

## **TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. IV - sentenza 3 dicembre 2015 n. 2840**

### **"OMISSIS"**

#### **FATTO**

Ricorso principale. Con determinazione dirigenziale dell'Assessorato alle Politiche Sociali, prot. n. 458 del 30.06.2014, il Comune di Siracusa ha stabilito di provvedere, mediante procedura aperta, all'aggiudicazione del "Servizio di gestione asili Nido e Micro - Nido", suddivisi in quattro lotti (due asili comunali per ciascun lotto), per l'importo complessivo globale annuo pari ad Euro 6.812.278,80, oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come previsto dall'art. 1 del Disciplinare e ribadito dall'art. 2 del Capitolato Tecnico, ciascun lotto costituisce oggetto di distinto appalto e, come tale, ciascun concorrente non può conseguire più di uno. Come risulta dall'art. 2 del Disciplinare di Gara, il servizio è previsto per una durata di tre anni, dal 2015 al 2017 compreso, per un periodo pari a 9 mesi e mezzo annui, con decorrenza dal 15 settembre al 30 giugno di ciascun anno. Per il lotto n. 4, relativo alla gestione degli Asili Nido di Via Svezia, di nuova istituzione e Via Regia Corte, per la cui aggiudicazione l'odierna ricorrente ha partecipato alla procedura, è previsto un importo mensile pari ad Euro 55.450,56, oltre IVA, posto a base d'asta e soggetto a ribasso unico. Insieme all'offerta economica, cui è attribuito, in base al ribasso unico offerto, un punteggio massimo pari a 20/100 punti (art. 8 del Disciplinare), è prevista la predisposizione di un Progetto Tecnico, per la cui valutazione, effettuata secondo i criteri di cui all'art. 7 del Disciplinare, è prevista l'assegnazione di un punteggio pari a un massimo di 80/100 punti.

Relativamente alle prescrizioni in materia di oneri del personale, l'art. 10 del Capitolato Tecnico, rubricato "PERSONALE IMPIEGATO NEL SERVIZIO", è stabilito espressamente che l'Operatore Economico Aggiudicatario "assume a proprio carico tutti gli oneri relativi al personale, nel rispetto delle leggi e regolamenti vigenti in materia o che interverranno nel periodo di decorrenza del contratto, per quanto applicabili, inclusi quelli in materia di igiene e sanità, retributiva, contributiva, previdenziale ed assicurativa, nonché di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, e di ogni altra disposizione in vigore o che potrà intervenire in costanza di rapporto in materia di tutela dei lavoratori". Redatte le graduatorie, per il lotto n. 4, l'odierna ricorrente si è posizionata al terzo posto. Tuttavia, in applicazione del divieto di aggiudicazione plurima, le ditte che la precedevano in graduatoria, utilmente collocate in altri lotti (nel 2° lotto e nel 3° lotto), hanno dichiarato di preferire l'affidamento di questi ultimi. Ne è conseguita l'aggiudicazione provvisoria del lotto n. 4 alla ricorrente e l'acquisizione delle giustificazioni in ordine al ribasso dalla stessa offerto, essendo lo stesso pari al 21,25% sull'importo mensile

posto a base d'asta di Eu. 55.450,465 Iva esclusa. A seguito di detta decisione, con nota prot. n. 771 del 09.06.2015, la S.A. ha quindi chiesto "puntuali e specifiche giustificazioni, supportate da idonea documentazione legale, sul ribasso offerto sull'appalto di servizio indicato in oggetto atteso il progetto tecnico . . . presentato", assegnando 15 giorni per tale adempimento. Con nota del 22.06.2015, trasmessa il 24.06.2015, la ricorrente, pur segnalando alla S.A. la genericità della richiesta, essendo quest'ultima carente dell'indicazione degli elementi specifici su cui fondare le chieste giustificazioni, oltre a dimostrare l'esperienza pregressa, maturata per gli stessi servizi in una trentina di istituti, ha reso le proprie osservazioni, sia sulle scelte tecniche, sia sulle conseguenti scelte economiche, allegando idonea documentazione di supporto. Esaminate le giustificazioni fornite dalla ricorrente, con verbale n. 16 del 29.06.2015, la Commissione di Gara ha ritenuto che "le giustificazioni fornite dalla ditta non (fossero) sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, in quanto si appalesano delle incongruità tra quanto giustificato in seno agli atti trasmessi e quanto dichiarato con assunzione di impegno in sede di offerta tecnica". Con nota prot. n. 842 del 30.06.2015, pertanto, la S.A., sulla base delle motivazioni suesposte, ha invitato la ricorrente a fornire, entro 5 giorni, ulteriori giustificazioni, senza, asseritamente, specificare quali fossero i profili di incongruenza riscontrati di seguito all'analisi delle giustificazioni. In considerazione della asserita genericità delle richieste della S.A., con nota del 30.06.2015, la ricorrente, nonché le ditte facenti parte della costituenda ATI, hanno riscontrato la predetta nota, rappresentando che nel formulare le giustificazioni non sarebbero stati modificati i termini per l'offerta tecnica. Con verbale n. 17 del 07.07.2015, la commissione ha ritenuto le giustificazioni fornite dalla ditta "non sufficienti". Con coeva PEC, l'amministrazione comunale ha convocato la ricorrente per la data del 13.07.2015, al fine di potere indicare: "ogni elemento .... utile a giustificazione della propria offerta". Quest'ultima, in pari data, inviava una ulteriore nota, ribadendo l'esigenza di conoscere le incongruità asseritamente rilevate dalla commissione nella prima seduta di verifica delle giustificazioni del 29.06.2015, ma tale richiesta rimaneva inevasa. Soltanto nel contraddittorio del 13.07.2015, la commissione, in riferimento alle giustificazioni del 22.06.2015, avrebbe, per la prima volta, chiesto specificamente "di sgomberare ogni equivoco sulla previsione di spesa che la ditta ha effettuato non sulla capienza dei bambini prevista dal capitolato con riferimento al lotto n. 4 che prevede 65 bambini per l'asilo di Via Regia Corte e n. 24 bambini per l'asilo di via Svezia, ma su una rilevazione statistica con percentuale di assenze del 30% sul totale ricettivo della struttura" (cfr. verbale n. 18 del 13.07.2015). La ricorrente, dopo aver precisato che la detta contrazione di assenze sarebbe giustificata dalla esperienza pluriennale nel settore, affermava che, in ogni caso, sarebbe stata in grado di dimostrare, con idonea documentazione cartacea, che, senza

modificare l'importo complessivo dell'offerta, la stessa era comunque del tutto congrua anche con riferimento ai costi da sostenere parametrati, non alla percentuale statistica degli assenti (30%), ma alla potenziale capacità ricettiva degli asili. La S.A., pertanto, le ha assegnato un ulteriore termine di 10 giorni per produrre i documenti ritenuti utili, rinviando la seduta al 28.07.2015. Entro il detto termine, la ricorrente ha presentato una "Analisi dei costi del servizio con riferimento al numero dei bambini previsti per il lotto n. 4", dimostrando, asseritamente, che l'offerta, in ogni caso, sarebbe stata in grado di garantire l'espletamento del servizio, rispettando il rapporto tra il personale richiesto e le potenziali capacità recettive degli Asili Nido. Con verbale n. 19 del 28.07.2015 la commissione, riteneva che la detta giustificazione non presentasse elementi volti a giustificare il ribasso offerto, in quanto detti giustificativi inciderebbero sui così detti costi del personale che rappresentano costi incomprimibili e, pertanto, ha escluso la ricorrente, aggiudicando provvisoriamente il lotto n. 4 alla controinteressata (verbale n. 20 del 28.07.15). Con ricorso passato per la notifica l'1.9.2015 e depositato il 3.9.2015, la ricorrente ha impugnato siffatto provvedimento e gli altri ad esso collegati, affidandosi alle seguenti censure: I. Violazione e falsa applicazione dell'art.86, commi 3 e 3-bis, del d. lgs. n. 163/2006 s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 87 del d. lgs. n. 163/2006 s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del d. lgs. n. 163/2006 s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/90. Eccesso di potere sotto i seguenti profili e figure sintomatiche: carenza di motivazione, difetto di istruttoria, arbitrarietà, illogicità e irrazionalità. Violazione dell'art. 27 del d. lgs. 163/06 s.m.i.. Ingiustizia manifesta. Asserisce parte ricorrente che, nel caso in esame, l'offerta dalla stessa presentata è stata sottoposta a verifica "facoltativa", che presuppone la sussistenza e l'indicazione di "elementi specifici". Come risulterebbe dagli atti e per quanto esposto, questi ultimi sarebbero stati indicati, per la prima volta, nel verbale di gara n. 18 del 13.07.2015, ove la commissione, come sopra chiarito, ha ritenuto improponibile un'offerta giustificata su una percentuale di assenze dei bambini destinatari del servizio del 30% sul totale ricettivo della struttura. Una volta ricevute le conseguenti giustificazioni, misurate rispetto ai manifestati elementi specifici, invece di adottare il provvedimento di esclusione, la S.A. avrebbe dovuto richiedere alla ricorrente ulteriori chiarimenti scritti e, in ogni caso, riconvocarla per il contraddittorio orale, proseguendo la verifica (fino a quel momento viziata da richieste del tutto generiche) rispettando le successive fasi del procedimento secondo i tempi e le modalità previste dall'art. 88 del Codice, consentendole, così, di dimostrare la congruità dell'offerta ed evitare l'adozione del provvedimento di esclusione. II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163/06 s.m.i. sotto altro aspetto. Violazione e falsa applicazione dell'art. 87, comma 3, del d.lgs. n. 163/06 s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/06 s.m.i. sotto altro aspetto.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del capitolato tecnico di gara. Violazione ed errata applicazione dell'art. 1, commi 118 e 121, della l. n. 190/2014. Eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, arbitrarietà, illogicità e irrazionalità sotto altro profilo. Ingiustizia manifesta. La commissione di gara ha escluso la ricorrente in quanto l'offerta di quest'ultima comporterebbe un'inammissibile compressione degli oneri di personale al di sotto dei trattamenti minimi salariali e quindi in violazione delle norme poste a tutela del lavoro, in materia di contratti. In particolare, secondo la commissione di gara, applicando l'art. 1, comma 118, della L. n. 190/14, per le assunzioni necessarie alla gestione dell'Asilo Nido di Via Svezia, di nuova istituzione, la concorrente avrebbe determinato un "abbattimento inaccettabile" dei costi del personale, proponendo una normativa non applicabile, in quanto successiva alla procedura di gara. In altri termini, la commissione di gara ha adottato il provvedimento di esclusione ritenendo che la norma suindicata, dedicata ai benefici previsti in ambito contributivo-previdenziale/assistenziale per le nuove assunzioni: a) comporterebbe un'illegittima compressione degli oneri di personale; b) non sarebbe applicabile alla gara in esame in quanto sopravvenuta alla data di pubblicazione del bando. Asserisce parte ricorrente che i commi 118 e 121 dell'art. 1 della Legge n. 190 del 2014 (Legge di Stabilità per il 2015) hanno sostituito e soppresso, a decorrere dal 1 gennaio 2015, l'art. 8, comma 9, della Legge n. 407/90. Confrontando i benefici da quest'ultima previsti in favore dei datori di lavoro del Mezzogiorno, con quelli della legge n. 190/14, in vigore dal 01.01.15 per tutte le regioni d'Italia, sarebbe evidente che quest'ultima, non prevedendo più l'esonero totale dai contributi INPS e INAIL (per il Mezzogiorno), ma solo l'esonero dei contributi di parte datoriale INPS, peraltro entro certi limiti su base annua (eu. 8.060,00), avrebbe modificato in peius il regime delle agevolazioni sul costo del lavoro vigenti alla data di presentazione dell'offerta. Sarebbe evidente l'erroneità del provvedimento di esclusione, nella parte in cui si afferma che parte ricorrente abbia adottato un "abbattimento inaccettabile" degli oneri di personale, poiché vi sarebbe un maggior onere imposto dalla legge n. 190/14, rispetto alle previsioni della previgente legge n. 407/90. In altre parole, sarebbe evidente che la ricorrente non si sarebbe avvalsa di un migliore regime agevolativo sopravvenuto, limitandosi a giustificare il costo del personale anche alla luce della deteriore normativa. Per altro, se parte ricorrente fosse stata messa in condizione di rappresentare in sede procedimentale quanto ora chiarito, si sarebbe evitata l'esclusione impugnata. Del resto, poiché i benefici di cui all'art. 8, comma 9 della legge n. 407/90 non sarebbero stati più applicabili (essendo peraltro più convenienti di quelli previsti dalla l. n.190/14 cit.), ai fini della valutazione sull'affidabilità dell'offerta non si comprende quale utilità avrebbe apportato alla S.A. l'indicazione della norma soppressa. Né a detta conclusione non sarebbe possibile pervenire ipotizzando una intervenuta

modifica dell'offerta, posto che, nel caso di specie, la ricorrente, senza modificarne il suo complessivo importo economico, si sarebbe limitata ad applicare una variabile imposta sui costi previdenziali (INPS ed INAIL), dimostrandone, così, la remuneratività e comunque l'affidabilità. Per altro, l'art. 10 del Capitolato Tecnico prevede espressamente che il concorrente: "assume a proprio carico tutti gli oneri relativi al personale, nel rispetto delle leggi e regolamenti vigenti in materia o che interverranno nel periodo di decorrenza del contratto, per quanto applicabili, inclusi quelli in materia di igiene e sanità, retributiva, contributiva, previdenziale ed assicurativa, nonché di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, e di ogni altra disposizione in vigore o che potrà intervenire in costanza di rapporto in materia di tutela dei lavoratori. In altri termini, sarebbe la lex specialis di gara a stabilire, espressamente, il dovere di tutelare i lavoratori nel rispetto delle leggi e regolamenti vigenti, ma anche quello di applicare in materia eventuali disposizioni che dovessero modificarne il relativo trattamento economico. III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163/06 s.m.i. sotto altro aspetto. Violazione e falsa applicazione dell'art. 87, comma 3, del d.lgs. n. 163/06 s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/06 s.m.i. sotto altro aspetto. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del capitolato tecnico di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, arbitrarietà, illogicità e irrazionalità sotto altro profilo. Ingiustizia manifesta. Asserisce parte ricorrente che, anche a prescindere dall'accesso alle predette agevolazioni sul costo del lavoro, avrebbe comunque dimostrato la congruità dell'offerta ove riferita alla media dei bambini effettivamente presenti mensilmente; dato, questo, accertato tramite l'acquisizione del registro delle presenze dell'Asilo di Via Regia Corte dell'anno precedente, tenendo conto quindi di una percentuale di assenze mediamente pari al 30%, rispetto al 35% effettivamente accertato. L'affidabilità dell'offerta, calibrata sul numero degli utenti effettivamente presenti in aula, risulterebbe coerente con il D.P.R.S. 16.05.2013 citato nella determina a contrarre n. 596 del 26.08.2014 del Comune. Il decreto suindicato, con cui il governo regionale ha approvato gli standard strutturali ed organizzativi degli asili, oltre a riconoscere che, in Sicilia, sussiste un fisiologico: "scarto accertato tra bambini iscritti e reali frequentanti" (paragrafo. 1.2.5.), al paragrafo 1.3.2. stabilisce che: "il rapporto numerico tra personale educativo e bambini nei nidi d'infanzia deve essere determinato tenendo conto della natura del servizio offerto, delle caratteristiche della struttura e dei bambini accolti". Tali disposizioni confermerebbero l'affidabilità dell'offerta impostata su previsioni di spesa rapportate all'utenza che, in media, accoglie un asilo. Peraltro, anche il Capitolato Tecnico, all'art. 12, prevederebbe solo che ciascun concorrente: "deve garantire un rapporto numerico medio, Personale-Bambini pari a .. 1 a 8 per la sezione semidivezzi ..." senza asseritamente vincolare il concorrente, nel

rispetto del suindicato rapporto, alle capacità ricettive potenziali della struttura e avendosi riguardo, invece, del numero concreto dei bambini da assistere. Ricorso per motivi aggiunti. Con nota protocollata n. 1291 del 14.10.2015, il Comune di Siracusa ha comunicato all'odierna ricorrente che con determina n. 103 del 12.10.2015, è stato adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata. Anche il predetto provvedimento è stato avverso, mediante la proposizione di ricorso per motivi aggiunti affidato, sostanzialmente, alle medesime censure. Costituitisi, sia il Comune che la controinteressata hanno concluso per l'infondatezza del ricorso. Con Ordinanza n. 752/15 questa Sezione ha rigettato la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati. Alla Pubblica Udienza del 12.11.2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

Con la prima censura, parte ricorrente dubita della legittimità della procedura volta all'esame dell'anomalia "facoltativa" dell'offerta, poiché il seggio di gara non avrebbe compiutamente garantito un idoneo contraddittorio, omettendo di identificare i motivi che avrebbero reso necessario tale verifica. Osserva il Collegio che, nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando non ricorrano le ipotesi di verifica "obbligatoria" di cui al comma 2 dell'art. 86 del codice dei contratti, il seggio di gara può, ai sensi del successivo comma 3, "in ogni caso . . . valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". In tema di procedimento, il successivo art. 88 stabilisce che "la stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni. 1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti. 2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste. 3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite. 4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile. 5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione". Osserva il Collegio che il corretto contraddittorio si è instaurato tra le parti nella seduta del 13 luglio 2015, ove la commissione di gara ha chiesto alla ricorrente, così come dalla stessa riconosciuto a pagina 6 del ricorso, "di sgomberare ogni equivoco sulla

previsione di spesa che la ditta ha effettuato non sulla capienza dei bambini prevista dal capitolato con riferimento al lotto n. 4 che prevede 65 bambini per l'asilo di via Regia Corte e n. 24 bambini per l'asilo di via Svezia, ma su una rilevazione statistica con percentuale di assenze del 30% sul totale ricettivo della struttura". In tale occasione, la ricorrente asserisce di aver dichiarato che, in ogni caso, sarebbe stata in grado di dimostrare, con idonea documentazione cartacea, che, senza modificarne l'importo complessivo, l'offerta era comunque del tutto congrua anche con riferimento ai costi da sostenere parametrati non alla percentuale statistica degli assenti (30%), ma alla complessiva capacità ricettiva degli asili. Di seguito a tale affermazione, la stazione appaltante ha assegnato alla ricorrente un ulteriore termine di 10 giorni per produrre i documenti ritenuti utili, rinviando alla seduta del 28 luglio 2015. Entro il detto termine, la ricorrente ha presentato un'analisi dei costi del servizio con riferimento al numero dei bambini previsti per il lotto numero 4, ivi includendo sia le figure professionali da impiegare (educatore, ausiliario e cuoco), sia il costo orario effettivo delle predette professionalità parametrato al numero potenziali dei bambini, non più, quindi, ridotto del 30%. Con le dette giustificazioni, inoltre, ha ribadito l'applicabilità delle agevolazioni previste dall'art. 1, comma 118, della legge n. 190 del 23/12/2014, asseritamente utilizzabili per il personale da assumere al fine di erogare il servizio di che trattasi. Ciononostante, con verbale n. 19 del 28/7/2015, la commissione ha ritenuto che "l'analisi dei costi prodotta dalla ditta Amanthea non present(asse) elementi volti a giustificare il ribasso offerto in quanto detti giustificativi vanno ad incidere sui cosiddetti costi del personale che rappresentano costi incompressibili. Si rileva infatti da parte della ditta l'applicazione della legge 190 del 23/12/2014, art. 1, comma 118 (legge finanziaria) nella determinazione del costo del lavoro, giungendo ad un abbattimento inaccettabile per le seguenti ragioni giuridiche. L'applicazione della normativa finanziaria sopra richiamata non può trovare applicazione da parte della ditta stante la cristallizzazione normativa operata dalla lex specialis con la sua pubblicazione in data 06.09.14 sulla GUCE. La giurisprudenza sul punto è unanime nell'affermare che la procedura concorsuale inizia con la pubblicazione del bando, che costituisce lex specialis della procedura, è in questo momento che si determina il sistema normativo di riferimento di tutte le fasi del concorso. Le norme sopravvenienti per le quali non vi è un rinvio implicito nella lex specialis, non devono essere applicate ai concorsi già banditi, tranne nel caso in cui non sia diversamente previsto dalle norme stesse".

Deduce parte ricorrente che siffatto diniego, senza ulteriore contraddittorio, violerebbe la sopra richiamata disciplina, posto che in luogo di adottare tout court il provvedimento di esclusione, avrebbe dovuto richiedere ulteriori chiarimenti scritti, ovvero, prima dell'esclusione, procedere a una nuova convocazione per instaurare un contraddittorio orale, proseguendo, così, la

verifica secondo le modalità e i tempi di cui all'art. 88 del medesimo codice. Il rilievo, astrattamente fondato, non può essere condiviso nel caso di specie, posto che la gara, così come espressamente stabilito dal bando, riguarda la "categoria di servizi n. 25: servizi sanitari e sociali". La stessa è inserita nell'all. II B del codice dei contratti. L'art. 20 del medesimo testo normativo stabilisce che "l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)", di guisa che (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13/03/2014, n.1182), trattandosi di appalto c.d. "escluso", <<non trovano applicazione le puntuali disposizioni del Codice, fatta eccezione per gli artt. 65, 68 e 225, ma i principi derivanti dai Trattati e dalle direttive Europee. La disciplina dei requisiti e delle modalità di partecipazione è quindi, nei suoi elementi di dettaglio, rimessa essenzialmente alla *lex specialis* e può legittimamente ispirarsi a criteri di maggiore semplificazione e speditezza procedimentale" (Consiglio di Stato, Sez, III, 14 dicembre 2012, n. 6444); pertanto, per l'affidamento di tali servizi cd. esclusi non può esigersi il medesimo rigore formale imposto dalle specifiche norme del Codice né l'osservanza dei vincoli procedurali dallo stesso prescritti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 37592010)>>.

Quindi (cfr. T.A.R. Latina 28/05/2014, n. 388), è infondata la censura con la quale si denuncia <<la violazione dell'articolo 88 del d.lg. n. 163 a causa della omissione nel procedimento di verifica della fase delle "precisazioni" dei chiarimenti>>, poiché <<la procedura all'esame attiene a contratto escluso e deve quindi escludersi l'applicazione diretta dell'articolo 88, che attiene a un modulo procedimentale che nella fattispecie la commissione non era obbligata a seguire potendo essa seguire un procedimento più semplice e rapido (oltretutto in coerenza con il principio di economicità)>>.

Consegue l'infondatezza della censura.

Con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente contesta la motivazione utilizzata dal seggio di gara per escluderla dalla gara, secondo la quale l'offerta determinerebbe un'inammissibile compressione degli oneri di personale al di sotto dei trattamenti minimi salariali, in virtù della ritenuta possibilità di applicazione di una normativa, l'art. 1, comma 118, della L. n. 190/14, sopravvenuta alla stessa offerta, e, quindi, non invocabile senza una espressa riserva contenuta nella *lex specialis* di gara.

Occorre premettere che (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5/09/2014, n. 4516), <<in tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta e del relativo procedimento di verifica (che costituisce l'oggetto della controversia in esame) sono da considerare acquisiti i seguenti principi:

a) il procedimento di verifica dell'anomalia *non ha carattere sanzionatorio* e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta

economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, *nel suo complesso*, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso mira piuttosto a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto (ex multis, C.d.S., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6442; sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2956; sez. V, 18 febbraio 2013, n. 973, 15 aprile 2013, n. 2063), così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere;

b) il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio (tra amministrazione appaltante ed offerente), di cui costituiscono necessari corollari: *l'assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; la immutabilità dell'offerta ed al contempo la sicura modificabilità delle giustificazioni*, nonché *l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute* e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, *purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione* e a tale momento *dia garanzia di una seria esecuzione del contratto* (ex pluribus, C.d.S., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; 23 luglio 2012, n. 4206; sez. V, 20 febbraio 2012, n. 875; sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801; 21 maggio 2009, n. 3146);

c) il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2012, n. 3737; 22 febbraio 2011, n. 1090; 8 luglio 2008, n. 3406; 29 gennaio 2009, n. 497);

d) il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 11 maggio 2012, n. 2732);

e) anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2012, n. 3340; 29 febbraio 2012, n. 1183);

f) sebbene, poi, la valutazione di congruità debba essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono (Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4600; sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785; sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2070; sez. VI, 2 aprile 2010, n. 1893; sez. V, 18 marzo 2010, n. 1589; 12 giugno 2009, n. 3762), non può considerarsi viziato il procedimento di verifica per il fatto che l'amministrazione appaltante e per essa la commissione di gara si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, può fornire, ex art. 87, comma 1, D. Lgs, n. 163 del 2006, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e quindi anche su voci non direttamente indicate dall'amministrazione come incongrue, così che se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata>>.

Secondo i detti condivisibili principi, quindi, l'offerta, immutabile nella sua consistenza finale, può essere oggetto di precisazioni e giustificazioni anche sopravvenute.

Tanto è sicuramente possibile nel caso di specie, ove si osservi, in particolare, che la stessa è riferita a un valore complessivo.

L'Amministrazione precisa che, comunque, la normativa sopravvenuta non può essere invocata per giustificare la non anomalia di un'offerta e che, coerentemente, il disciplinare di gara, all'art. 10, stabilisce che gli oneri per il personale vanno relazionati al rispetto delle leggi e dei regolamenti vigenti in materia o che interverranno nel periodo di decorrenza del contratto.

Quindi, in buona sostanza, posto che il contratto non è stato ancora stipulato (e non lo è ancora alla data della Udienza pubblica di trattazione, così come congiuntamente dichiarato dalle parti su specifica domanda del Collegio), nessuna disposizione successiva avrebbe potuto essere, si ribadisce, invocata dalla ricorrente.

La Sezione, in sede cautelare, ha ritenuto che il provvedimento impugnato fosse privo di mende, in considerazione della formulazione delle giustificazioni dell'offerta, nelle quali nessun riferimento è presente a normativa pregressa "più favorevole" rispetto a quella applicata.

L'affermazione merita di essere rimeditata nella sede propria dell'approfondimento del merito della questione.

Non v'è dubbio che, in linea di principio, così come correttamente sostenuto dall'Amministrazione, la normativa sopravvenuta non possa servire a giustificare la sostenibilità di un'offerta in una gara pubblica.

Diversamente, verrebbe snaturato il principio della "par condicio" tra i concorrenti, che deve sostenere ogni procedura a evidenza pubblica.

Tuttavia, tale soluzione appare sostenibile solo nel caso in cui un'offerta originariamente anomala non lo sia più per sopravvenuta disciplina più favorevole.

Sicché, tale principio, ad avviso del Collegio, deve trovare un normale correttivo riferibile proprio alle ipotesi simili a quello in esame, dove si sostiene la sostenibilità dell'offerta sia al momento della sua presentazione che, successivamente, di seguito all'intervenuto mutamento legislativo sulla stessa influente.

Parte ricorrente sostiene di avere invocato la normativa incidente sulle retribuzioni dei dipendenti (e, quindi, sulla sostenibilità dei costi) attuale al momento delle giustificazioni e che, quindi, avrebbe dovuto, poi, trovare applicazione nel caso concreto.

Replica l'Amministrazione che tanto sarebbe stato possibile solo nella fase di esecuzione del contratto, non ancora stipulato.

Chiaro è che la disposizione secondo la quale l'affidatario del servizio deve sottostare alle modifiche normative anche in tema, appunto, di retribuzioni, è volta a garantire la continuità del servizio, impedendo che, come nel caso di specie, ove sopravvenga una normativa più onerosa per l'appaltatore, questi possa svincolarsi *tout court*, e per tale motivo, dallo svolgimento di un appalto non più remunerativo o meno conveniente.

Ed è vero che, coerentemente, la giurisprudenza è ferma nel sostenere il detto principio.

Nell'ipotesi in esame, in disparte la precisazione che parte ricorrente si è obbligata a tenere ferma l'offerta per centottanta giorni, è avvenuto, però, che la normativa sopravvenuta (e invocata in sede di giustificazione solo perché ritenuta "attuale" e, quindi, concretamente applicabile) è asseritamente più sfavorevole, di guisa che la prova che viene fornita, ad avviso del Collegio in questo caso possibile, e che anche in presenza di un maggior sopravvenuto onere economico, l'offerta originaria può essere mantenuta.

In altri termini, se è possibile, a fronte di possibili deteriori sgravi sopravvenuti, rendere una congrua offerta, *a fortiori*, era possibile sostenerla vigente una normativa più favorevole superata da quella intervenuta.

Del resto, il ragionamento sembra del tutto coerente con il principio sopra richiamato della attualizzazione dei costi cui l'aggiudicatario è tenuto in sede di esecuzione.

Vero è, come sostenuto dalla Sezione in sede cautelare, che il detto ragionamento non è presente nelle giustificazioni introdotte nel procedimento, ma è altrettanto vero che il seggio di gara (che, teoricamente, dovrebbe essere in grado di percepire il minor favore della normativa sopravvenuta), pur non

essendo onerato, non ha consentito che parte ricorrente potesse precisarlo in detta sede.

Il principio che si ricava ai fini dell'individuazione della anomalia di un'offerta, quindi, è che ciò che più rileva non è la possibilità di applicazione o meno di un mutamento legislativo intervenuto, in effetti possibile, ma che l'offerta sia non anomala non solo al momento della sua presentazione, ma anche in quello della sua giustificazione, che è quanto serve a rendere un appalto pubblico eseguibile, secondo non solo i criteri della mera economicità, ma anche dell'efficienza, ambedue di derivazione costituzionale e, come tali, giammai obliterabili.

Consegue la fondatezza della censura e l'obbligo dell'Amministrazione di riesaminare l'offerta, applicando i predetti principi.

Considerata la necessità di riesame, va comunque vagliata la terza e ultima censura, con la quale si sostiene che non era anomala l'offerta così come inizialmente prospettata a prescindere da sgravi contributivi, vale a dire rapportando i costi alle presenze complessive decurtate, secondo l'esperienza, del 30%, quale ordinaria media di bambini assenti.

Asserisce parte ricorrente che tale valutazione è conforme alla determina a contrarre dell'Amministrazione e al rinvio dalla stessa operato al D.P.R.S. 16.5.2013.

Detta ultima normativa è volta a regolare i "nuovi standards strutturali ed organizzativi per i servizi di prima infanzia".

Il paragrafo 1.2.5, in tema di "Ricettività", stabilisce che <<la ricettività minima e massima del nido d'infanzia sia a tempo pieno che a tempo parziale, è fissata rispettivamente in 25 e 60 posti bambino. Indipendentemente dalla capienza della struttura, in considerazione dello scarto accertato tra bambini iscritti e reali frequentanti nei nidi d'infanzia, i soggetti gestori potranno iscrivere un numero di bambini superiore alla ricettività della struttura nella misura massima del 10%, fatto salvo il rispetto del rapporto numerico di cui al paragrafo 2.3.2, che andrà calcolato sul numero dei bambini effettivamente iscritti>>.

Il Paragrafo 2.3.2., relativo al "Rapporto numerico tra educatori e bambini", stabilisce che <<il rapporto numerico tra personale educativo e bambini nei nidi d'infanzia deve essere determinato tenendo conto della natura del servizio offerto, delle caratteristiche della struttura, e dei bambini accolti (numero, età...), nonché dei tempi di apertura del servizio. Il rapporto tra personale avente

funzione educativa e i bambini deve essere, mediamente, di 1 a 8, eccetto per la sezione dei bambini da 0 a 12 mesi per i quali è previsto un rapporto di 1 a 6 e 1 a 10 per i divezzi dai 24 ai 36 mesi. Per quanto riguarda il personale addetto ai servizi generali, occorre distinguere a seconda che le attività di cucina, pulizia, guardaroba ecc. vengano svolte con personale interno, oppure

mediante l'utilizzo di contratti con ditte private: nel caso che tutte le attività vengano svolte da personale interno, il rapporto numerico medio tra addetti ai servizi generali e bambini non può essere superiore a un addetto ogni tredici bambini, escluso il personale di cucina. Tale rapporto potrà variare qualora le attività di cui sopra vengano svolte in tutto o in parte da personale esterno>>. Ritiene il Collegio che dalla lettura congiunta delle due disposizioni, eppure invocate da parte ricorrente, in nessun modo sia possibile trarre le conseguenze dalla stessa asserite, in quanto, in disparte la mancanza di alcun riferimento alle percentuali vicine al 30% contenute nell'offerta originaria, le disposizioni regolano la ricettività e l'iscrizione degli asili nido e non la loro "normale funzionalità", circostanze, queste, non riferibili alla questione agitata con la censura in esame, che, dunque, va rigettata.

Conclusivamente il ricorso va accolto nei sensi sopra espressi.

Nulla va disposto in riferimento all'efficacia del contratto, che, per quanto dichiarato dalle parti all'udienza pubblica di discussione, non è stato ancora stipulato.

Solo nel caso in cui ciò sia avvenuto nelle more del deposito della presente decisione, va disposta la cessazione dell'efficacia dello stesso, quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara.

Va, infine, esaminata l'ultima questione posta da parte ricorrente in ordine alla richiesta di esenzione del contributo unificato per il ricorso per motivi aggiunti, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, V, 6 ottobre 2015 in C-61/14, che ha affermato che la legge italiana che prevede contributi multipli in caso di ricorsi avverso la medesima aggiudicazione non contrasta col diritto comunitario, ma anche che spetta al giudice nazionale accertare se gli oggetti dei ricorsi "non sono effettivamente distinti o non costituiscono un ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia già pendente", e, nel caso, di "dispensare l'amministrato dall'obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi".

Come premesso, nel caso in esame, il ricorso per motivi aggiunti non amplia l'oggetto della controversia, limitandosi a ribadire le medesime censure riferite, per altro per illegittimità derivata, all'intervenuta aggiudicazione definitiva.

Consegue l'accoglimento della domanda.

Le spese del giudizio, anche in considerazione del diverso orientamento espresso in sede cautelare e della novità della questione, possono essere integralmente compensate tra le parti, ad eccezione, come per legge, del rimborso del contributo unificato cui rimangono onerate in solido le parti resistenti.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) - definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti

impugnati, onerando l'Amministrazione della rivalutazione dell'offerta alla stregua dei principi espressi in parte motiva.

Accoglie la domanda di esenzione del pagamento del contributo unificato per il ricorso per motivi aggiunti.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere, Estensore

Dauno Trebastoni, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)