

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Aggiudicazione - Nel caso in cui la società risultata vittoriosa, con le giustificazioni presentate in sede di verifica di anomalia ex art. 97, D.lgs. n. 50/2016, abbia operato una sostanziale modifica dell'offerta tecnica - Illegittimità.

Tar Emilia Romagna – Bologna, Sez. II, 23 novembre 2021, n. 957

“[...] l’aggiudicataria – in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta ex art. 97 del D.lgs. n. 50/2017 – ha proceduto ad una modifica dell’offerta tecnica presentata in sede di gara, di talché la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all’esclusione dell’operatore economico dalla procedura di gara in quanto la modifica dell’offerta primigenia non consente di comprendere quale sia l’effettiva volontà contrattuale della parte privata, se quella espressa al momento della presentazione dell’offerta o quella manifestata in sede di giustificativi dell’anomalia dell’offerta [...]”.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato in data 26/10/2020 la Centrale unica di committenza dell’Unione dei Comuni del distretto ceramico (di seguito Unione) indiceva una procedura di gara per l’affidamento dei Servizi Educativi Assistenziali per gli alunni residenti nel Comune di Sassuolo per il periodo aprile 2021 – giugno 2024, con un importo a base d’asta pari a euro 4.698.120,00, oltre IVA, con applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Partecipavano a detta procedura sia la Cooperativa Sociale Società Dolce soc. coop. (di seguito società Dolce o Dolce) sia Domuns Assistenza soc. coop. (di seguito Domus Assistenza o Domus). Veniva, dunque, stilata la graduatoria della procedura nell’ambito della quale si classificava in prima posizione la società Dolce (94,98 punti) seguita dalla Domus Assistenza (92,61 punti).

L’offerta della prima in graduatoria veniva dunque sottoposta a verifica dell’anomalia ai sensi dell’art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, all’esito della quale il RUP riteneva quest’ultima scevra da profili d’incongruità ed insostenibilità.

Con determinazione n. 175 del 9/04/2021 la Stazione appaltante aggiudicava la procedura in favore della società Dolce.

La Domus, quindi, con istanze del 2/04/2021 e del 26/04/2021, chiedeva l’accesso agli atti della procedura, ostesi dall’Amministrazione in data 12/05/2021.

All’esito dell’intervenuto accesso, la Domus presentava il ricorso di cui si controverte, chiedendo l’annullamento, previa sospensione degli effetti:

- della determinazione n. 175 in data 9/4/2021, con cui la Stazione appaltante disponeva l'aggiudicazione della procedura di gara in favore della società Dolce;
- di tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate nonché di tutte le operazioni, valutazioni, verifiche e atti della Commissione di gara e dei Responsabili del procedimento, ivi compreso il verbale in data 30/3/2021 con il quale il RUP ha verificato l'adeguatezza delle giustificazioni presentate ritenendo corretta e congrua l'offerta dell'aggiudicataria;
- di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente.

A sostegno del predetto gravame la ricorrente deduceva i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione degli artt. 95, 10^a comma, e 97 del D.lgs. 50/2016; violazione degli artt. 16 e 18.1 del disciplinare di gara; violazione del principio di immodificabilità dell'offerta; oggettiva palese inaffidabilità dell'offerta; violazione dei principi di concorrenza, trasparenza, par condicio, proporzionalità, ragionevolezza, giusto procedimento, imparzialità; eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria;
- b) Ancora violazione degli artt. 95, 10^a comma, e 97 del D.lgs. 50/2016; violazione degli artt. 16 e 18.1 del disciplinare di gara; oggettiva palese inaffidabilità dell'offerta; violazione dei principi di concorrenza, trasparenza, par condicio, proporzionalità, ragionevolezza, giusto procedimento, imparzialità; eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria;
- c) Ancora violazione degli artt. 95, 10^a comma, e 97 del D.lgs. 50/2016; oggettiva palese insostenibilità dell'offerta; violazione dei principi di concorrenza, trasparenza, par condicio, proporzionalità, ragionevolezza, giusto procedimento, imparzialità; eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria.

Si costituivano in giudizio la Stazione appaltante e l'aggiudicataria, eccependo l'irricevibilità per tardività del ricorso e la sua infondatezza nel merito.

I) Il Collegio ritiene di essere in possesso di sufficienti elementi per procedere alla disamina della presente controversia.

In via preliminare occorre, tuttavia, procedere all'esame dell'eccezione di rito concernente la presunta irricevibilità per tardività del ricorso proposto dalla Domus.

Trattasi di eccezione priva di fondamento.

Preme, al riguardo, evidenziare che il motivo principale recato dal ricorso della Domus – relativo alla modifica dell'offerta asseritamente operata dalla soc. Dolce in sede di verifica dell'anomalia ex art. 97 del D.lgs. n. 50/2016 – trova il suo fondamento nei giustificativi prodotti dalla società da ultimo citata in data 16/03/2021.

Trattasi, invero, di giustificativi di cui la ricorrente è entrata in possesso – secondo quanto risulta pacifico in atti – solo all’esito dell’ostensione della documentazione di gara da parte della stazione appaltante, avvenuta in data 12/5/2021.

Di talché, alla luce dei principi enucleati dalla giurisprudenza (cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 2/07/2020, n. 12), il ricorso – notificato in data 10/06/2021 – non può che ritenersi tempestivo.

II) Quanto al merito della presente controversia, il Collegio ritiene fondato, ed assorbente, il motivo con cui la ricorrente ha dedotto l’illegittimità degli atti impugnati in ragione della modifica dell’offerta tecnica operata dall’aggiudicataria in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta.

Al riguardo occorre premettere che l’aggiudicataria, nella propria offerta tecnica (cfr. pag. 15) aveva offerto un Programma di Formazione Annuale in base al quale “ciascuno operatore potrà fruire di n. 30 ore annue (esclusa la formazione di legge) per la formazione e l’aggiornamento professionale ... a totale carico della Società Dolce”.

La Stazione appaltante ha dunque valutato il predetto Programma di Formazione ritenendo che quest’ultimo concernesse 30 ore di formazione per ciascun operatore, in aggiunta alle 20 ore di formazione obbligatoria indicate nelle tabelle di riferimento (cfr. tabelle relative al costo del lavoro per le lavoratrici e i lavoratori delle cooperative del settore socio-sanitario, assistenziale-educativo e di inserimento al lavoro che indicano nell’orario di lavoro annuale n. 8 ore di formazione nonché n. 12 ore di formazione in materia di sicurezza sul lavoro ex D.Lgs. n. 81/2008, per un totale di 20 ore di formazione obbligatoria l’anno, ricompresa nel costo del lavoro indicato nelle suddette tabelle)

Ciò, d’altronde, è stato apertamente confermato sia dalla Commissione di gara – che nel corso del procedimento, in relazione all’offerta dell’aggiudicataria, ha evidenziato che “è previsto un Programma di Formazione Annuale con 30 ore -in aggiunta alla formazione obbligatoria – per operatore” – sia dalla stessa Stazione appaltante che, con la propria memoria depositata in data 28/06/2021, ha rilevato che “la stazione appaltante ritiene ancora oggi che l’aggiudicataria abbia proposto un piano formativo interno pari a 30 ore annuali per dipendente”.

Tuttavia, con i propri giustificativi in data 16/03/2021, l’odierna controinteressata – nello scomporre la voce di costo denominata “Costi generali” – ha indicato dei costi della formazione pari ad euro 53.722,50, specificando che “15 h/anno per unità equivalente a tempo pieno sono già comprese nel costo orario del personale, oltre a 5 h/anno per uetp di formazione di legge”.

L’aggiudicataria, dunque, non ha giustificato il costo delle 30 ore annue aggiuntive per unità di personale ma, piuttosto, il costo di sole 15 ore annue di formazione per dipendente, precisando che le ulteriori 15 ore annue di formazione aggiuntiva indicate nel su citato programma pieno “sono già comprese nel costo orario del personale”.

Quanto precede è stato, poi, ulteriormente confermato dall'aggiudicataria nel corso del presente giudizio, poiché quest'ultima, con memoria in data 28/06/2021, ha dichiarato di aver offerto "in aggiunta alle n. 5 ore di formazione obbligatoria per legge (dato stimato dalla Cooperativa, ma non contestato da controparte), la possibilità che ogni operatore fruisca di altre max. n. 30 ore annue di formazione integrativa, per un totale di max. 35 ore di formazione per anno".

L'aggiudicataria, dunque, anziché giustificare il costo delle n. 30 ore di formazione aggiuntive indicate in sede di offerta, ha giustificato il costo di sole 15 ore aggiuntive di formazione, facendo viceversa ricadere le ulteriori 15 ore di formazione offerte nella formazione obbligatoria, con costi già ricompresi nel costo orario del personale indicato nelle su menzionate tabelle.

In definitiva, l'aggiudicataria – in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 97 del D.lgs. n. 50/2017 – ha proceduto ad una modifica dell'offerta tecnica presentata in sede di gara, di talché la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara in quanto la modifica dell'offerta primigenia non consente di comprendere quale sia l'effettiva volontà contrattuale della parte privata, se quella espressa al momento della presentazione dell'offerta o quella manifestata in sede di giustificativi dell'anomalia dell'offerta (cfr. tra le varie, Cons. Stato Sez. V, 09-12-2020, n. 7752 e TAR Campania, Sez. II, 26.01.2021, n. 549).

III) A fronte di quanto sin qui esposto risultano, peraltro, inconferenti le deduzioni formulate sul punto dalla Stazione appaltante.

L'Amministrazione, invero, ha evidenziato che la Commissione di gara avrebbe assegnato il punteggio massimo all'aggiudicataria, per il suo Programma di formazione, non solo per ragioni quantitative ma anche per la qualità dell'offerta, profilo, quest'ultimo, privo di rilievo alcuno considerando che la ricorrente non ha censurato il punteggio assegnato dalla Commissione all'offerta dell'aggiudicataria quanto, piuttosto, la modifica dell'offerta operata da quest'ultima nel corso del precitato sub-procedimento di cui all'art. 97 del Codice.

Del pari inconferenti appaiono i rilievi dell'aggiudicataria secondo cui la ricorrente non avrebbe provato in giudizio la complessiva anomalia ed insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Con il primo motivo di ricorso, infatti, la ricorrente non ha dedotto la complessiva insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria ma – come detto – la violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta, preposto al rispetto della par condicio tra i concorrenti, di talché il profilo della congruità e sostenibilità dell'offerta, a fronte della sua modifica nel corso della gara, non può in alcun modo venire in rilievo.

IV) In conclusione, alla stregua delle suesposte considerazioni, il Collegio ritiene che la modifica dell'offerta tecnica operata dalla società Dolce in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta risulti di per sé stessa adeguata e sufficiente a comportare la sua esclusione della procedura di gara, con conseguente assorbimento delle ulteriori censure formulate dalla ricorrente.

Pertanto, in ricorso è fondato e deve essere accolto, con dichiarazione d'inefficacia del contratto medio tempore stipulato con la società Dolce ed accertamento del diritto della ricorrente a subentrare nello stesso.

Le questioni in precedenza vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

Accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna entrambi i soccombenti al pagamento delle spese del giudizio che liquida in favore della ricorrente nella misura di € 4000,00 oltre accessori di legge per ciascuno di essi.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

IL SEGRETARIO