

N. 05456/2014REG.PROV.COLL.
N. 05521/2014 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 5521 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

Villa Gaia Cooperativa Sociale quale capogruppo nonché mandataria dell'a.t.i. con Trifoglio a r.l., controinteressata non costituita;

Consorzio Matrix Società Cooperativa Onlus, controinteressato non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n.

00345/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del servizio di assistenza domiciliare per diversamente abili – 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 la Cooperativa appellante l'Avv. Savasta;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, Cooperativa Sociale Shalom, ha impugnato avanti al T.A.R. Puglia, previa sospensione del provvedimento, la determinazione dirigenziale del Comune di Barletta, Settore servizi sociali n. 366 del 15.3.2013, pubblicata il 19.3.2013, con la quale è stata annullata la determinazione dirigenziale n. 100/2013 e ripristinato lo stato dell'*iter* della procedura di gara 35/2011, indetta con determinazione dirigenziale n. 1565/2011, nonché la successiva determinazione dirigenziale n. 522 del 15.4.2013, con la quale lo stesso Settore servizi sociali aveva proceduto alla nomina di una nuova commissione di gara in sostituzione della precedente.

2. Si costituiva in giudizio il Comune di Barletta, domandando di respingere il ricorso proposto dalla Cooperativa.

3. Il T.A.R. Puglia, con ordinanza n. 316/2013, respingeva la

domanda cautelare, ma questo Consiglio, con ordinanza n. 3407 del 30.8.2013, accoglieva detta domanda, a sola salvaguardia dell'effettività della pretesa azionata, così prevenendo, nelle more del giudizio, il consolidamento di situazioni soggettive per effetto della costituzione del rapporto contrattuale con la compagine selezionata in esito all'esperimento di gara.

4. Con successivi motivi aggiunti del 18.9.2012 la Cooperativa ricorrente impugnava anche gli atti di aggiudicazione della gara in favore dell'a.t.i. Villa Gaia, che a suo avviso aveva offerto un corrispettivo per l'erogazione del servizio con utile pari a zero, nonché la propria esclusione dalla gara per insufficienza del punteggio assegnato alla propria offerta tecnica, punteggio inferiore a quello minimo di 42 previsto dal bando.

5. Il T.A.R. Puglia, con la sentenza n. 345 del 14.3.2014, respingeva il ricorso proposto dalla Cooperativa.

6. Avverso tale sentenza ha proposto appello la Cooperativa Sociale Shalom, lamentandone l'erroneità, ed ha articolato tre distinti motivi di censura:

a) quanto alla determinazione dirigenziale n. 366, l'omessa pronuncia del giudice di primo grado sui motivi di ricorso e l'errata valutazione dei presupposti legittimanti la revoca, la violazione degli artt. 21^{quinq}ues e 21^{novies} della l. 241/1990, il difetto di motivazione, la contraddittorietà e il difetto di istruttoria, l'illogicità, lo sviamento per mancato accertamento della nullità degli atti presupposti, l'inesistenza dei presupposti per la reiterazione del procedimento di autotutela, la

mancata comunicazione di avvio del procedimento;

b) quanto alla determinazione dirigenziale n. 522, la violazione dell'art. 84, commi 3 e 4, del codice dei contratti in relazione all'art. 107, comma 3, TUEL, l'illegittimità per violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di imparzialità e di buona amministrazione, l'errore di fatto compiuto dalla sentenza impugnata;

c) l'illegittimità della sentenza per omessa pronuncia sui motivi aggiunti, proposti avanti al T.A.R. Puglia dalla Cooperativa Shalom, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 86 e ss. del d. lgs. 163/2006, il difetto di motivazione, la contraddittorietà e il difetto di istruttoria, l'illogicità e, in particolare, la nullità dell'offerta dell'aggiudicataria e del corrispettivo offerto dall'a.t.i. Villa Gaia per mancanza di utile.

7. Non si sono costituiti nel presente grado di giudizio né l'appellato Comune di Barletta né le società controinteressate.

8. Nella pubblica udienza del 9.10.2004 il Collegio, sentito il solo difensore della parte appellante comparso, ha trattenuto la causa in decisione.

9. L'appello è infondato e va respinto.

10. Sono anzitutto impugnati, nel presente giudizio, gli atti con i quali il Comune di Barletta, in autotutela, ha revoca la propria precedente determinazione di annullare gli atti della gara, già indetta con determinazione dirigenziale n. 1565/2011, e ha deciso di dare nuovamente impulso alla procedura ristretta per il nuovo affidamento del servizio di assistenza domiciliare per disabili.

11. Con il primo motivo di appello la Cooperativa Shalom ha inteso censurare la sentenza impugnata nella parte in cui il T.A.R. barese, evidenziando che la ricorrente aveva individuato e sostanziato il proprio interesse all'impugnazione degli atti di autotutela in quello di far valere il mancato rispetto delle norme in materia di costo del lavoro da parte della stazione appaltante, che avrebbero consentito l'aggiudicazione anche in caso di offerte che non garantivano le retribuzioni minime dei lavoratori, ne ha tratto la conclusione che, in realtà, le censure proposte contro gli atti di autotutela erano e sarebbero dovute essere dirette contro il bandi di gara, poiché, se la presunta illegittimità della *lex specialis* per insufficienza dell'importo previsto a base di gara avesse impedito, nella prospettiva della ricorrente, il rispetto di disposizioni inderogabili, rendendo impossibile la prestazione e difficoltosa la partecipazione di tutti i concorrenti su basi paritarie, l'interesse azionato dalla ricorrente aveva già subito immediatamente la lesione all'atto di pubblicazione del bando.

12. Le contestate previsioni della *lex specialis*, ha osservato infatti il primo giudice, erano in sé idonee a precludere una corretta e consapevole elaborazione della proposta economica, con possibili ripercussioni negative sul meccanismo concorrenziale.

13. Nel caso di specie la procedura per l'affidamento del servizio era stata indetta dall'Amministrazione comunale con determinazione dirigenziale n. 1565 del 2011, mai impugnata dalla ricorrente.

14. L'appellante lamenta che tale conclusione del T.A.R. sarebbe

frutto di una interpretazione fuorviante, poiché l'appellante aveva infatti partecipato alla gara, semplicemente rispettando le prescrizioni del bando, ma con riserva di evidenziare, nel caso di aggiudicazione, che nel capitolato erano contenute alcune clausole che avrebbero comunque reso "aleatorio" (p. 12 del ricorso in appello) il corrispettivo da incassare.

15. Si trattava di questioni che la ricorrente non avrebbe potuto sollevare prima di conoscere le offerte e che, a suo avviso, nulla avevano a che vedere con la possibilità di partecipare alla gara.

16. Proprio queste osservazioni critiche dell'appellante dimostrano e confermano, ove ve ne fosse bisogno, che essa avrebbe dovuto impugnare il bando immediatamente e che la revoca dell'annullamento della gara, disposta dalla stazione appaltante, non poteva costituire l'occasione per rimettere la Cooperativa in termini al fine di impugnare disposizioni del bando che essa non aveva immediatamente impugnato, come invece era suo onere fare.

17. Al riguardo occorre rilevare che questa Sezione, pronunciandosi proprio con riferimento ad una gara, analoga a quella di cui si controverte, bandita dal Comune di Barletta per l'assistenza domiciliare ai disabili e proprio con riferimento ad analoghe censure mosse dalla stessa Cooperativa Sociale Shalom contro il bando di gara in quel caso pubblicato, ha ribadito il suo più recente e, comunque, ormai costante orientamento secondo cui la presunta 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 incida 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 e che, 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 (Cons. St., sez. III, 13.12.2013, n. 5983).

18. Questo Consiglio ha anche precisato, al riguardo, che l'onere di immediata impugnazione non può essere circoscritto unicamente alle clausole che impediscono l'ammissione alla procedura di gara, ossia ai requisiti prescritti per la partecipazione, poiché la questione della immediata partecipazione 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 diretta in un unico senso e, cioè, quello che con evidenza denota carattere di asserito pregiudizio.

19. A tale considerazione, già in sé dirimente per ritenere l'inammissibilità del ricorso proposto da Shalom per la immediata mancata impugnativa del bando, deve qui aggiungersi che il T.A.R. ha rilevato che le censure svolte dalla Cooperativa Shalom avverso la delibera che ha revocato la precedente delibera di revoca degli atti di gara erano infondate.

20. Il primo giudice ha infatti osservato come l'atto di autotutela avrebbe evidenziato che la precedente determinazione di revoca era

fondata su motivazioni generiche e su di una errata interpretazione del parere, non vincolante, dell'Avvocatura di Stato, avente ad oggetto generiche linee guida per le procedure da indire e che essa sarebbe stata in contraddizione con la conclusione e l'aggiudicazione di procedura analogamente strutturata dal Comune, sulla quale questo Consiglio, come si è detto, è stato chiamato a pronunciarsi, peraltro, già con la sentenza n. 5983/2013, sopra menzionata.

21. Tali considerazioni, ha osservato il primo giudice, non erano state efficacemente smentite dalla ricorrente, che aveva ribadito la fondatezza dei motivi in ipotesi giustificanti la revoca, facendo riferimento alla errata individuazione del corrispettivo posto a base d'asta e riproponendo, in tal modo, la tardiva contestazione degli atti di gara mai sfociata nel ricorso giurisdizionale.

22. Simili motivazioni appaiono corrette e non sono scalfite, nella loro sostanziale correttezza, dalle censure sul punto sollevate dall'appellante (pp. 15-26), inutilmente reiterative di quelle già proposte in primo grado, giacché l'interesse pubblico alla ripresa della gara, in assenza, peraltro, di tempestive contestazioni in ordine alle previsioni della *lex specialis*, era da considerarsi *in re ipsa* ed era stato comunque ampiamente motivato dall'Amministrazione nel provvedimento di autotutela contestato.

23. La correttezza della decisione di revocare l'annullamento degli atti di gara e di ripristinare l'*iter* della gara, già regolarmente bandita, è del resto confermata dal fatto che la procedura di affidamento "gemella", anche essa oggetto di analoghe contestazioni in sede giurisdizionale, si

è conclusa, dopo un lungo *iter* giudiziario, con la regolare aggiudicazione dell'appalto ad altra cooperativa.

24. Il primo motivo di appello, pertanto, è inammissibile, oltre che nel merito infondato, come ha correttamente statuito il primo giudice, che dunque non è incorso in alcun vizio di omessa pronuncia né nei censurati *errores in iudicando*.

25. Non merita altresì condivisione il secondo motivo di appello, con il quale la Cooperativa ha lamentato, in primo grado, e ribadisce, in questa sede, che la dott.ssa Ricco, già responsabile del procedimento, era stata inserita tra i membri della commissione giudicatrice in violazione dell'art. 84, comma 4, del d. lgs. 163/2006 e del principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost.

26. Sarebbe evidentemente illegittima, ad avviso dell'appellante, la situazione di incompatibilità della dott.ssa Ricco, svolgente la funzione di responsabile unico del procedimento e di membro della commissione.

27. Il T.A.R. ha disatteso tale censura con il rilievo che la dott.ssa Ricco, già responsabile del procedimento, era stata sostituita dal precedente Dirigente nella sua funzione di responsabile, ma l'appellante deduce l'erroneità di tale rilievo, poiché assume che, dalla semplice lettura della documentazione e delle difese del Comune, la Dirigente Di Palma, contestando la nomina del nuovo responsabile De Sario, ribadiva che la dott.ssa Ricco era l'unica responsabile del procedimento.

28. Anche tale censura, tuttavia, è destituita di fondamento, pur con le

precisazioni che seguiranno, atteso che, pur volendo prescindere dal rilievo, evidenziato a p. 9 della memoria depositata dal Comune nel giudizio di primo grado, che il responsabile del procedimento, dott.ssa Anna Ricco, non si occupa delle questioni inerenti all'esecuzione del contratto, di competenza del dott. Carmine De Sario che, invece, era stato impropriamente indicato quale componente della commissione approvata con determina n. 454 del 19.3.2012, appare dirimente, sul piano giuridico, la considerazione che nelle procedure di appalti pubblici non vi è una incompatibilità assoluta e insuperabile tra le funzioni di responsabile del procedimento e quelle di componente di commissione di gara, poiché le prime non attengono a compiti di controllo, ma soltanto a verifica interna della correttezza del procedimento, di guisa che non vi è sovrapposizione né identità tra controllato e controllante e le due funzioni restano compatibili tra loro (Cons. St., sez. V, 23.10.2012, n. 5408).

29. È stato infatti ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio che nell'ambito degli enti locali non sussiste un rigido divieto di partecipazione dei dirigenti alle commissioni di gara.

30. Il rafforzamento del modello della responsabilità dirigenziale innescato dal processo di privatizzazione del pubblico impiego, infatti, valorizza l'opposta esigenza che il dirigente segua direttamente le procedure del cui risultato è tenuto a rispondere.

31. In questa logica va annoverato il disposto dell'art. 107 del T.U.E.L., che prevede tra le attribuzioni di competenza dirigenziale il

potere di presiedere le commissioni di gara e di stipulare i contratti in correlazione con la responsabilità per l'esito delle gare medesime.

32. Così come non vi è incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, quindi, *“analogamente deve ritenersi nel caso in cui al dirigente di un ente locale che ha svolto di responsabile del procedimento sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara, atteso che detta approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale”* (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 22.6.2010, n. 3890).

33. Tale principio vale *a fortiori* nel caso di specie ove, come si è accennato, alla dott.ssa Ricco, quale responsabile unico del procedimento, non spetta alcuna funzione amministrativa connessa all'esecuzione del contratto, attribuita, invece, al dott. De Sario.

34. Ne segue che il secondo motivo di appello, seppure con le esposte integrazioni motivazionali e alla luce dell'orientamento giurisprudenziale seguito da questo Consiglio con particolare riferimento alle figure dirigenziali negli enti locali, deve essere respinto.

35. Deve infine esaminarsi il terzo motivo di appello, con il quale la Cooperativa Sociale Shalom lamenta che il giudice di prime cure, incorrendo nel vizio di omessa pronuncia, non avrebbe esaminato i motivi aggiunti proposti in prime cure avverso la propria esclusione dalla gara e avverso l'aggiudicazione della gara all'a.t.i. Villa Gaia –

Trifoglio società cooperativa.

36. In effetti il giudice di prime cure non ha scrutinato tali censure, incorrendo nel vizio di omessa pronuncia, ma nondimeno ritiene questo Collegio, esaminandole nel merito, che esse siano destituite di fondamento e, come tali, vadano respinte.

37. Appare dirimente, anzitutto, che Shalom non abbia riportato, nella valutazione dell'offerta tecnica, il punteggio minimo necessario – 42 punti (cfr. verbale n. 6 del 29.4.2013 della Commissione giudicatrice) – per l'apertura dell'offerta economica, sicché essa – al pari della Auxilium Cooperativa sociale – non è stata ammessa al prosieguo della gara e alla seduta pubblica di apertura delle buste contenenti le offerte economiche per l'aggiudicazione del servizio in questione.

38. Sostiene Shalom nei motivi aggiunti (pp. 10-12 del ricorso in primo grado) che tale insoddisfacente risultato sarebbe la conseguenza della negativa valutazione, da parte della commissione, dei sistemi di verifica e controllo del servizio della Cooperativa nel progetto tecnico, valutazione che ha comportato l'attribuzione di soli 3 punti su 9, ma lamenta che tale valutazione sarebbe palesemente errata ed eccessivamente severa.

39. Ora nel verbale n. 4 del 26.4.2013 la Commissione giudicatrice ha rilevato, quanto all'autogestione e all'autovalutazione dei reclami della Cooperativa, che essa non sia appropriata in quanto realizzata attraverso l'utilizzo di una apposita cassetta, osservando che, per separare la funzione di controllore da quella di controllato, le

segnalazioni di disfunzioni avrebbero dovuto essere inoltrate direttamente al Comune.

40. Tra i documenti, ha rilevato la commissione, mancava proprio il modulo dei reclami, sicché essa ne ha tratto la conclusione, del tutto ragionevole e legittima, che il Comune risultava scarsamente coinvolto nell'attività di verifica e controllo della qualità dei servizi, affidata sostanzialmente al soggetto stesso sottoposto al controllo attraverso la predisposizione di una semplice cassetina e senza il modulo dei reclami.

41. Il giudizio di mediocre assegnato dalla Commissione è quindi, per tale profilo, immune da censura, non apparendo condivisibili le censure dell'appellante, secondo cui sarebbe il Comune e non la Cooperativa a dover gestire i reclami, poiché al contrario doveva essere la Cooperativa stessa a predisporre un efficace sistema di autogestione dei reclami tale da mettere il Comune di esercitare la propria doverosa funzione di controllo.

42. Ancora la Commissione ha valutato scarsa e lacunosa la trattazione degli indicatori relativi alla qualità della relazione con gli utenti e con le famiglie, attribuendo il punteggio di 1 anche per l'indicatore 4.1.2., con un giudizio di mediocrità che appare corretto, al di là del rilievo, non decisivo, attinente alla mancanza della *Customer satisfaction*.

43. Egualmente la Commissione ha ritenuto scarsa e lacunosa la descrizione del criterio inerente alla qualità della gestione con riferimento agli *standard* di servizio garantiti con l'esplicazione delle

modalità di verifica del loro raggiungimento/mantenimento e gli indicatori di riferimento e carente la descrizione di tali indicatori, assegnando anche in relazione al criterio 4.2. il giudizio di mediocre e il punteggio di 1, con una valutazione che, con riferimento agli specifici elementi di criticità individuati dalla commissione, non è stata sostanzialmente contestata dalla stessa appellante.

44. Apparendo corretta e, comunque, non manifestamente illogica, sul piano della discrezionalità tecnica, la valutazione della commissione e l'esclusione della Cooperativa, per il mancato raggiungimento del punteggio minimo di 42 punti previsto per la valutazione dell'offerta tecnica, *condicio sine qua non* della successiva ammissione alla valutazione dell'offerta economica, le censure sollevate con i motivi aggiunti e qui riproposti dall'odierna appellante in ordine alla valutazione dell'offerta economica da parte delle altre concorrenti e, in particolare, dell'a.t.i. aggiudicataria, in quanto attinenti ad una fase procedimentale successiva all'ammissione delle concorrenti che avessero conseguito tale punteggio, sono inammissibili, poiché la legittima esclusione della propria offerta tecnica priva l'appellante di ogni concreto interesse a contestare la validità, in termini di serietà e congruità, dell'offerta economica presentata dall'a.t.i. aggiudicataria.

45. I motivi aggiunti al riguardo riproposti dall'appellante, quindi, devono essere *in parte qua* dichiarati inammissibili.

46. Anche il terzo motivo di appello, nonostante l'omesso esame dei motivi aggiunti da parte del primo giudice, deve essere pertanto nel

merito disatteso.

47. In conclusione l'appello, per gli esposti motivi, deve essere respinto, meritando conferma, pur con motivazioni in parte diverse, la sentenza impugnata.

48. Non vi è luogo a provvedere sulle spese del presente grado di giudizio, non essendosi costituite né l'Amministrazione appellata né le cooperative controinteressate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, con motivazione in parte diversa, la sentenza impugnata.

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 Nocelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2014

IL SEGRETARIO

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