

Pubblicato il 28/09/2023

N. 00622/2023REG.PROV.COLL.

N. 00698/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 698 del 2023, proposto dalla Società OMISSIS Cooperativa Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Mangano e Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Capri Leone, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Polizzotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

dell'Associazione OMISSIS Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda a.t.i. con la società cooperativa sociale OMISSIS rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Terza), n. 2202/2023, resa tra le parti, pubblicata il 13 luglio 2023, non notificata, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 456/2023;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Capri Leone e dell'Associazione OMISSIS Onlus;

Visto il decreto cautelare n. 235 del 2023;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 7 settembre 2023, il consigliere Michele Pizzi e uditi per le parti l'avvocato Massimiliano Mangano, l'avvocato Giovanni Barraja, l'avvocato Daniele Piazza, in sostituzione dell'avvocato Stefano Polizzotto, e l'avvocato Benedetta Caruso;

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

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, notificato il 24 marzo 2023 e depositato il 27 marzo 2023, l'associazione OMISSIS onlus, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda a.t.i. con la società cooperativa sociale OMISSIS, esponeva:

- che il Comune di Capri Leone aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento della gestione dell'asilo nido comunale, denominato "Bamby", per il periodo di 31 mesi;

- di aver presentato domanda di partecipazione alla suddetta gara, mediante caricamento sulla piattaforma Asmecommm;

- di aver tuttavia ommesso di caricare sulla suddetta piattaforma, per una mera dimenticanza, il "modello OE1, elementi di calcolo del prezzo";

- che la commissione di gara aveva proposto l'aggiudicazione nei confronti dell'a.t.i. ricorrente;

- che l'aggiudicazione provvisoria era stata approvata con determina comunale n. 70 del 23 febbraio 2023;

- che, a seguito di contestazioni della seconda classificata, il r.u.p. aveva riconvocato la commissione di gara;

- che la suddetta commissione, nella seduta pubblica del 7 marzo 2023, "dopo aver verificato in piattaforma Asmecommm la mancanza nella busta telematica "offerta economica" dell'ATI capeggiata dall'Associazione OMISSIS Onlus della dichiarazione conforme al modello OE1 richiesto dal punto 17 del disciplinare di gara, escludeva la stessa con la seguente motivazione: <per non aver prodotto in piattaforma asmecommm il documento prescritto dal disciplinare, a pena di esclusione, al punto 17.2 – dichiarazione conforme al modello denominato OE1>" (pag. 3 del ricorso);

- di aver presentato, in data 11 marzo 2023, istanza di annullamento in autotutela della suddetta esclusione;

- che tuttavia il Comune di Capri Leone, con determina n. 247 del 20 marzo 2023, aveva: *i)* revocato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria, in favore della ricorrente, di cui alla determina comunale n. 70/2023; *ii)* approvato il verbale di gara n. 12 del 7 marzo 2023; *iii)* dichiarato aggiudicataria provvisoria la ditta OMISSIS società cooperativa sociale.

2. La ricorrente quindi chiedeva:

a) l'annullamento:

a.1) del verbale di gara n. 12 del 7 marzo 2023;

a.2) della determinazione del Comune di Capri Leone n. 247 del 20 marzo 2023;

a.3) ove occorra, del bando di gara e del disciplinare di gara;

b) la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con istanza di subentro;

c) il risarcimento di tutti i danni subiti, per danno emergente e lucro cessante, a causa della mancata aggiudicazione, qualora *"l'odierno ricorrente non riesca ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto"* (pag. 9 del ricorso).

3. Il ricorso, contenente domanda cautelare, era articolato in un unico motivo, con il quale era dedotta la violazione dell'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016, eccesso di potere per travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta, contraddittorietà, difetto di istruttoria, violazione della *par condicio* e del principio di proporzionalità, violazione del *favor participationis*, violazione del principio dell'affidamento incolpevole, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto il Comune avrebbe illegittimamente escluso la ricorrente dalla gara d'appalto, essendo nulla la clausola di esclusione posta dalla *lex specialis* di gara in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, *"non esistendo una norma di legge che preveda che i concorrenti in gara debbano allegare all'offerta economica, a pena di esclusione, alcun documento giustificativo dei costi offerti o <dichiarazione conforme al modello OE1, nel quale devono essere evidenziati i costi degli elementi di calcolo del prezzo offerto>, come denominato dalla stazione appaltante"* (pag. 4 del ricorso); tale documento, richiesto dalla stazione appaltante a pena di esclusione, costituirebbe *"solo uno strumento di verifica preventiva dell'anomalia dell'offerta e, in mancanza dell'esplicita previsione normativa della sua essenzialità, non si configura, sotto il profilo operativo e funzionale, come elemento essenziale incidente sulla par condicio dei concorrenti"*, con il corollario che, nel presente caso, non verrebbe in rilievo un'ipotesi di irregolarità dell'offerta economica, *"poiché il documento richiesto non contiene elementi essenziali dell'offerta, quali il costo della manodopera e il costo degli oneri di sicurezza aziendale, contenuti nell'offerta presentata, con la conseguenza che è certamente esperibile il soccorso istruttorio"* (pag. 8 del ricorso).

4. Con ricorso incidentale notificato il 3 aprile 2023 e depositato in pari data, la società OMISSIS cooperativa sociale a r.l. impugnava i medesimi atti già impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui l'a.t.i. ricorrente principale non era stata in precedenza esclusa dalla gara, già in fase di valutazione della documentazione amministrativa, e deduceva, quale unico motivo di ricorso incidentale, la violazione dell'art. 83, commi 1, lett. c), 6 ed 8, del decreto legislativo n. 50/2016, degli articoli 87 e 89 del decreto legislativo n. 50/2016, dei paragrafi 7, 7.3, lettera d), 7.4 ed 8 del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione, violazione

dei principi di *par condicio* e concorrenza, non essendo la mandante cooperativa sociale Kairos in possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2008, e considerato che la suddetta mandante “*dopo avere dichiarato di essere carente del requisito tecnico in questione, ai sensi dell’art. 89 del codice, ha dichiarato di avvalersi della certificazione di qualità serie UNI EN ISO 9001:2015 n. QA/131/16 del 06.05.2010 rilasciata [...], posseduta dalla Mandataria e da quest’ultima utilizzata in proprio per la dimostrazione del medesimo requisito di capacità tecnica*” (pag. 12 del ricorso incidentale), con conseguente “*inammissibile duplicazione del requisito tecnico in questione*”.

5. Nel giudizio di primo grado si costituiva altresì il Comune di Capri Leone, chiedendo il rigetto del ricorso principale.

6. Il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, rinviato al merito l’esame della domanda cautelare, con la gravata sentenza n. 2202 del 2023, ha:

- a) dichiarato il ricorso principale parzialmente inammissibile per difetto di interesse, limitatamente alla impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria disposta in favore della OMISSIS società cooperativa sociale;
- b) accolto in parte il ricorso principale;
- c) annullato pertanto il provvedimento di esclusione della ricorrente principale dalla gara, nonché la revoca in autotutela dell’aggiudicazione provvisoria;
- d) respinto il ricorso incidentale;
- e) condannato in solido il Comune di Capri Leone e la OMISSIS al pagamento delle spese di lite.

7. Con ricorso in appello notificato il 19 luglio 2023 e depositato in pari data, contenente domanda cautelare, anche monocratica, la società OMISSIS cooperativa sociale a r.l. ha impugnato la predetta sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, n. 2202 del 2023, lamentando il fatto che il primo giudice avrebbe erroneamente:

- a) accolto in parte il ricorso principale (primo e secondo motivo d’appello);
- b) respinto il ricorso incidentale (terzo e quarto motivo d’appello).

8. L’istanza di misure cautelari monocratiche è stata respinta con decreto presidenziale n. 235 del 19 luglio 2023, che ha fissato la camera di consiglio, per la trattazione collegiale della domanda cautelare, alla data del 7 settembre 2023.

9. Nel presente giudizio si è costituito, con atto di costituzione del 30 agosto 2023, il Comune di Capri Leone che, con successiva memoria del 5 settembre 2023, ha illustrato le proprie difese ed ha chiesto l’accoglimento dell’appello.

10. Si è costituita, altresì, con atto di costituzione del 30 agosto 2023, l’Associazione OMISSIS Onlus, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda a.t.i. con la società cooperativa sociale OMISSIS, la quale, con successiva memoria del 5 settembre 2023, ha illustrato le proprie difese ed ha chiesto il rigetto dell’appello.

11. Alla camera di consiglio del 7 settembre 2023, il Collegio, avvisate le parti circa la possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha trattenuto la causa in decisione.

12. In via preliminare deve darsi atto del parziale passaggio in giudicato della sentenza impugnata, laddove il T.a.r. ha dichiarato parzialmente inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso principale proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria in favore della OMISSIS società cooperativa sociale (statuizione sopra indicata alla lettera a) del § 6).

13. Ancora in via preliminare, a cagione della proposizione dell'appello – con il quale l'appellante ha contestato il parziale accoglimento del ricorso principale ed il rigetto del ricorso incidentale - il Collegio osserva che è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, che perimetra necessariamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a., sicché, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo la logica affermata dalla decisione della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, il Collegio prende direttamente in esame gli originari motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo e del ricorso incidentale, escluso il giudicato già formatosi (cfr. *ex plurimis*, C.g.a., n. 560 del 2023, n. 537 del 2023, n. 325 del 2023, n. 1253 del 2022, n. 1132 del 2022, n. 791 del 2022; Cons. Stato, sez. IV, n. 234 del 2022; n. 1137 del 2020).

14. Il ricorso introduttivo di primo grado è infondato e deve essere respinto.

14.1. Infatti:

a) il paragrafo 17.2 del disciplinare di gara ha previsto che l'offerta economica avrebbe dovuto contenere, a pena di esclusione, *“una dichiarazione conforme al modello OE1, nella quale devono essere evidenziati i costi degli elementi di calcolo del prezzo offerto, con particolare riferimento al costo contrattuale secondo il CCNL corrispondente ai profili di operatore da impiegare, agli eventuali costi derivanti da peculiari caratteristiche organizzative dell'impresa, ai costi generali di espletamento del servizio, all'utile di impresa e con la specificazione dei costi relativi alla sicurezza afferente all'esercizio della propria attività che devono risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio oggetto di offerta.”*;

b) l'offerta economica non concerne il mero importo monetario offerto dal concorrente (unitamente all'indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale), ma riguarda anche gli ulteriori elementi che concorrono a sorreggere, sotto il profilo economico, il suddetto importo monetario offerto dall'operatore economico partecipante alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 7497 del 2023, che - pur pronunciando sulla diversa questione concernente il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica – ha ritenuto sussistente la violazione di tale divieto in caso di presenza, nell'offerta tecnica, di *“elementi economici”* idonei ad individuare l'offerta economica, con ciò presupponendo implicitamente, ma chiaramente, che la nozione di *“offerta economica”* non si risolve nel solo importo monetario offerto in sede di gara, ma si estenda anche ai predetti ulteriori elementi economici);

c) a differenza di quanto affermato nel ricorso, il documento in questione, richiesto espressamente a pena di esclusione dal paragrafo 17.2 del disciplinare di gara, rientra a pieno titolo nella suddetta nozione di *“offerta economica”*, essendo utile a specificare gli elementi economici in relazione all'importo monetario offerto dal concorrente, oltre ad indicare il margine di utile dell'impresa;

d) nel presente caso è pacifico che tale documento non è stato presentato dall'a.t.i. associazione Ialite onlus-società cooperativa sociale OMISSIS “per una mera dimenticanza” (pag. 2 del ricorso di primo grado);

e) non sarebbe stato inoltre possibile attivare il meccanismo del soccorso istruttorio, trattandosi di carenze dell'offerta economica, stante il divieto di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. VII, n. 234 del 2023).

15. Stante il rigetto del ricorso principale, rimane confermata l'esclusione dell'a.t.i. associazione Ialite onlus/società cooperativa sociale OMISSIS dalla gara in questione, con conseguente improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale, riproposto con il terzo e con il quarto motivo d'appello (sulla improcedibilità del ricorso incidentale, in caso di rigetto del ricorso principale, cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 3094 del 2021, § 15.5 “*se è vero che le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea 4 luglio 2013, Fastweb (causa c-100/12), 5 aprile 2016 Puligienica (causa c-689/13) e 5 settembre 2019 Lombardi (causa c-333/18) hanno affermato la necessità di esaminare sempre il ricorso principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente ed a prescindere dal numero dei partecipanti alla gara e dalla natura dei vizi dedotti, è anche vero tuttavia che nessuna pronuncia del giudice europeo, né del giudice nazionale, ha mai affermato la necessità di esaminare comunque il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicataria, qualora, secondo il principio della ragione più liquida, il ricorso principale sia già stato esaminato e sia stato dichiarato infondato*”).

16. In definitiva l'appello deve essere accolto ai sensi di quanto esposto (primo e secondo motivo d'appello) e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata (ad eccezione della parte già passata in giudicato), il ricorso introduttivo di primo grado deve essere respinto, ed il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

17. Le spese di lite del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo in favore dell'appellante, sussistendo invece giuste ragioni per compensare le spese di lite del doppio grado di giudizio con il Comune di Capri Leone.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 698/2023, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, ad eccezione della parte già passata in giudicato:

- respinge il ricorso introduttivo di primo grado;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale di primo grado;
- condanna l'associazione OMISSIS onlus al pagamento delle spese di lite del doppio grado di giudizio in favore della OMISSIS società cooperativa sociale a r.l., complessivamente liquidate in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, e rifusione dei contributi unificati versati per il ricorso incidentale di primo grado e per il ricorso in appello;
- compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio con il Comune di Capri Leone.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

Giuseppe Chinè, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

Marco Mazzamuto, Consigliere

L'ESTENSORE

Michele Pizzi

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO