

Pubblicato il 21/06/2021

**N. 04753/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 09980/2020 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9980 del 2020, proposto da

Società cooperativa sociale Verdeaqua Nuova Orizzonti a r.l. - Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fausto Corti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Maleddu in Roma, via del Tempio, 1;

**contro**

Comune dell'Aquila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico De Nardis, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

**nei confronti**

Cooperativa sociale P.A.R.S. – Prevenzione Assistenza Reinserimento Sociale - “Pio Carosi” Onlus, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Medihospes cooperativa sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

**per la riforma**

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo n. 450 del 2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune dell'Aquila e del R.T.I. con mandataria la Cooperativa Sociale P.A.R.S. – Prevenzione Assistenza Reinserimento Sociale - “Pio Carosi” Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021 il Cons. Stefano Fantini; sono presenti in collegamento da remoto gli avvocati Corti e Perrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- La società cooperativa sociale Verdeaqua Nuovi Orizzonti a r.l. onlus ha interposto appello nei confronti della sentenza 19 novembre 2020, n. 450 del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, che ha respinto il suo ricorso avverso la determina n. 3386 in data 31 agosto 2020 con cui il Comune dell'Aquila ha aggiudicato al R.T.I. Pars e Medihospes la procedura aperta finalizzata all'appalto del “*servizio di assistenza scolastica per l'autonomia e la comunicazione dei diversamente abili*” presso le scuole ubicate nel territorio comunale.

Con il ricorso di primo grado la cooperativa sociale Verdeaqua, risultata all'esito della gara seconda graduata con punti 79,37 (a fronte dei punti 83,34 assegnati al raggruppamento PARS), ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione per non essere state verificate le giustificazioni presentate dal raggruppamento PARS a dimostrazione della congruità della sua offerta, e comunque per l'anomalia dell'offerta medesima, assumendo rilievo preminente, in tale prospettiva, tra i vari elementi, la forte riduzione del costo del lavoro rappresentato, raggiunta con l'indicazione di un numero di ore di assenza per malattia, gravidanza ed infortuni inadeguata, con l'impropria utilizzazione di lavoratori non fruanti del TFR, delle tredicesime e delle ferie, ed anche con un inadeguato computo degli oneri derivanti dalla previdenza complementare.

2. - La sentenza appellata ha dichiarato irricevibile e comunque infondato il ricorso. In particolare, la sentenza ha rilevato che la determina di aggiudicazione è stata pubblicata in data 31 agosto 2020 presso l'albo pretorio del Comune e comunicata alla ricorrente in data 3 settembre 2020, mentre il ricorso è stato notificato in data 10 ottobre 2020. Nel merito, ha ritenuto che l'offerta non è risultata anomala e dunque non soggetta ad alcuna verifica obbligatoria (non avendo raggiunto la soglia dei 4/5 del punteggio massimo attribuibile); il responsabile del procedimento ha chiesto la giustificazione del prezzo offerto, non essendo in ogni caso richiesta una motivazione analitica della valutazione positiva di anomalia.

3.- Con l'appello la cooperativa sociale Verdeaqua Nuovi Orizzonti a r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza sia con riguardo alla statuizione di irricevibilità che alle statuizioni di merito, rilevando anzitutto che si è svolta una procedura di verifica dell'anomalia, e reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure svolte in primo grado.

4. - Si sono costituiti in resistenza il raggruppamento con mandataria la cooperativa sociale PARS ed il Comune dell'Aquila chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

5. - All'udienza pubblica del 27 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1.- Il primo motivo di appello contesta la statuizione di tardività del ricorso di primo grado, nell'assunto che il Comune dell'Aquila non ha pubblicato gli atti di gara (ed in particolare gli elementi costitutivi dell'offerta, tra cui quelli concernenti il costo della manodopera, come pure gli atti del procedimento di verifica dell'anomalia) ed il provvedimento di aggiudicazione conteneva solamente l'indicazione del ribasso; l'istanza ostensiva del 7 settembre 2020 è stata evasa il 6 ottobre 2020 (quindi dopo che era scaduto il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione).

Il motivo è fondato.

La giurisprudenza è ormai consolidata nell'affermare che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalla Commissione giudicatrice delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016. L'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12).

Nel caso di specie, in effetti, i motivi di impugnazione concernono gli esiti della verifica di anomalia e dunque il ricorso è stato necessariamente proposto (con notificazione in data 10 ottobre 2020) dopo che il Comune (il precedente 4 ottobre) ha consentito l'ostensione documentale, momento rispetto al quale il ricorso appare dunque tempestivo. Non poteva essere considerato *dies a quo* la pubblicazione della determina di aggiudicazione nell'albo pretorio *on line* (in data 31 agosto), ovvero la sua comunicazione (in data 3 settembre 2020) all'odierno appellante, anche ammettendo che vi fosse stata la conoscenza dell'offerta economica sin dalla seduta pubblica del 13 novembre 2018, proprio per la mancata conoscenza delle giustificazioni rese in ordine all'anomalia dell'offerta.

2. - Il secondo motivo contesta la statuizione secondo cui non vi sarebbe stato un subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, ma una mera richiesta di giustificazioni del prezzo offerto; deduce l'appellante in particolare che la nota comunale del 9 luglio 2019 richiama espressamente l'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, al pari della risposta del raggruppamento PARS; ai sensi del comma 6 della disposizione predetta è sempre possibile la verifica facoltativa dell'offerta che appaia anormalmente bassa, con la conseguenza che risulta configurabile un evidente difetto di istruttoria sulle giustificazioni presentate da PARS e di motivazione sulle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a ritenerle idonee.

Il motivo è inammissibile per carenza di interesse.

E' controverso se la stazione appaltante con la nota prot. n. 72836 del 9 luglio 2019 abbia inteso valutare la congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, pur non sussistendo le ipotesi sintomatiche che ne imponevano la verifica, ovvero si sia limitata ad una "richiesta di dati ed informazioni".

Appare al Collegio verosimile, come del resto ammesso da raggruppamento PARS nella propria memoria difensiva, che si verta dinanzi ad un'ipotesi di verifica "facoltativa" di anomalia, in quanto la nota comunale chiarisce che, pur avendo la Commissione rilevato, nel verbale del 13 novembre 2018, l'assenza di anomalia dell'offerta, «*necessita tuttavia, al fine di valutare la congruità dell'offerta stessa, acquisire una dettagliata spiegazione del prezzo proposto distinto per voci di costo anche con riferimento al ribasso percentuale indicato in sede di offerta economica*».

La carenza di interesse è peraltro ravvisabile nel fatto che il vizio motivazionale non assume rilievo, secondo costante giurisprudenza, in caso di esito positivo del giudizio di congruità dell'offerta, essendo sufficiente in tale evenienza motivare il provvedimento *per relationem* alle giustificazioni presentate dal concorrente, sempre che esse non siano manifestamente illogiche (Cons. Stato, III, 18 gennaio 2021, n. 544). Tale epilogo vale a maggiore ragione nell'ipotesi di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, 6 giugno 2019, n. 3833; III, 19 ottobre 2020, n. 6317).

3. - Ciò non esclude peraltro che la parte interessata possa contestare la manifesta illogicità ed irragionevolezza della valutazione favorevole delle giustificazioni, come pure possa, allo stesso modo, contestare l'incongruenza dell'istruttoria effettuata sulla mera richiesta di dati ed informazioni. Incombe in capo a chi la contesta l'onere di dimostrare l'irragionevolezza od erroneità del giudizio positivo di anomalia, e non è sufficiente allegare allo scopo considerazioni parcellizzate sulla incongruenza od insufficienza solo di talune voci di costo (Cons. Stato, V, 19 aprile 2021, n. 3169). Tale onere è peraltro validamente assolto quando il ricorrente evidenzia vistose lacune giustificative da parte dell'aggiudicatario non adeguatamente considerate dalla stazione appaltante nell'esercizio del proprio potere tecnico-discrezionale (Cons. Stato, V, 30 novembre 2020, n. 7554).

4. - Questo è esattamente il *thema decidendum* oggetto del presente giudizio, in relazione a quanto dedotto con il terzo motivo, mediante il quale sono sottoposte a serrata censura le giustificazioni rese dal R.T.I. PARS in relazione alla riduzione del "costo della manodopera" rispetto al parametro delle tabelle ministeriali.

Il primo profilo di critica riguarda il tasso aziendale medio delle assenze (a vario titolo : ferie, festività soppresse, malattia, infortuni, gravidanze) del personale del raggruppamento, ridotto del 44 per cento rispetto al parametro ministeriale che lo quantifica nel 21,65 per cento dell'orario annuale (428 ore di assenza su 1976 ore lavorate), con proporzionale riduzione del costo del lavoro di circa euro 414.739,28; deduce l'appellante che tale assunto è privo di idoneo riscontro documentale ed incide su istituti che non rientrano nella disponibilità del datore di lavoro.

Il secondo profilo concerne l'impiego, desumibile dalle giustificazioni, di lavoratori che non usufruiscono di t.f.r., tredicesime e ferie, mediante ricorso a contratti di lavoro negoziati *ad hoc*, con un costo del 15-20 per cento in meno rispetto al costo di lavoro dipendente; il riferimento è a consulenti vari (psicologi, medici, etc.), categorie il cui utilizzo

non è però previsto nel servizio in questione, che richiede solamente operatori scolastici assunti con contratto di lavoro subordinato. Il R.T.I. PARS prevede inoltre, per l'appellante, l'utilizzo di personale molto "precarizzato" con organizzazione del lavoro per turnazioni, ed in relazione al quale non è neppure applicata la previdenza complementare, caratterizzata da costi suoi propri, che eliderebbero l'utile di impresa.

Ulteriori profili attengono poi alla sede operativa nel territorio comunale, per la quale non è indicato alcun costo per PARS (senza dimostrazione del possibile utilizzo a titolo gratuito), al servizio migliorativo di "assistenza educativa inizio anno" comportante un costo di euro 168.000, e che invece risulta giustificato per soli euro 7.200, a dimostrazione dell'impossibilità di onorare quanto offerto, nonché alla mancata considerazione del costo del "contributo di pubblicazione".

Il motivo è, nel suo complesso, fondato.

Per consolidata giurisprudenza, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sì che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, di sua espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 30 novembre 2020, n. 7554; V, 29 luglio 2019, n. 5353).

Nella fattispecie controversa si evidenzia un difetto di istruttoria in ordine alle giustificazioni rese dal raggruppamento PARS tenendo conto dell'*id quod plerumque accidit*.

Anzitutto, con riguardo al tasso medio delle assenze, è pur vero che il costo orario che usualmente viene in rilievo nelle gare pubbliche è il "costo reale" (e non il monte ore teorico), e cioè quello delle ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni, ma la riduzione del tasso di assenteismo non può prescindere da diversi fattori, alcuni dei quali non derogabili, tra cui la fruizione delle ferie.

Analogamente, non appare corretto il ricorso a professionisti con costo del 15/20 per cento inferiore a quello del personale dipendente nel caso in cui non debbano utilizzarsi consulenti, ma operatori scolastici.

In ogni caso, in sede di giustificazioni, l'aggiudicatario è gravata dell'onere di spiegare i costi proposti; tale prova deve essere tanto più puntuale e rigorosa quando il costo del lavoro non coincide con quello medio tabellare; nel caso di specie il raggruppamento aggiudicatario non ha adeguatamente dato conto delle ragioni delle divergenze.

L'inadeguatezza delle giustificazioni emerge, in via accessoria, anche con riferimento alla sede operativa nel territorio comunale, solo genericamente motivata con riguardo alla sede nella disponibilità del gruppo "La Cascina" (cui "accederebbe" Medihospes), ed al contributo di pubblicazione che da solo verrebbe ad assorbire le spese generali.

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Quanto alla domanda di pronuncia di inefficacia del contratto, la stessa va respinta, in quanto non risulta documentata e neppure puntualmente allegata la circostanza dell'intervenuta stipulazione del medesimo.

Analogamente, va disattesa la domanda di risarcimento del danno, non solo in ragione della sua genericità, ma anche perché all'annullamento dell'aggiudicazione per difetto di istruttoria e di motivazione deve fare seguito la rinnovazione dell'attività amministrativa. E' consolidata la giurisprudenza nell'affermare che l'annullamento di un provvedimento per vizi tralattivamente definiti formali (quali il difetto di istruttoria e di motivazione), in quanto non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di accogliere la domanda finalizzata al perseguimento della pretesa sostanziale, quale è il risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 22 novembre 2019, n. 7977).

6. - La natura della controversia, involgente anche valutazioni di circostanze di fatto, integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

IL SEGRETARIO