

N. 05983/2013REG.PROV.COLL.

N. 03939/2013 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 3939 del 2013, proposto da:
Società Cooperativa Sociale Shalom, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Savasta, con domicilio eletto presso l'avv. Michele Guzzo in Roma, via Nicotera n. 29;

contro

Comune di Barletta, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Gagliardi La Gala, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

nei confronti di

Auxilium Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;
A.T.I. Villa Gaia Cooperativa Sociale, Cooperativa Sociale Trifoglio, Consorzio Matrix Società Cooperativa Onlus;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00426/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio assistenza domiciliare integrata

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Auxilium Soc. Coop. Sociale e del Comune di Barletta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Savasta, Quinto su delega di Gagliardi La Gala e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I.- Con atto in epigrafe la società cooperativa sociale Shalom, classificatasi (con p. 80,79) al quarto posto nella gara indetta nel giugno 2011 dal Comune di Barletta per l'affidamento del servizio di "assistenza domiciliare integrata", gara aggiudicata in favore dell'a.t.i. Villa Gaia cooperativa sociale a r.l.-Trifoglio cooperativa sociale (con p. 89,57), ha appellato la sentenza 25 marzo 2013 n. 426 del TAR per la Puglia, sede di Bari, sezione prima, con la quale è stato dichiarato in parte irricevibile, in parte inammissibile e per il resto respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione ed atti connessi, compresi il bando, la lettera d'invito ed il capitolato d'appalto, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il risarcimento del danno.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

- 1.- Illegittimità della sentenza per errata interpretazione dei motivi di ricorso. Tempestività dell'azione. Sussistenza dell'interesse a ricorrere.

Nel ritenere tardive le censure formulate avverso il bando, anziché entrare nel merito della legittimità delle offerte, il TAR ha erroneamente interpretato tali censure, con le quali ella intendeva che, ove la p.a. avesse accettato offerte in deroga alla contrattazione collettiva, quali quelle delle controinteressate, la *lex specialis* di gara era nulla in via derivata; ciò in quanto nel capitolato vi erano clausole che rendevano aleatorio il corrispettivo da incassare; questioni, queste, che non poteva conoscere prima di conoscere le offerte e che nulla hanno a che vedere con la partecipazione alla gara.

L'onere di immediata impugnazione sussiste, infatti, solo per le prescrizioni della *lex specialis* illegittime e che pregiudichino la posizione del concorrente (o dell'aspirante tale) ed impediscano di fatto la sua partecipazione tanto che, se l'interessato presentasse domanda, non potrebbe non essere escluso. Nella specie, il bando consentiva la partecipazione, tanto che ella ha partecipato (avendo sue strutture in loco e presentando un ribasso simbolico), mentre il bando e le clausole contestate incidono solo sull'esecuzione del contratto, resa aleatoria dalla previsione di obblighi di fatto difficilmente attuabili. Ciò che non era consentito era il ribasso offerto dalle controinteressate, non censurabile se non dopo l'apertura delle offerte economiche, ma tale modo di formulare l'offerta trovava una sua giustificazione nell'illegittima formulazione del bando che, di fatto, aveva strutturato il servizio come mera fornitura e rimborso di manodopera, senza che potessero esser gestite le altre voci di costo (spese d'ufficio, oneri accessori, utile).

- 2.- Illegittimità della sentenza per omessa valutazione degli elementi di fatto. Travisamento e contraddittorietà della motivazione. Violazione art. 34 n. 2 c.p.a.. Mancato accertamento della violazione e falsa applicazione degli artt. 86 ss. d.lgs. 163/2006 e ss.mm.. Difetto di motivazione. Illogicità dell'istruttoria e sviamento per mancato accertamento della nullità degli atti presupposti. Nullità della causa del contratto ed impossibilità della prestazione.

Il Tar aveva premesso che occorreva esaminare i profili di illegittimità delle offerte delle controinteressate "risalendo progressivamente la graduatoria" ma ciò non ha fatto, esaminando negativamente solo quelli relativi alla seconda classificata e ritenendo superfluo l'esame di quelli relativi alla prima e terza.

a) Sulla terza classificata: il Consorzio Matrix

L'offerta economica era inammissibile in quanto la somma delle voci che la compongono porta esattamente all'importo a base d'asta e non all'importo offerto. E la lettera d'invito (punto 12, pag. 3, sub "Busta 3") prevede testualmente che "non sono ammesse offerte parziali o contenenti un ribasso uguale a 0 (zero) o in aumento".

b) Sulla seconda aggiudicataria: la Cooperativa Auxilium

L'offerta era censurata sotto due profili, pure presenti nell'offerta di Villa Gaia, quindi il TAR avrebbe potuto pronunciarsi per entrambe.

Tali offerte, in violazione del capitolato e delle norme di legge, prevedevano retribuzioni inferiori ai minimi tabellari. Invece il TAR ha escluso per Auxilium di poter decidere nel merito perché il Comune non aveva aggiudicato in suo favore, dimenticando che il presupposto di Shalom era quello di verificare se le offerte in posizione poziore fossero legittime. L'argomento del TAR viola l'art. 34 c.p.a. ed è insanabilmente contraddittorio, precludendole la possibilità di sindacare sulla legittimità dell'aggiudicazione in favore di Villa Gaia in quanto l'esame del merito si dovrebbe fermare all'impossibilità di giudicare sull'offerta di Auxilium perché non ancora valutata dal Comune ai fini della giustificazione dei costi. In altri termini, Shalom avrebbe dovuto attendere l'annullamento per altra causa dell'aggiudicazione ed una nuova aggiudicazione in favore di Auxilium, ma il ricorso sarebbe stato tardivo.

In realtà, l'offerta di Auxilium era incongrua per essersi discostata dai parametri delle tabelle ministeriali di cui al d.m. 2 aprile 2012, ignorando la contrattazione collettiva di settore e gli scatti previsti da ottobre 2012, nonché per aver previsto

una assistente sociale a 36 ore settimanali senza tener conto delle 2418 ore annue minime di capitolato, quindi le ore settimanali avrebbero dovuto essere 42, di cui 38 *full time* e 4 di straordinario, con conseguente elevazione di costi ed ingiustificata del ribasso.

In sostanza semplicemente si chiedeva, e si chiede ora al Collegio, di valutare se è ammissibile un'offerta che non rispetti per il personale i minimi della contrattazione collettiva, come pure richiesto dal bando.

c) Sulla aggiudicataria a.t.i. Villa Gaia

L'offerta era illegittima, inaffidabile ed inattendibile, poiché non prevedeva alcun utile, non rispettava il monte ore minimo contrattuale, prevedeva un'ulteriore figura professionale senza conteggiarne il costo aggiuntivo. Di qui anche la lamentata disparità di trattamento.

Il TAR, e prima il Comune, nulla hanno osservato al riguardo.

3.- Illegittimità dell'aggiudicazione dell'intera procedura per contraddittorietà con altri provvedimenti dell'Ente e difetto di istruttoria. Accertata illegittimità della procedura.

Lo stesso Comune era a conoscenza dell'illegittimità della procedura, avendo accertato in sede di autotutela i vizi dedotti da Shalom (e altri quali la fissazione di un corrispettivo comprensivo di IVA in violazione degli artt. 2 e 29 del codice dei contratti).

Difatti analoga procedura era stata revocata per ben quattro motivi di illegittimità con determinazione dirigenziale 21 gennaio 2013 n. 100, anteriore all'udienza di discussione. E' evidente, dunque, che la procedura in controversia andava annullata senza rilievo della prova di resistenza.

II.- In data 5 giugno 2013 Auxilium si è costituita in giudizio e, segnalato che con sentenza 20 maggio 2013 n. 781 il TAR per la Puglia ha accolto il proprio ricorso avverso l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Villa Gaia, ha svolto controdeduzioni in rito e nel merito.

In data 5 novembre 2013 si è pure costituito con controricorso il Comune di Barletta.

Con memoria in pari data Auxilium, precisato che l'indicata sentenza n. 781/13 è passata in giudicato, che all'esito delle relative verifiche con determinazione dirigenziale del 18 giugno 2013 il Comune ha disposto l'aggiudicazione definitiva in suo favore, impugnata anch'essa da Shalom lamentando – con argomentazioni analoghe a quelle spese nell'ambito del presente giudizio – l'incongruità dell'offerta di Auxilium, ha chiesto dichiararsi cessato l'interesse di Shalom ad una pronuncia di merito nel presente giudizio.

Dal canto suo, con replica dell'8 seguente Shalom, ricordate le stesse circostanze sopravvenute e precisato che la discussione del proprio nuovo ricorso è fissata per l'udienza del 16 gennaio 2014, ha sostenuto che tali circostanze non impediscano l'esame nel merito del proprio appello, sulla cui fondatezza ha insistito.

III.- L'appello è stato introitato in decisione all'udienza pubblica del 21 novembre 2013.

IV.- Ciò posto, il medesimo appello deve ritenersi infondato nel merito, sicché può soprassedersi dall'esame delle eccezioni in rito formulate dall'appellata Auxilium.

V.- In ordine al primo motivo, la Sezione rileva che col quarto motivo di primo grado (sub d) Shalom svolgeva un primo gruppo di censure concernenti le offerte di Villa Gaia (mancato rispetto dei minimi retributivi, riferito anche alla seconda classificata, utilizzo di ore in misura maggiore delle tabelle, mancata considerazione dei costi della previdenza complementare né delle maggiorazioni per turni, mancata considerazione dell'IVA al 4%, ecc.) e di Auxilium (costo del lavoro dell'assistente sociale inferiore ai minimi contrattuali). Con un secondo gruppo di censure investiva il capitolato speciale d'appalto in quanto in esso il servizio sarebbe stato "strutturato come fornitura e mero rimborso di personale con azzeramento di qualsiasi discrezionalità per l'aggiudicatario e con costi che *ab initio* sembrano insostenibili", anzi il costo base del personale realmente occorrente sarebbe stato "superiore all'importo messo a gara, senza neppure considerare le spese di gestione, i costi per le assicurazioni, per una sede o per un computer o una segretaria, le spese amministrative e tutti gli ulteriori adempimenti connessi o i materiali di consumo", nonché i "costi per la sicurezza", lamentando come in tal modo fosse reso "sproporzionato il sinallagma contrattuale ed impossibile la prestazione, con conseguente violazione dell'art. 68 comma 3 (*rectius: art. 86, co. 3 bis, di cui deduceva appunto la violazione: n.d.e.*) del d.lgs. 163/2006 (oltre che in violazione degli artt. 1343 e 1346 c.c.), impedendo la partecipazione di tutti i concorrenti su basi paritarie".

Tanto è confermato dalle conclusioni del ricorso, con cui si ribadiva, in primo luogo, la richiesta di annullamento degli "atti

di gara (...) per illegittimità del bando e del capitolato speciale di appalto (atti di gara “già a monte viziati dalla illegittimità del bando e della errata valutazione da parte dell’Amministrazione dell’importo a base d’asta”) e, solo in secondo luogo, sia pur “per l’effetto”, dell’aggiudicazione definitiva in favore dell’a.t.i. Villa Gaia (poiché “l’esito positivo della verifica di anomalia è illogico, erroneo e fondato su macroscopiche carenze istruttorie e motivazionali”), nonché delle aggiudicazioni “eventuali in favore delle Cooperative Auxilium e Consorzio Matrix”.

In altri termini, Shalom addebitava alla *lex specialis* di gara l’impossibilità di partecipare in base alle prefissate clausole e base d’asta in una situazione di legittima concorrenza; *lex* di gara che le controinteressate avrebbero aggirato presentando offerte incongrue.

Giustamente, pertanto, il primo giudice ha ritenuto prioritario l’esame delle doglianze di cui al secondo punto del citato motivo d).

E del pari giustamente le ha ritenute tardive.

Mentre l’incongruità delle offerte delle altre concorrenti era effettivamente deducibile solo in sede di impugnazione dell’aggiudicazione, l’illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica e, segnatamente, della fissazione di una base d’asta il cui valore non sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, in violazione dell’invocato art. 86, co. 3 bis, del codice dei contratti, va fatta valere nei termini di decadenza decorrenti dalla pubblicazione del bando, poiché tali regole, incidendo sulla formulazione dell’offerta, ledono immediatamente, concretamente e direttamente l’interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara.

In tema di omessa indicazione nella disciplina di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso ed indeterminatezza del complessivo valore contrattuale, la Sezione ha già avuto modo di affermare come siffatte illegittimità incidano direttamente sulla formulazione dell’offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché la lesività della stessa disciplina di gara va immediatamente contestata, senza attendere l’esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato; anzi, nemmeno sussiste l’onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle in quanto le ritiene tali da impedirgli l’utile presentazione dell’offerta e, dunque, sostanzialmente impeditiva della sua partecipazione alla gara (cfr. Cons. St., Sez. III, 3 ottobre 2011 n. **5421**).

Il riferito orientamento è pienamente condiviso dal Collegio e perfettamente applicabile alla fattispecie in esame, concernente – come già detto – la pretesa insufficienza, già rispetto al costo del lavoro, dell’importo onnicomprensivo posto a base di gara in relazione alle prescritte quantità e qualità delle prestazioni richieste.

Né l’onere di immediata impugnazione può essere circoscritto unicamente alla clausole che impediscono l’ammissione alla procedura di gara, ossia ai requisiti prescritti per la partecipazione, poiché la questione dell’immediata lesività va riguardata in sé, e come tale essa è propria di ogni situazione rispetto alla quale è certo che l’applicazione della clausola non potrà che essere fatta in un unico senso, cioè quello che presenta con evidenza carattere di asserito pregiudizio (cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. IV, 26 novembre 2009 n. 7441 in tema di omissione nella lettera d’invito di taluni costi e duplicazione di altri).

VI.- In ordine al secondo motivo, è del tutto irrilevante ai fini della riforma della sentenza appellata – atteso l’effetto devolutivo dell’appello - la premessa, fatta dal primo giudice una volta dichiarate irricevibili le censure predette, di voler condurre l’esame delle doglianze relative alle offerte delle prime tre graduate “risalendo progressivamente la graduatoria”, per poi invece muovere da quelle concernenti la seconda classificata e, stante l’esito, non esaminare le restanti.

D’altra parte è ben noto che, ove il ricorrente sia preceduto in graduatoria da più concorrenti e la posizione di uno di questi resista alle rispettive contestazioni, viene meno l’interesse del ricorrente stesso alla trattazione dei motivi di ricorso dedotti avverso gli altri concorrenti, dal cui eventuale accoglimento non trarrebbe alcun vantaggio in ordine alla soddisfazione della pretesa sostanziale a conseguire l’aggiudicazione. Scopo della giustizia amministrativa è infatti quello non già della verifica astratta della legittimità o meno dell’atto amministrativo, bensì di tutelare attraverso il processo la situazione giuridica che il ricorrente assume lesa dall’atto amministrativo, oggetto della cognizione del giudice, onde la permanenza di tale assunta lesione per effetto di una statuizione assunta nel processo stesso non consente di pervenire comunque all’annullamento dell’atto, pena altrimenti il superamento dei limiti del detto scopo.

VII.- In applicazione di quanto appena esposto, anche in questa sede conviene muovere dalla posizione della seconda classificata Auxilium, a proposito della quale col motivo d’appello 2.b) si ribadisce l’incongruità dell’offerta, contestando la declaratoria di inammissibilità delle relative censure, pronunciata dal primo giudice nella considerazione che le censure stesse investirebbero un potere della stazione appaltante non ancora esercitato, posto che al procedimento di verifica dell’anomalia è stata sottoposta – a termine della lettera d’invito - l’offerta dell’aggiudicataria, ma non quella della seconda graduata.

Siffatte conclusioni meritano di essere condivise.

La circostanza che l'offerta economica di Auxilium non fosse stata ancora sottoposta a verifica di congruità è dirimente. Tale circostanza, difatti, comporta che il giudice non possa sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di poteri da questa ancora non esercitati, stante l'espresso divieto posto dall'art. 34, co. 2, cod. proc. amm.. Tanto nella specie a maggior ragione tenuto conto, sotto il profilo procedimentale, che si tratta di poteri da esplicarsi nell'ambito dell'apposito, articolato sub-procedimento previsto dagli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mediante richiesta di giustificazioni, valutazione delle medesime ed ulteriore verifica in contraddittorio, solo all'esito del quale può provvedersi all'esclusione; e, sotto il profilo sostanziale, che gli stessi poteri, poiché inerenti la verifica dell'anomalia delle offerte, attengono alla sfera propria di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, sicché il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla p.a. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente siffatta verifica, pena l'invasione di quella sfera tipica (cfr. Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2012 n. 343 e sez. IV, 27 giugno 2011 n. 3862, ivi richiamata).

VIII.- Tenuto conto che Shalom non si duole della ulteriore declaratoria di inammissibilità per genericità e carenza di interesse delle proprie censure di primo grado concernenti il punteggio tecnico, né dell'affermazione del TAR secondo cui ella non aveva esteso alla seconda classificata la doglianza di mancanza di margine di utile riferita all'aggiudicataria (avendo peraltro Auxilium indicato in offerta un utile lordo del 3,85%), le considerazioni appena esposte comportano il consolidamento della posizione di Auxilium come seconda graduata e precludono perciò all'appellante, quarta graduata, di conseguire essa stessa il primo posto, quindi nel contempo, per quanto detto al paragrafo VI, la privano di interesse ad ottenere una pronuncia sulla terza e sulla prima graduata di cui ai motivi d'appello 2.a) e 2.c).

Oltretutto, su ricorso di Auxilium e come rappresentato da quest'ultima nella memoria del 5 novembre 2013, l'aggiudicazione della gara in favore dell'a.t.i. Villa Gaia è stata annullata con sentenza 20 maggio 2013 n. 781, passata in giudicato, e con determinazione dirigenziale del 18 giugno 2013 la stessa gara è stata aggiudicata definitivamente in favore di Auxilium; tale aggiudicazione è stata oggetto di altro ricorso di Shalom, nel quale ella ha di nuovo sostenuto l'incongruità dell'offerta della stessa Auxilium.

Ed è appunto nell'ambito di tale nuovo processo instaurato che Shalom potrà far valere quell'interesse, diretto, attuale e concreto, che in questa sede non può esserle riconosciuto.

IX.- Resta da esaminare il terzo ed ultimo motivo, il quale è però inammissibile perché formulato per la prima volta in questa sede.

X.- In definitiva, l'appello dev'essere respinto, con conseguente conferma della sentenza appellata, sia pure con le integrazioni motivazionali di cui innanzi.

Tuttavia, la peculiarità e la complessità della controversia militano per la compensazione tra le parti presenti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il medesimo appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 13/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)