

APPALTI: Contratti della P.A. – Annullamento dell’aggiudicazione – Obbligo di ripetizione della gara – Inefficacia del contratto – Modulazione degli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto – Possibilità.

Tar Lazio – Roma, Sez. II bis, 11 febbraio 2021, n. 1737

- in *Dir. Process. Amm.*, 2, 2022, pag. 512 e ss., con commento di Raffaella D’Agostino, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto. Del potere del giudice amministrativo di modulare l’efficacia dell’annullamento ex tunc, ex nunc o a die crastino ...*

“[...] una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l’efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici, caratterizzata dalla peculiare disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., non può escludersi che tale facoltà includa, ex art. 34 lett. “e” del c.p.a., anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l’inefficacia con l’obbligo di ripetizione del procedimento di gara (in tutti quei casi nei quali il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso), quando gli interessi dedotti in giudizio (come accade nel caso di specie), lo richiedano [...]”.

FATTO

La ricorrente espone di aver preso parte alla gara indetta con bando pubblicato nella Gazzetta ufficiale (5 serie speciale – contratti pubblici) del 20 aprile 2020, n. 45 dal Distretto socio sanitario RM 6.3, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare distrettuale nel Comune di Marino e di Ciampino dal 1° luglio 2020, o comunque dalla data di avvio, fino al 31 dicembre 2020, per l'importo di Euro 1.609.465,00 (procedura aperta svolta dal Comune di Marino in qualità di capofila, con aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa).

All’esito delle operazioni di gara (cui prendevano parte altre 14 imprese), risultava aggiudicataria l’offerta della Cooperativa Alteya con punti 90,098, seguita dall’odierna ricorrente con punti 90,00.

La S.A. sottoponeva l’offerta prima classificata a verifica di anomalia (7 agosto 2020) che veniva superata con esito favorevole e con relativa conferma dell’aggiudicazione (Determina del 14 agosto 2020, n. 715, pubblicata il 24 agosto 2020).

La odierna ricorrente formulava istanza di accesso (23 agosto 2020) ai documenti che otteneva il 21 settembre 2020.

Veniva stipulato il contratto di affidamento in data 7 ottobre 2020.

Dall’esame dei giustificativi la concorrente rilevava la sussistenza di ragioni di censura, che deduce con l’odierno ricorso, notificato il 20 ottobre 2020 e depositato in pari data: violazione e falsa

applicazione della *lex specialis* della gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 59 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere in relazione a diversi profili sintomatici.

Secondo parte ricorrente, dalla relazione prodotta ai fini della giustificazione dell'anomalia, emergerebbe che la controinteressata avrebbe formulato la propria offerta economica ponendo a carico dell'amministrazione i costi relativi a due unità di «addetto al trasporto», calcolati per un numero complessivo di 4.900 ore (2500 ore per un addetto e 2400 ore per l'altro addetto), con indicazione di un costo complessivo di Euro 108.486,00 (Euro 58.261,00 per un addetto ed Euro 50.225,00 per l'altro addetto).

Con riferimento ai «rimborsi chilometrici», è stata indicata la somma stabilita dalla stazione appaltante, e, cioè, la somma complessiva di Euro 60.750,00.

Si tratterebbe di dati in contrasto con le prescrizioni della *lex specialis* della gara, e, in particolare, con le prescrizioni di cui all'art. 6 del capitolato, ove sono indicati i contenuti essenziali del servizio in termini di massimali orari (meglio elencati in atti) come dettagliati nella relazione tecnico-illustrativa al progetto riguardante il servizio distrettuale di assistenza domiciliare nel Distretto socio sanitario RM 6.3. In tali documenti risulterebbe ben evidenziato come l'attività relativa al servizio di trasporto trovi remunerazione in ragione del chilometraggio (complessivamente determinato in km 135000), con un costo complessivamente determinato in Euro 60750,00. Mentre le attività relative a tutti gli altri servizi trovano remunerazione in ragione delle ore.

A tale dato, rilevabile solo dall'esame della giustificazione (non dall'offerta), si aggiungerebbe che l'offerta economica implicherebbe un monte ore inferiore a quello descritto dalla procedura, con conseguente aumento dei costi orari che erano originariamente previsti.

Da tanto deriverebbe l'obbligo di esclusione della concorrente (3.3), il superamento dell'importo posto a base di gara (3.4), e (3.5) l'illegittimità della decisione del RUP sulla rilevata anomalia (per difetto assoluto di motivazione, essendosi richiamata tale decisione al mero richiamo adesivo della relazione giustificativa).

Viene inoltre censurata (4) la violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità (art. 97, comma secondo, Cost.); violazione e falsa applicazione dell'art. 77, comma quarto, d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere.

Sussisterebbe una situazione di incompatibilità sostanziale o di concentrazione di funzioni, di attribuzioni e di poteri che, con riferimento specifico alla procedura di gara oggetto del presente giudizio, in quanto tutti gli atti del procedimento di gara sono adottati alla stessa persona nelle diverse qualifiche tecniche rivestite e funzioni esercitate (responsabile area tecnica del Comune,

RUP, componente della commissione); in tale contesto, il medesimo organo risulta aver adottato la determina a contrarre, approvato bando e capitolato, disposta nelle more la proroga del servizio in capo alla odierna controinteressata (gestore uscente), nominato la commissione, partecipato alle operazioni di gara, valutato ed approvato le giustificazioni, disposto l'aggiudicazione.

Parte ricorrente chiede, pertanto, l'annullamento degli atti impugnati, con dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more stipulato (7 ottobre 2020), con subentro della odierna ricorrente; in via subordinata, con riferimento al motivo sub 4, chiede l'annullamento della gara con ripetizione del procedimento; chiede, in ogni caso, il risarcimento del danno come indicato da Consiglio di Stato III, 5 marzo 2020, n. 1607, con riferimento alla percentuale di utile determinato in relazione al ribasso offerto dall'impresa in sede di gara (così per un totale di risarcimento pari ad euro 48.283,95), oltre al danno curriculare e da perdita di chance da liquidarsi nell'importo equitativo di euro 20.000,00 o nella misura minore o maggiore di giustizia; nel caso di annullamento della gara per accoglimento del quarto motivo, quantifica il danno curriculare e da chance in euro 15.000,00 o maggiore o minore importo di giustizia; il tutto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria fino all'effettivo soddisfo.

Si è costituita la controinteressata che spiega ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non ha escluso la ricorrente, la offerta della quale sarebbe parimenti viziata, sulla base della stessa tesi di ricorso, in quanto gli oneri della manodopera non avrebbero potuto essere indicati in aumento rispetto a quelli previsti in capitolato.

Il Comune di Marino, costituitosi, resiste al ricorso del quale chiede il rigetto, svolgendo argomenti simili a quelli della controinteressata nonchè eccependo la tardività della 4 censura di ricorso, essendo gli atti di nomina della commissione e del RUP pubblicati e comunque noti indipendentemente dall'esercizio dell'accesso.

Le parti hanno scambiato memorie e documenti di causa, nonchè note di replica.

Nella pubblica udienza del 12 gennaio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve preliminarmente respingersi per tardività il ricorso introduttivo in ordine alle censure svolte al punto 4 del ricorso: trattandosi di doglianze del tutto indipendenti dall'accesso, in quanto riferite alla sussistenza di un asserito conflitto di interessi della titolare dell'Ufficio procedente, in quanto ha svolto tutte le funzioni di gara, inclusa la valutazione di anomalia, in pretesa violazione dell'art. 77, comma quarto, d.lgs. n. 50/2016, il ricorso avrebbe dovuto essere proposto nei termini di decadenza dalla comunicazione dell'esito della gara, ovvero entro il 30 settembre 2020.

Nel merito, possono essere esaminati contestualmente il ricorso introduttivo ed il ricorso incidentale dipendendo entrambi dalla medesima questione di diritto.

Si osserva che il capitolato prevede un importo a base d'asta di euro 1.609.465,00 (per il periodo dal 01.07.2020 al 31.12.2021) distinto in tre macro voci: euro 1.436.427,00 per costo manodopera; euro 60.750,00 per rimborso trasporto utenti; euro 112.288,00 per costi di gestione ed utile.

Il capitolato, all'art. 6, descrive il servizio mediante le prestazioni assistenziali identificate per oggetto e monte ore "complessivo presunto" (Coordinamento, monte ore complessivo presunto pari a 420, Assistenza socio assistenziale, m.o.c.p. 44.782 e così via), ripartendole tra il Comune di Marino ed il Comune di Ciampino.

Il contenuto dettagliato delle prestazioni assistenziali è descritto negli artt. 7 e ss.

Tra questi, l'art. 9 elenca le "prestazioni del servizio di trasporto".

L'art. 10 ("personale impiegato") precisa che l'aggiudicatario *"deve disporre di una dotazione di personale in quantità e di qualificazione adeguati.....per le attività di coordinamento è richiesto un Assistente Sociale...per gli interventi socio assistenziali sono previste le figure professionali degli operatori come da DGR Lazio n. 88/2017...per gli interventi socio educativi è prevista la figura dell'Educatore Professionale. Il servizio di trasporto è svolto con personale addetto"*.

La Relazione tecnica (sulla base della quale sono determinati gli importi esposti a base d'asta), ha dettagliato una stima di *"monte ore servizi"* e *"kilometraggio"*, indicando in un totale di ore 420 le prestazioni oggetto di *"coordinamento"*, 44.872 quelle di natura *"socio assistenziale"*, 9.061 le ore relative a *"Hospice e dimissioni protette"*, 15.981 l'attività *"socio educativa"* per un *"monte ore complessivo pari a 70.334 ed un totale di km di trasporto per 135.000"*.

La controinteressata aggiudicataria ha modulato la propria offerta confermando senza ribassi le prime due voci (manodopera e rimborso trasporto utenti), mentre ha ribassato il plafond *"costi di gestione ed utile"*, prevedendo un importo degli *"oneri propri della sicurezza"* per euro 8.047,33, euro 21.706,74 per *"altri costi di gestione"* ed un utile di euro 2.060,68 (così per un totale di euro 31.814,75 a fronte di una previsione di euro 112.288,00).

La ricorrente ha offerto un ribasso complessivo del 3% per un importo complessivo di euro 1.561.181,05 precisando che gli *"oneri aziendali"* ammontano ad euro 10.000,00 mentre i costi della manodopera ex art. 95, comma 10, dlgs. 50/2016, ammontano ad euro 1.437.000,00 (corrispondenti alle previsioni di remunerazione secondo il CCNL di categoria del monte orario previsto nella Relazione tecnica, aumentato delle ore lavoro degli addetti al trasporto; sul punto, si rimanda alla *"Tabella analitica costi manodopera"* allegata sub 15 alla memoria del 20.12.2020 e non oggetto di contestazione).

Appare evidente che, dalla semplice analisi delle documentazioni di gara, la ricorrente ha correttamente reso nell'offerta le indicazioni di cui all'art. 94, comma 10, del dlgs 50/2016, imputando i costi (del personale) di trasporto alla remunerazione complessiva dell'appalto (ovvero al rimborso del costo chilometrico e, per l'eventuale differenza, a valere sulle spese generali, riducendo gli "utili attesi").

Invece, dalle giustificazioni fornite da parte della controinteressata, risulta che quest'ultima (che teneva ferma l'offerta relativa a costi di manodopera e trasporto come indicata in base d'asta) ha imputato il valore orario delle prestazioni degli autisti al "monte ore" complessivo.

Si osserva che la *lex specialis* di gara include le attività di trasporto tra le prestazioni oggetto del servizio (coerentemente con la descrizione analitica delle prestazioni di assistenza che includono anche l'accompagnamento degli assistiti sul territorio, per attività di integrazione sociale o di altra natura assistenziale), ma non quantifica in termini orari le relative prestazioni, imputandone il rimborso solo ad un parametro di percorrenza.

Tuttavia, mentre tale previsione può giustificare (alternativamente o cumulativamente, nella misura necessaria) la imputazione dei costi della retribuzione degli autisti alla voce rimborso di trasporto oppure alla voce "costi di gestione ed utile", essa non può in alcun modo consentire l'imputazione della spesa al monte ore delle prestazioni assistenziali. Per queste ultime, infatti, sono previste (tassativamente) figure professionali specifiche, mentre gli autisti titolari non sono titolari di specializzazioni per erogare attività di coordinamento, assistenziali in senso tecnico o socio-educative (prestazioni per le quali, come si è accennato, sono richieste le figure specifiche di cui al riportato art.10).

Ne deriva che del tutto erroneamente è stata ritenuta giustificabile l'offerta della controinteressata che ha imputato i costi di manodopera degli autisti al monte ore assistenziale vero e proprio, così riducendone il massimale pur tenendo ferma la relativa indicazione monetaria (con il duplice e contestuale effetto di aumentare il costo orario della prestazione e di ridurre il numero delle ore previste, come puntualmente dedotto dalla ricorrente).

In base a quanto sin qui indicato, la determinazione conclusiva che ha accertato la congruità dell'offerta con un mero richiamo alla relazione giustificativa, è illegittima per difetto di motivazione.

Mentre, dunque, sul punto il ricorso è fondato, non può però inferirsene, nella presente sede di giudizio, l'esclusione della concorrente controinteressata, come sostiene la ricorrente.

Infatti - come correttamente eccepito sul punto dal Comune di Marino - il monte orario era indicato in termini presuntivi: quindi era nella facoltà delle concorrenti mantenere fermo l'importo

monetario della manodopera, aumentando le ore di assistenza, oppure, all'inverso, diminuendolo (in ragione della diversità dei costi di contratto o del metodo di organizzazione) oppure elaborando una combinazione diversa dei due elementi (prezzo ed ore).

Il concreto equilibrio tra le due voci di valutazione dell'offerta diviene quindi oggetto di una specifica valutazione che deve essere condotta dalla S.A. in termini di maggiore o minore sostenibilità e convenienza (e dunque nei limiti propri del giudizio di anomalia), fermo restando che non possono essere giustificate previsioni volti a ricondurre i costi del personale del trasporto al monte orario delle prestazioni assistenziali come già previste: pertanto, considerando i giustificativi già prodotti dalla controinteressata (che quest'ultima non potrà modificare), il nuovo giudizio di anomalia dovrà (solamente) indagare la sostenibilità dell'offerta in dipendenza della possibilità di ritenere assorbiti i costi del personale di trasporto nell'utile di impresa o nelle spese generali.

Le descritte ragioni di fondatezza del gravame principale rendono evidente, di converso, l'infondatezza del ricorso incidentale, che va respinto in quanto la concorrente odierna ricorrente ha correttamente applicato le regole di gara alla propria offerta.

Sul punto, le censure incidentali (peraltro riprese come eccezioni difensive dall'Amministrazione comunale) sono formulate tramite meri riferimenti interpretativi delle argomentazioni della ricorrente e del tutto smentite dal contesto documentale, laddove quest'ultima ha allegato la propria tabella riepilogativa dell'analisi dei costi della manodopera dalla quale emerge che il costo del personale addetto al trasporto è computato in aumento al costo del personale assistenziale, quest'ultimo corrispondente al monte ore previsto nel capitolato (tanto che la voce complessiva indicata in offerta quale "costo della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, del Dlgs 50/2016 è maggiore della correlativa base d'asta).

I provvedimenti relativi all'esame dell'anomalia dell'offerta della controinteressata e di aggiudicazione a quest'ultima dell'appalto sono dunque da annullarsi, con obbligo per l'Amministrazione di riesaminare le offerte e nuovamente pronunciarsi su di esse nel rispetto di quanto sopra indicato, salva ogni altra conseguente determinazione.

All'accoglimento del ricorso nei termini sin qui indicati, dovrebbe conseguire la dichiarazione di inefficacia del contratto del 7 ottobre 2020.

Tuttavia, attesa la particolare importanza sociale degli interessi tutelati dal procedimento di gara, avente ad oggetto prestazioni di servizio di assistenza a favore di persone svantaggiate (attuative di doveri di solidarietà aventi rilievo costituzionale) in un territorio particolarmente ampio, è opportuno disporre che tale inefficacia abbia decorrenza dal termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza o sua notifica a cura di parte, intendendosi risolto da tale

momento, ma con salvezza delle prestazioni rese nel frattempo (così da consentire all'Amministrazione di poter riesaminare le offerte ed adottare le determinazioni necessarie ad assicurare la continuità del servizio senza soluzione di continuità, anche nel caso in cui, all'esito delle rinnovate operazioni di gara, dovesse subentrare la odierna ricorrente alla controinteressata).

A tale proposito, si osserva quanto segue.

La possibilità per il giudice amministrativo di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, è già stata affermata in giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, II ter, 24 dicembre 2019, nr. 14851) in maniera conforme con quanto ritenuto, in via generale, dall'Adunanza Plenaria (sentenza del 22 dicembre 2017, nr. 13 e giurisprudenza ivi richiamata, tra cui Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011).

Più precisamente, si è ritenuto che la regolazione della decorrenza dell'inefficacia del contratto può essere decisa dal giudice con effetti costitutivi dell'assetto di interessi, ulteriori e non meramente dipendenti dall'annullamento, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

A stretto rigore, la disposizione citata demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, essa va coordinata con l'art. 34 del c.p.a. che consente di adottare le misure necessarie a tutelare le situazioni giuridiche dedotte in giudizio e che, attesa la sua valenza generale ed atipica, non c'è ragione di escludere dal rito appalti, risolvendosi essa in uno strumento di effettività di tutela che si affianca armonicamente alla statuizione prevista dall'art. 122 (e che, a ben vedere, ne integra una ipotesi applicativa tipica) la cui natura costitutiva ne risulta così ampliata.

Come accennato, tale conclusione risulta coerente con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza nr. 17/2020, laddove quest'ultima riconosce in linea generale la possibilità del giudice di regolare gli effetti conformativi dell'accoglimento del ricorso (sia pure, in quella sede, per derogare all'effetto retroattivo dell'annullamento in funzione dell'efficacia *ex nunc* : *“Il Consiglio di Stato ha già fatto applicazione di codesti principi (leading case Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011)...la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (si veda, in questo senso, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc. L'ordinamento riconosce la possibilità di graduare l'efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo (cfr. l'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo). È altresì ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di modellare nel caso concreto l'efficacia delle sentenza in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo).”*).

Appare evidente che, una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l'efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici, caratterizzata dalla peculiare disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., non può escludersi che tale facoltà includa, ex art. 34 lett. "e" del c.p.a., anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l'inefficacia con l'obbligo di ripetizione del procedimento di gara (in tutti quei casi nei quali il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso), quando gli interessi dedotti in giudizio (come accade nel caso di specie), lo richiedano.

La domanda di risarcimento del danno è improcedibile allo stato, dipendendone gli elementi costitutivi dell'esito del procedimento di gara che dovrà essere riedito dall'Amministrazione: essa potrà dunque venire riproposta dopo le nuove determinazioni dell'Amministrazione.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, nella misura che tiene conto dello sforzo difensivo richiesto alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione ai fini del riesame, nei limiti e con le modalità di cui in parte motiva.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra le parti resistente e controinteressata il giorno 7 ottobre 2020, a decorrere dal termine indicato in parte motiva.

Dichiara improcedibile, allo stato, la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la resistente e le controinteressata, in solido tra loro, alla refusione delle spese di lite in favore della ricorrente che liquida in complessive euro 5.000,00, oltre rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2021, tenutasi in modalità di collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del DL 28 ottobre 2020, n. 137 ed art. 4, comma 1, del DL 30 aprile 2020, n. 28, conv. in l. 25 giugno 2020, n. 70, con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE

Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE

Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO