

Pubblicato il 28/04/2017

N. 02271/2017 REG.PROV.COLL.
N. 04367/2016 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4367 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale, in proprio e in qualità di mandante della costituenda A.t.i. con Società Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero, Fabio Ruggiero, con domicilio eletto presso lo studio dei difensori in Napoli, via Vittorio Veneto n. 288/A;

contro

A.s.l. Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Annamaria De Nicola, Maria Fusco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Annamaria De Nicola in Napoli, via Comunale del Principe n. 13/A;

nei confronti di

Centro di Fisiocinesiterapia Serapide s.p.a., Centro Studi della Scoliosi s.r.l. e Nestore Consorzio di Cooperative Sociali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Massimo Scalfati, Stefano La Marca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Massimo Scalfati in Napoli, via Gaetano Azzariti n. 6;

e con l'intervento di

Gesco Consorzio di Cooperative sociali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lucio Perone, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Centro Direzionale Isola G/8;

per l'annullamento

- a) del Verbale di gara rep. n. 1859 del 22 luglio 2016, con cui è stata disposta l'esclusione della costituenda A.T.I. Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus/Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale dalla procedura aperta, bandita dall'A.s.l. Napoli 1 Centro, per l'affidamento del Servizio di Assistenza Domiciliare nei confronti degli utenti aventi diritto, residenti nell'ambito territoriale del Comune di Napoli, Capri e Anacapri;
- b) ove e per quanto occorra, in parte qua, del Bando di gara, del Disciplinare e del Capitolato speciale d'appalto;
- c) di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compresi tutti gli ulteriori verbali di gara e, in particolare, il verbale di gara del 31 agosto 2016, nonché i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva (ove adottati);
nonché per la declaratoria

del diritto del costituendo R.T.I. Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus/Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale alla riammissione nella procedura aperta de qua;
e per la condanna

dell'intimata Amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente;

per l'annullamento, a seguito della presentazione del ricorso per motivi aggiunti:

- della delibera del Direttore generale della A.s.l. Napoli 1 Centro n. 397 del 24 ottobre 2016, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. controinteressato della procedura di gara;

- di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compresi quelli relativi al subprocedimento di verifica della anomalia della offerta del R.T.I. controinteressato;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.s.l. Napoli 1 Centro, del Centro di Fisiocinesiterapia Serapide s.p.a., del Centro Studi della Scoliosi s.r.l., di Nestore Consorzio di Cooperative Sociali e di Gesco Consorzio Cooperative sociali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2017 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio, il Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale - in proprio e in qualità di mandante della costituenda A.t.i. con Società Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus - ha impugnato il verbale di gara, con il quale è stata disposta l'esclusione della predetta A.t.i. da una procedura di gara indetta dalla A.s.l. Napoli 1 Centro per l'affidamento del servizio di cure domiciliari, da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso percentuale sul totale delle voci soggette a ribasso. Oltre all'annullamento dell'atto di esclusione, il Consorzio ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Si è costituito in giudizio il r.t.i. aggiudicatario, composto dal Centro di Fisiocinesiterapia Serapide s.p.a., dal Centro studi della scoliosi s.r.l. e da Nestore Consorzio di cooperative sociali – Società cooperativa speciale onlus, eccependo l'inammissibilità del ricorso, per omessa tempestiva impugnazione degli atti presupposti, e contestando nel merito la fondatezza delle domande azionate dalla parte ricorrente.

Si è costituita in giudizio anche la A.s.l. Napoli 1 centro, eccependo, in via preliminare, la inammissibilità del ricorso per la mancata tempestiva impugnazione del bando di gara e contestando, nel merito, la fondatezza delle dedotte censure.

Con atto notificato in data 20 ottobre e depositato il 22 ottobre 2016, ha dispiegato atto di intervento Gesco – Consorzio di cooperative sociali, attuale gestore del servizio nonché soggetto partecipante alla gara (classificatosi al 2° posto), chiedendo:

- l'accoglimento del ricorso, nella parte in cui è diretto all'annullamento della intera gara per sovrastima della base d'asta;
- la reiezione del ricorso nella parte relativa all'annullamento del provvedimento di esclusione e la riammissione del consorzio ricorrente alla gara.

Con ricorso incidentale condizionato, il raggruppamento aggiudicatario ha impugnato il provvedimento di esclusione nella parte in cui non ha individuato altri motivi ulteriori per disporre la esclusione dalla gara del raggruppamento di cui il Consorzio ricorrente fa parte. A tale riguardo, il controinteressato evidenzia, che il raggruppamento di cui fa parte il Consorzio ricorrente, al fine di giustificare l'offerta, ha unilateralmente ribassato il costo della manodopera (non soggetto a ribasso) e ha stimato erroneamente il costo del lavoro, facendo riferimento al reclutamento del personale con partita i.v.a. e non al personale con rapporto di lavoro subordinato.

Con ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 16 novembre 2016 e depositato in data 18 novembre 2016, il Consorzio ricorrente ha impugnato la delibera del direttore generale della A.s.l. Napoli 1 Centro n. 397 del 24 ottobre 2016, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara al raggruppamento controinteressato, chiedendone l'annullamento per illegittimità derivata.

Con istanza depositata in data 3 dicembre 2016 il raggruppamento controinteressato ha chiesto la riunione del presente ricorso con quello proposto da Gesco e avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Con ordinanza n. 2121/2016 è stata respinta l'istanza cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente.

All'udienza pubblica del 21 marzo 2017, la causa è stata trattenuta in decisione.

Preliminariamente, deve essere esaminata l'istanza presentata in data 3 dicembre 2016 dal raggruppamento controinteressato (Centro di Fisiocinesiterapia Serapide s.p.a., dal Centro studi della scoliosi s.r.l. e da Nestore Consorzio di cooperative sociali – Società cooperativa speciale onlus) e diretta ad ottenere la riunione del ricorso in esame (R.G. n. 4367/2016) con il ricorso con quello proposto da Gesco (ricorso R.G. n. 5406/2016), avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

L'istanza non può essere accolta.

Ancorché i ricorsi si riferiscano alla medesima procedura di gara, la diversa soggettività dei ricorrenti (principali), il diverso petitum dei due ricorsi (nel ricorso in esame, il ricorrente contesta il provvedimento di esclusione e solo in via derivata l'aggiudicazione in favore del controinteressato) e la complessità delle questioni giuridiche dedotte nei rispettivi giudizi giustificano la trattazione separata delle domande azionate nei predetti ricorsi.

Sempre in via preliminare, il Collegio è chiamato a valutare l'eccezione di inammissibilità, sollevata dal raggruppamento controinteressato, in ordine all'atto di intervento dispiegato da Gesco – Consorzio di Cooperative sociali.

L'eccezione è fondata.

Secondo l'orientamento pacifico della giurisprudenza amministrativa, l'intervento nel processo amministrativo – dispiegato ai sensi dell'art. 28, comma 2, c.p.a. - non è litisconsortile autonomo, ma adesivo dipendente, cioè a sostegno delle ragioni di una o di altra parte (ad adiuvandum o ad opponendum), il che implica che esso è consentito a condizione che il soggetto, se legittimato, non sia decaduto dal diritto di impugnare il provvedimento amministrativo e che l'interveniente non può proporre domande nuove o diverse, né estendere la portata del devolutum, introducendo nuove domande od eccezioni che non siano rilevabili d'ufficio (Consiglio di Stato, sez. IV, 16 dicembre 2016 n. 5340).

Orbene, il Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale ha chiesto l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara de qua e il risarcimento in forma specifica (attraverso l'aggiudicazione e il subentro nel contratto) e per equivalente; non si rinviene invece né nel ricorso introduttivo del giudizio né nel ricorso per motivi aggiunti la domanda di annullamento della intera procedura di gara (la richiesta di annullamento in parte qua del bando e del disciplinare di gara è funzionale alla partecipazione del ricorrente medesimo alla gara dalla quale è stato escluso).

Stando così le cose, l'atto di intervento dispiegato da Gesco deve essere dichiarato inammissibile, in quanto diretto ad ampliare il thema decidendum.

Ritiene poi il Collegio di poter prescindere dall'esame delle eccezioni di irricevibilità/inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, per la mancata tempestiva impugnazione del bando di gara, sollevata

sia dal consorzio controinteressato che dalla amministrazione resistente, essendo il proposto gravame infondato nel merito.

Con l'unico articolato motivo del ricorso introduttivo del giudizio, il Consorzio ricorrente deduce: Violazione dell'art. 87 del d.lgs. n. 163/2006; violazione della l. n. 241/1990; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione del giusto procedimento; violazione della lex specialis di gara (art. 4 del disciplinare di gara); violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica (par condicio competitorum); eccesso di potere sotto diversi profili (errata ponderazione della fattispecie concreta; inesistenza dei presupposto; illogicità; contraddittorietà; ingiustizia manifesta; irrazionalità).

Sostiene la parte ricorrente che la stazione appaltante avrebbe sovrastimato il costo della manodopera, tanto da consentire alle imprese partecipanti alla gara la formulazione di ribassi molto elevati. A tale riguardo, fa rilevare che la soglia di anomalia è stata fissata nella misura dell'83,54%.

Sostiene, altresì, la parte ricorrente che la sovrastima del costo della manodopera le avrebbe consentito di destinare una parte del surplus alla copertura dei costi (soggetti a ribasso) relativi al funzionamento del servizio, ivi compresi gli oneri per la sicurezza.

Oltre a ciò, la parte ricorrente si duole del fatto che la Commissione di gara non abbia tenuto conto delle giustificazioni preventive fornite a corredo dell'offerta e l'abbia esclusa dalla gara senza consentire di fornire i chiarimenti necessari a fugare l'equivoco in cui la Commissione di gara sarebbe incorsa.

Le medesime censure sono dedotte in via derivata con ricorso per motivi aggiunti avverso la delibera del direttore generale della A.s.l. Napoli 1 Centro n. 397 del 24 ottobre 2016, con la quale è stata

disposta l'aggiudicazione definitiva della gara al raggruppamento controinteressato (Centro di Fisiocinesiterapia Serapide s.p.a., dal Centro studi della scoliosi s.r.l. e da Nestore Consorzio di cooperative sociali – Società cooperativa speciale onlus).

Le argomentazioni dedotte dalla parte ricorrente a sostegno della proposta impugnativa non possono essere condivise.

Occorre premettere che:

- il costo della manodopera (non soggetto a ribasso) è stato stimato dalla stazione appaltante in € 15.749.416,33; mentre il totale delle voci soggette a ribasso (comprendenti costi per attrezzature e materiali, costi di trasporto, spese generali, utile di impresa) è stato stimato dalla stazione appaltante in € 4.700.000,00;
- l'art. 4 del disciplinare di gara stabiliva che i costi interni della sicurezza, c.d. "costi aziendali", dovevano ritenersi ricompresi nella voce "spese generali";
- il raggruppamento di cui fa parte il Consorzio ricorrente ha offerto un ribasso percentuale pari al 100% sulle voci soggette a ribasso;
- la Commissione di gara ha disposto l'esclusione del costituendo raggruppamento, in quanto quest'ultimo, pur avendo dichiarato costi relativi alla sicurezza per € 100.320,50, ha poi offerto un ribasso del 100% sulle somme soggette a ribasso, azzerando del tutto gli oneri per la sicurezza; la Commissione di gara ha ritenuto non necessario alcun contraddittorio con il predetto raggruppamento, in ragione della palese non conformità della offerta alle previsioni della lex specialis.

Tanto premesso, il Collegio rileva che il disciplinare di gara aveva precisato che: "L'onere relativo al costo della manodopera, indicato nel modello di offerta in € 15.749.416,33 + Iva nel triennio, è da

considerarsi solo presuntivo, in quanto esso, nel corso di esecuzione dell'appalto, va contabilizzato sulla base delle effettive prestazioni svolte, tenendo conto: a) degli accessi; b) della durata di ciascun accesso; c) delle qualifiche del personale impiegato; d) delle tariffe orarie”.

Dunque, inconferenti si rivelano le argomentazioni dedotte dalla parte ricorrente secondo la quale la sovrastima del costo della manodopera le avrebbe consentito di destinare un surplus di risorse finanziare alla copertura delle altre voci dell'appalto soggette a ribasso (comprendenti costi per attrezzature e materiali, costi di trasporto, spese generali, utile di impresa).

Trattandosi di una stima presuntiva, la formulazione della offerta economica avrebbe dovuto prescindere dalla quantificazione del costo del lavoro, dovendo ogni competitore formulare la propria offerta tenendo conto invece delle voci soggette a ribasso, ossia dei costi per attrezzature e materiali, dei costi di trasporto, delle spese generali (ivi compresi gli oneri della sicurezza) e dell'utile di impresa.

Il raggruppamento di cui il Consorzio ricorrente fa parte, pur senza impugnare tempestivamente gli atti di gara (anzi, dichiarando, in sede di gara, di accettare “tutte le condizioni specificate nello schema di Convenzione, nel Capitolato Tecnico, e negli altri atti della presente gara...”), ha in sostanza stravolto le previsioni del bando e del disciplinare di gara, destinando una parte del costo della manodopera alla copertura delle altre voci (e, in particolare, alla copertura degli oneri della sicurezza) e pervenendo così a formulare un ribasso percentuale del 100%.

Tale modus operandi non solo non appare conforme alla lex specialis di gara, ma determina un evidente effetto distorsivo della

procedura di gara, configurando verosimilmente il raggruppamento in questione quale unico aggiudicatario della procedura di gara in questione.

Rispetto ad un tale sovvertimento delle regole della gara, appare dunque giustificata l'immediata esclusione del raggruppamento dalla procedura di gara, dovendo ritenersi che l'eventuale partecipazione del raggruppamento in sede procedimentale non avrebbe potuto verosimilmente incidere sulla determinazione della stazione appaltante di escluderlo dalla gara; anche le argomentazioni dedotte dalla parte ricorrente in sede processuale non si presentano idonee ad configurare un diverso esito procedimentale, atteso che la determinazione assunta dalla stazione appaltante non è espressione del potere discrezionale della stazione appaltante sulla valutazione della congruità/incongruità della offerta presentata, ma rappresenta l'applicazione delle regole stabilite dalla stazione appaltante in sede di redazione del bando e del disciplinare di gara, che avrebbero dovuto essere tempestivamente impugnate dalla parte ricorrente, ove ritenute preclusive alla formulazione di un'offerta concorrenzialmente valida.

In altre parole, non è ammissibile che un operatore economico partecipi ad una procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, mostrando così acquiescenza rispetto agli atti di gara, e nel contempo ritenga di poter sovvertire la disciplina di gara, stornando alcune risorse finanziarie stimate dalla amministrazione per la remunerazione del costo del lavoro (e qualificate dalla amministrazione stessa come non soggette a ribasso) per utilizzarle a copertura delle voci di spesa soggette a ribasso, pervenendo alla

formulazione di un ribasso percentuale del 100% sul prezzo a base di gara.

Stando così le cose, le domande azionate dal ricorrente sia nel ricorso introduttivo del giudizio che nel ricorso per motivi aggiunti debbono essere respinte, con conseguente declaratoria della improcedibilità del ricorso incidentale, formulato in via condizionata.

Le spese di giudizio, liquidate nel dispositivo, seguono la soccombenza; sono compensate nei confronti dell'interventore.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- Dichiara l'inammissibilità dell'atto di intervento dispiagato da Gesco – Consorzio di Cooperative sociali;
- Respinge il ricorso introduttivo del giudizio e il ricorso per motivi aggiunti;
- Dichiara improcedibile il ricorso incidentale condizionato.

Condanna il Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in € 1.500,00 (euro miljecinquecento/00), oltre accessori, in favore dell'A.s.l. Napoli 1 Centro e in € 1.500,00 (euro miljecinquecento), oltre accessori, in favore del raggruppamento controinteressato (Centro di Fisiocinesiterapia Serapide s.p.a., dal Centro studi della scoliosi s.r.l. e da Nestore Consorzio di cooperative sociali – Società cooperativa speciale onlus).

Spese compensate nei confronti dell'interventore Gesco – Consorzio di Cooperative sociali.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Primo Referendario

Paolo Marotta, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE
Paolo Marotta**

**IL PRESIDENTE
Santino Scudeller**

IL SEGRETARIO