

***T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 9 marzo 2020, n. 209***

*Condivisibile revirement del collegio lombardo, che in precedenza aveva assunto una posizione rigida (cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 27 giugno 2019, n. 599).*

*Forse un rondine non fa primavera, tuttavia, dopo notevoli oscillazioni giurisprudenziali e un atteggiamento spesso critico del giudice amministrativo d'appello, un arresto chiaro e ragionevole: a fronte di una ricerca di manifestazioni di interesse che limita (come da prassi) ad un numero massimo (nel caso di specie pari al numero minimo previsto dall'articolo 36, comma 2, del Codice dei contratti) i soggetti da invitare, è legittimo l'invito al gestore uscente nel caso gli operatori che hanno manifestato interesse siano inferiori al predetto numero e pertanto la stazione appaltante non provveda ad alcuna selezione tra gli stessi.*

**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 staccata di Brescia (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 755 del 2019, proposto da

S. LUCIA SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE DI SOLIDARIETÀ ONLUS, rappresentata e difesa dagli avv. ...

***contro***

COMUNE DI URAGO D'OGGIO, rappresentato e difeso dall'avv. ...

***nei confronti***

IL NUCLEO SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, COOPERA IMPRESA SOCIALE SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, rappresentate e difese dagli avv...

***per l'annullamento***

- della determinazione del responsabile dell'Area Tecnica n. 246 di data 28 agosto 2019, con la quale è stato aggiudicato al RTI delle controinteressate il servizio di pulizia degli uffici e degli immobili comunali, nonché il servizio di manutenzione del patrimonio comunale, per un periodo di 17 mesi;

- della nota del responsabile dell'Area Tecnica di data 7 ottobre 2019, con la quale è stata comunicata la conferma dell'aggiudicazione;
- dei verbali di gara n. 1 di data 26 luglio 2019, n. 2 di data 28 agosto 2019, e n. 3 di data 2 ottobre 2019;
- delle note, non conosciute, con le quali il Comune ha chiesto alle controinteressate di giustificare nuovamente il costo del personale;
- della determinazione del responsabile dell'Area Tecnica n. 260 del 25 settembre 2019, con la quale è stato incaricato un consulente del lavoro per il calcolo del costo del personale delle controinteressate;
- della PEC di data 11 settembre 2019, con la quale la stazione appaltante ha chiesto alla ricorrente di giustificare l'offerta ai sensi dell'art. 97 del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50;
- della PEC di data 16 settembre 2019, con la quale la stazione appaltante ha confermato la richiesta di giustificativi alla ricorrente, in ragione della necessità di fornire un quadro conoscitivo globale alla commissione giudicatrice;
- della PEC di data 18 settembre 2019, con la quale la stazione appaltante ha assegnato alla ricorrente un nuovo termine per la trasmissione dei giustificativi;
- della lettera di invito alla procedura di gara;
- del capitolato speciale d'appalto;
- dell'avviso di avvenuta aggiudicazione di data 27 luglio 2019;
- nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla controinteressata;
- e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Urago d'Oglio, della cooperativa Il Nucleo Società Cooperativa Sociale Onlus, e della cooperativa Coopera Impresa Sociale Società Cooperativa Sociale Onlus;

Visto il ricorso incidentale proposto dalle controinteressate Il Nucleo Società Cooperativa Sociale Onlus e Coopera Impresa Sociale Società Cooperativa Sociale Onlus;

Visti gli atti della causa;

Visti gli art. 74 e 120 comma 10 cpa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2019 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Urago d'Oglio, con lettera di invito del 12 luglio 2019, ha indetto una procedura negoziata ex art. 36 del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50 per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici e degli immobili comunali, nonché del servizio di manutenzione del patrimonio comunale, per un periodo di 17 mesi.
2. La partecipazione era riservata alle cooperative sociali di tipo B, ai sensi dell'art. 112 del Dlgs. 50/2016, per l'inserimento lavorativo di persone che si trovano in condizioni di svantaggio. La gestione della gara è stata effettuata in modalità telematica sulla piattaforma Sintel di Arca Regione Lombardia. L'importo stimato è pari a € 140.000, di cui € 138.000 soggetti a ribasso e € 2.000 per oneri della sicurezza. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 comma 2 del Dlgs. 50/2016, con un punteggio massimo di 100 punti (70 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica). La lettera di invito prevedeva quattro criteri (servizi aggiuntivi; esperienza e organizzazione; progetto di inserimento lavorativo; certificazioni), a loro volta ripartiti in subcriteri.
3. Entro il termine di scadenza hanno presentato offerte il gestore uscente S. Lucia Società Cooperativa Sociale di Solidarietà Onlus (cooperativa S. Lucia) e il RTI composto dalla mandataria Il Nucleo Società Cooperativa Sociale Onlus e dalla mandante Coopera Impresa sociale Società Cooperativa Sociale Onlus (cooperative Il Nucleo-Coopera).
4. In esito alla procedura, l'offerta delle cooperative Il Nucleo-Coopera è risultata vincitrice con 94,45 punti (64,45 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica, con un ribasso dell'8,17%). Al secondo posto si è collocata l'offerta della cooperativa S. Lucia con 87,56 punti (70 per l'offerta tecnica e 17,56 per l'offerta economica, con un ribasso del 4,29%).
5. Nella verifica di anomalia, le cooperative Il Nucleo-Coopera hanno comunicato alla stazione appaltante, con nota di data 7 agosto 2019, che, a causa di un errore materiale, il costo del personale era stato indicato in misura pari a € 82.371,51, mentre l'importo esatto ammontava a € 102.177,82. Era precisato, peraltro, che la rettifica non modificava la percentuale di ribasso, e dunque l'offerta doveva considerarsi immutata.
6. Conseguentemente, il responsabile dell'Area Tecnica, con determinazione n. 246 di data 28 agosto 2019, conformemente alla valutazione della commissione giudicatrice (v. verbale n. 2), ha aggiudicato il servizio al RTI delle cooperative Il Nucleo-Coopera.
7. L'aggiudicazione è stata però immediatamente sospesa con PEC dell'Ufficio Tecnico di data 6 settembre 2019, in seguito alle osservazioni della cooperativa S. Lucia, che ha contestato l'affidabilità del costo del personale indicato dalle cooperative Il Nucleo-Coopera.
8. Per conto delle cooperative Il Nucleo-Coopera, il consulente del lavoro dott. Giorgia Brovazzo, in una relazione di data 16 settembre 2019, ha stimato il costo del personale in €

86.389,43. Il calcolo tiene conto dei livelli di inquadramento, dell'orario, degli scatti di anzianità, della tredicesima mensilità, delle ferie, dei permessi, e degli oneri per INPS e INAIL e TFR.

9. Ritenendo necessari degli approfondimenti, il responsabile dell'Area Tecnica, con determinazione n. 260 del 25 settembre 2019, ha incaricato il consulente del lavoro rag. Sergio Marchetti di effettuare una verifica dei dati forniti dalle cooperative Il Nucleo-Coopera.

10. Nella relazione di data 2 ottobre 2019 il rag. Marchetti ha stimato il costo delle retribuzioni in € 86.462 per l'intera durata dell'appalto. Il calcolo, effettuato applicando i minimi del vigente CCNL delle cooperative sociali di tipo B, tiene conto dei medesimi parametri utilizzati dalla dott. Brovazzo.

11. Nel frattempo, con tre PEC rispettivamente di data 11, 16 e 18 settembre 2019, la stazione appaltante ha chiesto anche alla cooperativa S. Lucia di dimostrare la congruità del costo del lavoro alla base della propria offerta, in relazione ai valori risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi. Dopo alcune resistenze, la cooperativa S. Lucia ha trasmesso le giustificazioni con nota di data 25 settembre 2019, chiedendo però alla stazione appaltante di non condividere i dati con le cooperative Il Nucleo-Coopera.

12. Rilevata la sostanziale sovrapposibilità delle stime della dott. Brovazzo (€ 86.389,43) e del rag. Marchetti (€ 86.462), la commissione giudicatrice (v. verbale n. 3) ha confermato l'aggiudicazione al RTI delle cooperative Il Nucleo-Coopera. La conferma è stata ufficializzata e comunicata ai concorrenti con nota del responsabile dell'Area Tecnica di data 7 ottobre 2019.

13. Contro l'aggiudicazione, e contro gli atti della procedura che hanno condotto a questo risultato, la cooperativa S. Lucia ha presentato impugnazione, formulando numerose censure, che possono essere sintetizzate come segue:

(i) violazione dell'art. 93 comma 1 del Dlgs. 50/2016, in quanto la garanzia provvisoria (v. doc. 31) è stata presentata solo nell'interesse della mandataria (Il Nucleo) e non anche con riferimento alla mandante (Coopera). Per quest'ultima la stazione appaltante ha chiesto la produzione della garanzia solo tardivamente, con il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione di data 7 ottobre 2019;

(ii) violazione del paragrafo 7.1.1 della lettera di invito, in quanto, relativamente alla mancanza dei motivi di esclusione ex art. 80 del Dlgs. 50/2016, sono state prodotte soltanto le dichiarazioni sostitutive del legale rappresentante delle cooperative Il Nucleo-Coopera, che è la medesima persona (v. doc. 29 e 29-bis), e non quelle degli altri soggetti dotati di poteri di rappresentanza (il vicepresidente e l'amministratore delegato della cooperativa Coopera; il vicepresidente della cooperativa Il Nucleo - v. doc. 30 e 30-bis). Mancherebbe inoltre la dimostrazione dei requisiti di idoneità professionale e di capacità economica e finanziaria (v. paragrafo 4 della lettera di invito). In particolare, non è stata fornita la prova dell'iscrizione della cooperativa Coopera alla CCIAA per lo specifico oggetto dell'appalto; non è specificata la disponibilità delle attrezzature tecniche, dei materiali e dell'equipaggiamento necessari per

eseguire l'appalto; non è dimostrata l'idoneità della polizza assicurativa contro i rischi professionali, essendo stata prodotta solo la quietanza del premio (v. doc. 33); non sono evidenziate le prestazioni che saranno eseguite da ciascuna delle imprese raggruppate, indicazione richiesta dall'art. 48 comma 4 del Dlgs. 50/2016;

(iii) violazione degli art. 31, 77 e 97 del Dlgs. 50/2016, in quanto la verifica di anomalia sarebbe tuttora di competenza del RUP. Nel caso in esame, invece, tutte le valutazioni tecniche sono state effettuate dalla commissione giudicatrice, e non dal responsabile dell'Area Tecnica in qualità di RUP (v. verbale n. 3);

(iv) violazione degli art. 95 e 97 del Dlgs. 50/2016, in quanto l'offerta delle cooperative Il Nucleo-Coopera non sarebbe affidabile, essendo stato modificato più volte nel corso della verifica di anomalia il costo del personale (dapprima € 82.371,51, poi € 102.177,82, infine € 86.389,43);

(v) insostenibilità economica della offerta delle cooperative Il Nucleo-Coopera, a causa della sottostima del costo del personale. In particolare, il calcolo non terrebbe conto della spesa relativa al tasso di assenteismo per malattia. Non sarebbe inoltre stata valutata la circostanza che i mesi non sono composti da 4 ma da 4,33 settimane lavorative, e conseguentemente, mentre le ore lavorative richieste dal capitolato speciale (v. paragrafi 4.1 e 4.2) sono complessivamente 7.565,30, ne sarebbero state giustificate solo 6.970, con un ammanco di 595,30 ore. A questo si aggiunge che il consulente incaricato dal Comune non ha considerato, nei propri conteggi, l'aumento del 5,95% del costo del personale derivante dal rinnovo contrattuale, e che il consulente delle cooperative Il Nucleo-Coopera ha ipotizzato 40 ore settimanali per un lavoratore a tempo pieno, a fronte delle 38 ore lavorative previste dal CCNL delle cooperative sociali (v. doc. 15), con la necessità di coprire le due ore aggiuntive mediante lavoro straordinario. Una volta corretti questi errori, si avrebbe un costo del personale pari a € 107.027,94 (v. doc. 34), ossia una spesa complessiva per l'intero appalto pari a € 130.400,50, destinata a salire a € 131.754,77 se si tiene conto degli interventi straordinari periodici, quali la pulizia delle vetrate, e dei cinque servizi migliorativi indicati nell'offerta tecnica delle cooperative Il Nucleo-Coopera (v. doc. 35, pag. 6). Poiché l'offerta economica è pari a € 126.725,40, vi sarebbe una perdita pari a € 5.029,37;

(vi) violazione dell'art. 77 del Dlgs. 50/2016, in quanto la commissione giudicatrice avrebbe espresso un giudizio collegiale, anziché calcolare la media dei giudizi individuali dei commissari, per i criteri e i subcriteri di cui ai punti 1 e 2.1, come era invece richiesto dalla lettera di invito (v. pag. 7). I punteggi espressi dai commissari presentano infatti una totale coincidenza tra loro (v. verbale n. 1), e dunque si dovrebbero ritenere semplici espressioni di un giudizio collegiale preventivamente formato.

14. Oltre all'annullamento degli atti impugnati, è stato chiesto l'accertamento del diritto della cooperativa S. Lucia a conseguire l'aggiudicazione della gara, con declaratoria di inefficacia del

contratto eventualmente stipulato. È stata chiesta anche la condanna al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

15. Il Comune si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso ed eccependone la tardività. Con la medesima richiesta si sono costituite le cooperative Il Nucleo-Coopera. **Queste ultime hanno inoltre presentato ricorso incidentale, sostenendo che la cooperativa S. Lucia, in quanto gestore uscente, non avrebbe dovuto essere invitata, per il principio di rotazione codificato nell'art. 36 comma 1 del Dlgs. 50/2016. D'altra parte, non sono state indicate le specifiche ragioni che avrebbero eccezionalmente reso possibile la partecipazione alla gara del precedente affidatario del servizio.**

16. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

#### *Sulla tempestività del ricorso principale*

17. Il provvedimento di aggiudicazione a favore delle cooperative Il Nucleo-Coopera è stato adottato il 28 agosto 2019. Lo stesso giorno la stazione appaltante ha comunicato via PEC alla cooperativa S. Lucia il verbale n. 2, che descrive le operazioni di conferma dell'aggiudicazione. Alla PEC è stata allegata la determinazione del responsabile dell'Area Tecnica n. 247 del 28 agosto 2019, che ha prorogato la gestione della medesima cooperativa S. Lucia fino alla stipula del contratto con il nuovo gestore.

18. Se la situazione fosse rimasta invariata, il ricorso, notificato il 16 ottobre 2019, risulterebbe tardivo rispetto al termine ex art. 120 comma 5 cpa. Si ritiene però che sull'onere di impugnazione abbia inciso la successiva attività di verifica svolta dalla stazione appaltante su impulso della stessa cooperativa S. Lucia. Dapprima, infatti, l'aggiudicazione è stata sospesa (6 settembre 2019), e poi, dopo la conclusione del supplemento istruttorio, è stata definitivamente confermata (7 ottobre 2019). Solo in questo momento la stazione appaltante ha sciolto la riserva sull'esito della gara, e ha chiarito le ragioni per cui l'offerta vincitrice è stata considerata affidabile, rendendo attuale l'interesse all'impugnazione. Il ricorso è quindi tempestivo.

#### *Sulla garanzia provvisoria*

19. Il fatto che la garanzia provvisoria sia stata presentata solo per la mandataria (Il Nucleo) e non anche con riferimento alla mandante (Coopera) è una mera irregolarità, che non comporta l'esclusione dalla gara. In primo luogo, la sanzione dell'esclusione non è prevista dalla lettera di invito né dal capitolato speciale. Occorre poi sottolineare che l'assenza o l'incompletezza della garanzia provvisoria non modifica i requisiti di partecipazione, né rende incerto il contenuto dell'offerta, e dunque ricade nell'area del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 commi 8 e 9 del Dlgs. 50/2016.

20. In effetti, la sanzione dell'esclusione è espressamente prevista (v. art. 93 comma 8 del Dlgs. 50/2016) solo per la differente ipotesi della mancanza dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, sul presupposto

dell'intervenuta aggiudicazione. Pertanto, le vicende della garanzia provvisoria non impediscono né la partecipazione alla gara, né l'aggiudicazione in esito alla procedura. Una volta intervenuta l'aggiudicazione, indipendentemente dall'integrazione della garanzia provvisoria (che nello specifico è stata comunque chiesta nell'esercizio del soccorso istruttorio), è rilevante solo la garanzia definitiva, alla quale è subordinata la stipula del contratto.

#### *Sui requisiti di partecipazione*

21. Per quanto riguarda i requisiti morali, le dichiarazioni sostitutive del legale rappresentante delle cooperative Il Nucleo-Coopera relative alla mancanza dei motivi di esclusione ex art. 80 del Dlgs. 50/2016 sono formulate per conto dello stesso dichiarante e di tutti i soggetti che nelle due cooperative hanno poteri di rappresentanza (*"nei propri confronti e nei confronti dei soggetti dell'articolo 80 comma 3 del Dlgs. 50/2016 e smi non è stata pronunciata una condanna [...]"; "non sussistenza, nei confronti dell'operatore economico e dei soggetti indicati dal comma 3 dell'articolo 80 del Dlgs. 50/2016 e smi, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto [...]"*).

22. Ai fini della partecipazione alla gara, le dichiarazioni del legale rappresentante della società riferite all'insieme dei soggetti investiti di poteri gestionali si possono considerare sufficienti, in quanto soddisfano l'obbligo informativo minimo a carico dei concorrenti. Non si ricade quindi nell'omissione negligente di informazioni dovute per il corretto svolgimento della gara, fattispecie disciplinata dall'art. 80 comma 5-c-bis del Dlgs. 50/2016. Non è neppure possibile individuare una diversa e più restrittiva disciplina nella lettera di invito, in quanto l'art. 83 comma 8 del Dlgs. 50/2016 vieta di introdurre nella *lex specialis*, e quindi anche di desumere in via interpretativa, prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice dei contratti pubblici. Poiché l'esclusione è collegata al difetto dei requisiti morali descritti nell'art. 80 del Dlgs. 50/2016, la stazione appaltante può sempre esigere dai concorrenti in sede di soccorso istruttorio, o dall'aggiudicatario in esito alla procedura, l'invio di tutte le dichiarazioni individuali, quando questo sia utile per effettuare verifiche sulla posizione di ciascuno dei soggetti investiti di poteri gestionali.

23. Per quanto riguarda i requisiti di idoneità professionale e di capacità economica e finanziaria, è stata prodotta in sede di presentazione dell'offerta la dichiarazione di iscrizione alla CCIAA della cooperativa Coopera (v. doc. 17). Da tale dichiarazione risulta che l'attività svolta è la *"pulizia generale di edifici"* (codice Ateco 81.21), pienamente coerente con l'oggetto dell'appalto.

24. Il problema della disponibilità delle attrezzature tecniche, dei materiali e dell'equipaggiamento necessari per eseguire l'appalto è stato esaminato dalla commissione giudicatrice nella riunione del 2 ottobre 2019 (v. verbale n. 3), ed è stato rinviato a successivi approfondimenti, da concludere prima della stipula del contratto. Le cooperative Il Nucleo-Coopera hanno poi fatto pervenire una specifica dichiarazione (v. doc. 23), contenente l'elenco completo. La soluzione seguita dalla commissione giudicatrice appare corretta, in quanto, se le

dichiarazioni sintetiche rese nella domanda di partecipazione non rendono incerto il contenuto dell'offerta, la verifica del possesso dei mezzi per lo svolgimento dell'appalto può essere svolta, con economia degli adempimenti istruttori e maggiore aderenza alla situazione effettiva, nei confronti del solo aggiudicatario, in vista della stipula del contratto.

25. Relativamente alla polizza assicurativa contro i rischi professionali, la produzione della quietanza del premio è un principio di prova idoneo a giustificare il soccorso istruttorio. Dalle polizze depositate in giudizio, rispettivamente a favore della cooperativa Il Nucleo (v. doc. 24) e della cooperativa Coopera (v. doc. 25), risulta la piena idoneità ai fini dell'appalto, essendo ciascuna riferita allo specifico settore di specializzazione professionale (cura e manutenzione del paesaggio per la cooperativa il Nucleo, pulizia generale di edifici per la cooperativa Coopera).

26. La distinzione tra gli ambiti professionali delle due cooperative prosegue all'interno del RTI, consentendo agevolmente di associare all'una o all'altra i due gruppi di prestazioni inseriti nell'appalto. La cooperativa Coopera eseguirà quindi la pulizia degli uffici e degli immobili comunali, come stabilito dal paragrafo 4.1 del capitolato speciale, mentre la cooperativa il Nucleo si occuperà della manutenzione del patrimonio comunale, svolgendo le prestazioni descritte nel paragrafo 4.2 del capitolato speciale. Con il medesimo criterio, utilizzando le informazioni contenute nel capitolato speciale (v. tabella del paragrafo 1), è possibile ripartire il valore economico delle rispettive attività. Risulta quindi pienamente osservato l'obbligo di trasparenza all'interno del RTI imposto dall'art. 48 comma 4 del Dlgs. 50/2016.

#### *Sulla verifica di anomalia*

27. Gli art. 31, 77 e 97 del Dlgs. 50/2016, richiamati nel ricorso, non prevedono in realtà alcuna competenza esclusiva del RUP con riguardo alla verifica di anomalia. Questa funzione viene quindi attratta nell'attività di valutazione tecnica delle offerte, svolta dalla commissione giudicatrice sul presupposto implicito che la stessa dispone normalmente di professionalità adeguate. In capo al RUP rimane, ai sensi dell'art. 31 comma 4-c del Dlgs. 50/2016, la cura circa il corretto e razionale svolgimento del subprocedimento di verifica dell'anomalia, oltre all'iniziativa su eventuali incarichi esterni per la soluzione di problemi complessi.

28. Nello specifico, vi è stato un continuo coordinamento tra la commissione giudicatrice e il RUP, articolato nella richiesta di chiarimenti alle cooperative Il Nucleo-Coopera (RUP), nella prima valutazione tecnica (commissione giudicatrice - verbale n. 2), nell'attribuzione di un incarico a un consulente del lavoro (RUP), nella valutazione conclusiva dei dati acquisiti (commissione giudicatrice - verbale n. 3), e nella conferma di tale valutazione, con conseguente notifica ai concorrenti (RUP). Questa soluzione organizzativa appare corretta, in quanto ha consentito una completa valutazione di tutti i problemi tecnici.

#### *Sulla congruità dell'offerta*

29. I diversi importi del costo del personale forniti dalle cooperative Il Nucleo-Coopera non comportano una modifica dell'offerta. Dal lato della stazione appaltante le prestazioni indicate nell'offerta restano le stesse, e così il costo dell'appalto, mentre cambia la stima del margine di utile dal lato dell'aggiudicatario. Il problema è quindi solamente se il nuovo quadro delle spese, e nello specifico la nuova quantificazione delle spese per il personale, mantenga inalterata la sostenibilità dell'offerta.

30. La valutazione del costo del personale deve essere svolta sulla base dei minimi delle apposite tabelle ministeriali (v. art. 97 comma 5-d del Dlgs. 50/2016). Poiché le tabelle ministeriali riportano, in realtà, il costo medio di un settore merceologico in una determinata area territoriale (v. art. 23 comma 16 del Dlgs. 50/2016), occorre distinguere, da un lato, i minimi previsti dalla contrattazione collettiva, e dall'altro il costo orario medio riportato nelle tabelle ministeriali, che viene determinato sulla base di un modello aziendale astratto. La violazione dei minimi contrattuali è un sintomo rilevante di inaffidabilità dell'offerta. Al contrario, proprio perché stabilito in astratto, il costo orario medio è sempre derogabile sulla base della struttura dei costi delle singole imprese. Si deve tenere conto, in particolare, degli effettivi scatti di anzianità dei lavoratori, e dei risparmi che alcune categorie di imprese (tra cui le cooperative sociali di tipo B) possono conseguire sul piano fiscale e contributivo. Poiché il giudizio di congruità dell'offerta è sintetico, alla stazione appaltante non può essere chiesto di effettuare un calcolo puntuale di tutte le voci di spesa relative al personale, ma più semplicemente di accertare la coerenza degli ordini di grandezza.

31. Fatte queste precisazioni, si osserva che il costo del personale indicato inizialmente dalle cooperative Il Nucleo-Coopera (€ 82.371,51) è coerente sia con quello successivamente stimato dal proprio consulente del lavoro dott. Brovazzo (€ 86.389,43) sia con quello stimato dal consulente del lavoro rag. Marchetti su incarico della stazione appaltante (€ 86.462). Questi risultati sono ottenuti applicando il vigente CCNL delle cooperative sociali di tipo B, e sono ampiamente sufficienti a garantire l'economicità dell'offerta secondo il parametro legale dei minimi contrattuali, anche se si aggiunge prudenzialmente l'aumento del 5,95% derivante dal nuovo CCNL. Il costo del personale indicato dalle cooperative Il Nucleo-Coopera nel corso della verifica di anomalia (€ 102.177,82) sembra invece riferito al costo medio delle tabelle ministeriali, e quindi a un insieme standardizzato di voci di spesa, ma è parimenti idoneo a mantenere in equilibrio l'offerta.

32. In corso di causa le cooperative Il Nucleo-Coopera hanno prodotto una nuova relazione del proprio consulente del lavoro dott. Brovazzo (v. doc. 29), che dimostra come l'importo di € 102.177,82 sia sufficiente a coprire il costo del personale anche tenendo conto degli aumenti contrattuali e degli oneri di sostituzione degli assenti. L'impostazione del calcolo appare corretta, sia nella parte in cui considera l'anzianità effettiva dei lavoratori, come si è visto sopra, sia nella parte in cui toglie dalla base di calcolo degli oneri per INPS, INAIL e TFR i costi di ferie e permessi. Tali costi, infatti, sono computati a parte, nell'ambito del costo complessivo della

sostituzione degli assenti, secondo le indicazioni desumibili dalle tabelle ministeriali, che aggregano nell'unica categoria delle ore non lavorate tutte le assenze per ferie, festività, maternità, malattie, infortuni, diritto allo studio, formazione, assemblee sindacali.

33. Gli ulteriori argomenti esposti nel ricorso non evidenziano errori di calcolo che facciano supporre un costo del personale oltre i limiti della sostenibilità.

34. In particolare, occorre sottolineare che le relazioni dei consulenti del lavoro calcolano il costo del personale in base alle ore lavorative previste dal CCNL (38 ore settimanali), o in base alla frazione settimanale dei lavoratori assunti a tempo parziale, ma sempre indicando la retribuzione mensile. Non devono quindi essere effettuati nuovi calcoli per inserire le ore straordinarie, neppure partendo dal monte ore descritto nel capitolato speciale (v. paragrafi 4.1 e 4.2). Quest'ultimo fornisce infatti solamente dei dati indicativi ("*Tempo indicativo attuale necessario per le operazioni*"), e dunque, dove fa riferimento ai lavoratori a 40 ore settimanali, non vincola i concorrenti a estendere l'orario oltre le normali 38 ore, con 2 ore di straordinario. In realtà, i concorrenti sono liberi di impostare le rispettive offerte sulla base del proprio livello di produttività, che dipende da vari fattori, tra cui l'organizzazione del lavoro e la dotazione di mezzi. Pertanto non deve necessariamente essere preso in considerazione il lavoro straordinario, che resta circoscritto a situazioni non prevedibili. Per la stessa ragione, non devono essere contabilizzate a parte le ore lavorative per gli interventi straordinari periodici (ad esempio, la pulizia delle vetrate) e quelle per i servizi migliorativi offerti, trattandosi appunto di prestazioni che ciascuna impresa può organizzare diversamente, ottimizzando i normali turni di lavoro.

#### *Sull'attribuzione dei punteggi*

35. Per quanto riguarda le modalità di formazione del punteggio per l'offerta tecnica, l'ammissibilità della censura è dubbia, in quanto la cooperativa S. Lucia non ha subito alcun pregiudizio dalla presunta formazione di un giudizio collegiale in luogo della media dei coefficienti assegnati individualmente dai commissari, avendo ottenuto il massimo punteggio anche in relazione ai criteri e ai subcriteri dei punti 1 e 2.1. L'elemento che ha condotto all'aggiudicazione a favore delle cooperative Il Nucleo-Coopera è unicamente il ribasso dell'offerta economica.

36. In ogni caso, anche volendo riconoscere un interesse strumentale finalizzato alla ripetizione della gara, l'uniformità dei coefficienti assegnati dai commissari non è un indizio univoco di formazione collegiale del giudizio sulla qualità dell'offerta tecnica (v. CdS Sez. III 17 dicembre 2015 n. 5717).

37. Oltretutto, se anche il giudizio si fosse formato in modo collegiale, e fosse stato espresso solo formalmente attraverso coefficienti uguali, questo non sarebbe sufficiente a invalidare la procedura, in quanto la stessa lettera di invito (v. pag. 17) prevedeva una valutazione

concertata delle offerte tecniche. Non era quindi richiesto che i commissari attribuissero i rispettivi coefficienti separatamente e senza comunicare tra loro.

*Sul ricorso incidentale*

**38. Nel ricorso incidentale le cooperative Il Nucleo-Coopera lamentano la violazione del principio di rotazione codificato nell'art. 36 comma 1 del Dlgs. 50/2016, in quanto la cooperativa S. Lucia, essendo il gestore uscente, non avrebbe potuto partecipare alla gara, o avrebbe potuto partecipare solo sulla base di una specifica motivazione della stazione appaltante, che però non è stata fornita.**

**39. La tesi non appare condivisibile. Il principio di rotazione deve essere bilanciato con il principio di concorrenza. Pertanto, la rotazione può essere considerata necessaria solo quando i posti disponibili per l'invito alla gara siano limitati a causa di ragioni oggettive, o quando l'invito sia la conseguenza di una prequalificazione gestita dalla stazione appaltante secondo valutazioni discrezionali, ad esempio attraverso un'indagine di mercato orientata da criteri selettivi. In questi casi, l'esclusione dei precedenti aggiudicatari e dei soggetti economici già invitati è utile, in quanto impedisce la formazione di una rendita di posizione, e libera la stazione appaltante dai legami e dai condizionamenti derivanti dai rapporti pregressi, livellando il terreno della competizione.**

**40. Se non vi sono le esigenze sopra descritte, l'esclusione dei precedenti aggiudicatari e dei soggetti economici già invitati non aggiunge efficienza al mercato, ma sottrae opzioni alla stazione appaltante. Quando l'arrivo un concorrente marginale non comporta problemi di gestibilità della procedura, perché la partecipazione è aperta a tutti i soggetti in possesso di determinati requisiti, senza necessità di una preventiva selezione, i rapporti intrattenuti in passato da alcuni soggetti con la stazione appaltante risultano inevitabilmente diluiti, e in definitiva perdono ogni capacità di interferenza nella nuova gara.**

41. Nello specifico, il Comune aveva già disciplinato le condizioni di ottimale gestibilità della procedura attraverso l'avviso esplorativo per la manifestazione interesse, riservato alle cooperative sociali di tipo B (v. doc. 1). **In particolare, nell'avviso esplorativo è stata fissata la soglia di cinque concorrenti. Solo al di sopra di tale soglia era prevista l'applicazione del principio di rotazione (“Qualora il numero degli operatori economici che manifestassero il proprio interesse a partecipare alla procedura fosse superiore al numero di 5 [cinque], i candidati verranno individuati mediante scelta motivata del responsabile unico del procedimento e/o sorteggio nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione”).**

**42. Poiché alla gara hanno partecipato solo due soggetti, compreso il gestore uscente, non vi erano ragioni di interesse pubblico legate alla gestione dalla procedura che**

**imponessero la limitazione del numero dei concorrenti. Non vi erano neppure problemi di prequalificazione, in quanto la condizione di cooperativa sociale di tipo B non richiedeva alcuna valutazione discrezionale. Sussisteva invece un evidente interesse pubblico ad ammettere più di un soggetto, per conseguire i vantaggi della competizione.**

#### *Conclusioni*

43. Il ricorso principale e il ricorso incidentale devono quindi essere entrambi integralmente respinti.

44. Le spese di giudizio seguono la soccombenza nei confronti del Comune, mentre possono essere compensate tra la ricorrente principale e le ricorrenti incidentali, vista la reciproca soccombenza. Gli importi, che tengono conto dell'attività processuale rispettivamente dedicata al ricorso principale e a quello incidentale, sono specificati nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

(a) respinge il ricorso principale;

(b) respinge il ricorso incidentale;

(c) condanna la cooperativa S. Lucia a versare al Comune, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 3.500, oltre agli oneri di legge;

(d) condanna le cooperative Il Nucleo-Coopera, in solido, a versare al Comune, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 2.000, oltre agli oneri di legge;

(e) compensa le spese di giudizio tra la cooperativa S. Lucia e le cooperative Il Nucleo-Coopera.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere