

N. 00418/2016REG.PROV.COLL.

N. 05613/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5613 del 2015, proposto da:

Cooperativa Sociale Vivere Insieme in proprio e quale Capogruppo Rti, Rti Soc. Cooperativa Sociale Shalom, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Maurizio Savasta, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Andrea Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina n. 26;

contro

Comune di Barletta, in nome del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Caruso e Domenico Cuocci Martorano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pietro Benito Panariti in Roma, Via Celimontana n. 38; Auxilium Soc. Coop. Sociale, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Rocco De Bonis, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Rocco De Bonis in Roma, Via Giambattista Martini n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00705/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento di un servizio di assistenza domiciliare per anziani.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2015 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Ernesto Sticchi Damiani, Maurizio Savasta, Luigi D'Ambrosio in dichiarata sostituzione dell'avv. Rocco De Bonis, Benito Panariti su delega dell'avv. Domenico Cuocci Martorano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Cooperativa Sociale Vivere Insieme in proprio e quale Capogruppo del Rti Soc. Cooperativa Sociale Shalom ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore di Auxilium Soc. Coop. Sociale del contratto, di durata triennale e d'importo complessivo a base d'asta pari a 1.520.506,00 euro, avente ad oggetto il servizio di assistenza domiciliare anziani.

Aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa disposta dal comune di Barletta, all'esito della procedura ristretta alla quale erano state invitate otto imprese.

A fondamento dell'impugnazione, cumulata con la domanda di risarcimento danni per equivalente, deduceva un unico motivo articolato in plurime censure: violazione degli artt. 83 e 46 d.lgs. n. 163/2006; violazione della *lex specialis*; difetto di motivazione.

In violazione della *lex specialis* la cooperativa aggiudicataria del servizio avrebbe presentato l'offerta tecnica relativamente al personale impiegato per lo svolgimento del servizio allegando i *curricula* criptati, privi dei dati anagrafici necessari per individuare in modo analitico il reale possesso della qualifica da parte di ciascun lavoratore.

La Commissione di gara, lamentava la ricorrente, anziché non attribuire i punti previsti dalla *lex specialis* (pari a sette) per il possesso del relativo requisito tecnico, ha data avvio ai sensi dell'art. 46 d.lgs. n.163/2006 all'integrazione istruttoria, alterando la *par condicio* fra i concorrenti.

Soccorso istruttorio, s'aggiungeva in ricorso, il cui esito avrebbe comunque frustrato la finalità ad esso sotteso posto che l'aggiudicataria avrebbe indicato i dati anagrafici ma non il codice di riferimento assegnato ai *curricula*, tanto da non consentire d'associare l'identità di ciascun operatore al rispettivo *status* professionale.

Si costituivano in giudizio il comune di Barletta e la cooperativa controinteressata che spiegava a sua volta ricorso incidentale avverso la mancata esclusione del RTI ricorrente dalla gara per l'omessa presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 comma 1, lett. b), c) m-ter del d.lgs. n. 163/2006.

Il Tar accoglieva la domanda incidentale di tutela cautelare e sospendeva l'efficacia dell'aggiudicazione sul rilievo che (*prima facie*) l'offerta tecnica della aggiudicataria fosse incompleta relativamente ai codici OSS 2, OSS 5, OSS 11 e OSS 13, sì da non consentire di attribuire alla Commissione i relativi punteggi.

In dichiarata esecuzione dell'ordinanza cautelare, il Comune immetteva nel servizio l'RTI ricorrente, prescrivendo l'applicazione della clausola sociale prevista per i lavoratori delle cooperative nel settore, autonomamente impugnata con motivi aggiunti dallo stesso RTI.

Il Tar respingeva il ricorso e dichiarava improcedibili il ricorso incidentale c.d. escludente ed i motivi aggiunti per sopravvenuta carenza d'interesse.

Affermava che la dialettica processuale, governata dall'onere gravante sulla parte di fornire gli elementi di prova nella propria disponibilità, di cui all'art. 64, comma 1 e 2, c.p.a., avrebbe asseverato l'errore materiale, sanabile ex art. 38, comma 2, d.lgs n. 163/2006 come modificato ed integrato, in cui sarebbe incorsa l'aggiudicataria nell'indicazione dei nominativi relativi ai *curricula* per i codici OSS 5, 5 e 13: errore non ostativo all'agevole individuazione dei singoli operatori ad essi realmente corrispondenti.

Appella la sentenza la Cooperativa Sociale Vivere Insieme in proprio e quale Capogruppo Rti Soc. Cooperativa Sociale Shalom. Resistono il comune di Barletta e Auxilium Soc. Coop. Sociale.

Alla pubblica udienza dell'1° dicembre 2015 la causa, su richiesta delle parti, è trattenuta in decisione.

Con due motivi l'RTI appellante censura la sentenza nei due autonomi capi di decisione in cui s'articola: erroneità della sentenza nella parte in cui non ha accolto il ricorso introduttivo per violazione degli artt. 46 e 83 d.lgs. n.163/2006 e della *lex specialis* ed eccesso di potere;

erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato il sopravvenuto difetto d'interesse a coltivare il gravame dedotto con motivi aggiunti per violazione dell'art. 69 d.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere.

Entrambi i motivi d'appello sono infondati.

Nell'ordine.

È dirimente osservare che la *lex specialis* non ha affatto prescritto, a pena d'esclusione, l'indicazione nominativa dei singoli operatori impiegati per lo svolgimento del servizio.

Le uniche disposizione rinvenibili a riguardo sono rispettivamente espresse al punto 3 della tabella allegata alla parte IV.2 dell'avviso di gara, che prescrive l'individuazione delle "figure professionali", e all'art. 17.1 del capitolato d'appalto, ove è parola d'individuazione delle qualifiche professionali e dell'esperienza maturata nel settore da ciascun operatore, di cui l'aggiudicataria ha indicato i dati personali ed anagrafici

L'indicazione dei nominativi di ciascuno di essi ai fini della partecipazione alla gara e dell'attribuzione dei punteggi non era affatto richiesta essendo in ogni caso suscettibile di accertamento in sede di verifica dei requisiti dichiarati e d'esecuzione delle prestazioni.

Del resto la *ratio* della prescrizione circoscritta all'indicazione delle figure professionali, e dei dati anagrafici salienti, e non all'identità nominativa, è d'intuitiva comprensione: in un settore di mercato geograficamente ristretto e specialistico, quale quello dell'assistenza domiciliare degli anziani, i lavoratori ambiscono a cogliere tutte le occasioni di lavoro loro offerte a prescindere dall'impegno assunto con la singola impresa che partecipa alla gara al fine di non compromettere la possibilità di fruire di altre occasioni d'impiego con le altre imprese concorrenti.

Conseguentemente non è affatto violata la norma sul soccorso istruttorio esercitato a riguardo dalla stazione appaltante che ha di fatto inteso chiarire l'esatta corrispondenza fra i *curricula* degli operatori già indicati nell'offerta tecnica – va sottolineato mediante i dati anagrafici di ciascuno – e l'identità di essi.

Un'attività che s'iscrive nell'ambito tipico del soccorso istruttorio, di cui all'art. 46 d.lgs. n. 163/2006, deputato a chiarire – e non implementare – il contenuto dell'offerta oggetto di esame e valutazione (cfr., da ultimo anche con riguardo al regime normativo dell'istituto *ante* modifiche, Cons. St. ad plen. 25 febbraio 2014 n. 9).

L'errore commesso dall'aggiudicataria, in risposta alla richiesta di chiarimenti, nella compilazione dell'elenco dei nominativi degli operatori relativamente alla non corrispondenza dei codici ai nominativi di tre operatori non ha compromesso la possibilità di verificarne la sua natura di errore materiale sanabile e, per quel che qui più rileva, il pieno possesso del titolo di operatore sociosanitario in capo ai lavoratori come designati (seppure senza il riferimento nominativo) dalla cooperativa controinteressata

Del resto sul punto il Tar ha privilegiato l'indagine istruttoria esercitata in sede processuale che, sotto l'egida dell'art. 64, comma 2, c.p.a. sulla ripartizione dell'onere probatorio, ha accertato l'effettiva natura materiale dell'errore, nonché l'agevole individuazione degli operatori impiegati titolari del profilo professionale richiesto.

Anche il secondo motivo d'appello è infondato.

La prescrizione impugnata sull'estensione della clausola sociale al servizio è stata adottata dalla stazione appaltante in sede d'esecuzione della pronuncia cautelare che aveva sospeso l'efficacia degli atti impugnati.

In venir meno dell'efficacia interinale della pronuncia cautelare, oltretutto antitetica nel *decisum* all'esito nel merito del processo, comporta, come già ritenuto dal Tar, il venir meno dell'interesse a coltivare il gravame avverso una prescrizione non più efficace.

L'infondatezza dell'appello consente di prescindere altresì dalla cognizione del ricorso incidentale c.d. escludente e dalla questione, a monte, della sua ammissibilità in assenza di formale proposizione d'appello incidentale.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite del presente grado di giudizio rinvenibili nella controvertibilità di fatto delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2016

IL SEGRETARIO

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