

Publicato il 19/12/2023

N. 03787/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01790/2023 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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1790 del 2023, proposto da Società Cooperativa Sociale Orsa Maggiore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D. A012C6230F, rappresentato e difeso dall'avvocato Pierpaolo Lucifora, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Casteldaccia, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Santo Zanghi', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carmelo Santo Zanghi' in Palermo, p.zza V.E. Orlando 41;
Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Società Consortile A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale Raffaello Sanzio, n. 60;

nei confronti

Società Cooperativa Sociale Migma a r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione:

1. della comunicazione di esclusione del 15 novembre 2023, trasmessa in pari data a mezzo pec alla ricorrente, con la quale quest'ultima è stata esclusa dalla procedura di gara riguardante l'“Affidamento della gestione del “Servizio asilo nido comunale di Via Carlo Cattaneo – Anno Educativo 2023/2024” - Comune di Casteldaccia (PA)”, codice CIG A012C6230F, indetta con la determinazione dirigenziale a contrarre n. 1128 del 31/08/2023;
2. per quanto occorra, della determinazione dirigenziale a contrarre n. 1128 del 31/08/2023, con la quale è stata indetta la procedura di gara, approvato il Capitolato speciale d'appalto e affidate le funzioni di C.U.C. alla “Centrale Unica di Committenza c/o il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000, soc. cons. a r.l.”; il Bando e il Disciplinare di gara, predisposti dalla Centrale Unica di Committenza c/o il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000, soc. cons. a r.l.; ogni altro atto ad essi presupposto, connesso e/ consequenziale inclusi i verbali di gara numeri 1, 2, 3, e 4 del 9, 16, 18 ottobre del 2023;
3. per l'effetto, condannare, per quanto di competenza, la Stazione appaltante e la Centrale Unica di Committenza, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., alla reintegrazione in forma specifica della società cooperativa Orsa Maggiore, mediante riformulazione della graduatoria finale con conseguente aggiudicazione della gara per cui è causa e al subentro nell'esecuzione del contratto nelle more eventualmente stipulato, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e ss. del Codice del processo amministrativo;
4. in subordine, condannare gli enti resistenti al risarcimento per equivalente nella misura che ci si riserva di quantificare nel corso del

giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casteldaccia e del Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Società Consortile a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2023 il dott.

Bartolo Salone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società cooperativa sociale “Orsa Maggiore” odierna ricorrente ha partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Casteldaccia con la determinazione dirigenziale n. 1128 del 31/08/2023 per l’affidamento del “Servizio asilo nido comunale di Via Carlo Cattaneo – Anno Educativo 2023/2024” - Comune di Casteldaccia (PA)”, della durata di mesi dieci per un importo complessivo del servizio stimato in euro 261.679,45.

La Stazione appaltante ha scelto di affidare il servizio mediante procedura aperta, attraverso il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli articoli 17 e 108, del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 36/2023.

Riguardo al valore stimato dell’appalto, il bando di gara al punto 10) e il disciplinare di gara al punto 12), rubricati “Importo complessivo dell’appalto”, hanno stabilito che “l’importo posto a base d’appalto è distinto come segue: Descrizione servizi CPV:

- Servizi di assistenza sociale 85310000-5, euro 223.566,85;

- Servizio di mensa scolastica 55523100-3, euro 37.112,60,

Importo del servizio € 261.679,45

- Oneri per la sicurezza da interferenze non soggetti a ribasso € 1.000,00:

Importo a base d’asta € 260.679,45”.

Così quantificato l'importo complessivo dell'appalto, il bando e il disciplinare hanno previsto che *“L'importo a base di gara comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari ad € 223.566,85. Ai sensi dell'articolo 41 comma 14 del Codice, i costi della manodopera non sono ribassabili. Resta la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale o da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera”*.

Il Capitolato speciale d'appalto ha inoltre specificato, all'art. 4 (*“Importo a base d'asta e valore complessivo dell'appalto”*), che *“l'importo complessivo dell'appalto ... ammonta ad euro 261.679,45, oltre IVA e oneri di sicurezza inclusi. La base d'asta sarà pari ad euro 37.112,60, esclusa Iva se dovuta, al netto degli oneri di sicurezza pari ad euro 1.000,00 non soggetti a ribasso”*.

La Commissione giudicatrice ha svolto le operazioni di gara nelle sedute del 9, 16, 18 ottobre del 2023. In particolare, nelle sedute del 16 e 18 ottobre 2023, la Commissione ha valutato le offerte tecniche, assegnando al progetto proposto dalla società Orsa Maggiore il punteggio totale di 65,66, risultato il più alto tra i partecipanti. Nella medesima seduta del 18 ottobre, conclusa la valutazione delle offerte tecniche, la Commissione ha proceduto all'apertura delle buste riguardanti le offerte economiche, formulate sulla base del modello fornito dalla Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) costituita presso il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000, soc. cons. a r.l.

La società Orsa Maggiore, nel compilare il modello di offerta economica predisposto dalla C.U.C., ha presentato un ribasso percentuale del 47,70%, precisando nella medesima offerta che i costi della manodopera del servizio sono pari a euro 205.299,70 e che gli oneri di sicurezza ammontano a euro 1.000,00.

Visionata l'offerta economica, la Centrale Unica di Committenza ha proposto di aggiudicare il servizio all'odierna deducente, verbalizzando che la stessa *“ha ottenuto un punteggio totale di 100,00 e ha presentato un ribasso percentuale sull'offerta economica del 47,70%, pari ad un importo offerto di euro 136.335,35, oltre oneri non soggetti a ribasso pari ad euro 1.000,00”*.

Ritenendo che la Commissione giudicatrice avesse travisato il contenuto della propria offerta economica, la società ricorrente ha presentato una istanza di riesame alla C.U.C. (doc. 10 – Istanza di riesame del 19.10.2023, prot. n. 2032), evidenziando che il ribasso del 47,70 per cento era rivolto all'unica componente della base d'asta “ribassabile”, vale a dire gli oneri di gestione pari a euro 37.112,60 e indicati quale “base d'asta” dall'art. 4 del capitolato speciale, e non all'importo complessivo dell'appalto di euro 260.679,45. Ciononostante, la C.U.C. ha rigettato l'istanza in data 30.10.2023 (doc. 11 – Nota di rigetto del 30.10.2023, prot. n. 2123), rilevando che il bando e il disciplinare chiaramente individuano la base d'asta sulla quale formulare il ribasso percentuale nell'importo complessivo dell'appalto al netto degli oneri di sicurezza, pari a € 260.679,45 e che l'apparente contrasto tra il contenuto degli atti di gara andava risolto in favore del bando e del disciplinare piuttosto che in favore del capitolato speciale (come da Cons. Stato, n. 4684/15).

Il 27 ottobre 2023, la Stazione Appaltante ha poi chiesto all'Orsa Maggiore di fornire le giustificazioni dell'offerta presentata secondo l'interpretazione data dalla C.U.C., alla quale la società ha dato riscontro il successivo 31.10.2023, ribadendo ancora una volta che l'offerta era stata presentata sugli oneri di gestione ribassabili e non sull'intero prezzo dell'appalto.

Con comunicazione del 15 novembre 2023, la ricorrente veniva esclusa dalla gara, non avendo il RUP ritenuto soddisfacenti le giustificazioni dell'operatore economico sul ribasso offerto.

Con ricorso notificato e depositato in data 27/11/2023, la cooperativa Orsa Maggiore ha quindi impugnato la sua esclusione, chiedendone l'annullamento e la aggiudicazione e stipulazione del contratto in suo favore ai sensi dell'art. 124, c.p.a. ovvero, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

Contro il provvedimento di esclusione la ricorrente ha proposto i seguenti motivi di censura: 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41, comma 14 del decreto legislativo n. 36 del 31.3.2023; 2) Violazione e falsa applicazione del Bando di gara - punto 10 e del Disciplinare di gara - punto 12; 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 101, comma 3, del decreto legislativo n. 36, del 31.3.2023; 4) Eccesso di potere per irragionevolezza, sviamento di potere ed ingiustizia manifesta; difetto d'istruttoria e di motivazione; violazione del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Società Consortile a r.l. e il Comune di Casteldaccia si sono costituiti in giudizio, deducendo variamente l'infondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 18 dicembre 2023, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il giudizio, omesso ogni avviso sul punto atteso che la definizione con sentenza in forma semplificata costituisce modalità ordinaria di decisione secondo il rito speciale "appalti" (art. 119, comma 3, c.p.a.), può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. ed adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta, esaustiva, trattazione delle tematiche oggetto di giudizio e la mancata dichiarazione delle parti, presenti in udienza, della proposizione di motivi aggiunti o ricorso incidentale o regolamento di competenza e di giurisdizione.

Con il primo motivo di censura la ricorrente deduce innanzitutto la violazione, da parte dei documenti di gara, dell'art. 41, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023, secondo cui *“I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso”*, in quanto il Bando e il Disciplinare di gara avrebbero omesso di scorporare dall'importo soggetto al ribasso i costi della manodopera, imponendo all'operatore economico di presentare un ribasso sull'intero prezzo posto a base d'asta.

Col secondo motivo deduce, in subordine, la violazione e la falsa applicazione del punto 10 del bando e del punto 12 del disciplinare sull'assunto che questi *“avevano previsto la non ‘ribassabilità’ dei costi della manodopera, quindi implicitamente lo scorporo di questi ultimi dalla base d'asta”*.

Le riferite censure, a parere del Collegio, non colgono nel segno.

In verità, sia il bando che il disciplinare, e analogamente il capitolato, come si evince dalla rassegna delle disposizioni trascritte nella parte in fatto della presente decisione, enucleano e distinguono chiaramente all'interno dell'importo complessivo dell'appalto le componenti di costo ribassabili (riferite al servizio di mensa scolastica per € 37.112,60) da quelle non ribassabili (gli oneri per la sicurezza nella misura di € 1.000,00 e i costi della manodopera per l'importo stimato di € 223.566,85), pur prevedendo che il ribasso sia espresso in termini percentuali sull'importo posto a base d'appalto comprensivo dei costi della manodopera.

Tale soluzione, solo in apparenza distonica rispetto alla natura non ribassabile dei costi della manodopera, è in realtà conforme all'impianto generale della norma di rango primario, posto che l'art. 41, comma 14, del nuovo Codice dei contratti pubblici, se da un lato afferma che *“i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso”* (cosa che è stata puntualmente fatta nella formulazione dei documenti della gara per cui è controversia), dall'altro consente comunque

all'operatore economico *“di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*.

Pertanto, contrariamente a quanto assunto dalla ricorrente con i primi due motivi, la non *“ribassabilità”* dei costi della manodopera, normativamente prevista, non impone implicitamente anche lo scorporo di questi ultimi dalla base d'asta né tale opzione è stata concretamente assunta dalla *lex specialis*, visto che l'importo a base d'asta è fissato espressamente tanto dal punto 10 del bando quanto dal punto 12 del disciplinare in € 260.679,45, con la precisazione che *“L'importo a base di gara comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari ad € 223.566,85”*.

Il ricorso è, non di meno, fondato e va accolto per i restanti profili di censura che possono essere esaminati congiuntamente, stante la loro intima connessione.

Con il terzo motivo la ricorrente censura, per la precisione, la mancata attivazione del soccorso procedimentale di cui all'art. 101, comma 3, d.lgs. 36/2023 e, con il quarto motivo, si duole della violazione del principio del *favor participationis*, avendo la S.A. ritenuto preclusivo della partecipazione alla gara l'errore ostativo commesso dalla cooperativa Orsa Maggiore nel formulare la propria offerta economica.

La società ricorrente, come si è visto, sostiene di essere incorsa in errore, avendo indicato in offerta non il ribasso (47,70%) riferito all'intera base d'asta (di € 260.679,45) comprensiva dei costi di manodopera, bensì il ribasso riferito ai soli costi ribassabili del servizio di mensa scolastica per l'importo di € 37.112,60.

A tale errore, immediatamente evidenziato dapprima con l'istanza di riesame del 19.10.2023 e poi in riscontro alla richiesta di giustificazioni del 27.10.2023, la ricorrente sarebbe stata indotta dalla non perspicua formulazione dei documenti di gara e in particolare dall'art. 4 del capitolato: invero, quest'ultimo, dopo avere indicato in € 261.679,45 l'importo complessivo dell'appalto comprensivo degli oneri di sicurezza,

dichiara che “La base d’asta sarà pari ad euro 37.112,60, esclusa Iva se dovuta, al netto degli oneri di sicurezza pari ad euro 1000,00 non soggetti a ribasso”, creando così incertezza circa l’importo di riferimento sul quale andava formulato il ribasso in sede di offerta.

Male avrebbe fatto pertanto la stazione appaltante a non attivare il soccorso procedimentale e a rettificare l’offerta alla luce dei chiarimenti presentati dall’offerente.

Il rilievo è meritevole di condivisione.

Va, infatti, considerato che le offerte nelle gare pubbliche, al pari di qualunque atto negoziale, sono suscettibili di interpretazione al fine di individuare l’esatta volontà dell’offerente, con la conseguenza che sono ammessi interventi della commissione di gara volti a correggere errori materiali rilevabili *ictu oculi* (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Valle d’Aosta, sentenza n. 25/2022).

In un’ottica di massima partecipazione a una procedura di evidenza pubblica va consentito al concorrente di emendare l’errore ostativo immediatamente percepibile (cfr., C.d.S., Sez. IV, sentenza n. 9415/2022), specie se generato da clausole della *lex specialis* non precise (in questi termini, T.A.R. Emilia-Romagna, n. 664 del 10.11.2023).

Nel caso di specie, l’esistenza dell’errore nell’esternazione della volontà dell’operatore economico era resa manifesta dalla circostanza che nella medesima offerta l’odierna deducente ha quantificato i costi della manodopera nella somma di euro 205.299,70, vale a dire in una somma superiore alla stessa offerta totale che la ricorrente si sarebbe impegnata a offrire nell’interpretazione della Commissione di gara; infatti, ove per ipotesi il ribasso del 47,70 per cento fosse stato riferito all’importo complessivo posto a base del servizio, pari a euro 260.679,45, l’offerta economica netta sarebbe dovuta essere di euro 136.335,35, il che è decisamente incongruo e inconciliabile rispetto alla quantificazione dei costi della manodopera nella maggiore somma di euro 205.299,70.

In presenza di dati così palesemente inconciliabili, sarebbe stato onere della stazione appaltante approfondire il contenuto dell'offerta economica, chiedendo e valutando i chiarimenti previsti dall'101, comma 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici. La norma appena richiamata dispone infatti che *“La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica”*. La Commissione di gara e la Stazione Appaltante hanno trascurato del tutto il dovere imposto dalla norma appena richiamata, in forza della quale avrebbero dovuto chiedere i necessari chiarimenti all'odierna ricorrente e valutarli nei limiti in cui ciò non si traducesse in una modifica postuma del contenuto dell'offerta economica.

Il rifiuto di riconsiderare il contenuto dell'offerta economica alla luce dei chiarimenti offerti, nonostante l'esistenza di una evidente anomalia nella formulazione dell'offerta tale da manifestare un errore ostativo (attinente cioè non alla formazione della volontà negoziale dell'offerente, ma alla sua semplice esternazione), integra senza dubbio una violazione dei principi di buona fede e affidamento che, ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 36/2023, reggono ogni procedura di gara e impongono l'obbligo del soccorso istruttorio e procedimentale nei casi previsti dall'art. 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici, tanto più nel caso in esame in cui all'inesatta individuazione della base d'asta a cui riferire il ribasso percentuale espresso ha contribuito non poco – come si è visto – l'infelice formulazione testuale dell'art. 4 del capitolato speciale d'appalto.

L'esclusione che ne è derivata è quindi illegittima e va annullata, con onere per la commissione di valutazione e la stazione appaltante, per quanto di rispettiva competenza, di riformulare la graduatoria sulla base della volontà

negoziale realmente sottesa all'offerta economica presentata dalla società ricorrente e a ripetere il giudizio di anomalia, tenuto conto delle giustificazioni sul costo della manodopera dalla medesima ricorrente rassegnate con la nota del 31.10.2023 (doc. 13 allegato al ricorso).

Sul punto, il Collegio ritiene opportuno precisare, al fine di orientare la successiva attività valutativa della stazione appaltante in coerenza con l'efficacia conformativa della presente decisione di annullamento, **che l'importo complessivo realmente offerto dalla Cooperativa Orsa Maggiore è da ritenere pari a € 224.709,58 al netto degli oneri di sicurezza.** Tale valore, alla luce dei chiarimenti offerti dall'operatore economico, si ricava invero piuttosto agevolmente aggiungendo, ai costi di manodopera non soggetti a ribasso indicati nella offerta economica in € 205.299,70, l'ulteriore importo di € 19.409,88 relativo al "Totale pasti e spese generali" e risultante all'esito del ribasso percentuale del 47,70% applicato all'importo-base di euro 37.112,60 degli oneri di gestione ribassabili.

L'accoglimento *in parte qua* del ricorso e la peculiarità della vicenda giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio, fatto salvo l'obbligo di refusione del contributo unificato a carico delle odierne parti resistenti

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'esclusione della società ricorrente dalla procedura di gara indetta dal Comune di Casteldaccia per l'affidamento della gestione del "Servizio asilo nido comunale di Via Carlo Cattaneo – Anno Educativo 2023/2024".
Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 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