

Publicato il 04/03/2022

N. 00059/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00385/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 385 del 2021, proposto dalla Sirio, società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Scarano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Umberto I;

contro

il Comune di Termoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la Centrale Unica di Committenza per i Comuni di Campomarino, Guglionesi e Termoli, non costituita in giudizio;

nei confronti

la Assel Assistenza e Lavoro cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Cigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dell'8 novembre 2021, con la quale il Comune di Termoli ha aggiudicato al costituendo RTI composto da ASSeL Assistenza e Lavoro cooperativa sociale e Agenzia AGORA' società cooperativa sociale la procedura aperta avente ad oggetto i servizi di *"gestione dei livelli essenziali delle prestazioni per i servizi di welfare d'accesso, dei servizi di presa in carico ed interventi multidisciplinari di inclusione sociale per l'attuazione del piano sociale di zona 2020-2022 e del piano territoriale per il contrasto alla povertà. servizi di segretariato sociale, servizio sociale professionale ed equipe multidisciplinare"*;
- della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione avvenuta con nota del 9 novembre 2021;
- dell'avviso di appalto di *"esito gara"* e di *"appalto aggiudicato"* pubblicato il 9 novembre 2021 sulla piattaforma Telematica *"Traspare"*;
- di tutti i verbali di gara, ed in particolare quello relativo alla proposta di aggiudicazione in favore della controinteressata;
- della determina dirigenziale del 29 luglio 2021 avente ad oggetto la nomina della Commissione giudicatrice;
- della nota del 14 ottobre 2021 con la quale il RUP ha richiesto all'aggiudicataria gli elementi giustificativi dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del d. lgs n. 50/2016;
- della nota del 28 ottobre 2021 con la quale il RUP ha espresso parere favorevole alla proposta di aggiudicazione;
- di ogni ulteriore atto presupposto, consequenziale e comunque connesso; nonché per l'annullamento e/o dichiarazione di inefficacia del contratto pubblico ove nelle more stipulato con il RTI aggiudicatario; e per la condanna al risarcimento in forma specifica ovvero per equivalente dei danni subiti e subendi dalla impresa ricorrente in ragione della illegittimità degli atti impugnati.

Visti il ricorso, le memorie e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie del Comune di Termoli e della Assel Assistenza e Lavoro cooperativa sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2022 il dott. Massimiliano Scalise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Col ricorso introduttivo del presente giudizio la soc. coop. soc. Sirio (di seguito “Sirio”) ha impugnato gli atti della gara d'appalto indetta dal comune di Termoli e affidata al costituendo R.T.I. composto dalla ASSeL Assistenza e Lavoro cooperativa sociale (di seguito “Assel”) e dall'Agenzia AGORA' società cooperativa sociale.

Detta gara ha avuto ad oggetto l'affidamento dei servizi di gestione dei livelli essenziali delle prestazioni per i servizi di welfare d'accesso, nonché dei servizi di presa in carico e degli interventi multidisciplinari di inclusione sociale, dei servizi di segretariato sociale e del servizio sociale professionale, ai sensi degli artt. 60 del d. lgs n. 50/2016 e per un importo pari a € 1.537.454,03 al netto di IVA e/o di altre imposte e contributi di legge.

2 – In particolare, la ricorrente ha lamentato: i) uno stravolgimento, ad opera dell'aggiudicataria, della struttura dei costi di manodopera compiuto in sede di giustificazioni dell'anomalia dell'offerta rispetto a quanto indicato nell'offerta economica; ii) la violazione, per effetto dello stravolgimento compiuto, delle esigenze di tutela dei lavoratori, in relazione alla mancata previsione di alcune voci retributive previste dal CCNL di categoria applicabile alle figure professionali impiegate e al costo orario del personale da riassorbire.

In via subordinata la ricorrente ha dedotto anche: i) la mancata esplicitazione da parte della Commissione di gara del percorso logico seguito per individuare i vari coefficienti impiegati per la valutazione tecnica delle offerte;

ii) l'illegittimità della nomina della Commissione di gara a motivo dell'incompetenza del soggetto che ha proceduto a tale adempimento (il Segretario Generale e non l'organo competente a deliberare sull'aggiudicazione); iii) la violazione dell'art. 77, comma 1, d. lgs. n. 50/2016, in relazione al difetto di competenza dei Commissari nominati nelle materie oggetto della gara; iv) la mancata dichiarazione da parte dei Commissari della mancanza di cause d'incompatibilità nella prima riunione, ai sensi degli artt. 77, c. 9, d. lgs n. 50/2016 e 20 del disciplinare di gara.

Con il ricorso sono stati chiesti l'annullamento, previa sospensione degli effetti, degli atti di gara e il risarcimento in forma specifica attraverso il subentro nel contratto o il risarcimento per equivalente.

3 – Si sono costituiti in resistenza al gravame il Comune e la mandataria del R.T.I. controinteressato, controdeducendo alle censure *ex adverso* proposte e concludendo per la piena legittimità degli atti impugnati, nonché per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso proposto.

4 – Alla camera di consiglio del 15 dicembre 2021, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, preso atto che il R.T.I. aggiudicatario era già subentrato nell'espletamento della commessa oggetto dell'appalto, su accordo tra i difensori è stato disposto l'abbinamento della cautelare al merito, ed è stata fissata per la discussione del ricorso l'udienza pubblica del 23 febbraio 2022.

5 – Con ulteriori memorie e repliche le parti hanno meglio articolato e puntualizzato le loro tesi.

6 - All'udienza del 23 febbraio 2022, uditi gli avvocati come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

7 – Preliminarmente il Collegio rileva la palese infondatezza delle eccezioni di inammissibilità e di irricevibilità del ricorso formulate dal R.T.I. controinteressato, entrambe fondate sull'asserita mancata impugnazione da parte della ricorrente di alcuni atti di gara (la graduatoria e la determina recante il parere favorevole sull'aggiudicazione).

Difatti, dalla documentazione agli atti emerge con chiarezza che il contenuto dei citati atti, in tesi non gravati, è stato trasfuso in appositi verbali, tutti ritualmente impugnati dalla ricorrente.

E' inoltre assorbente il rilievo per cui detti documenti costituiscono solo atti endoprocedimentali, come tali non immediatamente lesivi e perciò *ex se* non impugnabili in via autonoma rispetto all'aggiudicazione.

8 – Nel merito, il primo motivo di ricorso è fondato e deve essere accolto per quanto di ragione.

8.1 - Emerge dagli atti di causa, e non è stato efficacemente smentito né dalla stazione appaltante né dal R.T.I. controinteressato, che l'offerta economica di quest'ultimo, pur rimanendo immutata nel suo importo totale, abbia innegabilmente subito in sede di giustificazione della congruità una profonda modifica nella struttura dei costi relativi al costo della manodopera, componente, quest'ultima, nello specifico centrale, avuto riguardo all'oggetto e alla natura delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Tale voce di costo è d'altra parte così rilevante in termini generali che l'art. 95, c. 10, del d. lgs n. 50/2016 ne impone la specifica e separata indicazione in sede di offerta economica.

Il R.T.I. aggiudicatario, in riscontro alla specifica richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, con lettera del 26 ottobre 2021, recante le giustificazioni a supporto della congruità dell'offerta economica, a fronte dell'importo per costi della manodopera poco prima dichiarato, in sede di offerta economica, come pari ad euro 1.477.747,56, ha indicato invece nella propria relazione giustificativa, per la stessa voce, e senza alcuna giustificazione, il ben diverso importo di appena euro 1.098.546,75.

Nella stessa relazione gli importi residui sono stati poi assorbiti da voci non inerenti ai costi di manodopera, quali ad esempio non meglio precisati “*ulteriori costi aziendali per acquisto di beni di consumo*” e “*costi dei servizi aggiuntivi offerti*”.

8.2 - Il Collegio è ben consapevole che l'importo complessivo offerto dal R.T.I. aggiudicatario, che è rimasto immutato, presenta un ribasso modesto rispetto all'importo posto a base di gara (circa l'1%), che pertanto non concretizza di per sé solo un sintomo di anomalia.

Tuttavia è altrettanto evidente che, una volta invertisi i presupposti di legge per la verifica dell'offerta, l'entità del profondo mutamento intervenuto, a paragone con la precedente dichiarazione, nella struttura ed entità dei costi di manodopera, anche in considerazione della notevole rilevanza di tale voce nell'appalto in discorso, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a compiere rigorose verifiche al riguardo, e ad esternare gli esiti del proprio controllo di congruità con particolare rigore motivazionale.

Un'attività di approfondita verifica in proposito sarebbe poi stata, ad avviso del Collegio, vieppiù doverosa, ove si consideri che la nuova cifra indicata in sede di relazione a titolo di costi per la manodopera è risultata anche notevolmente quanto ingiustificatamente inferiore anche agli importi che erano stati indicati dalla stazione appaltante, in relazione al "*costo del personale*", in sede di determinazione dell'importo a base d'asta (cfr, la relativa analitica quantificazione riportata alla pag. 8 del disciplinare).

In tale occasione, infatti, "*il costo del personale*" era stato stimato pari a euro 1.492.673,82, come risultante del costo orario delle varie figure professionali per le ore di servizio pianificate nell'arco di durata dell'appalto, laddove il costo della manodopera rimodulato dal R.T.I. aggiudicatario in sede di giustificazione della propria offerta è stato indicato in appena euro 1.098.546,75.

In questo quadro disarmonico, le necessarie verifiche della stazione appaltante si sarebbero dovute quindi appuntare sulla serietà dell'offerta, in relazione: i) alle cause del citato mutamento, e alla sua effettiva giustificazione; ii) alla sua portata ipoteticamente non stravolgente l'offerta presentata; iii) alle eventuali voci retributive incise dalla rimodulazione; iv) alla verifica circa la effettiva ricomprensione, nei nuovi e grandemente ridotti importi, di tutti gli importi

previsti dal CCNL di categoria relativo alle figure professionali impiegate (cfr. le voci retributive indicate in sede ricorsuale a pag. 19 e ss., la cui inclusione nelle previsioni di costo dell'aggiudicataria non è stata adeguatamente comprovata dalla stazione appaltante né dalla controinteressata neppure in giudizio); v) alla tenuta complessiva dell'offerta.

Dunque, la stazione appaltante avrebbe dovuto vagliare la tenuta dell'offerta presentata non solo sotto il profilo del rispetto dei minimi salariali, ma anche, e soprattutto, sotto il profilo della idoneità del nuovo quadro di costi prospettato a garantire una seria e puntuale esecuzione del contratto, pur dopo il profondo mutamento registrato sulla struttura dei costi di manodopera e pari a circa il 30%.

8.3 - Sul punto, il Collegio richiama il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui *“in sede di giustificazioni dell'offerta possono ammettersi parziali e limitate variazioni delle voci di costo, purché l'offerta complessivamente risulti congrua, oltre che non modificata radicalmente.*

Deve però trattarsi di variazioni tutto sommato limitate e, quel che più conta, adeguatamente giustificate.

Nel caso poi del costo della manodopera, costituente un elemento essenziale dell'offerta economica - tanto è vero che deve essere oggetto di una specifica indicazione ai sensi dell'art. 95 comma 10 del D.Lgs. 50/2016 - la valutazione della stazione appaltante deve essere condotta con particolare rigore, esigendo quindi dall'impresa sottoposta a verifica spiegazioni assolutamente adeguate” (ex multis cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, n. 1194/2020; Cons. St., V, n. 3968/2020).

Nello stesso senso, in giurisprudenza si è condivisibilmente affermato che *“la riallocazione delle voci deve avere un fondamento economico serio allorché incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori della stessa, snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è, per l'appunto, di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta”* (Cons. St., V, n. 5644/2021; id., VI, n. 487/2021).

8.4 – Calando nel concreto tali coordinate, il Collegio rileva che l'esame della documentazione relativa al procedimento di verifica dell'offerta non evidenzia alcun congruo riferimento né all'attività di riscontro compiuta dalla stazione appaltante, e ai suoi esiti, né tanto meno alla motivazione da essa fornita, la quale non sussiste in relazione a nessuno dei profili surrichiamati.

Non vi è prova, d'altra parte, né del fatto che la stazione appaltante abbia ritenuto di richiedere i dovuti approfondimenti istruttori sul punto in esame, né tanto meno del fatto che la stessa abbia in qualche modo attivato i propri poteri di riscontro e valutativi.

8.4.1 - Tanto emerge anche dal carattere generico, decontestualizzato e quasi stereotipato della motivazione contenuta nella nota di riscontro del Comune di Termoli al R.T.I. aggiudicatario del 28 ottobre 2021, recante la comunicazione al R.T.I. aggiudicatario dell'esito positivo della verifica di anomalia.

In tale nota la stazione appaltante si è invero limitata: i) nel secondo capoverso, a dar conto in modo del tutto generico che l'R.T.I. aveva provveduto a dettagliare, fra l'altro, la stima del costo del personale; ii) nel terzo capoverso, in modo laconico, ad affermare che *“le giustificazioni presentate dal concorrente sono apparse”* (malgrado il radicale mutamento ricordato e l'assenza sul punto della benché minima giustificazione) *“analitiche e sufficientemente dettagliate”*.

E nessuna evidenza delle verifiche eventualmente compiute per pervenire a tale conclusione si coglie dal tenore di tale nota.

8.4.2 – Anche la durata assai breve dell'istruttoria condotta (appena due giorni) risulta, ad avviso del Collegio, sintomatica della sua lacunosità e superficialità. Non risulta, infatti, esservi stato lo *spatium deliberandi* adeguato alla complessità del nuovo quadro delineato dal R.T.I. aggiudicatario e necessario a garantire l'approfondimento di tutti i complessi profili della fattispecie all'esame della stazione appaltante.

Quindi non è un caso che la nota di riscontro del 28 ottobre 2021 non rechi alcuna congrua traccia delle eventuali attività di riscontro e di valutazione compiute.

8.4.3 - L'inadeguatezza dell'istruttoria trova inoltre conferma dal tenore delle argomentazioni difensive dedotte in giudizio dal Comune di Termoli e dal R.T.I. aggiudicatario.

In particolare, quest'ultimo ha cercato di spiegare la notevole rimodulazione degli importi relativi ai costi della manodopera appellandosi all'applicazione della recente normativa in tema di sgravi contributivi previsti per le assunzioni nel Meridione d'Italia.

Tuttavia tale circostanza, anche a prescindere dalla mera temporaneità del beneficio invocato (e dalla sua riconducibilità alla nozione degli aiuti di Stato), è stata adottata soltanto in sede giudiziale, e quindi non è stata né acquisita né valutata nella sua sede naturale, cioè nell'ambito del procedimento di controllo dell'anomalia dell'offerta.

Non risulta quindi utile il richiamo compiuto dal R.T.I. controinteressato alla sentenza del T.A.R. Lazio, II, n. 8600/2021, atteso che questa è riferita alla diversa ipotesi in cui il richiamo alla normativa in materia di decontribuzione era stato ritualmente introdotto a tempo debito in sede procedimentale, e quindi sottoposto per tempo al vaglio della stazione appaltante.

Inoltre, il medesimo R.T.I. aggiudicatario non ha neppure spiegato, anche in giudizio, nel dettaglio e sotto il profilo tecnico, come l'applicazione della richiamata normativa in materia di decontribuzione abbia concretamente potuto influire nella rideterminazione del trattamento economico dei singoli profili professionali impiegati nella commessa, così da pervenire all'importo complessivo per il costo di manodopera come rideterminato.

8.4.4 – Analoghe considerazioni valgono per le difese dedotte dalla stazione appaltante.

Quest'ultima soltanto in giudizio ha invocato la giurisprudenza incline ad ammettere la modificabilità delle voci di costo dell'offerta, peraltro in misura

molto limitata, in caso di sopravvenienze di fatto o normative, o per originari comprovati errori di calcolo o per altre plausibili ragioni (*ex multis* cfr. Cons. St., III, n. 7036/2021; id., V, n. 1874/2020; id., V, n. 4400/2019; id., V, n. 4680/2017).

E questo, però, senza neppure allegare quale circostanza obiettiva abbia nel concreto determinato il mutamento della struttura dei costi di manodopera, né dar conto degli avvenuti accertamento e valutazione di tale circostanza nella naturale sede procedimentale del controllo sull'anomalia dell'offerta (aspetto sul quale la documentazione relativa al procedimento risulta parimenti silente).

Sul punto il Collegio deve allora richiamarsi all'orientamento giurisprudenziale per cui *“non è possibile rimodulare le voci di costo senza alcuna motivazione, come tentativo per l'impresa aggiudicataria di superare a posteriori le criticità già presenti ab origine nella propria offerta, per arrivare a far quadrare i conti senza modificarne l'importo complessivo”* (cfr. Cons. Stato, V, n. 2581/2015; id., VI, n. 4676/2013; id., VI, n. 636/2012; id., VI, 15 n. 3759/2010).

Non risultano, infine, utilmente invocabili nemmeno i richiami giurisprudenziali effettuati in sede di discussione alla giurisprudenza favorevole alla possibilità di operare modifiche delle voci di costo, purché sia verificata la complessiva tenuta dell'offerta stessa. Difatti, come già anticipato, una simile ipotesi non risulta supportata dall'esame della documentazione relativa al procedimento di verifica dell'offerta del R.T.I. aggiudicatario, che non reca alcun accenno in ordine alle verifiche eventualmente operate dalla stazione appaltante per testare la tenuta dell'offerta, né tanto meno una motivazione sulla tenuta stessa, pur a fronte di una modifica così rilevante.

8.5 - Sulla base delle precedenti considerazioni, in accoglimento del primo motivo di ricorso gli atti impugnati vanno pertanto annullati per difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

Resta salva la possibilità per l'Amministrazione di adottare ulteriori provvedimenti. In relazione a ciò, attesa l'impossibilità per questo Tribunale

di sostituirsi all'amministrazione nel valutare la congruità dell'offerta del R.T.I. aggiudicatario e di apprezzare adeguatamente la fondatezza della pretesa della ricorrente all'assegnazione della commessa, la domanda risarcitoria proposta non risulta, almeno allo stato, meritevole di positiva considerazione.

La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato principio della ragione più liquida, corollario del principio di economia processuale (cfr. cfr. par. 9.3.4.3 e 5.2 Ad. Plen. n. 5/2015 nonché Cass., SS. UU., n. 26242/2014), che consente di derogare all'ordine logico di esame delle questioni.

Pertanto risultano assorbiti il secondo motivo di ricorso, pur dedotto anch'esso in principalità, nonché il terzo, il quarto, il quinto e il sesto motivo, dedotti in via meramente subordinata e soggetti anche al principio di graduazione (cfr. par. 8.1 Ad. Plen. n. 5/2015).

Le tematiche vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al T.A.R., essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. Civ., II, n. 3260/1995; per quelle più recenti, Cass. Civ., V, n. 7663/2012; Cons. St., VI, n. 3176/2016).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione, e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese legali seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni e nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Respinge per le ragioni indicate in motivazione la richiesta di risarcimento dei danni proposta.

Condanna in solido il Comune di Termoli e la ASSeL Assistenza e Lavoro cooperativa sociale al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidandole nella misura di euro 3.000,00, oltre ad oneri come per legge e alla rifusione del contributo unificato.

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

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

Nicola Gaviano, Presidente

Massimiliano Scalise, Referendario, Estensore

Francesco Avino, Referendario

L'ESTENSORE
Massimiliano Scalise

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO