



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 56 del 2018, proposto da:

S. Lucia Società Cooperativa Sociale di Solidarietà Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Roberta Bertolani, Alberto Ponti, con domicilio eletto presso lo studio Giulia Diletta Bertazzo in Venezia, via San Polo 1189;

contro

Centrale Unica di Committenza di Affi, Garda e Torri del Benaco, Comune di Affi non costituiti in giudizio;

Comune di Garda, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Miniero, domiciliato all'indirizzo PEC indicato in atti;

nei confronti di

Cooperativa Sociale di Solidarietà San Marco Onlus non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 632 del 21/12/2017 della C.U.C. di Affi, Garda e Torri Del Benaco di aggiudicazione a favore della controinteressata Cooperativa Sociale di Solidarietà San Marco ONLUS dell'appalto avente ad oggetto il servizio di pulizia degli edifici comunali, dei bagni pubblici, e il servizio di spazzamento e manutenzione del verde pubblico per il biennio 2018-2019 - Comune di Garda;

- della Determinazione n. 587 del 06/12/2017 del Comune di Garda - determinazione a contrarre;
- ove e per quanto lesive, delle Determinazioni n. 588 del 06/12/2017 del Comune di Garda e n. 263 del 06/12/2017 della C.U.C. di approvazione degli atti di gara, dell'avviso pubblico per manifestazione d'interesse finalizzato all'indagine di mercato per la individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura di cui trattasi;
- di tutti gli atti e le operazioni di gara, ivi inclusi la lettera d'invito, nonché i verbali di gara;
- di ogni altro atto antecedente, conseguente e/o presupposto a quelli che precedono ivi incluso, ove esistente, il regolamento della C.U.C. ovvero del Comune di Affi o Garda relativi alle procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria e/o ai contratti nelle ipotesi in cui contenga illegittime deroghe al principio di rotazione;

Nonché,

- per l'accertamento del diritto all'aggiudicazione a proprio favore;
- per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a. ovvero, in subordine, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno patrimoniale subito e derivante dall'adozione ed esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2018 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. Con ricorso notificato il 15 gennaio 2018, la "S. Lucia Società Cooperativa Sociale di Solidarietà – Onlus" ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione disposta dalla Centrale Unica di Committenza Custoza di Affi, Garda e Torri del Benaco, a favore della "Cooperativa Sociale di Solidarietà San Marco Onlus", dell'appalto avente ad oggetto di servizio di pulizia degli edifici comunali, dei bagni pubblici, e il servizio di spazzamento e manutenzione del verde pubblico per il biennio 2018-2019, nonché l'accertamento "del

diritto all'aggiudicazione a proprio favore" e la condanna "al risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a." ovvero, in subordine, "al risarcimento del danno patrimoniale subito e derivante dall'adozione ed esecuzione dei provvedimenti impugnati".

1.2. In prossimità dell'udienza camerale del 7 febbraio 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la stazione appaltante, con determinazione n. 34 del 5 febbraio 2018, ha provveduto ad "annullare in autotutela, ai sensi dell'art. 21-nonies, comma 1, della legge n. 241/1990, il provvedimento di aggiudicazione definitiva assunto dalla Centrale Unica di Committenza Affi-Garda-Torri del Benaco con determinazione n. 285 di data 21.12.2017, nonché tutti gli atti antecedenti e presupposti, anche con riferimento alla determinazione del RASA della Centrale Unica di Committenza Affi-Garda- Torri del Benaco n. 263 del 06.12.2017 di indizione della procedura in oggetto".

1.2. Si è costituito in giudizio il Comune di Garda (in data 27 febbraio 2018), il quale, a fronte di tale annullamento, ha chiesto di "dichiarare cessata la materia del contendere e compensare le spese di lite, previo rimborso del contributo unificato" versato dalla parte ricorrente.

1.3. Con memoria depositata in prossimità della camera di consiglio del 7 marzo 2018 – cui la causa era stata rinviata su richiesta della parte ricorrente per avere contezza formale dell'avvenuto annullamento –, la Società S. Lucia ha insistito nella condanna dell'amministrazione resistente a rifondere le spese di lite ed il contributo unificato, in virtù del principio della soccombenza virtuale, nonché nella condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno patrimoniale, accertando "la responsabilità ex art.2043 c.c. ovvero precontrattuale, pura o c.d. spuria della amministrazione resistente" quantificando il danno patrimoniale patito nella misura di "€ 46.300,00 ovvero in subordine nella misura di € 4.796,83", per l'attività di supporto all'elaborazione e stesura del progetto per la partecipazione alla procedura di gara in questione.

2. All'udienza camerale del 7 marzo 2018 la causa veniva trattenuta per la decisione, sussistendo tutti i presupposti per la conversione del rito e la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a.

3. L'annullamento sia del provvedimento di aggiudicazione, sia di tutti gli atti antecedenti e presupposti, ivi inclusa la determinazione di indizione della procedura contestata, determina l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.

4. Deve ora passarsi all'esame della domanda di condanna alla spese sulla base del criterio della soccombenza virtuale.

4.1. La domanda è meritevole di accoglimento secondo quanto di seguito osservato.

Ed invero, nel caso di specie, la censura concernente la violazione del principio di rotazione risultava senz'altro fondata, considerato che, non solo era stato invitato senza alcuna specifica motivazione, alla partecipazione alla gara c.d. "sotto soglia", l'operatore economico che nell'anno precedente era risultato affidatario dello stesso servizio oggetto della gara (il quale avrebbe dovuto "saltare il primo affidamento successivo" in ragione della posizione di vantaggio acquisita rispetto agli altri concorrenti, cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato Sez. V, Sent., 31 agosto 2017, n. 4125), ma gli atti di gara determinavano al contempo anche un'ulteriore restrizione della platea dei concorrenti derivante dall'attribuzione all'offerta tecnica del punteggio massimo di 50 punti in ragione del "radicamento costante della Cooperativa sociale di tipo B nel territorio dell'ULSS n. 9" nonché, un punteggio massimo di 10 agli "elementi in grado di testimoniare l'organico radicamento territoriale del progetto stesso attraverso l'impiego di personale proveniente dal territorio con grado di preferenza nel seguente ordine Garda (preferenziale), territorio ex ULSS n. 22 e territorio ULSS n. 9". La combinazione dei due elementi appena evidenziati, censurati con il primo e con il terzo motivo di ricorso, realizzava quindi senz'altro un'illegittima rendita anticoncorrenziale di posizione, in contrasto con i principi di libera concorrenza e di non discriminazione, nonché in violazione degli artt. artt. 4, 30 e 36 d.lgs. 50/2016.

5. Quanto alla richiesta di risarcimento danni da fondarsi su un "giudizio virtuale" di illegittimità della gara, non ricorrono invece i presupposti della fattispecie di responsabilità invocata, giacché, nel caso di specie, la ricorrente non vanta alcuna possibilità in concreto di aggiudicazione della gara, venendo in considerazione una procedura di evidenza pubblica viziata *ab origine* che postula in ogni caso la sua integrale rinnovazione.

5.1. In particolare, con il terzo motivo di ricorso, è stato contestato l'ingiustificato privilegio accordato alle Cooperative "locali" determinato dall'attribuzione al criterio valutativo del radicamento costante nel territorio dell'ULSS n.9 di un punteggio massimo di 50 punti, in violazione del principio di non discriminazione dal quale scaturisce il divieto di effettuare la selezione dei concorrenti privilegiando coloro che esercitano

prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni.

5.2. Tale criterio, anche autonomamente considerato, inficiava senz'altro la gara *ab origine* per l'illegittima restrizione del principio di concorrenza che ne sarebbe derivata. Pertanto, un'eventuale aggiudicazione all'odierna ricorrente sulla base della selezione così effettuata risulterebbe parimenti viziata in via derivata dall'illegittimità del confronto concorrenziale determinata da tale specifica causa.

5.3. Inoltre, anche con riguardo all'ipotizzata responsabilità precontrattuale c.d. spuria "per aver partecipato inutilmente ad una gara affetta da vizi di legittimità annidati nel bando o nel *modus procedendi* della stazione appaltante", non risultano integrati tutti gli elementi della fattispecie di danno in esame, giacché, oltre alla lesione della situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento, la ricorrente avrebbe dovuto fornire la dimostrazione di specifiche perdite di possibilità alternative di guadagno e la sussistenza del nesso di causalità tra illecito e il danno lamentato, prova che invece è mancata.

5.4. Né ricorrono, nel caso di specie, i presupposti di una responsabilità precontrattuale c.d. pura poiché, proprio in considerazione dei vizi contestati inficianti la stessa procedura di gara e tenuto anche conto dei tempi in cui è intervenuta in autotutela l'Amministrazione, non è ravvisabile nemmeno il ragionevole e incolpevole affidamento nel buon esito della gara.

6. Pertanto la domanda di risarcimento del danno deve essere respinta.

7. Le spese di lite seguono il criterio della soccombenza virtuale e sono liquidate come da dispositivo a carico dell'Amministrazione resistente la quale dovrà altresì rifondere il contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite che liquida in complessive Euro 2.000,00 (duemila/00), oltre al contributo unificato che dovrà essere rifiuto alla parte ricorrente, e agli accessori di legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Silvia Coppari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Coppari

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO