



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 662 del 2020, proposto da Spazio Giovani Onlus – Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Coppetti e Roberto Invernizzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio dell'avv. Roberto Invernizzi in Milano, via Vincenzo Monti, 41;

contro

Comune di Seveso, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Laura Ferrario e Matteo Turconi Sormani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio dell'avv. Matteo Turconi Sormani in Milano, piazza XXIV Maggio, 10; Provincia di Monza e della Brianza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Baviera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Provincia di Monza e della Brianza, in veste di Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e Brianza, non costituita in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Sociale Co.Ge.S.S. Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris ed Enzo Robaldo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso il loro studio in Milano, piazza Eleonora Duse, 4;

per l'annullamento

della determinazione del Comune di Seveso 21.02.2020 n. 96 di aggiudicazione del servizio de quo alla controinteressata, della comunicazione di aggiudicazione, dei verbali di gara, del report della procedura, della determinazione provinciale 29.01.2020 n. 140 recante proposta di aggiudicazione, oltre che di tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, inclusi occorrendo e nelle parti *de quibus*, la determinazione a contrarre del Comune di Seveso n. 663 dell'8.11.2019, la determinazione provinciale di presa d'atto dell'indizione di gara n. 2041 del 15.11.2019, il bando di gara, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, nonché per la declaratoria di inefficacia e/o la caducazione *ex tunc* o in subordine *ex nunc* del contratto frattanto eventualmente stipulato con l'illegittimo aggiudicatario e per il subentro della ricorrente nell'esecuzione dello stesso, fatta salva la domanda risarcitoria per equivalente e, in subordine, per la condanna delle Amministrazioni resistenti a rinnovare integralmente la procedura emendata dalle illegittimità denunciate in ordine ai criteri di aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Seveso, della Provincia di Monza e della Brianza e della Cooperativa Sociale Co.Ge.S.S. Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del DL 137/2020 convertito con legge 176/2020;

Relatore nell'udienza del giorno 22 dicembre 2020 il dott. Giovanni Zucchini e passata la causa in decisione, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia di Monza e della Brianza, in qualità di Centrale Unica di Committenza (di seguito, anche solo “CUC” oppure “Provincia”), indiceva una gara d'appalto con procedura aperta, per l'affidamento dei servizi di assistenza educativa scolastica, assistenza domiciliare minori e assistenza durante il trasporto scolastico a favore di minori e disabili.

L'appalto era diviso in due lotti, corrispondenti rispettivamente ai Comuni di Seveso (lotto 1) e di Misinto (lotto 2).

La gara si sarebbe svolta con modalità telematiche, mediante la piattaforma della Regione Lombardia denominata “Sintel”.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 75 punti massimi all'offerta tecnica e di 25 punti massimi a quella economica.

La presente controversia riguarda l'aggiudicazione del lotto n. 1.

Al termine della gara, risultava aggiudicataria per il citato lotto la cooperativa sociale Onlus Co.Ge.S.S. Onlus (di seguito, anche solo “Cogess”), mentre al secondo posto si collocava la cooperativa sociale Onlus Spazio Giovani.

Quest'ultima proponeva di conseguenza il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituivano in giudizio la Provincia di Monza e della Brianza, il Comune di Seveso (di seguito, anche solo “Comune”) e Cogess, concludendo tutti per il rigetto del gravame.

Con decreto monocratico n. 483/2020, pronunciato ai sensi dell'art. 84 del DL 18/2020, l'istanza cautelare era respinta.

In esito alla successiva udienza in camera di consiglio del 6.5.2020, la scrivente sezione fissava l'udienza di discussione con ordinanza n. 761/2020.

All'udienza di merito del 22.12.2020, tenutasi ai sensi dell'art. 25 comma 1 del DL 137/2020, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 Nel primo motivo di ricorso si lamenta la presunta violazione degli articoli 30 ed 83 del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice") e dell'art. 7.3 del disciplinare di gara, in quanto, a detta dell'esponente, l'amministrazione avrebbe dovuto escludere dalla procedura Cogess, per non avere quest'ultima dichiarato il possesso di un requisito di capacità tecnica e professionale previsto invece dal menzionato disciplinare.

L'art. 7.3 di quest'ultimo (cfr. il doc. 12 della ricorrente, pag. 12), prevede per il lotto n. 1 (vale a dire quello di cui è causa), due requisiti di capacità tecnica, uno dei quali consiste nello svolgimento nell'ultimo triennio di "n. 3 servizi analoghi ad Assistenza Domiciliare Minori di importo complessivo minimo pari a euro 250.000,00=".

Un tale requisito è previsto anche per il lotto n. 2, quest'ultimo però non oggetto di contestazione in questa sede processuale.

Orbene, Cogess – come ammesso dalla medesima – non ha, per mero errore materiale, inserito nella propria documentazione amministrativa la dichiarazione sul possesso del requisito di sopra, ma solo quella relativa all'altro requisito previsto per il lotto n. 1 (cfr. i documenti 16 e 17 della ricorrente ed in particolare quest'ultimo, alla pagina n. 2).

La commissione di gara, tuttavia, dopo avere preso visione della dichiarazione sul requisito tecnico contemplato per il lotto n. 2 – requisito identico a quello del lotto

n. 1 – ha ritenuto che l'omissione della presentazione della dichiarazione per il primo lotto costituisca una mera svista ma che potesse comunque essere utilizzata la dichiarazione per il lotto n. 2, trattandosi del medesimo requisito per la stessa gara, sicché l'amministrazione ha ammesso Cogess alla procedura, senza neppure attivare eventualmente il soccorso istruttorio (cfr. per la dichiarazione relativa al lotto n. 2, il doc. 11 della controinteressata ed il doc. 14 del Comune).

A detta della ricorrente, tale condotta dell'appaltante sarebbe in ogni modo illegittima, in quanto l'omessa presentazione della dichiarazione avrebbe dovuto imporre comunque l'esclusione di Cogess dalla procedura di gara.

La tesi di parte ricorrente non appare però convincente, in quanto ispirata da una interpretazione eccessivamente formalistica sia della normativa in materia sia degli atti di gara.

Il disciplinare, infatti, prevede la trasmissione – seppure in via telematica – di tre buste, una delle quali (Busta "A") contenente tutta la documentazione amministrativa, quindi la domanda di partecipazione, il DGUE di cui all'art. 85 del codice e le relative dichiarazioni (cfr. l'art. 13 e l'art. 15 del disciplinare stesso).

Nella citata busta "A" la commissione ha quindi rinvenuto la dichiarazione per il lotto n. 2 – concernente un requisito identico a quello del lotto n. 1 – ed ha, di conseguenza, ritenuto che la stessa potesse in ogni modo essere utilizzata anche per il primo lotto, trattandosi comunque della medesima gara.

Secondo la scrivente sezione un simile comportamento non appare illegittimo, giacché la circostanza della suddivisione dell'appalto in lotti - se assume talora un particolare rilievo a taluni fini, come quelli processuali (si veda l'ultimo comma dell'art. 120 del c.p.a.) - non impedisce però che, per la stessa procedura, possa imputarsi ad un lotto la dichiarazione sulla titolarità di un requisito, anche se resa per un lotto diverso.

A ciò si aggiunga che la stazione appaltante ha proceduto alla verifica di tale dichiarazione, interpellando una delle amministrazioni presso le quali è stato svolto il servizio dichiarato da Cogess ed ha ottenuto un positivo riscontro (cfr. il doc. 31 del Comune, vale a dire la risposta sulla veridicità della dichiarazione trasmessa al Comune di Seveso da quello di Monza).

Ciò implica che non si pone in concreto il problema dell'insussistenza del requisito dichiarato, ma soltanto quello dell'omissione della dichiarazione, dovuta ad un mero errore materiale del partecipante.

L'art. 14 del disciplinare di gara prevede, per ipotesi come quella di cui sopra, l'attivazione del soccorso istruttorio, in conformità del resto all'art. 83 comma 9 del codice, per cui la mancanza, l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara consentono il soccorso istruttorio, fatta eccezione per la mancanza di elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica. Nel caso di specie, la mancata produzione della dichiarazione non attiene agli elementi da ultimo indicati, sicché la commissione ben avrebbe potuto, in ogni caso, attivare il soccorso istruttorio a fronte della citata mancanza.

L'omessa attivazione del soccorso istruttorio, alla luce della lettura della dichiarazione resa dal partecipante per un analogo requisito previsto per il lotto n. 2, appare ispirata da ragioni di economia e di speditezza dell'azione amministrativa e non pare al collegio lesiva di alcuna norma di legge; al contrario essa risulta rispettosa dei principi di economicità, efficacia e tempestività di cui all'art. 30 comma 1 del codice.

Si conferma, pertanto, la reiezione del primo mezzo di gravame.

1.2 Nel secondo motivo viene lamentata la violazione di una pluralità di norme del codice ed in particolare dell'art. 95 comma 10, oltre che dell'art. 23 disciplinare, unitamente al difetto di istruttoria e di motivazione in cui sarebbe incorsa l'amministrazione.

In particolare, l'art. 23 comma 5 del disciplinare (cfr. ancora il doc. 12 della ricorrente, pag. 34), impone alla stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione, di procedere ai sensi dell'art. 95 comma 10 del codice, "alla valutazione di merito circa il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d) del Codice", laddove tale valutazione non sia già stata effettuata in sede di verifica di congruità dell'offerta.

A detta dell'esponente, l'amministrazione ha totalmente omesso tale valutazione, impostale sia dalla legge di gara sia direttamente dal codice, all'art. 95 comma 10.

Il motivo appare fondato, per le ragioni e con le conseguenze che si andranno ad esporre.

Il comma 10 citato prevede che le stazioni appaltanti - relativamente ai costi della manodopera risultanti dall'offerta economica - procedano, prima dell'aggiudicazione, alla verifica del rispetto di quanto stabilito dall'art. 97, comma 5, lettera d) del codice.

La disposizione da ultimo citata impone alle amministrazioni appaltanti di accertare che il costo della manodopera indicato dai partecipanti non sia inferiore ai «*minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16*» (articolo 23 dello stesso codice, ovviamente).

La giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, evidenziato che l'obbligo di controllo di cui all'art. 95 comma 10 citato non deve essere confuso con l'eventuale verifica di anomalia dell'offerta di cui all'art. 97, essendo il primo controllo obbligatorio in ogni caso, anche in mancanza di una vera e propria verifica di anomalia.

Sul punto, preme richiamare la sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1067/2019, con la giurisprudenza ivi richiamata e la recente sentenza del TAR Campania, Salerno, sez. II, n. 1994/2020, per la quale: «*L'art.95, co.10 del Codice ha stabilito l'obbligo per le stazioni appaltanti di sottoporre l'offerta dell'impresa aggiudicataria a*

rituale verifica dei costi di manodopera, che la stessa ha necessariamente dichiarato in gara. Come anche la giurisprudenza ha costantemente chiarito, si tratta di una verifica necessaria a prescindere dall'emersione di situazioni di anomalia dell'offerta (cfr., quam multis, Tar Milano, 1.6.2020, n.978). La demarcazione fra verifica della manodopera, obbligatoria in ogni procedura di appalto, e verifica di anomalia, è piuttosto netta, anche se la verifica dei costi di manodopera può ragionevolmente confluire in quella di anomalia, qualora, per obbligo di legge (cd. anomalia tecnica, ex art. 97, co.3 in caso di utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa), o per scelta discrezionale della stazione appaltante (rif. art. 97, co.6, secondo periodo), la stazione appaltante attivi il relativo subprocedimento (cfr. Consiglio di Stato, 30.9.2020, n.5735)».

Orbene, nonostante la chiara previsione dell'art. 95 comma 10 e dell'art. 23 del disciplinare, l'amministrazione ha omesso qualsiasi valutazione "di merito" del rispetto dei minimi salariali retribuitivi.

In particolare, nel corso della seduta del 23.1.2020, la commissione di gara si limitava a prendere atto, per il lotto n. 1, dell'insussistenza dei presupposti di legge per la verifica obbligatoria di anomalia, di cui all'art. 97 comma 3 del codice, in quanto per nessuna offerta tecnica ed economica i punteggi assegnati superavano i quattro quinti del punteggio massimo previsto dalla *lex specialis*.

Dopo tale limitata verifica, era proposta dalla commissione l'aggiudicazione a favore di Cogess, senza altro aggiungere (cfr. per la copia del verbale di gara, il doc. 8 della ricorrente, pagine 4 e 5).

Reputa il collegio che, di fronte a tali risultanze del verbale di gara – costituente atto pubblico avente fede privilegiata ai sensi degli articoli 2699 e 2700 del codice civile – non possa ritenersi che l'appaltante abbia assolto all'obbligo chiaramente risultante dall'art. 23 del disciplinare, oltre che dal codice dei contratti pubblici.

Sul punto non può neppure sostenersi che la valutazione sarebbe stata effettuata, per il lotto n. 1, implicitamente, giacché in relazione al lotto n. 2 la commissione

effettuava invece la suddetta verifica nei confronti della prima classificata, vale a dire la cooperativa Meta Onlus (cfr. ancora il doc. 8 della ricorrente, pag. 6).

Al contrario, l'avvenuta espressa valutazione per il lotto n. 2, oggetto di adeguata verbalizzazione e l'assenza di ogni analoga iniziativa per il lotto n. 1, dimostra semmai che la commissione ha totalmente omesso l'adempimento dell'obbligo su di essa incombente.

Quanto, poi, alla configurabilità di un provvedimento "implicito" di valutazione del costo della manodopera, preme ricordare che l'amministrazione deve – di regola – adottare provvedimenti espressi di conclusione del procedimento (cfr. l'art. 2 comma 1 della legge n. 241/1990) e che un provvedimento amministrativo implicito si configura soltanto allorché l'amministrazione *«ne determina univocamente i contenuti sostanziali attraverso un comportamento conseguente ovvero determinandosi in una direzione, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale»* (così, fra le più recenti, TAR Umbria, sentenza n. 422/2020); fermo restando che, a detta dello scrivente, un'attività amministrativa "implicita" non appare pienamente compatibile con la citata previsione della legge n. 241/1990 ed in genere con i principi della medesima, sicché le ipotesi di provvedimenti impliciti devono reputarsi residuali e circoscritte.

Nel caso di specie, l'inerzia serbata dall'amministrazione per il lotto n. 1 non può che ricondursi ad una omessa valutazione, in violazione della disciplina legale e di gara sopra indicata.

Neppure potrebbe essere richiamato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la verbalizzazione dell'attività della commissione può essere sintetica, senza la necessità di addentrarsi in minuziose ricostruzioni dell'attività stessa, posto che nel caso di specie la verbalizzazione dell'attività amministrativa manca completamente, per cui non può correttamente parlarsi di verbalizzazione sintetica, bensì di verbalizzazione inesistente.

Ne conseguono l'accoglimento del secondo motivo di ricorso e l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

A fronte di tale annullamento l'amministrazione dovrà effettuare la valutazione di cui al citato art. 23 del disciplinare di gara, dalla stessa illegittimamente omessa ed assumere le conseguenti determinazioni ai sensi di legge, in particolare degli articoli 95 e 97 del codice.

1.3 Il terzo ed ultimo mezzo di gravame non deve essere scrutinato dal collegio e deve quindi reputarsi assorbito, giacché la parte ricorrente – avvalendosi della facoltà di graduazione dei motivi riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa, si veda l'Adunanza Plenaria n. 5/2015 - ha proposto il mezzo stesso "In via di estremo subordine" (così, espressamente, a pag. 15 del ricorso), nel solo caso di ritenuta infondatezza dei primi due motivi.

1.4 Si conferma, in definitiva, l'accoglimento del ricorso in epigrafe, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione e salvo l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, come meglio sopra indicato al punto 1.2. Non si deve, invece, provvedere sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, in quanto, come anche confermato dal difensore del Comune all'udienza del 22.12.2020, lo stesso non è mai stato stipulato.

2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Seveso, la Provincia di Monza e della Brianza e la società cooperativa Co.Ge.S.S. Onlus, in solido fra loro, al pagamento a favore della ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre

accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) ed onere del contributo unificato ai sensi di legge (art. 13 comma 6*bis*1 del DPR 115/2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2020 tenutasi da remoto con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO