

N. 05457/2014REG.PROV.COLL.
N. 05523/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5523 del 2014, proposto da:

Cooperativa Sociale Shalom, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, 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, appellato non costituito;

nei confronti di

Auxilium Soc. Coop. Sociale, Consorzio Matrix Soc. Coop. Onlus, società controinteressate non costituite;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00385/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare integrata - risarcimento dei danni

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2014 il Cons.
Massimiliano Noccelli e udito, per l'appellante Cooperativa Sociale Shalom,
l'Avv. Savasta;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 1311 del 30.6.2011 il Comune di Barletta indiceva la gara per l'affidamento del "Servizio di assistenza domiciliare integrata" con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. 163/2006, per l'importo a base d'asta di € 566.800,00.
2. L'odierna appellante, Cooperativa Shalom, presentava domanda di partecipazione e, quindi, formale offerta.
3. All'esito delle operazioni di gara il Presidente della Commissione dichiarava l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. Villa Gaia Coop. Sociale/Trifoglio Coop. Sociale con il punteggio di 89,57 (di cui punti 51,33 per l'offerta tecnica e punti 38,4 per l'offerta economica), mentre seconda aggiudicataria risultava la Soc. Coop. Auxilium, con punti 87,98, terzo classificato il Consorzio Matrix, che aveva totalizzato punti 83,85 e, infine, quarta classificata l'odierna appellante, con punti 80,79.
4. Con determinazione dirigenziale n. 01177 del 31.7.2011, comunicata il 9.8.2012, il Comune di Barletta approvava i verbali di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. Villa Gaia.
5. La Cooperativa Shalom impugnava però, avanti al T.A.R. Puglia, tutti gli

atti di gara del servizio di assistenza domiciliare, chiedendo di disporre l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. Villa Gaia/Coop. Il Trifoglio e di quelle, eventuali, in favore delle cooperative Auxilium e Consorzio Matrix, con declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto che il Comune era prossimo a sottoscrivere e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

6. Anche l'Auxilium, con autonomo ricorso proposto sempre avanti al T.A.R. Puglia, aveva chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria fatta dal Comune di Barletta in favore dell'a.t.i. prima classificata in graduatoria.

7. Con sentenza n. 426 del 25.8.2013 il T.A.R. Puglia dichiarava il ricorso proposto dalla Cooperativa Shalom in parte irricevibile, perché tardivo, nella parte in cui la ricorrente aveva impugnato per nullità derivata le disposizioni del capitolato e del bando, e in parte inammissibile per carenza di interesse, non essendo stata l'offerta di Auxilium ancora oggetto di verificata da parte del Comune.

8. Avverso la sentenza di primo grado n. 426/2013, che aveva rigettato il suo ricorso, proponeva appello la Cooperativa Shalom, ma questo Consiglio, sez. III, con sentenza n. 5983 del 13.12.2013, rigettava l'appello, sottolineando che, in adempimento della sentenza n. 781/2013 del T.A.R. Puglia, la stessa gara era stata nel frattempo aggiudicata definitivamente in favore di Auxilium e che *“tale aggiudicazione è stata oggetto di altro ricorso di Shalom, nel quale ella ha di nuovo sostenuto l'incongruità dell'offerta della stessa Auxilium”*, sicché sarebbe stato 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”*.

9. Lo stesso T.A.R. Puglia, con sentenza n. 781/2013, passata in giudicato, aveva infatti accolto il ricorso proposto dalla Cooperativa Auxilium, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Villa Gaia.

10. Poiché il Comune di Barletta, con determinazione dirigenziale n. 844 del 18.6.2013, aveva aggiudicato in via definitiva l'appalto alla Cooperativa Sociale Auxilium, seconda classificata, già classificatasi al secondo posto, per la durata di tredici mesi e per l'importo di € 541.146,56, stabilendo l'avvio del servizio dal 1.7.2013, l'odierna appellante, come già aveva rilevato questo Consiglio nella sentenza n. 5983/2013, impugnava anche detto provvedimento avanti al T.A.R. Puglia, unitamente al diniego opposto dall'Amministrazione all'istanza di accesso alle giustificazioni di Auxilium, soprattutto al fine di valutarne la congruità in relazione al costo del personale.

11. Nel giudizio di primo grado si costituiva il Comune di Barletta, proponendo controricorso e affermando di aver consentito il richiesto accesso agli atti.

12. Il T.A.R. Puglia, con la sentenza n. 385 del 27.3.2014 qui impugnata, respingeva il ricorso proposto dalla Cooperativa Shalom.

12.1. Il giudice di prime cure, dopo aver rilevato che il Comune di Barletta aveva soddisfatto la richiesta di accesso agli atti formulata dalla ricorrente e che su di essa non vi era luogo a provvedere, osservava che l'offerta della terza classificata, consorzio Matrix, era regolare, presentando essa un corrispettivo finale di € 561.258,00, con un ribasso rispetto al prezzo base di € 566.800,00, sicché la regolarità di tale offerta faceva venir meno l'interesse della Cooperativa Shalom, quarta classificata, ad impugnare l'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante in favore della seconda

classificata, Cooperativa Auxilium.

12.2. In ogni caso, rilevava ancora la sentenza, anche le censure mosse all'offerta della seconda classificata dovevano considerarsi infondate, rilevando che il principio della inderogabilità degli ordinari limiti tariffari concernenti il personale impiegato incontrava delle eccezioni, come nel caso delle cooperative, e che correttamente quindi l'Amministrazione appaltante, in seguito alla verifica delle voci di costo e all'esame delle giustificazioni presentate dalla seconda classificata, aveva proceduto all'aggiudicazione in suo favore.

13. Avverso tale sentenza ha proposto appello la Cooperativa Sociale Shalom, proponendo due distinti motivi di doglianza:

a) l'illegittimità della sentenza per errata interpretazione dei motivi di ricorso e la sussistenza dell'interesse a ricorrere per la nullità dell'offerta del Consorzio Matrix per violazione della *lex specialis* e dei principi in materia ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. 163/2006;

b) l'illegittimità della sentenza per omessa valutazione degli elementi di fatto, il travisamento e la contraddittorietà della motivazione, il mancato accertamento degli effettivi costi del lavoro, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 86 e ss. del d. lgs. 163/2006, il difetto di motivazione.

13.1. L'appellante ha quindi richiesto che questo Consiglio riformi la sentenza impugnata e, per l'effetto, disponga l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'Auxilium e dichiari, altresì, la nullità, l'invalidità e l'inefficacia del contratto di appalto che il Comune ha sottoscritto in esecuzione di precedenti atti e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno o, in subordine,

l'aggiudicazione, in proprio favore, con subentro nel contratto eventualmente stipulato alle condizioni indicate nella propria offerta.

14. Non si sono costituite nel presente grado di giudizio né l'Amministrazione appellata né le parti controinteressate.

15. Nella pubblica udienza del 9.10.2014 il Collegio, udito il solo difensore della parte appellante, ha trattenuto la causa in decisione.

16. L'appello deve essere respinto.

17. Il primo giudice ha rilevato che l'odierna appellante Cooperativa Shalom, quarta classificata, non ha interesse alcuno a contestare la validità dell'offerta presentata da Auxilium, seconda classificata, in quanto resterebbe comunque ferma la posizione del terzo classificato, Consorzio Matrix, per la ritenuta validità dell'offerta da questo presentata, sicché in nessuna utilità la Cooperativa Shalom ritrarrebbe dall'eventuale accoglimento del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione disposta in favore di Auxilium.

18. La motivazione del primo giudice è immune da censura.

19. Assume l'appellante, ribadendo la censura già avanzata in prime cure, che dalla semplice lettura della documentazione prodotta si evincerebbe che la somma delle voci che compongono l'offerta economica porta esattamente all'importo di € 566.800,00 e non all'importo prospettato di € 561.258,00 e ne trae la conclusione che l'offerta del Consorzio doveva essere esclusa dalla Commissione poiché la lettera d'invito, al punto 12, pagina 3, prevede che *“non sono ammesse offerte parziali o contenenti un ribasso uguale a 0 (zero) o in aumento”*.

20. In realtà – e alla luce di un più attento esame dell'offerta economica – deve osservarsi, come ha già rilevato il primo giudice, che dalla tabella dei

costi presentata in sede di gara dal Consorzio Matrix può ragionevolmente desumersi un importo globale di € 561.258,00 dell'offerta, poiché essa riporta, accanto alle 6 voci di cui è composta, anche le percentuali degli importi parziali da calcolarsi sulla base d'asta (7,6% per il costo del personale (D3/E1), 84% per il costo personale (C2), 1,2% per spese generali, 0,8% per il costo del contratto e la fideiussione, 5,5% per le proposte migliorative (n. 2.000 ore) e 0,9% per il margine lordo (utile).

21. Ora è evidente che, effettuando sul totale della base d'asta il calcolo proporzionale rispetto alle voci parziali, si ottenga il totale di € 561.258,00, pari all'ammontare dell'offerta economica effettivamente presentata dal Consorzio.

22. E diversamente non potrebbe essere, del resto, giacché altrimenti in alcun modo si spiegherebbe il margine lordo (utile) del 0,9% sulla base d'asta espressamente previsto tra le sei voci parziali dell'offerta.

23. Tale margine è, appunto, pari ad € 5.542,00 che, sottratto alla base d'asta di € 566.800,00, fa sì che l'offerta economica del Consorzio sia pari ad € 561.258,00.

24. Il giudice di prime cure dunque, diversamente da quanto assume l'odierno appellante, non ha effettuato alcuna forzatura interpretativa né ha scorto nell'offerta di Matrix cifre che formalmente non vi figuravano, ma è pervenuto ad una lettura dell'offerta nel suo sostanziale significato economico, conforme a quella che è stata la effettiva volontà del Consorzio, intesa senza ombra di dubbio a conseguire un margine di utile pari ad € 5.542,00 e, cioè, allo 0,9% calcolato sulla base d'asta, chiaramente evincibile dalle singole voci esposte nell'offerta, sicché in nessun modo l'offerta del Consorzio avrebbe dovuto essere esclusa, come assume invece

l'odierno appellante.

25. La contraria valutazione effettuata in sede cautelare da questo Consiglio, sez. V, nell'ordinanza n. 4807 dell'11.12.2012 non può essere utilmente invocata in proprio favore dall'appellante, in quanto tale provvedimento ha solo evidenziato, peraltro nell'ambito della sommaria delibazione in quella sede consentita, che *“con riguardo alla terza”* classificata e, cioè, al Consorzio, *“si riferisce”* da parte di Shalom *“che quest'ultima ha in realtà offerto una somma pari alla base d'asta; circostanza non rilevata dalla commissione a causa di un errore materiale nella somma delle voci di cui essa si compone”*, ma non si esprime alcuna valutazione circa la validità di tale offerta, essendosi limitato il Collegio, in sede cautelare, a ritenere la sussistenza di un concreto interesse ad agire di Shalom sulla base – va qui rimarcato – della sola prospettazione (*“si riferisce”*) da essa offerta.

26. Anche volendo ritenere, come sembra adombrare l'ordinanza cautelare, l'esistenza di un errore materiale nell'offerta, comunque, non muta, nella sua sostanziale correttezza, la conclusione alla quale è pervenuto il primo giudice, sulla base di una ragionevole e complessiva valutazione dell'offerta economica, circa la sua completezza, intelligibilità – al di là, ne va dato atto, di una pur non ineccepibile redazione formale – e sostanziale conformità alle previsioni della *lex specialis*.

27. Di qui la correttezza, conclusivamente, della valutazione espressa dal primo giudice nel ritenere valida l'offerta economica presentata dal Consorzio.

28. Il primo motivo di appello, pertanto, deve essere respinto.

29. La validità dell'offerta economica presentata dal Consorzio, terzo classificato, priva di qualsivoglia apprezzabile concreto interesse le censure

mosse dall'odierna appellante all'offerta presentata da Auxilium, seconda classificata, con la conseguenza che il secondo motivo di appello, inteso a riproporre tali censure, deve essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, restando quindi ininfluenti ai fini del decidere tutte le motivazioni espresse *ad abundantiam* dal T.A.R. in ordine ai costi del lavoro esposti dalla Auxilium nella sua offerta.

30. In conclusione, pertanto, l'appello di Cooperativa Sociale Shalom deve essere respinto, meritando piena conferma la sentenza impugnata.

31. Non essendovi stata costituzione né del Comune di Barletta né delle società controinteressate, peraltro, non vi è luogo a provvedere sulle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Nulla sulle spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2014

IL SEGRETARIO

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