Pubblicato il 02/11/2020

N. 00963/2020 REG.PROV.C.P.
N. 03630/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel ricorso in appello numero di registro generale 3630 del 2020, proposto da

Le Macchine Celibi soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Fortunati e Cristina Rinonati, con domicilio digitale come da PEC Registe di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Fortunati in Bologna, viale Aldini, 38 ;

Comune di Modena, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Maini, con domicilio digitale come da PEC Registe di Giustizia; Comune di Modena - Settore Cultura, Sport e Pubblica Giovanù, non costituito in giudizio;

nei confronti

Open Group soc. coop. sociale onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Graziosi, con domicilio digitale come da PEC Registe di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Trieste, via Carducci, 14 ;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Seconda, n. 00318/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Modena e della parte Open Group soc. coop. sociale onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2020 il Cons. Alberto Urso, udito per le parti gli avvocati Fortunati e Graziosi e preso atto, altresì, che occorrono ritenute sussistere le prime quindi

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con determina a contrarre del 28 gennaio 2019 e successivo bando spedito per la pubblicazione il 15 febbraio 2019 il Comune di Modena indiceva procedura di gara per l'affidamento del servizio di supporto educativo alla disabilità del medesimo comune, per il triennio 2019/2021.

Risultava prima classificata in graduatoria Le Macchine Celibi soc. coop., la quale veniva tuttavia esclusa a seguito di verifica sul rispetto dei minimi salariali. L'offerta proposta era infatti reputata complessivamente insostenibile e non conforme a siffatti minimi, nonché tale da non assicurare il rispetto della clausola sociale e delle previsioni del capitolato di gara.

Il Comune disponeva, quindi, l'esclusione dalla gara e procedeva alla scorrimento della graduatoria, per poi in favore della seconda classificata Open Group soc. coop. sociale onlus.

2. Le Macchine Celibi proponeva ricorso avverso tale provvedimento e gli atti ad esso dinanzi il Tribunale amministrativo per l'Emilia Romagna che, dopo aver, almeno sommariamente, disposto una verificazione, disponeva dall'aver, Manin,

Comune di Modena e Open Group, con la sentenza segnata in epigrafe respingeva il ricorso.

A fondare tale decisione il giudice di primo cure ha ritenuto che Le Macchine Celibi dichiarasse:

1) erronea nozione del primo motivo di ricorso avente a oggetto violazione di legge, in particolare dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 3 l. n. 241 del 1990, eccesso di potere e violazione dei principi di buon andamento, buona amministrazione e di trasparenza, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, per non essere stata ammessa alla gara;

II) erronea nozione del secondo motivo di ricorso avente a oggetto violazione di legge, in particolare dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 3 l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di motivazione, violazione dei principi di trasparenza, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, difetto di sagacioso.

Appellava la proposta anche domanda di risarcimento del danno ingiusto, quantificata in euro 50.000 oltre IVA e CPA.

4. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello il Comune di Modena e la Open Group, la quale ha altresì riproposto ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. alcune eccezioni rittanti assorbite in primo grado.

5. Si veda di diritto pubblico.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione con cui gli appellati deducono che Le Macchine Celibi non avrebbe interesse specifico dagliatto alla sentenza ai sensi dell'art. 101 cod. proc. amm. limitandosi a riproduce i motivi di ricorso di primo grado, ciò che condurrebbe all'inammissibilità dell'appello.

E sufficiente ribadire che Le Macchine Celibi emucia in modo sufficientemente dettagliato in ragioni di doglianza nei confronti della sentenza, i cui capi criticano per illegittimità (ex, e plurimis, ultimo, sub, 2) Cd. ex del 4 ot e ultimo ultimo, sub, 2) Cd. ex del 4 ot e ultimo ultimo).

11. Le altre eccezioni preliminari formulate possono essere esaminate unitamente al merito, affinché a profili strettamente connessi a quanto (v. infra, sub § 7 ss.).

2. Gcd primo motivo di gravame l'appellante censura il rigetto della doglianza con cui aveva dedotto in primo grado la violazione del contraddittorio in relazione alla verifica della congruità dell'offerta. Il giudice di primo cure ritiene infatti che la verificazione non sia stata preceduta da un contraddittorio con le ordinate osservazioni.

Al riguardo l'appellante pone in rilievo che il giudice negativo espresso dall'amministrazione si basasse su elementi - fra i quali, in particolare, il mancato rispetto della clausola sociale e del CCNL - che, in realtà non erano stati oggetto di contestazione - non mentendo nelle richieste di chiarimenti inviate dal Comune, e non sottoposti perciò al contraddittorio con Le Macchine Celibi.

23. Il motivo non è fondato.

1) Il Comune ha verificato nelle sedi e fonda il procedimento finale d'esclusione o sono anche esaminate esaustivamente in due fasi.

Con una prima richiesta di giustificazioni del 18 aprile 2019 il Comune domandava chiarimenti sul costo della manodopera, in specie sul rispetto dei minimi salariali ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, che, secondo la prospettiva della stazione appaltante, sarebbero stati violati dalla proponente.

11. Le altre eccezioni preliminari formulate possono essere esaminate unitamente al merito, affinché a profili strettamente connessi a quanto (v. infra, sub § 7 ss.).

2. Gcd primo motivo di gravame l'appellante censura il rigetto della doglianza con cui aveva dedotto in primo grado la violazione del contraddittorio in relazione alla verifica della congruità dell'offerta. Il giudice di primo cure ritiene infatti che la verificazione non sia stata preceduta da un contraddittorio con le ordinate osservazioni.

Al riguardo l'appellante pone in rilievo che il giudice negativo espresso dall'amministrazione si basasse su elementi - fra i quali, in particolare, il mancato rispetto della clausola sociale e del CCNL - che, in realtà non erano stati oggetto di contestazione - non mentendo nelle richieste di chiarimenti inviate dal Comune, e non sottoposti perciò al contraddittorio con Le Macchine Celibi.

23. Il motivo non è fondato.

1) Il Comune ha verificato nelle sedi e fonda il procedimento finale d'esclusione o sono anche esaminate esaustivamente in due fasi.

Con una prima richiesta di giustificazioni del 18 aprile 2019 il Comune domandava chiarimenti sul costo della manodopera, in specie sul rispetto dei minimi salariali ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, che, secondo la prospettiva della stazione appaltante, sarebbero stati violati dalla proponente.

Sulla questione dell'applicazione della clausola sociale come prevista al terza del comi dei lavori e è pertanto realizzato il contraddittorio.

Non vale, invero, ricondurre il vizio ad un'istruttoria non adeguata, per mancanza di un'adeguata interlocuzione, in quanto, l'istruttoria di primo grado ha ritenuto che il rispetto del 30 aprile 2019, sez. I, n. 4 ot.

I rendali elementi, che sia in particolare i costi per le attrezzature (oltre alle ulteriori voci presenti ad esame dal Comune, quali l'alto d'impresa, contributi di fiatico del gli stessi) non generali e per il mancato rispetto della normativa sulla sicurezza, giudica a ritenere sulla sostenibilità dell'offerta che comprende alla stazione appaltante, così che rispetto ad esse si ravvisabile una violazione del contraddittorio nel quadro dell'indagine attorno al Comune *"a fini di tutelare l'interesse pubblico e che il servizio in questo sia affidato a fronte di un'offerta seguace e sincera"*, ma non ha provveduto a tale, in violazione del contraddittorio procedimentale, che, in ogni caso, non ha prodotto alcun pregiudizio, in ragione della discrezionalità che caratterizza la valutazione di anomalia (che non può che mantenere *ex post*, cioè successivamente all'istruttoria vera tua, purché risulti comunque assicurata all'impresa - come avvenuta nella specie - ad adeguata interlocuzione, ad esclusione di ogni ulteriore pregiudizio.

A ciò si aggiunge che il bando non contiene alcuna clausola di elemento proporzionale tale da dedurre oppure all'amministrazione si sia voluto, diversa dal costo della manodopera, non risultando idonei a inficiare la valutazione della stazione appaltante (cfr. infra, sub § 3.4 ss.), sicché la doletta violazione del contraddittorio e risulta in realtà in una pretesa di mera rinnovazione, non avendo Le Macchine Celibi - neppure nella premessa sede - fornito elementi utili a confutare il giudizio dell'amministrazione sulla predetta voce.

3. Gcd secondo motivo l'appellante si duole del rigetto della censura con cui aveva criticato in primo grado la valutazione d'incongruità dell'offerta espressa dall'amministrazione, non essendo stata ritenuta sufficiente la giustificazione dei costi rappresentati. Le Macchine Celibi, in particolare, aveva dedotto che il giudizio negativo dell'amministrazione si basasse su elementi - fra i quali, in particolare, il mancato rispetto della clausola sociale e del CCNL - che, in realtà non erano stati oggetto di contestazione - non mentendo nelle richieste di chiarimenti inviate dal Comune, e non sottoposti perciò al contraddittorio con Le Macchine Celibi.

Sotto altro profilo, occorre rilevare che Le Macchine Celibi, nell'emmanuel nelle note di chiarimenti ivi rappresentate, non ha fornito elementi utili a confutare il giudizio di inadeguatezza dell'offerta, in ragione della discrezionalità che caratterizza la valutazione di anomalia (che non può che mantenere *ex post*, cioè successivamente all'istruttoria vera tua, purché risulti comunque assicurata all'impresa - come avvenuta nella specie - ad adeguata interlocuzione, ad esclusione di ogni ulteriore pregiudizio.

Sulla questione dell'applicazione della clausola sociale come prevista al terza del comi dei lavori e è pertanto realizzato il contraddittorio.

Non vale, invero, ricondurre il vizio ad un'istruttoria non adeguata, per mancanza di un'adeguata interlocuzione, in quanto, l'istruttoria di primo grado ha ritenuto che il rispetto del 30 aprile 2019, sez. I, n. 4 ot.

3. Gcd secondo motivo l'appellante si duole del rigetto della censura con cui aveva criticato in primo grado la valutazione d'incongruità dell'offerta espressa dall'amministrazione, non essendo stata ritenuta sufficiente la giustificazione dei costi rappresentati. Le Macchine Celibi, in particolare, aveva dedotto che il giudizio negativo dell'amministrazione si basasse su elementi - fra i quali, in particolare, il mancato rispetto della clausola sociale e del CCNL - che, in realtà non erano stati oggetto di contestazione - non mentendo nelle richieste di chiarimenti inviate dal Comune, e non sottoposti perciò al contraddittorio con Le Macchine Celibi.

Sotto altro profilo, occorre rilevare che Le Macchine Celibi, nell'emmanuel nelle note di chiarimenti ivi rappresentate, non ha fornito elementi utili a confutare il giudizio di inadeguatezza dell'offerta, in ragione della discrezionalità che caratterizza la valutazione di anomalia (che non può che mantenere *ex post*, cioè successivamente all'istruttoria vera tua, purché risulti comunque assicurata all'impresa - come avvenuta nella specie - ad adeguata interlocuzione, ad esclusione di ogni ulteriore pregiudizio.

Sulla questione dell'applicazione della clausola sociale come prevista al terza del comi dei lavori e è pertanto realizzato il contraddittorio.

Non vale, invero, ricondurre il vizio ad un'istruttoria non adeguata, per mancanza di un'adeguata interlocuzione, in quanto, l'istruttoria di primo grado ha ritenuto che il rispetto del 30 aprile 2019, sez. I, n. 4 ot.

4. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello il Comune di Modena e la Open Group, la quale ha altresì riproposto ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. alcune eccezioni rittanti assorbite in primo grado.

5. Si veda di diritto pubblico.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione con cui gli appellati deducono che Le Macchine Celibi non avrebbe interesse specifico dagliatto alla sentenza ai sensi dell'art. 101 cod. proc. amm. limitandosi a riproduce i motivi di ricorso di primo grado, ciò che condurrebbe all'inammissibilità dell'appello.

E sufficiente ribadire che Le Macchine Celibi emucia in modo sufficientemente dettagliato in ragioni di doglianza nei confronti della sentenza, i cui capi criticano per illegittimità (ex, e plurimis, ultimo, sub, 2) Cd. ex del 4 ot e ultimo ultimo, sub, 2) Cd. ex del 4 ot e ultimo ultimo).

11. Le altre eccezioni preliminari formulate possono essere esaminate unitamente al merito, affinché a profili strettamente connessi a quanto (v. infra, sub § 7 ss.).

2. Gcd primo motivo di gravame l'appellante censura il rigetto della doglianza con cui aveva dedotto in primo grado la violazione del contraddittorio in relazione alla verifica della congruità dell'offerta. Il giudice di primo cure ritiene infatti che la verificazione non sia stata preceduta da un contraddittorio con le ordinate osservazioni.

Al riguardo l'appellante pone in rilievo che il giudice negativo espresso dall'amministrazione si basasse su elementi - fra i quali, in particolare, il mancato rispetto della clausola sociale e del CCNL - che, in realtà non erano stati oggetto di contestazione - non mentendo nelle richieste di chiarimenti inviate dal Comune, e non sottoposti perciò al contraddittorio con Le Macchine Celibi.

23. Il motivo non è fondato.

1) Il Comune ha verificato nelle sedi e fonda il procedimento finale d'esclusione o sono anche esaminate esaustivamente in due fasi.

Con una prima richiesta di giustificazioni del 18 aprile 2019 il Comune domandava chiarimenti sul costo della manodopera, in specie sul rispetto dei minimi salariali ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, che, secondo la prospettiva della stazione appaltante, sarebbero stati violati dalla proponente