

Publicato il 23/10/2024

N. 02863/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 02363/2023 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 Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2363 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società Cooperativa Ali Assistenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9879509CBA, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Ballero e Francesco Ballero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Vimercate, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Rusconi, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Vincenzo Monti, 8;

Comune di Lecco, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

Cooperativa Sociale Aeris a R.L., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale di esclusione del 06.11.2023 con riferimento all'appalto per l'affidamento mediante procedura aperta della gestione del servizio “centro diurno anziani corte crivelli”, periodo dal 01.01.2024 al 31.12.2026, rinnovabile per un pari periodo dal 01.01.2027 al 31.12.2029.
- qualsiasi altro documento contenente il provvedimento di esclusione al momento non conosciuto;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Vimercate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2024 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La Stazione Appaltante Unica per i Comuni della Provincia di Lecco ha bandito, per conto del Comune di Vimercate, una gara per l'affidamento della gestione del servizio “centro diurno anziani corte crivelli”, per il periodo dall'1.1.2024 al 31.12.2026, rinnovabile per un pari periodo dal 1.1.2027 al 31.12.2029, con un importo a base d'asta di 581.623, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
2. Con verbale del 6.11.2023 la SUA Lecco ha escluso dalla gara la Società cooperativa Ali Assistenza per avere modificato, con i giustificativi resi nella fase di verifica dell'anomalia, la propria offerta.
3. Con il ricorso in epigrafe la Società cooperativa Ali Assistenza ha impugnato il verbale di esclusione, articolando le seguenti doglianze: violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio generale della immodificabilità dell'offerta, deducibile dal comma 9 dell'articolo 83 del codice appalti del 2016.
4. La ricorrente ha altresì domandato di subentrare nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Vimercate, deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso, l'inammissibilità dello stesso per mancata impugnazione del provvedimento del 15.11.2023 prot. n. 112469, con il quale la SUA Lecco-Vimercate ha respinto l'istanza di autotutela e per non aver contestato tutti i motivi posti a base del provvedimento espulsivo, la tardività del ricorso per motivi aggiunti e la conseguente improcedibilità del ricorso introduttivo.

6. Con ordinanza n. 1176/2023 il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente e ha fissato, per la trattazione di merito del ricorso, l'udienza pubblica del 13 marzo 2024.

7. All'esito dell'udienza il Tribunale, con ordinanza n. 777/2024, ha assegnato alle parti il termine di sette giorni per presentare memorie vertenti sulla questione afferente il permanere o meno, in capo alla ricorrente, dell'interesse alla decisione del ricorso a seguito dell'adozione della determinazione n. 1068 del 20.12.2023 - di aggiudicazione della gara in favore della Cooperativa Sociale Aeris a r.l - richiamata nel contratto sottoscritto con la Cooperativa Sociale Aeris a r.l., depositato in giudizio dalla difesa dell'amministrazione comunale in data 21.2.2024.

8. Entro il termine assegnato la ricorrente ha depositato una memoria in cui manifestato il proprio interesse a promuovere un ricorso per motivi aggiunti contro il provvedimento aggiudicazione definitiva che non le era stata comunicato da parte dell'amministrazione comunale.

9. In data 20.3.2024 la ricorrente ha depositato il ricorso per motivi aggiunti con cui viene dedotta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione in via derivata dai vizi dedotti avverso il provvedimento di esclusione e ha ribadito l'istanza di subentro nel contratto, previa declaratoria di inefficacia; in subordine, ha domandato il risarcimento del danno per equivalente economico.

10. All'udienza del 9 ottobre 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

11. Si può prescindere dall'esame le eccezioni pregiudiziali sollevate dalla parte resistente, stante l'infondatezza, nel merito, del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

12. Il responsabile unico del procedimento ha disposto l'esclusione della Cooperativa Ali dalla procedura di gara per avere apportato, con le giustificazioni rese nel procedimento di verifica di anomalia, variazioni al contenuto delle offerte, tecnica ed economica; in particolare:

- è stato modificato il numero degli operatori ASA dedicati all'appalto: dai quattro indicati nell'offerta tecnica ai cinque operatori indicati nei giustificativi (solo aggiungendo le ore dell'operatore di ginnastica dolce si perviene al totale di 296,84 ore mensili indicate nell'offerta tecnica);

- sono state modificate le ore mensili del coordinatore: dalle 21,67 ore al mese indicate nel progetto tecnico e alle 26 ore indicate nelle giustificazioni;

- sono state introdotte modifiche al costo orario indicato in sede di offerta economica, all'allegato g) (per il coordinatore del centro un corrispettivo orario pari a 25,22 euro, oltre iva al 5%, per l'ausiliario socio-assistenziale euro 21,07, oltre iva 5%): nei giustificativi sono indicati 20,35 euro per il coordinatore, 17 euro per tre operatori ASA e l'operatore di ginnastica dolce e 17,75 euro per un operatore ASA;

- con i giustificativi viene introdotta la voce aggiuntiva "imprevisti, maggiorazioni, integrativi" non contemplata nel costo manodopera indicata in sede di gara;

- non è stata data giustificazione dei costi relativi ai servizi aggiuntivi proposti e al piano delle sostituzioni che, in sede di offerta tecnica, prevede anche eventuali nuove assunzioni;

- non è stata data dimostrazione dell'ottenimento dei contributi previsti dalla legge regionale Sardegna n. 5/57.

13. La stazione appaltante, nel riscontrare la richiesta di autotutela presentata dalla ricorrente, ha ribadito la difformità tra quanto indicato in sede di offerta tecnica e quanto addotto a giustificazione con riferimento al monte ore del

coordinatore, ai costi orari indicati nell'allegato g all'offerta economica, alla voce "imprevisti, maggiorazioni, integrativi" non presente nell'offerta tecnica, al piano sostituzioni, laddove l'offerta tecnica contempla espressamente nuove assunzioni.

14. Con il primo motivo di ricorso viene dedotto che:

- non vi sarebbe stata una modifica del numero del personale A.S.A. tra quanto indicato in offerta e quanto rappresentato nei giustificativi, dovendo essere considerate le ore dell'operatore di ginnastica dolce; nella seconda tabella contenuta nell'offerta tecnica a pagina 4 sarebbero indicati cinque operatori;
- la diversa indicazione nei giustificativi dell'orario della figura del coordinatore non inciderebbe sulla congruità dell'offerta: le 21,67 ore del coordinatore sarebbero ricomprese e assorbite nel maggior numero di 26 ore dei giustificativi;
- non vi sarebbe una modifica al costo orario poiché il RUP avrebbe confuso il costo tariffa, che era stato indicato nell'allegato g) dell'offerta tecnica, con il costo del lavoro indicato nei giustificati, derivante dalle tabelle ministeriali di cui al modulo f): nell'allegato g) l'operatore avrebbe dovuto inserire tutte le voci di costo (lavoro, utile, spese generali, materiali) dato che il costo del lavoro era stato già indicato nel modulo allegato f). Ciò si evincerebbe dalla necessaria indicazione nell'allegato g) degli oneri della sicurezza, dei corrispettivi orari del servizio e dell'aliquota IVA (la quale sarebbe una componente unicamente riferibile alla Tariffa);
- quanto alla voce imprevisti/maggiorazioni/integrativi inserita nei giustificativi essa renderebbe ancor più congrua l'offerta dell'operatore, inserendo eventuali maggiorazioni non prevedibili e considerando l'imminente adeguamento del contratto collettivo nazionale di lavoro, voci che la lex specialis non avrebbe chiesto di inserire nell'offerta.

15. Nelle gare pubbliche, la valutazione dell'anomalia dell'offerta mira a verificare l'affidabilità e serietà complessive dell'offerta stessa attraverso un

giudizio che è globale e sintetico, espressione di un potere tecnico-discrezionale facente capo all'amministrazione. Questa valutazione è, di norma, sottratta al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti (ex multis: Cons. Stato, Sez. V, 07/04/2023, n. 3628; T.A.R. Toscana Firenze, Sez. III, 28/04/2023, n. 437).

Tali vizi non si ravvisano nel caso in esame.

In primo luogo, due delle ragioni poste a fondamento della valutazione effettuata dal RUP – legate alla mancata giustificazione dei costi relativi ai servizi aggiuntivi proposti e al piano delle sostituzioni che, in sede di offerta tecnica, prevede anche eventuali nuove assunzioni ed alla mancata dimostrazione dell'ottenimento dei contributi previsti dalla legge regionale Sardegna n. 5/57 – non sono state neppure oggetto di contestazione.

La ricorrente, con le giustificazioni, ha effettivamente apportato modifiche rispetto a quanto indicato nell'offerta tecnica con riferimento al numero degli operatori ASA (da 4 a 5), al numero di ore del coordinatore (da 5 a 6 ore settimanali) e al relativo costo orario.

Nell'offerta tecnica, a pagina 4, è stato, invero, indicato che “l'equipe proposta per lo svolgimento del servizio” sarebbe stata composta da un coordinatore e quattro operatori ASA mentre nelle giustificazioni il numero degli operatori ASA è salito a cinque. Non giova alla ricorrente il richiamo alla tabella successiva, riportata sempre a pagina 4: essa indica unicamente la turnazione del personale, nel numero e con le ore settimanali riportati nella tabella precedente.

Il diverso numero di ore mensili del coordinatore indicato nelle giustificazioni non è stato oggetto di alcuna spiegazione – mentre, nell'istanza di autotutela indirizzata alla stazione appaltante, la Società Cooperativa Ali assistenza aveva affermato che nell'offerta tecnica il numero di ore settimanali per il coordinatore era stato indicato per errore in 5 ore anziché 6 - ma è stato

liquidato affermandone genericamente un'irrilevanza che cozza contro il principio di immodificabilità dell'offerta.

I tentativi della ricorrente di introdurre una distinzione tra un costo tariffa, che sarebbe stato indicato nell'allegato g) dell'offerta tecnica, ed il costo del lavoro, indicato nei giustificativi, non trovano alcun appiglio nella legge di gara e nella documentazione depositata in giudizio.

L'allegato g) richiedeva la presentazione di una *“Dichiarazione costo del personale”*: in esso veniva chiesto all'operatore di indicare, senza alcun margine di equivocità, i *“corrispettivi orari per le diverse figure professionali sotto elencate, in coerenza con l'importo complessivo offerto e la quantificazione delle prestazioni richieste, e in linea con quanto previsto dal CCNL di riferimento dell'Operatore Economico”* (il coordinatore del centro e l'ausiliario socio assistenziale).

Ciò è sufficiente a smentire quanto affermato dalla ricorrente la quale d'altro canto non ha individuato alcuna disposizione della legge di gara da cui possa inferirsi che nell'allegato g) fosse, invece, richiesto l'inserimento di voci di costo ulteriori rispetto a quella del lavoro.

Una volta acclarata l'effettiva modifica dell'offerta per il tramite dei giustificativi forniti in sede di verifica dell'anomalia, la conseguenza è - per costante giurisprudenza - l'esclusione del concorrente (Cons. Stato, V, 17 settembre 2018, n. 5419; v. anche 8 gennaio 2019, n. 171).

In altri termini risulta dimostrata la violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire la par condicio tra i concorrenti e l'affidabilità dell'operatore economico offerente, la cui effettiva osservanza comporta che, quando l'offerta risulti modificata a seguito delle giustificazioni fornite nel giudizio di anomalia, sia legittima l'esclusione del concorrente, sia per l'inattendibilità dell'offerta originaria che per l'inammissibilità di una nuova valutazione dell'offerta modificata (cfr. Cons. Stato, V, 7 marzo 2019, n. 1565; idem, 7 marzo 2022, n. 1617).

16. Per le ragioni esposte le censure proposte con il ricorso introduttivo e quelle di illegittimità derivata oggetto del ricorso per motivi aggiunti sono

infondate e vanno, pertanto, respinte.

17. La reiezione dei motivi di ricorso comporta anche il rigetto delle istanze di subentro e risarcitoria.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, a favore del Comune di Vimercate, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Silvia Torraca, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Silvia Cattaneo**

**IL PRESIDENTE**  
**Gabriele Nunziata**

IL SEGRETARIO