

Pubblicato il 13/07/2021

N. 05283/2021REG.PROV.COLL.

N. 01256/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1256 del 2021, proposto da Cooperativa Sociale e di Lavoro - Operatori Sanitari Associati - O.S.A. Soc. Coop. Sociale - Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Renna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Ostuni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Tanzarella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Opus Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce (Sezione Terza) n. 4/2021, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di gestione, in regime di concessione, di una RSSA, un Centro Diurno per disabili e una Casa di Riposo;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ostuni e del Consorzio Opus Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica, tenutasi da remoto, del giorno 1 luglio 2021 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Mauro Renna, Alfredo Tanzarella e Giuseppe Cozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La Società Cooperativa Consorzio OPUS (seconda classificata nella graduatoria finale con punti 78/100 e precedente gestore del servizio in questione) ha impugnato, dinanzi al TAR per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, la determina dirigenziale n. 2216 del 16/12/2019 del Comune di Ostuni, di aggiudicazione in favore della Società Cooperativa sociale e di lavoro – Operatori sanitari associati (in seguito Coop. OSA) prima classificata nella graduatoria finale con punti 79/100, della gara indetta con determinazione dirigenziale n. 1346 del 1/8/2019 dal Comune di Ostuni per l'affidamento in concessione della gestione della Casa di Riposo "G. Pinto", della Residenza Socio Sanitaria Assistenziale (R.S.S.A.) "Pinto - Cerasino" e dell'annesso Centro Diurno per le Demenze "San Francesco di Paola" (situati in un complesso immobiliare di proprietà comunale in via G. Pinto Ostuni (BR) da concedere in comodato d'uso), per il periodo di anni tre; criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. a) del D. Lgs. n. 50/2016.

1.1 - Unitamente al provvedimento di aggiudicazione in favore della Coop. OSA, il Consorzio OPUS ha impugnato tutti gli atti del procedimento ed, in particolare, quelli relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Coop OSA e la declaratoria di congruità di tale offerta resa dalla stazione appaltante; il Consorzio OPUS ha formulato anche la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, chiedendo la reintegra in forma specifica oltre al risarcimento del danno per equivalente.

1.2 - Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Ostuni che la controinteressata Coop. OSA che hanno replicato alle doglianze proposte chiedendone il rigetto.

1.3 - Il TAR ha disposto una verifica in relazione al giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria Coop OSA reso dal Comune di Ostuni; dopo aver esaminato la relazione di verifica ne ha condiviso il contenuto, ed ha quindi ritenuto illegittimo, per erroneità e illogicità, il giudizio di congruità dell'offerta reso dalla stazione appaltante sull'offerta dell'aggiudicataria Coop. OSA.

2. - Con la sentenza n. 4/2021, il TAR ha quindi annullato il provvedimento di aggiudicazione ed ha ordinato al Comune di Ostuni di disporre il subentro del Consorzio OPUS, previa verifica dei requisiti e presupposti di legge.

3. - Avverso tale decisione ha proposto appello la Coop. OSA, articolato sulla base di quattro motivi di impugnazione.

3.1 - Si sono costituite in giudizio sia il Comune di Ostuni che l'appellato Consorzio OPUS, ricorrente in primo grado.

3.2 - Con ordinanza n. 1314 del 15 marzo 2021 l'istanza cautelare è stata accolta.

3.3 - Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica.

4. - All'udienza pubblica, tenutasi da remoto, del giorno 1 luglio 2021, l'appello è stato trattenuto in decisione.

5. - L'appello è fondato nei termini indicati in motivazione.

6. - Come già rilevato la controversia riguarda l'affidamento in concessione della gestione di tre strutture per la durata di tre anni: la Casa di riposo "G. Pinto", la RSSA "Pinto-Cerasino" e il Centro Diurno per le Demenze "S. Francesco di Paola", situati in un complesso immobiliare di proprietà comunale da concedere in comodato d'uso.

La stazione appaltante ha stimato il valore della concessione nel « fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA ».

Il valore del contratto era, in particolare, calcolato tenendo conto che la concessione ha per oggetto l'affidamento del diritto di gestire determinate tipologie di servizi sociali remunerati a tariffa secondo quanto previsto dalla pertinente disciplina regionale (e, segnatamente, il reg. reg. 18 gennaio 2007, n. 4).

Nello specifico, il Comune di Ostuni ha determinato i ricavi della concessione considerando:

- da un lato «i parametri economici definiti nei piani tariffari stabiliti nei provvedimenti Regionali per i servizi per cui la struttura risulta autorizzata» e il numero di posti disponibili;
- dall'altro lato il «contributo annuo» per la gestione della struttura dovuto dal Comune (cfr. art. 19 del Capitolato Speciale d'Appalto)

Da tale computo risultava un valore complessivo della concessione pari a 4.761.687,09 euro.

La lex specialis di gara precisava, inoltre, che il corrispettivo della concessione consisteva nel diritto del concessionario «a riscuotere direttamente le rette mensili dovute da parte degli utenti, ovvero la quota sanitaria della retta per gli utenti delle strutture socio-sanitarie», oltre all'eventuale contributo annuale del Comune.

6.1 - All'esito della gara si è classificata prima la Coop. OSA, odierna appellante, seguita dal Consorzio OPUS, gestore uscente.

Con nota del 21 ottobre 2019, prot. n. 53136, il Comune di Ostuni ha avviato il sub-procedimento di valutazione della congruità dell'offerta ex art. 97, co. 6, del Codice dei contratti pubblici, in considerazione del ribasso sulla base d'asta pari al 100% offerto dalla Coop. OSA.

In particolare, la Stazione appaltante ha chiesto di trasmettere per iscritto, oltre alle «proprie giustificazioni sul prezzo e/o sui costi contenuti nell'offerta », la presentazione di « un piano economico finanziario finalizzato a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico-finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo che consent[] all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa ».

6.2 - L'aggiudicataria ha trasmesso le proprie giustificazioni come richiesto dalla Amministrazione; sono stati richiesti chiarimenti in ordine all'indicazione dei costi per la manodopera a causa di un'incongruenza tra la somma indicata nell'offerta economica e nelle giustificazioni, problematica che è stata superata per effetto delle precisazioni fornite dall'aggiudicataria.

6.3 - Infine Stazione appaltante ha concluso positivamente il sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta nella seduta riservata del 10 dicembre 2019 e, in data 16 dicembre 2019, con determinazione n. 2216 ha aggiudicato il servizio alla Coop. OSA.

6.4 - A seguito della richiesta del Comune di Ostuni di procedere « alla consegna ed all'avvio del servizio a far data dal 01.01.2020, anche nelle more della sottoscrizione del contratto d'appalto », in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 5 del Disciplinare di gara, in data 31 dicembre 2019, OSA ha preso in consegna i beni presenti presso la struttura comunale concessa in uso per lo svolgimento dei servizi e ha avviato dall'1 gennaio 2020 la gestione del servizio, dandone comunicazione alla Stazione appaltante.

6.5 - Nel ricorso di primo grado il Consorzio OPUS aveva dedotto, tra l'altro, che l'offerta di OSA sarebbe stata insostenibile deducendo che, nella stima dei costi della manodopera, quest'ultima avrebbe omesso di

prevedere numerose figure professionali richieste dagli standard dei Regolamenti Regionali n. 4/2007 e n. 4/2019.

6.6 - Il TAR ha quindi disposto, con ordinanza istruttoria n. 581 del 3 giugno 2020, una verifica ex art. 66 c.p.a., « *al fine di valutare la fondatezza o meno della censura incentrata sull'asserita insostenibilità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria in relazione ai costi della manodopera dichiarati dalla stessa, in sede di giustificazioni presentate in ordine al sub procedimento di verifica dell'anomalia, per l'allegata omessa previsione di numerose figure professionali richieste dagli standards dei Regolamenti Regionali n. 4/2007 e n. 4/2019* ».

A tal fine, al Verificatore nominato sono stati sottoposti i seguenti quesiti:

1) « *se nell'offerta presentata dall'aggiudicataria la pianta organica considerata per la stima dei propri costi della manodopera sia (o meno) pienamente in linea con gli standards e le figure professionali di cui al Regolamento Regionale n. 4/2007 e, per quanto applicabile, di cui al Regolamento Regionale n. 4/2019*»;

2) « *se nell'offerta presentata dall'aggiudicataria la pianta organica e le figure professionali considerate per la stima dei propri costi della manodopera sia (o meno) pienamente in linea (anche) con la D.G.R. n. 2152/2019* ».

6.8 - La verifica, quindi, ha avuto ad oggetto:

a) la verifica sulla applicabilità, al momento di presentazione dell'offerta, degli standard di cui al R.R. n. 4/2007 o di cui al R.R. n. 4/2019;

b) la verifica sulla conformità, rispetto agli standard e alle figure professionali previsti dal Regolamento Regionale applicabile, della pianta organica considerata da OSA in offerta per la stima dei propri costi della manodopera;

c) ove applicabile il R.R. n. 4/2019, la verifica sulla conformità alla d.G.R. n. 2152/2019 della pianta organica e delle figure professionali considerate dalla Coop. OSA in offerta per la stima dei propri costi della manodopera.

7. - Con la sentenza n. 4 del 07.01.2021, il TAR ritenendo condivisibili le risultanze della verifica, ha accolto il secondo motivo di ricorso del Consorzio OPUS, nella parte in cui si aveva sostenuto l'incongruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria per mancato rispetto degli standard minimi di personale previsti dal R.R. n. 4/2007 e, per quanto applicabile, dal R.R. n. 4/2019.

Il TAR ha, quindi, annullato gli atti impugnati, « *nei limiti dell'interesse azionato dalla parte ricorrente, con l'ordine al Comune di Ostuni di disporre il subentro della stessa nell'aggiudicazione della concessione de qua, previa verifica dei requisiti e dei presupposti di legge*».

8. - Con il primo motivo l'appellante ha dedotto la censura di "Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e, in particolare, dell'art. 2 del Bando di gara e dell'art. 1 del Capitolato Speciale d'Appalto. Violazione e falsa applicazione del Regolamento Regionale n. 4/2007 e del Regolamento Regionale n. 4/2019, nonché della d.G.R. del 29.11.2019, n. 2153. Difetto e illogicità della motivazione. Error in procedendo. Omessa pronuncia. Violazione dell'art. 112 c.p.c.".

Con tale censura l'appellante ha contestato la sentenza per aver condiviso acriticamente le risultanze della verifica, secondo cui « *La pianta organica presentata dall'aggiudicataria per la stima dei propri costi della manodopera non è in linea con gli standards e le figure professionali di cui al Regolamento Regionale n. 04/2007 e, per quanto applicabile, di cui al Regolamento Regionale n. 04/2019. La pianta organica e le figure professionali considerate per la stima dei propri costi della manodopera dall'aggiudicataria non sono in linea con la D.G.R. n. 2152/2019*».

8.1 - Con la prima doglianza ha sostenuto, in estrema sintesi, che:

- la valutazione sul regolamento applicabile attiene a profili giuridici e non tecnici e, dunque, non poteva essere demandata al verificatore;
- il verificatore avrebbe sbagliato nel ritenere applicabile il regolamento regionale n. 4/2019, in quanto la lex specialis di gara non imponeva l'obbligo di osservare gli standard previsti dal nuovo regolamento, ma si limitava ad un mero rinvio alla disciplina transitoria prevista dal regolamento n. 4/2019;
- gli artt. 12.3 e 12.6 del R.R. n. 4/2019, recanti la disciplina transitoria, ai commi 1, richiedevano l'adeguamento ai requisiti del R.R. n.4/2019 unicamente «ai fini della conferma dell'autorizzazione all'esercizio»; mentre, ai commi 2, prevedevano espressamente che le strutture avrebbero potuto presentare istanza di accreditamento «a seguito dell'approvazione dell'atto di Giunta regionale di cui all'art. 12.1, lett. a), e relativamente ai posti letto disponibili»;
- pertanto, in base alle norme transitorie del R.R. n. 4/2019, richiamate dalla lex specialis di gara, qualora le RSSA ex art. 66 del R.R. n. 4/2007 e i Centri Diurni ex art. 60 ter del R.R. n. 4/2007 avessero optato per la richiesta contestuale della conferma dell'autorizzazione e dell'accREDITAMENTO istituzionale, avrebbero potuto presentare tale unica istanza solo successivamente all'atto ricognitivo di cui all'art. 12.1, pena l'inammissibilità della stessa; ne consegue che, fino alla data di presentazione dell'istanza di conferma dell'autorizzazione, tali strutture non erano tenute ad adeguarsi ai requisiti di cui al R.R. n. 4/2019;
- per esse l'allegato B) del R.R. n. 4/2019 rinviava, quindi, il possesso dei requisiti tecnologici e organizzativi previsti dal Regolamento « [a]ll'atto della presentazione dell'istanza», ossia solo successivamente all'atto ricognitivo di cui all'art. 12.1 del Regolamento;
- poiché l'atto ricognitivo in questione è intervenuto solo con la d.G.R. del 29.11.2019, n. 2153, ne deriva che alla data di presentazione dell'offerta (il cui termine scadeva il 16.09.2019) per la RSSA "Pinto-Cesarino" e il Centro diurno per demenze "San Francesco di Paola" non vi era alcun obbligo di adeguarsi agli standard di cui al R.R. n. 4/2019;
- ed infatti, l'art. 29, comma 6, della L.R. n. 9/2017, come modificata dall'art. 17 della L.R. n. 26/2020, ha espressamente chiarito che, fino alla conclusione delle procedure di accREDITAMENTO anche alle strutture non contrattualizzate, oltre a quelle già contrattualizzate, continuano ad applicarsi esclusivamente gli standard di personale di cui al R.R. n. 4/2007;
- per le strutture, quali la RSSA "Pinto-Cesarino" e il Centro diurno per demenze "San Francesco di Paola", per le quali non è stato ancora rilasciato il provvedimento di accREDITAMENTO, è stata, pertanto, sancita a tutt'oggi l'inapplicabilità degli standard di personale previsti dal R.R. n. 4/2019.

8.2 - Con il primo motivo l'appellante ha poi contestato la tesi del TAR, secondo cui, anche ove si ritenesse applicabile a tali strutture esclusivamente il R.R. n. 4/2007, le piante organiche non risulterebbero comunque rispondenti agli standard previsti dal precedente regolamento, tenuto anche conto dell'impossibilità di utilizzare il personale in comune fra le strutture.

Tale affermazione, meramente assertiva, contrasterebbe anche con la relazione di verifica nella quale si afferma che « le previsioni in offerta di personale in comune, in condivisione con RSSA "Pinto Cesarino", doveva ritenersi possibile posto che le due strutture sono situate nello stesso plesso ».

9. - Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto la censura di *"Error in iudicando e in procedendo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016. Difetto di istruttoria. Vizio di motivazione, carenza e illogicità della motivazione. Violazione dell'art. 64 c.p.a"*.

L'appellante ha contestato il giudizio di incongruità ed inaffidabilità della propria offerta resa dal TAR: ha dedotto, quindi, che l'incongruità dell'offerta non sarebbe stata accertata né dal verificatore (che non ha eseguito alcun accertamento di tipo economico), né dal TAR; la declaratoria di non congruità dell'offerta presuppone, infatti, che l'offerta sia in perdita pur tenendo conto dell'utile dichiarato in sede di gara.

9.1 - Nel caso di specie, tale circostanza non si sarebbe verificata: tenendo conto degli standard previsti dal regolamento n. 4/2007 il costo del personale indicato nell'offerta sarebbe stato calcolato in eccesso; calcolando il costo del personale sulla base degli standard previsti del reg. n. 4/2019 l'utile sarebbe in grado di far fronte all'incremento dei costi; inoltre, sarebbero stati possibili altri risparmi di spesa ricorrendo a rapporti di lavoro libero professionale, a rapporti a tempo determinato, ecc.; in definitiva, secondo l'appellante, l'offerta sarebbe sempre remunerativa.

10. - Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto la doglianza di *"Error in procedendo. Eccesso di potere giurisdizionale per avere il Giudice di primo grado effettuato valutazioni riservate alla Stazione Appaltante. Violazione dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016 sotto diverso profilo. Violazione dell'art. 7 e 34, comma 2, c.p.a."* rilevando che il TAR non avrebbe potuto disporre direttamente il subentro del Consorzio OPUS nell'aggiudicazione della concessione, ma semmai avrebbe dovuto limitarsi ad ordinare alla P.A. una nuova verifica di congruità della propria offerta sulla base dei parametri normativi applicabili alla fattispecie.

11. - Infine, con il quarto motivo ha dedotto la censura di *"Error in procedendo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 4, delle NTA del c.p.a. Violazione dell'art. 6 della CEDU. Violazione e falsa applicazione dei decreti emergenziali"* sostenendo che la sentenza impugnata sarebbe viziata anche perché il TAR, ritenendo illegittimamente tardiva l'istanza di discussione da remoto ex artt. 4 del D.L. n. 28/2020 e 25 del D.L. n. 137/2020, presentata dall'odierna appellante per l'udienza pubblica del 22 dicembre 2020, le avrebbe impedito di contraddire oralmente alle argomentazioni riportate negli scritti avversari.

Ha quindi dedotto che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato ivi richiamata, il deposito telematico si considera perfezionato e tempestivo con riguardo al giorno senza rilevanza preclusiva con riguardo all'ora: pertanto l'istanza di discussione sarebbe stata tempestiva.

12. - Il Comune di Ostuni, costituitosi in giudizio, ha condiviso in toto le prospettazioni dell'appellante.

12.1 - Il Consorzio OPUS ha controdedotto sulle doglianze dell'appellante sostenendo che la sentenza avrebbe correttamente ritenuto applicabile il regolamento n. 4/2019, atteso che:

- l'art. 1 del C.S.A. faceva espresso riferimento, in relazione alla RSSA Pinto-Cerasino e al Centro Diurno per le Demenze "San Francesco di Paola", oltre al R.R. 4/2007 anche al nuovo R.R. 4/2019 e alle sue norme transitorie in attesa del piano di riordino ivi previsto;

- per tali strutture il CSA all'art. 2 richiamava espressamente ambedue i regolamenti (artt. 66 e 60 del R.R. 4/2007 nonché le disposizioni contenute nel R.R. 4/2019);

- il Reg. 4/2019, pubblicato sul B.U.R.P. n. 9 del 25/1/2019 è entrato in vigore il 15/2/2019 e dunque, alla data di indizione della gara (2 agosto 2019) il nuovo regolamento 4/2019 era ormai in vigore: i concorrenti per calcolare il costo del personale relativo alla RSSA e al Centro Diurno avrebbero dovuto tener conto della pianta organica prevista da quest'ultimo regolamento;

- il riferimento all'atto ricognitivo di cui all'art. 12.1 "Disposizioni transitorie", da adottarsi entro 60 giorni dall'entrata in vigore del regolamento 4/2019, riguardava la sola contrattualizzazione delle strutture con la ASL; inoltre gli artt. 12.3 e 12.6 del Reg. 4/2019 (norme transitorie relative alle RSSA ex art. 66 R.R. 4/2007 e Centri Diurni ex art. 60 ter R.R. 4/2007) disponevano che tali strutture per mantenere la conferma dell'autorizzazione all'esercizio dovevano adeguarsi ai nuovi requisiti entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore del regolamento (6 mesi dal 15/2/2019);

- i gestori delle strutture erano quindi tenuti ad adeguarsi al nuovo regolamento entro 6 mesi per poter conservare l'autorizzazione e per poter chiedere l'accreditamento;

- solo con la legge n. 18/2020, modificata ad agosto 2020 con la legge n. 26/2020, la Regione ha previsto che i gestori potessero continuare ad operare con l'organico previsto dal R.R. 4/2007;

- tale normativa, essendo sopravvenuta, non sarebbe applicabile al caso di specie.

12.2 - Con riferimento alla pianta organica della Coop. OSA, l'appellato Consorzio OPUS ha sostenuto che non fosse rispondente né a quanto previsto dal R.R. 4/2019, né a quanto indicato nel R.R. 4/2007, come accertato dal verificatore e condiviso dal TAR.

12.3 - In merito al secondo mezzo ha dedotto che l'assenza di figure professionali necessarie per l'espletamento dei servizi avrebbe inciso sul costo della manodopera per oltre un milione di euro; l'utile indicato dall'appellante (pari ad € 315.560,89) non sarebbe dunque sufficiente a coprire i maggiori costi, atteso che nei giustificativi è stato indicato un costo per la manodopera pari ad € 3.179.392,99; applicando il R.R. 4/2007 i costi per la manodopera sarebbero pari ad € 4.436.554,51 ed applicando il R.R. 4/2019 arriverebbero ad € 4.450.360,75; tale divario non potrebbe essere colmato con gli utili di gestione.

12.4 - Quanto al subentro del Consorzio OPUS ha dedotto l'appellata che sarebbe stato pienamente legittimo, in quanto la valutazione della stazione appaltante non sarebbe viziata per difetto di istruttoria o di motivazione, ma da palese incongruità accertata dal TAR.

12.5 - Ha quindi sottolineato, con riferimento al quarto motivo, che correttamente il Presidente avrebbe ritenuto tardiva la richiesta di discussione depositata oltre le ore 12.00 del giorno di scadenza del termine per la memoria di replica.

12.6 - Ha quindi riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. i motivi dedotti in primo grado ed assorbiti dal TAR, con il primo dei quali ha denunciato il vizio di violazione del principio di certezza ed immodificabilità dell'offerta: la Coop OSA avrebbe indicato, infatti, nell'offerta economica i costi per la manodopera nella misura di € 4.188.938,36; nelle giustificazioni tali costi sarebbero stati pari, invece, ad € 3.179.392,99.

Si sarebbe verificata, quindi, una radicale modificazione della composizione dell'offerta tenuto conto della differenza economica di circa un milione di euro tra le due somme.

12.7 - Con il secondo motivo riproposto ha lamentato la mancata presentazione – in fase di gara – del piano economico e finanziario richiesto dal RUP; ha quindi insistito nella propria prospettazione secondo cui l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe in perdita.

12.8 - Il Consorzio OPUS ha chiesto, infine, la declaratoria di inefficacia del contratto – ove stipulato – ed il risarcimento del danno.

13. - Per ragioni logiche ritiene il Collegio di dover esaminare preventivamente i due motivi dedotti in primo grado dal Consorzio OPUS, riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., diretti ad ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria.

13.1 - Con il primo motivo l'appellata ha dedotto che la Coop. OSA avrebbe effettuato una modifica postuma di un elemento essenziale dell'offerta e, quindi, avrebbe dovuto essere esclusa.

Secondo la ricorrente in primo grado, infatti, la aggiudicataria avrebbe modificato i costi della manodopera; tale modifica, a suo dire, non costituirebbe un mero errore materiale.

13.2 - La tesi della appellata, ricorrente in primo grado, non può essere condivisa: questa Sezione con sentenza n. 68 in data 4 gennaio 2021 ha già riconosciuto la ricorrenza dell'errore materiale.

Per ragioni di sinteticità possono qui richiamarsi ai sensi dell'art. 74 c.p.a., i principi ivi esposti a sostegno di tale statuizione pienamente condivisi dal Collegio.

13.3 - Con il secondo motivo riproposto il Consorzio OPUS ha dedotto che l'aggiudicataria non avrebbe prodotto il piano economico e finanziario come richiesto dal RUP: il giudizio di congruità dell'offerta sarebbe quindi viziato non essendo stato possibile verificare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione.

13.4 - Tale doglianza non può essere condivisa, in quanto la presentazione del PEF non era prevista in sede di gara: il RUP ha chiesto di produrre tale documento per svolgere la verifica di anomalia; dopo aver esaminato la documentazione prodotta dalla Coop. OSA ha reso il proprio parere di congruità senza svolgere alcun rilievo sulla documentazione, ritenendo – evidentemente – sufficientemente esplicativa la relazione prodotta dall'aggiudicataria.

13.5 - Ne consegue l'infondatezza dei motivi riproposti ex art. 101, comma 2, dal Consorzio OPUS.

Può dunque procedersi alla disamina dei motivi di appello.

14. - I primi tre motivi di appello, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto tra loro connessi, sono fondati.

14.1 - Innanzitutto ritiene il Collegio pienamente condivisibile la prospettazione dell'appellante e del Comune di Ostuni secondo cui l'individuazione del regolamento regionale applicabile spettava al TAR e non al verificatore, trattandosi di una valutazione di carattere giuridico e non tecnico.

Poiché nella formulazione dei quesiti il TAR non aveva fornito indicazioni al riguardo, il verificatore ha correttamente svolto i suoi accertamenti tecnici tenendo conto degli standard previsti dalle due differenti regolamentazioni; tenuto conto della poca chiarezza della *lex specialis*, ha ritenuto di dover fornire la propria ricostruzione della normativa; il TAR si è limitato a recepire la tesi del verificatore.

14.2 - Ritiene il Collegio di non poter condividere tale tesi.

Innanzitutto occorre tener conto che la stessa stazione appaltante ha modulato il valore della concessione tenendo conto degli standard desumibili dal regolamento regionale n. 4/2007: ciò comporta, dal punto di vista logico, che l'offerta economica delle concorrenti non può che partire dai dati utilizzati dalla stazione appaltante.

Il Collegio ritiene illogico stimare il valore della concessione (nella quale per il tipo di servizio svolto il costo della manodopera assume di gran lunga la voce più consistente) tenendo conto della pianta organica secondo il R.R. 4/2007 e poi valutare, in sede di gara, la congruità dell'offerta dei concorrenti sulla base della pianta organica prevista dal R.R. 4/2019 che comporta maggiori costi per la manodopera. In questo modo viene meno la correlazione tra il valore stimato della concessione (che tiene conto dei costi conteggiati sulla base dei dati numerici tratti dal R.R. 4/2007) e l'offerta economica della concorrente, la cui congruità non può essere valutata sulla base di costi calcolati sulla base di dati numerici differenti, per essa maggiormente onerosi.

Correttamente, infatti, il Comune di Ostuni ha precisato che in sede di gara mai si è dubitato sull'applicabilità del R.R. 4/2007 anche in sede di verifica dell'anomalia.

14.3 - La gara in questione, relativa alla concessione di un servizio di durata triennale, si riferisce ad un periodo "di passaggio" tra il vecchio R.R. 4/2007 ed il nuovo R.R. 4/2019; ciò ha indotto la stazione appaltante a far riferimento anche alla nuova regolamentazione con riferimento alla RSA e al Centro Diurno, in quanto – una volta entrata in vigore la nuova disciplina – gli operatori erano comunque tenuti ad applicare i nuovi standard con riferimento al personale.

Per tale ragione il Comune di Ostuni ha richiamato entrambi i regolamenti regionali facendo specifico riferimento alla disciplina transitoria.

14.4 - La tesi del verificatore, seguita dal TAR, secondo cui il R.R. 4/2019 sarebbe stato già applicabile al momento della indizione della gara, non risulta persuasiva, in quanto non tiene conto della disciplina transitoria.

La Coop. OSA ha correttamente ricostruito la disciplina transitoria: gli artt. 12.3 e 12.6 del R.R. 4/2019 prevedono, in combinato disposto, che fino all'adozione dell'atto ricognitivo di cui all'art. 12.1, recante l'individuazione dei posti letto disponibili e le tempistiche di presentazione dell'istanza, le strutture non essendo ammesse a presentare l'istanza di conferma dell'autorizzazione, non sono tenute ad adeguarsi ai requisiti previsti dal R.R. 4/2019.

L'atto ricognitivo è stato adottato con d.G.R. del 29/11/2019 n. 2135 e, quindi, al momento della presentazione dell'offerta, il cui termine scadeva il 16/9/2019, non vi era alcun obbligo di adeguarsi agli standard di cui al R.R. 4/2019.

Del resto tale regolamento è stato adottato in attuazione della L.R. 9/2017 il cui art. 29, comma 6, prevede che, ad una serie di strutture socio-sanitarie ivi elencate (tra cui il Centro Alzheimer ex art. 60-ter e la RSSA ex art. 66 R.R. 4/2007), "continuano ad applicarsi le disposizioni previste dalla legge 10 luglio 2006, n. 19 (...) e dal Reg. reg. 18 gennaio 2007, n. 4 (...), fino alla data di entrata in vigore dell'apposito regolamento che individua:

- 1) il fabbisogno regionale di strutture;
- 2) i requisiti per l'autorizzazione all'esercizio;
- 3) i requisiti per l'accreditamento istituzionale;

sino al completamento delle procedure di accreditamento di cui al Reg. reg. 21 gennaio 2019, n. 4 (...) e al Reg. reg. 21 gennaio 2019, n. 5.....continuano ad applicarsi esclusivamente gli standard di personale previsti dal Reg. reg. n. 3/2005 e dal Reg. reg. 4/2007".

14.5 - La Coop. OSA ha quindi precisato che non è stato ancora rilasciato il provvedimento di accreditamento per le strutture RSSA "Pinto-Cesarino" e per il Centro Diurno per demenze "San Francesco di Paola"; tale circostanza è stata confermata dal Comune di Ostuni.

Ne consegue che, in base alla disciplina transitoria, tali strutture (oltre alla Casa di Riposo) ricadono ancora, quanto al personale, nel regime transitorio con conseguente applicabilità del R.R. 4/2007.

Il primo motivo d'appello va quindi accolto.

15. - Altrettanto fondati si appalesano il secondo ed il terzo motivo: correttamente l'appellante ha rilevato che la sentenza non può essere condivisa non soltanto perché ha ritenuto applicabile il R.R. 4/2019 in relazione al personale (e quindi ai correlativi costi per la manodopera), in luogo del R.R. 4/2007, ma anche perché ha sostenuto che l'offerta dell'aggiudicataria non fosse conforme alle previsioni del R.R. 4/2007.

Da ciò ha dedotto, in via automatica, l'incongruità e l'inaffidabilità dell'offerta in considerazione della sottostima dei costi della manodopera necessaria per l'esecuzione delle prestazioni.

15.1 - La sentenza non può essere condivisa.

Correttamente l'appellante ed il Comune di Ostuni hanno rilevato che l'accertamento dell'obbligo per il gestore di munirsi delle figure previste dal R.R. 4/2019, in luogo di quelle (in numero e livello inferiore) previste dal R.R. 4/2007 non comporta, di per sé, inaffidabilità dell'offerta.

Al verificatore non era stato chiesto di verificare i costi relativi al personale, ma solo di accertare la rispondenza della dotazione organica allo standard normativo individuato; né il verificatore né il TAR hanno accertato se l'aumento dei costi che l'aggiudicataria avrebbe dovuto sostenere per integrare la dotazione organica avesse trovato copertura all'interno dell'offerta economica, e quindi se l'utile previsto fosse stato in grado di sopportare tali ulteriori costi.

15.2 - Secondo il costante orientamento della giurisprudenza "Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è volto ad accertare l'attendibilità e la serietà dell'offerta e l'effettiva possibilità dell'impresa di bene eseguire l'appalto alle condizioni proposte (cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2019, n. 2496; Id., III, 29 marzo 2019, n. 2079; Id., V, 5 marzo 2019, n. 1538): la valutazione ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una "caccia all'errore" nella loro indicazione nel corpo dell'offerta, costituendo esercizio di apprezzamento tecnico, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà (cfr. Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69; Id., VI, 3 dicembre 2018, n. 6838)". (cfr., da ultimo, Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. V, 26/02/2021, n. 1637; Cons. Stato sez. III 25 giugno 2020 n. 4090; idem sez. V, n. 680 del 27 gennaio 2020)

Secondo la giurisprudenza, nelle gare pubbliche il giudizio sull'anomalia o l'incongruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo nei limiti indicati, senza procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità e delle singole voci, pena un'inammissibile invasione della sfera amministrativa (es. Cons. Stato, V, 2 maggio 2019, n. 2879; 26 novembre 2018, n. 6689; 22 dicembre 2014, n. 6231, 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 11 maggio 2012, n. 2732; Cons. Stato sez. III, 20 maggio 2020, n.3207 e precedenti ivi richiamati).

Il giudice, infatti, non può sostituire la propria valutazione a quella della P.A.

Occorre ancora considerare che "In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo" (cfr. Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437).

15.3 - Nel caso di specie la sentenza impugnata ha giudicato anomala l'offerta sulla base di un parametro scorretto: quello relativo all'organico definito dal R.R. 4/2019, in luogo di quello del R.R. 4/2007; nella motivazione il primo giudice ha anche richiamato la relazione del verificatore laddove ha tenuto conto dell'organico previsto dal R.R. 4/2007: nella sentenza, però, si fa riferimento al solo organico ritenuto non rispondente agli standard, ma non si indica la ragione per la quale tenendo conto della pianta organica prevista nel R.R. 4/2007 l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto ritenersi non remunerativa.

Nella relazione di verifica sono state riscontrate talune incongruenze tra il personale previsto e quello delineato dal R.R. 4/2007: la Coop. OSA ha rilevato al riguardo che si tratta di piccole differenze tali da non incidere sulla sostenibilità complessiva dell'offerta, tenuto conto dell'ampio margine di utile indicato nell'offerta, oltre che della tipologia dei rapporti stipulati con il personale: spetta all'Amministrazione verificare la congruità dell'offerta alla luce degli elementi emersi a seguito della verifica, accertando se, pure a seguito dell'incremento dei costi, l'offerta dell'aggiudicataria sia comunque remunerativa, non potendo il giudice sostituire il suo giudizio a quello della P.A.

16. - L'obbligo di riapertura del subprocedimento di verifica comporta la riforma della sentenza anche nella parte in cui ha disposto il subentro del Consorzio OPUS nello svolgimento del servizio.

In base al principio conformativo la P.A. deve riaprire il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta accertando se l'incremento dei costi, derivante dal pieno rispetto del R.R. 4/2007, abbia un'incidenza tale da determinare l'incongruità dell'offerta; al fine di evitare dubbi in sede di esecuzione, il

Collegio precisa che (come correttamente ritenuto dal verificatore) non sussiste alcun divieto di utilizzare personale in comune nel caso di strutture collocate nello stesso plesso.

17. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va accolto nei termini indicati in motivazione.

18. . La novità della questione trattata consente al Collegio di disporre la compensazione delle spese relative al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO