

Costo orario da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia: "monte ore reale" o "monte ore teorico"?

di Giuseppe Bruno

Data di pubblicazione: 12-7-2019

Anomalia dell'offerta - Giustificazioni - Costo del lavoro - Criterio di calcolo - Divisore - Ore effettive - Utilizzo delle ore teoriche - Esclusione per mancata giustificazione del costo del lavoro - Legittima

Con la sentenza in esame, il TAR Puglia ha aderito al consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui per il costo orario da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta dev'essere assunto a criterio di calcolo il "monte ore reale", cioè il costo delle ore effettivamente lavorate, e non il "monte ore teorico", comprensivo delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, etc.).

Il principio è stato ribadito dal TAR pugliese nell'accogliere il ricorso incidentale presentato da un'impresa per contestare la mancata esclusione della ricorrente principale che, in sede di giustificazioni, non aveva dato conto del costo effettivo del lavoro, epurando il monte ore teorico totale dalle ore di assenza dal lavoro, conseguente vanificazione della garanzia per l'Amministrazione connessa al necessario computo del tasso di assenteismo medio.

In particolare, quale elemento sintomatico di tale errore, è stato censurato l'utilizzo del 'divisore' errato nel calcolo del rapporto tra costo annuo totale e ore annue lavorate.

Nella tabella relativa ai costi per il personale depositata in sede di giustificazioni, l'impresa utilizzava quale divisore il numero di ore teoriche da lavorare previsto dalle tabelle Ministeriali (nel caso di specie: 1976, cioè 38 ore settimanali x 52 settimane), così di fatto ottenendo un costo orario che non teneva conto delle ore medie non lavorate di ferie e di riposo nonché di tutte le altre ore di assenza che, per legge o per contratto, spettano al dipendente.

Al contrario, osserva il TAR, l'impresa avrebbe dovuto utilizzare, quale divisore, il numero di ore ottenuto sottraendo al monte ore teorico (1976) le ore medie non lavorate (428), così come individuate dalle predette Tabelle (nel caso di specie: $1976-428=1548$).

Solo quest'ultimo divisore permette di calcolare il costo orario effettivo del lavoro

Il divisore utilizzato dalla ricorrente principale è apparso idoneo esclusivamente a quantificare il costo orario teorico o contrattuale, in ipotesi gravante sul datore di lavoro a prescindere dalle assenze dei propri dipendenti; mentre solo il secondo permette di inglobare il costo orario effettivo del lavoro (che tiene conto del tasso di assenteismo medio).

I giudici hanno peraltro osservato che è possibile scostarsi dal divisore calcolato in base alle

ore medie effettivamente lavorate, indicando un costo medio dell'assenteismo calcolato in base ai dati di assenteismo in possesso dell'impresa, solo laddove venga fornita l'effettiva prova delle condizioni aziendali o delle organizzazioni del lavoro che giustificano lo scostamento rispetto ai predetti valori ministeriali.

Fuori da tali ipotesi, il dato delle ore annue mediamente lavorate non può in nessun caso essere ridotto sulla base di mere dichiarazioni provenienti dalla società interessata, coinvolgendo tale dato eventi diversi variabili e non rientranti nella disponibilità dell'impresa (quali, ad esempio, assemblee e permessi sindacali, malattia, infortuni, maternità).

Il principio - lo si è detto - è oggetto di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cons. Stato, sez. V, n. 2815/2017; Cons. Stato, sez. III, n. 4989/2016; TAR Bologna, n. 854/2017; TAR Venezia, n. 117/2018; TAR Napoli, n. 4600/2018).

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 01/04/2019

N. 00471/2019 REG.PROV.COLL.

N. 01472/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1472 del 2018, proposto da Consorzio di Cooperative Sociali S.C.S. Aranea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Irmici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Foggia - Stazione Unica Appaltante non costituita in giudizio;
Comune di San Severo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Ceddia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ati San Giovanni di Dio/Euromediterranea S.r.l. non costituita in giudizio;
San Giovanni di Dio Società Cooperativa Sociale per Azioni, Euromediterranea S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in proprio ed in qualità rispettivamente di capogruppo mandataria e mandante dell'A.t.i. costituenda, rappresentate e difese dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gennaro Notarnicola in Bari, via n. Piccinni, 150;

per l'annullamento, previa sospensione

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina n. 59671 del 18.10.2018 (ovvero, n. 2018/1676 del 18.10.2018) e della comunicazione prot. n. 59695 in pari data, con le quali è stata disposta l'aggiudicazione in favore dell'ATI "San Giovanni di Dio/Euromediterranea s.r.l." della gara n. 6-2018: "Procedura aperta per l'affidamento della gestione dei servizi: "Sportello Sociale, Servizio di Segretariato Sociale – Punto Unico di Accesso (P.U.A.), supporto per la gestione dei buoni di servizio regionali e Servizio di trasporto e accompagnamento degli alunni disabili, del Comune di San Severo";
- della determina dichiarativa della efficacia della aggiudicazione n. 1693 del 22.10.2018;
- del verbale della Commissione giudicatrice n. 8 dell'8.10.2018, contenente proposta di aggiudicazione in favore dell'ATI "San Giovanni di Dio/Euromediterranea s.r.l.";
- dei verbali della Commissione preposta all'esame della documentazione amministrativa e per la verifica dei requisiti di partecipazione nn. 1 e 2 del 2018, laddove hanno ammesso o non hanno escluso l'ATI aggiudicataria, e della Commissione giudicatrice nn. 3, 4, 5, 6 e 7 del 2018;
- della nota SUA prot. n. 65269 del 15.11.2018;
- delle giustificazioni rese dalla aggiudicataria il 24.8.2018 e il 18.9.2018, nonché delle richieste di giustificazioni inviate al Consorzio Aranea;
- della nota dell'11.6.2018 del Dirigente del Comune di San Severo, contenente la scelta dei componenti della Commissione giudicatrice e del Presidente della stessa;
- dei provvedimenti dirigenziali di nomina della Commissione ad hoc n. 16 del 18.5.2018 e della Commissione giudicatrice n. 16-bis del 25.6.2018;
- della determinazione a contrarre n. 2104 del 15.12.2017, degli allegati e di tutti i provvedimenti di approvazione degli atti indittivi, non conosciuti;

- nelle parti di ragione, del bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto;
- ove occorra e nelle parti di ragione, della convenzione tra SUA – CUC e Comune di San Severo del 21.5.2014 e del regolamento interno alla SUA del 2013 e di tutti i provvedimenti giuntali e consiliari del Comune di San Severo e della Provincia di Foggia a essi presupposti;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale, anche se non conosciuto, in quanto lesivo;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica, ovvero per equivalente; ovvero, alla riedizione della gara.

B) Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da San Giovanni di Dio Società Cooperativa Sociale per Azioni ed Euromediterranea S.r.l. il 20.12.2018:

- per l'annullamento, previa sospensione della determinazione n. 59671 del 18.10.2018 (ovvero, n. 2018/1676 del 18.10.2018), con sono stati approvati i verbali della "Procedura aperta per l'affidamento della gestione dei servizi: Sportello Sociale, Servizio di Segretariato Sociale – Punto Unico di Accesso (P.U.A.), supporto per la gestione dei buoni di servizio regionali e Servizio di trasporto e accompagnamento degli alunni disabili, del Comune di San Severo", limitatamente alla parte in cui non è stata disposta l'esclusione del Consorzio Cooperative Sociali S.C.S. "Aranea" e, sempre entro tali limiti, di tutti gli altri atti presupposti, connessi e/o consequenziali, fra cui – in particolare - la nota prot. n. 59695 in pari data recante comunicazione di detto provvedimento, la determinazione n. 1693 del 22.10.2018 dichiarativa dell'efficacia dello stesso, di tutti i verbali di gara, compresi quelli relative al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del medesimo Consorzio, e - nel dettaglio – di quelli nn. 1-2-3-4-5-6-7-8, della nota della S.U.A. prot. n. 65269 del 15.11.2018.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Severo, della San Giovanni di Dio Società Cooperativa Sociale per Azioni e della Euromediterranea S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale presentato dalle controinteressate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2019 la dott.ssa Rosaria Palma e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il ricorrente, Consorzio di Cooperative Sociali S.C.S. Aranea, ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento della gestione dei servizi concernenti *“Sportello Sociale, Servizio di Segretariato Sociale – Punto Unico di Accesso (P.U.A.), supporto per la gestione dei buoni di servizio regionali e Servizio di trasporto e accompagnamento degli alunni disabili, del Comune di San Severo”*.

2.- In esito alle operazioni di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono stati ammessi tre operatori: la ricorrente si classificava al secondo posto, mentre l'appalto veniva aggiudicato alle controinteressate (San Giovanni di Dio Società Cooperativa per Azioni ed Euromediterranea s.r.l.), mediante determina n. 59671 del 18.10.2018 comunicata in pari data alla ricorrente.

3.- L'esponente ritiene che la procedura di gara si sia svolta irregolarmente e che, perciò, l'aggiudicazione definitiva debba essere annullata, disponendosi il risarcimento del danno in forma specifica, ovvero per equivalente, ovvero consentendo, in ogni caso, la riedizione della gara in ragione dei vizi concernenti la nomina della commissione.

4.- Con il ricorso indicato in epigrafe il Consorzio Aranea ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, e tutti gli atti ad essa consequenziali, nonché i verbali, le giustificazioni rese dalla controinteressata in uno agli atti con i quali il Comune intimato ha posto in essere la scelta e la nomina dei componenti della Commissione giudicatrice e del Presidente della stessa. Il ricorrente ha impugnato altresì il bando, il disciplinare ed il capitolato per quanto di interesse e, infine, la determinazione a contrarre.

5.-A supporto del gravame il consorzio ha articolato i seguenti motivi di ricorso: *1. Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento agli artt. 89, commi 1 e comma 5, del d. lgs. 18.4.2016, n. 50 e 88, comma 1, del D.P.R. 5.10.2010, n. 207 Violazione della parte I del disciplinare di gara Violazione degli artt. 1346 e seguenti del codice civile. Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto di motivazione e di istruttoria; 2. Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento agli artt. 83, commi 1 e 5; 86, comma 4, e Allegato XVII, parte I, del d. lgs. 18.4.2016, n. 50 Violazione della parte I del disciplinare di gara Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto di motivazione e di istruttoria; 3. Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento agli artt. 48, comma 5, del d. lgs. 18.4.2016, n. 50 - Violazione del disciplinare di gara - Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto di motivazione e di istruttoria; 4. Violazione del disciplinare di gara - Violazione del principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa – Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto di motivazione e di istruttoria; 5. Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento al combinato disposto degli artt. 77 e 216, comma 12, del d. lgs. 50/2016 Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto*

di motivazione e di istruttoria; 6. Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento al combinato disposto dell'art. 77, comma 4, del d. lgs. 50/2016 Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto di motivazione e di istruttoria; 7. Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento al combinato disposto dell'art. 77, comma 3, del d. lgs. 50/2016 Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto di motivazione e di istruttoria; 8. Violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento al combinato disposto dell'art. 77, comma 4, del d. lgs. 50/2016 Eccesso di potere per omessa considerazione dei presupposti – travisamento - sviamento – contraddittorietà - difetto di motivazione e di istruttoria;

6.- In estrema sintesi le controinteressate avrebbero dovuto essere escluse, ovvero la Commissione avrebbe dovuto attribuire un punteggio maggiore al consorzio ricorrente in ragione della nullità, sotto diversi e plurimi profili, del contratto di avvalimento; non sarebbe stata certificata la solidità economica e finanziaria della società ausiliaria; sarebbe mancata la specificazione del modello – verticale, orizzontale, misto - di A.T.I. costituenda; la Commissione, infine, non avrebbe indicato nei verbali di gara i punteggi attribuiti ai singoli sub criteri così come prescritto dal disciplinare di gara.

In ogni caso sarebbero rilevanti a monte – anche ai fini della ripetizione o rinnovazione della gara- i vizi di nomina della Commissione, del Presidente e, in particolare del Rup che avrebbe svolto le funzioni di componente della Commissione in violazione dell'art. 77 comma 4 del Codice.

7.- Si è costituito in giudizio il Comune di San Severo e le controinteressate, insistendo per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

8.- Con ricorso incidentale depositato in data 20.12.2018 la società San Giovanni di Dio Società Cooperativa per Azioni e la Euromediterranea s.r.l., in proprio ed in qualità rispettivamente di capogruppo mandataria e mandante dell'A.t.i. costituenda, hanno impugnato la determinazione n. 59671 del 18.10.2018 (ovvero, n. 2018/1676 del 18.10.2018), con la quale sono stati approvati i verbali della gara oggetto di causa limitatamente alla parte in cui non è stata disposta l'esclusione del Consorzio Cooperative Sociali S.C.S. "Aranea" con contestuale richiesta di declaratoria di inammissibilità o di rigetto del ricorso principale.

9.- Le controinteressate hanno fondato il ricorso incidentale volto a contestare la mancata esclusione del Consorzio Aranea sia per aver reso dichiarazioni non veritiere sull'effettivo costo del lavoro, sia per aver fornito sullo stesso insufficienti e/o inidonee giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, così rubricando i relativi motivi di ricorso: *1. Violazione art. 80 comma 5 lett. c) e f bis Dlgs 50/2016, Violazione art. 75 DPR 445/2000, Violazione art. 87 CCNL delle Cooperative Sociali. Violazione art. 11 e 18 del Capitolato speciale di appalto, Eccesso di Potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione. 2. Violazione artt. 11 e 18 del Capitolato speciale di appalto. Violazione art. 36 Cost. Violazione del CCNL delle Cooperative sociali. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea presupposizione, illogicità ed ingiustizia manifesta.*

10.- Con ordinanza del 21.1.2019, le esigenze cautelari sono state soddisfatte con la tempestiva trattazione del merito ai sensi dell'art. 55 comma 10 cod. proc. amm.

11.- All'udienza pubblica del giorno 13.2.2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

12.- Deve darsi priorità, anche in considerazione dell'ammissione alla gara di un terzo concorrente (non evocato in giudizio), all'esame del gravame incidentale "paralizzante" con cui le ricorrenti incidentali hanno eccepito la carenza di una condizione dell'azione del Consorzio Aranea, sostenendo che quest'ultimo andasse escluso dalla gara e che quindi, una volta escluso, non potesse sindacarne gli esiti, non avendovi interesse (Cons. St. A.P. 4/2011 e 9/2014, Ad Pl. 6/2018).

13.- Sostengono, in primis, le ricorrenti incidentali che il Consorzio "Aranea" avrebbe reso in sede di verifica, da parte della Stazione appaltante, del costo del lavoro, dichiarazioni non veritiere in ordine al carattere meramente eventuale dell'obbligo di assistenza sanitaria integrativa spettante ai dipendenti, tanto da indicare, per tale voce, un costo pari a zero.

13.1- Il Collegio ritiene di condividere tale doglianza.

13.2-L'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, dispone che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico nel caso in cui riscontrino il tentativo di influenzare indebitamente il proprio processo decisionale o accertino la produzione anche per negligenza di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

13.3- Per quanto qui interessa, poi, la lett. f-bis) del medesimo art. 80, comma 5, stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere.

13.4- In proposito, la giurisprudenza ha precisato che le norme citate, nel consentire l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che fornisca anche per negligenza informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sulla selezione o l'aggiudicazione, include indubbiamente, nell'ambito delle dichiarazioni da essa considerate rilevanti, anche quelle relative alle caratteristiche dell'offerta ove idonee a influire sul processo decisionale dell'amministrazione, in ordine all'attribuzione del punteggio o più in generale all'individuazione del concorrente aggiudicatario (cfr. C.d.S., sez. V, 8 maggio 2018, n. 2747).

13.5- Tanto premesso, nel caso in esame, l'art. 11 del Capitolato speciale di appalto faceva obbligo ai partecipanti di indicare con apposita dichiarazione il CCNL di categoria applicato al personale e di vincolarsi alla puntuale sua applicazione.

All'uopo, il Consorzio Aranea indicava, anche in sede di giustificazioni, il Contratto per le Cooperative sociali, il cui art. 87 prevede, inequivocabilmente, a decorrere dal 2013, l'obbligo di iscrizione dei lavoratori a tempo indeterminato ai fondi di assistenza sanitaria integrativa.

Per cui, contrariamente a quanto dichiarato alla stazione appaltante dal Consorzio Aranea, per tale categoria di dipendenti (pur sussistenti nell'organigramma della società) l'iscrizione non era meramente eventuale. A ciò conseguiva l'obbligo del pagamento del contributo mensile previsto contrattualmente per l'Assistenza sanitaria integrativa, e, per l'effetto, l'aumento della voce relativa al costo del lavoro.

13.6- Ciò appare sufficiente a ritenere provata la non veridicità delle dichiarazioni rese dalla ricorrente principale alla stazione appaltante, la cui rilevanza è del tutto evidente trattandosi di elemento qualitativo su cui la commissione si è basata per la valutazione dell'offerta.

Trattandosi, in ogni caso, di dichiarazioni rilevanti ex art. 80 comma 5 lett. f-bis D.lgs. 50/16, l'esclusione dalla gara da parte della P.A. procedente costituiva atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, per effetto della mera omissione da parte dell'operatore economico.

14.- E' altresì fondato il secondo motivo del ricorso incidentale con il quale è censurata la mancata esclusione del Consorzio Aranea in considerazione delle giustificazioni, rese in sede di verifica dell'anomalia, che non hanno dato conto del costo effettivo del lavoro, epurato, cioè, dalle ore di assenza dal lavoro, con conseguente vanificazione della garanzia per l'Amministrazione connessa al necessario computo del tasso di assenteismo medio.

14.1- Sul punto, infatti, la giurisprudenza afferma in modo costante (ex multis, Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 974), che per il costo orario del personale da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni).

14.2.- Nel caso di specie, dall'esame della tabella relativa ai costi per il personale (C1, D2, D3), depositata in sede di giustificazioni (in atti), si evince che "Aranea" ha utilizzato il divisore 1976 (vale a dire il numero di ore teoriche da lavorare previsto dalle tabelle Ministeriali e, cioè, 38 ore settimanali x 52 settimane), così di fatto ottenendo un costo orario (dato dal rapporto tra costo annuo totale/ore teoriche lavorate) che non tiene conto delle ore medie non lavorate di ferie e di riposo nonché di tutte le altre ore di assenza che, per legge o per contratto, spettano al dipendente.

14.3.- Viceversa, alla stregua delle citate Tabelle Ministeriali il Consorzio Aranea avrebbe dovuto utilizzare il divisore 1.548, fattore che si ottiene sottraendo al monte ore teorico (1976) le ore medie non lavorate (428), così come individuate dalle predette Tabelle.

Infatti, solo il divisore 1548 ingloba effettivamente il costo orario effettivo del lavoro (che tiene conto del tasso di assenteismo medio), mentre il divisore effettivamente utilizzato dal ricorrente principale (1976) consente solo di quantificare il costo orario teorico o contrattuale, in ipotesi gravante sul datore di lavoro a prescindere dalle assenze dei propri dipendenti.

14.4-Al riguardo, invero, il Collegio non ritiene sufficiente il fatto che, in sede di seconde

giustificazioni, il Consorzio Aranea abbia indicato il costo medio dell'assenteismo calcolato in base ai dati di assenteismo in possesso del Consorzio, in quanto lo stesso non ha fornito l'effettiva prova delle condizioni aziendali o delle organizzazioni del lavoro che giustificano lo scostamento rispetto ai predetti valori ministeriali.

Tanto anche nella considerazione che il dato delle ore annue mediamente lavorate non può in nessun caso essere ridotto sulla base di mere dichiarazioni provenienti dalla società interessata, coinvolgendo tale dato eventi diversi variabili e non rientranti nella disponibilità dell'impresa (quali, ad esempio, assemblee e permessi sindacali, malattia, infortuni, maternità), (nello stesso senso, Tar Venezia, 4.12.2018, n. 1117, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 11 luglio 2018, n. 4600.

14.5- Per cui, anche in ragione dell'insufficienza/inidoneità delle giustificazioni fornite in merito all'anomalia dell'offerta, l'Amministrazione avrebbe dovuto valutare di escludere l'offerta di Aranea, cosa che non è avvenuta nel caso di specie.

15.- Alla luce delle osservazioni esposte, il ricorso incidentale deve essere accolto siccome fondato, con conseguenziale declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale.

16.- Tale conclusione non muta neppure in considerazione del fatto che, con un residuale corredo di censure, la ricorrente principale mira anche ad infirmare la composizione della commissione giudicatrice e a contestare la mancata applicazione da parte della Commissione dei sub criteri di valutazione delle offerte presentate da tutti i concorrenti, intendendo così per il loro tramite, travolgere l'intera procedura di gara al fine strumentale di provocarne la riedizione.

16.1.-Il Collegio, al riguardo, ritiene che il ricorrente principale che, proprio in quanto avrebbe dovuto essere escluso, non può in via gradata dedurre altri motivi di doglianza intesi a conseguire il contrario risultato dell'aggiudicazione, vale a dire l'annullamento totale della procedura, in quanto asseritamente titolare di un interesse strumentale alla sua ripetizione. Tanto nella considerazione dell'assenza di una situazione legittimante che il ricorrente principale indubbiamente non possiede, al pari di ogni altro operatore economico che alla gara non abbia partecipato (Consiglio di Stato, A.P., 7 aprile 2011 n. 4).

16.2- Deve altresì considerarsi che proprio da ultimo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (ord. 6/2018), nel caso, come quello in esame, in cui alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione), nel rimettere ancora una volta alla Corte di Giustizia la definizione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, ha conclusivamente ritenuto di ribadire la necessità di rimettere al Giudice la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei

alla lite (art. 2909 c.c.).

16.3- Principiando, quindi, da tali valutazioni, il Collegio ritiene che non possa trovare tutela nel caso in esame l'interesse strumentale all'annullamento della procedura anche tenuto conto della genericità e manifesta infondatezza dei motivi su cui si basa il dedotto interesse alla ripetizione della gara.

16.4- Per quanto concerne l'attribuzione dei punteggi, infatti, valga osservare che, l'Amministrazione civica ha depositato in giudizio gli allegati al verbale n. 5 e, in particolare, analitica scheda dalla quale si evincono – per ciascun concorrente- i singoli punteggi attribuiti ad ogni sub-criterio di valutazione (asseritamente pretermessi dalla stazione appaltante) previsti rispettivamente per i criteri "A" (Qualità organizzativa dell'impresa), "B" (Qualità del servizio), "C" (Qualità economica), sicchè la Stazione appaltante si è scrupolosamente attenuta, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale, alle prescrizioni della legge di gara.

16.5- Sotto altro, ma non meno determinante aspetto, la contestata nomina della Commissione di gara, imputata dal ricorrente principale al Comune intimato e non già alla S.U.A, è sconfessata dalle emergenze documentali e, in particolare, dalla determina 16 bis/2018 (in atti) con la quale la Provincia di Foggia, nella qualità di Stazione Unica Appaltante, ha nominato la commissione di gara.

Non essendo, all'atto della nomina della Commissione, infatti, ancora stato approvato l'Albo nazionale obbligatorio dei membri delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 78 del D.lg. n. 50 del 2016, non può trovare applicazione alla fattispecie in esame la disciplina di cui all'art. 77, in virtù del quale i membri delle commissioni devono essere scelti tra soggetti esperti nella materia oggetto di gara, non appartenenti alla stazione appaltante, operando, invece, il regime transitorio di cui all'art. 216, comma 12, con conseguente legittimità della nomina della commissione da parte dell'organo competente della stazione appaltante.

16.6- Con riferimento, invece, alla scelta del Presidente della Commissione, che, in quanto soggetto "interno" sarebbe incorso nelle incompatibilità previste dall'art. 77 comma 4 D.lgs. 50/2016, sia sufficiente rilevare che ai sensi della norma da ultimo citata, le attività incompatibili con la partecipazione ad una Commissione Giudicatrice di gara pubblica sono quelle attinenti agli incarichi di predisposizione della legge di gara e simili, ovvero lo svolgimento di un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto.

Nel caso di specie, invece, il Presidente aveva ricoperto identico incarico nella Commissione istituita dalla S.U.A. per l'esame della documentazione amministrativa e per la verifica dei requisiti di partecipazione. Deve, pertanto, escludersi in concreto, anche in considerazione della genericità della relativa censura, la lamentata incompatibilità non avendo svolto tale soggetto funzioni decisorie autonome nella predisposizione degli atti di gara, e non essendo stata, peraltro, fornita la prova circa gli elementi concreti da cui scaturirebbe l'incompatibilità tra i compiti svolti.

16.7.- Analoghe considerazioni debbono essere estese anche alla presunta incompatibilità tra

l'esercizio delle funzioni di RUP e quella di componente della Commissione. Al riguardo, infatti, risulta del tutto pacifico l'orientamento giurisprudenziale in base al quale nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, il ruolo di responsabile unico del procedimento può anche coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, tranne nei casi in cui sussista la concreta dimostrazione – del tutto assente nel caso in esame- che i due ruoli siano incompatibili, per motivi di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (ex multis, Consiglio di Stato sez. III, 26/10/2018, n.6082).

17- Alla luce delle suesposte considerazioni, e attesa la fondatezza del ricorso incidentale, il ricorso principale va dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

18.- Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara fondato il ricorso incidentale;
- dichiara il ricorso principale inammissibile per difetto di interesse.
- Condanna il Consorzio di Cooperative Sociali S.C.S. Aranea, al pagamento, a favore delle altre parti costituite, delle spese di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Giacinta Serlenga, Consigliere

Rosaria Palma, Referendario, Estensore