



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 26 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Comune di Cisternino, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio; Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni (C.I.I.S.A.F.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mary Capriglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli, 7;

nei confronti

La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe

Misserini e Valeria Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Agnese Caprioli in Lecce, via Scarambone, 56;

per l'annullamento, previa sospensione

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- a) del provvedimento di aggiudicazione emesso dalla Stazione appaltante resistente in favore della Coop. Sociale La Scintilla Sociale, mai comunicato;
- b) dei verbali di gara M.E.P.A. tutti, non conosciuti;
- c) ove e per quanto lesivi, del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla Stazione appaltante;
- d) ove e per quanto lesiva, della determinazione a contrarre n. 270 del 24.11.2017;
- e) ove e per quanto lesivo, del silenzio rigetto rispetto alle istanze di autotutela e di accesso agli atti del 15.12.2017;
- f) ove e per quanto lesivo, del silenzio rigetto ovvero silenzio inadempimento rispetto alla istanza prot. n. 1084 del 15.12.2017;
- g) ove e per quanto lesivi, di tutti gli ulteriori atti presupposti connessi e consequenziali;

Nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio eventualmente sottoscritto nelle more del presente giudizio.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della determinazione del Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'A.T. Fasano – Ostuni – Cisternino n. 26 del 22.1.2018 di conferma dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale;
- della determinazione del C.I.I.S.A.F. n. 377 del 28.12.2017;

- dei verbali di gara M.E.P.A. tutti, con particolare riferimento a quelli del 14.12.2017 e 15.12.2017;
- ove e per quanto lesiva, della nota del C.I.I.S.A.F. prot. n. 80 del 09.01.2017;
- ove e per quanto lesiva, della nota dell'11.01.2018 trasmessa alla società La Scintilla Sociale Cooperativa Sociale per richiesta chiarimenti ex art. 95 comma 10 Decreto Legislativo 50/2016 e ss.mm.;
- del verbale di verifica del costo della manodopera del 18.1.2018;
- ove e per quanto lesivo, di ogni ulteriore provvedimento connesso presupposto e consequenziale, anche non conosciuto, con riserva espressa di formulare ulteriori motivi aggiunti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito territoriale di Cisternino – Fasano – Ostuni (C.I.I.S.A.F.) e della società La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2018 la dott.ssa Antonella Lariccia e uditi l'avv. S. Zaza, in sostituzione dell'avv. L. Tozzi, l'avv. A. Tanzarella, in sostituzione dell'avv. M. Capriglia, e l'avv. G. Misserini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 04.01.2018, la Società Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus invoca l'annullamento, previa sospensione, degli atti in epigrafe indicati lamentando:

- Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 83, 95 comma 10 Decreto Legislativo n° 50/2016) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta.

Espone, in particolare, la Società ricorrente di avere partecipato alla procedura di gara M.E.P.A. bandita dal Consorzio per l'Integrazione e l'Inclusione Sociale dell'Ambito Territoriale Sociale dei Comuni di Fasano – Ostuni – Cisternino per l'affidamento in concessione dell'Asilo nido del Comune di Cisternino, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 Decreto Legislativo n° 50/2016 e ss.mm., con un importo a base d'asta pari ad € 133.155,00 e durata dal 02.01.2018 al 03.07.2019, aggiudicato alla società Cooperativa Sociale La Scintilla Sociale, odierna controinteressata; già con nota prot. n. 1084 del 15.12.2017, la Società ricorrente ha chiesto alla Stazione appaltante di provvedere in autotutela alla esclusione della controinteressata dalla gara a cagione dell'omessa indicazione, nell'offerta economica di quest'ultima, dei costi della manodopera così come previsto dall'art. 95 Decreto Legislativo n° 50/2016 e dalla *lex specialis*, oltre che di prendere visione ed estrarre copia di tutta la documentazione di gara, nonché della offerta amministrativa tecnica ed economica della aggiudicataria, tuttavia le predette istanze sono rimaste prive di riscontro.

Con motivi aggiunti notificati in data 25.01.2018, la Società ricorrente ha poi invocato l'annullamento, previa sospensione, degli ulteriori atti in epigrafe indicati lamentando:

- Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 95, 97 Decreto Legislativo n° 50/2016, Art. 3 L. 241/90, Art. 97 Costituzione) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione – Sviamento di potere;

- Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 32, 95, 97 Decreto Legislativo n° 50/2016, Art. 3 L. 241/90, Art. 97 Costituzione) – Difetto ovvero carenza di

istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione – Sviamento di potere;

- Violazione e falsa applicazione di legge (Art. 95, 97 Decreto Legislativo n° 50/2016, Art. 3 L. 241/90, Art. 97 Costituzione) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione;

- Illegittimità in via derivata.

Con gli spiegati motivi aggiunti, la Società ricorrente lamenta, in particolare, che dopo la intervenuta notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio, il Consorzio C.I.I.S.A.F., in data 11.1.2018, abbia attivato il soccorso istruttorio per richiedere alla aggiudicataria odierna controinteressata una serie di chiarimenti in ordine ai “*costi del personale, al fine di verificare il rispetto di quanto previsto dall’art. 97 comma 5 lett. d) del d.lgs. 50/2016*”, senza tuttavia sanare le asserite plurime illegittimità riscontrabili nella procedura di gara e procedendo, all’esito di tale verifica, a confermare l’aggiudicazione disposta in favore della controinteressata La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale.

Si sono costituiti in giudizio la Società Cooperativa Sociale La Scintilla Sociale ed il Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione Sociale dell’Ambito Territoriale Sociale di Cisternino – Fasano – Ostuni (C.I.I.S.A.F.) eccependo l’inammissibilità, l’improcedibilità e comunque l’infondatezza nel merito dello spiegato ricorso, per come integrato dai motivi aggiunti, e codesto T.A.R., con ordinanza cautelare n° 73 del 6-7.02.2018, non ha concesso l’invocata sospensiva; quindi, all’udienza pubblica del 20.03.2018, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Preliminarmente, osserva il Collegio che può prescindere dalla disamina delle pur suggestive eccezioni di inammissibilità e improcedibilità del gravame sollevate dalle difese dell’Amministrazione resistente e della Società

controinteressata, risultando, tanto il ricorso quanto i motivi aggiunti del 25.01.2018, infondati nel merito e, pertanto, da respingere.

Ed invero, con l'unico motivo di gravame articolato nel ricorso introduttivo del giudizio, la Società ricorrente, in buona sostanza, si duole che l'Amministrazione resistente non abbia proceduto all'esclusione (*"tout court"*) dell'odierna controinteressata dalla gara M.E.P.A. di che trattasi, a cagione dell'omessa indicazione, nell'offerta economica, dei costi della manodopera, nonostante ciò sia imposto dal combinato disposto degli art. 83 e 95 comma 10 del Decreto Legislativo n° 50/2016, come novellato dal Decreto Legislativo (correttivo) n° 56/2017.

La censura non coglie nel segno.

E' noto come l'attuale formulazione dell'art. 95, comma 10, del Decreto Legislativo n° 50/2016, come modificato dal Decreto Legislativo n° 56/2017, espressamente prevede che *"nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). 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)";* tale norma è sicuramente applicabile nel presente giudizio, considerato che il bando di gara è del 23.11.2017 e la scadenza del termine di presentazione delle offerte risulta fissato il 12.12.2017, laddove le modifiche introdotte dal Decreto Legislativo n° 56/2017 al cd. nuovo Codice degli appalti, risultano entrate in vigore a far data dal 20.05.2017 (come espressamente previsto dall'art. 131 del Decreto Legislativo n° 56/2017 citato, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 103 in data 05.05.2017, nonché dall'art. 216 comma 1 del Decreto Legislativo n° 50/2016).

E', altresì, noto che l'articolo 83, comma 9, del Decreto Legislativo n° 50/2016 espressamente preveda che *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”*; in particolare, è stato condivisibilmente osservato dalla più recente giurisprudenza che *“per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice (come quella che qui viene in rilievo) non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all'articolo 95, comma 10. Ciò, in quanto il Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo;*

- più in generale, il nuovo Codice non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l'articolo 95, comma 10, cit.). L'esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio - istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali - possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 07.02.2018 n° 815).

Tale essendo il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, il Collegio nondimeno ritiene che, nella fattispecie concreta oggetto del presente giudizio, correttamente l'Amministrazione resistente non abbia proceduto all'esclusione

dell'odierna controinteressata dalla gara, nonostante l'omessa indicazione nell'offerta economica di quest'ultima dei costi di manodopera, pure espressamente imposta dal citato art. 95 comma 10 del Decreto legislativo n° 50/2016, nell'attuale formulazione *ratione temporis* applicabile.

Al riguardo, occorre precisare, in punto di fatto, che né il bando né il disciplinare di gara o la modulistica predisposta sulla piattaforma M.E.P.A. e da utilizzare obbligatoriamente per la redazione dell'offerta economica nella fattispecie oggetto del presente giudizio, prevedono o consentono l'indicazione separata dei costi della manodopera.

Orbene, è noto come la condivisibile giurisprudenza vieta, in linea di principio, l'eterointegrazione dei bandi di gara, sottolineando come *“le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando di gara la cui eterointegrazione, con obblighi imposti da norme di legge, si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute, o conoscibili, dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza”* (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sentenza n° 3541/2017, Consiglio di Stato, A.P. n. 9/2014 e n. 19/2016, C.G.U.E., VI, 2 giugno 2016 – C-27/15).

Anche la giurisprudenza più recente che si è pronunciata nel senso dell'immediata applicabilità dell'obbligo di separata indicazione dei costi di manodopera di cui all'art. 95 comma 10 citato, anche in assenza di apposita previsione dello stesso nella *lex specialis*, (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 07.02.2018 n° 815, nonché codesta Sezione sul ricorso n° 52/2018), ha sempre giustificato e ricollegato l'ammissibilità dell'eterointegrazione, con la disciplina in discorso, del bando di gara - silente sul punto - alla presenza, quanto meno, nella lettera di invito ovvero nel modulo dell'offerta economica predisposto

dalla S.A., della previsione dell'indicazione del costo della manodopera, che invece è totalmente assente nella fattispecie oggetto del presente giudizio.

Pertanto, il Collegio ritiene che, nel caso di specie, correttamente l'Amministrazione resistente abbia tutelato l'affidamento della Società controinteressata a non vedersi esclusa dalla gara per una causa (mancata indicazione dei costi della manodopera) che, pur essendo prevista quale causa escludente dalla legge – e ciò a prescindere dal dato che l'esclusione sia stata, o meno, testualmente enunciata dai citati articoli 83 e 95 del Decreto Legislativo n° 50/2016 -, non era assolutamente contemplata né nel bando né negli altri documenti di gara; pertanto, l'Amministrazione resistente legittimamente non ha escluso la controinteressata dalla gara M.E.P.A., limitandosi ad effettuare, relativamente ai costi della manodopera, la verifica del rispetto di quanto prescritto all'articolo 97, comma 5, lettera d) del Decreto Legislativo n° 50/2016, in conformità a quanto previsto dall'ultimo capoverso dell'art. 95 comma 10 in parola.

Sotto tale ultimo profilo, peraltro, si palesano infondate anche le ulteriori censure articolate dalla Società ricorrente nei motivi aggiunti del 25.01.2018.

Ed invero, osserva il Collegio che in tale fattispecie, l'Amministrazione resistente non ha posto in essere un tardivo e comunque inammissibile (alla luce del chiaro disposto dell'art. 83 Decreto Legislativo n° 50/2016) procedimento di “*soccorso istruttorio*” per consentire alla Società controinteressata di sanare le carenze dell'offerta economica a suo tempo presentata, come sostenuto dalla Società ricorrente nel ricorso per motivi aggiunti, ma si è limitata ad effettuare la (dovuta) verifica della congruità del costo della manodopera, comunque compreso nell'offerta economica della medesima controinteressata anche se non separatamente indicato, rispetto ai trattamenti salariali previsti nelle Tabelle ministeriali, verifica da svolgersi nel contraddittorio con la Società stessa, in conformità alle modalità caratterizzanti il subprocedimento di verifica

dell'anomalia dell'offerta ex art. 97 D. Lgs. 50/2016, espressamente richiamate dall'art. 95 comma 10 del nuovo codice appalti; appare pertanto evidente, sotto tale profilo, che tutte le censure articolate dalla medesima ricorrente nei motivi aggiunti del 25.01.2018, e che presuppongono che il subprocedimento attivato dall'Amministrazione resistente concreti una vera e propria (tardiva) verifica dell'anomalia dell'offerta economica presentata dalla controinteressata, risultano mal calibrate non ricorrendo, nel caso di specie, un subprocedimento di valutazione o meno dell'anomalia dell'offerta, bensì solo una verifica della rispondenza dei costi della manodopera indicati dalla controinteressata ai trattamenti salariali di cui alle Tabelle Ministeriali, sia pure effettuata osservando le modalità di cui all'art. 97 del Decreto Lgs. n° 50/2016, in conformità al richiamo contenuto nell'ultimo capoverso dell'art. 95 comma 10 citato.

La norma da ultimo citata, pertanto, a parere del Collegio, si limita ad imporre alla S.A. di verificare la rispondenza dei costi della manodopera compresi nell'offerta economica a quelli minimi indicati dalle Tabelle Ministeriali nel contraddittorio con la ditta interessata, a prescindere dall'attivazione di un vero e proprio subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, che resta meramente eventuale (al di fuori delle ipotesi in cui è, invece, imposto dalla legge).

Pertanto, il Tribunale ritiene che l'Amministrazione resistente, con i provvedimenti gravati con i motivi aggiunti, si è limitata a valutare la congruità del costo della manodopera, verificandola attraverso le garanzie procedurali dell'art. 97 del nuovo codice degli appalti cui il citato art. 95 comma 10 rinvia, e che all'esito di tale verifica e dei chiarimenti forniti dalla Società controinteressata, abbia ritenuto di non procedere alla vera e propria verifica dell'anomalia dell'offerta, bensì a far luogo alla conferma (*rectius*: convalida)

dell'aggiudicazione della gara già in precedenza disposta in favore della società Cooperativa Sociale La Scintilla Sociale.

Conclusivamente, per le ragioni per le ragioni sopra sinteticamente illustrate, lo spiegato ricorso, per come integrato dai motivi aggiunti del 25.01.2018, è infondato nel merito e deve pertanto essere respinto.

Sussistono i presupposti di legge, attesa la sussistenza di taluni aspetti di assoluta novità dell'oggetto del giudizio, per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso come integrato dai motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Antonella Lariccia, Primo Referendario, Estensore

Anna Abbate, Referendario

L'ESTENSORE
Antonella Lariccia

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO