



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 493 del 2013, proposto da:

IL FAGGIO S.R.L. e PUNTO SERVICE C.S.A.R.L., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Bruno Poy, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Torino, piazza San Carlo, 197;

contro

A.S.L. VCO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Scaparone e Cinzia Picco, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Torino, via S. Francesco D'Assisi, 14;

nei confronti di

XENIA C.S.A.R.L., non costituita;

per l'annullamento

- della determinazione del direttore SOC gestione delle forniture e della logistica dell'ASL VCO in data 16.4.2013, n. 355, con la quale è stata affidata alla cooperativa Xenia in via definitiva la gara, esperita a procedura negoziata, senza preliminare pubblicazione di bando, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la gestione dell'Hospice San Rocco di Verbania Intra, struttura di proprietà e diretta gestione dell'ASL VCO di Omegna, servizi di assistenza e supporto mediante prestazioni di profilo OSS (operatori socio sanitari) nei confronti degli assistiti ricoverati presso l'Hospice San Rocco di Verbania Intra riservata a cooperative sociali di tipo a), notificata con lettera dell'ASL VCO in data 24.4.2013,
- di tutti gli atti presupposti, prodromici, connessi e /o consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. VCO;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2013 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 1080/2013 pubblicato in data 11 ottobre 2013.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'ASL VCO di Omegna è proprietaria della Residenza Sanitaria per Anziani (R.S.A.) ex Ospedale San Rocco di Verbania Intra, all'interno della quale è altresì operativa una struttura per cure palliative denominata Hospice San Rocco.
2. La prima struttura (R.S.A.) è stata gestita dal 2004 fino al 31.12.2012 dalla società I Girasoli s.r.l., la quale dal 24.10.2012 è stata incorporata per fusione nella società Il Faggio s.r.l.. Quest'ultima ha conseguentemente ottenuto il subentro nel contratto di gestione nonché la proroga dello stesso nelle more dell'espletamento della nuova gara per l'affidamento della gestione della R.S.A., prima fino al 31.03.2013, poi, a seguito dell'annullamento della procedura in sede giurisdizionale (su ricorso de I Girasoli), fino al 30.06.2013.
3. La seconda struttura (HOSPICE), invece, fino al 16 aprile 2013 è stata gestita:
 - direttamente dall'ASL VCO relativamente alla componente sanitaria (medici e infermieri);
 - da Il Faggio s.r.l. relativamente alla componente assistenziale (O.S.S.) e alberghiera (lavanderia, mensa degenti e dipendenti), con contratto prorogato fino al 30 giugno 2013.
4. Il ricorso in esame attiene a questa seconda struttura.
 - 4.1. Con determina dirigenziale del 16 aprile 2013, l'ASL VCO ha affidato la gestione della componente assistenziale e alberghiera dell'HOSPICE alla cooperativa sociale XENIA, per la durata di un anno, dal 1 maggio 2013 al 30 aprile 2014.
 - 4.2. L'affidamento è avvenuto a seguito di procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
 - 4.3. Alla procedura sono state invitate cinque cooperative sociali iscritte nella sezione a) dell'Albo Regionale (cooperative che operano nell'ambito dei servizi socio-sanitari ed educativi).
 - 4.4. Di queste, solo due hanno presentato la propria offerta: Xenia a r.l. e Azzurra Onlus.
 - 4.5. In esito alla valutazione delle offerte, la gara è stata aggiudicata a XENIA.
 - 4.6. L'affidamento è stato comunicato al gestore uscente il Faggio s.r.l. con nota del 24 aprile 2013, con la precisazione che mentre la proroga del contratto relativo alla gestione della RSA veniva confermata sino al 30 giugno 2013, il contratto relativo alla gestione dell'HOSPICE veniva risolto anticipatamente a far data dal 1 maggio 2013, per consentire il subentro nella gestione del nuovo affidatario a far data dal 13 maggio 2013.
5. Il provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato collettivamente da Il Faggio s.r.l. (concessionario uscente) e da Punto Service coop. Soc. A r.l. (appaltatore del servizio).
6. I ricorrenti hanno chiesto l'annullamento dell'atto impugnato sulla base di tre motivi coi i quali hanno lamentato, in sostanza, l'insussistenza dei presupposti della procedura negoziata senza bando.
7. In particolare:
 - I) con il primo motivo hanno lamentato che la decisione dell'azienda sanitaria di procedere mediante procedura negoziata senza bando interpellando solo ditte autoctone sarebbe del tutto immotivata e in contrasto con i principi generali, sia nazionali che comunitari, in materia di pubbliche gare; eventuali norme regionali che consentissero l'interpello diretto di ditte locali sarebbero contrarie alla Costituzione e ai principi comunitari;
 - II) con il secondo motivo hanno dedotto l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 57 commi 2, 3, 4 e 5 del Codice degli Appalti per la procedura negoziata senza bando;
 - III) con il terzo motivo hanno lamentato vizi di eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto dei presupposti, disparità di trattamento, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà, carenza di istruttoria.
8. Oltre all'annullamento dell'atto impugnato, le ricorrenti hanno chiesto la condanna dell'amministrazione

convenuta al risarcimento dei asseritamente danni subiti e subendi per effetto dell'atto impugnato e dell'anticipata risoluzione unilaterale del contratto in essere, nella misura da quantificare in corso di causa ovvero in via equitativa.

9. Si è costituita l'ASL VCO di Omegna depositando documentazione e resistendo al gravame con memoria, in particolare eccependo:

- l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti: quanto a Il Faggio, per non essere quest'ultima una cooperativa sociale di tipo a), a cui il bando era espressamente riservato; quanto a Punto Service perché non si comprenderebbe neppure a che titolo abbia proposto il ricorso;

- nel merito, l'infondatezza del ricorso nel merito, attesa in particolare la natura del servizio affidato, rientrante tra i servizi socio-sanitari di cui all'allegato II B del Codice dei Contratti, come tale sostanzialmente escluso dall'applicazione delle norme di dettaglio dello stesso Codice e soggetto solo all'applicazione dei principi generali, tra i quali, tuttavia – secondo la ricorrente – non sarebbe contemplato quello di “non discriminazione”; quest'ultimo assumerebbe rilievo solo per gli affidamenti – diversi da quello in esame - di rilievo comunitario, vale a dire in tutti i casi in cui essi, per il loro oggetto, per il loro importo, per la particolarità del settore e per il luogo geografico di esecuzione, siano in grado di interessare operatori economici di altri stati.

10. La controinteressata Xenia, aggiudicataria della procedura, non si è costituita in giudizio benché ritualmente intimata in data 17 maggio 2013.

11. Con ordinanza n. 252/2013 del 14 giugno 2013 la Sezione ha ritenuto il ricorso assistito da apprezzabili elementi di *fumus boni iuris*, ma nel contempo ha ritenuto che non sussistessero i presupposti di *periculum* per la sospensione cautelare dell'atto impugnato, tenuto conto che in data 13 maggio 2013 era già avvenuto il subentro del nuovo affidatario nella gestione del servizio, sicchè, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, appariva prevalente quello dell'amministrazione a garantire la continuità del servizio fino alla definizione del merito del giudizio. Il collegio ha quindi ritenuto che le esigenze della parte ricorrente potessero essere meglio soddisfatte con la sollecita fissazione dell'udienza di merito, ai sensi degli artt. 55 comma 10 e 119 comma 3 c.p.a., e ha fissato l'udienza per il giorno 10 ottobre 2013.

12. In prossimità di quest'ultima, la difesa dell'ASL ha integrato la propria documentazione.

13. All'udienza pubblica del 10 ottobre 2013, sentita la discussione dei difensori delle parti (in quali hanno precisato, tra l'altro, che il contratto non è stato ancora stipulato), la causa è stata trattenuta per essere decisa.

14. Il giorno successivo è stato pubblicato il dispositivo della presente decisione.

DIRITTO

Il ricorso in esame ha ad oggetto l'annullamento dell'atto con cui l'ASL VCO di Omegna ha affidato alla società Xenia c.s.a.r.l. la gestione della componente assistenziale e alberghiera dell'Hospice San Rocco, all'esito di una procedura negoziata che non è stata preceduta dalla previa pubblicazione del bando e alla quale non è stata invitata a partecipare la società Il Faggio s.r.l., odierna ricorrente e gestore uscente del servizio.

1. In via preliminare va respinta l'eccezione di difetto di legittimazione attiva formulata dalla difesa dell'ASL:

- quanto a Il Faggio s.r.l., la legittimazione a ricorrere sussiste attesa la sua qualità concessionario uscente del servizio, in base al principio giurisprudenziale per cui “il privato che ha precedentemente svolto presso l'amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata, in relazione alla quale censura il mancato invito, si trova in una posizione peculiare, che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'amministrazione ed assume la natura e consistenza dell'interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo” (vedi TAR Lazio Roma, sez. III, 1 marzo 2012, n. 2108; C. d. S., IV, 17 febbraio 1997, n. 125; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 535/99; Tar Lazio-Latina, n. 1580/2006);

- quanto a Punto Service coop. a r.l, la legittimazione a ricorrere sussiste attesa la qualità di appaltatore uscente dello specifico servizio, in forza di contratti stipulati in date 30.12.2009 e 31.01.2011 con la concessionaria I Girasoli s.r.l., successivamente incorporata ne Il Faggio s.r.l. (docc. 14 e 15 di parte ricorrente).

2. Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto.

2.1. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione n. 1/2008, ha chiarito che anche per i servizi parzialmente esclusi dall'ambito applicativo del Codice dei Contratti del 2006, quali quelli elencati nell'Allegato II B e riguardanti i "servizi sanitari e sociali", resta ferma la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario, per effetto dell'operatività congiunta degli artt. 20 e 27 del D.Lgs. n. 163/2006. Ha soggiunto, in particolare, l'Adunanza Plenaria, che anche per tali servizi "deve essere assicurata l'apertura alla concorrenza (C. giust. CE 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03). Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell'indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa". Il che implica che deve essere data notizia dell'indizione della procedura di affidamento a tutti i possibili interessati.

2.2. La stessa Commissione dell'Unione europea, con la comunicazione interpretativa 1° agosto 2006, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti esclusi o solo parzialmente disciplinati dalle direttive "appalti pubblici", pubblicata nella G.U.U.E. 1° agosto 2006, n. C 179, ha chiarito che secondo la CGCE i principi di parità di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. Per cui la Commissione ha rilevato "che la prassi consistente nel prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è sufficiente a tale riguardo, anche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato". Con la conseguenza che "pertanto, il solo modo di rispettare i requisiti definiti dalla CGCE consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto".

2.3. Tali principi, ed in particolare quelli di non discriminazione e di parità di trattamento, che a loro volta comportano l'obbligo di trasparenza, trovano applicazione anche agli appalti di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario (Tribunale di I grado, CEE. sez. V, 20 maggio 2010, n. 258; in senso conforme, TAR Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868)

2.4. In termini analoghi si è espressa l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con la deliberazione n. 76 del 1.12.2010.

2.5. Alla luce di tali principi, ritiene il collegio che nel caso di specie l'Amministrazione, omettendo qualsiasi forma di adeguata pubblicità della gara, sia incorsa in violazione di legge per difetto di pubblicità e di trasparenza ed indebita restrizione della concorrenza, precludendo la partecipazione alla gara di altri eventuali operatori qualificati e potenzialmente interessati, tra cui, in particolare, le società odierne ricorrenti, gestori uscenti (in diversa forma) del servizio.

2.6. In ogni caso, la scelta dell'Amministrazione di non interpellare il concessionario uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando avrebbe dovuto essere specificamente motivata (cfr. Cons. Stato,

sez. VI, n. 4295/2006). Nella specie, invece, nessuna motivazione è stata resa dall'Amministrazione nell'atto impugnato o in sede procedimentale: le esigenze di contenimento dei costi enunciate nella delibera impugnata sono palesemente generiche ed apodittiche e non spiegano la ragione per cui la procedura sia stata limitata a cinque cooperative sociali di ambito locale, non potendosi escludere che le ricorrenti non fossero in grado di offrire condizioni di erogazione del servizio altrettanto o addirittura ancora più vantaggiose per l'amministrazione.

3. In base alle suesposte considerazioni e con assorbimento di ogni profilo di censura non esaminato, il ricorso in esame deve essere accolto con annullamento, per l'effetto, dell'atto impugnato.

4. Non vi è luogo per dichiarare l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121, comma 1 lettera a) del Codice dei Contratti, dal momento che in udienza i difensori di entrambe le parti hanno dato atto che il contratto non è stato ancora stipulato.

5. Va invece respinta la domanda di risarcimento del danno, dal momento che essa, dopo essere stata genericamente enunciata nelle conclusioni dell'atto introduttivo, in corso di causa non è stata ulteriormente coltivata né tanto meno provata.

6. L'esito della lite e la parziale reciproca soccombenza giustificano la condanna dell'amministrazione alla rifusione delle spese processuali sostenute dalle ricorrenti nella misura di due terzi dell'importo complessivo liquidato in dispositivo, con compensazione del terzo residuo, restando peraltro a carico dell'amministrazione l'intero importo del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto:

- a) annulla l'atto impugnato;
- b) respinge la domanda risarcitoria;
- c) condanna l'amministrazione resistente a rifondere alle ricorrenti, in solido fra loro, i due terzi delle spese di lite, liquidate per l'intero in € 3.000,00 (tremila) oltre l'importo del contributo unificato e gli ulteriori accessori di legge; compensa il terzo residuo.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Primo Referendario, Estensore

Giovanni Pescatore, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2013

IL SEGRETARIO

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