

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 10659 del 2006, proposto dalla Cooperativa Fleming, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Umberto Pinto, rappresentato e difeso dagli avvocati Giancarlo Biancardi e Sabatino Rainone, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Aldo Fontanelli in Roma, via Emilio de' Cavalieri n. 11;

contro

il Comune di Pagani, in persona del Sindaco, legale rappresentante pro tempore, sig. Almerico Gambino rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Castaldi con il quale domicilia in Roma, via Zaira, n. 16 presso l'avv. Salvatore Napolitano.

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Salerno - Sezione I, n. 1085/2006, pubblicata il 2° luglio 2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comune di Pagani;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 26 febbraio 2008, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Biancardi, e Casertano per delega di Castaldi come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Cooperativa Fleming espone di essersi resa aggiudicataria del servizio di assistenza materiale e domiciliare anziani e portatori di handicaps presso il Comune di Pagani con contratto rep. n. 970 del 7.11.2000. secondo i riferimenti quali-quantitativi previsti dal relativo C.S.A., per il monte ore di 12.000 annue al prezzo di € 134.270,20. Il rapporto contrattuale, con scadenza del 9 gennaio 2002, è stato prorogato nelle more dell'espletamento della gara per il nuovo affidamento del servizio.

1.1. Il comune di Pagani, per la necessità di effettuare il nuovo servizio per un maggior numero di ore e di utenti e con modalità diverse e ulteriori, aveva predisposto un nuovo capitolato molto più articolato e costoso, approvato con deliberazione giunta n. 354 del 28. novembre 2001.

1.2. Alla nuova gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare a settanta anziani e dieci portatori di handicap - per

tre anni e per un monte ore di 25.000 annue e l'importo complessivo a base d'asta di €988.963,32 (annui €329.654,44)- partecipava la Coop. Fleming e se ne rendeva aggiudicataria per un importo, al netto del ribasso d'asta, di € 772,488,14 (annui € 257.496,04), così come da verbale del 25 giugno 2002. L'aggiudicazione era comunicata alla Cooperativa con nota prot. n. 17891 del 4 luglio 2002 ed era approvata dal responsabile del Settore Politiche Sociali del Comune di Pagani con determinazione n. 449 del 23 settembre 2002, con la quale era approvato anche lo schema di contratto. Con la suddetta determina era effettuata in via definitiva l'aggiudicazione e la Coop Fleming approntava tutti i mezzi necessari all'esecuzione, come obbligatoriamente prescritti dal C.S.A. (in particolare, affitto triennale di adeguata sede sul territorio comunale di Pagani).

1.3. Con nota prot. n. 31134, del 6 novembre 2002 (rettificata con successiva del 7 novembre 2002), il Segretario Generale del Comune di Pagani, invitava la Coop. Fleming a consegnare, entro cinque giorni dalla stessa, la documentazione occorrente per definire il contratto. Il legale rappresentante della Cooperativa Fleming, stipulava, in data 12 novembre 2002, polizza fideiussoria per €38.622,00 pari al 5% dell'importo contrattuale a titolo di cauzione definitiva del contratto di appalto.

2. Al legale rappresentante della Cooperativa erano nel prosieguo opposti immotivati impedimenti. Con nota del 5 dicembre 2002,

la Cooperativa sollecitava l'Ente a sottoscrivere il contratto, al contempo evidenziando l'insorgenza dei danni conseguenti alla mancata stipula. Con risposta prot. n. 35325 del 5 dicembre 2002, pervenuta il 7 dicembre il responsabile del Settore Politiche Sociali del Comune di Pagani comunicava alla ricorrente che l'aggiudicazione della gara - qualificata come provvisoria - era da ritenersi illegittima sia da un punto di vista amministrativo che contabile, al contempo significando che l'aggiudicazione sarebbe stata certamente conservata attraverso una deliberazione del Consiglio comunale. La ricorrente rimaneva in attesa degli sviluppi amministrativi della vicenda ma, non avendo ricevuto più ulteriori comunicazioni, diffidava il comune in data 10 aprile 2003, ad addivenire alla stipula del contratto entro il termine di giorni trenta, pena in difetto, le azioni giudiziali. Con nota dell'11 aprile 2003 prot. n. 11390, del Responsabile del Settore Sviluppo Funzionamento comunale, era trasmessa la deliberazione consiliare n. 5 del 18 marzo 2003 con la quale - a dire del Comune - si era concluso il procedimento il cui avvio era stato comunicato con la nota prot. n. 35325 del 5 dicembre 2002 del Responsabile del Settore Politiche Sociali.

2.1. L'autotutela demolitoria esercitata sull'appalto aggiudicato alla Cooperativa si è sostanziata nei seguenti motivi: - incompetenza della Giunta Comunale all'approvazione del C.S.A. - irregolarità dell'impegno di spesa - onerosità del servizio. La richie-

sta di accesso effettuata il 15 maggio 2003, era parzialmente riscontrata con nota del 5 giugno 2003, prot. n. 17689, del Segretario Generale del Comune di Pagani (che trasmetteva copia della deliberazione di consiliare n. 91 del 30.12.2002, del verbale del 07.01.2003 della Commissione Bilancio e programmazione, il parere del Collegio dei Revisori del 30.01.2003 e la deliberazione di C.C. n. 5 del 20 marzo 2001 ad oggetto approvazione programma di intervento a favore degli anziani per l'anno 2001) Con successiva nota del 10 giugno 2003, prot. n. 18435, il Segretario Generale, ad integrazione della precedente, trasmetteva la nota dell'ex Responsabile del Settore Politiche Sociali, dr. Raffaele De Angelis, del 10 gennaio 2003 e la nota di riscontro dell'Assessore al Bilancio del 21 gennaio 2003, il parere dell'avv. Gaetano Paolino del 30 gennaio 2003, la nota dell'Assessore al Bilancio del 4 febbraio 2003 all'avv.to Paolino, la nota di riscontro dell'avv.to Paolino del 18 febbraio 2003 ed il parere del legale dell'Ente acquisito in data 10 marzo 2003.

3. Avverso i provvedimenti è stato dispiegato il ricorso n. 1772 del 2003 al tribunale amministrativo della Campania - Salerno ad opera della Cooperativa che ha chiesto la condanna del Comune di Pagani al risarcimento del danno mediante la reintegrazione in forma specifica ovvero mediante il pagamento di somme di danaro a causa dell'illegittimità dei provvedimenti adottati dal Comune di Pagani e/o dei comportamenti dell'Amministrazione intima-

ta successivamente all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, sia a titolo di rimborso spese sostenute per la partecipazione alla gara e per effetto dell'aggiudicazione definitiva.

4. Il ricorso è stato accolto in parte dal Tar della Campania, Salerno che ha condannato il Comune di Pagani al risarcimento dei danni nella complessiva misura di € 3.500,00 e compensato le spese di giudizio. In particolare:

4.1. La sentenza ha rigettato la domanda risarcitoria nella parte in cui ha presupposto l'illiceità del comportamento dell'Amministrazione, data la legittimità degli atti adottati.

4.2. La sentenza ha accolto la domanda, nella parte in cui invoca il risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale per aver confidato nella positiva conclusione del contratto, limitatamente al solo danno emergente dovuto alle spese ingiustamente sostenute per l'inutile partecipazione alla procedura concorsuale e dalle perdite eventualmente subite da occasioni di guadagno alternative.

5. Avverso la sentenza nuove appello la Cooperativa Fleming. Nel giudizio si è costituito il Comune di Pagani.

6. All'udienza del 26 febbraio 2008, uditi i difensori delle parti presenti il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

1. Nell'appello in epigrafe, si chiede l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

- a) condannare il Comune di Pagani al pagamento, in favore della Coop. Fleming, della somma di € 77.248,81, a titolo di danno emergente e di lucro cessante per l'illegittima auto tutela demolitoria, come quantificata nella relazione di parte ricorrente in primo grado oppure nella misura che sarà determinata in corso di causa a mezzo di idoneo incombente istruttorio ovvero, in via equitativa, oltre interessi e svalutazione monetaria;
- b) condannare il Comune di Pagani al pagamento, in favore della Coop. Fleming, della somma di € 77.248,81, a titolo di risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dei comportamenti serbati dall'amministrazione successivamente all'aggiudicazione definitiva dell'appalto e dell'autotutela, come quantificata nella relazione di parte ricorrente in primo grado oppure nella misura che sarà determinata in corso di causa a mezzo di idoneo incombente istruttorio ovvero, in via equitativa, oltre interessi e svalutazione monetaria;
- c) condannare il Comune di Pagani al pagamento, in favore della Coop. Fleming, della somma di € 12.820,00, come quantificata nella relazione di parte ricorrente in primo grado oppure nella misura che sarà determinata in corso di causa a mezzo di idoneo incombente istruttorio ovvero, in via equitativa, oltre interessi e svalutazione monetaria, a titolo di rimborso spese sostenute per la partecipazione alla gara e per effetto dell'aggiudicazione definitiva della stessa;

d) condannare il Comune di Pagani al pagamento delle spese, diritti, onorari ed accessori di giudizio, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge, in relazione al doppio grado di giudizio.

2. Alla Cooperativa Fleming era stato aggiudicato il servizio di assistenza materiale e domiciliare di anziani e portatori di handicaps nel Comune di Pagani, per il monte ore di 12.000 annue al prezzo di € 134.270,20. Il contratto rep. n. 970 del 7 novembre 2000, con scadenza al 9 gennaio 2002, è stato prorogato nelle more dell'espletamento della gara, per il nuovo affidamento del servizio. Con deliberazione di giunta comunale n. 354 del 28 novembre 2001, il comune aveva predisposto un nuovo capitolato, relativo al servizio per un maggior numero di ore e di utenti e con modalità diverse e ulteriori rispetto a quello precedentemente in vigore. Il servizio prevedeva l'assistenza domiciliare di settanta anziani e dieci portatori di handicap, per tre anni e per un monte ore di 25.000 annue e l'importo complessivo a base d'asta di € 988.963,32 (annui € 329.654,44).

1.2. La Coop. Fleming ha partecipato alla nuova gara e se ne è resa aggiudicataria per un importo, al netto del ribasso d'asta, di € 772,488,14 (annui € 257.496,04). L'aggiudicazione è stata comunicata alla Cooperativa con nota prot. n. 17891 del 4 luglio 2002 ed è stata approvata dal responsabile del Settore Politiche Sociali del Comune di Pagani con determinazione n. 449 del 23 settembre 2002, con la quale è stato approvato anche lo schema

di contratto. La Coop. Fleming ha approntato tutti i mezzi necessari all'esecuzione prescritti dal capitolato speciale ed ha stipulato la polizza fideiussoria per € 38.622,00 pari al 5% dell'importo contrattuale a titolo di cauzione definitiva del contratto di appalto.

1.3. Con avviso di avvio prot. n. 35325 del 5 dicembre 2002, è stata comunicato alla Cooperativa l'inizio del procedimento di autotutela demolitoria dell'aggiudicazione, conclusosi con la deliberazione consiliare n. 5 del 18 marzo 2003, di annullamento del provvedimento per l'incompetenza della Giunta Comunale all'approvazione del capitolato speciale, per l'irregolarità dell'impegno di spesa e per l'onerosità del servizio.

2. Con la decisione impugnata, il Tar della Campania, Salerno, ha accolto la domanda risarcitoria nei soli limiti dell'interesse negativo rigettandola nella parte relativa al comportamento dell'Amministrazione, data la legittimità degli atti adottati. È stata conseguentemente liquidata la somma di €3.500,00, a titolo di responsabilità precontrattuale, per avere la cooperativa confidato nella positiva conclusione del contratto, limitatamente alle spese sostenute per l'inutile partecipazione alla procedura concorsuale e le perdite subite da occasioni di guadagno alternative.

3. Fatta eccezione della responsabilità pre contrattuale, il Tar della Campania, ha sostanzialmente accolto le tesi del Comune, circa la eccessiva onerosità del nuovo contratto desunta dalla com-

parazione della delibera n. 5 del 20 marzo 2001 e la delibera n. 354 del 28 novembre 2001. Nella prima, si ipotizzava un intervento di assistenza domiciliare pari a lire 180.000.000 e nella seconda, si stabiliva una base d'asta di lire 1.914.900.000 per una attività triennale e quindi per una somma annuale pari a lire 638.300.000. Con il contratto del 7 novembre 2000, n. rep. 970, il Comune di Pagani aveva affidato alla cooperativa Fleming il servizio di assistenza domiciliare per gli anziani e i portatori di handicap per la durata di tre anni (sino al 9 gennaio 2002) e con un compenso annuo di Lire 332.800.000; il numero dei possibili fruitori del servizio era determinato in ottanta utenti per un monte orario complessivo di 16.640 ore. Con la delibera n. 5 del 20 marzo 2001, il Consiglio comunale, sulla base di indagini statistiche approfondite, aveva stimato in lire 180.000.000 il costo annuo dell'assistenza domiciliare per gli anziani, stimando in ottanta il numero potenziale massimo degli utenti (che, però, nel triennio 2000/2002, non aveva mai superato le quarantacinque unità). Diversamente dalle emersioni statistiche, con la deliberazione n. 354 del 2001, la Giunta comunale aveva approvato il nuovo capitolato speciale d'appalto per il servizio di assistenza domiciliare degli anziani, identico al precedente, nel quale il costo triennale del servizio a base d'asta, era determinato in lire 1.914.900.000, senza alcuna motivazione, quadruplicando il costo previsto nella deliberazione del consiglio comunale richiama-

ta, a fronte di un monte complessivo delle ore di servizio maggiorato di poco più del 50 per cento. In sostanza, il Comune, pur avendo constatato che il numero massimo degli utenti il servizio di assistenza nel triennio 2000/2002 non aveva mai superato le quarantacinque unità, con il nuovo capitolato aveva quadruplicato il costo a fronte di un incremento delle ore di servizio di circa il 50 per cento, vincolandosi a non ridurre il numero degli utenti e il relativo costo se non nei limiti del 20 per cento. Quindi, pur avendo accertato che il numero massimo di utenti non aveva mai superato le quarantacinque unità, il Comune si era obbligato a pagare il servizio per non meno di 60 utenti, quadruplicandone il costo a fronte di un incremento orario soltanto del 50 per cento.

4. Nel primo motivo di appello, che ripete i primi quattro motivi introduttivi, la cooperativa sostiene: (a) che aveva confidato nell'aggiudicazione dell'appalto siccome definitiva; (b) che il bando e l'aggiudicazione della gara erano legittimi e che il comune non poteva annullarli o revocarli d'ufficio, essendo l'assistenza agli anziani un'attività istituzionale dell'ente; (c) che in ogni caso l'autotutela del comune era stata illegittimamente esercitata e che tutti gli obblighi propri dell'aggiudicatario erano stati legittimamente adempiuti.

4.1. Nel punto 2 in diritto della sentenza di primo grado, la domanda risarcitoria è stata rigettata nella parte in cui presuppone l'illiceità del comportamento della stazione appaltante che a sua

volta trova il necessario fondamento nel pregiudiziale riscontro dell'illegittimità degli atti adottato.

4.2. La sentenza è da confermare solo parzialmente.

4.3. Muovendo dall'esame della seconda delle censure sopra riportate, non appare controverso che l'assistenza agli anziani ed agli handicappati rappresenti un compito istituzionale dell'ente ai sensi della normativa statale e regionale, né che i provvedimenti illegittimi per incompetenza della Giunta possano essere convalidati dal Consiglio comunale, né che gli impegni di spesa pluriennali non coperti negli esercizi successivi a quelli in cui sono stati deliberati possano essere regolati in base agli ordinari principi della contabilità pubblica.

4.4. Ciò che appare singolare anche all'adito Collegio ed è stato correttamente colto dai primi giudici, è lo stridente contrasto fra l'impegno di spesa contenuto nella delibera n. 5 del 20 marzo 2001 e quello ipotizzato nella delibera n. 354 del 28 novembre 2001, a fronte di condizioni obiettive nell'erogazione del servizio rimaste nel loro complesso analoghe. L'annullamento d'ufficio non appare pertanto difforme a precetti di logica, ove si pensi che il numero massimo di utenti non aveva mai superato le quarantacinque unità, mentre il Comune avrebbe dovuto accollarsi un servizio per non meno di sessanta utenti, quadruplicandone il costo, a fronte di un incremento orario del cinquanta per cento. Il punto

è stato correttamente colto dal tribunale amministrativo territoriale che ha ritenuto l'annullamento d'ufficio immune da censure.

4.5. Per ciò che attiene alla legittimità della autotutela demolitoria, oggetto della prima censura introduttiva del ricorso, ancora correttamente la sentenza di primo grado ha ritenuto ininfluenza accertare se il provvedimento fosse stato o meno adottato da un organo incompetente e fosse perciò suscettibile o meno di convalida oppure se l'aggiudicazione avesse o meno carattere provvisorio o definitivo. La legittimità, per questo aspetto, dell'azione amministrativa, trova causa diretta nella irrazionalità intrinseca dei provvedimenti annullati, che esponevano l'ente ad impegni di spesa del tutto sproporzionati con le esigenze che gli stessi erano destinati a soddisfare, in spregio ai canoni di efficienza e buona amministrazione.

4.6. E' però altrettanto ineccepibile il comportamento ambiguo tenuto dal comune, evidenziato dalla documentazione acquisita agli atti di causa. Nella delibera n. 91 del 30 dicembre 2002, è infatti evidente come il mutato atteggiamento del comune trovi causa nel mutamento nella compagine consiliare non più in linea con le modalità di gestione del servizio approvata dalla precedente amministrazione. Del resto, proprio nella comunicazione n. 35325 in data 3 dicembre 2002, diretta alla società, il responsabile alle politiche sociali, pur prospettando i motivi di contrasto delle determinazioni dell'ente relative alla nuova gara, ne prean-

nunciava la loro sottoposizione al Consiglio comunale “per la conservazione dell’atto nei limiti di legge.”

4.7. Pur concordando con la sentenza impugnata nei limiti in cui esclude l’illegittimità dell’autotutela demolitoria, appare al Collegio che l’atteggiamento tenuto dal comune successivamente all’aggiudicazione e durante l’iter di adozione dell’autotutela demolitoria, non escluda la sua responsabilità per avere indotto la Cooperativa Fleming a confidare in una possibile convalida dell’aggiudicazione. E non è parimenti da escludere che una più significativa partecipazione della Cooperativa stessa al procedimento successivamente instaurato dal Comune avrebbe potuto condurre ad una riduzione del contratto nell’ambito di una maggiore equità e conformità effettiva alle condizioni assistenziali in cui lo stesso era destinato ad operare, secondo quanto si afferma nel secondo motivo dell’appello che deve essere accolto entro i limiti e per le considerazioni suddette.

5. E’ conclusivamente ravvisabile una condotta colposa nel comportamento del comune, da valutare alla stregua della sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Corte di cassazione, essendo comunque stato leso l’interesse della Cooperativa alla prosecuzione della gara, ancorché la lesione trovi una parziale giustificazione nel carattere abnorme delle nuove condizioni di gara rispetto alle effettive condizioni in cui il servizio avrebbe dovuto essere reso.

5.1. Con precipuo riferimento il danno risarcibile, il Collegio ritiene pertanto equo quantificare nel 5% dell'ammontare a base d'asta fissato nell'offerta dell'appaltatore quanto dovuto a titolo di risarcimento ai sensi dell'art. 345 della legge n. 2248/1865, all.to F, oltre interessi e rivalutazione, per i comportamenti tenuti dal comune successivamente all'aggiudicazione definitiva della gara (punto "b" delle conclusioni dell'appello) e pertanto condannare il comune entro questi limiti al risarcimento di € 38.624,40 in favore della Cooperativa appellante.

5.2. Va invece rigettato il capo di domanda relativo al risarcimento per l'illegittimità dell'autotutela demolitoria (punto "a" delle conclusioni dell'appello), in quanto il comportamento del Comune ha trovato valide giustificazioni nella natura del provvedimento annullato.

5.3. Quanto alle spese sostenute per la partecipazione alle gara, quantificate dalla Cooperativa in € 12.820,00 (punto "c" delle conclusioni dell'appello), il Collegio ritiene che vadano riconosciute nella misura intera - oltre interessi e svalutazione monetaria - avendo la l'appellante comprovato di aver dovuto comunque prendere in affitto un nuovo immobile, per un canone complessivo triennale di €7.920,00 e di avere versato il premio per la stipula di polizza fidejussoria, a titolo di cauzione definitiva della gara d'appalto, pari a €1.400,00.

5.4. Le spese di giudizio (punto “d” delle conclusioni dell’appello) compensate nella precedente fase, possono esserlo compensate anche nella presente, tenuto conto della reciproca soccombenza.

6. In conclusione, l’appello deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione, con assorbimento degli ulteriori profili di censura. Va, per l’effetto, riformata la sentenza impugnata, per le ragioni e nei limiti sopra precisati.

6.1. La reciproca soccombenza è giustificato motivo per compensare integralmente tra le parti le spese processuali relative ad entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie parzialmente l’appello, nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 26 febbraio 2008, con l’intervento dei Signori:

Sergio Santoro

Presidente

Cesare Lamberti rel. est

Consigliere

Marco Lipari Consigliere

Marzio Branca Consigliere

Vito Poli Consigliere

L'Estensore

Il Presidente

f.to Cesare Lamberti

f.to Sergio Santoro

Il Segretario

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

14/01/09

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione

f.to Livia Patroni Griffi