



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 la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2093 del 2014, proposto da:
Ad Maiora Societa' Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa
dall'avv. Alessandra Maria Cursi, con domicilio eletto presso l'avv.
Giovanni Pellegrino in Lecce, Via Augusto Imperatore, 16;

contro

Comune di San Pietro Vernotico, rappresentato e difeso dall'avv.
Guido Massari, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Quarta in
Lecce, Via Giovanni Guerrieri, 1/A;

nei confronti di

Soc. Coop. Sociale Assistenza Fraterna Onlus, n.c.
San Giovanni Bosco soc. coop. sociale, n.c.;

per l'annullamento

- della determinazione del Responsabile Area 6 del 25.8.2014 n. 422,
comunicata con nota 25.8.2014 n. 17056, e della nota 29.7.2014 di
comunicazione dell'avvio del procedimento;

- della determinazione 1.9.2014 n. 427 di presa d'atto della caducazione delle aggiudicazioni disposte con determinazione n. 364 del 17.7.2014;
- della delibera G.C. 1.9.2014 n. 170, con cui la P.A. ha espresso la volontà di affidare mediante gara pubblica alcuni dei servizi di cui alla precedente lettera d'invito;
- della determinazione 1.9.2014 n. 426, notificata il 5.9.2014, del Responsabile dell'Area 1;
- delle determinazioni 2.9.2014 n. 428, 3.9.2014 n. 430 e 3.9.2014 n. 431 di proroga dei servizi;
- delle determinazioni nn. 364 e 365 del Responsabile dell'Area 4;
- nonché, *ex art.* 116 c.p.a., per l'annullamento della nota 30.7.2014 n. 16044 e, quindi, per l'accertamento del diritto della ricorrente ad accedere alla documentazione richiesta con la ridetta istanza;
- nonché per il risarcimento del danno in forma specifica e solo in subordine, nell'ipotesi in cui venga accertata la legittimità dell'atto di annullamento, per equivalente in applicazione dell'art. 1134 c.c.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Pietro Vernotico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti gli avv.ti G.

Massari e V. Pellegrino, quest'ultima in sostituzione dell'avv. M.A. Corsi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Ad Maiora cooperativa sociale (aggiudicataria definitiva del lotto 1 e aggiudicataria provvisoria - unica ammessa- dei lotti nn. 2 e 4, di seguito indicati) impugna la determinazione n. 422 del 25.8.2014, a firma del Responsabile dell'Area 6 del Comune di San Pietro Vernotico, con la quale è stata annullata in autotutela l'unica gara "informale" ex L.R. n. 21/1993 (con partecipazione limitata alle cooperative sociali – invitate- di tipo B aventi sede legale nel territorio comunale), suddivisa in lotti (ciascuno dei quali inferiore alla soglia comunitaria), per l'affidamento dei seguenti servizi: 1) pulizia degli immobili comunali (lotto 1); 2) custodia, pulizia e piccole manutenzioni, nonché espletamento delle operazioni cimiteriali (lotto 2); 3) taglio erba e manutenzione verde pubblico negli edifici comunali, scuole, incroci, piazze e giardini (lotto 3); 4) pulizia e custodia bagni pubblici e strutture sportive, allestimento manifestazioni e manutenzione/allestimento arredo urbano (lotto 4); 5) manutenzione edifici comunali e relativi impianti, manutenzione stradale (lotto 5). Impugna, altresì: la determinazione n. 427 datata 1.9.2014 (inerente la presa d'atto della caducazione delle aggiudicazioni di cui alla determinazione n. 364 del 17.7.2014, a seguito dell'annullamento del procedimento di gara); la deliberazione

G.C. n. 170 in data 1.9.2014 (con cui l'Amministrazione ha espresso la volontà di affidare mediante gara ad evidenza pubblica alcuni dei servizi citati); la determinazione n. 426 dell'1.9.2014 (mercè la quale il Responsabile dell'Area 1 ha preso atto della caducazione dell'aggiudicazione definitiva del lotto 1 - disposta a favore della società ricorrente- , a seguito dell'annullamento del procedimento di gara); le determinazioni del 2/3.9.2014 di proroga dei servizi in essere (inclusa la proroga disposta in favore della ricorrente), nelle more dell'espletamento della nuova gara.

A sostegno del gravame, sinteticamente, deduce:

- 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 5 L. n. 381/1990 e 6 L.R. n. 21/1993, 52 e 125 D.Lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per falsità dei presupposti, sviamento;
- 2) violazione degli artt. 21 *quinquies* e *nonies* L. n. 241/1990, 81 comma 3 D.Lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di motivazione, contraddittorietà, sviamento.

Chiede, altresì, l'annullamento del diniego di accesso al parere legale posto dall'Ente a fondamento dei provvedimenti di cui innanzi (asserendo la violazione dell'art. 13 D.Lgs. n. 163/2006). Presenta domanda di risarcimento del danno in forma specifica (chiedendo di procedere alla stipulazione del contratto con riferimento al lotto 1 e alla conclusione dell'originario procedimento mediante l'aggiudicazione definitiva dei lotti nn. 2 e 4), nonché istanza risarcitoria *ex art.* 1337 codice civile, con riferimento all'annullamento in autotutela sia dell'aggiudicazione provvisoria (dei lotti nn. 2 e 4), sia

dell'aggiudicazione definitiva (del lotto n. 1), entro i limiti dell'interesse negativo (ossia alle spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto, quantificate in corso di causa- si veda deposito del 23.9.2014, per consulenza preparazione gare - lotti da 1 a 5 - bandite dal Comune di San Pietro Vernotico - euro 5.341,65 I.V.A. inclusa- e premi relativi alle polizze fideiussorie provvisorie).

Si costituisce il Comune, contestando le avverse pretese e chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza 16.10.2014, n. 532, questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, considerato che *“il ricorso non appare assistito da fumus boni iuris, attese, tra l'altro, l'unicità (sostanziale) della gara e la limitazione territoriale, in ragione del possesso della sede legale nel territorio comunale, valutabile in termini di violazione del principio di concorrenzialità”* e *“rilevata, altresì, l'insussistenza del pregiudizio grave ed irreparabile”*.

All'udienza pubblica del 26.11.2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

0. - Il ricorso è infondato.

Preliminarmente va rigettata la domanda di annullamento del diniego (prot. n. 16044 del 30.7.2014), opposto dall'Ente civico all'istanza di accesso (del 29.7.2014, prot. n. 15978), formulata dalla società ricorrente, con riferimento al parere legale posto a fondamento degli atti impugnati (in asserita violazione dell'art. 13 Cod. App.). Ritiene il Collegio che l'acquisizione del predetto parere sarebbe inutile ed

irrilevante ai fini del presente giudizio ed inidonea ad incidere sugli esiti delle domande azionate, in quanto la causa può essere adeguatamente definita allo stato degli atti.

1. - Con il primo motivo di gravame, la società ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 5 L. n. 381/1990, 6 L.R. n. 21/1993, 52 e 125 D. Lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per falsità dei presupposti, sviamento. Asserisce che gli artt. 5 L. n. 381/1990 e 6 L.R. n. 21/1993 (richiamati dalla stessa Amministrazione nella delibera di indizione della procedura) consentirebbero l'affidamento in favore delle cooperative sociali di tipo "B" di servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria anche in deroga alla disciplina dei contratti pubblici. In particolare, la citata norma regionale (art. 6 L.R. n. 21/1993) sancirebbe la legittimità del ricorso alla gara pubblica con partecipazione limitata alle cooperative presenti sul territorio di competenza del committente pubblico. Inoltre, la legittimità della procedura si fonderebbe sul combinato disposto degli artt. 52 e 125 Codice Appalti: in particolare, il ricorso alle procedure di cottimo fiduciario *ex art. 125 D.Lgs. n. 163/2006* risulterebbe legittimo, trattandosi di servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria. Ancora, insussistente sarebbe l'“*insanabile contrasto tra i vari atti di gara*” prospettato dal Comune negli atti caducatori.

1.1 - La censura è infondata.

L'art. 5 della L. n. 381/1991 (“Convenzioni”) prevede che “*Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica*

amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b),..., per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'I.V.A. sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1” (comma 1).

L'art. 6 della L.R. n. 21/1993 (“Convenzioni”), poi, stabilisce che “*Gli Enti pubblici possono, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della Pubblica Amministrazione, stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui al 2° comma del precedente art. 2, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, purché finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate*” (comma 1) e che “*Se sono presenti nel territorio di competenza del committente ente pubblico più cooperative sociali iscritte all'Albo di cui al 1° comma dell'art. 4, che provvedono alla fornitura dei beni e servizi richiesti, per l'individuazione del contraente, viene fatto ricorso alla gara d'appalto*” (comma 2).

L'articolo 52 del Codice dei contratti dispone che, “*fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività*

professionale in condizioni normali”.

Occorre precisare che l'art. 52 D.Lgs. n. 163/2006, da un lato, e la legge n. 381/1991 (con le relative disposizioni regionali), dall'altro, si muovono in ambiti distinti, come si evince dalla “clausola di salvaguardia” posta all'inizio dello stesso art. 52 (“*fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali...*”). Ciò vale, innanzitutto, ad escludere che, nel caso di specie, si sia fatto ricorso all'istituto dell'art. 52 Cod. App., con conseguente inconfigurabilità della relativa violazione.

Ad avviso del Collegio, proprio l'applicazione delle disposizioni normative speciali in materia di cooperative sociali di tipo “B” supporta la correttezza dell'operato dell'Ente civico e l'infondatezza delle doglianze proposte dalla società ricorrente.

1.2 - Al riguardo è dirimente osservare che, nel caso di specie, si tratta di gara sostanzialmente unica, di importo complessivo superiore alla soglia comunitaria. La suddivisione in lotti, originariamente effettuata dalla stazione appaltante, si configura, con ogni evidenza, come un artificioso frazionamento, volto ad eludere la disciplina applicabile agli appalti sopra soglia comunitaria, onde consentire l'applicazione della disciplina speciale di cui agli artt. 5 L. n. 381/1991 e 6 L.R. n. 21/1993, inerenti le cooperative sociali di tipo “B”.

Peraltro, l'espletamento della procedura *de qua* avrebbe potuto condurre all'effetto distorto e paradossale dell'assegnazione di tutti i (cinque) lotti messi a gara ad un unico operatore economico per un importo sopra soglia (prezzo posto a base di gara, complessivamente, euro 377.196,23 oltre I.V.A., al netto degli oneri di sicurezza, ben

superiore alla soglia comunitaria, pari, *ex art.* 28 Cod. App., a decorrere dal 1° gennaio 2014, a euro 207.000,00, ai sensi di quanto statuito dal Regolamento (CE) n. 1336/2013).

Per le stesse motivazioni (in disparte ogni valutazione in merito al rispetto delle modalità di cui alla stessa norma ed ai relativi regolamenti comunali) risulta preclusa l'applicazione dell'art. 125 Cod. App. (inerente la procedura di cottimo fiduciario).

Correttamente e doverosamente, pertanto, l'Amministrazione ne ha disposto l'annullamento in autotutela, onde consentire l'espletamento delle legittime procedure di gara.

1.3 - Inoltre, la limitazione territoriale della partecipazione alla procedura selettiva di che trattasi alle (sole) cooperative sociali aventi sede legale nel territorio comunale viola palesemente i principi comunitari di *par condicio competitorum*, libera concorrenza, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e massima partecipazione, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*.

Siffatte limitazioni territoriali si configurano, appunto, quali disposizioni in grado di favorire gli operatori economici locali e di determinare effetti discriminatori nei confronti dei concorrenti non localizzati nel territorio (è evidente, infatti, che anche imprese aventi sede ed organizzazione al di fuori del territorio interessato ben possono possedere i requisiti tecnico-organizzativi necessari per assicurare un'efficiente esecuzione degli appalti).

2. - Del pari è infondato il secondo motivo di gravame, con il quale la società ricorrente deduce, *in primis*, la presunta violazione degli artt. 21

quinquies e 21 *nonies* L.n. 241/1990, essendo l'auto-annullamento della gara *de qua* asseritamente fondato sul "dubbio" della P.A. relativo alla legittimità delle procedure seguite e dal timore dell'instaurazione di giudizi dagli esiti incerti. Tanto con riferimento sia all'aggiudicazione provvisoria dei lotti 2 e 4, sia all'aggiudicazione definitiva del lotto 1.

2.1 - Innanzitutto, il Collegio rileva che il provvedimento impugnato si configura quale auto-annullamento e non revoca, per cui risulta del tutto inconferente il richiamo alla dedotta violazione dell'art. 21 *quinquies* L.n. 241/1990.

2.2 - Per quanto riguarda, poi, l'asserita violazione dell'art. 21 *nonies* L.n. 241/1990, la Sezione osserva, innanzitutto, che l'annullamento degli atti di gara è stato disposto (doverosamente) a breve distanza dall'adozione degli atti viziati e, comunque, prima della stipula del contratto.

Inoltre, il doveroso allargamento del confronto concorrenziale (configurandosi di per sé quale superiore interesse pubblico generale) fonda oggettivamente, *in re ipsa*, l'interesse pubblico (diverso dal mero ripristino della legalità violata) *ex art.* 21 *nonies* L.n. 241/1990 e prevale rispetto all'interesse del singolo partecipante.

2.3 - Con specifico riferimento, poi, all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria (dei lotti 2 e 4), il Collegio osserva che, al di là della qualificazione formale (annullamento della procedura di gara), gli atti impugnati non costituiscono un vero e proprio esercizio del potere di autotutela, in quanto non si configura, in tale ipotesi, "*un procedimento di secondo grado - a differenza del caso in cui s'intervenga*

sull'aggiudicazione definitiva -, ma si conclude in senso negativo lo stesso ed unico procedimento...” (Consiglio di Stato, Sezione III, 4.9.2013, n. 4433). Difatti, *“nelle gare di appalto, l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara; la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile e obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'Amministrazione”* (in tal senso Consiglio di Stato, Sez. III, n. 942 del 28.2.2014; conforme, *ex multis*, Consiglio di Stato, III, 24.5.2013, n. 2838). Sul punto non è prospettabile alcun affidamento del destinatario, perché *“l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento di evidenza pubblica”* (Consiglio di Stato, III, 4.9.2013, n. 4433).

2.4 - Neppure può configurarsi l'asserita violazione dell'art. 81, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006 (il quale dispone che *“Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”*). Ciò in quanto la predetta norma non risulta applicabile al caso di specie (che riguarda l'annullamento in autotutela *ex art. 21 nonies* L. n. 241/1990).

3. - Infine, non può essere accolta la subordinata richiesta di risarcimento del danno (entro i limiti del c.d. “interesse negativo”, ossia delle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara), derivante dalla dedotta responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 codice civile.

Infatti, nella fattispecie in parola, ritiene la Sezione che non può in alcun modo ravvisarsi l'asserita violazione dei principi di correttezza e buona fede (in senso oggettivo) *ex* art. 1337 codice civile, in considerazione della patente illegittimità della procedura di gara di che trattasi e della conseguenziale insussistenza, in capo all'odierna ricorrente, di un affidamento incolpevole meritevole di tutela circa la legittimità dei precedenti atti amministrativi. Inoltre, il Collegio rileva che il Comune ha disposto, con determinazione n. 431 del 3.9.2014, la proroga del servizio di custodia e pulizia dei bagni pubblici in favore della società Ad Maiora, il che ha comportato incontrovertibilmente a favore della stessa un guadagno economico ed un vantaggio curriculare.

4. - Per le ragioni sopra sinteticamente illustrate, il ricorso deve essere respinto.

5. - Sussistono gravi ed eccezionali motivi (la complessità delle questioni trattate) per giustificare l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26

novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente FF

Antonella Lariccia, Referendario

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2015

IL SEGRETARIO

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