibilità di determinare autonomamente il relativo tasso di assenteismo, basato sulla pregressa esperienza da essa maturato in ordine a tale settore imprenditoriale.

Deve infine aggiungersi che non è condivisibile la successiva deduzione della parte appellante secondo cui il giudice di primo avrebbe dovuto fare applicazione, con riferimento ai dati aziendali, del principio di non contestazione, ex art. 64 c.p.a., non avendo detti dati costituito oggetto di rilievi da parte della stazione appaltante. La parte appellante non tiene conto

delle diffuse repliche formulate sul punto dalla società controinteressata, parte al pari della stazione appaltante del giudizio di primo grado.

6.9. Per quanto concerne invece i dati sull'assenteismo pubblicati dall'Azienda USL nella sezione Amministrazione trasparente - sulla scorta dei quali, come si è detto, la parte appellante si prefigge di ricostruire un ulteriore indice di riferimento alla luce del quale ponderare l'attendibilità della percentuale dichiarata dalla aggiudicataria - è qui sufficiente osservare, al fine di confermare la correttezza della sentenza appellata in ordine alla statuizione di non comparabilità dei dati posti a confronto, che questi dati si riferiscono a categorie di lavoratori diversi (interni all'Azienda vs personale somministrato) e non assimilabili nella prospettiva in esame.

Come evidenziato dalla società appellata, un'ulteriore ragione per escludere la confrontabilità dei dati suddetti attiene al fatto che i dati relativi al personale (interno) della AUSL sono espressi in percentuale sulle ore lavorate, lavorabili, etc., mentre quelli indicati da -OMISSIS- sono espressi in percentuali di fatturato.

7. Mediante il successivo motivo di appello, la parte appellante ricorda di aver censurato, in sede introduttiva del giudizio, le risultanze del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria con riferimento ai costi interni della manodopera che, sulla base dei giustificativi, inciderebbero nella misura del 30% del margine, per una somma complessiva di € 313.339,95.

Esponde la ricorrente che a tale risultato -OMISSIS- era pervenuta considerando: a) che i dipendenti interni destinati ad occuparsi dell'appalto sono mediamente inquadrati nel III livello; b) che il III livello prevede un costo orario di € 20,04, desunto dalle tabelle del CCNL Commercio; c) che il servizio può essere espletato con la messa a disposizione di 260 ore uomo/mese (15.638,72 ore per l'intera durata del contratto).

Ebbene, secondo la parte appellante, l'esito positivo della valutazione di anomalia, non avrebbe adeguatamente tenuto conto del fatto che:

- il personale impiegato nell'appalto, per come viene descritto nella relazione tecnica di -OMISSIS-, è sicuramente di livello superiore al III;
- il personale di III livello, per come è stato descritto nella relazione tecnica, ha un costo orario superiore a € 20,04.

7.1. Con riferimento al primo aspetto, infatti, -OMISSIS- ha descritto il team dedicato al servizio come composto: a) da 3 figure chiave; b) da 6 risorse che operano nelle strutture centrali, appartenenti alle divisioni del public sector (team di coordinamento); c) da 16 risorse che operano nelle filiali di Aosta, Ivrea e Torino medical.

Le 25 persone costituenti il predetto team sono state descritte nella relazione tecnica di -OMISSIS- come altamente qualificate e con pluriennale esperienza. A mero titolo esemplificativo si legge, infatti, nella relazione tecnica:

- che il referente di selezione *“dispone di un'esperienza specifica nell'ambito della selezione del personale di 19 ANNP”* (§ B.3);
- che il team di coordinamento, con le relative 6 risorse ad esso dedicato, è *una “struttura specialistica centrale”* con *“la responsabilità della governance del progetto e il compito di garantire processi e strumenti adeguati ed efficienti”* (pag. 2 della relazione);
- che il team operativo è composto dai 16 dipendenti, tutti qualificati come *“specialisti”*, che lavorano nelle filiali di Aosta, Ivrea e, soprattutto, nella filiale di Torino medical, che viene definita come *“filiale interamente specializzata nella ricerca e selezione di profili appartenenti al settore sociosanitario”* (pag. 8).

D'altra parte, è lo stesso capitolato ad imporre, quanto meno per le tre figure chiave, specifiche pluriennali competenze di tipo manageriale (art. 8.1, 8.2 e 8.3 del capitolato).

In ultima analisi, rileva la parte appellante, le 25 persone (+ 1 aggiuntiva) che -OMISSIS- ha dichiarato di destinare alla gestione del contratto appartengono come minimo – e non come media – al III livello del CCNL Commercio.

Aggiunge la parte appellante che -OMISSIS-, costituendosi in giudizio, non ha negato che il team dedicato al servizio debba essere effettivamente

inquadrate in livelli superiori al III livello del CCNL Commercio, né ha prodotto le buste paga dei 25 dipendenti a dimostrazione del contrario, ma si è limitata a sostenere che le 260 ore al mese da dedicare all'appalto non sono riferite al personale indicato nella relazione tecnica, ma ad un personale aggiuntivo, che verrà assunto *ex novo* se ce ne sarà la necessità, a potenziamento di quello esistente; e che le 25 persone indicate nella relazione tecnica sotto la voce "*Team dedicato al servizio*" non rappresentano un costo, essendo dipendenti interni già stipendiati.

Ebbene, osserva in senso critico la parte appellante, le suddette deduzioni non sono mai state formulate nei giustificativi presentati nel procedimento di verifica della congruità dell'offerta, ma solo in sede di giudizio.

In ogni caso, aggiunge la parte appellante, non sarebbe corretto sostenere che il tempo dedicato al servizio da parte del personale già assunto non costituisca un costo di cui tener conto (quanto meno *pro quota* in relazione alle sole ore dedicate al servizio).

Infine, il costo del lavoro per i dipendenti inquadrati nel III livello non è di € 20,04 all'ora, come dichiarato da -OMISSIS-, in quanto le 25 (+ 1) persone dedicate al servizio sono descritte nella relazione tecnica come specializzate e con pluriennale esperienza: di conseguenza, esse godranno di scatti di anzianità, premi, permessi sindacali, superminimi, indennità di trasferta (ad es. le 6 risorse nelle strutture centrali, costituenti il team di coordinamento, "*si renderanno immediatamente disponibili ad intervenire anche localmente in caso di necessità*", pag. 8 relazione) e indennità per lavoro notturno e straordinario ("*la referente delle selezioni sarà ovviamente contattabile in qualsiasi momento anche tramite telefono cellulare*", pag. 2; le "*3 figure chiave si interfaceranno costantemente con l'Ente committente...*", pag. 8; "*presidio del servizio a 360°*", pag. 2).

Per avere una stima dei costi reali, -OMISSIS- richiama le tabelle che il Sole 24 Ore ha pubblicato nel maggio 2021 per il settore "commercio e terziario confcommercio", ove si legge che il costo del lavoro per un impiegato di III livello è di € 23,57 all'ora, per uno di II livello è di € 26,46 e per uno di I

livello è di € 29,53, per cui i costi interni della manodopera finirebbero per ammontare, se tutti i dipendenti fossero di III livello, ad € 368.587,66 (15.638x23,57); se fossero di II livello, ad € 413.937,86 (15.638x26,46); se fossero di I livello, ad € 461.790,14 (15.638x29,53), con la conseguente antieconomicità dell'offerta di -OMISSIS-, perché i costi lieviterebbero da un minimo di 50 mila ad un massimo di € 150 mila in più rispetto a quanto stimato dalla controparte.

7.2. La parte appellante prende infine in esame il passaggio della valutazione di anomalia che ha ritenuto corretta la stima *ad abundantiam* di 260 ore al mese dedicate al servizio da parte dei 25 (+1) dipendenti, in quanto, per effetto della clausola sociale, gran parte dell'attività di selezione potrebbe essere bypassata.

Al riguardo la appellante osserva che:

- 260 ore al mese divise per i 26 dipendenti dedicati equivalgono a 10 ore per persona (poco più di una giornata lavorativa al mese);
- la dipendente della filiale di Aosta già di per sé, essendo assunta a tempo pieno (almeno si suppone), finisce per assorbire quasi completamente il monte ore dedicato;
- l'aver previsto una struttura complessa e, per quanto si comprende, costantemente reperibile anche in orario notturno e festivo, implica dei costi fissi non eludibili e, comunque, non completamente ammortizzabili per effetto di altre commesse;
- alla voce 4 delle giustificazioni, riguardante le sostituzioni del personale, - OMISSIS-S.p.a. non ha quantificato alcun costo in quanto ricompreso nella voce relativa ai costi del personale interno (con ciò limitando ulteriormente il monte ore complessivo).

Per queste ragioni, essa conclude, la stima di 260 ore al mese, anche in considerazione della tipologia di team dedicato, appare adeguata e non comprimibile.

7.3. Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Il nucleo della censura consiste nell'affermazione di insufficienza della stima dichiarata da -OMISSIS- nei propri giustificativi con riguardo ai costi interni della manodopera, pari ad € 313.339,95, corrispondenti al 30% del margine aziendale e pari al costo complessivo delle 260 ore uomo/mese all'uopo calcolate, a fronte di un costo orario, per un lavoratore inquadrato al III livello del CCNL Commercio, di € 20.04: ciò tenuto conto del fatto che il team dedicato al servizio, come si evince dalla relazione tecnica della aggiudicataria, è formato da 25 figure professionali (3 figure chiave + 6 risorse che operano nelle strutture centrali, appartenenti alle divisioni del public sector (team di coordinamento) + 16 risorse che operano nelle filiali di Aosta, Ivrea e Torino medical) altamente qualificate e con pluriennale esperienza, con la conseguenza che il III livello, che la aggiudicataria ha indicato come il livello medio delle figure appartenenti al suddetto team, dovrebbe in realtà considerarsi come quello "minimo".

Questa conclusione sarebbe confermato dal fatto che, in sede processuale, -OMISSIS- non ha contestato che i componenti del team siano inquadrati in un livello superiore al III né ha prodotto, al fine di smentire tale ricostruzione, le relative buste paga, incentrando le sue difese sulla tesi secondo cui le 260 ore indicate nei giustificativi non corrisponderebbero a quelle disimpegnate dal team indicato nell'offerta tecnica, il cui costo sarebbe già ammortizzato nel bilancio aziendale, ma ad eventuale personale "aggiuntivo" di cui fosse stata eventualmente necessaria l'acquisizione per soddisfare le esigenze della stazione appaltante.

7.4. Ciò premesso, ritiene la Sezione che la lettura dei giustificativi non fa emergere alcuna necessaria correlazione tra l'importo indicato in relazione ai costi interni della manodopera ed il costo del team indicato nella relazione tecnica, tale da inficiare la plausibilità dell'impostazione difensiva della società controinteressata, oggetto dei rilievi critici della parte appellante.

Dalle giustificazioni si evince, infatti, in primo luogo, che l'attività di selezione e reclutamento vengono svolte costantemente ed indipendentemente da



“specifiche richieste di fornitura di personale”, costituendo “parte integrante dell’attività imprenditoriale” di -OMISSIS-, la quale viene espletata attraverso le 200 filiali già presenti sul territorio nazionale, operanti secondo metodologie e con l’ausilio di strumenti che “riducono al minimo i tempi di intervento umano”.

Dai suddetti giustificativi si evince inoltre che, al fine di soddisfare le esigenze della stazione appaltante, -OMISSIS- si avvarrà delle filiali di Aosta ed Ivrea oltre che dei profili selezionati dalla Divisione specializzata medical presente nell’Headquarter e dalla filiale specializzata Torino medical.

Dunque, già dai rilievi che precedono si ricava che, ai fini della selezione e del reclutamento del personale da destinare all’appalto di cui si tratta (peraltro limitatamente al fabbisogno di personale non soddisfatto mediante l’applicazione della clausola sociale, ovvero al fine di far fronte ad eventuali assenza del personale diretto e/o a picchi di attività), la -OMISSIS- si avvarrà dell’attività già “costantemente” svolta dalle sue filiali operative, competenti per territorio e per la natura (sanitaria) del personale da somministrare.

Si giustifica, quindi, l’assunto secondo cui essa non dovrà sostenere costi ulteriori, per l’esecuzione della commessa, rispetto a quelli già sostenuti per lo svolgimento della sua attività statutaria: ciò anche con riguardo ai componenti del team, che sono già incardinati presso la struttura aziendale e concorrono ordinariamente, anche indipendentemente da specifiche esigenze proprie della singola stazione appaltante, alla realizzazione della mission produttiva.

Deve inoltre osservarsi che, una volta espunti i costi relativi al personale già in servizio (compresi i componenti del team indicato nella relazione tecnica) - in quanto già “ammortizzati” e non produttivi di oneri ulteriori direttamente connessi all’esecuzione della specifica commessa - gli oneri indicati nei giustificativi non possono che riguardare il personale ulteriore ed “aggiuntivo” di cui dovesse rendersi necessaria l’assunzione al fine di realizzare le specifiche esigenze del servizio *de quo*, ove non soddisfatte dal personale già presente nell’organico aziendale.

Se, tuttavia, tale fabbisogno ulteriore di manodopera non riguarda le figure già presenti in azienda, non può predicarsi, ai fini della individuazione del relativo livello di inquadramento (eventualmente, come ipotizzato dalla parte appellante, superiore al III del CCNL Commercio) l'indissolubile collegamento con le professionalità specializzate che fanno parte – per richiesta della *lex* di gara e/o scelta aziendale formulata in offerta – del team suindicato.

Si giustifica, quindi, il riferimento effettuato nei giustificativi all'inquadramento medio nel medesimo III livello dei dipendenti diretti di - OMISSIS-, utilizzabile ai fini della determinazione del costo del lavoro connesso al personale “aggiuntivo” da assumere, ove necessario.

7.5. Ad ulteriore conforto della conclusione che precede, deve osservarsi che nelle medesime giustificazioni, ai fini della stima dei costi interni della manodopera, si fa riferimento a quelli relativi alla “*manodopera dedicata al servizio*”, quantificando il relativo monte orario in “*15.600 ore uomo messe a disposizione della USL Valle d'Aosta (...) pari a oltre 260 ore uomo mese*”, laddove l'attività “ordinaria” di reclutamento e selezione – quella cioè disimpegnata indipendentemente dalle esigenze della specifica stazione appaltante – viene svolta, come si è detto, da figure professionali già incardinate nell'organico aziendale e che operano “trasversalmente” alle diverse commesse di cui l'impresa è titolare.

Svelata la non fondatezza della censura suindicata, ed acclarato che il costo orario di € 20,04 non riguarda i componenti (specializzati) del team, ne consegue inevitabilmente un identico esito con riguardo alla censura intesa a lamentare la sottostima del costo del lavoro relativamente al personale facente parte di tale gruppo di lavoro, tanto più in quanto, come si è detto, esso è adibito allo svolgimento di compiti non esclusivamente riservati alla commessa in esame.

7.6. Quanto invece alle ulteriori deduzioni intese a censurare l'operato del RUP, basti osservare, per escludere la loro incidenza sulla valutazione di

anomalia, che la stessa parte appellante ne dichiara la rilevanza “marginale”, evidentemente incompatibile con i limiti entro cui deve muoversi il sindacato giurisdizionale *in subiecta materia*, siccome inteso a porre in evidenza profili “macroscopici” di illogicità o di irragionevolezza, tali da dimostrare la complessiva inattendibilità dell’offerta esaminata.

8. Con l’ultimo motivo di appello, la parte appellante prende in esame la posizione della Presidente della commissione di gara, originariamente nominata nella persona della dott.ssa -OMISSIS--, poi sostituita a seguito della sua dichiarazione di dimissioni, essendone emersa la posizione di incompatibilità rispetto alla -OMISSIS-(all’interno del cui team è risultato presente un parente della commissaria).

L’appellante deduce che la nuova commissione giudicatrice è stata nominata dopo che le buste tecniche erano state, non solo aperte, ma anche esaminate e, soprattutto, esaminate da parte di un componente che era incompatibile per conflitto di interesse: ammettere in un caso simile la possibilità che la commissione prosegua i lavori (e che, quindi, non sia nominata una nuova commissione), previa sostituzione del commissario incompatibile, finirebbe per legittimare il rischio che un commissario, peraltro presidente nel caso di specie, possa influenzare il giudizio degli altri commissari.

D’altra parte, a differenza di quanto affermato dal TAR, l’attività svolta dalla dott.ssa -OMISSIS-non può considerarsi meramente propedeutica, non essendovi nei verbali la minima traccia di ciò che la prima e la seconda commissione abbiano visionato o fatto durante la loro attività e risultando solo che la prima commissione ha lavorato per 8 ore e 45 minuti mentre la seconda per 10 ore e 40 minuti (durante i quali si è anche proceduto a stilare la graduatoria dei punteggi). Né potrebbe sostenersi che l’attività della dott.ssa -OMISSIS-sia risultata ininfluenza sul giudizio finale, tant’è che -OMISSIS-Italia s.p.a. è risultata prima nella graduatoria tecnica (e quarta in quella finale). Aggiunge la parte appellante che le cause di incompatibilità operano in astratto, a prescindere cioè dalla concreta dimostrazione che il commissario

incompatibile abbia o meno influenzato la decisione finale; d'altra parte, se la causa di incompatibilità fosse conosciuta fin da subito, il commissario non potrebbe accettare l'incarico, nemmeno per espletare le attività cosiddette propedeutiche.

Neppure può trascurarsi - quale dato di comune esperienza - che durante la lettura delle relazioni tecniche i commissari di norma si confrontano o fanno commenti, senza che necessariamente questa attività si traduca in un immediato giudizio oggetto di verbalizzazione, il che comprova l'oggettiva compenetrazione che sussiste tra attività propedeutica e attività valutativa.

Ebbene, se l'art. 77, comma 11, d.lvo n. 50/2016 esclude che non possa essere riconvocata la medesima commissione quando l'annullamento in sede giudiziaria dipenda da un suo vizio di composizione, non si comprende perché, in sede amministrativa, non debba valere la medesima regola e si possa consentire la prosecuzione della gara mediante sostituzione del solo membro incompatibile.

8.1. Il motivo deve essere in primo luogo dichiarato inammissibile, non contenendo specifiche censure rivolte alla sentenza appellata nella parte in cui ha escluso in radice che, prima della scoperta (attraverso la lettura dell'offerta tecnica di -OMISSIS-) della causa di incompatibilità, fosse ravvisabile un obbligo di astensione in capo alla dott.ssa -OMISSIS-: ci si riferisce, in particolare, al passaggio della sentenza appellata in cui si evidenzia che *“la sussistenza della causa di incompatibilità, ossia il coinvolgimento nel team proposto dalla concorrente di un soggetto in relazione di parentela con la presidente della commissione giudicatrice, emerge dall'offerta e quindi dalla presa visione del contenuto della parte di offerta tecnica nella quale sono stati indicati i nominativi delle risorse umane destinate all'espletamento dei compiti connessi all'appalto. Rimane una pura supposizione che tale situazione fosse nota alla presidente di commissione precedentemente. La preesistenza della parentela non è un dato rilevante se non associato ad un potenziale interesse del parente collegabile al concorrente. Né tale interesse potrebbe considerarsi sempre e comunque insito nell'esistenza di un rapporto di lavoro, quasi che qualsiasi dipendente di qualsiasi impresa,*

*anche multinazionale e con moltissimi dipendenti, debba intendersi interessato a qualsiasi gara cui partecipi il datore di lavoro. Così ragionando, si finirebbe per identificare l'interesse nel puro credito stipendiale, laddove l'art. 77, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016 – mediante il richiamo all'art. 51 c.p.c. e all'art. 42 stesso d. lgs., che a sua volta richiama l'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 – considera i rapporti di credito in quanto tali solo se relativi al commissario ed al coniuge, non anche ai parenti”.*

L'omissione di specifiche censure sul punto non può che travolgere anche le espresse deduzioni attoree, atteso che esse, nel sostenere la necessità di una revisione integrale della composizione della commissione di gara a seguito delle dimissioni della dott.ssa -OMISSIS-, al fine di scongiurare il pericolo di condizionamento dei commissari rimasti nel collegio, si fondano appunto sul presupposto che, anche antecedentemente alla sostituzione, l'imparzialità della suddetta fosse minata dalla causa di incompatibilità ed avesse quindi alterato la genuinità dei lavori svolti fino a quel momento dal collegio.

8.2. In ogni caso, le deduzioni della parte appellante, intese a sostenere che la dott.ssa -OMISSIS- avrebbe violato il suo dovere di astensione (insieme a quello, strumentale, di carattere dichiarativo in ordine alla sussistenza di eventuali situazioni di incompatibilità), in tal modo inficiando, in virtù della interferenza verificatasi tra sfera personale e sfera istituzionale del pubblico funzionario, i presupposti di trasparenza ed imparzialità che devono accompagnare l'attività della P.A., non possono essere condivise.

Deve in proposito osservarsi che la norma cardine, al fine di verificare la sussistenza di una situazione di incompatibilità in capo ad un componente della commissione di gara, è individuabile nell'art. 77, comma 6, d.lvo n. 50/2016, a mente del quale *“si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice”*.

Tra le fattispecie generatrici della situazione (potenziale) di incompatibilità e, quindi, del conseguente dovere di astensione del commissario viene in rilievo, in particolare, quella che l'art. 51, comma 2, c.p.c. riconduce alla sussistenza di

*“gravi ragioni di convenienza” nonché quella di cui all’art. 42, comma 2, d.lvo cit., ai sensi del quale “si ha conflitto d’interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l’obbligo di astensione previste dall’articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62”.*

Il richiamato art. 7 d.P.R. n. 62/2013, a sua volta, dispone che *“il dipendente si astiene dal partecipare all’adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”.*

Infine, il comma 2 dell’art. 6 del medesimo d.P.R. dispone che *“il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado”.*

8.3. Ebbene, le disposizioni citate fondano la situazione di conflitto di interessi (tra l’interesse pubblico, che deve essere obiettivamente ed imparzialmente perseguito dal pubblico funzionario, e quello personale) sulla incidenza della sua attività su interessi propri del dipendente o, per quanto rileva ai fini della presente controversia, di suoi parenti.

Ciò posto, deve escludersi che l’attività di commissario sia suscettibile di incidere – finché non emerga un più diretto coinvolgimento del dipendente o

del suo parente nella vicenda amministrativa in ordine alla quale il primo debba adottare una decisione, quale nella fattispecie in esame si è avuto con la scoperta dell'inserimento del parente della dott.ssa Donnaz nel team destinato dalla -OMISSIS-all'esecuzione del servizio de quo – su un interesse proprio del medesimo ovvero di un suo parente che lavori alle dipendenze di un potenziale concorrente.

Invero, tra il (potenziale) concorrente alla gara ed i suoi lavoratori si instaura un rapporto contrattuale che, da un lato, ne rimarca l'alterità soggettiva, dall'altro lato non consente di identificare uno specifico e concreto interesse che i secondi abbiano all'acquisizione, da parte dell'impresa dalla quale dipendano, di una ulteriore commessa, tale da minare l'imparzialità del commissario, che abbia con uno di quei lavoratori un rapporto di parentela, chiamato a valutare l'offerta da esso presentata (o che potrebbe astrattamente presentare).

Deve infatti osservarsi che l'assetto di interessi intercorrente tra l'impresa ed i suoi dipendenti è cristallizzato dal contratto di lavoro, con la conseguenza che l'esito della gara, cui la prima intenda partecipare, è insuscettibile di riverberare effetti immediatamente vantaggiosi a favore dei secondi, diversi ed ulteriori rispetto a quelli, inderogabili per le parti, che sono fissati dalle clausole di quel contratto e che sono permeati dalla tendenziale contrapposizione degli interessi di cui le due figure sono rispettivamente titolari.

L'impresa, quindi, nelle multiformi espressioni soggettive in cui si manifesta e struttura, e tanto più quando, come nella specie evidenziato dal TAR e non confutato dalla parte appellante, si tratti di *“una multinazionale con numerose filiali anche in Italia e con un rilevante numero di dipendenti”*, interpone uno schermo tra gli interessi del dipendente e quello pubblico che deve essere perseguito dal pubblico funzionario, pur chiamato ad assumere decisioni e/o ad esprimere valutazioni incidenti sugli interessi facenti capo alla prima, con la conseguente non predicabilità, agli effetti applicativi delle norme in tema di incompatibilità

e dovere di astensione del pubblico dipendente, di una incidenza diretta dell'attività di quest'ultimo sugli interessi personali dei suoi lavoratori.

8.4. Del resto, l'intensità che deve caratterizzare il rapporto di cointeressenza tra il dipendente ed il terzo è rimarcata dalla qualificazione di "gravità" delle ragioni di convenienza generatrici del dovere di astensione, prevista dalle disposizioni citate: gravità che, a differenza della fattispecie esaminata, si configurerebbe laddove fosse più stretto il rapporto di immedesimazione, anche in termini di interessi, tra il (potenziale) concorrente ed il parente del commissario, come si verificherebbe laddove, come evidenziato dal TAR, il primo rivestisse il ruolo di amministratore o institore ovvero fosse comunque "*incaricato di funzioni direttive*".

8.5. Discende, dai rilievi che precedono, che non può trovare accoglimento il tentativo della parte appellante di anticipare il "quando" della (doverosa) dichiarazione di dimissioni della dott.ssa Donnaz, rispetto al momento in cui ha appreso del coinvolgimento del parente nell'esecuzione dell'appalto, a quello stesso in cui è stata investita delle funzioni di Presidente della commissione di gara, non potendosi ritenere che, già in quella fase, e pur potendo ragionevolmente presumersi che ella fosse a conoscenza del fatto che il parente si trovava alle dipendenze della -OMISSIS-e che questa operasse nello specifico settore cui ineriva la gara in cui era stata chiamata a svolgere quelle funzioni, fosse configurabile una situazione di conflitto di interesse da cui far derivare quel dovere, come sostenuto dalla parte appellante.

8.6. Né può condurre a diverse conclusioni il disposto dell'art. 6, comma 1, d.P.R. n. 62/2013, ai sensi del quale "*il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:*

*a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti*



*rapporti di collaborazione;*

*b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate”.*

Deve infatti osservarsi che, da un lato, la norma non attiene direttamente ai limiti applicativi del dovere di astensione, ma agli oneri informativi del dipendente all'atto dell'assunzione dell'ufficio, dall'altro lato, essa ha come presupposto la sussistenza, non ravvisabile nella fattispecie in esame, di *“rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti”* che il funzionario *“abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni”*.

8.7. Il riferimento normativo, tuttavia, è utile nella misura in cui consente di evidenziare che anche le Linee Guida ANAC n. 15, richiamate più volte dalla parte appellante a conforto delle sue deduzioni, specificano, in relazione ad esso, che *“a titolo esemplificativo si può far riferimento all'ipotesi in cui un funzionario sia parente di un imprenditore che abbia interesse a partecipare, per la sua professionalità, alle gare che la stazione appaltante deve bandire”*: ciò a dimostrazione della inidoneità del rapporto di parentela con un semplice dipendente, in mancanza di ulteriori e qualificati elementi, a generare, in via automatica e incondizionata, il predicato dovere di astensione.

9. Deduce inoltre la parte appellante che la dott.ssa -OMISSIS- risulta aver partecipato alla redazione del *“Contratto normativo per il servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato”*, come emerge dal documento in formato pdf presente nella piattaforma on line della Centrale di committenza. Risulterebbe pertanto violato l'art. 77, comma 4, d.lvo n. 50/2016, a norma del quale i commissari non devono aver svolto *“alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*, e ciò fin dall'inizio delle attività della commissione giudicatrice.

La parte appellante richiama quindi i rilievi in precedenza formulati al fine di dimostrare l'inestricabilità, nella fattispecie, del momento preparatorio rispetto a quello strettamente valutativo.

9.1. Anche tale motivo presenta evidenti profili di inammissibilità.

Il TAR, al fine di dimostrare l'assenza di effetti perturbatori sulla attività valutativa della commissione, ha svolto le seguenti considerazioni:

*“l'avvenuta sostituzione della dott.ssa -OMISSIS-, prima dell'avvio della fase di valutazione delle offerte tecniche, ha eliminato in radice ogni pericolo di violazione delle regole di imparzialità che devono presiedere allo svolgimento della procedura di selezione (cfr., per una fattispecie simile, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 8 marzo 2021, n. 616).*

*Difatti, dal verbale relativo alle sedute del 18/21 maggio 2021, emerge che la Commissione giudicatrice non aveva ancora avviato la vera e propria attività valutativa, ma aveva iniziato soltanto l'esame, necessariamente preliminare, delle offerte tecniche. Tale conclusione è avvalorata, oltre che dal tempo complessivamente impiegato per tali attività (circa otto ore e trenta) – non sproporzionato alla cognizione delle offerte di tutti i partecipanti –, anche dalla mancata redazione delle tabelle contenenti l'assegnazione dei punteggi alle varie componenti dell'offerta (come invece avvenuto nelle successive sedute ad opera della Commissione in composizione variata: cfr., da ultimo, verbale 11 giugno 2021, all. 9 di parte ricorrente).*

*In ogni caso, la Commissione nella composizione rinnovata, ha interamente rinnovato l'attività di competenza, come si desume da detto verbale dell'11 giugno 2021, ove si legge che la medesima “inizia ... la lettura delle offerte tecniche”, sostituendo in toto le attività della precedente Commissione, e giungendo all'attribuzione dei punteggi parziali e totali alle offerte tecniche, come attestato dalle tabelle allegate al relativo verbale, e ciò impiegando un tempo di circa quattro ore superiore a quello impiegato dalla precedente Commissione. Non assume rilievo determinante in senso opposto il riferimento ad attività descritta come valutativa e posta in essere dalla Commissione nella sua originaria composizione, vista l'assenza di una prova certa in tal senso e stante la già segnalata mancanza di tabelle riepilogative dei punteggi in ipotesi assegnati in tali sedute; laddove invece la rinnovata Commissione avesse utilizzato del tutto o in parte il materiale istruttorio predisposto in precedenza (tipo le griglie valutative, i supporti su cui operare, ecc.) – e ciò giustificerebbe pure la congruità delle tempistiche riferibili all'attività delle due Commissioni –, tale evenienza non potrebbe determinare alcun vizio della procedura, atteso che è consentito ad*

*una Commissione giudicatrice avvalersi della collaborazione di soggetti esterni ad essa o utilizzare elaborati redatti da altri, purché tali ausili abbiano una funzione di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima: difatti, secondo una consolidata giurisprudenza, "non è illegittimo di per sé che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, a condizione però che tali soggetti si limitino a svolgere compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima" (Consiglio di Stato, III, 17 giugno 2021, n. 4683; altresì, V, 11 ottobre 2021, n. 6782)".*

Ebbene, nessuna specifica censura è stata formulata dalla parte appellante al fine di confutare le articolate osservazioni svolte dal TAR, anche mediante puntuali riferimenti alla documentazione di gara, in ordine al carattere meramente preparatorio dell'attività svolta dalla commissione prima della sostituzione della dott.ssa Donnaz: a fronte dei riferimenti documentali operati dalla sentenza appellata, invero, l'assunto secondo cui i commissari si scambierebbero commenti circa i contenuti delle offerte già nella fase della mera lettura delle stesse è del tutto indimostrato e, anche se rispondente ad un ipotetico *modus procedendi*, non trova riscontro in concreti elementi che consentano di affermare che esso abbia caratterizzato anche lo svolgimento della procedura di cui si tratta, potendo in modo altrettanto plausibile ritenersi che la prima fase dell'esame abbia carattere individuale e non collegiale e che solo alla fase conclusiva sia riservata la discussione contestuale delle offerte e l'attribuzione dei relativi punteggi.

Del resto, poiché l'attività valutativa trova la sua emblematica espressione nell'attribuzione dei punteggi, presenta carattere intrinsecamente comparativo e, quindi, presuppone il completamento di quella di analisi e lettura, può sostenersi che fino a quel momento la commissione si limiti ad operazioni ricognitive, scevre di elementi di giudizio: il fatto che l'attività di lettura si sia interrotta prima della sua conclusione (allorché dall'esame dell'offerta tecnica di -OMISSIS-è emersa la suddetta situazione di incompatibilità) induce a far

ritenere che alcun segmento propriamente valutativo sia stato espletato prima della sostituzione della Presidente della commissione.

Posto, quindi, che il ragionamento svolto dal TAR, al fine di respingere la censura in esame, intende porre in evidenza l'effetto sanante – o, più esattamente, rinnovatorio e sostitutivo - attribuibile, nei confronti dell'eventuale vizio originario della nomina della commissione di gara e dei relativi effetti sugli atti da essa posti in essere, alla nomina della nuova commissione, ne discende che la sentenza appellata si atteggia, in parte qua, in termini affatto “apodittici”, mentre, a fronte dello stesso ragionamento, sarebbe stato onere della parte appellante indicare specificamente le ragioni per le quali il vizio inficiante ab origine la nomina della commissione si sarebbe riverberato, nonostante l'attività rinnovatoria e/o parzialmente conservativa posta in essere dalla nuova commissione nei riguardi di quella esplicita dalla commissione precedente, sulla prima, viziandola irreparabilmente.

9.2. Peraltro, anche a voler accantonare il profilo di inammissibilità, deve rilevarsi che nemmeno può dirsi adeguatamente dimostrata l'effettiva partecipazione del suddetto commissario al confezionamento del capitolato.

L'assunto attoreo riposa, invero, con inaccettabile pretesa di automaticità, su un dato di per sé stesso non appagante siccome incentrato sulla rilevazione del nominativo della dott.ssa -OMISSIS-dalla proprietà del file in questione.

Il procedimento inferenziale svolto dall'appellante non tiene, invero, conto della promiscuità d'uso dei files che ordinariamente si verifica all'interno di un'Amministrazione pubblica, sovente riproposti e modificati nel loro contenuto e senza che muti il nominativo associato al file medesimo.

E ciò vieppiù in considerazione del fatto che gli atti in questione, per effetto della loro sottoscrizione, risultano giuridicamente imputabili a soggetti diversi.

9.3. Non sussistono i presupposti, infine, per estendere alla fattispecie in esame la norma, desumibile dall'art. 77, comma 11, d.lvo n. 50/2016, secondo cui, quando l'annullamento in sede giudiziaria dipenda da un vizio della

composizione della commissione, deve essere convocata una nuova commissione, attenendo essa all'ipotesi di “*rinnovo del procedimento di gara*” che qui, invece, per il tratto di interesse, non era stato ancora espletato. La giurisprudenza amministrativa è comunque unanime nell'affermare che non esista nel nostro ordinamento un principio assoluto di unicità od immodificabilità delle commissioni giudicatrici, potendo i commissari essere sostituiti al fine di garantire il corretto funzionamento e la continuità della azione amministrativa (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2021, n. 3847),

10. Per le ragioni esposte l'appello, in conclusione, deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile.

11. La peculiarità e la novità in fatto delle questioni scrutinate giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo respinge, ai sensi di cui in motivazione.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Pescatore**

**IL PRESIDENTE**  
**Michele Corradino**

IL SEGRETARIO