



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1351 del 2012, proposto da:
Società Cooperativa sociale Shalom, in persona del Presidente e legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Savasta, con domicilio
eletto presso l'avv. Giuseppe Romito in Bari, alla via Crispi n.6;

contro

Comune di Barletta, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti
Rossana Monica Danzi e Isabella Palmiotti, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele
De Robertis in Bari, alla via Davanzati n.33;

nei confronti di

A.T.I. Villa Gaia a r.l. coop. sociale - Cooperativa sociale Trifoglio a r.l., Consorzio
Matrix Società cooperativa Onlus; Auxilium Soc. coop. Sociale, in persona del legale
rappresentane p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio
eletto presso l'avv. Bice Annalisa Pasqualone in Bari, alla via Dalmazia n. 161;

per l'annullamento

-della determinazione dirigenziale del Comune di Barletta n. 01177 del 31.7.2012,
con la quale sono stati approvati i verbali di gara e disposta l'aggiudicazione
definitiva in favore dell'a.t.i. Villa Gaia Coop. Sociale a.r.l. - Trifoglio Soc. Coop. del
servizio di "assistenza domiciliare integrata";

-della nota del 9.8.2012, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. Villa Gaia Coop. Sociale a.r.l. - Trifoglio soc. coop.;

-del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio di "*assistenza domiciliare integrata*";

-di ogni atto e provvedimento, connesso e consequenziale, ivi compreso il bando di gara, la lettera di invito ed il capitolato di appalto (viziati da nullità assoluta ed insanabile);

nonché per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto che il Comune è prossimo a sottoscrivere in esecuzione di predetti atti;

-per l'annullamento di ogni altra eventuale aggiudicazione agli altri concorrenti e di tutti gli atti di gara, nonché per la condanna al risarcimento del danno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2013 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori avv.ti Maurizio Savasta; Isabella Palmiotti; Domenico Curigliano, per delega dell'avv. Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n.1311 del 30.6.2011, il Comune di Barletta ha indetto procedura ristretta per l'affidamento del servizio di "*assistenza domiciliare integrata*", di importo a base di gara pari a €. 566.800,00, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Superata la fase delle pre-qualificazioni, all'esito delle valutazioni tecniche ed economiche è risultata aggiudicataria l'a.t.i. Villa Gaia coop. Soc.-Trifoglio con punteggio 89,57; seconda classificata la società cooperativa Auxilium, con punteggio 87,98; terzo classificato il consorzio Matrix, con punteggio 83,85; quarta ed ultima classificata la coop. Soc. Shalom, con punteggio 80,79.

Quest'ultima ha formalmente impugnato tutti gli atti della procedura, dalla *lex specialis* di gara all'aggiudicazione definitiva; ma le censure proposte investono essenzialmente l'ammissione delle prime tre classificate.

Il Consiglio di Stato, adito in sede di appello avverso l'ordinanza di questa Sezione n.807/2012, ha accordato la tutela cautelare negata in primo grado (cfr. Sez.V n.4807/12). Più precisamente, ha accolto le censure di illegittimità dell'ammissione delle prime due graduate per aver le stesse presentato offerte senza margine di utile; dell'ammissione della terza, per avere quest'ultima offerto una somma pari alla base d'asta.

Si sono costituiti in giudizio la controinteressata cooperativa sociale Auxilium e l'Amministrazione comunale di Barletta, con atti –rispettivamente- depositati in data 15 febbraio 2013 e 22 ottobre 2012.

All'udienza del 6 marzo 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Come anticipato in punto di fatto, il gravame in epigrafe è stato proposto dalla quarta ed ultima classificata. Essa stessa, in via principale, qualifica il proprio interesse al ricorso come strumentale alla ripetizione della gara; solo in via subordinata chiede, invero, che venga disposta l'aggiudicazione in suo favore, con conseguente subentro nel contratto eventualmente stipulato.

Di certo, alla stregua dei principi generali, l'interesse può radicarsi solo in dipendenza dell'eliminazione dalla graduatoria di tutte e tre le imprese classificate in posizione peggiore, consentendo al ricorso di superare il vaglio dell'ammissibilità; oltre che in relazione alle censure formulate avverso la disciplina di gara ed idonee – ove accolte- ad invalidare l'intera procedura.

2.- La necessità preliminare di apprezzare la sussistenza di un concreto interesse al gravame, induce a modificare parzialmente l'ordine di esame delle censure formulato dalla soc. coop. Shalom, focalizzando l'attenzione prioritariamente su quelle proposte avverso la *lex specialis di gara* e poi, via via, su quelle dirette a contestare l'ammissione delle prime tre classificate, risalendo la graduatoria.

2.1.- Sotto il primo profilo, viene in considerazione il motivo sub d).

Con tale mezzo di gravame parte ricorrente pone in discussione la stessa configurazione dell'appalto e la presunta insufficienza dell'importo a base di gara a consentire il rispetto di inderogabili norme di legge; profili che determinerebbero *"la nullità del bando"*, oltre che delle offerte presentate sulla scorta delle contestate previsioni, *"..con conseguente caducazione dell'intera gara"* (cfr. ricorso pag.25).

Più in dettaglio sostiene che, pur tralasciando le spese di gestione, i costi per le assicurazioni, per una sede, un computer o una segretaria, le spese amministrative e tutti gli altri adempimenti connessi o i materiali di consumo, l'importo a base di gara sarebbe già superato dal solo costo del personale, comprensivo delle sostituzioni e turnazioni; sì da delinearsi un'alea di incertezza sul corrispettivo e trasformare il contratto, da stipularsi all'esito della procedura, in *"...una scommessa o in un rapporto aleatorio, con l'esecuzione di servizi a costi inferiori rispetto a quelli effettivi"* (cfr. ricorso pag.23). Senza, peraltro, alcuna considerazione dei costi per la sicurezza.

Tali censure si appalesano in realtà tardive.

Ed invero, se la presunta illegittimità della *lex specialis* per insufficienza dell'importo previsto a base della gara avrebbe impedito –nella stessa prospettazione della cooperativa ricorrente- il rispetto di norme inderogabili, avrebbe reso *"sproporzionato il sinallagma contrattuale ed impossibile la prestazioni"*, avrebbe -in ultima analisi- reso difficoltosa *"..la partecipazione di tutti i concorrenti su basi paritarie"* (cfr. ricorso pag.25), non può dubitarsi che l'interesse azionato in giudizio dall'odierna ricorrente abbia subito la lamentata lesione già all'atto della pubblicazione del bando.

Le contestate previsioni della *lex specialis* erano in sé idonee a precludere una corretta e consapevole elaborazione della proposta economica, con possibile ripercussioni negative sul meccanismo concorrenziale.

Del resto la giurisprudenza, puntualmente richiamata nel controricorso dalla seconda classificata, si è costantemente pronunciata sulla configurabilità di un onere di immediata impugnazione della *lex specialis* in relazione a clausole che rendano la partecipazione alla gara impossibile, particolarmente onerosa o che impongano obblighi *contra ius*; ovvero nei casi in cui manchi la preventiva indicazione dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso (cfr. per tutte C.d.S. n.5671/2012; in termini già Ad. Plen. n.3/2002).

Nel caso di specie, la procedura per l'affidamento del servizio è stata indetta dall'Amministrazione comunale con determinazione dirigenziale n.1311 del 30.6.2011 e il bando è stato contestualmente inviato alla G.U.; laddove il ricorso è stato avviato alla notifica soltanto il 5 ottobre successivo.

2.2.- Sgombrato il campo da censure astrattamente idonee a travolgere l'intera procedura, l'indagine deve proseguire attraverso l'esame dei profili di illegittimità destinati ad incidere sulle offerte delle altre concorrenti, risalendo progressivamente la graduatoria.

Considerata la richiamata ordinanza cautelare n.4807, nella quale il Consiglio di Stato ha favorevolmente apprezzato la censura diretta a contestare l'ammissione alla gara della terza classificata, per aver la stessa presentato un'offerta perfettamente coincidente con l'importo a base d'asta, si ritiene preferibile partire dai motivi dedotti contro l'offerta della seconda classificata.

Solo un preliminare chiarimento. Erroneamente il Consiglio di Stato, nella richiamata ordinanza, ha rilevato l'anomalia dell'offerta dell'Auxilium per mancanza di un margine di utile, al pari di quella dell'a.t.i. aggiudicataria. Dall'offerta economica, versata in atti, emerge invece che fosse previsto un margine di utile lordo pari a 3,85% dell'offerta (ossia €.20.808,66); e, in effetti, la stessa ricorrente non aveva esteso alla seconda classificata la censura in questione, contenuta sub a) e formulata in via esclusiva avverso l'offerta della prima in graduatoria.

Ciò chiarito, veniamo all'esame delle singole censure.

2.2.1.- Con il motivo sub c) la società Shalom lamenta, in primo luogo, che la seconda classificata (Auxilium) abbia sottostimato il costo del lavoro relativo all'assistente sociale giacchè, ignorando il CCNL delle cooperative sociali, non avrebbe considerato per la copertura del relativo monte ore la necessità di

prevedere “4 ore settimanali di straordinario”; con conseguente “costo maggiore dell’ordinario”.

La doglianza è, in verità, inammissibile. A ben guardare è infatti diretta a censurare un potere non ancora esercitato (cfr. art. 34, comma 2, c.p.a.). Il procedimento di verifica è stato condotto soltanto con riferimento all’offerta dell’aggiudicataria, come espressamente previsto dalla lettera di invito (cfr. pag.5, punto 13).

Peraltro, la contestazione si incentra su di un’unica voce di costo, incidente sul previsto margine di utile in misura esigua, considerata l’intera durata dell’appalto (l’Auxilium stima complessivi €415,68); sicchè sembrerebbe inidonea a determinare una valutazione di complessiva inattendibilità dell’offerta.

2.2.2.- Con lo stesso motivo (sub c)), poi, parte ricorrente lamenta anche di aver conseguito per il progetto tecnico, sotto il profilo su esaminato, un punteggio (0,83) deteriore rispetto alla seconda classificata (che ha ottenuto 1), nonostante abbia previsto un’utilizzazione piena dell’assistente sociale per tutto il monte ore contemplato.

Anche in questa parte, tuttavia, il motivo è inammissibile: a) per genericità, poiché non viene posto in rilievo –né si coglie- il nesso tra la denunziata sottostima del costo dell’assistente sociale e i punteggi attribuiti alle offerte tecniche; b) per carenza di interesse, non essendo stata fornita la cd. “prova di resistenza”. A fronte, infatti, di una distanza complessiva di punteggio con la seconda classificata pari a 7,19 punti, la ricorrente –in ipotesi di accoglimento della censura in esame- potrebbe al più recuperare 0,17 punti.

2.2.3.- Veniamo quindi al successivo motivo sub d). E’ principalmente indirizzato all’offerta della prima classificata, teso ad evidenziarne l’anomalia in relazione all’asserita sottostima del costo del lavoro. Nella parte conclusiva, tuttavia, la ricorrente ne tenta un’estensione alla seconda classificata, asserendo che l’Auxilium “..senza idonei riscontri, ha addirittura previsto un costo orario più basso del lavoro”.

Al di là della formulazione non proprio cristallina, ancora una volta la ricorrente intende contestare un potere non esercitato. Si ribadisce che l’offerta della seconda non è stata sottoposta a verifica di anomalia, in quanto non aggiudicataria.

In ogni caso, anche questa censura appare generica, non essendo stati dedotti specifici motivi di incongruità e di carenza di giustificativi.

Sotto entrambi i profili evidenziati, risulta quindi inammissibile.

2.2.4.- Infine, con l'ultimo motivo di gravame, la ricorrente lamenta la mancata attribuzione alla sua offerta di n.1 punto in relazione al sub-criterio n.5 e di n.5 punti in relazione al sub-criterio 4.1.; in buona sostanza, di complessivi n.6 punti.

Tralasciando il merito della questione, ancora una volta si delineano evidenti profili di inammissibilità della censura per carenza di interesse.

Quand'anche invero si rivelasse fondata, comporterebbe un aumento del punteggio attribuito all'offerta della ricorrente da 80,79 a 86,79, a fronte di quello conseguito dalla seconda classificata pari a 87,98 (né tale soglia sarebbe raggiunta ove si riconoscesse alla coop. Shalom l'ulteriore punteggio di 0,17, rivendicato con il motivo esaminato sub 2.2.2).

Di tutta evidenza, pertanto, la carenza di interesse anche rispetto a tali censure; ininfluenti rispetto all'auspicata esclusione dalla gara della seconda classificata e inidonee a consentire il superamento della relativa posizione in graduatoria.

3.- Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, può dunque concludersi che le censure esaminate non consentono di porre in discussione la legittimità dell'ammissione alla gara della seconda classificata, né la relativa posizione in graduatoria. Ciò che rende superfluo l'esame delle censure indirizzate tanto alla prima classificata, che –a maggior ragione- alla terza poiché, restando ferma la posizione della seconda, la ricorrente non ne trarrebbe alcuna utilità.

Di qui l'assenza di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante.

A rigore, considerato che la stessa ricorrente individua il proprio interesse al gravame principalmente in quello strumentale alla ripetizione della procedura, la rilevata carenza di interesse si apprezza anche in relazione a tutte quelle censure, esaminate ai punti precedenti, che si rivelano dirette ad una mera "correzione" dei risultati della gara; ciò in quanto funzionali alla mera progressione in graduatoria.

4.- In conclusione, il gravame va dichiarato irricevibile nella parte diretta a contestare la *lex specialis*; inammissibile e, comunque, prevalentemente infondato nella parte in cui è diretto a censurare la posizione della seconda classificata; conseguentemente inammissibile quanto ai motivi concernenti la terza classificata e l'aggiudicataria.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte irricevibile, in parte inammissibile e, comunque, in parte infondato. Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese del presente giudizio in favore dell'Amministrazione comunale di Barletta e della controinteressata soc. coop. sociale Auxilium, liquidandole in €.1.500,00 (millecinquecento/00) per ciascuna parte, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario, Estensore

Francesco Cocomile, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/03/2013

IL SEGRETARIO

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