



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 897 del 2011, proposto da:

CONSORZIO SOCIALE “IL MOSAICO Società cooperativa sociale”, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dall’avv. Massimo Pistilli ed elettivamente domiciliata presso lo dell’avv. Stefania Reho in Roma, Via Nazario Sauro n. 16;

***contro***

- il COMUNE DI CANEPINA, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall’avv. Maria Luisa Acciari ed elettivamente domiciliato in Roma, Via Dora n. 1, presso lo studio Cerulli Irelli;

- il COMUNE DI VITERBO, in persona del Sindaco pro tempore,

non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

della “COOPERATIVA AVVENIRE a r.l.”, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Cianca e Vittorio Belmonte ed elettivamente domiciliata presso l'avv. Luciano Giannini, con studio in Roma, Viale Angelico n. 97;

***per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia***

del provvedimento di aggiudicazione della gara per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare e fisioterapia agli anziani, prevista dall'accordo di programma del distretto socio-sanitario VI/3, sezione distaccata di Canepina, adottato con determinazione n. 112 del 6 dicembre 2010.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della cooperativa controinteressata nonché i documenti prodotti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nella Camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- con il ricorso in esame la cooperativa ricorrente, vale a dire il

consorzio sociale “Il Mosaico Società cooperativa sociale” (d’ora in poi, per brevità, il MOSAICO), ha impugnato l’aggiudicazione della gara bandita dal Comune di Canepina per l’affidamento dei servizi di assistenza domiciliare e fisioterapia agli anziani, previsti dall’accordo di programma del distretto socio-sanitario VT/3, sezione distaccata di Canepina e conclusa con la determinazione dirigenziale n. 112 del 6 dicembre 2010 di affidamento del predetto servizio in favore della Cooperativa Avvenire (d’ora in poi, AVVENIRE) nonché, per quel che si evidenzia dalla attenta lettura del ricorso proposto, di tutti gli atti della procedura svolta;

- il gravame si incentra nella contestazione circa la legittimità del percorso procedimentale svolto dal Comune di Canepina che, a fronte di un affidamento di un servizio di ingente valore (anche per il contesto sociale e di mercato nel quale si iscrive la realtà territoriale nella quale il servizio è destinato a svolgersi) e pari ad un importo complessivo di € 1.016.000,00, avrebbe mancato di svolgere una adeguata pubblicità in merito all’intendimento di affidare tale servizio, rendendo impossibile la partecipazione alla relativa selezione, tanto che ad essa ha partecipato soltanto la cooperativa (odierna controinteressata) alla quale è stato poi affidato il servizio;

- sia il Comune di Canepina che la cooperativa AVVENIRE sostengono l’infondatezza del principale motivo di gravame dedotto dalla MOSAICO in quanto il servizio in questione, da affidarsi per un periodo contrattuale di tre anni rinnovabile per un ulteriore

periodo triennale, può ricondursi a pieno diritto nell'alveo della categoria dei c.d. servizi di cui all'allegato II-B del Codice dei contratti pubblici ed in particolare alla disciplina speciale di affidamento descritta nell'art. 20 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;

- sotto tale profilo entrambe le parti resistenti segnalano come il bando di gara, adottato con determina n. 81 del 27 settembre 2010, sulla scorta della delibera della Giunta comunale n. 91 del 16 settembre 2010 che aveva approvato il capitolato speciale per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare e fisioterapia agli anziani, rivolti agli utenti dei Comuni facenti parte della sezione distaccata del distretto, abbia esplicitato la speciale natura del servizio in affidamento e nonostante ciò, a conferma della correttezza dell'operazione contrattuale da avviarsi, espressamente in esso si stabiliva che la determina di indizione della gara e il relativo disciplinare sarebbero stati pubblicati all'albo pretorio del Comune di Canepina dal 7 ottobre 2010 al 25 ottobre 2010 e che il termine per la presentazione delle offerte era fissato alle ore 12,30 del 25 ottobre 2010;

- con ulteriore specificazione le parti oggi resistenti hanno rammentato come l'art. 20 del decreto legislativo n. 163 del 2010, per gli appalti di servizi di cui all'allegato II-B "stabilisce che l'aggiudicazione è disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 68 (avviso sui risultati delle procedure di

affidamento) e dall'art. 225 (avvisi agli appalti aggiudicati)” (così, testualmente, a pag. 5 della memoria di costituzione del Comune di Canepina ed alla pag. 2 della memoria di costituzione di AVVENIRE) e che, dunque, “appare evidente che la prassi seguita dall'Ente nella pubblicazione del bando per cui è causa è stata del tutto corretta e conforme alle previsioni di legge, cosicché se la Cooperativa Il Mosaico non ha potuto avere notizia dell'appalto de quo è evidentemente soltanto perché non si è preoccupata di informarsi al riguardo con la dovuta diligenza e non certamente perché vi sono state delle scorrette manovre del Comune” (così, testualmente, a pag. 4 della memoria di costituzione di AVVENIRE);

Rilevato che:

- effettivamente, in disparte da quanto contestato dalla MOSAICO, vi è prova dell'avvenuta pubblicazione del bando sia all'albo pretorio del Comune di Canepina sia sul sito istituzionale dell'Ente per il periodo, indicato nel bando di gara, dal 7 ottobre 2010 al 25 ottobre 2010;
- il servizio di cui alla presente vicenda contenziosa rientra tra quelli elencati nell'allegato II-B del Codice dei contratti pubblici ed in particolare nella categoria n. 25 “Servizi sanitari e sociali” e quindi riferibile alla speciale disciplina di cui all'art. 20 del predetto Codice;
- il servizio non solo è stato affidato alla AVVENIRE, con il provvedimento di aggiudicazione qui gravato, ma tra le parti è stato

stipulato il relativo contratto in data 14 dicembre 2010 ed il servizio è in svolgimento, per quanto riferito a pag. 4 della memoria di costituzione di AVVENIRE ed al Collegio nel corso dell'audizione dei difensori delle parti nella Camera di consiglio del 23 febbraio 2011;

Ritenuto che:

- la circostanza che il servizio rientri nell'ambito della categoria n. 25 di cui all'allegato II-B del Codice dei contratti e sia sussumibile nella speciale disciplina di cui all'art. 20 del decreto legislativo n. 163 del 2006, che esclude per le procedure di affidamento di siffatti servizi l'applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici che debbono essere rispettate per l'affidamento degli appalti c.d. ordinari, limitando tale applicazione alle sole regole fissate dagli artt. 68, 65 e 225 del ridetto Codice, non autorizza il soggetto aggiudicatore a disinteressarsi totalmente dal rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dalle disposizioni europee in tema di affidamento di appalti pubblici, indipendentemente dalla specifica tipologia, per come rimarcato dallo stesso Codice dei contratti pubblici, per quanto concerne l'ordinamento nazionale vigente, all'art. 27 a mente del quale:

A) al comma 1 è ribadita la necessità che, anche per quelle particolari categorie di appalti da affidarsi senza l'obbligo di rispettare pedissequamente tutte le regole fissate dal Codice, pur sempre debbano mantenersi integri i principi di origine comunitaria che

costituiscono l'estremo baluardo rispetto ai tentativi di violare le regole poste a salvaguardia della legittima aspirazione degli operatori di mercato ad essere posti nella condizione di partecipare alle procedure di affidamento di appalti pubblici, precisando che "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto";

B) al comma 2, prevedendo comunque l'applicazione anche in detto settore, delle disposizioni contenute nell'art. 2, commi 2, 3 e 4, è esplicitamente (seppur indirettamente per effetto del rinvio alla legge n. 241 del 1990) richiamato il ricorso a procedure selettive di affidamento che rispondano ai "criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario", a mente dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241 che, è oggetto di esplicito rinvio esterno, oltre a costituire parametro generale del corretto esercizio del potere da parte di qualsiasi soggetto aggiudicatore (di natura pubblica o privata) che debba rispettare disposizioni di c.d. evidenza pubblica;

- in particolare costituisce obbligo per i soggetti aggiudicatori,

indipendentemente dalla categoria di appalto da affidarsi e da quali disposizioni specifiche del Codice dei contratti pubblici trovino o meno applicazione, conservare integra in capo agli aspiranti concorrenti alla selezione la possibilità di conoscere per tempo l'intendimento del ridetto soggetto aggiudicatore di voler affidare una commessa pubblica e le modalità attraverso le quali tale affidamento verrà realizzato, costituendo tale elemento un preciso onere dell'Ufficio preposto a redigere la lex specialis della selezione, anche al fine di rispettare il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa nel predisporre le regole di gare, esigenza puntualmente ravvisata nel Codice dei contratti pubblici agli artt. 73 e 74;

- sotto tale versante appare di fondamentale importanza, anche per la decisione della controversia qui in esame, l'invito che il Consiglio dell'Unione europea, su proposta della Commissione, ha espresso nella direttiva 11 dicembre 2006 n. 66 (c.d. seconda direttiva ricorsi), in particolare al terzo considerando e facendo riferimento alle precedenti direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE "che mirano a garantire l'effettiva applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE" (così, testualmente nel primo considerando della direttiva n. 66 del 2007), nel senso che "le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla

modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE”;

- sotto ulteriore profilo e a conferma di quanto sopra, deve rammentarsi che la Commissione europea, con riferimento alle materie escluse dall'applicazione delle direttive comunitarie, ha affermato che “La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione». Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive. La Corte ha esplicitamente dichiarato che «sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del

trattato»” (si veda la comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici 2006/C 179/02, pubblicata nella G.U.U.E. 1° agosto 2006, n. C 179);

- per le stesse ragioni è di assoluto rilievo la previsione introdotta dapprima nell'art. 245-bis del Codice dei contratti dal decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 (recante il testo di recepimento della direttiva n. 66 del 2007) ed ora trasposto nell'art. 121 c.p.a, secondo la quale costituisce “grave violazione” la circostanza che l'aggiudicazione definitiva sia “avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”;

- in conclusione ed in altri termini, i principi fondamentali del Trattato prima richiamati (di derivazione comunitaria) impongono a tutte le stazioni appaltanti l'obbligo di rispettare determinate regole nell'aggiudicazione degli appalti, regole queste che sono dettagliatamente indicate dal Codice per i contratti rientranti nel suo ambito di applicazione e che, invece, devono di volta in volta essere adeguate alla specifica situazione concreta, in ossequio dei più volte citati principi del Trattato, quando non vi è una normativa che li disciplina direttamente;

Reputato che, nel caso di specie:

- in ragione dell'importo dell'appalto di servizi da affidarsi, particolarmente ingente in quanto di ammontare superiore al milione di euro e di non irrilevante impatto economico nello specifico mercato di settore, considerato il territorio nel quale esso è destinato ad essere eseguito (oltretutto se si tiene conto che il contratto, temporalmente, è riferito ad un periodo di efficacia triennale prolungabile per un ulteriore triennio), sarebbe stato necessario rispettare i principi fondamentali derivati dal Trattato (e dunque sempre applicabili indipendentemente dal tipo di appalto da affidarsi e proporzionalmente in ragione dell'oggetto della commessa pubblica) e osservare regole rispettose di quanto indicato (in via meramente ricognitiva) dall'art. 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006 nella fase della pubblicità della procedura da avviarsi e svolta dal Comune resistente ed aggiudicata all'odierno controinteressato quale unico concorrente;

- per le medesime ragioni e tenendo conto dei principi comunitari in questa sede più volte ricordati ma anche di quelli espressi dall'ordinamento nazionale e concentrati nei richiami di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990, un appalto di valore elevato non può essere legittimamente affidato con una procedura che non abbia conosciuto una adeguata pubblicità anche nel caso in cui l'affidamento concerna un c.d. contratto escluso, nella specie perché rientrante nel novero di quelli elencati nell'allegato II-B del decreto

legislativo n. 163 del 2006, non potendosi considerare sufficiente a soddisfare l'esigenza di adeguata conoscibilità a tutti i potenziali aspiranti della procedura di affidamento che andava ad essere avviata, da un punto di vista oggettivo e secondo la percezione dell'uomo medio, la pubblicazione sull'Albo pretorio del Comune e sul sito dell'Ente per soli sette giorni (dal 7 ottobre 2010 al 25 ottobre 2010), tenuto conto altresì che il termine ultimo per la consegna delle domande con le offerte coincideva con l'ultimo giorno di pubblicazione del bando (per l'appunto il 25 ottobre 2010) secondo le suindicate ed insufficienti modalità comunicative indicate nella lex specialis di gara;

- dall'esame della documentazione prodotta non emergono neppure elementi utili a ritenere che il Comune di Canepina dovesse celermente aggiudicare il servizio, avendo ritenuto la difesa dell'Ente valorizzare in giudizio l'ampio ambito di discrezionalità rimesso alle stazioni appaltanti nell'affidamento di contratti esclusi dall'applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, mentre e al contrario si palesa(va) necessario, anche ai fini di un più adeguato e proporzionato - al valore dell'appalto da affidarsi - assetto degli interessi pubblici, ricorrere a meglio appropriati strumenti di pubblicità della gara, ad esempio con pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, se non addirittura sulla GUUE (dovendosi affidare un appalto di servizi di valore bene superiore rispetto alla c.d. soglia comunitaria);

Valutato che:

- in ragione di tutto quanto sopra osservato, deve dichiararsi la fondatezza delle censure dedotte nell'atto introduttivo del presente giudizio dalla MOSAICO accogliendosi, quindi, il ricorso dalla stessa proposto con annullamento degli atti della gara bandita dal Comune di Canepina e, in particolare, con travolgimento dell'atto di aggiudicazione definitiva della selezione in favore della AVVENIRE;
  - tale esito del giudizio non può riflettersi con effetti immediati, ad avviso del Collegio, sul contratto stipulato dal Comune di Canepina con la AVVENIRE in data 14 dicembre 2010 atteso che appare ragionevole ritenere, in virtù del contenuto della documentazione presente in atti ed in applicazione del disposto dell'art. 121, comma 2, c.p.a., che sussistano evidenti ragioni di tutela degli utenti del servizio (in sé particolarmente delicato perché destinato a coprire le esigenze di una fascia anziana della popolazione del Distretto attraverso interventi domiciliari la cui sospensione o interruzione determinerebbe inevitabilmente una situazione di disagio per tali cittadini impossibile da emendare ovvero da attenuare in tempi brevi) per darsi per "accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti (del contratto, n.d.r.) siano mantenuti", come il legislatore delegato ha espressamente sancito nel richiamato art. 121, comma 2, c.p.a.;
- ritenuto che i suddetti effetti debbano permanere sino all'esito delle ulteriori determinazioni che l'Amministrazione è tenuta ad adottare

in esecuzione della presente sentenza;

- milita, peraltro, nel senso del mantenimento dell'efficacia del contratto già stipulato tra il Comune di Canepina e la AVVENIRE la – non indifferente, perverso – circostanza che la MOSAICO, non avendo partecipato alla gara (proprio a causa, si sostiene, della ridotta pubblicità che ha preceduto ed accompagnato l'avvio della procedura selettiva) non può essere sostituita quale contraente alla AVVENIRE, non potendo tecnicamente essere destinataria di alcun atto di affidamento se non previa la favorevole partecipazione ad una selezione che il Comune dovrà, a questo punto e per effetto della presente decisione, realizzare nuovamente;

- per analoghe ragioni non si deve procedere a valutare la necessità o meno di irrogare le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a in quanto:

A) l'annullamento dell'atto di affidamento non è avvenuto per violazione del divieto di stipulare il contratto prima della scadenza del termine di 35 giorni previsto dall'art. 11, comma 10, del decreto legislativo n. 163 del 2006, unica ipotesi contemplata dall'art. 123, comma 3, al ricorrere della quale il giudice applica comunque le sanzioni alternative se non viene dichiarata l'inefficacia del contratto e pur se “la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”;

B) al contrario, di quanto indicato nel riprodotto comma 3, proprio per effetto della presente decisione l'odierna parte ricorrente non perde le "possibilità di ottenere l'affidamento del contratto", atteso che il Comune di Canepina, se vorrà attribuire un legittimo titolo giuridico ai pagamenti che dovrà effettuare per le prestazioni svolte dal soggetto esecutore del servizio affidato (con atto qui annullato), dovrà indire una nuova selezione alla quale, questa volta, potrà partecipare (anche e se vorrà) la MOSAICO;

- le suesposte considerazioni incidono anche sull'esito dell'azione di condanna (risarcitoria) pure proposta dalla MOSAICO, in quanto l'annullamento della selezione e dell'aggiudicazione in uno con la probabilità di partecipare alla nuovo selezione (qualora il Comune di Canepina intenderà svolgerla e con tutte le implicazioni che si sono sopra segnalate, anche qualora l'Ente non intenda avviare una nuova procedura di gara), per un verso costituiscono conseguenze utili a determinare la probabilità di un risarcimento in forma specifica della posizione vantata dalla MOSAICO che – comunque - non ha partecipato alla selezione e, per altro verso, allo stato non permettono di apprezzare un danno economicamente valutabile ed effettivamente patito dalla MOSAICO stessa tale da poter essere ristorato per equivalente;

ritenuto inoltre che, all'esito di una nuova gara, la ricorrente, qualora sia aggiudicataria, potrebbe ottenere un contratto di durata pressoché pari a quella originariamente prevista nel bando di gara;

Stabilito in conclusione che, per effetto tutto quanto si è sopra evidenziato, il ricorso va accolto con annullamento dell'atto di aggiudicazione impugnato e con gli effetti limitati, sia con riguardo all'efficacia del contratto stipulato in data 14 dicembre 2010 tra il Comune di Canepina e la AVVENIRE sia con riferimento alla domanda risarcitoria proposta dalla MOSAICO, che sono stati puntualmente specificati in motivazione;

Stimato infine che, in ragione della soccombenza le spese di giudizio, ai sensi degli artt. 26, comma 1, c.p.a. e 92 c.p.c. novellato, debbono essere imputate, in virtù dell'atteggiamento processuale assunto da entrambe le parti, sia al Comune di Canepina che alla controinteressata AVVENIRE e quindi liquidate nella misura complessiva di € 4.000,00 (euro quattromila/00) come in dispositivo, nulla disponendosi invece nei confronti del Comune di Viterbo che non si è costituito in giudizio;

P.Q.M.

pronunciando in via definitiva sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Accoglie la domanda risarcitoria nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Canepina, in persona del Sindaco pro tempore e la Cooperativa Avvenire, in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere le spese di giudizio in favore del consorzio sociale "Il Mosaico Società cooperativa sociale", in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida nella

misura complessiva di € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre accessori come per legge.

Nulla per le spese con riferimento alla ulteriore parte intimata.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/03/2011

IL SEGRETARIO

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