

Rito superaccelerato: termine di impugnazione dell'atto di ammissione in caso di mancata pubblicazione sul profilo del committente nel rito superaccelerato; le tabelle ministeriali quali parametro di valutazione della congruità dell'offerta

di Giovanni Corbyons

Data di pubblicazione: 1-6-2017

1) Il co. 3 dell'art. 8 DPCM 40/2016 si limita a rendere alcune precisazioni in ordine alla procura alle liti, senza però escludere che la procura ad litem possa essere ritualmente apposta a margine dell'atto introduttivo del giudizio.

2) L'art. 14 DPCM 40/2016 prevede espressamente la possibilità di notificazione del ricorso con modalità diverse da quelle telematiche, sì da restare tuttora consentito avvalersi delle tradizionali formalità di notificazione del ricorso, in veste di atto cartaceo.

3) Se non è stata data prova dell'avvenuta pubblicazione dell'atto di ammissione alla gara dell'aggiudicatario sul profilo del committente della stazione appaltante ovvero dell'avvenuta informazione della ricorrente a mezzo della posta elettronica, il dies a quo in questione non può che essere posto all'atto della conoscenza dell'aggiudicazione della gara.

4) Quando siano da sottoporre al vaglio giurisdizionale tanto i provvedimenti di ammissione o esclusione (prima non conosciuti), quanto quello di aggiudicazione poi sopravvenuto, non appare logico né utile ai fini delle ragioni di economia processuale, precludere un'impugnativa contestuale di tutti, ovviamente con il rito "ordinario: opinare diversamente, ovvero che le impugnazioni non possano confluire in unico giudizio, risulterebbe in evidente contrasto con i principi di economia e concentrazione processuale, oltre che foriero di possibili contrasti tra giudicati.

5) L'art. 97 co. 5 Decr.Leg.vo 50/2016, per il quale la stazione appaltante deve escludere l'offerta

"...se ha accertato con le modalità di cui al primo periodo che l'offerta è 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" va interpretata, così come la previgente disposizione di cui all'art. 86 co. 3 bis Decr. Leg.vo 163/2006, nel senso che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che uno scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima ex se un giudizio di anomalia. Per cui l'anomalia può essere sì esclusa, ma solo quando lo scostamento dalle tabelle risulti "puntualmente e rigorosamente giustificato".

(1)(2) Conformi: TAR Campania, Napoli, Sez. II, 22 febbraio 2017 n. 1053 Tar Lazio, sez. II, 1 marzo 2017, n. 2993.

(3)(4) Conformi: TAR Campania-Napoli n. 434 del 19.1.2017; parere Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855/2016

(5) Conformi: Cons. di Stato sez. V, n. 3937 del 24.7.2014; TAR Lazio-Roma n. 9182 del 5.8.2016? TAR Lazio-Roma n. 9058 del 4.8.2016? TAR Campania-Napoli n. 3982 dell'1.8.2016.

Guida alla lettura

La ricorrente ha impugnato l'ammissione alla gara e la successiva aggiudicazione della società controinteressata, censurandone la regolarità sotto più profili.

In primo luogo il Collegio ha disatteso le eccezioni sollevate dalla controinteressata relative l'ammissibilità della procura a margine.

Il Tar ha chiarito infatti come al *comma 3* dell'art 8 del DPCM 40/2016 non ci sia alcuna preclusione al riguardo. La norma si limita, a rendere alcune precisazioni in ordine alla procura alle liti, senza però escludere che la stessa possa essere apposta a margine dell'atto introduttivo del giudizio.

La tesi del Collegio è senz'altro condivisibile ma, ad opinione di chi scrive, la possibilità di apporre la procura a margine non è data esclusivamente dalla mancanza di una specifica preclusione in uno degli articoli del DPCM, perché continua a trovare la propria legittimazione e disciplina nelle disposizioni del codice di procedura civile secondo il richiamo posto **dall'art. 39 comma 1 cpa all'art. 83 cpc** ai sensi del quale la procura speciale può essere apposta in calce o a margine dell'atto.

Anche le linee **F.A.Q.** inserite sul sito www.giustizia-amministrativa.it contenenti le risposte alle domande più frequenti poste sul nuovo rito, al numero 15 hanno ammesso la possibilità di continuare ad utilizzare la procura a margine.

Stesso discorso va fatto altresì, per quanto riguarda la possibilità di notificare il ricorso con le forme tradizionali.

In ugual misura, è stata disattesa la violazione lamentata da parte della controinteressata dell'art. 136 co. 2 *bis* cpa, per l'addotta circostanza che il ricorso risulta firmato manualmente e nella versione analogica si presenta privo di attestazione di conformità.

Il Collegio ha chiarito come l'art. 14 DPCM 40/2016 preveda espressamente la possibilità di notificazione del ricorso con le modalità tradizionali, inoltre nel caso concreto, non è stata denunciata alcuna difformità tra atto cartaceo notificato e atto nativo digitale depositato in giudizio, sicché nessuna lesione del diritto di difesa appare realizzatasi.

Anche in questo caso, il ragionamento del Tar è senz'altro condivisibile ma, ad opinione di chi scrive, la possibilità di notificare il ricorso secondo le forme tradizionali **oltre** a quanto previsto dall'art 14 del DPCM, continua a trovare il suo fondamento **nell'art 39 comma 2 cpa** ai sensi del quale *“Le notificazioni degli atti del processo amministrativo sono comunque disciplinate dal codice di procedura civile e dalle leggi speciali concernenti la notificazione degli atti giudiziari in materia civile”*.

Nulla cambia quindi rispetto alle regole generali indicate nel codice di procedura civile per quanto riguarda le notificazioni svolte in proprio dall'avvocato e quelle effettuate con il tramite dell'Ufficiale Giudiziario.

Quanto all'assunto secondo cui la società ricorrente sarebbe incorsa in una inammissibilità per aver tardivamente contestato in giudizio l'ammissione della controinteressata in violazione dell'art. 120 *co 2 bis* cpa, il Tar ha rilevato che non essendo stata data prova dell'avvenuta pubblicazione sul profilo della committente dell'atto di ammissione alla gara dell'aggiudicataria, conseguentemente, il *dies a quo* in questione non può che essere posto all'atto della conoscenza dell'aggiudicazione della gara.

La *ratio legis* del rito superaccelerato, prosegue il Collegio, è volta a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Una volta, tuttavia, che siano da sottoporre al vaglio giurisdizionale tanto i provvedimenti di ammissione o esclusione non appare logico precludere un'impugnativa contestuale di tutto in un unico giudizio ovviamente con il rito "ordinario"; opinare diversamente risulterebbe in evidente contrasto con i principi di economia e concentrazione processuale.

La ricorrente ha lamentato altresì come il giudizio sull'offerta della controinteressata si sia concluso troppo frettolosamente, risultando manifestamente viziato con riguardo sia alla valutazione dei costi del personale e al loro esatto inquadramento professionale, sia alla completa inesistenza dell'utile d'impresa.

Secondo il Collegio l'art. 97 *co. 5* del d.lgs. 50/2016 deve essere interpretato nel senso che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta.

Tuttavia lo scostamento dai minimi retributivi indicati nelle tabelle ministeriali deve essere puntualmente e rigorosamente giustificato. Secondo il tar, in tal caso, la controinteressata, non ha fornito in sede di giustificazioni alcuna spiegazione in ordine alle ragioni per le quali è in grado di offrire tale minor costo orario.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**(Sezione Ottava)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 737 dell'anno 2017, proposto da:
Mondo Nuovo Consorzio di Cooperative Sociali - Societa' Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano La Marca, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli, presso la Segreteria TAR Campania – sede di Napoli;

contro

Comune di Teano, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti di

- Coop. Soc. La Gioiosa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo-mandataria del RTI con le mandanti Domi Group Coop. Soc. e Coop. Soc. Esculapio, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Diaco, Simona Gambardella e Natalia Barbatto, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata, in Napoli, alla via dei Mille n. 40;
- Domi Group Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;
- Cooperativa Sociale Esculapio, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

IN VIA PRINCIPALE

- della determinazione n. 1 del registro del servizio adottata in data 13.1.2017 e n. 18 del registro generale adottata in data 13.1.17, avente ad oggetto: aggiudicazione definitiva della procedura di gara recante CIG 6837914922;
- della nota prot. 641 del 12.1.2017, avente ad oggetto: riscontro note pec datate 13.12.16 prot. 19546 del 14.12.16, 2.1.2017 prot. 106 del 2.1.17 e prot. 180 del 3.1.2017;
- della determinazione n. 245 del registro del servizio adottata in data 2.12.2016 e n. 1345 del registro generale adottata in data 5.12.16, avente ad oggetto: aggiudicazione provvisoria della procedura di gara recante CIG 6837914922;

- del verbale di gara del 21.11.2016 nella parte in cui viene ammesso, anziché essere escluso il RTI tra Cooperativa Sociale La Gioiosa (capogruppo mandataria), Domi Group - Cooperativa Sociale e Cooperativa Sociale Esculapio;

- del verbale di gara del 23.11.2016 nella parte in cui viene ammesso, anziché essere escluso il RTI tra Cooperativa Sociale La Gioiosa (capogruppo mandataria), Domi Group - Cooperativa Sociale e Cooperativa Sociale Esculapio;

- del verbale di gara dell'1.12.2016, nella parte in cui viene ammesso, anziché essere escluso il RTI tra Cooperativa Sociale La Gioiosa (capogruppo mandataria), Domi Group - Cooperativa Sociale e Cooperativa Sociale Esculapio;

- del verbale di gara del 9.1.2017;

- del provvedimento recante prot. n. 159/SUAP del 9.1.2017, con il quale è stata considerata congrua l'offerta presentata dal RTI tra Cooperativa Sociale La Gioiosa (capogruppo mandataria), Domi Group - Cooperativa Sociale e Cooperativa Sociale Esculapio;

IN SUBORDINE:

- della determinazione del coordinamento dell'ufficio di piano adottata in data 10.11.2016 n. 239 del registro delle determinate del servizio e n. 1252 del registro generale delle determinate del 11.11.16, avente ad oggetto: nomina della commissione aggiudicatrice per la procedura di gara recante CIG 6837914922;

- della determinazione n. 1 del registro del servizio adottata in data 13.1.2017 e n. 18 del registro generale adottata in data 13.1.17, avente ad oggetto: aggiudicazione definitiva della procedura di gara recante CIG 6837914922;

- della nota prot. 641 del 12.1.2017, avente ad oggetto: riscontro note pec datate 13.12.16 prot. 19546 del 14.12.16, 2.1.2017 prot. 106 del 2.1.17 e prot. 180 del 3.1.2017;

- della determinazione n. 245 del registro del servizio adottata in data 2.12.2016 e n. 1345 del registro generale adottata in data 5.12.16, avente ad oggetto: aggiudicazione provvisoria della procedura di gara recante CIG 6837914922;

- del verbale di gara del 21.11.2016;

- del verbale di gara del 23.11.2016;

- del verbale di gara dell'1.12.2016;

- del verbale di gara del 9.1.2017;

- del provvedimento recante prot. n. 159/SUAP del 9.1.2017, con il quale è stata considerata congrua l'offerta presentata dal RTI tra Cooperativa Sociale La Gioiosa (capogruppo

mandataria), Domi Group - Cooperativa Sociale e Cooperativa Sociale Esculapio;

ED IN OGNI CASO PER LA DECLARATORIA

di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 cpa,

E PER LA CONDANNA

all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente, ivi compresa la rinnovazione della procedura di gara di cui trattasi, previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato;

E PER LA CONDANNA

dell'Amministrazione intimata al risarcimento, del danno arrecato, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cooperativa Sociale La Gioiosa, in proprio e quale capogruppo (mandataria) del RTI con Domi Group - Cooperativa Sociale e Cooperativa Sociale Esculapio (mandanti);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2017 il dott. Michelangelo Maria Liguori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso, notificato a mezzo posta tra il 13 e il 25 febbraio 2017 e depositato il successivo 6 marzo, il Mondo Nuovo Consorzio di Cooperative Sociali - Societa' Cooperativa Sociale Onlus ha esposto

- che aveva partecipato alla procedura concorsuale indetta dall'Ambito Territoriale C03 - Ente capofila Comune di Teano, ai sensi dell'art 36 comma 2 del D. Lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica specialistica (sostegno socio-educativo), recante C.I.G. 6837914922;

- che l'importo complessivo a base d'asta era pari ad € 252.204,79 oltre IVA, la durata prevista del servizio era di mesi 9 a decorrere dal relativo avvio, ed il criterio di aggiudicazione indicato era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. a) del D.Lgs. 50/2016;
- che i parametri di valutazione dell'offerta, indicati nel disciplinare di gara, erano: offerta tecnica punteggio massimo 60, offerta economica punteggio massimo 40;
- che alla gara avevano partecipato 5 ditte, tra cui essa ricorrente, classificatasi seconda nella graduatoria finale, e l'aggiudicataria RTI tra Cooperativa La Gioiosa (capogruppo) e le mandanti Esculapio Cooperativa Sociale e Domi Group Società Cooperativa Sociale;
- che la gara era stata inficiata da molteplici illegittimità, e che comunque era stato molto difficile riuscire ad accedere ai relativi atti, per l'ostracismo posto in essere nell'occasione dal Comune di Teano;
- che, in assenza di riscontri a presentate istanze di accesso, in data 5.1.2017 aveva inoltrato richiesta di parere precontenzioso all'ANAC, ex art. 211, comma 1, del D.LGS 50/2016;
- che solo a seguito della richiesta d'intervento inoltrata all'ANAC, la stazione appaltante finalmente si era attivata, riunendo in seduta straordinaria, per il 9.1.17, la commissione di gara, onde fornire riscontro alle plurime istanze già inoltrate, e provvedendo, altresì, in data 11 gennaio 2017, alla sospensione dell'aggiudicazione e dell'intera procedura di gara;
- che, tuttavia, inopinatamente, il successivo 13 gennaio 2017 era stata revocata la disposta sospensione della procedura di gara, venendo aggiudicato in via definitiva l'appalto al RTI La Gioiosa;

Tanto esposto, la ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, in via principale per i seguenti motivi:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 12 DEL DISCIPLINARE DI GARA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DEL D. LGS. 50/2016 – ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – INFONDATEZZA ED ERRONEITÀ NELLA VALUTAZIONE DI AFFIDABILITÀ DELL'OFFERTA - ECCESSO DI POTERE PER DISPARITÀ DI TRATTAMENTO - ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEL PRESUPPOSTO - INGIUSTIZIA MANIFESTA – CARENZA DI PROPORZIONALITÀ – VIOLAZIONE DEI CANONI DI BUONA FEDE, AFFIDAMENTO E CORRETTEZZA: il giudizio di anomalia dell'offerta della controinteressata, conclusosi positivamente e troppo frettolosamente con il provvedimento recante prot. n. 159/SUAP del 9.1.2017, risulterebbe manifestamente viziato con riferimento, sia alla sottovalutazione dei costi del personale ed al loro esatto inquadramento professionale, sia alla completa inesistenza dell'utile di impresa risultante dai giustificativi prodotti dall'aggiudicataria, nonché di varie voci componenti l'offerta; in particolare, dall'esame delle complessive giustificazioni prodotte dalla società controinteressata alla stazione appaltante (in relazione ad un'offerta pari ad €216.298,60,

significativamente inferiore rispetto alle offerte dagli altri concorrenti, ovvero di €242.119,48 della Cooperativa L'Abbraccio, e di €246.479,80 di Mondo Nuovo) emergerebbe la palese incongruità dell'offerta stessa, in relazione:

a) all'inesistenza dell'utile d'impresa, ad un'offerta in perdita ed all'omissione di rilevanti ed incidenti voci di costo;

b) al costo del personale, drasticamente ed ingiustificatamente inferiore ai minimi tabellari;

c) all'applicazione di un inquadramento professionale del personale deputato allo svolgimento del servizio, inammissibile ed inconferente, rispetto alle concrete mansioni da porre in essere; solo in virtù di dette anomalie, l'aggiudicataria sarebbe riuscita a giustificare il rilevante ribasso offerto, di circa €30.000,00 inferiore rispetto a quello proposto dalle concorrenti, nonostante nell'appalto de quo fossero preponderanti, se non addirittura esclusivamente presenti, gli oneri per l'apporto lavorativo del personale adibito allo svolgimento del servizio (ma i costi per la manodopera, come ben noto, risulterebbero sostanzialmente fissi ed invariabili per tutti gli operatori economici); dalla semplice lettura delle specifiche prodotte dall'aggiudicataria, si evincerebbe la totale assenza di indicazioni circa gli utili aziendali, con la conseguenza che lo stesso risulterebbe pari a zero, e nel contempo mancherebbe l'indicazione dei costi generali; in più, avendo il RTI La Gioiosa stipulato ben due contratti di avvalimento a titolo oneroso (ciascuno in cui si obbliga a corrispondere il 3% dell'importo contrattuale) per partecipare alla gara, l'offerta sarebbe da considerarsi automaticamente ed inoppugnabilmente in perdita e, di conseguenza, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il RTI La Gioiosa per inaffidabilità dell'offerta; il calcolo del costo del lavoro, così come indicato dall'aggiudicataria, sarebbe del tutto erroneo; la figura degli OSA sarebbe stata erroneamente inquadrata nel Livello C1, mentre il CCNL inquadra gli stessi in C2 con conseguenti notevoli costi aggiuntivi; i valori indicati nei giustificativi prodotti dall'aggiudicataria, pari a €15,77 orari per il livello occupazionale D2 (esperto della comunicazione ed educatore professionale) ed €14,99 per il livello occupazionale C1 (OSA i quali richiedono invece di essere inquadrati al livello C2), si discosterebbero notevolmente rispetto alle vigenti tariffe del costo del lavoro (pari a: €21,76 per il livello D2 ed €19,90 per il livello C2) come determinate nell'apposita tabella redatta dal Ministero del Lavoro sulla base dei valori economici risultanti dalla contrattazione collettiva per i lavoratori delle cooperative del settore socio-sanitario, assistenziale, educativo e di inserimento lavorativo; gli oneri per il personale indicati dall'aggiudicatario, comunque, si discosterebbero in maniera rilevante anche dal calcolo operato dalla S.A. nel capitolato speciale – calcolo eseguito depurando dalle voci indicate nella tabella ministeriale, quelle non supportate nell'appalto in esame - nel quale detti oneri sono calcolati in €19,46 per il livello occupazionale D2 ed €16,08 per il livello occupazionale C2; sarebbe stata, così, illegittimamente ritenuta congrua l'offerta dell'aggiudicataria contenente un importo totale per la manodopera di euro 208.744,00, nonostante il relativo importo risulti di gran lunga inferiore sia ai valori previsti dalla corrispondente Tabella Ministeriale, che da quelli individuati dalla stessa stazione appaltante; in particolare, le tabelle allegate al decreto del Ministero del Lavoro relative al costo orario del lavoro del settore in commento prevedono, relativamente al personale di livello D2 e C2, un costo orario nazionale rispettivamente maggiore di €5,99 e €4,91 rispetto a quelli indicati dall'aggiudicataria ed inferiori ai costi orari calcolati dalla stazione appaltante di €2,30 ed €1,09, per cui risulterebbe palesemente incongruo il costo

orario indicato dal RTI La Gioiosa per il personale, e quindi incongrua l'istruttoria posta in essere dalla S.A., essendo lo scostamento in oggetto del tutto ingiustificato ed ingiustificabile anche in virtù dei non calcolati scatti di anzianità (atteso che per l'appalto in questione sarebbe obbligatorio, ex art. 6 del csa, il rispetto della c.d. clausola sociale); nel caso in esame, inoltre, non sarebbero state prese in considerazione alcuna gli oneri per le sostituzioni dei lavoratori, né calcolati gli oneri per TFR, indennità di turno, indennità professionali e quant'altro; d'altronde, l'incongruità dell'offerta in relazione alla voce del costo orario del personale non potrebbe neppure essere compensata dall'utile, essendo questo inesistente, ed anzi essendovi una perdita per la controinteressata.

2. VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 45 E 48 DEL D.LGS. 50/16 – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMMUDIFICABILITÀ DELL'OFFERTA E DEGLI OFFERENTI -DIFETTO DI ISTRUTTORIA – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PAR CONDICIO TRA I CONCORRENTI – INGIUSTIZIA MANIFESTA – ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO – PALESE ILLEGITTIMITA' DI COMPORTAMENTO – ARBITRARIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA: Il RTI La Gioiosa avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per aver unilateralmente modificato la composizione e tipologia della propria compagine rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta; nello specifico, sebbene l'aggiudicataria avesse dichiarato, nella domanda di partecipazione, di costituirsi in Associazione Temporanea di Imprese di tipo ORIZZONTALE, diversamente avrebbe poi prodotto alla stazione appaltante atto costitutivo in cui, così come testualmente si legge, la stessa si è costituita in Associazione Temporanea di Imprese di tipo VERTICALE; tale operato violerebbe apertamente i principi di immodificabilità dell'offerta e degli offerenti e con esso la par condicio, la trasparenza, l'imparzialità e la concorrenza, in quanto il diverso assetto costitutivo inciderebbe in maniera diretta sulla stessa offerta originariamente prodotta, comportando il suo sostanziale e non consentito stravolgimento; le A.T.I. non potrebbero in alcun modo variare la loro composizione rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, nel quale devono essere precisate tutte le circostanze che legittimano le singole imprese alla partecipazione in gara, risolvendosi in una non consentita modifica anche solo la diversa configurazione dell'ATI;

3. VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 LETT. B) DEL DISCIPLINARE DI GARA – DIFETTO DI ISTRUTTORIA – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PAR CONDICIO TRA I CONCORRENTI – INGIUSTIZIA MANIFESTA – ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO – PALESE ILLEGITTIMITA' DI COMPORTAMENTO – ARBITRARIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA: il RTI La Gioiosa avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per essere la mandante Domi Group Società Cooperativa Sociale priva di un fondamentale ed indispensabile requisito partecipativo, alla luce del fatto che l'art. 2 del disciplinare di gara "Requisiti dei concorrenti per la partecipazione alle gare" alla lett. b) rubricata "Requisiti di idoneità professionale" sanciva testualmente che: *"Per le imprese individuali e le società commerciali: regolare iscrizione nel Registro delle imprese della C.C.I.A.A. della Provincia in cui il soggetto ha sede per attività corrispondenti a quelle oggetto*

dell'appalto ai sensi dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, con indicazione della data, del numero di iscrizione, della forma giuridica dell'impresa, etc. ..."; in virtù delle tassative ed inderogabili prescrizioni della lex specialis, l'aggiudicataria avrebbe dovuto, quindi, essere esclusa sin dalla prima seduta di gara, atteso che la mandante Domi Group Società Cooperativa Sociale non sarebbe stata in possesso del requisito dell'iscrizione nei registri della CCIAA per attività corrispondente a quella oggetto dell'appalto, ovvero il servizio di assistenza scolastica specialistica; invero, dal certificato camerale della suddetta mandante si evincerebbe che la stessa ha per oggetto sociale tutt'altra attività (assistenza sociale generica e centro anti violenza), senza alcuna menzione del servizio specialistico rivolto agli alunni con disabilità; per attività "corrispondente" a quella oggetto dell'appalto, non potrebbe che essere intesa l'attività prevalente svolta dall'impresa, essendo soltanto quest'ultima l'attività qualificante ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese; del tutto irrilevanti sarebbero le indicazioni sancite nell'oggetto sociale della mandante, in quanto oggetto sociale ed attività effettivamente esercitata (quest'ultima da comprovare mediante la prescritta dichiarazione verificabile in base alla certificazione camerale), non potrebbero essere considerati come concetti coincidenti, atteso che un'attività ben potrebbe essere prevista nell'oggetto sociale – risultante dall'iscrizione sotto la voce "dati identificativi dell'impresa" – senza essere attivata poi in concreto (in tal senso: Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2003, n. 925); quindi, nessun rilievo potrebbe attribuirsi all'oggetto sociale dell'impresa, poiché esso abiliterebbe quest'ultima a svolgere una determinata attività, ma nulla direbbe in ordine all'effettivo svolgimento della stessa (cfr. Cons. St., sez. V, n. 925 del 2003, cit.; Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2380); il bando in questione, nel richiedere il requisito dell'iscrizione nel Registro delle Imprese per "attività" e non per "oggetto sociale", avrebbe inteso garantire il possesso, in capo ai soggetti partecipanti, di concreta e non meramente potenziale esperienza a riguardo del servizio oggetto dell'appalto, e ciò a prescindere dai diversi e distinti requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica; del tutto inaccettabile sarebbe la motivazione espressa nel verbale di gara del 9.1.17 e trasfusa nella nota prot. 641 del 12.1.2017 a giustificazione dell'ammissione in gara del suddetto concorrente, avendo la stazione appaltante fatto confusione circa l'esatto contenuto del contratto di avvalimento a mezzo del quale la DOMI Group ha inteso avvalersi esclusivamente del requisito economico-finanziario e tecnico-organizzativo; la specifica attività di iscrizione alla Camera di Commercio di cui sarebbe carente la Domi Group, invece, non risulterebbe mai menzionata nel suddetto contratto di avvalimento, fermo restando che, in ogni caso, detto requisito comunque non potrebbe essere oggetto di "prestito" tramite la suddetta forma contrattuale.

Altresì, la ricorrente ha proposto, in via subordinata i seguenti, ulteriori, motivi:

4. VIOLAZIONE DI LEGGE – ILLEGITTIMA COMPOSIZIONE DELLA COMMISSIONE DI GARA – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO SUI CRITERI DI SCELTA DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI AL TERZO SETTORE APPROVATO CON DELIBERA DEL COORDINAMENTO ISTITUZIONALE DELL'AMBITO TERRITORIALE C03 NELLA SEDUTA DEL 26.9.13 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 77 e 216 DEL D. LGS. 50/16 – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN TEMA DI GIUSTO PROCEDIMENTO E DI PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PAR CONDICIO IN MATERIA DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE AD EVIDENZA PUBBLICA

– INGIUSTIZIA MANIFESTA- DIFETTO DI ISTRUTTORIA – ARBITRARIETÀ – PALESE ILLEGITTIMITA' DI COMPORTAMENTO – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA: fondamentale ed inoppugnabile causa di illegittimità della procedura di gara sarebbe afferente alla composizione della commissione di gara, alla luce di quanto disposto dal vigente Regolamento sui criteri di scelta delle procedure di affidamento dei servizi al terzo settore, approvato con delibera del coordinamento istituzionale dell'ambito territoriale C03 nella seduta del 26.9.13, all'art. 15 rubricato "Commissione di gara" [il quale sancisce che: "*Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento (...) I commissari diversi dal presidente sono scelti tra i responsabili dei servizi sociali dei comuni dell'Ambito C03 o, in caso di carenza negli organici dei comuni, di adeguate professionalità, tra operatori appartenenti agli altri ambiti della Regione Campania*"]; per la presente procedura la citata norma sarebbe stata completamente disattesa, essendo stata illegittimamente nominata membro della Commissione di Gara la dott.ssa Ida Zaccaria, non in possesso dell'indispensabile qualifica di responsabile dei servizi sociali in alcuno dei comuni facenti parte dell'Ambito C03, né essendo un operatore appartenente ad un Ambito territoriale diverso della Regione Campania; nello specifico, la dott.ssa Zaccaria sarebbe un mero assistente sociale "a contratto" dell'ambito C03, e, pertanto, alla stessa non potrebbe essere attribuita la titolarità di funzioni dirigenziali e/o di responsabile di settore; per di più, stanti le suddette mansioni espletate dalla Zaccaria, ella non potrebbe essere considerata organo interno dell'amministrazione, trattandosi di una privata professionista, ancorché operante anche per conto dell'Ente; i criteri indicati nell'art. 15 del regolamento citato, sarebbero espressione di principi generali, di matrice costituzionale e comunitaria, di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, per cui sarebbe stato inderogabile che la sequenza procedimentale volta alla scelta della commissione di gara fosse effettuata, in primis, tra: a) i soggetti già incardinati nella struttura organizzativa della stazione appaltante e nell'ambito territoriale di riferimento, secondo le specifiche mansioni e competenze individuate nella norma regolamentare; b) dopodiché tra le amministrazioni appartenenti agli Ambiti territoriali della Regione Campania diversi da quello dell'Ambito C03; c) solo in caso di accertata indisponibilità e/o carenza di dette professionalità si sarebbe potuto eventualmente passare legittimamente alla scelta dei commissari di gara in virtù di criteri suppletivi; nel caso di specie, non solo il segmento procedimentale sub b) sarebbe stato completamente disatteso, ma anche la disponibilità fatta pervenire dal Comune di Sessa Aurunca, con nota prot. 19382 del 8.11.17, circa l'individuazione del componente della commissione di gara, immotivatamente non sarebbe stato preso in considerazione; alla stregua di quanto innanzi ed in virtù dei predetti principi di imparzialità e trasparenza sarebbe stato imposto che, nel caso in cui la scelta fosse stata orientata verso professionisti diversi rispetto a quelli individuati dal regolamento, detta scelta avrebbe dovuto essere provata e motivata, nonché previamente circoscritta a determinate professionalità con comprovata esperienza, e, quindi, l'obbligo motivazionale del provvedimento di nomina della commissione di gara avrebbe dovuto essere particolarmente rigoroso e pregnante, al fine di garantire in concreto l'esatto rispetto del potere discrezionale dell'amministrazione di comporre la commissione di gara; nell'occasione, invece, sarebbe mancata del tutto una puntuale e specifica motivazione a detta deroga, essendo di fatto insussistenti le ragioni giuridiche poste a base dell'effettuata nomina, e, dunque la discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta del suddetto

componente della commissione di gara sarebbe stata in concreto posta in essere in palese sviamento di potere; privo di pregio sarebbe il tentativo difensivo rappresentato dalla stazione appaltante con il verbale del 9.1.2017, reso successivamente noto con provvedimento recante prot. n. 641 del 12.1.2017 (in cui capziosamente si afferma che sarebbe stato dato puntuale riscontro all'art. 15 del Regolamento citato, effettuando in particolare regolare interpello ai Responsabili dei Servizi Sociali di tutti i comuni rientranti nell'Ambito C03, e che solo successivamente si sarebbe proceduto alla nomina della Zaccaria), poiché, in mancanza di prova di una puntuale ricognizione circa la "presunta" indisponibilità e/o carenza di professionalità anche tra i responsabili dei servizi sociali dei Comuni facenti parte di Ambiti territoriali della Regione Campania diversi da quello C03, come inderogabilmente imposto dalla richiamata disposizione, l'art. 15 del predetto Regolamento sarebbe stato solo parzialmente ossequiato; del tutto inaccettabile sarebbe poi la giustificazione circa l'omessa nomina del membro designato dal Comune di Sessa Aurunca, in ragione della sua presunta tardività, in quanto, a confutazione di detta insussistente ragione giustificatrice, potrebbe evidenziarsi che la designazione del Comune di Sessa Aurunca è pervenuta al Comune di Teano in data 11.11.16, ovvero nel medesimo giorno in cui è stata adottata la determina di nomina della commissione, per cui nulla avrebbe impedito detta nomina in luogo di quella della Zaccaria; in ogni caso, antecedentemente alla prima seduta di gara, avvenuta in data 21.11.16, la Zaccaria ben avrebbe potuto essere sostituita con l'invece legittimo componente indicato dal Comune di Sessa Aurunca, così da ripristinare la legalità violata.

5. VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 95 DEL D.LGS N. 50/2016 – ILLEGITTIMA COMMISTIONE TRA CRITERI AFFERENTI ALLA VALUTAZIONE DELLE OFFERTE E CRITERI RELATIVI AI REQUISITI SOGGETTIVI – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE LINEE GUIDA N. 2 APPROVATE DALL'ANAC CON DELIBERA N. 1005 DEL 21.9.2016 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA E RAGIONEVOLEZZA – INGIUSTIZIA MANIFESTA - ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO - PALESE ILLEGITTIMITA' DI COMPORTAMENTO - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA: la contestata procedura di gara sarebbe stata inficiata dai criteri di valutazione dell'offerta tecnica indicati nella *lex specialis*, poiché presenterebbero carattere meramente "soggettivo", e non riguarderebbero, invece, la natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto; in particolare, i criteri valutativi fissati nella *lex specialis* di gara per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, sarebbero del tutto illegittimi per la presenza di una commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, nonché per l'assenza di oggettivi e concreti criteri atti a consentire di premiare il merito tecnico dell'offerta oggettivamente considerata; la giurisprudenza da tempo riterrebbe che i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa debbano riguardare "il prodotto" e non il "produttore", la qualità "del lavoro" e non quella "dell'imprenditore dei lavori", per cui i criteri di aggiudicazione andrebbero riferiti in via diretta ed esclusiva all'offerta della prestazione oggetto dell'appalto, e non alla qualificazione ed alla capacità degli offerenti; nel caso di specie, invece, per quanto previsto dalla documentazione di gara, il punteggio per la qualità dell'offerta disattenderebbe apertamente i principi suddetti, prevedendo in maniera del tutto inconferente i seguenti criteri:

- "Capacità di contenimento del turn – over degli operatori" (punteggio assegnato in base alla

percentuale di rapporto di lavoro a tempo indeterminato cessato nell'ultimo triennio),

- "Certificazione di qualità secondo le regole UNI ISO" (punteggio assegnato in base al possesso della certificazione di qualità), caratterizzati da una irrilevanza della qualità dell'offerta (invece unico ed imprescindibile parametro di riferimento per l'assegnazione del punteggio); a maggior conferma di quanto precede, andrebbe evidenziato come il Consiglio di Stato in plurime pronunce (ex multis: CdS 4191/13; 517/2012), abbia già chiarito, sulla base di un consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia Ue, sez. I, 24 gennaio 2008, C53206), che sono indebitamente inclusi, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione; nella fattispecie in esame non c'è chi non veda come l'Amministrazione, in contrasto con tale divieto di commistione dei c.d. requisiti soggettivi ed oggettivi di origine e valenza comunitaria, abbia indebitamente inserito, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, i suddetti illegittimi requisiti, con conseguente illegittimità dell'intera gara; la stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avrebbe, in pratica, finito con il confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale di riferimento; destituita di fondamento sarebbe la giustificazione della stazione appaltante sulla legittimità dei suddetti criteri valutativi, poiché, se pure il surriferito divieto di commistione non sia assoluto, soprattutto se si è al cospetto di un appalto di servizi, tuttavia ciò varrebbe qualora i detti requisiti riguardassero specificamente esperienza, formazione e stabilizzazione dei dipendenti specificamente individuati per lo svolgimento del servizio e non invece, come previsto nel caso di specie, requisiti propri dell'impresa, senza riferimento specifico alcuno agli operatori deputati allo svolgimento del servizio; a maggior conferma di quanto innanzi, va riportato l'art. 95 comma 6 lettera e) del d.lgs. 50/16, il quale, tra i criteri di valutazione utilizzabili contempla *"l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto"*; in ogni caso, l'Amministrazione non avrebbe dimostrato perché e in che misura i requisiti soggettivi posseduti dall'impresa avrebbero potuto utilmente servire a valorizzare l'offerta sotto il profilo soggettivo; non avendo detti criteri valutativi carattere escludente per la ricorrente, nessun onere poteva dirsi alla stessa imposto circa la loro immediata impugnazione.

6. VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 7, 8 E 9 DEL DISCIPLINARE DI GARA – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PAR CONDICIO TRA I CONCORRENTI – INGIUSTIZIA MANIFESTA - ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO - PALESE ILLEGITTIMITA' DI COMPORTAMENTO – ARBITRARIETÀ - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA: Ulteriore anomalia della procedura di gara sarebbe nelle modalità di attribuzione del punteggio, posto che, a fronte di un punteggio massimo attribuibile di punti 100/100 (ex artt. 7, 8 e 9 del disciplinare di gara), di cui 60 punti per l'offerta tecnica e 40 punti per l'offerta economica, l'aggiudicataria avrebbe

addirittura conseguito ben 106 punti su 100; non sarebbe comprensibile il procedimento logico – giuridico adottato dalla S.A. per l’assegnazione del punteggio, e, in ogni caso, essendo lo stesso completamente disancorato dalle vincolanti prescrizioni della lex specialis (per le quali avrebbero potuto essere attribuiti al massimo 100 punti), il mancato rispetto delle disposizioni di gara non potrebbe che comportare il travolgimento dell’intera procedura, essendo evidente la violazione della concorrenza e la pervicacia ostinazione al non rispetto delle regole da parte della Commissione di gara; inconferente sarebbe quanto sostenuto dalla Commissione di gara, nella seduta straordinaria del 9.1.17, a difesa del suo illegittimo operato (ovvero che l’organo collegiale avrebbe avuto la possibilità di assegnare un “bonus” per la valorizzazione della capacità di rete da parte degli operatori economici), in quanto il punteggio per l’offerta tecnica in ogni caso non avrebbe potuto superare complessivamente 60 punti; di conseguenza, il suddetto “bonus”, come desumibile da una sistematica e complessiva lettura del disciplinare di gara e relativa griglia di valutazione, sarebbe stato del tutto eventuale (ciò si evincerebbe dalla locuzione “possibilmente” impressa nella lex specialis) e, perciò, avrebbe potuto essere oggetto di attribuzione – ovviamente nel pieno rispetto della par condicio – solo se i principali criteri valutativi non avessero trovato piena capienza; nonostante il disciplinare di gara sancisse testualmente ed in maniera univoca: *“Si specifica che la Commissione procederà all’apertura dell’offerta economica solo ove l’impresa abbia raggiunto il punteggio minimo di 50 punti per il criterio di cui ai punti 1 e 2”*, la commissione di gara avrebbe proceduto all’apertura dell’offerta economica del concorrente Cooperativa “Abbraccio”, il cui punteggio conseguito per l’offerta economica era di soli 33 punti; anche in tal caso sarebbe irrilevante la difesa fatta dall’Amministrazione (secondo cui l’errore materiale commesso non avrebbe inciso sul calcolo dei punteggi), poiché, a prescindere dal concreto inquinamento nella valutazione delle offerte, comunque non avrebbe potuto procedersi all’apertura del plico relativo a detta offerta, stante l’inderogabile prescrizione del disciplinare di gara cui la commissione stessa era strettamente vincolata; lo stravolgimento dei criteri per l’attribuzione del punteggio e con esso delle regole cui i concorrenti avevano fatto affidamento per predisporre il relativo progetto tecnico ed il mancato rispetto delle sequenze procedurali scandite dal disciplinare di gara non potrebbero che comportare l’annullamento del procedimento di gara.

Contestualmente, la ricorrente ha chiesto dichiararsi l’inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore, e, comunque, di vedere risarcito il danno subito in conseguenza dell’illegittima attività posta in essere dal Comune intimato.

In data 2 marzo 2017 si è costituita la Cooperativa Sociale La Gioiosa, in proprio e quale capogruppo- mandataria del RTI con le mandanti Domi Group Coop. Soc. e Coop. Soc. Esculapio, contestando l’ammissibilità e, comunque, la fondatezza del ricorso.

In data 6 marzo 2017 parte controinteressata ha depositato una memoria.

Con ordinanza n. 389/2017 del 9 marzo 2017, questo Tribunale ha respinto l’istanza cautelare avanzata da parte ricorrente, ritenendo prevalente l’interesse pubblico all’immediato avvio del servizio.

Entrambe le parti costituite hanno poi depositato memorie, la controinteressata in data 6 aprile

2017, e la ricorrente in data 10 aprile 2017, seguita da una replica il successivo 14 aprile.

Alla pubblica udienza del 26 aprile 2017 la causa è stata, quindi, trattenuta in decisione.

DIRITTO

Per prima cosa vanno disattese le preliminari eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla controinteressata, siccome infondate.

Specificamente, quanto a quelle relative al processo amministrativo telematico, va osservato che il co. 3 dell'art. 8 DPCM 40/2016 (richiamato dalla suddetta parte a sostegno della tesi della invalidità della procura) si limita a rendere alcune precisazioni in ordine alla procura alle liti, ovvero che *“La procura alle liti si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce: a) quando è rilasciata su documento informatico separato depositato con modalità telematiche unitamente all'atto a cui si riferisce; b) quando è rilasciata su foglio separato del quale è estratta copia informatica, anche per immagine, depositato con modalità telematiche unitamente all'atto a cui si riferisce.”*, senza però escludere che appunto la procura ad litem possa essere ritualmente apposta a margine dell'atto introduttivo del giudizio (così come avvenuto per il ricorso qui in esame).

Né v'è ragione di lamentare la violazione dell'art. 136 co. 2 bis cpa, per l'addotta circostanza che il ricorso risulta firmato manualmente e nella versione analogica si presenta privo di attestazione di conformità. Invero, da un lato l'art. 14 DPCM 40/2016 prevede espressamente la possibilità di notificazione del ricorso con modalità diverse da quelle telematiche, sì da restare tuttora consentito avvalersi delle tradizionali formalità di notificazione del ricorso, in veste di atto cartaceo (v., tra le altre, TAR Campania, Napoli, Sez. II, 22 febbraio 2017 n. 1053); dall'altro lato, poi, non è stata denunciata una difformità tra atto cartaceo notificato e atto nativo digitale depositato in giudizio, sicché nessuna lesione del diritto di difesa appare realizzatasi, e comunque opera il generale principio del raggiungimento dello scopo ex art. 156, comma 3, c.p.c.

Quanto, invece, all'assunto secondo cui la società ricorrente sarebbe incorsa in una inammissibilità per aver tardivamente contestato in giudizio l'ammissione della controinteressata (in violazione dell'art. 120 co 2 bis cpa, come modificato dall'art. 204, comma 1, lett. b, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50: *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove*

disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.”), va rilevato che non è stata data prova dell’avvenuta pubblicazione dell’atto di ammissione alla gara dell’aggiudicatario sul profilo del committente della stazione appaltante (ai sensi dell’art. 29 comma 1 Decr. Leg.vo 50/16, come prescritto dall’art. 120, comma 2 bis cpa), ovvero dell’avvenuta informazione di tanto della ricorrente a mezzo della posta elettronica (come previsto dall’art. 76, comma 3 del Decr. Leg.vo 50/16): conseguentemente, il dies a quo in questione non può che essere posto all’atto della conoscenza dell’aggiudicazione della gara (visto che, peraltro, neppure risulta che vi sia stata comunicazione in proposito).

Né, peraltro, potrebbe fondatamente sostenersi che avrebbe dovuto avvenire con il rito “superspeciale” delineato proprio dal ricordato art. 120 co. 2 bis, la trattazione dei motivi di ricorso incentrati sull’assunto che l’attuale aggiudicatario avrebbe in realtà dovuto essere esclusa dalla gara.

In linea generale, deve dirsi che la previsione di un rito superaccelerato per l’impugnativa dei provvedimenti di esclusione o ammissione è evidentemente volta, nella ratio legis, a consentire la definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovvero, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (parere Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855/2016).

Una volta, tuttavia, che siano da sottoporre al vaglio giurisdizionale tanto i provvedimenti di ammissione o esclusione (prima non conosciuti), quanto quello di aggiudicazione poi sopravvenuto, non appare logico né utile ai fini delle ragioni di economia processuale, precludere un’impugnativa contestuale di tutti, ovviamente con il rito “ordinario” (non sussistendo ormai più ragioni per pervenire in via preliminare all’individuazione degli ammessi alla procedura): opinare diversamente, ovvero che le impugnazioni non possano confluire in unico giudizio, risulterebbe in evidente contrasto con i principi di economia e concentrazione processuale, oltre che foriero di possibili contrasti tra giudicati (cfr. TAR Campania-Napoli n. 434 del 19.1.2017).

Nel merito, devono essere esaminate prioritariamente le censure espressamente proposte dalla ricorrente in via principale, in quanto suscettibili di assicurarle – in caso di eventuale accoglimento - un vantaggio (costituito dalla elisione esclusivamente della posizione di aggiudicatario in capo alla controinteressata, con conseguente possibilità di successiva aggiudicazione a sé, rimanendo la validità della gara) sicuramente maggiore rispetto alle ulteriori articolate, invece, in via subordinata, e dirette all’annullamento integrale della gara.

Ciò chiarito, rileva il Collegio che risulta infondato il secondo motivo di ricorso, in quanto, se è vero che nella domanda di partecipazione le tre controinteressate avevano congiuntamente dichiarato di voler partecipare alla gara *“in associazione temporanea di imprese, ai sensi dell’art. 48 del Decr. Leg.vo 50/2016, di tipo orizzontale”*, e che, invece, nell’atto costitutivo *“in Raggruppamento Temporaneo di Imprese e conferimento di mandato speciale con rappresentanza”* del 19.12.2016 successivamente prodotto è affermato: *“l’Associazione Temporanea di Impresa di tipo verticale viene costituita...”*, è tuttavia altrettanto vero che, sempre nel suddetto atto costitutivo, l’A.T.I. viene definita come *“così composta: Cooperativa*

Sociale La Gioiosa, con quota di partecipazione del 40%, Domi Group – Cooperativa Sociale con quota di partecipazione del 30%, Cooperativa Sociale Esculapio con quota di partecipazione del 30%, in tal modo dovendo dirsi indiscutibilmente ed effettivamente costituita, ai sensi dell'art. 48 Decr. Leg.vo 50/2016, una A.T.I. di tipo orizzontale (visto che ognuna delle partecipanti sarebbe stata tenuta a fornire una quota percentuale dell'intera prestazione, senza differenziazione tra prestazioni di servizi principali – da fornirsi dalla mandataria - e secondarie, da fornirsi dalle mandanti).

Parimenti infondato è, altresì, il terzo motivo di ricorso, in quanto, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, la Demi Group – società cooperativa sociale a rl non può dirsi non in possesso del requisito di idoneità professionale costituito dalla *“regolare iscrizione nel Registro delle imprese della C.C.I.A.A. della provincia in cui il soggetto ha sede per attività corrispondenti a quelle oggetto dell'appalto ai sensi dell'art. 83 Decr. Leg.vo n. 50/2016, con indicazione della data, del numero di iscrizione, della forma giuridica dell'impresa, etc.”*, secondo quanto stabilito dall'art. 2 lett. B) del Disciplinare di gara. Invero, l'iscrizione di detta società presso la C.C.I.A.A. di Napoli per l'attività di *“assistenza sociale effettuata da personale regolarmente qualificato”* appare, ancorché genericamente descritta, assimilabile a quella oggetto del servizio posto a gara (*“sostegno socio-educativo a persona con disabilità, diretto ad assicurare il diritto allo studio attraverso forme di assistenza tali da facilitare la comunicazione, la socializzazione, l'inserimento e l'integrazione scolastica, l'apprendimento e lo sviluppo delle potenzialità residue individuali. Il servizio deve mirare a garantire la continuità fra i diversi gradi di scuola con percorsi educativi personalizzati ed integrati con altri servizi territoriali”*), dovendo essere interpretata anche alla luce dell'oggetto sociale, comprendente, tra l'altro, *“la gestione....dei servizi di assistenza sanitaria,socio-sanitaria, socio-assistenziale ed educativi, rivolti a persone anziane, con disabilità, pazienti cronici, persone con malattie progressivamente invalidanti e/o terminali, minori delle aree infanzia e adolescenza, persone detenute, internate, e prive della libertà personale, con disagio psichico, con dipendenze, donne maltrattate e/o in difficoltà, immigrati”*, nonché *“....servizi di pronto intervento sociale, servizi di assistenza scolastica, servizi di assistenza specialistica per alunni diversamente abili anche presso istituti scolastici, sostegno socio educativo, gruppi di aiuto-aiuto, sevizi per l'integrazione sociale, trasporto sociale per anziani, minori e disabili....”*.

E', invece, fondato il primo motivo di ricorso, in quanto effettivamente il giudizio all'esito della verifica effettuata in ordine all'anomalia riscontrata sull'offerta della controinteressata, reso con il provvedimento recante prot. n. 159/SUAP del 9.1.2017, appare viziato da una superficiale ed erronea valutazione delle giustificazioni fornite.

Va premesso che, anche la nuova normativa di riferimento (art. 97 co. 5 Decr. Leg.vo 50/2016, per il quale la stazione appaltante deve escludere l'offerta *“....se ha accertato con le modalità di cui al primo periodo che l'offerta è 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”*) va interpretata, così come la previgente disposizione di cui all'art. 86 co. 3 bis Decr. Leg.vo 163/2006, nel senso che *“i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta sotto tale profilo, con la conseguenza che uno scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima ex se un giudizio di*

anomalia" (così Cons. di Stato sez. V, n. 3937 del 24.7.2014), per cui l'anomalia può essere sì esclusa, ma solo quando lo scostamento dalle tabelle risulti "*puntualmente e rigorosamente giustificato*" (cfr. TAR Lazio-Roma n. 9182 del 5.8.2016; TAR Lazio-Roma n. 9058 del 4.8.2016; TAR Campania-Napoli n. 3982 dell'1.8.2016).

Va ancora premesso che, nel caso di specie, l'importo orario posto a base dell'offerta complessiva di €214.798,60 (di cui €208.744,00 per risorse umane; €5.359,81 per oneri di gestione; ed €694,79 per costi per la sicurezza non soggetti a ribasso) formulata dalla parte controinteressata è risultata in definitiva basata sui seguenti valori orari per il personale da impiegare: €15,77 per esperto della comunicazione (n. 2700 ore); €15,77 per educatore professionale (n. 7400 ore); €14,99 per OSA (per n. 3300 ore); nonché, nell'ambito degli oneri di gestione, €17,65 per coordinamento tecnico e gestionale (n. 20 ore mensili, inquadramento addetto CCNL E2), e €15,77 per gestione amministrativa e documentale (n. 5 ore mensili, inquadramento addetto CCNL D2).

Ebbene, a prescindere dal corretto o meno inquadramento del personale da utilizzare (punto su cui pure vi è stata contestazione ad opera della ricorrente), sta di fatto che, pur in presenza di una evidente e notevole differenza tra i costi orari offerti e quelli delle tabelle ministeriali di settore, nonché comunque rispetto a quelli indicati a base d'asta (€19,46 per esperto della comunicazione; €19,46 per educatore professionale; €16,08 per OSA), la controinteressata non ha fornito in sede di giustificazioni alcuna effettiva spiegazione in ordine alle ragioni per le quali era in grado di offrire tale minor costo orario, risultando del tutto generico e privo di chiarezza (sulle effettive modalità di retribuzione del personale) il richiamo alle circostanze che "*l'ente capofila in quanto accreditato alla Regione Campania (D.D. 156 del 17.5.2016) come erogatore di attività formative, simili attività verranno prestate da docenti già presenti nella ATI e quindi senza ulteriore aggravio di spesa*", e che "*i professionisti che saranno impiegati risultano già assunti nell'organico e quindi non arrecheranno aggravio di spesa*".

Né all'uopo appare idoneo l'ulteriore argomento secondo cui vi sarebbe comunque un risparmio di circa €30.000,00 dovuto allo svolgersi del servizio non in un anno, bensì nell'arco dei soli 9 mesi dell'anno scolastico.

Invero, a prescindere dalla circostanza che tale deduzione risulta effettuata solo in giudizio (con la memoria depositata il 6.3.2017), per cui non ha potuto essere valutata dalla stazione appaltante nella sede propria costituita dal contraddittorio procedimentale, la stessa appare comunque inidonea ad influire sul costo della singola ora lavorata (nel senso di diminuirlo), essendo il monte-ore da prestare già prestabilito e indipendente dall'arco di tempo utilizzabile per l'effettuazione della prestazione (annuale o minore). Generica, del resto, appare anche l'ulteriore deduzione fatta nella medesima memoria, di conclusione di contratti a tempo determinato con i lavoratori da impiegare; oltre che in contraddizione con le precedenti deduzioni circa l'utilizzo di personale già alle dipendenze della società ("*docenti già presenti nella ATI e quindi senza ulteriore aggravio di spesa*"; "*i professionisti che saranno impiegati risultano già assunti nell'organico e quindi non arrecheranno aggravio di spesa*").

Peraltro la non ravvisabilità del suddetto risparmio di €30.000,00 pone, altresì, in evidenza – secondo quanto argomentato dalla ricorrente – l'insussistenza di un effettivo utile per la

controinteressata, così da avvalorare ulteriormente la tesi della insufficienza dell'istruttoria svolta in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Da porre in evidenza, infine, è anche il mancato computo, nelle giustificazioni rese in ordine all'offerta aggiudicataria, dell'importo di €1.900,00 previsto per costi generali.

In definitiva il ricorso va accolto sulla base del suddetto primo motivo articolato, con assorbimento delle restanti censure, in quanto proposte soltanto in via subordinata ed eventuale. Per l'effetto va annullata l'aggiudicazione e vanno annullati gli atti della procedura ad evidenza pubblica riguardanti la sub-fase relativa al giudizio di anomalia sull'offerta dell'aggiudicataria, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, da differirsi, però, soltanto al momento dell'eventuale esito negativo della rinnovata valutazione a farsi in ordine all'anomalia della suddetta offerta.

Quanto, infine, alla pretesa risarcitoria, la stessa resta adeguatamente soddisfatta con il conseguente obbligo di rinnovazione in parte qua delle operazioni di gara, posto che anche l'eventuale subentro della ricorrente quale aggiudicataria del servizio si presenta subordinato ad ulteriori verifiche circa il possesso dei relativi requisiti di legge, da operare evidentemente a cura dell'ente appaltante.

Le spese seguono la soccombenza e, poste a carico del solo Comune intimato, che alle stesse ha dato causa, vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla in parte qua gli atti di gara, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Condanna il Comune di Teano al pagamento in favore della ricorrente delle spese processuali, che si liquidano in complessivi euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre agli accessori di legge e alla rifusione del contributo unificato. Spese compensate nei confronti della parte controinteressata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

