



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 538 del 2017, proposto dalla Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angela Ferrara, con domicilio eletto in Potenza Via Discesa San Gerardo n. 180 presso lo studio dell'avv. Ivana Enrica Pipponzi;

contro

-Centrale Unica di Committenza tra i Comune di Tito, Brienza, Satriano di Lucania, Sant'Angelo Le Fratte e Sasso di Castalda, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;
-Comune di Satriano di Lucania, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti di

-Cooperativa Sociale ISKRA, in persona del legale rappresentante p.t., nella qualità di mandataria dell'ATI aggiudicataria con la mandante Cooperativa Sociale Social Servizi, rappresentata e difesa dall'avv. Lucio Perone, con domicilio ex art. 25, lett.

a), cod. proc. amm. presso la Segreteria di questo Tribunale;
-Cooperativa Sociale Social Servizi, in persona del legale rappresentante p.t., nella qualità di mandante dell'ATI aggiudicataria, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

-della Determinazione n. 673 del 9.10.2017 (comunicata con nota del Responsabile del procedimento prot. n. 14504 del 9.10.2017), con la quale il Responsabile della Centrale Unica di Committenza ha confermato l'esclusione della Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di sostegno ai bambini ed alle loro famiglie, da espletarsi nei Comuni di Brienza, Satriano di Lucania, Sant'Angelo Le Fratte, Sasso di Castalda, Marsiconuovo e Paterno, e l'aggiudicazione provvisoria del predetto appalto in favore della costituenda ATI Cooperativa Sociale ISKRA(mandataria)-Cooperativa Sociale Social Servizi(mandante);

-della Determinazione n. 704 del 18.10.2017, con la quale il Responsabile della Centrale Unica di Committenza ha emanato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della predetta ATI Cooperativa Sociale ISKRA-Cooperativa Sociale Social Servizi;

-del verbale n. 4 del 22.9.2017, con il quale la Commissione giudicatrice ha disposto l'esclusione dalla gara della Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso ed ha proposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI Cooperativa Sociale ISKRA-Cooperativa Sociale Social Servizi;

-dell'art. 21, comma 1, lett. b, del disciplinare di gara e dell'art. 12, comma 3, del Capitolato Speciale, nel caso in cui dovessero essere interpretate nel senso che la mancata allegazione all'offerta economica del rendiconto economico determinerebbe l'esclusione dalla gara;

nonché per il risarcimento:

1) in via principale, in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso e la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato e/o di subentro nel contratto, se già stipulato;

2) in via subordinata, mediante la condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma equivalente dei danni, patiti dalla Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso;

Visto il ricorso principale ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cooperativa Sociale ISKRA;

Visto il ricorso incidentale, proposto dalla Cooperativa Sociale ISKRA;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2018 il Cons. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Bando, pubblicato il 6.7.2017, la Centrale Unica di Committenza tra i Comune di Tito, Brienza, Satriano di Lucania, Sant'Angelo Le Fratte e Sasso di Castalda indiceva una procedura aperta, riservata agli operatori economici iscritti nell'Albo Regionale delle Cooperative Sociali ex L. n. 381/1991, per l'affidamento del servizio di sostegno ai bambini ed alle loro famiglie, da espletarsi nei Comuni di Brienza, Satriano di Lucania, Sant'Angelo Le Fratte, Sasso di Castalda, Marsiconuovo e Paterno, avente la durata di 5 mesi con opzione di proroga di altri 2 mesi, prevedendo l'importo a base di gara di € 95.238,10 ed il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di massimo 80 punti all'offerta tecnica e di massimo 20 punti all'offerta economica sul ribasso percentuale

dei “soli costi di gestione e coordinamento, stimati in € 9.523,81 pari al 10%” del predetto importo a base di gara.

Entro il termine perentorio delle ore 12,00 del 29.8.2017 presentavano l’offerta soltanto la Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso e la costituenda ATI Cooperativa Sociale ISKRA(mandataria)-Cooperativa Sociale Social Servizi(mandante).

Nella seduta pubblica del 4.9.2017 la Commissione aggiudicatrice verificava l’integrità dei plichi ed apriva le buste, contenenti la documentazione amministrativa, ammettendo al prosieguo di gara entrambi gli offerenti (cfr. verbale n. 1 del 4.9.2017).

In data 8.9.2017 la Commissione aggiudicatrice prima in seduta pubblica dalle ore 16,00 alle ore 16,25 verificava la completezza della documentazione, attinente alle offerte tecniche, e poi in seduta riservata dalle ore 16,35 alle ore 18,50 ed il 15.9.2017 dalle ore 14,30 alle ore 18,30 valutava le offerte tecniche, attribuendo 72,083 punti all’ATI Cooperativa Sociale ISKRA-Cooperativa Sociale Social Servizi e 70,417 alla Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso (cfr. verbale n. 2 dell’8.9.2017 e n. 3 del 15.9.2017).

Nella seduta pubblica del 22.9.2017 la Commissione giudicatrice:

- 1) rendeva noti i punteggi, attribuiti alle offerte tecniche;
- 2) apriva le buste, contenenti le offerte economiche, ed escludeva dalla gara la Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso, in quanto non aveva allegato all’offerta economica il rendiconto economico, sul quale aveva basato la formulazione del ribasso del 100% dei costi di gestione e coordinamento, stimati in € 9.523,81 dalla lex specialis di gara, prescritto dall’art. 21, comma 1, lett. b, del disciplinare di gara e dall’art. 12, comma 3, del Capitolato Speciale, facendo espressamente presente che ai sensi dell’art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016 che il soccorso istruttorio non era applicabile all’offerta tecnica ed all’offerta economica;

3) pertanto, proponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore della suddetta ATI Cooperativa Sociale ISKRA(mandataria)-Cooperativa Sociale Social Servizi, che aveva offerto il ribasso dell'86% sui costi di gestione e coordinamento di € 9.523,81, assegnando a tale offerta economica il punteggio massimo di 20 punti e ritenendola non anomala, dopo aver esaminato il rendiconto economico allegato (cfr. verbale n. 4 del 22.9.2017).

Il Responsabile della Centrale Unica di Committenza prima con Determinazione n. 673 del 9.10.2017 (comunicata con nota del Responsabile del procedimento prot. n. 14504 del 9.10.2017) confermava l'esclusione della Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso dalla procedura aperta e l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della costituenda ATI con mandataria la Cooperativa Sociale ISKRA e poi con Determinazione n. 704 del 18.10.2017 emanava il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della predetta ATI.

La Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso con il ricorso principale, notificato in data 8/14/16.11.2017 e depositato il 18.11.2017, ha impugnato il suddetto provvedimento di esclusione dalla gara, il predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva ed anche l'art. 21, comma 1, lett. b, del disciplinare di gara e l'art. 12, comma 3, del Capitolato Speciale, nel caso in cui dovessero essere interpretati nel senso che la mancata allegazione all'offerta economica del rendiconto economico determini l'esclusione dalla gara, deducendo:

1) in via principale, l'errata interpretazione delle predette disposizioni della lex specialis di gara, in quanto non prevedevano espressamente la sanzione dell'esclusione dalla gara, per la mancata allegazione all'offerta economica del rendiconto economico; in via subordinata, la nullità di tali clausole, stabilita dall'art. 83, comma 8, D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto né il Codice degli Appalti, né altre disposizioni di legge prevedono l'obbligo di corredare le offerte economiche con rendiconto economico;

2) l'eccesso di potere per illogicità manifesta, in quanto la prescrizione di allegare all'offerta economica il rendiconto economico non corrisponde ad un interesse sostanziale della stazione appaltante, non aggiungendo alcun elemento all'offerta economica, che è già completa; nonché la violazione dei principi del favor participationis e di proporzionalità, in quanto nei casi dubbi deve privilegiarsi l'interpretazione che favorisce la maggiore partecipazione alla procedura selettiva;

3) la violazione dell'art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto tale norma stabilisce che non possono essere sanate con il soccorso istruttorio esclusivamente le irregolarità essenziali e le offerte che non consentono l'individuazione del loro contenuto o del soggetto responsabile delle stesse, per cui, poiché l'omessa allegazione all'offerta economica del rendiconto economico costituisce un'irregolarità meramente formale, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla ricorrente la tardiva presentazione del citato rendiconto economico.

Si è costituita in giudizio la mandataria dell'ATI aggiudicataria, Cooperativa Sociale ISKRA, la quale, oltre a sostenerne l'infondatezza, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso:

1) in quanto il ricorso non era stato notificato anche ai Comuni di Brienza, Sant'Angelo Le Fratte, Sasso di Castalda, Marsiconuovo e Paterno, destinatari, oltre al Comune di Satriano di Lucania, dell'appalto di cui è causa, evidenziando che l'art. 3, comma 3, dell'atto di costituzione della Centrale Unica di Committenza del 27.10.2016 precisava che non aveva soggettività giuridica e richiamando la Sentenza della Sez. I del TAR Bari n. 1014 del 5.10.2017, ai sensi della quale, poiché la Centrale Unica è priva di personalità giuridica, ma è un mero modulo organizzativo accentrato della funzione di acquisizione di beni e servizi, va dichiarato inammissibile il ricorso notificato alla Centrale Unica e non anche al Comune al quale è destinato l'appalto;

2) per l'omessa impugnazione dell'art. 17 del disciplinare di gara, nella parte in cui escludeva espressamente l'applicazione del soccorso istruttorio in caso di incompletezza ed ogni altra irregolarità dell'offerta tecnica ed economica;

3) per difetto di interesse, in quanto l'offerta economica della ricorrente avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla gara, perché nell'offerta economica aveva quantificato il costo della manodopera in € 80.000,00 e quello degli oneri di sicurezza aziendali in € 500,00, mentre l'art. 1 del Capitolato Speciale aveva stabilito che il costo della manodopera, determinato in € 85.714,29, non era ribassabile; evidenziando che l'ATI controinteressata aveva violato la predetta disposizione del Capitolato, indicando nell'offerta economica il costo della manodopera di € 85.714,29, gli oneri di sicurezza aziendali di € 1.200,00, richiamando la Sentenza della Sez. V del TAR Napoli n. 2271 del 28.4.2017, ai sensi della quale il costo della manodopera non può essere destinato alla copertura di altri costi, pervenendo alla formulazione di un ribasso percentuale del 100% sul prezzo a base di gara.

Con ricorso incidentale, notificato in data 11/14.12.2017 e depositato il 15.12.2017, la mandataria Cooperativa Sociale ISKRA ha chiesto che fosse statuita l'esclusione dalla gara della Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso, in quanto nell'offerta economica aveva ribassato il costo della manodopera da quello di € 85.714,29, indicato dall'art. 1 del Capitolato Speciale, a € 80.000,00.

Con memoria del 30.12.2017 la Cooperativa ricorrente ha chiesto il beneficio dell'errore scusabile, in quanto l'art. 11 dell'atto di costituzione della Centrale Unica di Committenza del 27.10.2016 prevedeva che i ricorsi, relative alle gare di appalto gestite dalla Centrale di Committenza, dovevano essere notificati a quest'ultima.

All'Udienza Pubblica del 21.2.2018 il ricorso principale e quello incidentale sono passati in decisione.

In via preliminare, va anche evidenziato che, poiché nella seduta pubblica conclusiva del 22.9.2017 non era presente alcun rappresentante della Cooperativa Sociale

ricorrente, non può ritenersi che da quella data la ricorrente abbia avuto la piena conoscenza della sua esclusione dalla gara, con inizio del decorso del termine decadenziale di impugnazione ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm. di 30 giorni. Pertanto, poiché il predetto termine decadenziale di impugnazione non può farsi decorrere prima della comunicazione del provvedimento di esclusione, avvenuta con Determinazione del Responsabile della Centrale Unica di Committenza n. 673 del 9.10.2017, trasmessa con la nota del Responsabile del procedimento prot. n. 14504 del 9.10.2017, deve ritenersi tempestivo il presente ricorso, consegnato per la notifica all'Ufficio Postale in data 8.11.2017, poi concretizzatasi il 14 ed il 16.11.2017.

Sempre in via preliminare, va precisato che il ricorso incidentale verrà esaminato insieme alla terza eccezione di inammissibilità del ricorso principale, in quanto hanno per oggetto la stessa questione.

Va disattesa la prima eccezione dell'ATI aggiudicataria di inammissibilità del ricorso principale, relativa all'omessa notifica del ricorso in esame anche ai Comuni di Brienza, Sant'Angelo Le Fratte, Sasso di Castalda, Marsiconuovo e Paterno, destinatari, oltre al Comune di Satriano di Lucania, dell'appalto in questione.

Infatti, il Collegio ritiene di aderire al diverso orientamento giurisprudenziale, con il quale viene messo in rilievo che la Centrale Unica di Committenza, ai sensi dell'art. 3, lett. m), D.Lg.vo n. 50/2016 (come il previgente art. 3, n. 34, D.Lg.vo n. 163/2006), è un'Amministrazione aggiudicatrice, come peraltro riconosciuta dalla stessa Sentenza della Sez. I del TAR Bari n. 1014 del 5.10.2017, richiamata dall'ATI controinteressata, dotata di propria soggettività giuridica nel senso di centro di imputazione di interessi, ma non nel senso di soggetto avente personalità giuridica, ed ha lo scopo istituzionale di aggiudicare appalti di lavori, forniture e servizi, destinati ad altre Amministrazioni aggiudicatrici o altri Enti aggiudicatori (cfr. TAR Milano Sez. III Sent. 635 del 13.3.2014 e C.d.S. Sez. III Sent. n. 3639 del 9.7.2013,

con la quale è stato anche evidenziato che la delega delle Amministrazioni alla Centrale Unica di Committenza è di tipo irrevocabile ed, essendo l'unica responsabile del procedimento di evidenza pubblica, è l'unica legittimata passiva anche con riferimento alle domande risarcitorie e perciò il contraddittorio non deve essere esteso alle altre Amministrazioni, destinatarie dell'appalto; vedi pure Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia Sent. n. 2 del 15.1.2014, relativa ad una gara con più lotti).

Pertanto, non va disposta nemmeno l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei Comuni di Brienza, Sant'Angelo Le Fratte, Sasso di Castalda, Marsiconuovo e Paterno.

Risulta infondata pure la seconda eccezione di inammissibilità, sollevata dall'ATI aggiudicataria, in quanto l'art. 17 del disciplinare di gara ripete il contenuto dell'art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, mentre la Cooperativa Sociale ricorrente ha impugnato l'art. 21, comma 1, lett. b, del disciplinare di gara e l'art. 12, comma 3, del Capitolato Speciale, nella parte in cui prevedono l'obbligo di allegare all'offerta economica il rendiconto economico, deducendone in via principale l'errata interpretazione ed in via subordinata la nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, D.Lg.vo n. 50/2016.

La terza eccezione di inammissibilità ed il ricorso incidentale possono essere trattati insieme, in quanto entrambi finalizzati ad ottenere l'esclusione dalla gara della Cooperativa ricorrente per un motivo diverso da quello relativo all'omessa allegazione del rendiconto economico, in quanto nell'offerta economica la Cooperativa ricorrente principale aveva quantificato il costo della manodopera in € 80.000,00 e quello degli oneri di sicurezza aziendali in € 500,00, mentre l'art. 1 del Capitolato Speciale aveva stabilito che il costo della manodopera, determinato in € 85.714,29, non era ribassabile.

Il ricorso incidentale risulta infondato, in quanto la somma di € 85.714,29, indicata nell'art. 1 del Capitolato Speciale, si riferisce al costo del "servizio di sostegno domiciliare ai bambini ed alle loro famiglie", cioè all'intero appalto eccetto i soli costi di gestione e coordinamento, stimati in € 9.523,81 pari al 10% dell'importo a base di gara di € 95.238,10 e con esclusivo riferimento ai quali doveva essere formulata l'offerta economica mediante ribasso percentuale sulla predetta somma di € 95.238,10.

Pertanto, deve ritenersi non provata la circostanza, dedotta dall'ATI aggiudicataria, che il costo della manodopera di € 80.000,00, indicato nell'offerta economica dalla Cooperativa ricorrente, è inferiore a quello previsto dal vigente CCNL delle Cooperative Sociali e/o a quello contemplato dalle Tabelle Ministeriali ex art. 23, comma 16, D.Lg.vo n. 50/2017, anche perché nel paragrafo del numero degli operatori da utilizzare della sua offerta tecnica la ricorrente si era limitata ad indicare le parole "dai 25 ai 30".

Conseguentemente, deve ritenersi non dimostrato che la ricorrente avrebbe previsto di destinare le somme da corrispondere ai lavoratori, per coprire gli altri costi dell'appalto.

Invece, il ricorso principale risulta nel merito fondato.

Infatti, va accolto il primo motivo di impugnazione, atteso che l'art. 21 del disciplinare di gara prevedeva espressamente la sanzione dell'esclusione dalla gara soltanto per la mancata sottoscrizione dell'offerta economica, ma non anche per la violazione dell'obbligo di allegare all'offerta economica il rendiconto economico, che doveva essere redatto secondo il contenuto dello schema di cui all'Allegato D al disciplinare di gara, precisamente: indicazione dei lavoratori impiegati nell'appalto, del loro livello di inquadramento secondo il CCNL delle Cooperative Sociali e del dettaglio analitico delle singole retribuzioni annue ed orarie, cioè della paga base, della contingenza, degli scatti di anzianità, della tredicesima, dei contributi INPS e

INAIL, della rivalutazione del TFR e dell'incidenza IRAP; descrizione dei costi di gestione e di coordinamento e degli altri eventuali costi; ed indicazione del totale del costo orario.

Né l'art. 12, comma 3, del Capitolato Speciale contemplava l'esclusione dalla procedura aperta per l'omessa allegazione del rendiconto economico.

Comunque, nel caso in cui le impugnate previsioni della lex specialis di gara dovessero essere interpretate nel senso che la mancata allegazione all'offerta economica del rendiconto economico determinerebbe l'esclusione dalla gara, dovrebbero ritenersi nulle ai sensi dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016, il quale, come il previgente art. 46, comma 1 bis, D.Lg.vo n. 163/2006, statuisce la nullità delle prescrizioni a pena di esclusione, contemplate dalle lex specialis di gara, "ulteriori" rispetto a quelle previste dal Codice degli Appalti e dalle altre vigenti disposizioni di legge, in quanto nel vigente ordinamento giuridico italiano ed europeo e nel D.Lg.vo n. 50/2016 non esiste alcuna norma che preveda la facoltà della stazione appaltante di obbligare i partecipanti ad un procedimento di evidenza pubblica ad allegare all'offerta economica una relazione a giustificazione del prezzo offerto.

Al riguardo, va evidenziato che l'originaria formulazione dell'art. 87, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006 prevedeva l'obbligo dei concorrenti di allegare all'offerta una relazione di giustificazione dei costi considerati, ma dopo l'emanazione del D.L. n. 78/2009 conv. nella L. n. 102/2009 il Legislatore ha abolito tale obbligo, rinviando la presentazione delle giustificazioni dell'offerta economica alla fase della verifica dell'anomalia.

Possono essere assorbiti gli altri due motivi di impugnazione del ricorso principale. A quanto sopra consegue la reiezione del ricorso incidentale e l'accoglimento del ricorso principale e per l'effetto l'annullamento del provvedimento di esclusione

della ricorrente e del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI controinteressata.

Dall'accoglimento della domanda impugnatoria del ricorso principale discende anche l'accoglimento della connessa domanda risarcitoria in forma specifica, in quanto in seguito all'annullamento dei provvedimenti impugnati viene restituita alla Cooperativa sociale Nasce un Sorriso la chance di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui è causa.

Conseguentemente, non può essere esaminata la domanda risarcitoria in forma equivalente, in quanto proposta soltanto in via subordinata ed anche perché la ricorrente principale non ha provato di aver subito alcun danno.

Sussistono giusti motivi, per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio, eccetto il Contributo Unificato, versato per la proposizione del ricorso principale, il quale va posto a carico della Centrale Unica di Committenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata così decide:

- 1) accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione della ricorrente ed il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI controinteressata;
- 2) respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate, con la condanna della Centrale Unica di Committenza al rimborso del Contributo Unificato, versato dalla Cooperativa Sociale Nasce un Sorriso.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Benedetto Nappi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pasquale Mastrantuono

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO