

N. 03843/2012REG.PROV.COLL.
N. 09294/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 9294 del 2011, proposto da:

A.I.A.S.- Associazione Italiana Assistenza Svantaggiati di Afragola, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. ti Patrizia Kivel Mazuy e Renato De Lorenzo, con domicilio eletto presso Ferruccio De Lorenzo in Roma, via Luigi Luciani, N. 1;

contro

Comune di Santa Croce del Sannio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Abbamonte, presso il cui studio ha eletto il domicilio in Roma, via degli Avignonesi, 5;

Vivisol Napoli s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Magaldi, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Francesca Caldoro in Roma, via Baiamonti n. 10;

nei confronti di

Asl Benevento, Regione Campania, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: sezione I n. 4518/2011,

resa tra le parti, concernente l'impugnazione del bando di gara per l'individuazione del concessionario cui affidare la gestione della Residenza Sanitaria Assistenziale di proprietà del Comune nonché dell'aggiudicazione definitiva in favore della Vivisol Napoli s.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Santa Croce del Sannio e di Soc Vivisol Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Palma, su delega di De Lorenzo, Kivel Mazuy e Magaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consiglio Comunale di Santa Croce del Sannio modificò la destinazione d'uso di una casa albergo per anziani in R.S.A. (residenza sanitaria assistita), per poi disporre l'affidamento a terzi della gestione dell'adeguamento e del completamento degli arredi della struttura destinata a R.S.A. per la durata di nove anni, fissando un canone annuo di concessione non inferiore a dieci milioni di lire. Fu quindi indetta una gara pubblica di cui di cui risultò aggiudicataria l'AIAS di Afragola con cui il Comune stipulò il contratto rep. 05/VV 179 del 27 marzo 2001.

1.1. Con una prima deliberazione del 20.8.2007, sul presupposto che la struttura non avesse mai funzionato e che quindi il concessionario fosse inadempiente agli obblighi contrattuali il Comune comunicava l'avvenuta risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 15, intimando il rilascio del bene.

1.2. Dopo che tale provvedimento era stato annullato dal Tar, per vizi procedurali, con un secondo atto del 13.2.2009 il Comune comunicava

la cessazione dell'affidamento ai sensi dell'art. 4, sul presupposto che fossero decorsi i nove anni di durata del contratto, intimando una volta ancora il rilascio del bene.

1.3. Proposto ricorso anche nei confronti di tale secondo atto, per l'annullamento ed il risarcimento del danno, il Tar, dopo avere qualificato la fattispecie alla stregua di una concessione di bene pubblico ed avere ritenuto la propria giurisdizione, lo ha respinto, sul rilievo che il termine novennale di durata del rapporto dovesse decorrere dalla data di stipula del contratto e non, come sostenuto dall'AIAS, dal momento del rilascio del titolo di accreditamento istituzionale, atto di competenza della Regione rispetto al quale il Comune non aveva obblighi e quindi responsabilità.

1.4. Pendente il giudizio sulla scadenza del rapporto concessorio, il Comune di Santa Croce del Sannio ha indetto una nuova gara per l'affidamento del medesimo servizio, pubblicando bando e disciplinare.

2. L'AIAS ha proposto ricorso nei confronti della nuova procedura, cui non ha partecipato, deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

2.1. Con sentenza n. 4518 del 2011 il Tar ha respinto le censure giudicandole inammissibili in quanto l'AIAS, non avendo presentato domanda di partecipazione alla gara, non è legittimata ad impugnarne gli atti, compresi quelli successivi, secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 4 del 2011).

2.2. L'AIAS ha proposto il presente appello avverso tale sentenza, assumendo che ricorrerebbe nel caso di specie una delle deroghe indicate proprio dalla ricordata Adunanza Plenaria alla regola che fonda la legittimazione al ricorso sulla (valida) domanda di partecipazione alla procedura di gara. In particolare si afferma che l'AIAS sarebbe legittimata all'impugnazione immediata del bando in quanto contesterebbe in radice la legittimità della scelta della stazione appaltante di indire la procedura poiché titolare, nel caso di specie, di un rapporto contrattuale incompatibile con la

nuova procedura.

Sulla base di tale premessa ha quindi riproposto le censure già dedotte in primo grado, concernenti le modalità di pubblicazione del bando, l'indisponibilità del bene da parte della stazione appaltante, l'illegittima ammissione del concorrente risultato aggiudicatario.

2.3. Si è difeso il Comune contestando la premessa, sul rilievo che, all'esito del primo giudizio, il Tar aveva respinto i motivi dedotti dall'AIAS accertando in definitiva come il contratto sia cessato alla scadenza naturale del 27.3.2010, il che farebbe venir meno qualunque ragione di impedimento all'indizione di una nuova gara avente lo stesso oggetto.

2.4. All'udienza pubblica del 18.5.2012, nella quale è stata discusso anche l'appello iscritto al nr. 6792/2010 che ha ad oggetto la richiamata sentenza del Tar Napoli n. 16833/2010, la causa è passata in decisione.

3. L'appello è infondato e va respinto, per le seguenti ragioni.

3.1. Al cospetto dell'impugnazione (degli atti) di una procedura di gara cui si è deciso di non partecipare, il Collegio deve valutare preliminarmente se la parte ricorrente abbia l'interesse e la legittimazione ad agire in giudizio.

3.2. A tal fine l'odierna appellante deduce la propria condizione di titolare di un rapporto contrattuale con il Comune di Santa Croce del Sannio, avente ad oggetto il medesimo servizio cui si riferisce il bando impugnato, condizione che impedirebbe all'Amministrazione di procedere ad una nuova gara, almeno fino a quando il primo rapporto contrattuale non fosse esaurito.

Secondo la tesi di parte appellante, sarebbe questa un'ipotesi in cui, per riprendere la sistematica seguita dalla Plenaria 4/2011, poiché il privato contesta in radice la scelta compiuta dall'amministrazione di bandire una gara, non avrebbe l'onere di parteciparvi, ovvero la mancata partecipazione procedimentale non farebbe venir meno la legittimazione processuale.

3.3. Se non ché, osserva il Collegio sulla scorta di quanto già rilevato dal

Giudice di primo grado, la tesi di parte appellante è stata smentita dall'esito del giudizio avente ad oggetto l'efficacia del rapporto concessorio.

3.4. Infatti, dapprima il Tar con sentenza n. 16883/2010 e poi questa stessa Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3355/2012, decisa nella stessa camera di consiglio del 18.5.2012, hanno ritenuto infondato il ricorso della AIAS accertando come il contratto di concessione sia cessato di efficacia alla scadenza naturale del 27.3.2010.

3.5. Da ciò discende che l'odierna appellante non può (più) essere considerata come titolare di una posizione giuridica incompatibile con il nuovo affidamento né può, sulla base dei noti principi ribaditi dalla Plenaria 4/2011, muovere contestazioni all'indirizzo di una procedura di gara alla quale ha deciso di non partecipare, da qui l'inammissibilità delle censure rivolte nei confronti dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

4. Quanto a tale secondo aspetto, va chiarito come, nella logica che sorregge la parte principale dell'appello e prima ancora del ricorso di primo grado, AIAS non avrebbe partecipato alla gara proprio perché contesta in radice che una gara potesse essere bandita, nelle condizioni date, affermando di essere titolare di un rapporto contrattuale incompatibile con il nuovo affidamento.

4.1. Se questa è la tesi principale di parte, diventa contraddittorio dolersi, come fa AIAS in via subordinata, del fatto che la pubblicazione del bando sarebbe avvenuta in violazione dell'art. 124 del Codice dei contratti, precisando (ma solo nell'atto di appello) che tale vizio avrebbe impedito ad AIAS di conoscere tempestivamente della gara stessa e quindi di parteciparvi.

4.2. Infatti, mentre con la prima linea difensiva si fa valere un interesse oppositivo alla indizione della gara; con il (solo) terzo motivo si vorrebbe azionare un interesse di segno del tutto opposto, ovvero di natura

pretensiva laddove preordinato alla partecipazione e quindi all'aggiudicazione di quella stessa gara che, con il primo interesse, non si vorrebbe che fosse mai stata bandita.

4.3. Ciò premesso, è evidente come l'appello segua allora due percorsi tra loro incompatibili, cui corrispondono, come rilevato dalla difesa del Comune, interessi eterogenei e persino configgenti l'uno con l'altro.

4.4. Nel merito del vizio dedotto con il terzo motivo, si osserva incidentalmente come l'omessa pubblicazione del bando sulla gazzetta ufficiale, prescritto per gli appalti sottosoglia dall'art. 124, deve essere comunque valutata nell'ambito di una procedura - quale è quella in esame - che ha avuto ad oggetto l'affidamento di una concessione di servizi, fattispecie cui, come noto, a norma dell'art. 30 non si applicano le disposizioni del Codice dei contratti quanto piuttosto i principi generali desumibili dal Trattato. Si tratta quindi di valutare se la pubblicazione del bando - anche nella Gazzetta Ufficiale, oltre che all'albo pretorio - sia una condizione irrinunciabile a garanzia del rispetto dei principi di trasparenza e di adeguata pubblicità, consapevoli che su tale questione si è già pronunciato implicitamente questo Consiglio, nel senso di ritenere che si possa legittimamente fare a meno della pubblicazione del bando anche nella Gazzetta Ufficiale (v. Cons. St., V, n. 2709/2011).

5. In conclusione, l'appello è infondato e va respinto.

6. Vi sono giustificati motivi per compensare le spese di lite, tra tutte le parti costituite, data la particolarità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2012

con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/07/2012

IL SEGRETARIO

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