

Pubblicato il 07/04/2021

**N. 00102/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00192/2020 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 Regionale di Giustizia Amministrativa**

**Sezione Autonoma di Bolzano**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex art. 120 e 74 cod. proc. amm.;*

sul ricorso numero di registro generale 192 del 2020, proposto da Cittadini dell'Ordine s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Mazzei e Laura Polonioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federico Mazzei in Bolzano, via della Mendola 24;

*contro*

Azienda Sanitaria della Provincia di Bolzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Gasparri, Alfredo Pischedda, Britta Venturino, Julia Peterlini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la sede dell'Ufficio legale dell'Azienda in Bolzano, via Orazio 49;

*nei confronti*

- Sicuritalia Ivri s.p.a., non costituita in giudizio;

*-per l'annullamento*

- 1) della determinazione del Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige n. 2020-D2-001974 del 21.10.2020 (doc. 1), comunicata il 29.10.2020, avente ad oggetto: *“Modifica dell’aggiudicazione della procedura negoziata per l’affidamento del servizio di guardia particolare giurata nell’Ospedale di Bolzano”*, con cui è stata annullata l'aggiudicazione della procedura già disposta a favore di Cittadini dell'Ordine s.p.a., con contestuale assegnazione del servizio a Sicuritalia I.v.r.i. s.p.a.;
  - 2) della determinazione del Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige n. 2020-D2-001660 dd. 11.9.2020 (doc. 2), con cui è stato stabilito di indire una procedura negoziata per il servizio di cui sopra per il periodo 1.11.2020-30.4.2021 secondo il criterio selettivo del cd *“prezzo più basso”*, nonché
  - 3) di tutti gli atti di procedura (disciplinare di gara, condizioni di partecipazione, condizioni generali, scheda tecnica, modello di offerta, ecc.), nonché
- per la declaratoria di inefficacia del contratto se ed in quanto stipulato, con subentro della ricorrente nell'espletamento del servizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Sanitaria della Provincia di Bolzano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Sarre Pirrone nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2021, tenuta ai sensi dell’art. 25, comma 2 del D.L. n. 137/2020, in assenza dei difensori delle parti che hanno previamente rinunciato alla discussione, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

*(I documenti di seguito citati si riferiscono, salvo diversa specificazione, alla produzione e numerazione di parte ricorrente).*

1. Con determinazione del Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige n. 2020-D2-001660 dd. 11.9.2020 (doc. 2), veniva indetta una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di Guardia giurata particolare relativo al Pronto soccorso ed al primo piano del nuovo Ospedale di Bolzano, per il periodo 01.11.2020 - 30.04.2021.
2. Al punto 1 del Capo IV del Disciplinare di gara (doc. 3), si stabiliva che l'aggiudicazione doveva essere disposta con il metodo del prezzo più basso di cui all'art. 95, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, *“a favore delle offerte presentate esclusivamente in ribasso sull'importo a base d'asta”*, che veniva fissato in € 231.500,00, IVA esclusa.
3. Con determina dd. 7.10.2020 (doc. 5), il Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano aggiudicava il servizio a favore di Cittadini dell'Ordine s.p.a. (in seguito: CDO) che aveva presentato un'offerta per un importo complessivo di € 179.097,60, IVA esclusa (doc. 8 della AS).
4. La seconda offerta pervenuta era presentata dall'odierna controinteressata Sicuritalia Ivri s.p.a. (in seguito: Sicuritalia), per un importo complessivo di € 199.974,48, IVA esclusa.
5. In esito ad un accesso documentale esercitato da Sicuritalia, questa riscontrava un errore di calcolo che inficiava l'offerta presentata dall'aggiudicataria Cittadini dell'Ordine: dividendo il prezzo complessivo offerto (€179.097,60) per il monte ore complessivo di 11.847 ore risultante dagli atti di gara, si otteneva un importo orario unitario pari ad €15,20.
6. Detto importo unitario, oltre a non coincidere con quello dichiarato da CDO in offerta (€ 17,60), era inferiore rispetto a quello proposto da Sicuritalia (€ 16,97), situandosi inoltre ben al di sotto dei valori medi orari indicati nelle tabelle ministeriali per il calcolo del costo del lavoro.
7. La circostanza veniva segnalata da Sicuritalia con nota indirizzata all'Azienda sanitaria il 19.10.2020, con la quale si sollecitava l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione e l'affidamento del servizio in favore dell'odierna controinteressata.

8. Il Direttore del Comprensorio di Bolzano dell'Azienda sanitaria dell'Alto Adige, preso atto della circostanza che l'importo unitario indicato da Sicuritalia era inferiore rispetto a quello offerto da Cittadini dell'Ordine, adottava la qui impugnata determina del 21.10.2020 (n. 2020-D2-001974; doc. 1) con cui, previo annullamento dell'affidamento precedentemente disposto in favore di CDO, aggiudicava il servizio in oggetto a Sicuritalia per un importo di € 199.974,40+IVA.

9. Avverso la suddetta determina (unitamente alle presupposte delibere di indizione della procedura negoziata e di annullamento della prima aggiudicazione) insorge ora CDO proponendo il ricorso introduttivo del presente giudizio.

10. La società ricorrente agisce in via principale per l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, con subentro e declaratoria di inefficacia del contratto laddove *medio tempore* stipulato, nonché, in via subordinata, per l'annullamento dell'intera procedura in vista della riedizione della gara.

11. Con il primo motivo di gravame, CDO denuncia la violazione degli artt. 22, co. 4, e 30 della L.P. n. 16/2015 e 97, co. 5, lett. d) del D.L.gs n. 50/2016, per avere il RUP mancato di verificare (e l'aggiudicataria omesso di dimostrare) la congruità del costo del personale indicato in offerta rispetto ai valori medi salariali di cui ai vigenti contratti collettivi.

12. I suddetti adempimenti istruttori si assumono dovuti in relazione alla caratteristica del servizio di Guardia particolare giurata, che si connota per essere un servizio ad "*alta intensità di manodopera*" ai sensi dell'art. 50 del Codice dei contratti, il quale definisce come tali quei servizi rispetto ai quali "*il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*".

13. In via subordinata, l'odierna ricorrente eccepisce la violazione dell'art. 95, co. 3, lett. a), del D.L.gs n. 50/2016, dell'art. 1, co. 1, lett. g), della Direttiva 2014/24/UE nonché del comma 4 dello stesso articolo, nella parte in cui stabiliscono che "*sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta*

*economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo: a) i contratti relativi...ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 50, comma 1...".*

14. In via ulteriormente gradata, CDO denuncia la violazione dell'art. 33 della L.P. n. 16/2015 e 3 della L. n. 241/1990 per omessa motivazione in punto di scelta del criterio del "*minor prezzo*" per il servizio ad alta intensità di manodopera oggetto della contestata procedura negoziata.

15. Si è costituita in giudizio l'Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano, eccependo l'inammissibilità del ricorso proposto da Cittadini dell'Ordine per presunta carenza di interesse, nonché contestando la fondatezza nel merito del gravame.

16. Alla Camera di consiglio del 24.11.2020 la trattazione dell'istanza cautelare è stata riunita al merito. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza pubblica del 13.01.2021, previa rinuncia delle parti alla discussione orale da remoto ai sensi dell'articolo 25, comma 2 del D.L. n. 137/2020.

17. Il gravame oggetto di scrutinio è ammissibile e fondato nei termini che in appresso si espongono.

18. Introduttivamente si osserva che la definizione del ricorso fa venire meno l'interesse dei ricorrenti a una pronuncia sull'istanza cautelare, la cui trattazione era stata rinviata all'udienza di merito, così rendendosi superflua una pronuncia al riguardo.

19. Preliminarmente va affrontata l'eccezione, sollevata dall'Azienda sanitaria, di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse di CDO all'invocato annullamento dell'aggiudicazione a favore di Sicuritalia.

20. L'odierna ricorrente non avrebbe titolo per contestare detta aggiudicazione, per avere essa stessa formulato un offerta viziata da un errore di calcolo, ovvero palesemente incongrua o anomala.

21. L'eccezione non ha pregio, essendo pacifico l'insegnamento giurisprudenziale per cui l'interesse a ricorrere - quale condizione dell'azione - è tipicamente caratterizzato dalla allegazione di una lesione concreta ed attuale

alla sfera giuridica di chi agisce in giudizio e dall'utilità positiva che il medesimo potrebbe ragionevolmente ritrarre dall'annullamento del provvedimento impugnato.

22. La suddetta utilità, riferita alla presente vertenza ed alla pluralità di domande proposte in via gradata da parte ricorrente, non deve necessariamente consistere nel perseguimento dell'interesse a vedersi assegnato il servizio, ben potendo risolversi nel vantaggio sostanziale, anche soltanto di carattere strumentale e procedimentale, che la ricorrente potrebbe ritrarre dalla possibile rinnovazione della procedura annullata.

23. In tal senso appare orientata la giurisprudenza, concorde nel ritenere che, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa di procedimenti selettivi, sia sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara (*ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 72/2021; Sez. III, sent. n. 3861/2018; Sez. V, sent. n. 687/2015).

24. L'azione oggetto del presente giudizio appare connotata da un siffatto interesse strumentale, prospettando la ricorrente vizi di per sé idonei, se riscontrati, a caducare l'intera procedura di gara, esito questo, espressamente (e sia pure gradatamente) prefigurato nelle deduzioni e conclusioni proposte.

25. Prive di fondamento appaiono, altresì, le eccezioni dell'Azienda convenuta nella parte in cui pretendono di sottoporre le richieste attoree ad una sorta di "prova di resistenza".

26. Ritiene in proposito il Collegio che, in mancanza di ricorsi incidentali, suscettibili di ampliare ritualmente il *thema decidendum*, la ricorrente non sia tenuta a provare la validità della propria offerta per poter contestare quella dell'avversaria, poiché oggetto del giudizio è l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata e non la partecipazione alla gara della ricorrente.

27. In ogni caso, è pacifico che la prova di resistenza non debba essere offerta da colui che deduce vizi diretti ad ottenere l'annullamento e la successiva rinnovazione dell'intera procedura (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 7557/2019).

28. A tanto consegue la piena ammissibilità del ricorso introduttivo del presente giudizio, senza la necessità di fornire alcuna prova di resistenza, né potendo configurarsi nella partecipazione alla procedura negoziata dell'odierna ricorrente alcuna acquiescenza alle previsioni di gara oggetto di contestazione.

29. Venendo al merito del gravame, il Collegio ritiene dirimente - e quindi prioritaria- la disamina del secondo motivo di ricorso.

30. Il motivo si rivela fondato alla luce del quadro normativo vigente, come interpretato dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

31. Viene in rilievo, in primo luogo, la statuizione di principio resa dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 8 del 17 aprile - 21 maggio 2019, ove si è chiarito che il combinato disposto dei commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 deve interpretarsi nel senso che *«gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice»*: ciò sulla base di un'interpretazione sistematica della disciplina degli appalti pubblici in coerenza con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega n. 11/2016, per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, tra cui la direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 e, segnatamente, dell'art.67 della medesima.

32. Richiamandosi al suddetto, autorevole precedente, la Sez. VI del Consiglio di Stato ha avuto recentemente modo di precisare che l'espressa modifica dell'art. 95, comma 4, lett. b) del codice degli appalti apportata dal D.L. n. 32/2019, (che ha reso esplicita l'inapplicabilità del criterio del minor prezzo ai servizi ad alta intensità di manodopera) *“ha valenza ricognitiva, meramente esplicativa di un principio normativo già immanente nella disciplina degli appalti pubblici e acclarato dall'Adunanza plenaria ...”*.

33. In virtù della conclamata derivazione comunitaria della regola sopra enunciata, la stessa è stata poi ritenuta applicabile a procedure bandite anteriormente alla modifica dell'art. 95 del codice degli appalti.

34. Nella citata pronuncia si sono altresì chiariti i rapporti tra gli ambiti di normazione comunitaria, statale e provinciale, ritenuti “*concorrenti*” nel senso della comune esclusione del ricorso al criterio del minor prezzo nei servizi standardizzati e/o ad alta intensità di manodopera.

35. Ciò premesso in linea generale, deve ritenersi pacifico, nella presente fattispecie, il dato di fatto che la procedura negoziata in discussione è stata avviata successivamente alla novella di cui al D.L. n. 32 del 18.04.2019 (la delibera di indizione della procedura è del 11.09.2020).

36. Egualmente incontestata è la natura standardizzata e ad alta intensità di manodopera dei servizi richiesti, discutendosi di offerte in cui il costo per il personale incide nella misura del 69,4% (Sicuritalia) o del 86% (CDO) del prezzo offerto.

37. In diritto, deve poi escludersi – in adesione alle ultime, richiamate pronunce rese in proposito dal Supremo Consesso della Giustizia amministrativa, che l'obbligo di utilizzazione del criterio selettivo del “*miglior rapporto qualità-prezzo*” per i servizi “*standardizzati*” non valga per la Provincia autonoma di Bolzano.

38. Infatti – e come precisato nella citata sentenza n. 8285/2020 della Sez. VI – non sussiste alcun contrasto tra i livelli di normazione statale e provinciale, dato che “*per un verso l'art. 33 della l.prov. n. 16/2015, contenente la disciplina dei criteri di aggiudicazione, enuncia la regola generale per cui le amministrazioni procedono all'aggiudicazione sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa (commi 1, 2 e 3) e prevede il criterio del solo prezzo come ipotesi residuale (comma 6, ultima parte), e, per altro verso, nulla statuisce in ordine ai servizi standardizzati e/o ad alta intensità di manodopera, sicché il relativo regime non può che essere individuato sulla base di un'interpretazione 'comunitariamente orientata' quale, appunto, fornita dall'Adunanza plenaria in tema di individuazione del criterio di aggiudicazione negli appalti di servizi ad*

*alta intensità di manodopera, anche di natura standardizzata (peraltro, la stessa legge provinciale n. 16/2015 all'art. 1, comma 1, dichiaratamente «recepisce la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici», con ciò imponendo un'interpretazione conforme ai relativi criteri direttivi).*

39. Riferite alla presente controversia, le richiamate coordinate normative e giurisprudenziali consentono di ritenere la fondatezza del motivo di gravame in esame, nella parte in cui si deduce l'illegittimità dell'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo nella procedura selettiva per cui è causa.

40. L'accertata fondatezza del secondo motivo di ricorso ha ricadute sull'intera procedura negoziata, a partire dalla determina di indizione, ove si approva il disciplinare di gara (le c.d. condizioni di partecipazione) basato sul censurato criterio del minor prezzo (doc. nn. 2 e 3).

41. Viene travolto, per illegittimità derivata, anche il provvedimento di rimozione in via di autotutela dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore di CDO (doc. n. 1), in quanto adottato in forza della medesima, caducata delibera d'indizione ed in applicazione del medesimo, illegittimo criterio selettivo.

42. Non si verifica, in questo caso, l'effetto di reviviscenza dell'atto di primo grado che normalmente accompagna l'esercizio dei poteri di autotutela decisoria: infatti, anche la "revocata" aggiudicazione a CDO, disposta con determina del Direttore del Comprensorio sanitario del 07.10.2020 (doc. n. 10), si richiama al ridetto, presupposto provvedimento di indizione, subendo i medesimi effetti invalidanti derivanti dalla sua acclarata illegittimità.

43. I descritti effetti caducanti conseguenti all'accoglimento del secondo motivo di ricorso, non consentono, in definitiva, di dare ingresso alla domanda spiegata in via principale, tendente al conseguimento di declaratoria di aggiudicazione (o di subentro nel contratto eventualmente stipulato) da pronunciarsi in favore della società, odierna ricorrente.

44. Ad ogni buon fine, si osserva che non è possibile pronunciarsi sull'eventuale spettanza dell'affidamento in capo a CDO, non solo per la

preclusione posta dall'art. 34, comma 2, del cod. proc. amm., ma anche in considerazione dell'incertezza che connota detta offerta, la quale, a sua volta, appare riconducibile alla mancata coerenza del modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante con la *lex specialis* ed il richiamato disciplinare di gara (art. 1.3, capo I e art. 1 capo IV).

45. Quest'ultimo stabiliva, infatti, che le offerte dovevano essere presentate “*esclusivamente in ribasso sull'importo a base d'asta*”, mentre il modulo di offerta contemplava caselle separate dedicate, rispettivamente, ai prezzi unitari ed a quelli complessivi.

46. L'ambiguità derivante dalla incerta individuazione dei criteri di computo e di graduazione delle offerte economiche ha certamente concorso nel determinare le disfunzioni che stanno alla base delle presente controversia e la circostanza non potrà non essere tenuta in considerazione in sede di eventuale rinnovazione della gara.

47. Per le considerazioni che precedono possono considerarsi assorbite le censure non espressamente esaminate, essendo l'acclarata fondatezza del secondo motivo di gravame sufficiente per respingere la domanda svolta in via principale dalla società ricorrente di aggiudicazione della procedura negoziata.

48. E' invece fondata – e viene per ciò accolta - la domanda proposta in via subordinata di annullamento di tutti gli atti della procedura, in quanto affetta dai vizi sopra riscontrati.

49. Resta impregiudicata la facoltà per l'Azienda sanitaria di procedere alla riedizione della procedura negoziata o di provvedere altrimenti, secondo le previste procedure di evidenza pubblica, all'affidamento del servizio per cui è causa.

50. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti per dichiarare le spese di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e per i motivi sopra specificati e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati. Spese compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alda Dellantonio, Presidente

Margit Falk Ebner, Consigliere

Sarre Pirrone, Consigliere, Estensore

Stephan Beikircher, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Sarre Pirrone**

**IL PRESIDENTE**

**Alda Dellantonio**

IL SEGRETARIO