Pubblicato il 24/10/2022

N. 09047/2022REG.PROV.COLL.
N. 09079/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9079 del 2021, proposto da Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

A.I.P.E.S. Associazione Intercomunale per Esercizio Sociale - Consorzio per i servizi alla persona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Armenante, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Comune di Arpino, non costituito in giudizio;

nei confronti

Consorzio Intesa Società Cooperativa Sociale Onlus Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Zaza D'Aulisio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina (Sezione prima), n. 562/2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.I.P.ES.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Intesa Società;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del 16 giugno 2022 il Cons. Anna Bottiglieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio A.I.P.E.S. bandiva il 24 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 1 comma 2 lett. b) del d.-l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, una procedura negoziata per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa della gestione del centro diurno per disabili "Percorsi" sito nel Comune di Arpino per la durata di 12 mesi prorogabili per ulteriori 12 mesi, con importo totale a base di gara, comprensivo della proroga, pari a € 220.000,00, che aggiudicava, dopo la verifica della congruità dell'offerta, alla prima classificata Consorzio Intesa Società Cooperativa Sociale Onlus Consortile a r.l..

L'altra partecipante alla procedura e seconda classificata Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus impugnava con ricorso e motivi aggiunti proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'aggiudicazione e gli atti connessi, ivi compresi, occorrendo, la comunicazione 12 gennaio 2021, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto. Domandava l'annullamento degli atti gravati, la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio ove nelle more stipulato, il subentro nello stesso.

La stazione appaltante e la controinteressata si costituivano in resistenza; quest'ultima formulava ricorso incidentale, finalizzato in via principale all'esclusione della ricorrente e in via subordinata alla riedizione della gara.

L'adito Tribunale, Sezione staccata di Latina (Sezione prima), con sentenza n. 562/2021: accoglieva il primo motivo del ricorso incidentale e disponeva l'esclusione della ricorrente dalla procedura; respingeva il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti; condannava la ricorrente principale alle spese del giudizio in favore delle parti resistenti.

Raggio di Sole ha impugnato la predetta sentenza. Ha dedotto: 1) *Error in iudicando* sulla infondatezza del ricorso incidentale; 2) E*rror in iudicando*; violazione dell'art. 14.3 del disciplinare di gara sul divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica; violazione del principio di segretezza dell'offerta economica; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dell'art. 3 della l. 241/90; violazione del principio di buon andamento e e imparzialità; difetto di motivazione; 3) *Error in iudicando*; violazione e falsa applicazione degli artt. 14.3 e 18.5 del disciplinare di gara; violazione del principio di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.); illegittimità del chiarimento reso; 4) *Error in iudicando* sull'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria; violazione dell'art. 97 d.lgs. 50/2016; 5) *Error in iudicando* sull'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria; 6) *Error in iudicando* sulla violazione e falsa applicazione di legge (art. 95 d.lgs. 50/2016 e art. 97 Cost.); eccesso di potere; violazione dei principi di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.). Ha domandato la riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento della sua impugnativa, di cui ha reiterato le domande demolitorie e risarcitorie.

A.I.P.E.S. e Consorzio Intesa si sono costituiti in giudizio. Esposto, tra altro, che il contratto per l'affidamento è stato stipulato il 15 novembre 2021, all'esito del giudizio di primo grado, hanno concluso per la reiezione dell'appello, sostenendone l'infondatezza.

Con ordinanza n. 6661/2021 la Sezione, preso atto della rinunzia depositata dall'appellante il 10 dicembre 2021, ha dichiarato improcedibile la domanda cautelare formulata dalla medesima.

Nel prosieguo, tutte le parti hanno depositato memorie.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 16 giugno 2022.

DIRITTO

1. La rilevata infondatezza del merito dell'appello consente di assorbire le questioni preliminari spiegate nell'ambito delle difese delle parti resistenti.

2. Nella sentenza impugnata il Tar, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale c.d. "escludente" di Consorzio Intesa Società Cooperativa Sociale Onlus Consortile a r.l., ha ritenuto che la ricorrente principale Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus non avesse attestato lo svolgimento dei servizi analoghi necessari a integrare il possesso del requisito di partecipazione di cui all'art. 13.1.4.1 del disciplinare della gara di cui in fatto, da cui l'illegittimità della sua partecipazione alla procedura.

2.1. Segnatamente, il Tar ha rilevato che detta previsione, in tema di capacità tecnico-professionale, prevedeva che le imprese concorrenti dovessero "*aver svolto nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando (2017-2018-2019) servizi analoghi a quello oggetto del presente appalto esclusivamente per conto di enti pubblici e/o pubbliche amministrazioni*" per un importo pari a € 220.000,00 (oggetto di appalto era la gestione di un centro diurno per disabili), e identificava i servizi analoghi "*esclusivamente*" in quelli relativi alla gestione di "*centri diurni per disabili codice 8.15 allegato 1 categoria 2 del nomenclatore interregionale degli interventi e dei servizi sociali versione 2009*".

Ha poi osservato che Raggio di Sole aveva versato in atti alcuni provvedimenti (n. U01P2242 e n. U01P2245, entrambi del 4 giugno 2018, dell'Ambito territoriale n. 19 dei Comuni di Afragola, Caivano, Cardito e Crispano della ASL NA2 Nord, distretti sanitari 44 e 45, che hanno autorizzato il funzionamento del servizio di centro diurno polifunzionale per minori "Afraolla" destinato all'accoglienza di n. 50 minori di età superiore a tre anni, accreditando Raggio di Sole per il suddetto servizio sociale; le note dell'Ufficio scolastico regionale della Campania n. 4801/1641 e n. 4801/587, entrambe del 28 maggio 2018, attestanti che Raggio di Sole, in qualità di

gestore delle scuole paritarie NA1E25100X e NA1A42100X, aveva ricevuto contributi per "disabili a.s. 17/18" per complessivi euro 27.179,57), e sostenuto che gli importi ivi attestati, sommati a quelli oggetto degli avvalimenti spesi in gara (ausiliarie Cosmopolitan s.c. e Senexus s.c.), ammontanti a complessivi € 211.957,58, dimostrassero il possesso in capo alla Cooperativa del richiesto requisito di fatturato.

Al riguardo, ha concluso che "*i documenti in discorso non sono in alcun modo idonei ad attestare il possesso di quanto richiesto dalla lex specialis della procedura in merito ai servizi analoghi, dato che parte ricorrente, pur dovendosi presumere munita di tutta la documentazione utile ad attestare di aver svolto gli specifici servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento, si è limitata a documentare di: a) essere stata accreditata alla gestione di un centro diurno per minori, parimenti autorizzato, senza che nulla sia dato evincere circa l'equivalenza di detto servizio con quello a base di gara e il fatturato eventualmente generato; b) aver percepito, nel quadro della gestione di due scuole paritarie nella Regione Campania, contributi erariali per non meglio identificate attività svolte in favore di disabili nell'anno scolastico 2017-18. Pertanto, anche volendo far applicazione del principio del c.d. soccorso istruttorio processuale, deve concludersi che, ove parte ricorrente fosse stata richiesta di comprovare in corso di gara il possesso del requisito di fatturato prescritto dal capitolato speciale di gara, ella non sarebbe stato in grado di dimostrarlo, atteso che i documenti versati in atti non provano nulla in merito a quanto puntualmente previsto sul punto dalla lex specialis della procedura*".

2.2. Il primo motivo dell'appello di Raggio di Sole si rivolge avverso detto capo di sentenza.

In particolare, l'appellante sostiene che le autorizzazioni al funzionamento dell'Ambito territoriale n. 19 in atti fanno riferimento al codice nomenclatore regionale dei servizi sociali B4 che riguardano i centri diurni polifunzionali, analoghi al servizio per cui è causa, mentre la documentazione dell'USR Campania fa riferimento all'erogazione di contributi accreditati dal MIUR per "centro disabili", sicchè sommando l'importo totale di tali contributi, afferenti a un requisito maturato in proprio (€ 27.179,57), a quello messo a

disposizione dalle ausiliarie (€ 211.957,58), la sua qualificazione sarebbe evidente, e di tanto non si sarebbe avveduto il Tar, che avrebbe male utilizzato il c.d. "soccorso istruttorio processuale", che nella specie si rivelava peraltro necessario in quanto, a fronte dell'incompletezza della sua dichiarazione relativa al possesso del requisito, la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio procedimentale, che ha invece omesso.

2.3. Il motivo è infondato sotto entrambi i profili di cui si compone.

La stessa illustrazione censoria rende manifesto che Raggio di Sole, pure a fronte delle inequivoche previsioni della *lex specialis* sopra richiamate, non ha dichiarato in gara il possesso di un requisito di partecipazione: in particolare, emerge che l'appellante al fine di integrare il requisito in parola ha fatto ricorso all'avvalimento, e si è così avvalsa di un "prestito" di fatturato pari complessivamente a € 211.957,58, che non raggiunge l'importo previsto dal disciplinare (€ 220.000,00).

In un tale contesto, la pretesa al c.d. "soccorso istruttorio processuale", anche qui avanzata, è infondata, atteso che il rimedio, concepito in via residuale per l'ipotesi dell'omessa o lacunosa attivazione del soccorso istruttorio procedimentale di cui all'art. 83 comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte della stazione appaltante (tra altre, Cons. Stato, V, 14 marzo 2019, n. 1690; 8 giugno 2018, n. 3483; 10 aprile 2018, n. 2180; 11 dicembre 2017, n. 5826; III, 2 marzo 2017, n. 975), non può refluire, come di fatto sostiene l'appellante, in "*una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara*" (Cons. Stato, III, 19 agosto 2020, n. 5144; V, 13 maggio 2019, n. 1030). Più precisamente, "*il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui"* – come quello di specie – *confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o*

insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando" (Cons. Stato, III, 22 maggio 2019, n. 3331 e sentenze ivi richiamate).

In ogni caso, poi, le osservazioni svolte dal giudice di prime cure circa l'inidoneità degli atti versati in giudizio da Raggio di Sole ad attestare il possesso del requisito in parola si rivelano immuni dalle mende qui denunziate: i contributi di cui trattasi attengono a non meglio precisate attività svolte in favore di disabili nell'ambito di scuole paritarie, laddove la legge di gara ha riferito il richiesto fatturato alla gestione di "*centri diurni per disabili*", attività che la prescrizione della *lex specialis* di cui sopra (avverso cui Raggio di Sole non ha indirizzato censure) non autorizza a ritenere analoghe.

3. La conferma della correttezza dell'accertamento del primo giudice circa la dovutezza dell'esclusione dell'appellante dalla procedura non esaurisce la materia del contendere, residuando l'interesse strumentale alla riedizione della procedura perseguito con i restanti motivi di appello, che vanno pertanto esaminati.

4. Raggio di Sole ha sostenuto in primo grado (primo motivo di ricorso; primo motivo dei mezzi aggiunti) che Consorzio Intesa avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per avere violato il divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica, richiamato dall'art. 14.3. del disciplinare a pena di esclusione, esponendo nella sua offerta tecnica il costo della manodopera, elemento particolarmente rilevante nella procedura in esame, relativa a un servizio c.d. "labour intensive". Ha altresì evidenziato che il seggio di gara, sia per quanto sopra sia per via di elementi facilmente ricavabili da altro analogo contratto pubblico gestito dalla stazione appaltante di cui il Consorzio è affidatario, poteva conoscere il contenuto dell'offerta economica del controinteressato venendo così indebitamente condizionato nelle valutazioni di competenza.

4.1. Il Tar ha esaminato congiuntamente le predette doglianze, respingendole.

In particolare, ha osservato che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria esponeva che "il costo della manodopera è pari al 96,83% [...] sul totale dell'importo economico offerto", senza indicare alcun prezzo o valore economico, sicchè la predetta percentuale si riferiva a una base di calcolo che sulla base della lettura dell'offerta tecnica era non solo ignota ma anche non conoscibile. Ha poi escluso la fondatezza delle restanti censure, perché fondate su calcoli unilateralmente svolti e su informazioni non corrispondenti a quanto in realtà offerto dall'aggiudicataria, non desumibili dall'offerta tecnica e altresì riferite ad altro contratto pubblico avente un oggetto (servizio integrato di assistenza familiare e domiciliare in favore di anziani) non coincidente con l'oggetto dell'affidamento di cui trattasi (gestione di un centro diurno per disabili), sicchè non vi era motivo di ritenere che il seggio di gara, sulla sola base della sopradetta percentuale di incidenza del costo della manodopera sul totale offerto, e in assenza di ulteriori elementi concernenti il prezzo e il valore, avesse potuto precostituirsi un'opinione circa il contenuto dell'offerta economica della controinteressata.

4.2. Il secondo motivo di appello si dirige avverso le predette argomentazioni, ed è infondato, trattandosi in sostanza della reiterazione delle stesse argomentazioni svolte in primo grado, che il Tar ha correttamente respinto.

4.3. In particolare, l'appellante in più parti del motivo costruisce le sue doglianze come se l'offerta tecnica della controinteressata avesse esposto l'importo del costo della manodopera.

Così non è.

Come risulta dal fascicolo di causa, e come bene chiarito dal giudice di prime cure, si è trattato infatti dell'indicazione di una mera percentuale, dato che, in quanto riferito a una base di calcolo ignota, non può rivelare *ex se* il *quantum* dell'offerta economica, si tratti o meno di un servizio c.d. "labour intensive".

4.4. Nel prosieguo, l'appellante osserva che la relazione tecnica della controinteressata indicava le figure professionali da impiegare nell'esecuzione del servizio, ivi comprese quelle corrispondenti ai lavoratori già occupati

presso il centro diurno oggetto dell'appalto e da assorbire per effetto della c.d. "clausola sociale". Sostiene che questi elementi, in aggiunta al peso e al valore assunto da tali risorse nell'ambito del prezzo complessivo offerto e alle informazioni già in possesso della stazione appaltante in relazione al diverso contratto pubblico di cui sopra, rendevano conoscibile l'offerta economica della controinteressata quanto al costo del personale, potendo la commissione di gara pervenirvi mediante una serie di semplici operazioni (verifica delle condizioni contrattuali del personale offerto; calcolo del relativo costo orario; sua moltiplicazione per le ore complessive offerte). Reitera quindi la censura di indebita influenza della commissione di gara, evidenziando che per costante giurisprudenza amministrativo tale vizio sussiste anche laddove meramente potenziale.

Sul punto, va rammentato che il divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica nonchè presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha elaborato al riguardo le note regole per cui: a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche, e la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche (Cons. Stato, V, 20 luglio 2016, n. 3287); b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392; VI, 27 novembre 2014, n. 5890); c) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti della stessa o che consentano comunque di ricostruirla (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612); d) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché non facenti parte dell'offerta economica (come i

prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato), e, in quanto isolati e del tutto marginali rispetto a essa, non ne consentano la sua complessiva ricostruzione (Cons. Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181; VI, 27 novembre 2014, n. 5890); e) per integrare la violazione del divieto, gli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza o, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a permettere al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta, anche solo potenzialmente (Cons. Stato, V, 2 agosto 2021, n. 5645; 17 maggio 2021, n. 3833; 29 aprile 2020, n. 273; 11 giugno 2018, n. 3609; III, 3 dicembre 2021, n. 8047; 26 marzo 2021, n. 2581; 9 gennaio 2020, n. 167; 12 luglio 2018, n. 4284; 3 aprile 2017, n. 1530); f) anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione, alterandola o perlomeno rischiando di alterarla in astratto (Cons. Stato, V, n. 612/2019; n. 3287/2016; n. 5181/2015, cit.); il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto, dovendosi invece fare riferimento al parametro di giudizio costituito dalla concreta concludenza dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica. In particolare, il giudice amministrativo deve procedere di volta in volta a una valutazione in concreto circa l'effettiva attitudine degli elementi dell'offerta economica resi anticipatamente noti a condizionare le scelte della commissione di gara (Cons. Stato, V, 2 maggio 2017, n. 1988; 29 febbraio 2016, n. 824).

Ciò posto, il contestato avviso del Tar risulta perfettamente in linea con la predetta giurisprudenza.

Per ritenere integrata la commistione di cui trattasi si richiede infatti che l'attitudine dei dati economici esposti nell'offerta tecnica a disvelare l'offerta economica, anche in via meramente potenziale, sia apprezzata in concreto.

E nella fattispecie l'isolato riferimento da parte della controinteressata a una mera percentuale non consente la ricostruzione dei costi del personale offerto, neanche laddove posto in relazione ad altro contratto pubblico da essa gestito, il quale peraltro, oltre a essere risalente (si tratta di un affidamento del 2017), non ha neanche lo stesso oggetto di quello posto a gara, come sottolineato dal giudice di prime cure. Lo stesso è a dirsi per gli impegni derivanti dalla "clausola sociale", a meno di non voler giungere alla conclusione, evidentemente paradossale, che negli appalti c.d. "labour intensive", che sono quelli in cui essa svolge il ruolo più significativo, la mera presenza della clausola integri *ex se* l'indebita influenza di cui si discute.

Le argomentazioni dell'appellante, che refluiscono in definitiva nella implicita negazione della *ratio* competitiva della procedura in esame, che pure è attestata dalla sua indizione, non risultano pertanto persuasive.

4.5. Vieppiù, contro la tesi spesa nel motivo militano le modalità stabilite nella gara in esame per la presentazione delle offerte.

In particolare, a fronte degli artt. 14.1 e 17.1 del disciplinare di gara che disponevano, a pena di inammissibilità, la formulazione dell'offerta economica esclusivamente mediante il portale MEPA e l'utilizzo dei relativi moduli dichiarativi, la stazione appaltante si avvedeva in corso di gara che il modulo relativo all'offerta economica prodotta da tale sistema non permetteva l'inserimento dei costi della manodopera. Indi, antecedentemente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, con comunicazione pubblicata il 12 gennaio 2021, la stazione appaltante, al fine di consentire agli operatori economici di adempiere a quanto previsto dall'art. 95 comma 10 d.lgs. 50/2016, richiedeva ai medesimi "di *inserire nella relazione tecnica un riferimento percentuale sul totale dell'importo economico offerto, previsto a copertura dei costi della manodopera*": sicchè non si vede come la controinteressata potesse essere esclusa dalla procedura per essersi attenuta alla predetta indicazione.

5. Il terzo e il sesto motivo di appello, che riguardano la appena detta comunicazione 12 gennaio 2021, possono essere congiuntamente esaminati.

5.1. Segnatamente, con il terzo motivo Raggio di Sole sostiene l'erroneità della sentenza impugnata per avere ritenuto la legittimità della comunicazione 12 gennaio 2021 (e quindi per non aver disposto l'esclusione dalla gara del controinteressato per mancata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera), sostenendo che essa, integrando una sostanziale modifica della legge di gara (artt. 14.3. e 18.5 del disciplinare), non potrebbe essere ascritta, come ha fatto il Tar, al novero dei "chiarimenti" della stazione appaltante.

La doglianza non è fondata.

Per un costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, nelle gare pubbliche i chiarimenti in ordine alla valenza delle clausole della legge di gara fornite dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte "*non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta di interpretazione autentica, con cui l'amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis*" (tra Cons. Stato, V, 2 marzo 2022, n. 1486; III, 22 gennaio 2014, n. 290; IV, 21 gennaio 2013, n. 341), sicché esse, per quanto non vincolanti, orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*.

Tanto chiarito, è indubbia nella fattispecie la sussistenza di una "volontà provvedimentale" da chiarire nei sensi assunti dalla comunicazione in parola, avendo la stazione appaltante rilevato che il modello automatico di offerta economica elaborato dalla già prescelta piattaforma telematica, da utilizzare a pena di esclusione, non consentiva la digitazione dei costi della manodopera. Rilevano poi la forma della comunicazione, intervenuta prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e diretta a tutti i partecipanti alla procedura, nonché il suo contenuto, consistente in una indicazione che, senza modificare alcun requisito di partecipazione o elemento costitutivo dell'offerta, si è limitata a prescrivere un contenuto aggiuntivo all'offerta

tecnica: bene ha fatto pertanto il Tar a qualificare tale comunicazione come un "chiarimento".

Per converso, non può ritenersi che la stessa comunicazione abbia modificato il contenuto della *lex specialis*, e ciò neanche in riferimento agli artt. 14.3. e 18.5 del disciplinare indicati dall'appellante: quanto al primo, che sanzionava con l'esclusione la mancata separazione dell'offerta tecnica da quella economica, si richiama quanto in precedenza osservato in ordine all'insuscettibilità *ex se* del "*riferimento percentuale sul totale dell'importo economico offerto, previsto a copertura dei costi della manodopera*" di integrare la vietata commistione; quanto al secondo, che prescriveva, *ex* art. 95 comma 10 d.lgs. 50/2016, l'indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali connessi, si tratta proprio della prescrizione oggetto della motivate delucidazioni rese con la comunicazione, sicchè la sua violazione va esclusa in radice.

La conclusione non muta considerando che Raggio di Sole, come pure esposto nel motivo, ha disatteso il predetto chiarimento e integrato il modello di offerta economica messo a disposizione dalla stazione appaltante con una separata dichiarazione aggiuntiva specificativa del costo della manodopera.

Una siffatta condotta infatti, per effetto della comunicazione 12 gennaio 2021, non era pretendibile dagli altri concorrenti, e segnatamente dalla controinteressata.

Del resto, proprio il fatto che l'offerta economica di Raggio di Sole sia stata ammessa alla gara ancorchè non conforme alla comunicazione di cui trattasi comprova che questa non ha modificato la *lex specialis*, ma solo consentito di sanare la contraddizione esistente tra due delle sue prescrizioni cogenti (indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera; utilizzazione di un modulo inidoneo allo scopo) in tal modo consentendo la piana partecipazione alla gara degli operatori economici interessati, e ciò in forza di una valutazione di opportunità che si inscrive con ogni evidenza nell'ottica di concorrenzialità propria delle procedure pubbliche.

5.2. Con il sesto motivo di appello l'appellante sostiene che il Tar, nel ritenere la legittimità della ridetta comunicazione 12 gennaio 2021, si sarebbe posto in contrasto con i principi espressi dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nelle decisioni n. 7 e 8 del 2020, che, proprio in relazione a procedure basate, come quella in esame, sull'utilizzo del portale MEPA, ha chiarito che l'unica condizione che legittima la mancata comminatoria della sanzione espulsiva agli operatori che non hanno indicato i costi della manodopera nell'offerta economica è quella della oggettiva impossibilità della loro indicazione nella stessa, non sussistente nella fattispecie, come dimostra *per tabulas* la sua offerta economica. Invoca poi successive sentenze, secondo cui la eventuale non editabilità dei moduli dichiarativi, privi dello spazio per l'indicazione in questione, non è materialmente preclusiva alla loro integrazione da parte dell'offerente, mediante "elaborazione scritturale dei termini dell'offerta" (tra altre, Cons. Stato, V, 8 aprile 2021, n. 2839).

Il mezzo è infondato.

Invero, il richiamo ai principi giurisprudenziali di cui sopra, che il Collegio pienamente condivide, è del tutto fuori centro, essendo essi afferenti all'ambito del vaglio di conformità tra offerta economica e legge di gara al netto di qualsiasi intervento chiarificatore della stazione appaltante sulla valenza delle relative clausole, intervento che qui invece vi è stato e che costituisce oggetto precipuo dello scrutinio giudiziale di cui ai motivi in esame.

Chiarito quindi che trattasi di un diverso ambito valutativo, deve concludersi che la comunicazione in parola non incorre nei vizi denunziati dall'appellante in quanto:

- non viola l'art. 95 del d.lgs. 50/2016, trattandosi, come sopra già rilevato, di un chiarimento motivato, che si è proposto proprio di integrare la prescrizione della *lex specialis* applicativa del precetto normativo;
- non a viola i principi di buon andamento e di imparzialità *ex* art. 97 Cost., essendo ispirata, come pure sopra detto, a una ottica di concorrenzialità, e,

può aggiungersi, anche di prevenzione del contenzioso, che, come dimostra la stessa censura in esame, in materia di offerte da compilare secondo moduli predisposti dalla stazione appaltante non è di poco conto;

- non risulta affetta da eccesso di potere, non essendo rilevabile alcun travisamento dei fatti, palese illogicità o manifesta irragionevolezza nella presupposta convinzione della stazione appaltante dell'impossibilità di applicare l'originaria prescrizione della *lex specialis* circa l'indicazione dei costi della manodopera nell'ambito del modulo predisposto per l'offerta economica, condizione fattuale che è confermata dalla stessa condotta tenuta dall'appellante, che ha integrato il predetto modulo con un autonomo e separato "file".

6. Il quarto e il quinto motivi di appello sono diretti avvero i capi della sentenza impugnata che hanno respinto le doglianze (quarto motivo del ricorso introduttivo; terzo e quarto motivo dei mezzi aggiunti) volte a contestare, sotto vari profili, la congruità dell'offerta dell'aggiudicataria alla luce dei chiarimenti da questa forniti con nota n. 1382 del 2 marzo 2021 nell'ambito della verifica *ex* art. 97 d.lgs. 50/2016.

6.1. Il giudice di prime cure, premessi noti principi sulla verifica in parola e sui limiti della sua sindacabilità nell'ambito del giudizio amministrativo:

- ha ritenuto l'infondatezza della censura di incapienza dell'offerta della controinteressata (€ 218.900,00), una volta depurata dal costo della manodopera (€ 213.026,00), quanto ai costi previsti per la corretta esecuzione del servizio e gli adempimenti fiscali e procedurali posti a carico dell'aggiudicatario, trattandosi di contestazione generica, basata su calcoli non corretti e ipotetici, non corrispondenti alle cifre formulate dalla controinteressata nei giustificativi forniti. Ha ulteriormente rilevato sul punto che "*a fronte di un appalto labour intensive quale è quello oggetto di controversia, eventuali inesattezze nella stima dei costi diversi da quelli della manodopera, che pesano per appena euro 5.874,00, di cui euro 4.691,60 per risorse strumentali, su un totale di 218.900,00,*

neppure valgono a rendere non credibile l'intera proposta negoziale e, quindi, a inficiare il giudizio di non anomalia dell'offerta operato dalla stazione appaltante";

- ha ritenuto l'infondatezza della censura di insostenibilità e incongruità della stessa offerta relativamente all'indicazione dei costi del personale (€ 211.958,40) perché quantificati sulla base di una tabella palesemente errata quanto all'onere degli operatori sociali di livello C1 (€ 875.160,00)

e giustificati genericamente, senza dettagliare le singole voci di costo specificate nelle tabelle ministeriali. Ha al riguardo osservato che: il prezzo complessivo offerto dall'aggiudicataria, di euro 218.900,00, era "*da un lato, superiore a quello di 204.840,98 offerto dalla ricorrente nel modulo MePA e, dall'altro, di soli euro 1.098,90 inferiore a quello dalla medesima ricorrente dichiarato su carta libera, sì che una simile esigua differenza non pare possa rendere insostenibile l'offerta economica dell'aggiudicataria. Inoltre, nel merito delle giustificazioni fornite, il valore di euro 875.160,00 indicato quale onere per gli operatori sociali di livello C1 è, a ogni evidenza, frutto di un mero errore materiale di compilazione, come tale non costituente motivo di esclusione della relativa offerta, che non ha inciso sulla comprensibilità dei giustificativi forniti, posto che in essi è chiaramente riportato il costo complessivo del personale pari a euro 211.958,40; pertanto, il valore corretto delle predette figure professionali è di euro 202.982,40, ottenibile detraendo dalla suddetta somma il costo dei responsabili di livello D1. Nell'indicazione del costo della manodopera il Consorzio Intesa ha precisato che la relativa stima è stata effettuata sulla base del CCNL cooperative sociali, considerando le voci effettivamente spettanti al personale per il servizio oggetto di appalto, che si svolge soltanto in orario diurno e, quindi, non comprende attività notturne e turni con le relative indennità. Né, d'altro canto, parte ricorrente ha potuto argomentare più nel dettaglio sulle ragioni per le quali la stima in parola, pur sintetica, sarebbe manifestamente irragionevole*";

- ha ritenuto l'infondatezza della censura di insostenibilità e incongruità della stessa offerta, nonostante i chiarimenti forniti, quanto alla messa a disposizione di risorse strumentali aggiuntive (sedi operative, automezzi, attrezzature elettroniche e sportive, corsi di formazione, ecc.) per le quali è indicato un costo di soli euro 4.691,60, specificandosi che gran parte di esse

sono già in possesso dell'operatore economico. Ha al riguardo osservato che "*le giustificazioni fornite al riguardo non appaiono palesemente implausibili, tenuto conto che la controinteressata è pacificamente un operatore del terzo settore avente al proprio attivo altri appalti simili e che, in ogni modo, eventuali inesattezze riguardanti voci di costo assommanti a soli euro 4.691,60, a fronte di un'offerta complessiva di euro 218.900,00, peraltro formulata da un soggetto che non persegue scopo di lucro, non sarebbero comunque sufficienti a far ritenere complessivamente inattendibile la proposta negoziale*".

6.2. Ciò posto, l'appellante:

- con il quarto motivo: deduce l'incongruità dell'offerta della controinteressata, che ritiene attestata dalla superficialità dell'operato della stazione appaltante nella misura in cui questa non si è avveduta del rilevante errore materiale in cui la controinteressata è incorsa quanto agli oneri relativi agli operatori sociali di livello C1, indicati nei giustificativi in un importo pari al quadruplo di quello posto a base di gara; sostiene l'illegittimità dell'operazione di calcolo effettuata dal Tar nel ricavare autonomamente il costo di tale personale; sostiene che il predetto errore legittima il dubbio circa l'erroneità anche degli altri importi indicati nella stessa tabella; sostiene la genericità dei giustificativi, in quanto in essi non è stato indicato il costo di tutte le figure professionali descritte nella relazione tecnica secondo il CCNL impiegato, la qualifica, la paga oraria e le altre voci al riguardo rilevanti, siccome specificati dalle tabelle ministeriali cui rinvia l'art. 23 comma 16 del d.lgs. 50/2016 sotto le voci "Elementi retributivi", "Oneri previdenziali e assistenziali", "Altri oneri", e secondo le indennità di turno, ma solo il costo orario delle figure professionali, sicchè per un verso non sarebbe giustificato lo scostamento dalle tabelle ministeriali, per altro verso sarebbe impedita la verifica circa il rispetto dei costi del lavoro e della congruità dell'offerta; lamenta che a fronte della genericità delle giustificazioni, la deducente non avrebbe potuto articolare più specifiche censure in ordine alla mancata sostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, da cui l'erroneità, per inversione dell'onere della prova, del rilievo del primo giudice circa la genericità delle

doglianze ricorsuali; sostiene che lo scostamento dalle tabelle ministeriali, in quanto ingiustificato e rilevante, sia indice di inattendibilità e anti-economicità dell'offerta;

- con il quinto motivo contesta le argomentazioni del Tar basate sulla circostanza che l'aggiudicatario è un operatore senza scopo di lucro, rammentando la necessità che l'offerta, seppur non remunerativa, sia sostenibile, condizione la cui insussistenza ritiene di aver attestato con l'esposizione di elementi circostanziati, stante l'esigua differenza tra il costo della manodopera e il prezzo offerto, che non rende possibile affrontare gli ulteriori costi per le dotazioni strumentali dei servizi aggiuntivi offerti, ed evidenziando che tale incongruità è stata rilevata anche dalla stazione appaltante con la richiesta di giustificativi *ex* art. 97 d.lgs. 50/2016, ancorchè la medesima abbia poi erroneamente operato nella loro valutazione, che di fatto non vi è stata stante la superficialità degli elementi esposti dal controinteressato, specie laddove ha affermato di essere già in possesso di gran parte di tali dotazioni senza offrire alcun supporto probatorio dell'asserzione e senza nulla specificare circa le economie di scala genericamente menzionate.

6.3. Al riguardo, vanno preliminarmente richiamati i principi costantemente affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in materia di valutazione di congruità dell'offerta anomala, bene riepilogati, da ultimo, da Cons. Stato, III, 14 maggio 2021 n. 3917, e dai quali il Collegio non ritiene di doversi discostare, secondo cui:

- la valutazione in parola consiste in un procedimento il cui esito è rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante ed è globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (Cons. Stato, Ad plen. n. 36 del 2012; V, 14 giugno 2013, n.

3314; 1° ottobre 2010, n. 7262; 11 marzo 2010, n. 1414; IV, 22 marzo 2013, n. 1633; III, 14 febbraio 2012, n. 710);

- ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente;

- la valutazione sulla congruità dell'offerta resa dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Cons. Stato, Ad. plen. n. 36 del 2012; V, 17 gennaio 2014, n. 162; 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848; 23 novembre 2010, n. 8148; 22 febbraio 2011, n. 1090);

- il giudice amministrativo non può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio - non erroneo né illogico - formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione (Cons. Stato, IV, 27 giugno 2011, n. 3862; V, 28 ottobre 2010, n. 7631; 17 gennaio 2014, n. 162);

- al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria di un appalto pubblico e di averlo portato a termine (Cons. Stato, V, 27 settembre 2017, n. 4527; 29 maggio 2017, n. 2556; 13 febbraio 2017, n. 607; 25 gennaio 2016, n. 242; III, 3 novembre 2016, n. 4671).

Alla stregua di tali premesse le doglianze in esame si rivelano infondate.

6.4. Non convincono le censure fondate sull'errore commesso dalla controinteressata nei giustificativi, sulla sua enormità, tale da far presumere la commissione di altri rilevanti errori, sul suo mancato rilievo da parte della stazione appaltante, quale indice di superficialità della verifica di congruità dell'offerta, e sulla asserita autonoma operazione al riguardo operata dal Tar.

Per la giurisprudenza, sussiste la possibilità che la stazione appaltante corregga gli errori materiali inficianti l'offerta, a condizione che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere a esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto; in altri termini, la ricerca della volontà dell'offerente ben può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta: l'errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente e *ictu oculi* dal contesto stesso dell'atto, e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive della volontà, che deve risultare agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. In definitiva, il potere di rettifica di errori materiali e refusi è circoscritto alle ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta (tra tante, Cons. Stato, V, 5 aprile 2022, n. 2529; III, 24 febbraio 2020, n. 1347; VI, 2 marzo 2017, n. 978).

Tali coordinate, dettate come visto in relazione agli errori che inficiano l'offerta, valgono a maggior ragione per le giustificazioni, ambito in cui si situa l'errore di cui trattasi, al cui riguardo va rilevato che proprio la sua qui rilevata "enormità" (onere di € 875.160,00 per gli operatori sociali di livello C1, pari al quadruplo di quello posto a base di gara) ne rendeva possibile l'emendabilità per mezzo di altri dati risultanti dalle stesse giustificazioni, quale errore rilevabile *ictu oculi* e non incidente sulla quantificazione del costo del personale: invero, nella tabella di cui a pag. 1 dei giustificativi, del 1°

marzo 2021, la controinteressata ha indicato un costo complessivo del personale di € 211.958,40, che manifesta l'evidente erroneità materiale del dato parziale di cui trattasi, inserito nella stessa tabella, nella casella dedicata agli "operatori sociali livello C1".

Bene poteva pertanto: la stazione appaltante, da un lato, non tenere conto dell'errore in sede di espressione del giudizio di congruità, ciò che non comprova la superficialità della relativa valutazione, atteso che, per costante giurisprudenza, detto giudizio, laddove positivo, non richiede una analitica motivazione (tra tante, Cons. Stato, III, 18 dicembre 2018, n. 7129); il giudice di prime cure, dall'altro, nel pronunziare sulla correttezza del giudizio di anomalia, ricavare dalle stesse giustificazioni quale fosse il dato parziale oggetto di errore, mediante sottrazione dell'ulteriore dato parziale (relativo al responsabile, livello D1) da quello complessivo. Mentre l'affermazione che la presenza di un errore ne può far presumere altri è una illazione non valutabile in questa sede, atteso che incombe a chi contesta il giudizio di congruità l'onere di dimostrarne l'irragionevolezza o l'erroneità (Cons. Stato, V, 18 novembre 2021, n. 7717).

6.5. Sono infondate le censure relative all'asserita genericità dei giustificativi resi dalla controinteressata quanto al costo del personale e alla supposta incongruità dello stesso, anche per lo scostamento dalle tabelle ministeriali di riferimento.

Rilevano al riguardo le valutazioni rese al riguardo dell'amministrazione, che non risultano affette da manifesta illogicità o irragionevolezza.

In particolare, la relazione del RUP in ordine al giudizio di congruità dell'offerta della controinteressata ha dato conto: che questa ha rappresentato nelle giustificazioni che detto costo è stato calcolato "*sulla base della tabella del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali per il CCNL Cooperative Sociali prevista dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, considerando le voci effettivamente spettanti al personale coinvolto*"; che la verifica effettuata dalla stazione appaltante,

sulla base del progetto di utilizzo delle varie figure professionali e dell'impegno loro richiesto, ha permesso di rilevare, in forza dei calcoli ivi analiticamente riportati, che le tariffe orarie erano in linea con le tariffe ministeriali sia per il livello D1 (responsabile) che per il restante personale di livello C1, decurtate dell'indennità di turno (non dovuta per il tipo di servizio) e altre indennità; che alcune figure professionali pure considerate nella relazione tecnica (pagine 14 e 15) facevano già parte della struttura; che il profilo di autista trovava copertura nei servizi di trasporto e mensa a totale carico delle famiglie, come da capitolato, e che inoltre nello specifico il servizio è svolto dal legale rappresentante del Consorzio.

Le conclusioni del giudice di prime cure, del tutto coerenti con le considerazioni sin qui rassegnate, vanno pertanto confermate, restando assorbita ogni questione sul giudizio da questi reso circa la genericità delle censure ricorsuali, anche considerato che di nessuna di esse risulta essere stata omessa la disamina, nell'ambito, naturalmente, delle regole sopra rassegnate circa il modo in cui deve atteggiarsi lo scrutinio giudiziale sulla valutazione di congruità dell'offerta.

6.6. Anche le restanti censure non sono persuasive.

In primo luogo, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, non può in alcun modo dirsi provata l'insostenibilità dell'offerta della controinteressata: le censure sin qui esaminate non hanno infatti trovato favorevole considerazione, e a una tale conclusione non può pervenirsi solo in considerazione dell'esigua differenza tra il costo della manodopera e il prezzo offerto, questione che è stata bene affrontata dal Tar rilevandosi che, in un appalto "labour intensive" quale quello per cui è causa, anche eventuali inesattezze nella stima dei costi diversi da quelli della manodopera non possono rendere non credibile l'intera proposta negoziale e quindi inficiare il giudizio di non anomalia dell'offerta.

Quanto al resto, la circostanza che anche la stazione appaltante avesse rilevato l'anomalia dell'offerta è evidentemente superata dal diverso giudizio reso

all'esito del subprocedimento di cui all'art. 97 d.lgs. 50/2016, rivelatosi indenne da mende; infine, la congruità dei costi riferiti ai servizi aggiuntivi (€ 4.619,60) risulta adeguatamente motivata nella già citata relazione del RUP, che fa più volte riferimento alle giustificazioni rese al riguardo dalla controinteressata, sicchè le considerazioni svolte al riguardo dall'appellante non possono trovare ingresso, anche considerando che, come detto, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci, essendo obiettivo dell'indagine l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono.

7. Per tutto quanto precede, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado possono essere compensate tra le parti, in considerazione della novità di parte delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Anna Bottiglieri	**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO