

N. 02091/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00475/2023 REG.RIC.



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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 475 del 2023, proposto da Anchise Soc. Coop. Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Lo Presti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Misilmeri, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giancarlo Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Coop. Sociale “Salute & Assistenza”, Coop. Sociale “Incastri Ricreativi”, Coop. Sociale “Relife”, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

- dei provvedimenti contenuti nei verbali di gara nn. 1, 2 e 3 rispettivamente del 31 Gennaio 2023 e del 1 e 3 Febbraio 2023 e dei verbali della commissione tecnica, per effetto dei quali le società Cooperative Sociali CO.R.IM.; CO.SER.; La Valle Verde; Cosam; Totus Tuus; Orsa Maggiore; Iside ed il costituendo RTI aggiudicatario tra le Cooperative Sociali “Salute ed Assistenza”; “Incastri Ricreativi” e “Relife” sono state ammesse a partecipare alla gara per l'affidamento << ... del servizio specialistico di assistenza per l'autonomia e la comunicazione agli alunni portatori di handicap grave, delle scuole dell'infanzia, delle scuole primarie e secondarie di primo grado, per complessive n. 5.900 ore - periodo fine a.s. 2022/2023 e inizio a.s. 2023/2024 ... >>, indetta dal Comune di Misilmeri;
- della determinazione n. 342 del 15 marzo 2023, per effetto della quale sono stati approvati gli atti e la detta gara è stata aggiudicata al costituendo RTI controinteressato tra le Cooperative Sociali “Salute ed Assistenza”; “Incastri Ricreativi” e “Relife”;
- dei provvedimenti contenuti nel verbale del 10 febbraio 2023 e n. 4 del 13 febbraio 2023, nella parte in cui la Commissione di gara ha confermato gli esiti dei precedenti verbali, confermando l'ammissione delle individuate ditte e l'aggiudicazione in favore del costituendo RTI controinteressato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Misilmeri;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le note di udienza con le quali la parte resistente ha chiesto che la causa passasse in decisione;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2023 il dott. Bartolo Salone; nessuno è presente per le parti, come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 28.03.2023, la ANCHISE Soc. Coop. Sociale a r.l. ha impugnato – chiedendone l'annullamento previa sospensione e con richiesta di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto eventualmente stipulato e, in subordine, di risarcimento del danno – il provvedimento di aggiudicazione definitiva al costituendo RTI controinteressato tra le Cooperative Sociali “Salute ed Assistenza”, “Incastri Ricreativi” e “Relife” dell'appalto per l'affidamento del *“servizio specialistico di assistenza per l'autonomia e la comunicazione agli alunni portatori di handicap grave, delle scuole dell'infanzia, delle scuole primarie e secondarie di primo grado, per complessive n. 5.900 ore - periodo fine a.s. 2022/2023 e inizio a.s. 2023/2024”*, nonché delle relative operazioni e dei presupposti verbali di gara.

A fondamento della spiegata impugnativa ha posto i seguenti motivi di censura: *Violazione e falsa applicazione dei punti 3. e 3.1. della lettera di invito – Violazione e falsa applicazione del punto 4 del capitolato speciale d'appalto – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D.L.vo n. 50/2016 - Vizio del procedimento - Eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti.*

Assume a questo proposito la società ricorrente che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, avendo presentato un ribasso – pari al 100% degli oneri di gestione – non consentito dalla legge di gara e, in ogni caso, inidoneo ad assicurare all'operatore economico margini di guadagno; per gli stessi motivi avrebbero dovuto essere esclusi altri sette partecipanti alla gara e, di conseguenza,

l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato alla ricorrente in quanto la sua offerta sarebbe risultata migliore rispetto a quella dell'altro operatore economico che sarebbe con lei rimasto in gara (Coop. Sociale "Nuova generazione"), una volta esclusi tutti gli altri.

Il Comune di Misilmeri si è costituito in giudizio per resistere al ricorso, del quale ha dedotto variamente l'infondatezza. Le Cooperative controinteressate sono rimaste contumaci.

Indi, all'udienza pubblica del 20 giugno 2023, previo deposito di memorie conclusive e di replica a opera delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di non integrità del contraddittorio formulata dal Comune resistente. Secondo l'Amministrazione, il contraddittorio dovrebbe essere esteso a tutte le ditte che si sono collocate in graduatoria prima della ricorrente e non solo alle Cooperative parti del RTI aggiudicatario.

L'eccezione non può essere condivisa. Ed invero, rispetto al provvedimento finale di aggiudicazione, le altre ditte non rivestono la qualifica di controinteressato, nei cui confronti debba essere disposta l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 49, c.p.a.: esse, piuttosto, sono titolari di un interesse diretto alla caducazione dell'atto, analogo e parallelo a quello della ricorrente, che le abilita senz'altro – ove lo ritengano opportuno – a proporre l'azione di annullamento per conto proprio.

Nel merito, il ricorso è infondato.

L'assunto della società ricorrente, in merito al carattere automaticamente escludente di un ribasso pari al 100% degli oneri di gestione comprimibili, non trova invero riscontro nei documenti di gara.

In linea generale, occorre ribadire che l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi i bandi di gara, soggiace alle stesse regole dettate dagli artt. 1362 e ss. cod. civ. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale - con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare - ma, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, con la necessità del ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui quello dettato dall'art. 1363 cod. civ. e quello dell'interpretazione secondo buona fede; corollario in materia di procedure di gara ad evidenza pubblica è la necessità di attuare il principio del *favor participationis* secondo il quale, in caso di clausole del bando ambigue o dubbie, va preferita la soluzione che tende ad estendere la platea dei partecipanti alla gara, e non quella restrittiva della partecipazione, al fine di realizzare l'interesse dell'amministrazione alla selezione della migliore offerta presentata tra quelle concorrenti (così, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 23/11/2022, n.10301).

Nel caso di specie, il punto 3 della lettera di invito individua l'importo complessivo a base di gara per la realizzazione del servizio in “€ 122.846,85, di cui € 116.997,00 (costo del personale incomprimibile) e di € 5.849,85 (oneri di gestione al 5% comprimibili), oltre IVA al 5%, pari ad € 6.142,34, per complessivi € 128.989,19”. Il punto 3.1 precisa: “Il ribasso dovrà essere effettuato sugli oneri, pertanto l'offerta economica comprenderà l'importo a base di gara decurtato dal ribasso”. Il successivo punto 4 prevede infine: “4.1 Saranno ammesse soltanto offerte in ribasso ed escluse quelle alla pari o in aumento”.

La lettera-invito è chiara, quindi, nello stabilire che l'offerta economica comprende l'importo a base di gara (di € 122.846,85) decurtato dal ribasso e che sono escluse quelle offerte che sono alla pari o in aumento dell'importo a base di gara complessivamente considerato.

A sua volta, l'art. 8 del disciplinare afferma, in conformità alla lettera di invito: *“Saranno escluse le ditte che effettueranno un ribasso pari o in aumento rispetto all'importo posto a base di gara. Il ribasso dovrà essere effettuato sugli oneri, pertanto l'offerta economica comprenderà l'importo a base di gara decurtato dal ribasso”*. E l'art. 6 del disciplinare chiarisce che *“L'importo a base di gara è di € 122.846,85 oltre IVA al 5%, di cui € 116.997,00 costi del personale incomprimibili, ed € 5.849,85 oneri di gestione costi comprimibili?”*.

Dall'esame congiunto delle suddette disposizioni risulta evidente che la causa di esclusione individuata dall'art. 8 del disciplinare attiene alla presentazione di una offerta economica di importo pari o superiore a quello posto complessivamente a base di gara. Viceversa, né nella lettera di invito né nel disciplinare si rinviene una esplicita preclusione alla formulazione di ribassi del 100% sulla quota degli oneri di gestione (definiti appunto “comprimibili” in quanto solo su di essi l'operatore economico può effettuare il ribasso in sede di elaborazione della sua offerta, non essendo al contrario possibile ribassare la quota “incomprimibile” relativa ai costi del personale).

La tesi di segno contrario, propugnata dalla ricorrente, oltre a non trovare riscontro sul piano dell'interpretazione letterale nella chiara formulazione della *lex specialis*, contraddice altresì il canone ermeneutico del *favor participationis* che dovrebbe guidare l'interprete nei casi dubbi, finendo con il rinvenire in via ermeneutica e senza un valido supporto testuale tra le maglie della *lex* di gara una causa di esclusione “innominata” atta a restringere la partecipazione alla gara.

Ed invece, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa in casi analoghi, *“qualora il bando di gara ha nettamente distinto una parte del valore del contratto di appalto come spesa incomprimibile (quella afferente al costo del personale) mentre nulla ha specificato con riferimento alla restante parte della base d'asta, ha di fatto consentito che l'offerta del ribasso, senza*

limite, possa giungere fino alla misura del 100%, salvo poi a doverlo giustificare” (T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, 15/02/2011, n. 398). Inoltre, “per consolidato orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, detto ribasso non costituisce di per sé causa di anomalia dell’offerta, risultando, anzi pacificamente ammesso, nei casi in cui l’offerente dimostri che l’offerta sia, comunque, remunerativa e sostenibile (Consiglio di Stato, sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594; 23 ottobre 2007, n. 5592; sez. VI, 2 maggio 2006, n. 2445)” (T.A.R. Sicilia-Palermo, n. 2280/19, sent.).

In altri termini, in sede di valutazione delle offerte anomale, la Stazione Appaltante, esaminati in contraddittorio tutti gli elementi dell’offerta, può legittimamente ammettere un ribasso del 100% sull’importo del servizio, a condizione che l’O.E. dimostri che l’offerta di cui trattasi non inciderà sulla corretta esecuzione dell’appalto (v. art. 97, comma 5, D. Lgs. 50/2016).

Questo è quel che è accaduto nel caso in esame.

In sede di interrogazione del RTI circa l’offerta economica proposta, con nota prot. 5170 del 10.2.2023, quest’ultimo dichiarava: *“il costituendo RTI collabora stabilmente con enti profit e con enti del terzo settore particolarmente sensibile alla tematica, riuscendo ad ottenere dei contratti di sponsorizzazione che prevedono delle erogazioni economiche con il solo onere di pubblicizzarne il nome:*

- *Studio Chirchirillo: euro 500,00*
- *Digital Point: euro 500,00*
- *LD di Manuela Laudani: euro 500,00*
- *Cooperativa Mediterranea Group: euro 1.000,00*
- *SRL Santa Maria di Betlemme: euro 3.000,00*
- *Cooperativa Geriatrica Palermo: euro 500,00 - cooperativa Sikanian: euro 500,00 - cooperativa Crisalide: euro 1.000,00”.*

Pertanto, trova smentita quanto affermato dalla ricorrente circa l'assenza di un guadagno in favore del RTI in quanto lo stesso O.E. ha avuto modo di presentare un'offerta con ribasso pari al 100%, poiché il profitto viene ottenuto dalla sponsorizzazione delle suddette attività commerciali, che ammonta a complessivi euro 7.500,00 euro, dunque ben oltre anche l'ammontare degli oneri di gestione.

Non convincono quindi i rilievi relativi alla presunta violazione dell'art. 97, d. lgs. 50/2016: infatti, risulta sia dall'aggiudicazione sia dal verbale n. 4/2023 che la stazione appaltante ha valutato l'anomalia delle offerte, chiedendo agli operatori economici giustificazioni sul perché di un ribasso pari al 100% della quota comprimibile dei costi, giustificazioni regolarmente fornite dal RTI e valutate positivamente dalla stazione appaltante; né vi è stata violazione dell'art. 97, comma 6, poiché le giustificazioni rese dal RTI aggiudicatario non attengono ai minimi salariali (rientranti nella parte dei costi non comprimibili in base alla *lex* di gara e sui quali l'operatore economico non ha formulato alcun ribasso), bensì agli oneri di gestione (parte dei costi comprimibili) e alla diversa fonte del profitto, individuata nei contratti di sponsorizzazione.

Alla luce di quanto sin qui argomentato, l'azione di annullamento dell'aggiudicazione in favore del RTI tra le Cooperative Sociali "Salute ed Assistenza", "Incastri Ricreativi" e "Relife" deve essere rigettata in quanto infondata, unitamente alle connesse domande risarcitoria e di subentro nel contratto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano nella misura quantificata in dispositivo ai sensi del d.m. n. 55/2014 in ragione del valore della causa e della complessità delle questioni affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta limitata alla fase studio, alla fase introduttiva e a quella decisionale; non si procede alla liquidazione della fasi

istruttoria/trattazione, in quanto nessuna attività difensiva rilevante è stata concretamente spesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente a rifondere al Comune di Misilmeri le spese del giudizio, che liquida in € 3.500,00 (tremilacinquecento/00) per compensi, oltre spese forfettarie, IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Bartolo Salone, Referendario, Estensore

Mario Bonfiglio, Referendario

L'ESTENSORE

Bartolo Salone

IL PRESIDENTE

Guglielmo Passarelli Di Napoli

IL SEGRETARIO