

Publicato il 16/03/2020

N. 00329/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01080/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1080 del 2019, proposto da Ditta Rossetto Rossano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Valentina Romano, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica Committenza dei Comuni di Matino e Parabita, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Comune di Parabita, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Angelo Vantaggiato, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cooperservizi - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato

Gianluigi Bidetti, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della determinazione 28 giugno 2019 n. 148/478, comunicata in pari data, del Comune di Parabita, di scorrimento della graduatoria e aggiudicazione alla controinteressata Cooperservi S.c. a r.l. dei servizi cimiteriali del Comune di Parabita per anni tre;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi i verbali di gara;
- in via subordinata, della *lex specialis* di gara;
- e per la condanna delle Amministrazioni intimare al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso ove nelle more stipulato, o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parabita e della controinteressata Cooperservi - Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2020 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti l'Avvocato A. Tolomeo, in sostituzione dell'Avvocato V. Romano, l'Avvocato A. Vantaggiato A. e l'Avvocato G. Bidetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Ditta ricorrente - terza classificata nella graduatoria finale della gara indetta per l'affidamento dei servizi cimiteriali (operazioni di necroforia, illuminazione votiva, custodia e vigilanza, lavori di

pulizia) del Comune di Parabita per anni tre, a seguito dell'espletamento di procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - ha impugnato, domandandone l'annullamento:

- la determinazione del 28 giugno 2019 n. 478 del Registro Generale e n. 148 del Registro di Settore, comunicata in pari data, del Comune di Parabita, di scorrimento della graduatoria in questione e aggiudicazione alla seconda graduata controinteressata Cooperservizi Società cooperativa sociale a r.l. della gara *de qua*;
- ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi i verbali di gara;
- in via subordinata, la *lex specialis* di gara.

Ha chiesto, altresì, la condanna delle Amministrazioni intimete al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso, qualora nelle more stipulato, o, in subordine, per equivalente.

A sostegno del ricorso proposto ha dedotto le seguenti censure, così rubricate:

- 1) Violazione degli artt. 5.3 e 8.1 del Disciplinare di gara - Carenza dei requisiti di capacità economico finanziaria - Carenza del requisito di regolarità fiscale - Violazione degli artt. 80 e 86 del Decreto Legislativo n. 50/2016;
- 2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 e dell'art. 23, comma 16 del Decreto Legislativo n. 50/2016 - Assoluta indeterminatezza/incertezza dell'offerta economica e tecnica - Carenza e/o erroneità istruttorie;

3) Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e violazione del principio della "par condicio" - Carenza di motivazione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Parabita, contestando le avverse pretese e chiedendo il rigetto del ricorso.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Cooperservizi - Società Cooperativa Sociale (di seguito, anche solo Cooperservizi), parimenti contestando le avverse pretese e chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza 19 settembre 2019, n. 573, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare incidentalmente formulata dalla Ditta ricorrente, con la seguente testuale motivazione:

“Rilevato, ad una sommaria delibazione propria della presente fase cautelare del giudizio, che il ricorso appare fondato, in quanto sembrano convincenti, in via dirimente, le doglianze escludenti incentrate:

- *da un lato, sull'omesso deposito dei bilanci dal 2010 (“rectius”, dal 2017) presso la Camera di Commercio I.A.A., da parte della Società controinteressata, che rende impossibile la verifica del requisito (speciale) di capacità economico - finanziaria ai sensi dell'art. 8.1 del Disciplinare di gara (in particolare, il fatturato globale di impresa riferito agli ultimi tre esercizi, di cui all'art. 5.3, lettera “a” del Disciplinare di gara) e del requisito (generale) di regolarità fiscale;*
- *dall'altro, sull'omessa verifica, da parte della Stazione appaltante, del costo della manodopera indicato nell'offerta economica della controinteressata, per accertare il rispetto dei minimi tabellari, ai sensi dell'art. art. 95, comma 10 del Decreto Legislativo n. 50/2016 e ss.mm.ii. (T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Terza, 18 giugno 2019, n. 1065), specie tenuto conto del rilevante numero dei lavoratori a tempo pieno indicati nell'offerta tecnica di quest'ultima;*

Rilevata, altresì, la sussistenza del dedotto pregiudizio di estrema gravità e urgenza”.

Con ordinanza 30 ottobre 2019, n. 5493, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare proposto dalla Società Cooperservizi, così testualmente argomentando:

“Ritenuto che, prima facie, gli argomenti dell'appellante non paiono sufficienti per contrastare quanto argomentato dall'ordinanza impugnata;

Considerato, in particolare, che neppure risulta dedotto un oggettivo periculum in mora, indispensabile a fondare l'istanza cautelare richiesta”.

Con memoria difensiva dell'11 gennaio 2020, la Società Cooperservizi ha svolto e ribadito le proprie difese e, in particolare, ha fatto presente che, “All'esito di tali pronunce cautelari, il Responsabile del Settore 5 del Comune di Parabita, con determinazione n.166/885 del 25.11.2019, ha revocato la propria precedente determinazione n. 148/478 del 28.06.2019 (di aggiudicazione dei servizi alla Cooperservizi) e ha affidato i detti servizi cimiteriali, per un periodo di tre mesi dall'1.12.2019 al 29.02.2020, alla ditta Rossetto.

Ha disposto l'invio della detta determinazione alla C.U.C. perché proceda alla verifica di cui all'art. 95, comma 10, del D. Lgs. n. 50/2016 con riferimento alla offerta economica della ditta Rossetto e della Cooperservizi.

Non risulta alla Cooperservizi che tale verifica sia ancora stata compiuta, sebbene la ditta Rossetto sia stata immessa nel servizio dal 1° dicembre 2019”.

Con memoria di replica del 17 gennaio 2020, la Ditta ricorrente ha ulteriormente svolto e ribadito le proprie difese.

All'udienza pubblica del 28 gennaio 2020, su istanza di parte, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. - Il Collegio ritiene opportuno premettere che l'avvenuta "revoca", da parte del Comune di Parabita, della gravata determinazione n. 148/478 del 28 giugno 2019 non comporta la sopravvenuta cessazione della materia del contendere (peraltro, non richiesta dalla Ditta ricorrente), in quanto (come significato dalla Società controinteressata Cooperservizi nella memoria difensiva dell'11 gennaio 2020, pag. 3), per un verso, la stessa risulta disposta "All'esito di tali pronunce cautelari" (e, quindi, in adempimento dei "*dicta*" cautelari del T.A.R. e del Consiglio di Stato), e, per altro verso, risulta "*in itinere*" la "verifica di cui all'art. 95, comma 10, del D. Lgs. n. 50/2016 con riferimento alla offerta economica della ditta Rossetto e della Cooperservizi".

1.1 - Risultano, poi, irrilevanti, ai fini della definizione del presente giudizio, le osservazioni del Comune di Parabita resistente, laddove questo assume che la società controinteressata Cooperservizi è aggiudicataria solo a seguito della disposta revoca dell'aggiudicazione alla prima graduata Ge. U.S. (la quale ultima, però, ha impugnato innanzi al T.A.R. Puglia - Lecce la predetta revoca) e che la Ditta odierna ricorrente non ha proposto censura alcuna avverso la posizione in graduatoria della Ge.U.S.: osserva il Collegio infatti, che la revoca dell'aggiudicazione alla prima classificata Ge.U.S. è atto adottato dalla P.A. e non sospeso da questo Tribunale nel giudizio n. 1036/2019 (si veda l'ordinanza cautelare della Sezione n. 574 del 19 settembre 2019), fatti salvi gli esiti di merito del predetto giudizio (n. 1036/2019).

2. - Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere, quindi, accolto.

3. - Si deve rilevare, innanzitutto, (sinteticamente) che vanno disattese la prima e l'ultima censura, in quanto:

- le due referenze bancarie prodotte dalla società Cooperservizi sono rispondenti alle previsioni dell'art. 5.3, lettera c) del Disciplinare di gara, che dispone - unicamente e genericamente - che *“Il concorrente deve dimostrare solidità finanziaria e solvibilità attraverso le dichiarazioni di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati, attestanti la solidità economico-finanziaria del concorrente, in particolare che l'impresa ha fatto fronte ai suoi impegni con regolarità e puntualità ed ha la capacità economica e finanziaria ad assolvere alle obbligazioni eventualmente assunte”*;

- la contestazione (anche comparativa) dei punteggi assegnati alle offerte tecniche della Ditta ricorrente e della Società controinteressata impinge inammissibilmente nel merito delle valutazioni tecnico - discrezionali della Pubblica Amministrazione.

3. - Le ulteriori doglianze “escludenti” formulate dalla Ditta ricorrente sono, invece, fondate.

4. - La Ditta ricorrente deduce, essenzialmente, che “la Cooperservizi non deposita i bilanci presso la Camera di Commercio a far data dal 2010” e che “Il mancato deposito dei bilanci rileva quale autonoma causa di esclusione dalla gara, trattandosi di adempimento obbligatorio e soggetto a sanzione amministrativa *ex art. 2630 c.c.*. L'aggiudicataria quindi risulta per tale circostanza non solo priva del requisito di regolarità fiscale di cui all'art. 80 D. lgs. 50/16, non essendo verificabile il corretto assolvimento degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, ma altresì priva della capacità economico finanziaria quanto al fatturato globale e a quello specifico, poiché le dichiarazioni sul punto rese nella domanda di partecipazione non sono accertabili”.

Assume, al riguardo, la violazione del punto 8.1 del Disciplinare di gara.

4.1 - Per converso, la Società controinteressata Cooperservizi assume, in sintesi, la possibilità di comprovare il requisito relativo al fatturato globale dell'impresa tramite l'acquisizione delle dichiarazioni I.V.A. relative agli ultimi tre esercizi e il requisito di regolarità fiscale a mezzo acquisizione d'ufficio della pertinente certificazione dell'Agenzia delle Entrate.

4.2 - La censura formulata dalla Ditta ricorrente merita accoglimento, nei sensi di cui in prosieguo.

4.3 - Giova rammentare che:

- il punto 5.3 - “*Requisiti di capacità economica e finanziaria (art. 83, c. 1 lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016)*” - del Disciplinare di Gara stabilisce, per quanto di rilievo, che:

“Per partecipare alla gara l'impresa deve possedere i seguenti requisiti alla data di presentazione della domanda di partecipazione:

a) Fatturato globale d'impresa riferito agli ultimi tre esercizi pari ad almeno euro 200.000,00 (duecentomila/00), da intendersi quale cifra complessiva nel periodo. Per le imprese che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività secondo la seguente formula: (fatturato richiesto / 3) × anni di attività”;

- il punto 8.1 del Disciplinare di gara, non impugnato dalla Società aggiudicataria controinteressata Cooperservizi Società cooperativa sociale, dispone (esclusivamente, senza prevedere alcun ulteriore mezzo di prova) che:

“La comprova del requisito è fornita, ai sensi dell'art. 86, comma 4 e all. XVII parte I, del Codice ... per le società di capitali mediante i bilanci approvati alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte corredati della nota integrativa”.

4.3.1 - Le norme statali specificamente richiamate dalla “*lex specialis*” di gara, a loro volta, dispongono:

- l’art. 86 (“*Mezzi di prova*”), comma 4 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che:

“4. Di norma, la prova della capacità economica e finanziaria dell’operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell’allegato XVII, parte I. L’operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall’amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”;

- l’Allegato XVII (“*Mezzi di prova dei criteri di selezione*”) - “*Parte I: Capacità economica e finanziaria*”, per quanto di riferimento, che:

“Di regola, la capacità economica e finanziaria dell’operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze:

.... b) presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese di stabilimento dell’operatore economico”.

4.3.2 - Il combinato disposto degli artt. 86 e dell’Allegato XVII del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (richiamati nel Disciplinare di gara) prevede, quindi, la presentazione del bilancio di esercizio quale mezzo di prova dei richiesti requisiti economico-finanziari nelle ipotesi in cui l’ordinamento nazionale stabilisca l’obbligatorietà della pubblicazione del bilancio di esercizio.

La “*ratio legis*” delle suddette previsioni normative va rinvenuta nell’oggettivo rilievo che solo con l’avvenuta pubblicazione il bilancio di esercizio perde il valore di atto societario meramente interno per divenire idoneo a provare (all’esterno) la situazione economico-finanziaria della società (in quanto cristallizzata, almeno

tendenzialmente, al momento della pubblicazione medesima), con il correlato (e derivato) effetto di affidamento/conoscibilità/verificabilità da parte dei terzi, ivi incluse le Amministrazioni aggiudicatrici (ai fini della certa e consapevole valutazione della solidità economico-finanziaria dei partecipanti alla procedura selettiva) e gli altri operatori economici concorrenti (“*par condicio*”).

4.3.3 - E' appena il caso di ricordare che anche le società cooperative (incluse le cooperative sociali) soggiacciono all'obbligo di presentazione dei bilanci di esercizio presso la C.C.I.A.A., in ragione dell'espresso rinvio operato dall'art. 2519 del Codice Civile, secondo cui:

“Alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni.

L'atto costitutivo può prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro”.

Vale la pena precisare, per mera completezza espositiva (e rilevato che la Cooperservizi risulta iscritta, oltre che all'Albo ordinario della C.C.I.A.A., anche nell'apposita Sezione Speciale in qualità di impresa sociale), che il bilancio di esercizio è documento del tutto differente rispetto al bilancio sociale di cui all'art. 9, comma 2 del Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 112 (“*Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106*”), e che solo rispetto al bilancio sociale sussiste la facoltatività del deposito presso la C.C.I.A.A., secondo le indicazioni

delle Linee Guida di cui al citato art. 9, comma 2 (poi emanate con D.M. 4 luglio 2019).

4.4 - Orbene, nella fattispecie concreta in esame, risulta “*per tabulas*” (si veda la “Visura ordinaria società di capitale” della C.C.I.A.A. della Cooperservizi, prodotta dalla medesima) l’omesso deposito, presso la C.C.I.A.A., dei bilanci di esercizio della società aggiudicataria controinteressata Cooperservizi (costituita sin dal 2003, con inizio dell’attività dal 27 ottobre 2003) dal 2017 (e tale circostanza è, altresì, esposta negli atti difensivi della Cooperservizi medesima, laddove questa afferma di avere depositato i bilanci di esercizio fino all’anno 2016; il che (come già evidenziato nella precedente fase cautelare del giudizio) rende impossibile la verifica del requisito (speciale) di capacità economico - finanziaria ai sensi del citato art. 8.1 del Disciplinare di gara (in particolare, il fatturato globale di impresa riferito agli ultimi tre esercizi, di cui al menzionato art. 5.3, lettera “a” del Disciplinare di gara).

4.4.1 - Né può ammettersi la prova “alternativa”, di cui al citato art. 86, quarto comma, inciso finale del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm., in considerazione:

- delle specifiche pertinenti indicazioni di cui al richiamato art. punto 8.1 del Disciplinare di gara;
- e, comunque, dell’omessa indicazione, da parte della Cooperservizi, dei “*fondati motivi*” di cui al citato art. 86, comma 4, inciso finale del Decreto Legislativo n. 50/2016.

5. - La Ditta ricorrente lamenta, altresì, l’omessa verifica del costo del personale ai sensi dell’art. 95, comma 10 del Decreto Legislativo n. 50/2016 e ss.mm., norma dalla quale “discende chiaramente l’obbligo per la stazione appaltante di procedere, prima della

aggiudicazione - sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia della offerta operata attraverso i meccanismi contemplati all'art. 97 - alla verifica del rispetto della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi”.

5.1 - Anche tale censura è fondata.

5.1.1 - Ed invero, la novella (del 2017) di cui al menzionato art. 95, comma 10 del Decreto Legislativo n. 50/2016 e ss.mm. comporta - incontrovertibilmente - la “generalizzazione” dell’obbligo di verificare specificamente (prima dell’aggiudicazione) il rispetto del costo del personale di cui alle Tabelle Ministeriali (e solo in tal senso - e limitatamente a tale fase - può discorrersi di specifico e autonomo potere della Stazione Appaltante).

Tale la disposizione, *“(evidentemente finalizzata alla tutela del diritto dei lavoratori - di rango costituzionale - alla giusta ed equa retribuzione, ai sensi dell’art. 36 della Carta Fondamentale) risponde alla “ratio” di accertare (sempre e necessariamente) l’effettivo rispetto dei minimi salariali (come rivenienti dalle pertinenti Tabelle Ministeriali) da parte del futuro aggiudicatario, imponendo alla P.A. la verifica preliminare del costo del personale in ogni caso (e cioè anche laddove non si verta in ipotesi di offerta da sottoporre al giudizio di anomalia per legge, ex art. 97 del Decreto Legislativo n. 50/2016)”* (T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Terza, 18 giugno 2019, n. 1065).

5.2 - Né risulta, allo stato, in ogni caso, compiuta la verifica di cui al citato art. 95, comma 10 del Decreto Legislativo n. 50/2016 (a seguito della “revoca” operata dalla P.A. della determinazione n. 148/478 del 28 giugno 2019, di cui vi è comunicazione nella memoria difensiva finale della Cooperservizi dell’11 gennaio 2020).

5.3 - L’omessa verifica, da parte della Stazione appaltante, del costo della manodopera indicato nell’offerta economica della

Cooperservizi per accertare il rispetto dei minimi tabellari ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Decreto Legislativo n. 5072016 e ss.mm.ii. assume vieppiù rilievo, tenuto conto dell'elevato numero dei lavoratori a tempo pieno indicati nell'offerta tecnica di quest'ultima.

6. - La domanda risarcitoria in forma specifica azionata va accolta, ma fatti salvi i provvedimenti e verifiche da parte del Comune di Parabita relativi alla terza graduata Ditta odierna ricorrente.

7. - Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso deve essere accolto, nei sensi innanzi indicati, e, per l'effetto, va disposto l'annullamento della determinazione dirigenziale 28 giugno 2019 n. 148/478 del Comune di Parabita e dei verbali di gara, "*in parte qua*" e nei limiti dell'interesse della Ditta ricorrente.

8. - Le spese, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Parabita al pagamento, in favore della Ditta ricorrente Rossetto Rossano, delle spese processuali, liquidate in euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge.

Condanna, altresì, la controinteressata Cooperservizi Società cooperativa sociale al pagamento, in favore della Ditta ricorrente Rossetto Rossano, delle spese processuali, liquidate in euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 28 gennaio
2020 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Primo Referendario, Estensore

Anna Abbate, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO