

Publicato il 07/01/2022

N. 00132/2022 REG.PROV.COLL.
N. 04111/2021 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4111 del 2021, proposto da
Filipendo Consorzio di Cooperative Sociali - Società Cooperativa Sociale
Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Luigi Rispoli, Carla Anna Santella, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Caserta, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Bonelli, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angela Ferrara, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Legami Sociali Soc. Coop. Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Della Corte, Luca

Ruggiero, Concetta Borgese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della determinazione del Direttore della U.O.C. Provveditorato dell'Azienda Sanitaria di Caserta n. 1242 del 29.07.2021 di aggiudicazione della procedura aperta per "l'affidamento dei servizi sociosanitari per i Presidi Ospedalieri dell'Asl di Caserta", in favore della Agorà Coop.S ociale Onlus, in relazione al Lotto1;

- di tutti i verbali di gara, in particolare nella parte in cui hanno valutato i requisiti di partecipazione e le offerte delle contro-interessate, hanno formulato la graduatoria ed hanno ammesso le partecipanti ai successivi atti di gara;

- delle note dell'Amministrazione di richiesta di giustificazioni della offerta presentata dall'aggiudicataria e delle giustificazioni fornite da quest'ultima e dei relativi allegati;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, del provvedimento di declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione e del contratto di appalto, ove già stipulato con Agorà Coop. Sociale Onlus;

nonché di ogni altro atto al predetto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi compresi tutti i verbali di seduta di gara e, in particolare, quelle nel corso delle quali sono state valutate le offerte tecniche, nonché la disciplina di gara, ossia il bando, il disciplinare e il capitolato, nei limiti di seguito precisati.

Per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e/o stipulando con la società aggiudicataria per la conseguente condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Caserta, dell'Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus e della Legami Sociali Soc. Coop. Sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2021 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'odierna ricorrente ha dedotto in fatto le seguenti circostanze:

con delibera n. 359 del 07.11.2019, l'Azienda Sanitaria di Caserta aveva indetto una procedura aperta telematica per l'affidamento dei servizi socio-sanitari da svolgersi nei presidi ospedalieri di Caserta, suddivisa in due lotti: 1) Lotto 1 – GIG 8106867E45 – Servizi socio-sanitari per i presidi ospedalieri di Aversa, Marcianise, Santa Maria Capua Vetere, Piedimonte Matese ed altre strutture, per un importo a base d'asta di € 1.495.164,00; 2) Lotto 2 – GIG 8108651E79 – Servizi socio-sanitari per i presidi ospedalieri di Maddaloni, Sessa Aurunca, San Felice a Cancellò per un importo a base d'asta di € 1.712.439,52;

il prescelto criterio di aggiudicazione era stato individuato (cfr. art.18, pg. 40 Disciplinare) nell'offerta economicamente più vantaggiosa, da determinarsi sulla base del seguente punteggio: “*offerta tecnica punteggio massimo 70 – offerta economica punteggio massimo 30*”;

entro il termine stabilito per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, fissato per il 27 gennaio 2020, erano pervenute n.15 offerte fra cui quella dell'odierna deducente, limitatamente al Lotto 1;

all'esito della procedura comparativa, con determinazione dirigenziale n. 1242 del 29.07.2021, la Stazione Appaltante aveva disposto l'aggiudicazione del Lotto n.1 in favore della Agorà Cooperativa Sociale Onlus, risultata prima in

graduatoria con il punteggio complessivo di 95,65 (68,34 per offerta tecnica e 27,33 per quella economica), mentre l'odierna ricorrente si era classificata al terzo posto con il punteggio complessivo di 89,66 (62,13 per offerta tecnica e 27,53 per quella economica), immediatamente dopo l'altra partecipante, Cooperativa Legami Sociali, classificatasi al secondo posto con il punteggio di 91,76 (63,34 per offerta tecnica e 27,42 per quella economica).

Avverso la predetta determinazione, con l'odierno gravame, è insorta la cooperativa ricorrente censurandola con riguardo sia all'aggiudicazione disposta in favore della prima classificata, sia alla mancata esclusione dalla procedura selettiva della società classificatasi al secondo posto.

In primo luogo, si duole che l'aggiudicazione disposta in favore di Agorà Cooperativa Sociale Onlus era stata deliberata in violazione dell'art. 83, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 8 della lex specialis, dell'art. 86 e, infine, dell'all. XVII d.lgs. n. 50/2016.

In merito a tale censura, ha osservato che la lex specialis di gara (punto 8.2 del Disciplinare) aveva stabilito, a pena di esclusione, tra i requisiti di capacità economico-finanziaria, il possesso di un fatturato specifico nel settore di gara, al netto dell'IVA, realizzato complessivamente nell'arco degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili alla data di pubblicazione del Bando, non inferiore, per il servizio di cui al Lotto1, al complessivo ammontare di € 1.495.164,00.

Tuttavia, l'aggiudicataria, disattendendo le sopra riportate prescrizioni, aveva dichiarato al punto 1a) lett. B, pg.20 del DGEU, al fine di comprovare il requisito di capacità economico-finanziaria (art. 83, comma 1 lettera b), il fatturato annuo "generale" economico come evincibile dai bilanci approvati per gli esercizi 2016, 2017, 2018, laddove il fatturato annuo specifico nel settore di gara, pur in assenza di un bilancio regolarmente approvato con riguardo all'anno 2019, era stato riferito agli esercizi 2017, 2018, 2019, cosicché doveva escludersi che avesse dimostrato il possesso del requisito di fatturato specifico in relazione all'anno 2016.

Pertanto, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa stante il combinato disposto degli artt. 86 e dell'allegato XVII, D.Lgs. n.50/2016 (richiamati nel Disciplinare di gara), imponendo entrambe le citate disposizioni la presentazione del bilancio di esercizio, quale "mezzo di prova" dei richiesti requisiti economici – finanziari.

In secondo luogo, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per l'insussistenza dei requisiti afferenti alla capacità tecnico-professionale, avendo incluso, ai fini della dimostrazione del fatturato specifico, anche quello conseguito rispettivamente per lo svolgimento dei servizi PTRI, presso Casa Alloggio e presso Casa di Riposo, atteso che ciascuno di tali servizi integravano un servizio socio assistenziale, e non socio sanitario analogo a quello oggetto del bando.

In ultimo, ha censurato la disposta aggiudicazione in ragione dell'asserita violazione e falsa applicazione degli artt. 32, 95 e 97 del D.lgs. 50/2016 nonché dell'art. 21 del disciplinare di gara, a causa dell'indeterminatezza dell'offerta economica nonché dell'inadeguatezza ed insostenibilità del dichiarato costo della manodopera.

Ad avviso della ricorrente, infatti, il costo orario della manodopera, come giustificato dall'aggiudicataria nel corso della verifica dell'anomalia dell'offerta, non poteva essere ritenuto congruo, poiché, da un lato, l'importo dichiarato non aveva considerato gli ulteriori oneri rappresentati dalla maggiorazione della retribuzione per l'indennità di lavoro festivo, notturno e per l'indennità di turno, voci di costo ineludibili in considerazione della turnazione h 24; dall'altro, l'aggiudicataria aveva ommesso di computare l'assistenza sanitaria integrativa obbligatoria per assunzioni a tempo indeterminato, pari a 66 € su base annua. Infine, a rendere l'offerta incongrua contribuiva anche l'errata indicazione del monte orario lavorabile, per cui il costo del lavoro stimato dall'aggiudicatario Agorà Coop. Sociale, sebbene non indicato nei giustificativi, avrebbe dovuto ritenersi pari complessivamente a €

1.228.752,96 (€ 18,08 per il monte orario complessivo, 67.962 ore), inferiore all'offerta per evidenti omissioni di costi afferenti il servizio.

La ricorrente, poi, censurava anche l'omessa esclusione della seconda classificata per due ordini di ragioni.

In primo luogo, nonostante il chiaro tenore della lex specialis richiamasse le previsioni di cui all'art. 83, comma 1, lett.a) D.Lgs n.50/2016, dalla visura camerale della partecipante Coop. Legami Sociali era emerso che quest'ultima, all'atto della presentazione dell'offerta in data 24 gennaio 2020, risultava "inattiva", non essendo iscritta per nessuna delle attività dichiarate ed avendo provveduto all'attivazione dell'oggetto sociale soltanto in data 03.07.2020.

In secondo luogo, l'aggiudicataria era stata ammessa nonostante il contratto di avvalimento stipulato per dimostrare il possesso dei requisiti idoneativi di capacità tecnica fosse stato stipulato in violazione dell'art. 89 D.lgs n. 50/2016 e degli artt. 7.3, 8 e 9 del disciplinare di gara, poiché non consentiva un'adeguata perimetrazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria, essendo l'oggetto del contratto indeterminabile o comunque non agevolmente determinabile in forza del tenore complessivo del documento ed alla luce della corretta applicazione sia dell'art. 1346 cod.civ, sia dei criteri interpretativi indicati dagli artt.1363 e 1367 cod.civ..

Si è costituita l'Azienda Sanitaria Locale Caserta che, da un lato, ha insistito per l'infondatezza delle censure sollevate dalla ricorrente avverso l'aggiudicazione disposta in favore della prima classificata e, dall'altro, ha rappresentato che, in ordine all'impresa seconda classificata, con la delibera n. 1874 del 13 dicembre 2021, aveva condiviso il primo dei motivi di gravame all'uopo articolati, disponendo in autotutela la sua esclusione dalla graduatoria redatta per l'aggiudicazione del lotto n. 1.

Si costituivano entrambe le contro-interessate, insistendo per l'integrale reiezione del proposto gravame.

Previo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata riservata in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 14 dicembre 2021.

2.- Il gravame è infondato con riguardo alle censure sollevate avverso l'aggiudicazione disposta in favore della prima classificata, mentre deve essere dichiarato improcedibile con riferimento alle doglianze volte a contestare la mancata esclusione della cooperativa, seconda classificata.

3.- In via preliminare, il Collegio osserva come il ricorso contenga un'espressa graduazione dei motivi di impugnazione, con preferenza per quelli inerenti all'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore di Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus.

Tale indicazione è vincolante per questo giudice (Cons. Stato, Ad plen., 27 aprile 2015, n. 5), all'uopo rammentandosi che, nel giudizio di primo grado, la parte ricorrente può graduare, esplicitamente ed in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento che, in base al principio dispositivo e di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, dovranno essere esaminati secondo l'ordine stabilito, salva la ricorrenza dei presupposti per disporre l'assorbimento (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 18/07/2017, n.3532).

4.- Tanto premesso, passando alla disamina del ricorso, il Collegio non condivide la prima delle articolate censure con cui la ricorrente ha sostenuto l'inidoneità della documentazione depositata dall'aggiudicataria onde dimostrare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria prescritto dal punto n. 8.2. del disciplinare di gara.

Invero, tale disposizione capitolare aveva previsto, quale requisito di capacità economico-finanziaria, il possesso, da parte delle partecipanti, di un "fatturato specifico nel settore di gara, al netto dell'IVA, realizzato complessivamente nell'arco degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili alla data di pubblicazione del bando, non inferiore, per ciascun lotto a cui s'intende partecipare".

Orbene, al fine di dimostrare il possesso di tale requisito, l'aggiudicataria, nel compilare il DGUE, da un lato, ha riportato il fatturato annuo generale come risultante dai bilanci di esercizio regolarmente approvati per gli anni solari

2016, 2017, 2018 e, dall'altro, ha dichiarato il fatturato conseguito nello specifico settore di attività afferente all'appalto in oggetto con riguardo al triennio anteriore alla pubblicazione del bando (anni 2017, 2018, 2019).

Non avendo ancora proceduto all'approvazione del bilancio relativo all'anno solare 2019, ha poi comprovato il possesso del fatturato specifico allegando le fatture emesse e le corrispondenti dichiarazioni rese ai fini del pagamento dell'IVA.

Orbene, la previsione capitolare in contestazione, a parere del Collegio, deve essere interpretata in riferimento a quanto previsto dagli artt. 83 e 86 D.Lgs. 50/2016 nonché dall'allegato XVII del codice in merito alla distinzione tra requisiti di capacità economica e finanziaria e requisiti di capacità tecnica e professionale, rilevante nella specie con riferimento alla richiamata previsione del disciplinare di gara.

L'art. 83 d. lgs. n. 50/16 e l'allegato XVII del codice, ivi richiamato, distinguono infatti tra i requisiti di capacità economica e finanziaria (art. 83 comma 1 lettera b d. lgs. n. 50/16) e di capacità tecnica e professionale (art. 83 comma 1 lettera c d. lgs. n. 50/16).

Ai fini della prova dei requisiti di capacità economica e finanziaria la stazione appaltante può richiedere che gli operatori economici dimostrino un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto, fermo restando che tale fatturato non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze adeguatamente motivate e che, comunque, in ogni caso in cui è richiesto un fatturato minimo annuo, ne siano indicate le ragioni nei documenti di gara (art. 83 commi 4 e 5 d. lgs. n. 50/16).

Per comprovare la capacità tecnica e professionale, poi, le stazioni appaltanti "possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano sia le risorse umane e tecniche, sia l'esperienza necessarie per

eeguire l'appalto con un adeguato standard di qualità" (art. 83 comma 6 d. lgs. n. 50/16).

L'Allegato XVII parte II, richiamato dall'art. 86 comma 5 d. lgs. n. 50/16, consente alle stazioni appaltanti di pretendere, a tal fine, "un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà presa in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima".

Le disposizioni ora esaminate distinguono, pertanto, come evidenziato anche dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 26/11/2020, n.7436; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 08327/2018), nettamente la disciplina dei requisiti di capacità economica e finanziaria rispetto a quelli di capacità tecnica e professionale.

Per i primi l'art. 83 d. lgs. n. 50/16 prevede come parametro di riferimento il "fatturato minimo annuo" che non può essere di importo superiore al doppio del valore stimato dell'appalto e per la cui richiesta è previsto uno specifico onere motivazionale in capo alla stazione appaltante.

Anche per la prova dei requisiti di capacità tecnica e professionale il codice consente di utilizzare il fatturato, ma tale parametro deve essere rapportato non già al singolo (e magari ultimo) anno, come per la capacità economica e finanziaria, ma all'ultimo triennio con possibilità di estendere l'arco temporale di riferimento, ove necessario; ciò, in quanto, attraverso il requisito di capacità tecnica e professionale, la stazione appaltante mira ad accertare non già la solidità economica dell'affidataria ma la sua idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto che può essere desunta solo dallo svolgimento di servizi analoghi per un periodo di tempo più lungo di quello cui è riferito il fatturato relativo alla capacità economica e finanziaria.

Ne consegue che l'esperienza è da qualificarsi senza dubbio come manifestazione di capacità tecnico-professionale e, d'altronde, la sua specificità è quella di attestare, attraverso precedenti esperienze, che l'operatore economico sia in condizioni di eseguire le prestazioni professionali richieste per l'esecuzione del contratto" (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, 19.11.2018, n. 6689).

Pertanto, non si può che condividere l'interpretazione della previsione capitolare emergente dal suo univoco dato letterale, chiaramente deponente circa la necessità che il volume d'affari, nella misura richiesta dalla legge di gara per il periodo di riferimento (2017-2019), dovesse essere conseguito mediante la percezione di corrispettivi nell'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto ovvero di servizi analoghi.

In proposito, soccorre la giurisprudenza amministrativa riguardante il possesso del requisito del "fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" così attualmente codificato dall'art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si è, in particolare, precisato che, "quando il bando prevede l'ammissione esclusivamente delle imprese che hanno prodotto negli anni precedenti un determinato fatturato non globale, ma specificamente attinente a rapporti identici o analoghi a quello da instaurare in esito al procedimento, la stazione appaltante non richiede un requisito di natura finanziaria (per la quale si provvede, ad esempio, con il richiamo al fatturato globale), ma un requisito di natura tecnica (consistente nel possesso di precedenti esperienze che consentono di fare affidamento sulla capacità dell'imprenditore di svolgere la prestazione richiesta)" (così, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 864), evidentemente finalizzato a garantire che la selezione venga svolta tra concorrenti che diano prova di adeguata affidabilità nell'espletamento di un determinato servizio, per aver avuto precedenti esperienze nel settore di attività oggetto di gara o in settori analoghi (cfr. Cons. Stato, V, 6 aprile 2017, n. 1608; nonché già Cons. Stato, V, 28 luglio 2015, n. 3717 e 25 giugno 2014,

n. 3220); con la precisazione che, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni (Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2227).

Coerentemente con la finalità appena detta, lo stesso art. 83, al comma 7 prevede che la dimostrazione del requisito sia fornita utilizzando i mezzi di prova di cui all'art. 86, commi 4, vale a dire - per quanto qui rileva - mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I, del codice.

La prova del possesso dei requisiti può essere data, dagli operatori economici che per fondati motivi non siano in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, mediante ogni documento ritenuto idoneo dalla stazione appaltante, sebbene tale possibilità non obliteri l'esigenza che tale prova debba vertere sui requisiti così come definiti ed individuati negli atti di gara dalla stazione appaltante: quest'ultima, invero, rimane titolare del potere discrezionale di individuare, in relazione all'oggetto della gara, i requisiti di capacità per l'ammissione alle gara stessa, e di conseguenza la massima concessione che può essere riconosciuta allo scopo di favorire la più ampia partecipazione delle imprese non in grado di produrre proprio la documentazione richiesta dal bando consiste nell'ammettere le stesse a dimostrare, con documenti di natura diversa, le medesime circostanze che i documenti indicati dalla stazione appaltante sono in grado di dimostrare. Pertanto, se - come nel caso di specie - gli atti di gara indicano tra i requisiti di capacità economica e finanziaria il possesso di un determinato fatturato correlato ad un determinato periodo di tempo, si deve ammettere che la partecipante dimostri il possesso del requisito avvalendosi di tutti quei documenti idonei a dimostrare l'effettivo conseguimento di ricavi utili ad integrare il fatturato specifico richiesto (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 10/12/2018, n. 6943).

Applicando i riportati principi all'odierna fattispecie, la documentazione presentata, anche nella presente fase contenziosa, dall'aggiudicataria, vale a

dire le fatture emesse per i servizi precedentemente eseguiti al fine di dimostrare il conseguimento del fatturato specifico e le corrispondenti dichiarazioni rese ai fini del pagamento dell'IVA, è pienamente idonea a comprovare il possesso del contestato requisito di capacità economico-finanziaria con riguardo al triennio anteriore all'indizione della gara, non rilevando in senso contrario la mancata approvazione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, del bilancio di esercizio relativo all'anno solare 2019.

In ordine a tale contestazione specificamente stigmatizzata dalla ricorrente, il Collegio non può che rilevarne l'inconferenza, atteso che il bilancio consuntivo costituisce un atto ricognitivo della situazione economico-patrimoniale della società maturata prima della scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione. Pertanto, la data di approvazione del bilancio del 2019 non assume rilevanza ai fini della decisione, avendo correttamente la stazione appaltante consentito all'aggiudicataria di dimostrare il conseguito fatturato mediante l'esibizione della sopra menzionata documentazione.

Né, peraltro, era prevista una limitazione probatoria assoluta, come erroneamente sostenuto dalla ricorrente, poiché l'art. 8.2 del disciplinare di gara prevedeva, in conformità a quanto statuito dall'art. 86 co. 4 D.Lgs. n. 50/2016, la possibilità per l'operatore economico di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stessa stazione appaltante allorché per fondati motivi non fosse in grado di presentare il bilancio di esercizio.

In conclusione, alla luce di tutte le superiori argomentazioni, il primo motivo di ricorso si è rivelato del tutto infondato e, come tale, deve essere disatteso.

5.- Analoga sorte compete anche al secondo ordine di doglianze sollevate dalla ricorrente allo scopo di contestare il possesso in capo all'aggiudicataria del requisito afferente alla capacità tecnico – professionale, non potendosi, a suo avviso, computare nel fatturato specifico il corrispettivo conseguito

dall'aggiudicataria per i servizi di PTRI, di Casa Alloggio e di Casa di Riposo "trattandosi di servizi socio assistenziali e non socio sanitari".

La disamina della censura deve muovere dall'analisi degli atti di gara.

In particolare, l'art. 8.3. del disciplinare di gara, ai fini del possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale, espressamente aveva prescritto che il concorrente "deve aver regolarmente eseguito, nell'ultimo triennio, prestazione di servizi analoghi nel settore di attività oggetto dell'appalto (da intendersi, quale "Servizio Socio Sanitari – CPV 85000000) presso almeno 3 committenti pubblici o privati."

D'altronde, la stazione appaltante, chiamata a precisare il concetto di "servizio analogo" computabile al fine di verificare il possesso del contestato requisito professionale, con il chiarimento reso in data 2.7.2020, aveva espressamente ricompreso anche i servizi di casa di riposo per anziani, di centro diurno per anziani, di comunità alloggio per anziani e di assistenza domiciliare per anziani, a condizione che l'attività socio-sanitaria fosse svolta all'interno di tali appalti.

Tanto premesso, rammenta il Collegio che, nel caso in cui il bando di gara imponga il possesso del requisito del fatturato specifico relativo a precedenti servizi svolti ed inerenti all'oggetto dell'appalto, le precedenti esperienze, anche se non identiche a quelle oggetto dell'appalto, devono essere, pur sempre, ad esse collegate secondo un criterio di analogia o inerenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2015, n. 4425; V, 23 marzo 2015, n. 1568; V, 5 settembre 2014, n. 4529; Consiglio di Stato sez. V, 31/03/2021, n. 2683).

Di conseguenza, deve reputarsi analogo a quello posto a gara il servizio rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto, cosicché possa ritenersi che il concorrente abbia maturato la capacità di svolgerlo (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 23/10/2019, n. 12203).

Ciò significa che la nozione di "servizi analoghi" non deve essere assimilata quella di "servizi identici", occorrendo fare riferimento non tanto ad una identità ma ad una mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo

conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore di imprenditori già presenti sul mercato bensì, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità (T.A.R. Emilia -Romagna, Bologna, sez. II, 08/03/2019, n. 231).

In particolare, "laddove la *lex specialis* chieda ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di "servizi analoghi", la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto né ad assimilare impropriamente il concetto di "servizi analoghi" con quello di "servizi identici", atteso che la ratio sottesa alla succitata clausola del bando è il contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione "servizi analoghi" non s'identifica con "servizi identici".

Tuttavia, va valorizzata la contestuale affermazione giurisprudenziale secondo cui occorre ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando" (Cons. di St., sez. V, 31/05/2018, n. 3267).

Allorquando sia domandato il fatturato specifico, esso deve intendersi quale quello realizzato nel settore oggetto della gara, non potendosi però limitare l'analisi ai soli servizi identici coincidenti con quelli analiticamente richiamati negli atti della specifica gara (Cons. di St., sez. V, 22.9.2015, n. 4425).

Ove tale concetto fosse diversamente interpretato, il bando dovrebbe essere considerato illegittimo, essendo unanimemente sostenuto, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, che sia "illegittima la clausola del capitolato speciale di gara che prescriva un requisito di fatturato maturato esclusivamente nella prestazione di servizi identici a quelli messi a gara, senza

includere anche i servizi analoghi o equivalenti" (Cons. St., sez. V, 1.04.2019, n. 2127; T.A.R. Campania, Napoli sez. III, 01/07/2020, n.2726).

Muovendo dal riferito formante giurisprudenziale in merito al concetto di servizio analogo, reputa il Collegio che i servizi computati dall'aggiudicataria al fine di dimostrare il contestato requisito idoneativo, ovverosia i servizi di progetto terapeutico riabilitativo individuale, di casa alloggio e di casa di riposo, implicino un'imprescindibile attività di rilievo sanitario connessa con quelle socio-assistenziali.

D'altronde, in tale prospettiva si è consolidato un indirizzo interpretativo del tutto omogeneo, tale da costituire diritto vivente, nel senso che, qualora oltre alle prestazioni socio-assistenziali siano erogate prestazioni sanitarie, l'attività deve essere considerata comunque di rilievo sanitario e, pertanto, analoga a quella oggetto della procedura di gara in esame (Cass., Sez. un., 27 gennaio 1993, n. 1003; Cass., 20 novembre 1996, n. 10150; Cass., 25 agosto 1998, n. 8436; Cons. St, 31 luglio 2006, n. 4695;

Cons. St., 29 novembre 2004, n. 7766; Cons. St, 16 giugno 2003, n. 3377, TAR Piemonte, 29 aprile 2010, n. 2101).

Sul piano normativo, difatti, il D.P.C.M. 8 agosto 1985, all'art. 2, esclude dal novero delle attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio assistenziali le sole attività direttamente ed esclusivamente socio-assistenziali, tra esse ricomprendendo i ricoveri in strutture protette "meramente sostitutivi dell'assistenza familiare" che si traducono in un'esclusiva assistenza negli atti della vita quotidiana. All'art. 1 riconosce, viceversa, rilievo sanitario a quelle "che richiedono personale e tipologie di intervento propri dei servizi socio-assistenziali, purché siano diretti immediatamente e in via prevalente alla tutela della salute del cittadino e si estrinsechino in interventi a sostegno dell'attività sanitaria di (...) cura e/o riabilitazione fisica e psichica del medesimo".

In termini non sostanzialmente diversi si esprime il D.P.C.M. 14 febbraio 2001, allorché, all'art. 3, propone una classificazione che qualifica come

sanitarie le prestazioni a rilevanza sociale, definendole come "prestazioni assistenziali che, al pari dei servizi resi dall'aggiudicataria, erogate contestualmente ad adeguati interventi sociali, sono finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite o acquisite".

La ricordata normativa ministeriale attribuisce, dunque, rilievo sanitario agli interventi con carattere di cura delle patologie in atto, ma non dispone che debbano definirsi tali solo i trattamenti che lascino prevedere la guarigione o la riabilitazione del paziente.

Non può valere, evidentemente, quale discriminine della natura delle prestazioni, la circostanza che i trattamenti praticati abbiano efficacia solo conservativa dello stato del malato, posto che, in tale ottica, si finirebbe per escludere la natura sanitaria di quelle terapie che, pur qualificabili tali, non conseguano la guarigione o un miglioramento della salute del paziente per l'inesorabilità della patologia da cui questo sia affetto.

Le considerazioni svolte inducono, pertanto, il Collegio a ritenere che l'amministrazione procedente abbia correttamente accertato il possesso del contestato requisito in capo all'aggiudicataria, atteso che quest'ultimo poteva essere comprovato comprendendo in esso l'intero fatturato ottenuto dalla prestazione dei servizi specificamente indicati, in quanto connotati da una rilevante componente sanitaria, e quindi "analoghi", tali da porli nel medesimo settore imprenditoriale ed in un rapporto di afferenza con quello oggetto dell'appalto (v. ex multis, TAR Veneto, sez. III, sent. n. 1290/2019). D'altronde, i servizi analoghi designano una categoria aperta di prestazioni accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei a quelli messi in gara, dialetticamente opposti ai servizi identici, connotati invece dall'essere categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara inteso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel

medesimo segmento di mercato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23/11/2016, n. 4908).

In definitiva, le osservazioni svolte inducono a respingere anche la seconda delle avanzate censure.

6.- Priva di fondamento è, infine, la terza delle censure sollevate avverso la disposta aggiudicazione con cui la ricorrente ha contestato la sostenibilità economica dell'offerta presentata dall'aggiudicataria stante l'asserita incongruità del dichiarato costo della manodopera, nonostante il procedimento di verifica dell'anomalia cui era stata sottoposta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 95 D.lgs. n. 50/2016.

Al riguardo, occorre premettere i principi, ampiamente assodati nella costante giurisprudenza amministrativa, che devono sovrintendere alla verifica dell'anomalia dell'offerta con specifico riferimento al dichiarato costo della manodopera.

In particolare, la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare l'attendibilità e la serietà della stessa nonché l'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla p.a. che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, rappresentando ciò un'inammissibile invasione della sfera propria della p.a. e potendo esclusivamente verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza (xx plurimis, Cons. St., sez. III, 18 settembre 2018 n. 5444; Cons. St., sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953; Consiglio di Stato, sez. V, 26/11/2018, n.6689).

La serietà e l'attendibilità dell'offerta del singolo concorrente devono essere valutate in modo sintetico e globale (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 26

novembre 2018, n. 6689), di modo che, anche qualora per qualche voce di costo l'offerta economica risulti pari a zero, questo dato non può essere isolatamente considerato al fine di desumerne la scarsa affidabilità complessiva dell'offerta, dovendo essere considerato l'utile che il concorrente ritrae dalla propria offerta complessivamente valutata (cfr. Cons. Stato, V, 17 marzo 2016, n. 1090; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2020, n. 2761).

La giurisprudenza osserva, inoltre, come la valutazione favorevole della stazione appaltante in ordine alle giustificazioni fornite dall'impresa concorrente non richiede un particolare onere motivazionale e la motivazione per relationem deve ritenersi sufficiente in caso di positiva valutazione di congruità di una presunta offerta anomala (cfr., ex aliis, Consiglio di Stato, Sez. III, 13 settembre 2018, n. 5378).

In ultimo, la giurisprudenza stigmatizza come incombante "sulla parte che agisce in giudizio indicare e provare specificamente i fatti posti a base delle pretese avanzate, in base al principio generale, applicabile anche al processo amministrativo, dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c."; infatti, "se è vero, che nel processo amministrativo il sistema probatorio è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, è altrettanto vero che, in mancanza di una prova compiuta a fondamento delle proprie pretese, il ricorrente debba avanzare un principio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori" (Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2020, n. 2761; Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 maggio 2013, n. 2910; id., Sez. V, 2 ottobre 2013 n. 4880).

L'applicazione di tali principi "al controllo giurisdizionale sul giudizio di non anomalia dell'offerta espresso dalla stazione appaltante comporta che sia onere del ricorrente, che impugna la corrispondente determinazione e l'aggiudicazione in favore della parte controinteressata, contestare specificamente i dati posti a fondamento del giudizio e soprattutto fornire elementi significativi della manifesta incongruità di tali dati, quali indici, a loro

volta, della manifesta e macroscopica erroneità del giudizio positivo espresso dalla stazione appaltante" (Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2020, n. 2761). Si consideri ancora che, secondo la previsione di cui all'articolo 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016 (come sostituito dalla disposizione di cui all'articolo 60, comma 1, lettera e), del D.lgs. n. 56/2017), "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera"; le stazioni appaltanti, "relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)". La disposizione da ultimo evocata prevede che la stazione appaltante richieda delle spiegazioni agli operatori ed escluda l'offerta laddove accerti che la stessa sia "anormalmente bassa in quanto: d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16". In ultimo, la previsione di cui all'articolo 23, comma 16, del codice degli appalti prevede testualmente: "per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".

Dall'ordito normativo sopra richiamato chiaramente discende l'obbligo per la stazione appaltante di procedere, prima della aggiudicazione - sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia della offerta operata attraverso i meccanismi contemplati all'art. 97 -, alla verifica del rispetto della congruità del corso della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi. In altre parole, si tratta di una autonoma condicio causam dans del

provvedimento di aggiudicazione, che è indefettibilmente condizionato all'esito positivo di tale attività di certazione.

Tanto chiarito in ordine al quadro giurisprudenziale di riferimento, dalla disamina della documentazione (giustificativi) depositata dall'aggiudicataria nel corso del sub-procedimento ex art. 95 cit., si evince come la stessa, da un lato, abbia non irragionevolmente giustificato lo scostamento del costo della manodopera rispetto ai valori tabellari rilevati dalla stazione appaltante e, dall'altro, dimostrato la sostenibilità dell'offerta nonostante l'operato ribasso del 10,6% rispetto alla base d'asta.

In primo luogo, ha chiarito che il costo orario indicato, pari ad € 18,08, con riguardo al monte ore offerto (67.962 ore), derivava dall'applicazione del Contratto Collettivo (livello C) stipulato dall'associazione di categoria (Confcooperative sociali) cui aderiva, non essendo pertanto tenuta ad applicare il CCNL del comparto socio - sanitario.

In secondo luogo, ha dimostrato la correttezza della dichiarata riduzione dei costi Inail rispetto ai parametri utilizzati dalle Tabelle Ministeriali, in quanto beneficiaria dei premi Inail per l'applicazione del sistema preventivo di riduzione degli infortuni.

Alla luce di tali risultanze, non solo può escludersi l'applicazione di un costo di manodopera inferiore ai minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, ma deve anche affermarsi che, correttamente, l'amministrazione ha ritenuto dimostrata la sostenibilità economica della presentata offerta, atteso che, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, in aderenza a quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa (ex multis, Cons. Stato, III, 2 marzo 2015, n. 1020, 13 dicembre 2013, n. 5984), il costo orario del personale da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta deve riferirsi non al calcolo del "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive

dei costi delle sostituzioni). Il costo tabellare medio, infatti, è indicativo di quello "effettivo", che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio (da ultimo, Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 974).

Il corretto criterio di calcolo impone, dunque, di tenere conto del monte ore effettivo, e non di quello teorico, perché solo il primo è idoneo a rappresentare l'effettivo costo che l'impresa deve sostenere per una singola ora di lavoro, tenendo conto anche dell'onere economico rappresentato dalle sostituzioni del lavoratore assente (cfr.: T.A.R. Campania, Napoli sez. II, 31/03/2021, n. 2157).

Né, tanto meno, l'asserita anomalia può desumersi dallo scostamento tra il dichiarato costo della manodopera ed i valori riportati nelle tabelle redatte dal ministero competente. Quest'ultime esprimono il costo del lavoro medesimo, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano affatto un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia, ma soprattutto, per quanto rileva nella sede che ne occupa, consente certamente la presentazione di offerte valide (cfr. Cons. di Stato, V, n. 501/2017; 3623/2017, 4989/2016).

I costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, del resto, svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali, laddove si riesca, in relazione alle peculiarità dell'organizzazione produttiva, a giustificare, come nella specie, la sostenibilità di costi inferiori, fungendo gli stessi da esclusivo parametro di riferimento da cui è possibile discostarsi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di puntuale e rigorosa dimostrazione (cfr. TAR Lazio, Roma, II bis, n. 6869/2018).

Ciò che non può essere derogato in peius - ma la ricorrente non ha affatto preso a riferimento tale parametro adempiendo ai relativi oneri di allegazione e di prova - sono i minimi salariali della contrattazione collettiva nazionale, sui quali non sono ammesse giustificazioni.

Ne consegue che se, al contrario, sono derogabili le tabelle, sulla base delle quali la Stazione appaltante ha ricostruito la base d'asta, evidentemente è possibile presentare offerte comunque remunerative, anche se inferiori alla stessa base d'asta (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 02/02/2021, n.700).

In definitiva, tutte le sopraesposte argomentazioni congiuntamente militano per l'infondatezza anche della terza censura, cosicché la stessa deve essere respinta.

7.- La reiezione delle censure proposte avverso l'impugnato provvedimento nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione in favore di Agorà Soc. Coop. Sociale comporta l'improcedibilità del gravame, per sopravvenuta carenza d'interesse, limitatamente alle doglianze volte a censurare la mancata esclusione dalla graduatoria della seconda classificata (Legami Sociali soc. Coop. Sociale Onlus), poiché un eventuale esito positivo del loro scrutinio non potrebbe arrecare alcuna utilità alla ricorrente, cui, per effetto del rigetto delle censure sollevate con riferimento alla prima graduata, è oramai preclusa l'aggiudicazione, non avendo peraltro sollevato motivi di ricorso volti a censurare la legittimità dell'intera procedura di gara onde determinarne la riedizione (cfr.: T.A.R. Lazio, Roma sez. I, 08/07/2021, n.8112).

8.- Le spese di giudizio, nei rapporti tra la ricorrente, da un lato, e l'azienda resistente e l'aggiudicataria, dall'altro, seguono il principio della soccombenza e, quindi, cedono a carico della prima. Viceversa, con riferimento alla controinteressata Legami Sociali soc. Coop. Sociale Onlus, la definizione in rito del giudizio giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo dichiara in parte infondato ed in parte improcedibile nei sensi di cui in motivazione;

condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore sia dell'azienda resistente che della controinteressata Agorà Soc. Coop. Sociale, spese che si liquidano complessivamente in favore di ciascuna di esse in € 3000,00 (tremila/00), oltre oneri accessori;

compensa le spese di giudizio nei rapporti tra la ricorrente e la controinteressata Legami Sociali soc. Coop. Sociale Onlus.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Maffei

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO