



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9730 del 2010, proposto da:
Soc. Tacs Snc di Cristina Concu e Franca Mocci, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.
Massimiliano Marcialis, con domicilio eletto presso Nicola
Giancaspro in Roma, via Postumia N.1;

contro

Comune di Suni, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Giuseppe Longheu, con domicilio eletto presso Vittorio
Biagetti in Roma, via A.Bertoloni n.35;

nei confronti di

Tholos Snc, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I
n. 01527/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
SERVIZIO DI GESTIONE DELLA BIBLIOTECA
COMUNALE E DEL PARCO ARCHEOLOGICO -
RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Suni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2011 il Cons.
Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Marcialis e
Longheu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Tacs s.n.c., incaricata del servizio di gestione del progetto Sic (sistema integrato culturale) concernente il Parco archeologico, la Casa Museo e la biblioteca del Comune di Suni fino al 31.12.2006, ha impugnato con distinti ricorsi l'affidamento diretto per periodi successivi frazionati di tempo e per servizi distinti in relazione alla gestione di ciascuno dei beni culturali indicati in favore della ditta Tholos, assumendo la obbligatorietà della proroga ex lege in suo favore dell'appalto del servizio integrato fino all'adozione del Piano Regionale dei beni culturali, secondo quanto stabilito dalle leggi della

Regione Sardegna 11.5.2006, n. 4 (art.23, comma 7)5.3.2008, n. 3 (art. 4, comma 10) allo scopo di garantire l'utilizzazione dei soggetti esecutori già impegnati nei progetti.

Con un ulteriore ricorso, ha poi impugnato l'aggiudicazione, all'esito di procedura ad evidenza pubblica, alla stessa Tholos del servizio di gestione del parco archeologico – casa museo “Tiu Virgiliu”.

Il T.a.r., riuniti i ricorsi, li ha accolti in parte ritenendo prorogato ex lege il servizio da parte del gestore del progetto integrato fino al 30 giugno 2007 e considerando l'affidamento diretto dei diversi servizi come un'ipotesi di illegittimo frazionamento tendente ad eludere l'obbligo di scelta tramite procedura di evidenza pubblica.

Ha poi accolto il ricorso contro l'aggiudicazione della gara, per illogicità dei criteri di valutazione adottati dalla commissione.

Ha, infine, respinto le domande di risarcimento del danno, essendo state proposte solo in memoria non notificata alle controparti.

Avverso la sentenza del T.a.r. ha proposto appello parziale la Tacs sostenendone l'erroneità per non aver riconosciuto in suo favore la proroga automatica della gestione dei siti fino all'adozione del Piano regionale dei beni culturali, per avere respinto il motivo basato sull'assenza di copertura finanziaria degli affidamenti essendo le risorse regionali riservate alla sola attuazione di progetti integrati da parte degli attuali gestori, per avere respinto la domanda di risarcimento del danno e per avere considerato generica la censura diretta contro l'affidamento del servizio di gestione della biblioteca e

del parco archeologico per carenza di esperienza della Tholos, per non aver deciso , quanto all'ultimo ricorso, sul motivo tendente ad affermare la necessità di esclusione dalla gara della Tholos per mancanza di sottoscrizione di ciascuna pagina dell'elaborato allegato A da parte del legale rappresentante e per l'impossibilità da parte del soggetto indicato come responsabile del parco archeologico di svolgere detta funzione essendo impegnato in altra attività (dottorato di ricerca).

Si è costituito per resistere al ricorso il Comune di Suni, che ha altresì proposto appello incidentale relativamente al riconoscimento della proroga ex lege fino al 30.6.2007, non potendosi essa applicare ai contratti scaduti; alla dichiarata illegittimità del frazionamento dei servizi, rientrando, al contrario, in una scelta discrezionale dell'amministrazione fondata sulla necessità di utilizzare professionalità diverse nei diversi siti culturali; alla dichiarata illogicità dei criteri di valutazione per illegittima interferenza del giudice con le prerogative esclusive della Commissione.

Le parti hanno depositato memorie ad ulteriore sostegno delle proprie posizioni.

I rispettivi appelli della Tacs e del Comune involgono l'esame della questione concernente la proroga del servizio di gestione del progetto integrato relativo al parco archeologico, alla casa-museo ed alla biblioteca del Comune di Suni.

Secondo la Tacs, la normativa regionale, unitamente alle successive

deliberazioni di Giunta, avrebbe prorogato fino al 2012 i servizi in essere al fine di garantirne la continuità, in attesa dell'adozione del Piano regionale dei beni culturali. La sottrazione alla regola dell'affidamento in base a procedura di evidenza pubblica si baserebbe altresì sulla mancanza di rilevanza economica dei servizi in ambito culturale ai sensi dell'art. 115 d. lgs. n. 42/2004 (codice dei beni culturali e del paesaggio). Inoltre, la disciplina regionale intanto avrebbe trasferito ai comuni le risorse per il finanziamento dei servizi in ambito culturale in quanto sia garantita la continuità da parte dei gestori dei progetti SIC già in corso, con divieto di frazionamento.

Secondo il Comune, invece, nessuna proroga (nemmeno fino al 30.6.2007) andrebbe riconosciuta agli appalti scaduti che il Comune avrebbe potuto affidare secondo gli ordinari strumenti di scelta del contraente.

Ritiene, sul punto, il Collegio di confermare la sentenza di primo grado che ha riconosciuto la proroga del servizio fino alla data del 30 giugno 2007, in concomitanza con la scadenza del termine per l'adozione del Piano regionale per i beni culturali, istituti e luoghi di cultura di cui all'art. 7 della legge regionale n. 14 del 2006 (27 giugno 2007), ma, soprattutto, in applicazione della delibera di giunta n. 49/27 del 28 novembre 2006, non impugnata, con cui si è proceduto all'erogazione in favore dei comuni dei contributi necessari per la prosecuzione dei contratti in scadenza al 31 dicembre 2006 ed alla fissazione, come termine finale della proroga dei contratti in

scadenza, della data del 30 giugno 2007.

Pertanto, in vigore della richiamata delibera regionale , avente come finalità quella di mantenere inalterato il contenuto dei progetti in corso ed i livelli occupazionali con la salvaguardia delle imprese operanti , integrante un'ipotesi di proroga dei contratti in imminente scadenza eccezionalmente consentita in virtù del principio di continuità dell'azione amministrativa nelle more dell'adozione delle procedure di scelta ad evidenza pubblica (Cons. St. Sez. V, 11.5.2009, n. 2882), gli enti locali destinatari delle risorse erano tenuti a proseguire in via transitoria i servizi , anche se in scadenza , come quello della Tacs, al 31.12.2006, fino al 30 giugno 2007. E' tuttavia da escludere che la medesima proroga – istituto eccezionale e di carattere transitorio - potesse operare oltre la data fissata dalla delibera regionale, a causa della mancata adozione del Piano, non essendo prevista, per il periodo successivo al 30 giugno 2007, una relazione tra impiego delle risorse ed utilizzazione del medesimo gestore in regime di proroga.

Né può aderirsi all'argomento dell'appellante secondo cui il servizio in parola sarebbe privo di rilevanza economica e non soggetto alle procedure di selezione ad evidenza pubblica.

E' infatti evidente come attraverso l'appalto di servizi (di manutenzione, custodia ecc.) inerenti la gestione del museo, delle aree archeologiche e della biblioteca del Comune di Suni, l'aggiudicatario persegua un obiettivo imprenditoriale e che

L'acquisizione dei servizi di cui all'art. 117 del codice dei beni culturali da parte della p.a. nella veste di acquirente dal privato di determinate "utilitates" contro il pagamento di un corrispettivo debba realizzarsi nel rispetto della disciplina sull'affidamento mediante procedure di evidenza pubblica.

Quanto alle risorse impiegate, risulta dalla nota del Direttore del servizio della Regione in data 5 dicembre 2006 che i contributi erogati sono quelli necessari fino al mese di giugno 2007 e che pertanto, per il periodo successivo, non sussiste alcun obbligo, neanche discendente dall'utilizzazione dei fondi regionali, a mantenere il contratto in regime di proroga.

Anche il motivo di appello contro il rigetto da parte del T.a.r. della domanda di risarcimento del danno va respinto, in applicazione di piani principi secondo cui è inammissibile la domanda di risarcimento dei danni formulata in sede di memoria ed in difetto di notifica alle controparti (Cons. St. Sez. IV, 8.8.2008, n. 3923; 7.9.2020, n. 6485). La pur rilevante esigenza di concentrazione dei giudizi e di ragionevole durata dei processi (ora ribadita dall'art. 30 cod. pr.amm. attraverso l'imposizione di un termine di decadenza) non esime tuttavia la parte ricorrente dall'obbligo di instaurazione di un regolare contraddittorio tramite la notifica della domanda, assente nei ricorsi introduttivi ad eccezione dell'ultimo (n.R.G. 86/2009).

Occorre a questo punto esaminare il motivo di appello del Comune con cui si impugna il capo della sentenza con cui , in accoglimento

dei ricorsi di Tacs, sono stati annullati gli affidamenti diretti per il periodo successivo al 30.6.2007, in applicazione dell'art. 15 del regolamento comunale, applicabile ai contratti di valore inferiore a 20.000 euro.

Il motivo è palesemente infondato.

E' infatti illegittimo, ai sensi dell'art. 29, comma 4 del d. lgs. n. 163/2006, il frazionamento del servizio oggetto di appalto che conduca all'elusione delle norme applicabili se il frazionamento non vi fosse stato ed, in particolare, i limiti fissati per il ricorso alla trattativa privata (cfr. Cons. St. Sez. V, 9.6.2008, n. 2803).

Nella specie, l'artificiosità del frazionamento è del tutto evidente ove si consideri la ripetizione nel tempo , senza soluzione di continuità, di affidamenti in favore della medesima ditta , per servizi omogenei di durata estremamente limitata (anche poco più di un mese) e l' assenza di una motivazione che possa dare conto di logiche ragioni dello scorporo dei servizi e del loro affidamento per periodi così limitati di tempo. La sentenza, in merito all'annullamento delle delibere di affidamento diretto, deve essere pertanto confermata.

Una volta confermata la sentenza di primo grado sia in ordine alla illegittimità dell'affidamento del servizio alla controinteressata per il periodo anteriore al 30.6.2007 a causa della proroga del contratto di cui era titolare la ricorrente fino al 30.6.2007, sia in ordine alla illegittimità degli affidamenti diretti in base all'art. 15 del regolamento comunale per importi inferiori a 20.000 euro, diviene improcedibile il

motivo , riproposto in grado di appello, basato sulla mancanza dei requisiti professionali della Tholos.

Occorre quindi passare all'esame dei motivi di gravame proposti dal Comune e dall'appellante principale sul capo della sentenza che, in accoglimento del ricorso di primo grado, ha annullato l'aggiudicazione della gara a Tholos per illogicità dei criteri applicati dalla Commissione.

Muovendo dal gravame del Comune, ritiene il Collegio di accogliere il terzo motivo secondo cui sarebbe stata invasa la sfera di discrezionalità tecnica della commissione di valutazione.

Invero, partendo proprio dal condivisibile assunto del tribunale, basato su consolidati principi, secondo cui la valutazione tecnica delle offerte progettuali non è sindacabile dal giudice salvo il caso in cui presenti profili di illogicità, irragionevolezza o travisamento, non si ritiene che il punteggio (3,8 punti) attribuito alla Tacs sia sindacabile sotto il profilo dell'illogicità o irragionevolezza in quanto sproporzionato rispetto alla esperienza maturata nel settore dalla ricorrente, tenuto conto che nessuno dei tre criteri di valutazione (capacità progettuale organizzativa e di collegamento della gestione con lo sviluppo del territorio di Suni; capacità tecnica; servizi aggiuntivi), non contestati, si riferisce all'esperienza maturata dall'offerente.

Da respingere sono, altresì, gli ulteriori motivi riproposti dall'appellante principale in grado di appello e non esaminati dal

T.a.r. ovvero la mancanza di sottoscrizione di tutte le pagine di un elaborato da parte del legale rappresentante e l'impossibilità da parte del Responsabile del parco archeologico di assicurare la attività richiesta, essendo nel contempo impegnato nel dottorato di ricerca.

Quanto al primo motivo, esso è smentito per tabulas riportando tutti i fogli sia dell'allegato A che dell'allegato C tre sigle riferibili ai presentatori.

Priva di pregio è poi la censura concernente l'assenza di requisiti dato l'impegno universitario del Responsabile del parco . Invero, la precisazione contenuta nella domanda circa l'attività universitaria svolta dal responsabile del parco non può certamente interpretarsi come indisponibilità ad adempiere gli obblighi richiesti, eventualmente rilevanti esclusivamente sul piano della corretta esecuzione del contratto.

Conclusivamente, l'appello della Tacs deve essere respinto, mentre quello incidentale (improprio) del Comune va accolto limitatamente al terzo motivo. In parziale riforma della sentenza di primo grado , che per il resto è confermata, deve essere integralmente respinto il ricorso di primo grado n.R.G. 86/2009, ivi compresa la domanda di risarcimento del danno che, atteso il rigetto del ricorso, non ha alcun fondamento.

La parziale soccombenza reciproca delle parti giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge l'appello della Tacs s.n.c.; accoglie in parte l'appello incidentale del Comune di Suni nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2011

IL SEGRETARIO

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