

N. 00665/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01666/2023 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 Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1666 del 2023, proposto da Cooperativa Sociale Vibosalus, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A002C4BE0C, rappresentata e difesa dall'avvocato Concetta Piacente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Vibo Valentia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maristella Paoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Santa Chiara Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Colaci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione n. 1907 del 3 ottobre 2023, avente ad oggetto "AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE DELL'ASILO NIDO COMUNALE. ANNO EDUCATIVO 2023/2024 – PERIODO SETTEMBRE

2023 - GIUGNO 2024 (PER UNA DURATA PRESUMIBILE DI 41 SETTIMANE) CIG: A002C4BE0C CUP: E49G23000390005”, pubblicata sull’albo pretorio del Comune di Vibo Valentia in pari data, nonché di tutti gli altri atti ad essa prodromici, presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresi i verbali delle sedute di gara, con particolare riguardo al verbale della seduta del 13 settembre 2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vibo Valentia e di Santa Chiara Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2024 il dott. Giampaolo De Piazzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il comune di Vibo Valentia indiceva con determina n. 1533 di data 11 agosto 2023 una procedura ad evidenza pubblica per la gestione dell’asilo nido comunale per un periodo di quarantuno settimane dal 14 settembre 2023 al 29 giugno 2024. Entro il termine prescritto dal disciplinare di gara presentavano offerta cinque concorrenti. All’esito delle operazioni di gara compiute dalla preposta commissione, con assegnazione dei punteggi attribuiti per l’offerta tecnica e per quella economica, veniva individuata come migliore offerta quella presentata dalla Santa Chiara società cooperativa sociale, che aveva conseguito il punteggio complessivo di 98,77 (punti 89 per l’offerta tecnica e 9,77 per quella economica), seguita dalla cooperativa sociale Vibosalus, alla quale veniva attribuito il punteggio complessivo di 96,93 (punti 87 per l’offerta tecnica e 9,93 per quella economica).

1.1. Con determinazione n. 1907 del 3 ottobre 2023 la stazione appaltante aggiudicava il servizio de quo agitur alla Santa Chiara società cooperativa sociale (di seguito, breviter, coop. Santa Chiara).

La cooperativa sociale Vibosalus (di seguito, breviter, coop. Vibosalus) presentava istanza di accesso agli atti, chiedendo l'ostensione della documentazione presentata dall'aggiudicataria, comprese l'offerta tecnica e quella economica, nonché i verbali di gara ed i punteggi attribuiti a tutte le concorrenti.

2. Ottenuti i documenti richiesti, la coop. Vibosalus riteneva che la stazione appaltante avesse erroneamente aggiudicato la gara alla coop. Santa Chiara, e presentava tempestivo ricorso con cui impugnava il provvedimento di aggiudicazione del 3 ottobre 2023, chiedendone l'annullamento unitamente ai verbali di gara con conseguente esclusione dell'aggiudicataria ed aggiudicazione del procedimento selettivo in suo favore.

2.1. In particolare, con il primo motivo di censura la ricorrente lamentava la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dei principi di imparzialità, terzietà, trasparenza, buona fede, buon andamento, par condicio participationis, nonché dell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023, ed un non corretto esercizio del potere amministrativo.

La ricorrente osservava che l'aggiudicataria, nel formulare la propria offerta, si era limitata ad indicare alla lettera a) l'importo totale che richiedeva per l'esecuzione del servizio ed alla lettera b) la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro, ma non aveva indicato i costi della manodopera. In dipendenza di tale omissione, secondo la ricorrente l'aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto l'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 impone di indicare, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Rilevava sul punto la ricorrente che l'obbligo di indicare separatamente i costi della manodopera sussiste

anche se lo stesso non risulta specificato nella documentazione della gara di appalto, e che tale indicazione rappresenta una componente essenziale dell'offerta economica, normalmente sottratta al soccorso istruttorio.

2.2. Con il secondo motivo di gravame la ricorrente deduceva la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5, comma e), del disciplinare di gara nonché dell'art. 97 Cost. e dei principi di buon andamento, buona fede, economicità, imparzialità, par condicio participationis, oltre ad un non corretto esercizio del potere amministrativo.

Nello specifico, osservava la ricorrente che l'offerta economica dell'aggiudicataria risultava sprovvista di sottoscrizione, malgrado l'art. 5, comma 3, del disciplinare di gara imponesse espressamente la sottoscrizione con firma digitale dell'istanza di partecipazione e dell'offerta economica.

2.3. La ricorrente proponeva altresì istanza cautelare, ravvisando il periculum in mora nella breve durata prevista del servizio de quo agitur.

3. Si costituiva ritualmente la controinteressata, confutando le censure avanzate dalla ricorrente. In particolare, quanto al primo motivo di ricorso la controinteressata deduceva che l'art. 6, ultimo comma, del disciplinare di gara imponeva esclusivamente di distinguere, a pena di esclusione, l'importo del servizio dall'importo dei costi per la sicurezza aziendale e che l'art. 128 d.lgs. n. 36 del 2023, concernente l'affidamento dei servizi alla persona, non menziona fra le norme in esso richiamate il precedente art. 108, il cui comma 9 impone l'indicazione specifica dei costi della manodopera.

Rilevava inoltre la controinteressata che in ogni caso non sussisteva l'obbligo di indicare i costi della manodopera nell'offerta economica da essa presentata trattandosi di gara indetta per l'affidamento di servizi di natura intellettuale, per i quali il predetto comma 9, ultimo periodo, esclude la necessità di una tale indicazione.

Per quanto attiene il secondo motivo di ricorso, la coop. Santa Chiara rilevava che, come da documentazione dimessa, l'offerta economica da essa presentata in gara risultava regolarmente sottoscritta con firma digitale.

3.1. Si costituiva anche il Comune intimato, ugualmente sostenendo che il servizio di gestione dell'asilo nido è da ricomprendere entro il perimetro dei servizi di natura intellettuale, con conseguente esclusione dall'obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica. Inoltre, a pretesa riprova della non applicabilità di detta indicazione, la difesa comunale evidenziava che né il bando di gara né il disciplinare avrebbero previsto un tale obbligo e richiamava l'art. 6 del capitolato speciale d'appalto sostenendo che quanto ivi descritto confermerebbe la natura di servizi intellettuali. Da ultimo, sosteneva la stazione appaltante che il costo effettivo per il personale risultava rilevabile solo in un secondo momento a seguito della corresponsione dell'importo dovuto, da determinare mediante riferimento alle ore effettivamente prestate da ciascun operatore impiegato nell'esecuzione del servizio moltiplicate per il relativo costo orario.

Relativamente al secondo motivo di ricorso, anche la difesa comunale evidenziava la regolare sottoscrizione con firma digitale dell'offerta economica presentata dall'aggiudicataria.

3.2. La controinteressata dimetteva anche memoria difensiva in cui ribadiva le argomentazioni già esposte in memoria di costituzione, sviluppandole con ulteriori considerazioni.

In particolare, sempre con riferimento all'indicazione separata dei costi della manodopera, la controinteressata rilevava che un tale adempimento da un lato sarebbe stato escluso dall'art. 6, ultimo comma, del disciplinare che imponeva esclusivamente la distinzione dei costi per la sicurezza, e dall'altro sarebbe stato reso superfluo dall'art. 3 del capitolato che subordinava il pagamento del personale alla presentazione di un apposito rendiconto mensile delle ore effettivamente prestate,

con la conseguente impossibilità giuridica e materiale di prevedere in anticipo il relativo costo.

3.3. La ricorrente replicava alle difese delle parti intimato con apposita memoria dimessa in vista della camera di consiglio fissata per la discussione dell'istanza cautelare da essa proposta.

4. Con ordinanza cautelare di data 1 dicembre 2023 n. 685/2023 il Collegio, preso atto che il contratto di appalto risultava già stipulato e che l'aggiudicataria aveva avviato l'esecuzione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale, nonché tenuto conto degli interessi particolarmente delicati dei bambini in tenera età destinatari di detto servizio, respingeva l'istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, fissando la pubblica udienza per la discussione del merito del giudizio.

5. Entrambe le parti resistenti dimettevano memoria difensiva ex art. 73 c.p.a. ribadendo le argomentazioni formulate nei precedenti atti processuali. La controinteressata, in particolare, sosteneva che qualora fosse stato configurabile un obbligo di separata indicazione dei costi della manodopera la stazione appaltante avrebbe dovuto invitare la concorrente alla regolarizzazione della propria offerta mediante soccorso istruttorio, e rilevava l'ambiguità delle regole della lex specialis.

5.1. La ricorrente depositava memoria di replica, in cui ribadiva l'applicabilità dell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023, negava che l'appalto avesse ad oggetto l'affidamento di servizi di natura intellettuale e rilevava che la disciplina di gara non escludeva l'indicazione separata dei costi della manodopera, limitandosi a non prevedere nulla al riguardo.

6. Alla pubblica udienza del 13 marzo 2024 la causa passava in decisione.

7. Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

7.1. L'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 prevede espressamente che nelle offerte economiche presentate per l'aggiudicazione di pubblici appalti l'operatore economico concorrente è tenuto ad indicare, sotto espressa comminatoria di

esclusione dal procedimento selettivo, i costi della manodopera (oltre che gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, non oggetto di contestazione nel presente giudizio).

La previsione risulta assistita da una espressa sanzione espulsiva per l'ipotesi di violazione del precetto in essa contenuto, e riveste all'evidenza natura imperativa essendo funzionale alla salvaguardia di interessi di rilevanza superindividuale, come rilevato in giurisprudenza (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, sent. 28 febbraio 2023, n. 3422/2023). Ciò comporta che l'omessa specifica indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica determina l'obbligo della stazione appaltante di escludere l'offerente dalla gara, trattandosi di una ipotesi di esclusione espressamente prefigurata e quindi coerente con il principio di tassatività delle cause di esclusione degli operatori economici.

Inoltre, la disposizione riveste un ambito di applicazione generale, attesa la finalità di tutela delle condizioni di lavoro che ne costituisce la relativa ratio, e trova cittadinanza anche nelle procedure di affidamento di servizi sociali, come peraltro confermato dalla giurisprudenza formatasi sotto la vigenza della precedente disciplina recata dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 28 agosto 2023, n. 7982/2023).

7.2. Risulta documentalmente dimostrato, e risulta inoltre pacifico fra le parti, che l'aggiudicataria coop. Santa Chiara non ha effettuato una tale specifica indicazione nella propria offerta economica. Una tale omissione imponeva alla stazione appaltante di disporre l'esclusione, in conformità con la previsione contenuta nell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023.

Sia la controinteressata che la stazione appaltante hanno sostenuto con varie argomentazioni la non applicabilità per l'appalto de quo agitur della predetta disposizione e del conseguente obbligo di indicazione specifica.

Le tesi non risultano condivisibili e devono essere disattese.

7.3. In primo luogo, non risulta fondata la tesi secondo cui l'obbligo di indicazione specifica dei costi della manodopera non risulterebbe possibile in considerazione del fatto che il disciplinare di gara aveva previsto unicamente l'obbligo di indicare i costi per la sicurezza aziendale, mentre il capitolato speciale di appalto consentiva la quantificazione degli importi per il personale impiegato solo in un momento successivo all'avvenuta prestazione del servizio.

La disposizione contenuta nell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 riveste natura imperativa per cui si impone, mediante il principio dell'eterointegrazione prefigurato dall'art. 1339 c.c., nei confronti degli atti di gara che risultino lacunosi ovvero che contengano previsioni contrarie. Pertanto, la mancata previsione nella *lex specialis* dell'obbligo di indicazione specifica dei costi per la manodopera nell'offerta economica non impedisce l'applicazione della disposizione che lo impone, in quanto la lacuna nella disciplina di gara viene colmata mediante il richiamato principio dell'eterointegrazione, come da consolidato insegnamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 18 ottobre 2023, n. 9078/2023).

Inoltre, risulta irrilevante la circostanza che il disciplinare di gara non abbia previsto di indicare separatamente i costi della manodopera, in quanto come osservato dalla giurisprudenza tale obbligo dichiarativo sussiste anche a prescindere da una espressa previsione in tal senso della *lex specialis* (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, sent. 20 maggio 2022, n. 6531/2022).

E neppure può trovare adesione l'eccezione della controinteressata circa la non applicabilità dell'art. 108 d.lgs. n. 36 del 2023 per effetto del suo mancato richiamo nel successivo art. 128 relativo all'affidamento dei servizi sociali, in quanto l'obbligo di indicare separatamente nelle offerte economiche i costi della manodopera trova applicazione come già evidenziato anche nelle procedure di affidamento di servizi sociali (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 28 agosto 2023, n. 7982/2023).

Parimenti va disattesa l'eccezione con cui le parti resistenti pretendono di ricondurre la gestione di un asilo entro il perimetro dei servizi di natura intellettuale, per i quali l'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 espressamente esclude l'obbligo di indicazione separata dei costi de quibus.

Ed infatti, come chiarito in giurisprudenza, per affermare la natura intellettuale di una prestazione occorre che la stessa presenti un carattere prevalentemente professionale e quindi personale della relativa attività, tenuto conto che ciò che distingue la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità di una sua standardizzazione, occorrendo al contrario che risulti configurabile la necessità di un patrimonio di cognizioni professionali specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate (T.A.R. Sicilia - Palermo, sez. I, sent. 20 marzo 2023, n. 881/2023; Consiglio di Stato, sez. III, sent. 19 marzo 2020, n. 1974/2020).

Per ritenere integrata la natura intellettuale di un servizio risulta perciò necessario, sempre secondo la giurisprudenza, che sia rinvenibile in esso lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni che risultino prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse, mentre l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate e diverse caso per caso esula dal perimetro dei servizi di natura intellettuale (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 28 luglio 2020, n. 4806/2020).

Così ricostruita la natura ed il contenuto di tali servizi, appare evidente che le prestazioni inerenti l'appalto de quo agitur non rivestono tali caratteristiche. Ed infatti, dalla lettura del capitolato speciale d'appalto, ma anche dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, non emerge che il contenuto normale e quindi assolutamente prevalente delle prestazioni oggetto del servizio affidato presenti un carattere non standardizzato che richiede l'elaborazione di soluzioni personalizzate e diversificate

caso per caso, costituendo una tale elaborazione una eventualità di carattere secondario e non la normalità.

7.4. Sulla base delle considerazioni che precedono emerge la fondatezza della censura di violazione dell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 sollevata con il primo motivo di ricorso, tenuto anche conto del fatto che l'indicazione separata dei costi della manodopera non si presentava come un adempimento inesigibile, atteso che l'offerta presentata dalla ricorrente, ritualmente dimessa in giudizio, reca tale indicazione.

L'aggiudicataria andava quindi esclusa dalla gara per avere presentato un'offerta priva dell'indicazione separata dei costi della manodopera.

7.5. Al riguardo, non rileva che la *lex specialis* non contenesse la relativa prescrizione, e ciò sia per il già indicato effetto eterointegrativo della disposizione di natura imperativa che impone detto onere dichiarativo, e sia perché l'omessa indicazione nella disciplina di gara risulta priva di effetto affidante per l'operatore economico, come affermato dalla giurisprudenza (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, sent. 28 febbraio 2023, n. 3422/2023).

Ugualmente risulta irrilevante che la *lex specialis* di gara non abbia prefigurato una ipotesi di esclusione per il suvvisto motivo, in quanto un tale effetto risulta imposto dalla legge e trova applicazione a prescindere dall'esistenza di una specifica previsione in tal senso da parte della disciplina di gara (T.A.R. Lazio - Roma, sent. n. 3422/2023, cit.).

7.6. Inoltre, non coglie nel segno quanto affermato dalla controinteressata in ordine al fatto che la stazione appaltante, qualora avesse ravvisato l'obbligo di indicare separatamente i costi della manodopera, avrebbe dovuto invitare l'operatore economico a regolarizzare la propria offerta mediante soccorso istruttorio. Infatti, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, l'omessa separata indicazione dei predetti costi non può essere sanata mediante la procedura del

soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 17 febbraio 2022, n. 1191/2022; ad. pl., sent. 2 aprile 2020, n. 8/2020).

Parimenti non risulta condivisibile la tesi di ritenuta ambiguità delle regole della *lex specialis*, in quanto l'operatore economico risulta tenuto a conformare la propria condotta alle regole della diligenza professionale tratteggiata dal combinato disposto dagli artt. 1176, secondo comma, e 2236 c.c., eventualmente chiedendo delucidazioni alla stazione appaltante e, se del caso, impugnando tempestivamente la *lex specialis* del procedimento qualora le relative disposizioni impediscano la formulazione di una valida offerta.

7.7. Il riscontro della fondatezza del primo motivo di ricorso esime il Collegio dall'esame del secondo, in quanto l'eventuale infondatezza dello stesso non osterebbe all'accoglimento del gravame, da disporre per il suvvisto motivo.

Il ricorso proposto dalla coop. Vibosalus va pertanto accolto e, per l'effetto, vanno annullati i provvedimenti impugnati, compresa l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata.

8. L'annullamento dell'aggiudicazione non consente però di pronunciare la declaratoria di inefficacia del contratto tenuto conto delle coordinate normative tratteggiate dal legislatore all'art. 122 c.p.a., in quanto un eventuale subentro della ricorrente nella gestione dell'asilo comunale in un momento che si pone ormai in prossimità del termine dell'anno scolastico si presenta contrario agli interessi dei bambini in tenera età che beneficiano da mesi delle prestazioni rese dall'aggiudicataria.

Inoltre, non appare possibile pronunciare l'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente, considerato che un tale effetto postula l'esecuzione dei controlli previsti dall'art. 17, comma 5, secondo capoverso, d.lgs. n. 36 del 2023, di esclusiva spettanza della stazione appaltante.

La ricorrente potrà comunque richiedere tutela in sede risarcitoria.

9. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e si liquidano nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, compresa l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata.

Condanna in solido le parti resistenti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, a rifondere le spese di giudizio in favore del difensore antistatario della ricorrente, che si liquidano in € 4.000,00 oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge, nonché al rimborso del contributo unificato, secondo quanto previsto dall'art. 13, comma 6-bis.1, del d.P.R. n. 115 del 2002.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere

Giampaolo De Piazzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giampaolo De Piazzi

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO