

Publicato il 16/10/2023

N. 00281/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00195/2023 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 Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 195 del 2023, proposto da Florida Care Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Trappolini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

So.G.I.N. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Barberis, Serena Scarabotti e Giovanna Niglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angela Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione alla Agorà Società Cooperativa Sociale dell'appalto avente ad oggetto il “servizio di infermeria per il sito di Caorso (2 anni + 2 anni opzionali) - CIG: 9677461D71”, comunicato alla società ricorrente in data 18 aprile 2023;

- della comunicazione in data 18 aprile 2023 di non aggiudicazione dell'appalto alla società ricorrente;
- della determina in data 9 maggio 2023 di aggiudicazione dell'appalto alla Agorà Società Cooperativa Sociale;
- dei verbali tutti e degli atti tutti di gara nella parte in cui hanno disposto l'ammissione della Agorà Società Cooperativa Sociale alla procedura di gara e/o nella parte in cui non ne hanno disposto l'esclusione;
- nonché di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo per la ricorrente, ancorché dalla medesima non conosciuto;

.....*per la declaratoria*.....

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

.....*per la condanna*.....

dell'ente appaltante al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione definitiva e subentro della ricorrente nel contratto in parola, ovvero, solo in subordine, al risarcimento per equivalente del danno dalla medesima subito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.G.I.N. S.p.A. e di Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Italo Caso nell'udienza pubblica del 11 ottobre 2023 e uditi, per le parti, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La So.G.I.N. S.p.A. indicava una procedura negoziata 'sotto soglia', ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto il “*servizio di infermeria per il sito di Caorso (2 anni + 2 anni opzionali)*”, con importo complessivo presunto pari a € 298.491,40,

IVA esclusa, e con il criterio di aggiudicazione del ‘minor prezzo’, ai sensi dell’art. 95, comma 4, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016.

All’esito della gara, l’appalto veniva aggiudicato alla Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus per un importo complessivo pari a € 212.511,55 (di cui € 210,00 per gli oneri della sicurezza del servizio biennale, € 35,00 per gli oneri della sicurezza del servizio biennale opzionale). La società ricorrente, da parte sua, si classificava al secondo posto nella graduatoria finale.

Avverso gli atti di gara, *in parte qua*, ha proposto impugnativa la società ricorrente.

Essa imputa alla Stazione appaltante di non avere escluso dalla gara l’operatore economico poi dichiarato aggiudicatario, illegittimamente consentendo un’offerta che non menzionava i costi della manodopera. E ciò in quanto la *lex specialis* della procedura selettiva disponeva che “*ai sensi dell’art. 95, co. 10, II periodo del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., l’aggiudicatario dovrà fornire idonea documentazione utile alla verifica del costo della manodopera dell’offerta economica presentata ...*”, così come il modulo di offerta per la partecipazione alla gara prevedeva – quale apposita voce – la quantificazione dei «costi della manodopera», mentre poi nella determina di aggiudicazione viene precisato “*... CONSIDERATO che per la presente procedura non sono previsti costi della manodopera, di cui anche all’art. 95, comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016, in ragione delle modalità di espletamento del servizio ...*”; il che, peraltro, costituirebbe irregolarità non rimediabile con il soccorso istruttorio, espressamente vietato dall’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 oltre che dalla stessa normativa di gara (art. 11) qualora sussistano incompletezze e/o irregolarità riguardanti l’offerta tecnica e/o l’offerta economica.

Inoltre, la società ricorrente censura la determina di aggiudicazione laddove l’ente appaltante ha reputato che “*... ricorrono i presupposti e le condizioni di cui all’art. 32, comma 8 del D.lgs. 50/2016, per procedere con l’esecuzione anticipata in via d’urgenza delle attività, ai sensi dell’art. 32, comma 13 del D. Lgs. n. 50/2016, prima che il contratto sia divenuto efficace e nelle more del rilascio dei certificati che attestano il*

possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016. Quanto sopra per i seguenti motivi: al fine di rispettare gli obblighi di legge previsti dalla normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di assicurare la presenza di un'infermeria nella centrale nucleare (D.Lgs. 81/2008 e ss.mm.ii. e D.Lgs. 101/2020 e ss.m.i.) ...". Sarebbe difettata, in realtà, l'urgenza di provvedere all'esecuzione anticipata delle attività senza il preventivo controllo della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 in capo all'aggiudicataria, atteso che il servizio in questione era già esercitato da personale infermieristico prestato dalla stessa ricorrente (aggiudicataria nella precedente gara) e che dunque sarebbe stato ben possibile provvedere ad una proroga del servizio in essere; tanto più che – si fa notare – la Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus era stata esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio infermieristico presso la Centrale di Latina per criticità emerse nei controlli effettuati ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, sì da non potersi prescindere da tale precedente, sicuramente rilevante – stante anche quanto stabilito dall'art. 10 della *lex specialis* – e quindi possibile causa di esclusione dalla procedura selettiva.

Conclude, dunque, l'interessata per l'annullamento *in parte qua* degli atti di gara, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna dell'ente appaltante al risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione definitiva e subentro nel contratto, ovvero – in subordine – per il risarcimento per equivalente del danno subito.

Si sono costituite in giudizio la So.G.I.N. S.p.A. e la Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus, opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza n. 130/2023 del 21 giugno 2023 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare della società ricorrente.

All'udienza pubblica in data 11 ottobre 2023, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

La controversia investe l'esito della procedura negoziata 'sotto soglia' indetta, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016, per

l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto il “*servizio di infermeria per il sito di Caorso (2 anni + 2 anni opzionali)*”. La società ricorrente, collocatasi in seconda posizione nella graduatoria finale, censura l'illegittimità della gara sotto due aspetti.

Innanzitutto, l'interessata si duole dell'omessa esclusione dalla procedura selettiva della ditta aggiudicataria dell'appalto, responsabile di avere presentato un'offerta priva di indicazione dei costi della manodopera. Il che si porrebbe in palese contrasto con la *lex specialis* della gara, contraddistinta da esplicita previsione in tal senso, e rileverebbe peraltro come irregolarità non rimediabile con il soccorso istruttorio.

La questione è infondata.

Come documentato in giudizio, l'offerta della controinteressata recava regolarmente il dato relativo ai costi della manodopera, pari a € 188.508,93, e ciò assolveva l'onere di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (“*Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera ...*”).

Con altra censura, poi, viene imputato all'ente appaltante di avere illegittimamente disposto l'esecuzione anticipata in via di urgenza del servizio – ai sensi dell'art. 32, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016 –, difettando una reale necessità di provvedere in questi termini, per la possibile proroga del rapporto contrattuale in scadenza proprio con la società ricorrente. E, a suo dire, non si sarebbe comunque potuto prescindere dal preventivo controllo della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 in capo all'operatore economico aggiudicatario, giacché esso era stato in precedenza escluso da una gara analoga per le criticità emerse in sede di verifica dei requisiti di ammissione, circostanza quindi da non poter essere ora ignorata.

La doglianza è infondata.

In casi analoghi la giurisprudenza ha evidenziato che la “proroga tecnica” del rapporto contrattuale ex art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 non può essere considerata un diritto dell'operatore uscente, né comunque un'opzione che l'Amministrazione è tenuta a reputare preferibile rispetto all'affidamento

in via di urgenza al nuovo operatore (v. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 15 febbraio 2022 n. 467; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2019 n. 11594). Inoltre, viene in rilievo nella fattispecie, *ratione temporis*, la previsione dell'art. 8, comma 1, del decreto-legge n. 76 del 2020 (conv. legge n. 120/2020), riguardante le procedure di cui al d.lgs. n. 50/2016 avviate fino al 30 giugno 2023, laddove dispone che *“è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura”* [lett. a)], così rendendo la consegna anticipata una regola ordinaria della procedura, in esito ad una libera scelta della Stazione appaltante (v., tra le altre, TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 11 febbraio 2022 n. 463); nella circostanza, peraltro, la Stazione appaltante ha anche indicato le specifiche esigenze da salvaguardare, a tutela in particolare della salute pubblica (*“... al fine di rispettare gli obblighi di legge previsti dalla normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di assicurare la presenza di un'infermeria nella centrale nucleare (D.Lgs. 81/2008 e ss.mm.ii. e D.Lgs. 101/2020 e ss.m.i.) ...”*), laddove l'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 raccorda l'esecuzione d'urgenza alla necessità di rimediare a particolari *“... situazioni di pericolo [...] per l'igiene e la salute pubblica ...”*. Il che, come è evidente, rende irrilevante in tale fase la questione dell'ipotizzato – da parte della ricorrente – esito negativo delle verifiche riguardanti la posizione dell'aggiudicataria, perché verifiche ovviamente da completare in uno stadio successivo, come previsto dalla stessa Amministrazione nel provvedimento di aggiudicazione (*“... PRECISATO che lo stipulando contratto sarà risolutivamente condizionato, all'eventuale esito negativo della verifica del possesso dei necessari requisiti prescritti all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 in capo all'aggiudicatario e che, pertanto, in caso di riscontrate irregolarità e/o di carenza dei requisiti lo stesso sarà risolto di diritto ...”*).

Né, infine, è superfluo rilevare come, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, proprio perché in simili situazioni l'Amministrazione può

determinarsi in piena autonomia circa il ricorso o meno alla “proroga tecnica”, il precedente affidatario vanta sul punto un mero interesse di fatto e quindi una pretesa non tutelabile in sede giurisdizionale (v. TAR Abruzzo, Pescara, 9 febbraio 2022 n. 51), nel senso che l’operatore economico non può *“... fondare il proprio interesse al riguardo sulla sua specifica posizione di precedente affidatario del servizio, il quale avrebbe potuto eventualmente ottenere la prosecuzione dell’attività in regime di c.d. “proroga tecnica”, nel caso in cui non fosse stata disposta l’esecuzione anticipata del nuovo appalto. La posizione così vantata non dà luogo, infatti, a un interesse legittimo, ma consiste in un mero interesse di fatto, atteso che la “proroga tecnica” del rapporto con il precedente affidatario non è una conseguenza diretta e automatica della mancata stipulazione del contratto con l’operatore entrante, e non costituirebbe quindi comunque l’esito necessitato dell’eventuale annullamento della disposizione di esecuzione anticipata ...”* (in questi termini TAR Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2019 n. 11594).

L’infondatezza delle censure formulate induce a prescindere dall’eccezione di tardività del ricorso sollevata dalle controparti.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza della società ricorrente, e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna, Sezione staccata di Parma, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento di € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti costituite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l’intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente, Estensore

Caterina Luperto, Referendario

Paola Pozzani, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Italo Caso

IL SEGRETARIO