

Pubblicato il 18/11/2019

**N. 01513/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00764/2019 REG.RIC.**



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 764 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Innotec soc. coop. sociale, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia (ReGIndE) e domicilio eletto in Bari, Via Piccinni, 150;

contro

Comune di Triggiano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia (ReGIndE);

nei confronti

Occupazione e Solidarietà società cooperativa sociale, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Cozzi, Cataldo Balducci, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia (ReGIndE) e domicilio eletto in Bari, Corso Cavour, 31;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo: della determinazione n. 601 del 9 maggio 2019, con cui il responsabile del settore della Centrale unica di committenza Triggiano-Capurso-Cellamare ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto “servizio famiglie e minori” (CIG 770077830A), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, compresi tutti i verbali di gara e quelli relativi alla verifica dei requisiti dichiarati dalla controinteressata in sede di partecipazione, nonché della determinazione del medesimo responsabile n. 329 del 15 marzo 2019 e delle note protocollo n. 10511 del 9 aprile 2019 e protocollo n. 12516 del 29 aprile 2019; nonché, ancora, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 6.8.2019: della determinazione n. 1018 del 17.7.2019 (provvedimento n. 44 del 17.7.2019), con cui è stata confermata l'aggiudicazione, in favore dell'a.t.i. costituenda tra le Coop. Soc. Occupazione e Solidarietà (mandataria) e Itaca (mandante), dell'appalto del “servizio famiglie e minori” (CIG 770077830A), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, compresi tutti i verbali del procedimento di riesame concluso dalla stazione appaltante con la predetta determinazione, nonché le note prott. nn. 18113 del 18.6.2019, 20531 del 10.7.2019 e 21568 del 18.7.2019 della stazione appaltante; oltre che per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato dall'Amministrazione resistente e con domanda di subentro.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 18.9.2019: della determinazione n. 1018 del 17.7.2019 (provvedimento n. 44 del 17.7.2019), con cui il Responsabile della CUC ha confermato l'aggiudicazione, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, oltre agli atti precedentemente impugnati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Triggiano e di Occupazione e Solidarietà Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2019 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto la società Innotec soc. coop. sociale ha chiesto l'annullamento della determinazione n. 601 del 9 maggio 2019, con cui il responsabile del settore della Centrale unica di committenza Triggiano-Capurso-Cellamare ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto "servizio famiglie e minori" (CIG 770077830A), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, compresi tutti i verbali di gara e quelli relativi alla verifica dei requisiti dichiarati dalla controinteressata in sede di partecipazione, nonché della determinazione del medesimo responsabile n. 329 del 15 marzo 2019 e delle note protocollo n. 10511 del 9 aprile 2019 e protocollo n. 12516 del 29 aprile 2019; la ricorrente ha, inoltre, chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato.

La procedura oggetto del contendere, di importo a base d'asta stimato in €. 380.904,77, è stata regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fondato sull'attribuzione di 75/100 punti per l'offerta tecnica (ripartiti in due criteri: 1) esperienza e competenza della ditta e operatore, per massimo punti 7, ripartiti in quattro subcriteri con relativi subpunteggi; 2) qualità della proposta progettuale senza ulteriori costi per l'ente, per massimo 68 punti, ripartiti in sette subcriteri con relativi subpunteggi) e di 25/100 punti per l'offerta economica.

In esito all'esame delle offerte tecniche ed economiche è risultata prima la società Occupazione e Solidarietà società cooperativa sociale, con punti 88,605 (punti 64,155 per l'offerta tecnica e punti 24,45 per l'offerta economica), riparametrati in 98,75; mentre la ricorrente ha ottenuto 64,15 punti (39,15 + 25), riparametrati in 71,829, il tutto ai sensi dell'art. 18 del disciplinare di gara.

L'aggiudicataria è stata sottoposta a verifica di anomalia obbligatoria mediante richiesta di giustificazioni del 9.4.2019, alla quale è stato dato riscontro in data 15.4.2019. Il subprocedimento è stato, ulteriormente, attivato con una seconda richiesta di giustificazioni a seguito dell'esame (seduta del 29.4.2019) della documentazione pervenuta alla stazione appaltante; in particolare è stato rilevato *“che non risultano quantificate n. 304 ore per i 4 psicologi previsti nella proposta tecnica, che comportano un maggior costo di € 5.776,00, tenuto conto del costo orario indicato, così come non risulta evidenziato il costo di € 1.000,00 indicato nell'offerta tecnica per l'acquisto di n. 2 computer”*; anche in questo caso la predetta aggiudicataria ha ottemperato in data 2.5.2019.

Dal complessivo esame dei profili esaminati il RUP e la commissione hanno tratto la conclusione che *“il personale, le spese generali, le migliorie,*

gli oneri aziendali di sicurezza e l'utile, benché minimo, risultano nel complesso adeguati e completa l'analisi dei costi del servizio effettuata, in coerenza all'offerta presentata e sufficienti a garantire la corretta ed adeguata esecuzione del servizio”.

È stata, quindi, disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto con l'impugnata determinazione, la cui legittimità è stata censurata dalla ricorrente per i seguenti motivi:

1°) violazione dell'art. 16 del disciplinare di gara; degli artt. 4 e 8 del capitolato speciale d'appalto; dell'art. 80, comma 5, lett. c) e dell'art. 94 del d.lgs. 50/2016; dell'art. 47 del CCNL di categoria; dei principi di autolimita della p.A. e di certezza e univocità dell'offerta; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione.

La ricorrente ha, in particolare, evidenziato che dalle giustificazioni prodotte dalla società controinteressata sia con la nota del 15.4.2019 che con quella del 2.5.2019 risulterebbe che i quattro psicologi prescritti dal capitolato speciale per l'assolvimento del servizio sarebbero stati inquadrati, inequivocabilmente, nella categoria “E1” anziché in quella “E2”, espressamente richiesta dalla legge di gara. Il che sostanzierebbe l'offerta di un *aliud pro alio*, suscettibile di comportare l'esclusione dell'aggiudicataria.

2°) Violazione degli artt. 4 e 8 del capitolato speciale d'appalto; dell'art. 80, comma 5, lett. c), dell'art. 94 e dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016; dell'art. 47 del CCNL di categoria; dei principi di autolimita della p.A. e di certezza e univocità dell'offerta; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione.

La ricorrente ha stigmatizzato la “*insanabile contraddizione*” tra l'offerta tecnica e l'offerta economica dell'aggiudicataria in relazione alle “*risorse umane specialistiche aggiuntive*”, i cui costi non troverebbero

riscontro nelle giustificazioni dell'offerta economica fornite nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia (eccezion fatta per i "4 esperti laboratori P.I.P.P.I.").

3°) Violazione dell'art. 17, comma 1, lett. c) del disciplinare di gara; degli artt. 80, comma 5, lett. c), 94, 95, comma 10 e 97 del d.lgs. 50/2016; dei principi di certezza, univocità ed immodificabilità dell'offerta; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione.

L'aggiudicataria ha, inizialmente, indicato l'importo di €. 319.048,00 a titolo di "costi manodopera", oltre ad €. 5.000,00 a titolo di costi per la sicurezza aziendale, ma, di contro, nelle giustificazioni del 2.5.2019 ha rimodulato l'entità della manodopera in €. 324.824,00; ciò, ad avviso della ricorrente, deporrebbe per una inammissibile modificazione postuma dell'offerta.

4°) Violazione degli artt. 32 e 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016; dell'art. 22 del disciplinare di gara; delle linee guida dell'ANAC n. 6/2017; dell'art. 75, d.P.R. n. 445/2000; eccesso di potere per difetto d'istruttoria ed erronea presupposizione.

Con tale motivo la ricorrente ha messo in evidenza la circostanza che la capogruppo mandataria della compagine aggiudicataria (Occupazione e Solidarietà) avrebbe dichiarato di essere in possesso del requisito di ammissione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti "pur essendo stata destinataria di un provvedimento dichiarativo dell'inadempimento di un contratto sottoscritto con la Regione Puglia per la concessione di contributi pubblici" (cfr. pag. 15): la ricorrente, in sostanza, non avrebbe riferito di essere stata ammessa alla concessione (poi revocata: questo il punto) di un finanziamento pubblico regionale quale componente di un'A.T.S. con altri operatori

economici per la realizzazione e gestione di una struttura residenziale sociosanitaria ed assistenziale per anziani.

5°) Violazione degli artt. 80, comma 5, lett. c) e 97 del d.lgs. n. 50/2016; delle linee guida dell'ANAC n. 6/2017; dell'art. 18, comma 2 del disciplinare di gara; dei principi di certezza e determinatezza dell'offerta; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione.

In ultimo la ricorrente, dopo aver sottolineato l'esiguo utile della commessa, stimato in €. 80,00 dall'aggiudicataria, ha dedotto che per effetto del corretto inquadramento contrattuale dei quattro psicologi e del correlato orario (da €. 19,00 ad €. 20,44) in rapporto all'intero "*monte ore di 4.104 necessario per l'esecuzione dell'appalto*", si perverrebbe ad un costo del lavoro (€. 83.885,76, derivante da €/h 20,44 x 4.104 ore) maggiore rispetto a quello (€. 77.976,00) indicato dall'ATI controinteressata; la differenza tra il primo e il secondo importo determinerebbe un'offerta in perdita, risultato, peraltro, pronosticabile in ragione dell'insufficiente quotazione dei costi relativi al lavoro delle risorse specialistiche aggiuntive (tranne i quattro esperti di laboratorio).

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Triggiano (19.7.2019) e la società Occupazione e Solidarietà (22.7.2019), la quale ha fatto preliminarmente presente che a seguito della notifica del ricorso il Comune di Triggiano ha richiesto all'aggiudicataria di fornire ulteriori chiarimenti e di trasmettere nuove giustificazioni al fine di riesaminare l'offerta presentata e verificare se vi sia stata davvero un'omessa dichiarazione rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti: una sopravvenuta disamina che ha, inoltre, investito le spese per il contratto di assicurazione e la indicazione

dell'aliquota INPS da applicare ai lavoratori impiegati. La controinteressata ha, sul punto, illustrato che in esito alla disposta istruttoria, con nota del 10.7.2019 il R.U.P. ha evidenziato:

- a) che gli inquadramenti del personale, previsti nell'offerta (e rettificati nelle giustificazioni come *“errore materiale”* con riguardo alla qualifica E2), sono conformi a quanto richiesto dal CSA;
- b) che il costo complessivo del personale risulta calcolato nel rispetto dei minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali, *“sulla base, però, dell'incidenza reale”* che gli elementi tabellari hanno indotto, in concreto, sull'impresa e *“tenendo conto di un monte ore annuo di lavoro effettivo, tra 1603 e 1663, sulla base dell'esperienza aziendale”*;
- c) che le modifiche apportate alle voci di spese sono ammissibili *“atteso che è rimasto inalterato il prezzo offerto”*.

Si è, perciò, disposta la conferma dell'aggiudicazione (determinazione dirigenziale n. 1018 del 17.7.2019).

Nella propria memoria la controinteressata ha, comunque, preso posizione sui motivi del ricorso principale: l'errato inquadramento dei quattro psicologi non avrebbe alterato la serietà dell'offerta, restando garantito il servizio nei termini di cui all'art. 8 del CSA; i costi relativi alle *“risorse umane specialistiche aggiuntive”* sarebbero stati esposti nella voce *“supervisione e formazione”*; le *“modestissime modifiche ai costi della manodopera dichiarati nell'offerta economica”* (cfr. pag. 8) non determinerebbero una modifica di quest'ultima nel suo complesso; l'omessa indicazione della revoca del finanziamento regionale non sarebbe suscettibile di costituire violazione dell'art. 80, comma 5 del codice dei contratti, e ciò sia perché l'irresponsabilità della società Occupazione e Solidarietà avrebbe escluso l'obbligo dichiarativo, sia perché non si sarebbe trattato di un contratto di appalto o di

concessione, sia, ancora, perché tale vicenda non sarebbe stata segnalata nel casellario informatico dell'ANAC, sia, infine, perché la predetta società non sarebbe stata affatto consapevole della rilevanza di tale presunto illecito in ordine alla capacità di negoziare con la p.A. (essendo da limitare, tale consapevolezza, alla capacità di percepire ulteriori finanziamenti regionali); che i costi del personale da impiegare nell'appalto (ancorché rettificati) sarebbero sostenibili, al pari di quelli riguardanti le attrezzature.

Nella memoria del 22.7.2019 l'Amministrazione comunale ha eccepito, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso sull'assunto che la ricorrente sarebbe decaduta dalla possibilità di impugnare l'ammissione (disposta con determinazione dirigenziale n. 329 del 15.3.2019) della controinteressata ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis del codice dei contratti: una norma che non sarebbe stata (ancora) abrogata al momento della notificazione del ricorso (12.6.2019) sulla scorta di quanto previsto dall'art. 1, comma 23 del DL 32/2019 (convertito con legge 55/2019), dovendosi applicare il regime di abrogazione ai "*processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*" (ossia a partire dal 14.6.2019); anche la stazione appaltante ha dato conto della conferma dell'aggiudicazione e, nel merito, ha opposto la legittimità delle risultanze della verifica di anomalia.

La determinazione dirigenziale n. 1018/2019 è stata impugnata dalla ricorrente con motivi aggiunti depositati il 6.8.2019, con cui è stata richiamata una pronuncia della III Sezione di questo Tribunale (n. 1106/2018) relativa ad un provvedimento di esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016, emesso nei confronti della società controinteressata per la vicenda relativa alla revoca del

finanziamento regionale, come più sopra si è detto, per il resto riproponendosi le censure oggetto del ricorso introduttivo del giudizio.

Il Comune di Triggiano (memoria del 26.8.2019) e la controinteressata (memoria del 31.8.2019, nella quale sono state sostanzialmente riproposte le pregresse difese ed è stata, inoltre, eccepita l'inammissibilità del secondo e terzo motivi del ricorso per motivi aggiunti sul presupposto che la società Innotec mirerebbe ad *“ad ottenere un sindacato giurisdizionale nel merito delle valutazioni discrezionali della stazione appaltante”*, cfr. pag. 12) hanno replicato ai proposti motivi.

Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti, depositato il 18.9.2019, è stata ribadita la violazione del divieto di soccorso istruttorio sancito dall'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi di attendibilità, univocità e remuneratività dell'offerta, dedotta in ordine alla determinazione di conferma dell'aggiudicazione in favore dell'ATI controinteressata; la ricorrente ha, inoltre, stigmatizzato la reiterata modificazione dell'importo del costo complessivo del lavoro (dall'offerta economica, in cui è indicato l'importo di €. 319.048,00, alle giustificazioni del 2.5.2019, in cui è riportato quello di €. 324.824,00; dai primi chiarimenti del 26.6.2019, in cui è indicato l'importo di €. 325.726,88, agli ulteriori chiarimenti del 5.7.2019, in cui è riportato quello di €. 322.692,20, cfr. pag. 14); ha, infine, evidenziato in chiave critica la riduzione del costo del lavoro rispetto agli standard da applicare, deducendo che l'importo complessivo della manodopera sarebbe, invero, *“maggiore di oltre ventimila euro”*, con conseguente offerta in perdita.

In vista dell'udienza di discussione del ricorso nel merito, fissata per il 6 novembre 2019, l'Amministrazione comunale (memoria del 14.10.2019) e la società Occupazione e Solidarietà (diffusa memoria del 21.10.2019) si sono motivatamente opposte ai proposti ricorsi; le parti hanno depositato le rispettive repliche e, alla predetta udienza, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, opposta dall'Amministrazione comunale sull'assunto della perdurante vigenza del rito ex art. 120, comma 2 bis del codice del processo amministrativo al momento della notificazione del ricorso introduttivo (12.6.2019), tenuto conto:

- a) che ai sensi dell'art. 77, comma 3 della Costituzione "*i decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione*": nella specie l'effetto abrogativo del predetto comma 2 bis, previsto dall'art. 1, comma 22 del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (successivo alla determinazione dirigenziale n. 329 del 15.3.2019, con cui è stata disposta l'ammissione dei concorrenti alla procedura oggetto del contendere) è stato integralmente confermato, senza alcuna modificazione, dalla legge 14 giugno 2016, n. 55; pertanto, l'efficacia dell'effetto abrogativo va fatta risalire al decreto legge e non alla legge di conversione;
- b) che l'art. 1, comma 23 del DL 32/2019 (anche in questo caso confermato dalla legge di conversione) ha previsto l'applicazione del regime di abrogazione ai "*processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*"; l'espressione "*iniziati*" non può che riferirsi, ad avviso del Collegio, alla costituzione del

rapporto processuale, la quale si verifica con il deposito del ricorso notificato ai sensi dell'art. 45 del codice del processo amministrativo (il deposito costituisce, dunque, una condizione di procedibilità, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n.1216, che determina la pendenza del giudizio): nella specie, il deposito del ricorso (costituzione del rapporto processuale) è avvenuto in data 28.6.2019, dopo l'entrata in vigore della legge 55/2019 (pubblicata nella G.U. del 17.6.2019, n. 140), ossia il 18.6.2019 (cfr. art. 1, comma 3: "*la presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale*").

Si può, quindi, passare all'esame del ricorso principale.

Non è fondato il primo motivo (reiterato anche nei due successivi ricorsi per motivi aggiunti), concernente la dedotta difformità dell'offerta della controinteressata dalla *lex specialis* (in particolare dal capitolato speciale di appalto) a motivo dell'errato inquadramento professionale dei quattro psicologi.

Sul punto, è incontestato tra le parti, ai sensi dell'art. 64, comma 2 del codice del processo amministrativo, che nelle giustificazioni prodotte in sede di verifica di anomalia l'aggiudicataria ha fatto richiamo ad una categoria "E1" che, oltre a non contemplare la figura dello psicologo, è da riferire ad una qualifica (settima) diversa e minore rispetto alla (corretta) categoria "E2" (ottava qualifica); pure pacifico è, poi, che nelle medesime giustificazioni è stato fatto riferimento ad un errato "*minimo contrattuale conglobato mensile*" (€. 1601,80 invece che ad €. 1728,90), ad una errata "*anzianità*" (€. 80,58 invece che €. 94,50) ed è stata omessa l'indicazione della "*indennità di funzione*" (€. 77,47).

Il punto è, tuttavia, stabilire se gli errori in questioni debbano essere reputati, o meno, essenziali.

In linea generale, la giurisprudenza ha osservato che l'offerta dev'essere conforme alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire sin dal principio, a meno che le difformità, anche parziali, si risolvano in un *aliud pro alio* che giustifichi l'esclusione dalla selezione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565; id., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; id., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; id., sez. V, 28 giugno 2011, 3877).

Nella specie, da una complessiva valutazione della previsione della legge di gara il Collegio è dell'avviso che non sia stata raggiunta la soglia della difformità essenziale dell'offerta, tenuto conto che la dotazione del personale destinato ad eseguire la commessa per conto dell'ATI controinteressata ha, comunque, incluso i quattro psicologi prescritti dall'art. 8 del CSA: tale ultima disposizione è stata, quindi, nella sostanza rispettata, tranne che per il richiesto inquadramento "E2", nella specie disatteso: un errore che, pur non potendo definirsi "materiale", non è, nel contempo suscettibile di snaturare l'offerta, cioè di rappresentare l'impegno a prestare *aliud pro alio*.

Del resto, che il contenuto dell'offerta non sia stato viziato da mutamenti sostanziali è indirettamente provato dalla circostanza che le operazioni di gara si sono protratte in modo lineare, pervenendosi alla formazione di una graduatoria che ha dato origine, nei confronti dell'ATI controinteressata, ad un procedimento di anomalia "obbligatoria" ai sensi dell'art. 97, comma 3 del d.lgs. 50/2016, cioè per aver riportato, quest'ultima, "*un punteggio superiore ai 4/5 di quelli massimi previsti dal bando in riferimento sia all'offerta tecnica che all'offerta economica*".

Parimenti da respingere sono il secondo, terzo e quinto motivo, tematicamente collegati e per questo esaminabili in modo congiunto. Con riguardo alle “risorse umane specialistiche aggiuntive”, la contestazione mossa dalla ricorrente (vale a dire che, in disparte dai quattro tecnici di laboratorio, non sarebbero stati indicati i costi relativi alle restanti figure professionali) non risulta persuasiva alla luce del contenuto delle giustificazioni rese in data 15.4.2019, ove, nella tabella riepilogativa dei costi di gestione, è stato fissato un importo di €. 2000,00 a titolo di “*supervisione e formazione*”: importo lievemente ridotto nelle giustificazioni del 2.5.2019 (€. 1.500,00) e, successivamente, incrementato nelle giustificazioni del 5.7.2019 (€. 3.500,00).

Considerazioni non dissimili devono essere formulate per le denunciate variazioni (ben quattro, a dire della ricorrente) dell'importo del costo complessivo del lavoro (da un minimo di €. 319.048,00 ad un massimo di €. 325.726,88).

Sul punto, occorre richiamare l'orientamento secondo cui il corretto svolgimento del procedimento presuppone sì l'immodificabilità dell'offerta, ma la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; 23 luglio 2012, n. 4206; sez. V, 20 febbraio 2012, n. 875; sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801; 21 maggio 2009, n. 3146; ANAC delibera n. 672 del 14 giugno 2017).

Di conseguenza, i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non possono essere assunti quale parametro assoluto ed

inderogabile, a questi dovendo, piuttosto, attribuirsi una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali che possano ragionevolmente deporre per la sostenibilità dell'offerta, dimostrata – nella specie – sul piano strettamente aritmetico sebbene ad avviso del Collegio restino forti perplessità sull'esiguità dell'utile (cfr. il giudizio espresso nella seduta del 6.5.2019 dal R.U.P. e dalla Commissione, i quali hanno rilevato che *“il personale, le spese generali, le migliorie, gli oneri aziendali di sicurezza e l'utile, benché minimo, risultano nel complesso adeguati e completa l'analisi dei costi del servizio effettuata, in coerenza all'offerta presentata e sufficienti a garantire la corretta ed adeguata esecuzione del servizio”*).

È, invece, fondato il quarto motivo di ricorso.

La plurimotivata tesi difensiva della società controinteressata (esclusione dell'obbligo dichiarativo; assenza di segnalazione nel casellario informatico dell'ANAC; inconsapevolezza che l'illecito, ove sussistente, potesse pregiudicare la capacità di negoziare con la p.A.) non è idonea a superare, ad avviso del Collegio, alcuni dati oggettivi.

La vicenda sottesa al dedotto “grave illecito” ha riguardato un procedimento selettivo bandito dalla Regione Puglia per il finanziamento di strutture ed interventi sociali e sociosanitari nell'ambito del Programma Operativo FESR 2007-2013; il progetto candidato al finanziamento, nella specie, ha previsto la realizzazione e successiva gestione di una struttura residenziale sociosanitaria ed assistenziale per anziani ed un annesso centro sociale polivalente, sempre per anziani, su un suolo sito in Molfetta ed assegnato in diritto di superficie dall'Amministrazione comunale alla società Casa Protetta Villa Ondina s.r.l. per un periodo di quaranta anni.

A quanto si legge nella sentenza del Consiglio di Stato del 31 ottobre 2017, n. 5042, con cui è stata confermata la pronuncia di prime cure emessa dalla II Sezione di questo Tribunale (5 aprile 2017, n. 338), la compagine che ha partecipato alla procedura in questione, ossia un'associazione temporanea di scopo, ha annoverato tra i propri componenti la società Occupazione e Solidarietà (sebbene nella misura dello 0,56%, cfr. pag. 11 della memoria della controinteressata del 21.10.2019), la quale – una volta che l'ATS è stata ammessa al finanziamento; ha sottoscritto il disciplinare; ha ottenuto dalla Regione Puglia la somma di €. 1.500.000,00 quale prima quota del finanziamento a titolo di anticipazione – *“con il bonifico del 30 dicembre 2013, ha (...) girato la somma di € 1.490.000,00 a Casa Protetta Villa Ondina s.r.l., titolare del permesso di costruire e del diritto di superficie sul suolo”*.

Nella motivazione della sentenza d'appello si è soggiunto che *“è tuttavia accaduto che, per difficoltà insorte nella realizzazione dei lavori, l'ATS non si sia riuscita a rispettare il cronoprogramma stabilito nel disciplinare e, infine, il termine massimo fissato al 24 ottobre 2015”*, ragione per cui è stato emesso il provvedimento di revoca con l'atto dirigenziale n. 18 del 18.2.2016.

Le cooperative facenti parte dell'ATS hanno chiesto, a stretto giro (17.3.2016), di rinunciare al finanziamento, ma la società Casa Protetta Villa Ondina s.r.l. (vale a dire la beneficiaria del medesimo finanziamento) ha, però, rifiutato di restituirlo all'Amministrazione regionale: da ciò è scaturito un contenzioso civile ancora oggi pendente avanti al Tribunale di Bari (R.G. n. 15049/2016).

Ora, da tali, pur succinte, indicazioni non può che trarsi, quale immediata e naturale conseguenza, che l'omissione dichiarativa

dell'odierna controinteressata nell'ambito della procedura di gara oggetto dell'odierno contendere sia stata non soltanto ingiustificata, ma, soprattutto, inopinatamente rischiosa.

Al riguardo, la giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia U.E., 19 giugno 2019, causa C-41/18) si è recentemente pronunciata sull'art. 57, paragrafo 4 della Direttiva 2014/24/UE (*“motivi di esclusione”*), osservando che *“le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (...) oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità; (...) g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili”*.

In particolare, il Giudice comunitario ha statuito che *“il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto appartiene alle amministrazioni aggiudicatrici e non a un giudice nazionale”*, e ciò sul presupposto che *“la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti”*.

Tali statuizioni consentono di dare compiutezza interpretativa alla disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, delineandosi una lettura, comunitariamente orientata, di tale norma

nel senso che non è da ritenere conforme all'ordinamento dell'Unione europea la limitazione della “*facoltà*” (si direbbe a questo punto esclusiva) della stazione appaltante di escludere da una procedura d'appalto un operatore economico.

Il che, tuttavia, si traduce nell'obbligo, gravante sui concorrenti, di sottoporre preventivamente alla medesima stazione appaltante qualsiasi circostanza suscettibile di essere valutata quale grave illecito professionale, non potendosi, di contro, ammettere una valutazione autonoma, come nel caso, di aprioristica autoassoluzione.

Il crocevia della valutazione non è, dunque, da individuarsi nella ritenuta (ed eccepita) irrilevanza della subìta revoca ai fini dell'applicabilità della disciplina di cui alla predetta norma del codice dei contratti, bensì nella mancata indicazione di tale vicenda e nella conseguente impossibilità, per l'Amministrazione, di valutare consapevolmente l'affidabilità della concorrente.

Un'impostazione, quest'ultima, che trova riscontro nella giurisprudenza che riconosce “*in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti: costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione*” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500; id., 12 marzo 2019, n. 1649).

L'omissione dichiarativa ha, perciò, impedito l'attivazione della (facoltà, anche se più correttamente definibile) potestà della stazione appaltante di dimostrare “*con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”: incumbente da contestualizzare tempestivamente

nell'ordinaria sede dell'esame e della verifica dei requisiti generali, non già, irritualmente, nell'ambito del suprocedimento di anomalia dell'offerta.

La potestà di apprezzamento cui più sopra si è fatto cenno è stata, in radice, preclusa alla centrale unica di committenza per effetto di un'omissione dichiarativa che, invero, è emersa ed è stata presa, quindi, in esame soltanto nella sede – postuma e tardiva – del subprocedimento di verifica di anomalia facoltativa (dopo il positivo esperimento del procedimento di verifica di anomalia obbligatoria) e, soprattutto, soltanto a seguito della notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio da parte della società Innotec.

Il recupero di tale contraddittorio è stato attuato sulla falsariga di un inammissibile soccorso istruttorio, come ha ammesso la difesa comunale nella memoria del 26.8.2019 (*“l'Amministrazione resistente (...) ha fatto corretta applicazione del c.d. “soccorso istruttorio”, al fine di rimediare, come nel caso, ad incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti”*, cfr. pag. 14); non è, di contro, persuasiva la posizione negatoria della controinteressata, ad avviso della quale la stazione appaltante non avrebbe posto in essere alcun soccorso istruttorio, avendo, piuttosto, *“meramente chiesto all'aggiudicatario di “rendere note le proprie controdeduzioni” in merito alle censure del R.T.I. Innotec”* (cfr. memoria del 21.10.2019, pag. 32).

L'accoglimento del quarto motivo implica che l'ATI controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura controversa e comporta l'annullamento della conferma dell'aggiudicazione definitiva, impugnata con i motivi aggiunti; quale obbligo conformativo, la stazione appaltante è tenuta a procedere allo scorrimento della graduatoria disponendo l'aggiudicazione alla

società ricorrente, previo espletamento dei controlli e delle verifiche di legge.

In conclusione, il ricorso principale e i motivi aggiunti devono essere accolti.

La complessità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso principale e i ricorsi per motivi aggiunti, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Angelo Fanizza, Primo Referendario, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO