

Esclusione dell'offerente in caso di difformità tra offerta e prescrizioni del capitolato, pur in assenza di un'espressa sanzione espulsiva

di Isabella Raso

Data di pubblicazione: 10-5-2021

La difformità tra offerta e prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la lex specialis non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste.

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, la Sezione V del Consiglio di Stato si pronuncia in merito alle conseguenze sottese alla presentazione di un'offerta difforme rispetto alle prescrizioni dettate dal capitolato.

La questione sottoposta all'attenzione del Collegio prende le mosse dall'intervenuta aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento dell'appalto dei servizi di gestione del centro assistenza anziani, asilo nido, ristorazione scolastica e servizi ausiliari per il Comune di Maniago in favore del raggruppamento Cooperativa Itaca Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S.

La seconda classificata, Sodexo Italia S.p.A., ha chiesto l'annullamento in autotutela per la mancata verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria, pur sussistendo i presupposti di cui all'art. 97, comma 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016. La Stazione Appaltante ha accolto la richiesta e ha annullato in autotutela il provvedimento di aggiudicazione, avviando il procedimento di verifica dell'anomalia che si è concluso con un giudizio di congruità dell'offerta formulata dalla Cooperativa Itaca e conseguente aggiudicazione alla stessa.

Avverso tale aggiudicazione, è stato proposto ricorso dalla seconda classificata, accolto dal Tar Friuli con sentenza n. 171 del 29 maggio 2020 nella parte in cui la ricorrente ha dedotto l'imprecisione, indeterminatezza e contraddittorietà dell'offerta tecnica presentata dal raggruppamento aggiudicatario, in particolare per la discrasia rilevata in punto di ore di lavoro impiegate per le unità di infermieri previste per lo svolgimento del servizio e per la difformità dell'offerta dell'aggiudicataria con il capitolato per quanto concerne il servizio di refezione domiciliare, che il capitolato prescriveva dover essere svolto "7 giorni su 7", mentre

nell'offerta aggiudicataria risultava previsto per sei giorni su sette.

La società Cooperativa Itaca ha, dunque, impugnato la predetta sentenza proponendo ricorso in appello e la società Sodexo Italia S.p.A. ha proposto appello incidentale.

Il Collegio, concludendo per la reiezione dell'appello principale, ha ritenuto dirimente il contrasto tra il contenuto dell'offerta tecnica presentata dalla Cooperativa Itaca e le prescrizioni imposte dal disciplinare di gara con riferimento allo svolgimento del servizio di ristorazione per il servizio di assistenza domiciliare, il cui svolgimento era richiesto "7 giorni su 7, tutto l'anno senza pause estive anche nei giorni di festività infrasettimanali escluso i giorni di Natale e Pasqua" dal capitolato e, invece, offerto per sei giorni su sette dalla Cooperativa Itaca.

Infatti, il Collegio qualifica tale servizio come "*uno dei servizi oggetto di affidamento*", sicchè, in virtù della natura del contratto di appalto *de qua* inteso come un complesso di servizi c.d. *global service* ne deriva che ogni servizio diventa essenziale, non potendo "*disarticolare l'oggetto del contratto al fine di stabilire se uno o più dei servizi oggetto dell'affidamento abbiano un peso minore rispetto agli altri*". ***"Pertanto, la difformità tra offerta e prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la lex specialis non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste"***.

Infine, il Collegio precisa che tale difformità non sarebbe soggetta a modifiche postume, in sede di stipula del contratto, dovendosi applicare il principio secondo cui il regolamento contrattuale da stipulare tra aggiudicatario e stazione appaltante deve rispecchiare fedelmente i contenuti dell'offerta aggiudicataria; né sarebbe ammissibile, in tal caso, il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50 del 2016 precluso quando si tratti di incidere sui contenuti dell'offerta tecnica.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5268 del 2020, proposto da Cooperativa

Itaca Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S. in proprio e quale mandataria del costituendo R.t.i. con Cooperativa Sociale Acli-Società Cooperativa O.N.L.U.S. e Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Reggio D'Acì e Gianni Zgagliardich, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni, n. 268;

contro

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Plebiscito, n. 112;

nei confronti

Comune di Maniago, Unione Territoriale Intercomunale delle Valli e delle Dolomiti Friulane, Centrale Unica di Committenza, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione Prima, 29 maggio 2020, n. 171, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sodexo Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183; e uditi per le parti, con le medesime modalità, gli avvocati Reggio D'Acì, Zgagliardich e Di Giandomenico, i quali hanno espressamente dichiarato di non avere interesse alla pubblicazione del dispositivo di sentenza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La Cooperativa Itaca Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S ha partecipato, nella forma del costituendo raggruppamento temporaneo alla procedura di gara per l'affidamento

dell'appalto dei servizi di gestione del centro assistenza anziani, asilo nido, ristorazione scolastica e servizi ausiliari per il Comune di Maniago, indetta dell'Unione Territoriale Intercomunale delle Valli e delle Dolomiti Friulane (Centrale Unica di Committenza). All'esito della gara, il raggruppamento è risultato aggiudicatario (con determinazione del R.U.P. n. 858 del 25 giugno 2019).

2. - La Sodexo Italia S.p.a., seconda classificata, ha chiesto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione per la mancata verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria, pur sussistendo i presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). La stazione appaltante, accogliendo la richiesta, ha proceduto all'annullamento in autotutela ed ha avviato il procedimento di verifica dell'anomalia, concluso con determinazione n. 1475 del 24 ottobre 2019 con un giudizio di congruità dell'offerta formulata dalla Cooperativa Itaca e conseguente aggiudicazione alla stessa.

3. - La Sodexo Italia ha impugnato tale provvedimento di aggiudicazione con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Friuli, che - con sentenza 29 maggio 2020, n. 171 - lo ha accolto nella parte in cui la ricorrente ha dedotto la imprecisione, indeterminatezza e contraddittorietà dell'offerta tecnica presentata dal raggruppamento aggiudicatario, in particolare per la discrasia rilevata in punto di ore di lavoro impiegate per le unità di infermieri previste per lo svolgimento del servizio. Le argomentazioni difensive della stazione appaltante sono state respinte quali inammissibili motivazioni postume del provvedimento impugnato, rese in giudizio, ma non emergenti dall'offerta. Inoltre, secondo il primo giudice, l'offerta dell'aggiudicataria era difforme dal capitolato per quanto concerne il servizio di refezione domiciliare, che il capitolato prescriveva dover essere svolto "7 giorni su 7", mentre nell'offerta aggiudicataria risultava previsto per sei giorni su sette.

Quanto alla verifica dell'anomalia, la sentenza ha ritenuto fondato sia la censura incentrata sul rilevante scostamento dal costo del lavoro determinato dalle tabelle ministeriali, posto che il raggruppamento aggiudicatario non aveva giustificato il basso tasso di assenteismo degli addetti alla ristorazione; sia quello della modifica dell'offerta economica attraverso le giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia (comportando ciò un aumento dell'offerta economica da € 2.524.065,04 a € 2.534.381,10 annui).

4. - La sentenza è impugnata dalla soccombente Cooperativa Itaca, che ne chiede la riforma sulla base di plurimi motivi che saranno esaminati in prosieguo.

5. - Resiste in giudizio la Sodexo Italia che, oltre a chiedere il rigetto dell'appello, ha altresì spiegato appello incidentale con il quale ha impugna i capi della sentenza relativi al rigetto del quarto, quinto e sesto motivo del ricorso introduttivo.

6. - All'udienza del 14 gennaio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Con il primo motivo di gravame (pp. 9-15 dell'atto di appello) la Cooperativa Itaca deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto l'indeterminatezza e la contraddittorietà dell'offerta aggiudicataria, in quanto la rilevata (dal giudice) discrasia, nell'offerta tecnica della Cooperativa, tra ore "contrattuali" e ore effettive di lavoro degli addetti al servizio non

integrerebbe un'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, unica ipotesi che giustificerebbe l'esclusione, dovendosi tenere conto del principio di tassatività delle cause di esclusione. Inoltre, l'assenza di difetti palesi avrebbe dovuto precludere il sindacato giurisdizionale, pena lo sconfinamento in valutazioni di merito non consentite nella giurisdizione di legittimità.

Sul punto l'appellante rileva comunque che la *lex specialis* di gara non imponeva ai concorrenti di indicare le ore di effettivo lavoro del personale impiegato, né vietava di indicare le ore "contrattuali" del personale impiegato; al contrario, il disciplinare di gara, in diversi punti, prescriveva l'indicazione delle ore di lavoro degli addetti secondo modalità diverse (il monte ore di inquadramento contrattuale laddove era richiesta l'indicazione del "monte ore su base mensile"; e, invece, definendo precisamente l'attribuzione delle ore effettive previste per ciascun operatore impiegato nei servizi, laddove si prescriveva di rappresentare il "prospetto turni su base mensile e reperibilità per ciascun turno, turnazione del personale in distacco, riposo dopo la notte").

8. - Con il secondo motivo (pp. 15-17 dell'atto di appello) si deduce l'ingiustizia della sentenza con riferimento alla seconda censura accolta dal primo giudice, atteso che sarebbe errato considerare la sostenibilità economica dell'offerta sulla scorta del dato delle ore di lavoro effettive e non delle ore contrattuali, posto che solo quest'ultimo sarebbe rilevante per il disciplinare di gara (si richiama il punto 18 della legge di gara, in tema di criteri di valutazione dell'offerta tecnica).

9. - Con il terzo motivo (pp.17-22 dell'atto di appello) si ribadisce che in base al capitolato tecnico posto a base di gara l'organizzazione del servizio di ristorazione agli utenti domiciliari (da svolgere "7 giorni su 7") non costituiva un elemento essenziale dell'offerta o un requisito minimo indispensabile, né per l'ammissibilità, né per la validità dell'offerta; al più – secondo l'appellante - l'eventuale lacunosa redazione dell'offerta sul punto avrebbe potuto essere regolata nella sede esecutiva del contratto, attraverso la modifica dei turni di riposo dei due autisti; ovvero, mediante una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante.

10. - Con il quarto motivo (pp. 22-28 dell'atto di appello), la Cooperativa asserisce l'ingiustizia della sentenza con riferimento all'asserito scostamento tra il tasso di assenteismo del personale addetto al servizio di ristorazione e il tasso di assenteismo indicato nelle tabelle ministeriali sul costo del lavoro, perché il giudice di prime cure non avrebbe considerato che la Cooperativa ha preso in considerazione i dati sull'assenteismo reale nell'azienda, dimostrando in sede di giustificazioni che il costo per tale voce è inferiore a quello desumibile dalle tabelle ministeriali.

Inoltre, in ordine all'ulteriore censura accolta dal primo giudice, concernente l'inammissibile modifica dell'offerta in sede di verifica dell'anomalia, si imputa alla sentenza di non aver considerato che le giustificazioni presentate non riguardavano tutte le voci di costo dell'offerta ma solo alcune componenti.

11. - L'appello è infondato e deve essere respinto.

12. - Ai fini della soluzione della controversia è dirimente (anche ai fini dell'art. 120, comma 10, e all'art. 74, del Codice del processo amministrativo), il contrasto (già rilevato dal primo giudice e non superato con le censure di cui al terzo motivo dell'appello) tra il contenuto dell'offerta tecnica presentata dalla Cooperativa Itaca e le prescrizioni imposte dal disciplinare di gara con riferimento allo svolgimento del servizio di ristorazione per il servizio di assistenza domiciliare. Il capitolato prestazionale prevede, infatti, quale requisito essenziale minimo dell'offerta, lo svolgimento del servizio «7 giorni su 7, tutto l'anno senza pause estive anche nei giorni di festività infrasettimanali escluso solo i giorni di Natale e Pasqua» (cfr. pag. 115, punto 2.3., del capitolato descrittivo e prestazionale); mentre l'offerta tecnica della Cooperativa Itaca (cfr. tabella a pag. 30), nel descrivere le modalità organizzative del servizio in questione, prevede che gli autisti addetti alla consegna per il servizio di assistenza domiciliare riposino la domenica.

12.1. - Il servizio di assistenza domiciliare è uno dei servizi oggetto di affidamento. Il contenuto del contratto di appalto è stato concepito, infatti, come un complesso di servizi (global service), ciascuno dei quali essenziale per le esigenze e i bisogni dell'amministrazione, con l'esplicito obiettivo di individuare un unico interlocutore in grado di assicurarne lo svolgimento in maniera efficiente e coordinata. Non si può, quindi, disarticolare l'oggetto del contratto al fine di stabilire se uno o più dei servizi oggetto dell'affidamento abbiano un peso minore (sotto il profilo quantitativo o qualitativo) rispetto agli altri. Tutti i servizi descritti nel capitolato prestazionale sono, dunque, essenziali; così come lo sono le modalità prestazionali descritte per lo svolgimento di ciascun servizio in termini di requisiti minimi indispensabili dell'offerta tecnica. Pertanto, la difformità tra offerta e prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la *lex specialis* non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste (in tal senso, di recente, cfr. Cons. St., sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260, nel solco di un orientamento costante e consolidato).

12.2. - La riscontrata difformità dell'offerta tecnica non potrebbe essere corretta o emendata in sede di stipula del contratto, come obiettato dall'appellante, dovendosi applicare, nella fattispecie, il (pacifico) principio secondo cui il regolamento contrattuale da stipulare tra aggiudicatario e amministrazione appaltante deve rispecchiare fedelmente i contenuti dell'offerta aggiudicataria (e questa, come si è veduto, deve essere conforme alle caratteristiche indefettibili prescritte dalla legge di gara).

12.3. - Né sarebbe stato ammissibile, sul punto, il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, precluso quando si tratti di incidere sui contenuti dell'offerta tecnica.

13. Come anticipato, il punto è dirimente e assorbente di ogni altra questione sollevata dall'appellante, posto che la difformità dell'offerta comporta l'esclusione dalla procedura di gara del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese capeggiato dalla Cooperativa Itaca.

L'appello principale, pertanto, va respinto.

14. - L'appello incidentale proposto dalla Sodexo Italia, con cui si reiterano i motivi del ricorso introduttivo respinti dal primo giudice, con i quali l'originaria ricorrente in primo grado aveva dedotto ulteriori ragioni di esclusione dell'offerta del raggruppamento Cooperativa Itaca, è conseguentemente improcedibile per il sopravvenuto difetto di interesse.

15. - Data la peculiarità della vicenda esaminata, si giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese giudiziali del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183.