

Publicato il 09/10/2019

N. 01538/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01426/2018 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 1426 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Egle Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con la società Il Girasole Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Maria Durante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Pitagora 9;

contro

Ambito Territoriale n. 3 di Nardò, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Gaballo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Avv. Gaballo in Lecce, via Rubichi 23 Presso T.A.R.;

nei confronti

Comunità San Francesco Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituito R.T.I. con la società Medihospes Cooperativa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Potenza e Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Antonietta Nigro in Lecce, via Nullo D'Amato, 2;

relativamente al ricorso principale:

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara telematica con procedura aperta tramite sistema M.E.P.A. (R.D.O.) per l'affidamento del servizio di integrazione scolastica in favore di alunni con disabilità (anno scolastico 2018/2019 – anno scolastico 2019/2020), formatasi per silenzio *ex art.* 33 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.;

- ove occorra, della proposta di aggiudicazione del 27 settembre 2018, comunicata a mezzo PEC con nota prot. n. 42445 del 4 ottobre 2018;

- della determina, sempre di aggiudicazione provvisoria, n. 961 del 28 settembre 2018;

- della determinazione dirigenziale di affidamento sotto riserva del servizio n. 961 del 28 settembre 2018;

con conseguente declaratoria dell'inefficacia del contratto d'appalto nelle more eventualmente stipulato con l'aggiudicatario definitivo R.T.I. Comunità San Francesco - Medihospes Coop Soc. Onlus, con decorrenza dalla data di deposito della sentenza e conseguente statuizione di subentro nello stesso da parte della ricorrente;

nonché per il risarcimento del danno determinato dal mancato svolgimento della porzione di servizio nelle more eventualmente svolto dal R.T.I. aggiudicatario, ovvero, qualora non sia possibile o tecnicamente utile il subentro nel contratto in essere, per l'applicazione di una sanzione alternativa *ex art.* 123 del D. Lgs. n. 104/2010, da applicare in relazione alla gravità delle violazioni commesse dalla Stazione Appaltante ed al comportamento da questa tenuto rispetto all'immotivato rigetto del preavviso di ricorso presentato dalla ricorrente;

relativamente al ricorso incidentale presentato dalla società controinteressata Comunità San Francesco Cooperativa Sociale, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituito R.T.I. con la società Medihospes Cooperativa Sociale Onlus:

per l'annullamento, in *parte qua* e nei limiti di interesse evidenziati appresso,

- della determinazione n. 813 del 6 settembre 2018 con cui il Comune di Nardò provvedeva ad indire una gara telematica, tramite sistema MEPA (R.D.O.), per l'affidamento del Servizio d'Integrazione scolastica in favore di alunni con disabilità (CIG 76139985EA);
- ove occorra del bando di gara, del disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto;
- del verbale del R.U.P. n. 1 del 21 settembre 2018 - 1[^] sed. pubblica;
- del verbale del R.U.P. n. 2 del 25 settembre 2018 - 2[^] sed. pubblica per soccorso istruttorio;
- del verbale della Commissione n. 1 del 26 settembre 2018 - sed. riservata;

- del verbale della Commissione n. 2 del 27 settembre 2018 - sed. pubblica;
- della determinazione n. 961 del 1° ottobre 2018, avente ad oggetto l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione provvisoria della procedura in favore del R.T.I. Comunità San Francesco - Medihospes;
- della determinazione n. 1041 del 29 ottobre 2018, avente ad oggetto il ricalcolo del punteggio per il criterio di valutazione C.2);
- della determinazione n. 1265 del 21 dicembre 2018, avente ad oggetto la dichiarazione della definitiva efficacia del provvedimento di aggiudicazione a seguito di verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara;
- di tutti gli atti e le determinazioni assunte dalla commissione e in seguito fatte proprie dalla stazione appaltante, di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi, anche non conosciuti.

Relativamente ai motivi aggiunti presentati dalla società Egle Società Cooperativa Sociale, nella qualità predetta:

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 1265 del 21 dicembre 2018, notificata a mezzo PEC il 7 gennaio 2019, della gara telematica con procedura aperta tramite sistema M.E.P.A. (R.D.O.) per l'affidamento del servizio di integrazione scolastica in favore di alunni con disabilità (anno scolastico 2018/2019 – anno scolastico 2019/2020);
- ove occorra della determinazione n. 1041 del 29 ottobre 2018, mai notificata e/o trasmessa;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi inclusi i verbali di gara;

con conseguente declaratoria dell'inefficacia del contratto d'appalto nelle more eventualmente stipulato con l'aggiudicatario definitivo R.T.I. Comunità San Francesco -Medihospes Coop Soc. Onlus, con decorrenza dalla data di deposito della sentenza e conseguente statuizione di subentro nello stesso da parte della ricorrente; nonché per il risarcimento del danno determinato dal mancato svolgimento della porzione di servizio nelle more eventualmente svolto dalla aggiudicataria, ovvero, qualora non sia possibile o tecnicamente utile il subentro nel contratto in essere, per l'applicazione di una sanzione alternativa *ex art.* 123 del D. Lgs. n. 104/2010, da applicare in relazione alla gravità delle violazioni commesse dalla Stazione Appaltante ed al comportamento da questa tenuto rispetto all'immotivato rigetto del preavviso di ricorso presentato dalla ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ambito Territoriale n. 3 di Nardò e della Comunità San Francesco Cooperativa Sociale;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla società Comunità San Francesco Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2019 il dott. Massimo Baraldi e uditi, per le parti, i difensori presenti, l'Avvocato A. Durante per parte ricorrente e l'Avvocato P. Gaballo per parte resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con R.d.O. n. 2048046, in data 5 settembre 2018 l'Ambito Territoriale n. 3 di Nardò, indiceva una gara telematica con procedura aperta, tramite sistema M.E.P.A., per l'affidamento del servizio d'integrazione scolastica in favore di alunni con disabilità (anno scolastico 2018/2019 - anno scolastico 2019/2020) - CIG 76139985EA.

Entro il termine del 20 settembre 2018 venivano presentate quattro offerte, tra cui l'offerta del R.T.I. aggiudicatario Comunità San Francesco - Medihospes e l'offerta del costituendo R.T.I. Egle Società Cooperativa Sociale - Il Girasole Società Cooperativa Sociale, odierno ricorrente in via principale.

Il R.U.P. di gara avviava i lavori nella seduta del 21 settembre 2018 e nella seduta n. 2, del 25 settembre 2018, concludeva gli stessi con l'ammissione di tutte le società concorrenti in seguito all'integrazione documentale acquisita, nelle more, dal R.T.I. Comunità San Francesco - Medihospes.

Nella seduta riservata del 26 settembre 2018, la Commissione di gara attribuiva i punteggi tecnici alle offerte presentate e nella successiva seduta pubblica del 27 settembre 2018, previa lettura ed attribuzione dei punteggi economici, la predetta Commissione di gara dichiarava aggiudicatario provvisorio il R.T.I. Comunità San Francesco - Medihospes.

Immediatamente, con p.e.c. del 27 settembre 2018 indirizzata all'Ambito Territoriale n. 3 di Nardò, la società Egle Società Cooperativa Sociale, odierna ricorrente (nella qualità predetta), chiedeva di poter accedere a tutta la documentazione presentata dall'aggiudicataria, ivi compresa l'offerta, per poter tutelare i propri diritti, pur non essendo ancora stato adottato, da parte della Stazione

Appaltante, alcun provvedimento di recepimento delle delibere della Commissione di gara, atteso che solo con determinazione n. 961 del 1° ottobre 2018 l'Ambito Territoriale n. 3 di Nardò procedeva all'aggiudicazione della predetta gara, dando atto di approvare i verbali della Commissione di gara e di "affidare provvisoriamente" al raggruppamento Comunità San Francesco - Medihospes Coop. Soc. Onlus, odierno controinteressato, l'appalto di che trattasi.

Di tale provvedimento, la stazione appaltante dava notizia all'odierna ricorrente con p.e.c. in data 4 ottobre 2018, specificando esplicitamente che si trattava di "aggiudicazione provvisoria" sia nell'oggetto della predetta comunicazione che nel corpo della stessa.

La stazione appaltante inviava, poi, all'odierna ricorrente, in data 15 ottobre 2018, la documentazione relativa all'offerta presentata dall'odierna controinteressata.

Con successiva nota p.e.c. del 19 ottobre 2018, la ricorrente, per il tramite del proprio legale, invitava la Stazione appaltante a voler annullare l'aggiudicazione e revocare il provvedimento di affidamento del servizio sotto riserva, per una serie di concorrenti motivi.

La predetta diffida restava senza esito e riscontro e, con p.e.c. dell'8 novembre 2018, la ricorrente, sempre per il tramite del proprio difensore, prendeva "atto che il preavviso di ricorso relativo alla gara in oggetto non ha sortito nessun effetto" e comunicava che "essendo trascorso il termine previsto dall'art. 33 del Codice dei Contratti Pubblici e non avendo avuto notizia dell'intervenuta approvazione della proposta di aggiudicazione, si ritiene che la stessa si sia perfezionata per silenzio e che, quindi, a far data dal 3 novembre ultimo scorso siano impugnabili gli esiti della gara dinanzi alla Magistratura amministrativa."

Col ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato in data 3 dicembre 2018, la società Egle Società Cooperativa Sociale (in qualità di capogruppo del R.T.I. classificatosi al secondo posto con punti 79,50) ha impugnato i provvedimenti sopra menzionati, chiedendone l'annullamento previa sospensione, deducendo i seguenti motivi:

- 1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs n. 50/2016. Violazione del principio di *par condicio*. Violazione dell'art. 3, lett. e), del disciplinare di gara. Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione e sviamento. Violazione dei principi di trasparenza e buona amministrazione;
- 2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 48, comma 4, del D. Lgs n. 50/2016. Difetto di istruttoria ed indeterminatezza dei servizi eseguiti dai singoli operatori;
- 3) Violazione del disciplinare di gara nell'attribuzione dei punteggi. Errore sui presupposti di fatto. Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere difetto assoluto di istruttoria e motivazione.

Si è costituito in giudizio, in data 27 dicembre 2018, l'Ambito Territoriale n. 3 di Nardò, chiedendo la reiezione del ricorso,

Si è costituita in giudizio, in data 2 gennaio 2019, la società Comunità San Francesco Cooperativa Sociale, controinteressata, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituito R.T.I. con la società Medihospes Cooperativa Sociale Onlus, chiedendo la reiezione del ricorso.

In data 3 gennaio 2019, poi, la sopra menzionata controinteressata ha presentato ricorso incidentale, notificato in data 2 gennaio 2019, con cui ha chiesto, nei limiti dell'interesse, l'annullamento degli atti di cui in epigrafe, deducendo i seguenti motivi:

- 1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 80, 83, 84, 85 e 86 del D. Lgs n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione della direttiva 24/2014/UE. Violazione del principio di tipicità della causa di esclusione;
- 2) Eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria e motivazione, violazione dell'autovincolo (sub criterio A.3 del disciplinare di gara); violazione della *par condicio*;
- 3) Eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria e motivazione, violazione dell'autovincolo, violazione del sub criterio C.2 del disciplinare di gara; violazione della *par condicio*; Violazione di legge (art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50 del 2016);
- 4) Eccesso di potere per equivocità del sub criterio C.2 del disciplinare di gara; violazione della *par condicio*.

Inoltre, col predetto ricorso, l'odierna controinteressata dava atto, depositandola anche agli atti in data 5 gennaio 2019, dell'intervenuta determinazione n. 1041 del 29 ottobre 2018, con cui la Stazione Appaltante aveva provveduto a rideterminare i punteggi attribuiti ai concorrenti, assegnando all'odierna ricorrente principale due ulteriori punti che, però, non consentivano alla stessa di divenire aggiudicataria, rimanendo la stessa ancora posizionata al secondo posto della graduatoria.

Sempre in data 5 gennaio 2019, poi, la società controinteressata depositava agli atti anche la determinazione n. 1265 del 21 dicembre 2018, con cui l'Ambito Territoriale n. 3 di Nardò provvedeva ad "*affidare definitivamente*" alla medesima il servizio di che trattasi.

Conseguentemente, all'udienza cautelare in Camera di Consiglio dell'8 gennaio 2019, la difesa dell'odierna ricorrente chiedeva un rinvio per proporre motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione

definitiva sopra menzionata e per la trattazione del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata e, a tal fine, la trattazione dell'istanza cautelare veniva rinviata alla Camera di Consiglio del 5 febbraio 2019; in tale sede, il difensore della ricorrente principale dava atto di aver proceduto a notificare i motivi aggiunti, comprensivi di una nuova istanza cautelare, avverso l'aggiudicazione definitiva solo in data 4 febbraio 2019 e, dunque, la discussione sull'istanza cautelare della causa veniva rimandata alla Camera di Consiglio del 5 marzo 2019.

In vista di tale Camera di Consiglio, le parti depositavano memorie e, all'esito della predetta udienza, veniva emessa, in data 6 marzo 2019, l'ordinanza cautelare n. 131/2019, con cui questa Sezione negava la richiesta sospensione degli atti impugnati dalla ricorrente principale.

Infine, all'udienza pubblica di discussione del 28 maggio 2019, le parti hanno chiesto un rinvio senza termine per presentazione di nuove memorie e alla successiva udienza pubblica dell'11 giugno 2019, su istanza di parte, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale è irricevibile per tardività dello stesso, i motivi aggiunti al predetto ricorso principale, depositati in data 18 febbraio 2019, sono infondati nel merito e vanno respinti mentre il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

2. Con riferimento al ricorso principale, notificato in data 3 dicembre 2018, il Collegio rileva che lo stesso è stato proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara telematica, asseritamente formatosi per silenzio *ex* articolo 33 del Decreto Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. e, ove occorra, della proposta di aggiudicazione

del 27 settembre 2018. nonché nei confronti della determinazione dirigenziale n. 961 del 1° ottobre 2018 (e non del 28 settembre 2018, come sostenuto da parte ricorrente, atteso che la data del provvedimento è determinata dalla sua registrazione nel protocollo dell'Ente - pacificamente avvenuta in data 1° ottobre 2018 - e non dalla data della firma del responsabile).

3. Orbene, a tal riguardo il Tribunale osserva che l'impugnata determinazione dirigenziale n. 961 del 1° ottobre 2018 non è un provvedimento di aggiudicazione provvisoria, provvedimento che nella disciplina del D. Lgs. n. 50/2016 - come ben noto - non esiste più, ma è, a tutti gli effetti, il provvedimento di aggiudicazione della gara di che trattasi e, dunque, dalla sua notificazione, avvenuta in data 4 ottobre 2018, decorrevano i trenta giorni per l'impugnazione, che scadevano, dunque, il 3 novembre 2018 mentre la notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio è avvenuta solo un mese dopo, ossia il 3 dicembre 2018, ed è, pertanto, tardiva.

In ogni caso, i trenta giorni previsti dall'art. 33 del Decreto Legislativo n° 50/2016 e ss.mm. sono cominciati a decorrere dal 2 ottobre 2018 e sono - quindi - spirati il 31 ottobre 2018, sicchè il ricorso doveva essere proposto (tutt'al più) entro il 30 novembre 2018, e - invece - è stato notificato solo in data 3 dicembre 2018.

4. Statuito quanto sopra con riferimento al ricorso principale, il Collegio può ora passare all'esame dei motivi aggiunti notificati in data 4 febbraio 2019 e depositati in data 18 febbraio 2019.

A tal riguardo, gli stessi risultano tempestivi, in quanto proposti avverso la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 1265 del 21 dicembre 2018, comunicata alla ricorrente principale in data 7 gennaio 2019, e avverso la determinazione n. 1041 del 29 ottobre

2018, mai notificata prima; i predetti provvedimenti, poi, sono stati depositati in giudizio in data 5 gennaio 2019 da parte della società controinteressata e, pertanto, anche con riferimento a tale produzione documentale, i motivi aggiunti risultano tempestivi.

I predetti motivi aggiunti, poi, risultano anche ammissibili, nonostante siano stati proposti avverso la determinazione n. 1265/2018 sopra menzionata recante *“Dichiarazione della definitiva efficacia del provvedimento di aggiudicazione, a seguito di verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara”*, perché, nella specie, l’aggiudicazione del 1° ottobre 2018 è stata successivamente confermata, previa modifica dei punteggi, con determinazione n. 1041 del 29 ottobre 2018 (mai comunicata a parte ricorrente) e, dunque, la predetta determinazione n. 1265 del 21 dicembre 2018 non è un provvedimento che ha verificato unicamente i requisiti dell’aggiudicataria (e, come tale, non impugnabile dalle altre società concorrenti) ma si tratta, viceversa, di un provvedimento che ha dato atto dell’aggiudicazione originaria come modificata dalla determinazione n. 1041/2018, di contenuto sicuramente innovativo rispetto alla precedente determina di aggiudicazione attesa la modifica operata relativamente al punteggio della odierna ricorrente principale.

5. Ciò posto, dunque, il Collegio può passare all’esame dei predetti motivi aggiunti e, a tal fine, rileva che, in disparte ogni questione relativa alla tempestività di alcuni motivi di gravame relativi all’ammissione dell’offerta del R.T.I. aggiudicatario ai sensi dell’articolo 120, comma 2-bis (*ratione temporis* vigente), gli stessi sono infondati nel merito e vanno respinti.

6. Col primo motivo aggiunto, la ricorrente principale deduce l’illegittimità del provvedimento di aggiudicazione impugnato in

quanto sostiene che il raggruppamento aggiudicatario meritava di essere escluso dalla procedura di gara per mancata produzione dei certificati di regolare esecuzione del servizio contenenti la dicitura di graduazione del livello di svolgimento dello stesso (da eccellente a sufficiente) e che l'operato della Stazione Appaltante resistente, che ha attivato il soccorso istruttorio per tale documentazione, è stato illegittimo.

6.1 Il motivo è infondato.

Il Collegio osserva che, in conformità al principio di tassatività delle cause di esclusione *ex art. 83 comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016*, le Stazioni Appaltanti non possono richiedere mezzi di prova diversi da quelli di cui all'articolo ed Allegato citati e che, dunque, nel caso di specie, come rilevato da parte resistente, *“Con particolare riferimento alla capacità tecnica, il quinto comma dell'art. 86 prescrive espressamente che la stessa possa essere provata con uno o più mezzi di cui all'All. XVII, parte II. Quest'ultimo, alla lettera a), punto ii), prescrive che la dimostrazione in questione possa essere fornita mediante “un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati”. Le attestazioni fornite dall'ATI San Francesco contengono tutti i suddetti elementi, con soddisfazione, quindi, della dimostrazione del requisito richiesto e che, si ripete, ai sensi del principio di tassatività delle cause di esclusione, non poteva essere che quello di cui alle norme citate.”*

Tale statuizione risulta conforme a quanto già stabilito da questo Tribunale che, con ordinanza cautelare n. 618/2019, ricordata anche da parte resistente, in un caso analogo aveva già stabilito di ritenere *“fondata la doglianza mossa nei confronti dell'articolo 3, lettera e), del Disciplinare che richiede mezzi di prova della capacità tecnica (certificati che*

contengono una graduazione dell'esito dei precedenti servizi) non contemplati dall'articolo 87 e dall'Allegato XVII del D. Lgs. n. 50/2016".

Tale decisione era, poi, stata ribadita nella condivisibile ordinanza cautelare n. 131/2019, relativa al presente caso, secondo cui *"non vi è dubbio circa il fatto che i certificati rilasciati da altre stazioni appaltanti attestanti il servizio svolto nell'ambito del servizio oggetto del presente appalto, richiesti dall'articolo 3, lettera e), del Disciplinare di gara, non potessero essere comprensivi di un giudizio circa la qualità del servizio svolto, come già statuito da questa Sezione con l'ordinanza cautelare n. 618/2018 citata da parte resistente, in quanto ciò realizzerebbe un'ipotesi di nullità della prescrizione del Disciplinare per violazione del principio di tassatività delle ipotesi di esclusione dalle gare pubbliche ex articolo 83, comma 8, e di quanto disposto dall'Allegato XVII Parte II^ lett. ii) del D. Lgs. n. 50/2016".*

A tal riguardo, poi, il Tribunale ritiene del tutto illogica l'argomentazione della ricorrente principale secondo cui *"La clausola in esame, quindi, pur prevedendo un divieto espressamente posto a pena d'esclusione, non può essere considerata nulla per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto non attiene alla selezione dei partecipanti alla gara e non ne dispone l'esclusione se non in possesso di particolari requisiti in violazione del principio di favor participationis alle pubbliche gare, ma invece attiene alle modalità di formulazione ed ai contenuti dell'offerta.",* atteso che tale interpretazione risulta del tutto scollegata dal chiaro dettato dell'articolo 3 del Disciplinare di Gara, rubricato appunto *"Requisiti di carattere economico/finanziario e tecnico",* che espressamente prevede, alla lettera e), che i concorrenti devono avere una *"esperienza maturata nel servizio specifico (Integrazione scolastica alunni con disabilità) di almeno 2 anni attestati mediante produzione di certificati rilasciati dalle stazioni appaltanti con*

indicazione dell'esito degli appalti secondo la seguente graduazione: Eccellente, Ottimo, Buono, Sufficiente. Non saranno presi in considerazione ulteriori specificazioni e sarà considerato assente il certificato non riportante alcuna graduazione.” e, poi, consequenzialmente, che “Il mancato possesso, anche di uno solo dei requisiti richiesti, così come sopra dettagliato, determina l'esclusione dalla gara.”.

Pertanto, per quanto detto sopra, non vi può essere dubbio circa il fatto che i requisiti di cui all'articolo 3 del Disciplinare di Gara sono previsti a pena di esclusione e che, dunque, gli attestati richiesti dalla Stazione Appaltante non potevano recare, contrariamente al tenore letterale della lettera e) del predetto articolo 3, la graduazione del servizio, in quanto tale prescrizione, nella parte in cui richiede una graduazione dell'esito dell'appalto, è nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016.

Né ha alcun pregio la tesi della ricorrente principale secondo cui *“la Stazione appaltante ha pertanto illegittimamente utilizzato l'istituto del soccorso istruttorio per modificare i contenuti delle certificazioni, o meglio sostituire le certificazioni con altre conformi al dettato del Disciplinare di Gara”*, atteso che l'utilizzo del soccorso istruttorio da parte della Stazione Appaltante è stato legittimo in quanto, acclarata la carenza documentale delle attestazioni relative ai servizi prestati, attestazioni che sono relative, per quanto detto sopra, al possesso del requisito (e non attengono ad elementi relativi all'offerta tecnica o economica), era preciso onere della Stazione Appaltante richiedere la predetta documentazione, attesa la chiara previsione dell'articolo 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, secondo cui *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di*

ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere....”.

7. Col secondo motivo aggiunto, la ricorrente principale deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione perché l'offerta del R.T.I. aggiudicatario non avrebbe rispettato il dettato di cui all'articolo 48, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016, atteso che, pur essendo in presenza di un costituendo R.T.I., la relativa offerta non avrebbe contenuto l'indicazione delle parti del servizio che dovevano essere eseguite dai singoli operatori economici riuniti.

7.1 Il motivo è palesemente infondato.

Come si evince chiaramente dalla produzione documentale della società controinteressata, la stessa ha dato atto del sopra menzionato riparto delle parti di servizio da svolgere sia in sede di presentazione dell'offerta economica, tramite la procedura M.E.P.A., sia in sede di presentazione della propria dichiarazione d'intenti e, dunque, risulta smentito *per tabulas* l'assunto di parte ricorrente circa l'asserita mancata indicazione delle parti del servizio da svolgere da ciascuna società.

8. Col terzo motivo aggiunto, la ricorrente principale censura l'operato della Commissione di gara, in quanto questa avrebbe errato nell'assegnazione dei punteggi per il criterio previsto dalla Tabella C relativo alla *“Qualità economica”*, in quanto avrebbe erroneamente assegnato all'aggiudicataria i due punti previsti per la presenza del bilancio sociale atteso che *“Nel caso, l'aggiudicataria ha prodotto, pur non*

essendo ciò richiesto dal Disciplinare di Gara, esclusivamente il Bilancio Sociale della mandataria, nulla dichiarando per la mandante.”.

8.1 La censura è infondata.

Sul punto va dato atto che, come già rilevato nell’ordinanza cautelare della Sezione n. 131/2019, *“la Tabella C - Qualità economica dell’offerta tecnica richiedeva il possesso dello stesso anche per la mandante (acclarato dall’Amministrazione con consultazione della banca dati della Camera di Commercio) e non l’apposita dichiarazione in tal senso da parte della mandataria”.*

In altri termini, come correttamente rilevato da parte resistente, *“La previsione del disciplinare non richiedeva, pertanto, né la dichiarazione né la produzione del suddetto documento, favorendo solo, mediante l’attribuzione della suddetta premialità, quei concorrenti che avessero provveduto alla redazione del bilancio.”* e, dunque, attesa l’insussistenza di un obbligo di allegazione all’offerta del predetto Bilancio Sociale da parte dei concorrenti (il Disciplinare, difatti, contempla espressamente solo l’obbligo di possesso dello stesso da parte di ogni Ditta partecipante al raggruppamento) correttamente la Stazione Appaltante ha proceduto alla verifica di tale possesso mediante consultazione di apposita banca dati, da cui è risultato che anche la società Medihospes era in possesso del menzionato bilancio sociale.

Tale operazione di consultazione, poi, come evidenziato da parte resistente, *“ha consentito, peraltro, all’Amministrazione, a seguito, in verità, del preavviso di ricorso del 19.10 u.s., di rettificare il punteggio dell’ATI Egle, come emerge dalla determinazione n. 1041 del 29 ottobre scorso...”*, assegnando anche all’odierna ricorrente i due punti previsti dal Disciplinare di Gara per il possesso del Bilancio Sociale.

9. Col quarto motivo aggiunto, la ricorrente principale ha dedotto la violazione, da parte del R.T.I. aggiudicatario, della disposizione di cui al punto 4.1 del Disciplinare di Gara, in quanto l'offerta dello stesso avrebbe ecceduto i limiti dimensionali previsti dal predetto punto 4.1, pari a 10 facciate.

9.1 Il motivo è palesemente infondato.

Il Collegio osserva, *in primis*, che, come condivisibilmente sostenuto da parte resistente, *“lo stesso disciplinare prevedeva espressamente che l'elaborato progettuale dovesse essere composto da massimo 10 fogli, nel quale riportare una relazione illustrativa degli elementi di valutazione, nel computo del quale non dovevano essere annoverati eventuali allegati, quali “schemi esemplificativi, organigrammi, tabelle e/o lettere di enti terzi utili a facilitare la comprensione della proposta”. L'offerta dell'ATI San Francesco ha rispettato le 10 pagine nella redazione dell'elaborato in questione, allegando alla stessa un elenco esplicativo dei servizi svolti in precedenza, e già rappresentati nell'elaborato “principale”. L'allegato in questione non poteva, quindi, essere computato nel limite delle 10 pagine e, in ogni caso, si tratta solo di un documento corrispondente a quelli contemplati, come allegati, dal disciplinare.”*.

Inoltre, per completezza di esame, il Collegio rileva che, come già evidenziato nella più volte menzionata ordinanza cautelare n. 131/2019, *“il numero massimo dei fogli previsto per l'offerta tecnica non può assurgere a motivo di mancata valutazione dell'offerta stessa”*, in quanto, in accordo a condivisibile giurisprudenza, *“il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto ex art. 83, c.8 del D.Lgs. n. 50/2016 vieta di estromettere l'offerta tecnica a causa del superamento dei limiti dimensionali, non rientrando tale violazione nel novero dei casi previsti dalla normativa di settore; sicché, diversamente opinando, la disposizione censurata,*

laddove interpretata nel senso propugnato dalle ricorrenti, manifesterebbe profili di illegittimità.” (T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, sentenza n. 175/2019).

10. Col quinto (ed ultimo) motivo aggiunto, la ricorrente principale censura l'operato della Commissione di gara nell'attribuzione del punteggio riguardante la sottoscrizione dei protocolli, in quanto la predetta Commissione avrebbe errato nell'assegnare all'offerta dell'odierna ricorrente solo 4 punti invece del massimo punteggio attribuibile, pari a 5 punti.

10.1 Il motivo è infondato.

Il Collegio osserva che il punteggio previsto dalla legge di gara è, ovviamente, un punteggio massimo attribuibile in presenza della sottoscrizione dei protocolli previsti dal Disciplinare di Gara e il punteggio pieno non è automaticamente assegnato per la sola presenza degli stessi e, dunque, si è in presenza di un ambito di discrezionalità da parte della Stazione Appaltante che può essere sindacato, da parte del Giudice Amministrativo, solo se la valutazione risulta manifestamente illogica od abnorme, circostanza non sussistente nel presente caso, in cui la valutazione espressa non presenta profili di abnormità tali da poter essere sindacata da questo G.A.

11. Quanto, poi, al ricorso incidentale, non avente carattere escludente nei confronti del R.T.I. ricorrente principale, presentato dalla società Comunità San Francesco Cooperativa Sociale, il Collegio rileva che si può prescindere dall'esame del merito delle censure contenute nel medesimo perché, essendo, per quanto sopra esposto, il ricorso principale irricevibile per tardività e i motivi aggiunti infondati nel merito, il predetto ricorso incidentale è comunque improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (per

tale aspetto, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

12. Per le ragioni sopra diffusamente illustrate, il ricorso principale deve essere dichiarato irricevibile per tardività, i motivi aggiunti devono essere respinti perché infondati e il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

13. Sussistono i presupposti di legge (anche avuto riguardo alla complessità e all'assoluta novità di talune delle questioni giuridiche trattate) per giustificare l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- dichiara irricevibile per tardività il ricorso principale;
- respinge i motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Primo Referendario

Massimo Baraldi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Massimo Baraldi

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO