

N. 00003/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01153/2012 REG.RIC.



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 Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1153 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Cooperativa sociale La Tortuga, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonello Parrilla, elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avv. Francesco Pullano, in Catanzaro, alla via Purificato, n. 18;

contro

Comune di Cassano All'Ionio, in persona del suo Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Grisolia, elettivamente domiciliato presso lo Studio dell'avv. Luigi Pallone, in Catanzaro, alla via Citriniti, n. 5;

nei confronti di

Cooperativa sociale Futura Lavoro, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

- della delibera della Giunta del Comune di Cassano All'Jonio del 6 settembre 2012, n. 81, avente ad oggetto un atto di indirizzo per affidamento servizio di *"assistenza agli alunni disabili della scuola dell'obbligo"*;
- di ogni atto preordinato, consequenziale e comunque connesso;
con i motivi aggiunti:
- della determinazione del responsabile del Settore Affari generali del Comune di Cassano All'Jonio del 5 novembre 2012, n. 1052;
- di ogni atto preordinato, consequenziale e comunque connesso;
nonché per il risarcimento del danno patito dalla ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cassano Allo Jonio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2015 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con deliberazione del 6 settembre 2012, n. 81, la Giunta del Comune di Cassano All'Jonio ha adottato un atto di indirizzo con il quale ha espresso la volontà di affidare alla Cooperativa sociale Futura Lavoro il servizio di assistenza agli alunni disabili della scuola dell'obbligo nell'ambito territoriale di competenza, demandando al responsabile del Settore Affari Generali il compito di adottare le determinazioni necessarie per dare l'avvio al servizio.

La scelta della Cooperativa sociale Futura Lavoro è stata dettata dal principio di rotazione, in quanto si erano proposte per l'affidamento del servizio solo la

cooperativa prescelta e la Cooperativa sociale La Tortuga, che però era stata già affidataria del servizio per l'anno precedente.

2. - La Cooperativa sociale La Tortuga ha impugnato d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'atto di indirizzo in questione, deducendo la violazione dell'art. 5 l. 8 novembre 1981, n. 381, che consente l'affidamento diretto alle cooperative sociali di appalti per la fornitura di beni o di servizi solo nel caso in cui esse siano iscritte nell'apposito albo regionale.

Ebbene, tale requisito non sarebbe stato posseduto dalla Cooperativa sociale Futura Lavoro.

Inoltre, sarebbe stato integrato il vizio dell'eccesso di potere, in quanto la Giunta comunale avrebbe adottato un metro di giudizio incoerente e disomogeneo.

Per tali ragioni, la cooperativa ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'atto impugnato e la condanna del Comune di Cassano All'Jonio al risarcimento dei danni.

3. - L'amministrazione comunale intimata si è costituita in giudizio deducendo la natura endoprocedimentale dell'atto di indirizzo approvato dalla Giunta comunale e sollevando, di conseguenza, l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso. Nel merito, ha dedotto che la Regione Calabria non ha istituito ancora l'albo regionale delle cooperative sociali, circostanza di fatto che avrebbe legittimato l'ente locale ad affidare direttamente il servizio alla Cooperativa sociale Futura Lavoro.

D'altro canto, la mancata istituzione dell'albo regionale comporterebbe che nemmeno la società ricorrente vi risulti iscritta, cosicché essa si troverebbe nelle medesime condizioni della controinteressata.

4. - Con ricorso per motivi aggiunti la Cooperativa sociale La Tortuga ha impugnato – per le medesime ragioni già illustrate – anche la successiva determinazione del Dirigente del Settore Affari Generali del Comune di Cassano

All'Udienza del 5 novembre 2012, n. 1053, con la quale è stata data attuazione all'atto di indirizzo della giunta.

5. - In vista dell'udienza pubblica fissata per la trattazione del merito del ricorso, la parte ricorrente ha depositato memorie con le quali – preso atto del completo espletamento del servizio – ha insistito affinché, accertata l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., si condannasse l'amministrazione comunale resistente al risarcimento dei danni.

Inoltre, in data 11 dicembre 2015 la Regione Calabria ha adempiuto all'ordinanza istruttoria pronunciata da questo Tribunale in data 7 marzo 2013, n. 279, e ha depositato una breve relazione corredata da documentazione.

All'udienza pubblica dell'11 dicembre 2015 le parti hanno insistito nelle rispettive conclusioni e il ricorso è stato spedito in decisione.

6. - Va premessa l'ammissibilità del ricorso principale.

E' stato infatti osservato in giurisprudenza che, sebbene l'atto di indirizzo non modifichi immediatamente la situazione giuridica dei destinatari finali, esso pone dei vincoli all'organo competente a provvedere, senz'altro rilevanti in ordine alla valutazione giudiziale del successivo esercizio del potere, ma — di norma — non tali da produrre lesioni dirette per le quali possa predicarsi l'onere dell'immediata impugnazione. Non può del pari escludersi che, ove la particolare natura delle prescrizioni e delle modalità d'azione prefigurate siano così stringenti da rendere ineluttabile l'effetto lesivo poi concretamente generato dall'atto attuativo, l'atto di indirizzo possa esso stesso porsi come fonte direttamente lesiva, risultando invero plausibile che la certezza di una futura modifica della situazione giuridica o la stessa capacità conformativa immediata dell'indirizzo vincolante possano, in concreto, risultare fattispecie idonee a radicare un interesse giuridicamente rilevante e processualmente spendibile (T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, 7 aprile 2011, n. 263).

Nel caso di specie, l'impugnata deliberazione della Giunta del Comune di Cassano All'Jonio ha provveduto ad individuare specificamente nella Cooperativa sociale Futura Lavoro il soggetto cui affidare il servizio di assistenza agli alunni disabili della scuola dell'obbligo. Nel fare ciò, essa ha conformato la successiva azione amministrativa rendendola, nella prospettiva della ricorrente, inevitabilmente lesiva per i suoi interessi.

Non a caso, la successiva determinazione del Dirigente del Settore Affari Generali – anch'essa puntualmente impugnata con motivi aggiunti - ha recepito l'indicazione della Giunta comunale, affidando l'incarico alla cooperativa sociale individuata dalla Giunta e pertanto attualizzando la lesione già provocata dall'atto di indirizzo.

7. - Nel merito, si osserva che, al fine di creare opportunità per i soggetti svantaggiati, l'art. 5 l. 8 novembre 1991, n. 381, nel testo applicabile *ratione temporis*, ha consentito agli enti pubblici di stipulare, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, convenzioni con le cooperative sociali 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'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

Condizione di tale affidamento è l'iscrizione di dette cooperative all'apposito albo istituito dalle Regioni.

7.1. - Nell'ambito della Regione Calabria, il combinato disposto dell'art. 131, lett. *n*), l.r. 12 agosto 2002, n. 34, e degli artt. 6 ss. l.r. 17 agosto 2009, n. 28, delinea un albo articolato su due livelli: le amministrazioni provinciali curano la tenuta dell'albo provinciale delle cooperative sociali; l'albo regionale risulta dall'aggregazione degli albi provinciali.

Per quel che qui interessa, dalla documentazione trasmessa dalla Regione Calabria in ottemperanza all'ordinanza istruttoria pronunciata da questo Tribunale risulta che la Provincia di Cosenza ha provveduto, con deliberazione del Consiglio provinciale del 20 marzo 2007, n. 8, a istituire l'albo provinciale delle cooperative sociali, cui il soggetto ricorrente risulta iscritto sin dal 2 agosto 2010.

7.2. - Va a questo punto evidenziata l'inesattezza dell'attestazione, prodotta in giudizio al Comune di Cassano all'Jonio e resa dal funzionario del Dipartimento 10 – Settore 1, Politiche del Lavoro in data 12 ottobre 2012, prot. SIAR n. 338968, dalla quale risulta la mancata istituzione dell'albo regionale

Infatti, poiché erano stati comunque istituiti gli albi provinciali delle cooperative sociali – di cui l'albo regionale rappresenta solo un'aggregazione -, era possibile dare concreta applicazione all'art. 5 l. 8 novembre 1991, n. 381.

L'inesattezza, nondimeno, non può aver inciso sulla determinazione della volontà del Comune di Cassano All'Jonio, in quanto l'attestazione *de qua* è posteriore all'atto di indirizzo assunto dalla Giunta comunale.

7.3. - Poiché non risulta che la Cooperativa sociale Futura Lavoro fosse iscritta all'albo delle cooperative sociali, ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a. deve essere accertata l'illegittimità dei provvedimenti oggetto di impugnativa, così come richiesto dalla ricorrente.

8. - La domanda di risarcimento del danno deve trovare accoglimento, in quanto si riscontra la presenza di tutti gli elementi integranti la fattispecie risarcitoria.

8.1. - Vi è, in primo luogo, l'accertata condotta illegittima dell'amministrazione.

Vi è la lesione, *non iure e contra ius*, dell'interesse al bene della vita vantato dalla ricorrente.

Infatti, laddove l'amministrazione avesse correttamente rilevato che la Cooperativa sociale Futura Lavoro non possedeva il requisito che – ai sensi dell'art. 5 l. 8 novembre 1991, n. 381 – gli consentiva di ottenere l'affidamento diretto del

servizio, il medesimo sarebbe stato affidato (con un livello di probabilità che al Collegio appare sufficiente ad soddisfare il criterio probatorio della preponderanza dell'evidenza: cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008 n. 576; Cass. Civ., Sez. III, 5 maggio 2009, n. 10285) alla ricorrente, che aveva formulato l'unica manifestazione di interesse alternativa a quella selezionata.

Vi è, infine, un nesso eziologico tra la condotta illegittima e la lesione.

8.2. - Ritiene, invece, il Collegio che non occorra anche che l'illegittima condotta dell'amministrazione debba anche essere qualificata come colposa.

Invero, trattandosi di un appalto di servizi sottratto all'applicabilità della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, non sono vincolanti per il giudice nazionale i principi sanciti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ha affermato che il diritto comunitario in tema di appalti osta ad una normativa nazionale che subordini il diritto al risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (CGUE, Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09, richiamata dai ricorrenti nel ricorso per motivi aggiunti; in precedenza CGUE, Sez. III, sentenza del 14 ottobre 2004, in causa C275/03).

Tuttavia, il Collegio ritiene che tali principi (di cui hanno fatto applicazione, più di recente, Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013 n. 1833; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5686; Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439; Cons. Stato, Sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 6000; T.A.R. Lazio –Roma, Sez. II, 11 settembre 2013, n. 8208, secondo cui l'art. 124 c.p.a. introdotto un'ipotesi di

responsabilità oggettiva) debbano trovare generale applicazione alla materia degli appalti pubblici (nel medesimo senso Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5685; T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. II, 17 dicembre 2011, n. 1616).

9. - Occorre, pertanto, accertare e liquidare i pregiudizi subiti dai ricorrenti.

9.1. - La prima voce in rilievo è il lucro cessante, che la cooperativa sociale ricorrente stima, anche sulla base della consulenza tecnica di parte depositata, nella misura di € 30.000,00.

Ritiene il Collegio che, nella determinazione di tale voce di danno, occorra tener conto dei seguenti elementi: *a)* il lucro cessante va individuato in quella parte di corrispettivo eccedente rispetto al costo dei fattori di produzione impiegati per l'erogazione della prestazione; *b)* nel caso di specie, il corrispettivo per la prestazione del servizio era stabilito nella misura di € 34.161,00; *c)* il fattore produttivo prevalente nella prestazione del servizio oggetto di affidamento, e cioè l'assistenza agli alunni disabili, è quello lavorativo; *d)* trattandosi di cooperativa sociale, il costo per l'acquisto del fattore produttivo del lavoro, è, di regola, più contenuto di quello che affrontano le imprese sul libero mercato.

Ai fini della quantificazione di tale ultimo dato, e cioè dell'incidenza dei costi per l'acquisto del fattore di produzione lavoro rispetto al valore della produzione, si rileva che dai bilanci degli anni 2011, 2012 e 2013, prodotti in giudizio dalla Cooperativa sociale La Tortuga, emerge che il valore della produzione è stato di € 828.847,00 nel 2010, di € 888.043,00 nel 2011, di € 776.428,00 nel 2012, di € 735.511,00 nel 2013; il costo per il personale è stato di € 537.390,00 nel 2010, di € 599.476,00 nel 2011, di € 626.586,00 nel 2012, di € 540.364, nel 2013. Dunque, il rapporto medio tra costo del fattore lavoro e il valore della produzione è stato del 71,63%.

Alla stregua di tali parametri, e tenuto conto dell'incidenza dei costi generali, si può affermare che, laddove il servizio di cui si discute fosse stato correttamente

affidato alla società ricorrente, il lucro che essa avrebbe ricavato dalla prestazione del servizio (dato dalla seguente operazione: valore dell'appalto – costi per l'acquisto del fattore di produzione del lavoro – costi per l'acquisto degli altri fattori di produzione - quota di incidenza dei costi generali) sarebbe stato quantificabile approssimativamente nel 20% del valore dell'appalto, e quindi nella misura di € 6.832,20.

9.2. - Ai fini risarcitori, tale importo va diminuito (nella misura, ritenuta equa, della metà) secondo il noto principio dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, per cui, onde evitare che, a seguito del risarcimento, l'impresa danneggiata possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio quanto percepito o quanto avrebbe potuto percepire grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681).

Infatti, l'onere di provare (l'assenza del) l'*aliunde perceptum vel percipiendum* grava non sull'amministrazione, ma sull'impresa: e ciò in ragione della presunzione, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che l'imprenditore normalmente diligente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma persegue occasioni contrattuali alternative, dalla cui esecuzione trae il relativo utile (Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279; cfr. anche la già citata sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681).

Nel caso in esame, tale prova non è stata data; anzi, la cooperativa sociale ricorrente nemmeno ha allegato di non aver potuto reimpiegare in altre attività remunerate le risorse professionali destinate alla prestazione dell'assistenza agli alunni disabili.

9.3. - E' dovuto, altresì, il risarcimento del danno curriculare.

Infatti, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio *curriculum* professionale; infatti, l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e al relativo incasso, posto che alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano indirettamente nocuenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operano su medesimo *target* di mercato, dichiarate, in modo illegittimo, aggiudicatarie della gara (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).

Tale danno non può che essere quantificato in via equitativa, nella misura che si reputa corretta di € 750,00 (si noti che nella giurisprudenza il danno curriculare viene liquidato in una misura variabile tra l'1% ed il 3% del lucro cessante: cfr. T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VIII, 11 ottobre 2012, n. 4058; T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 309; T.A.R. Sardegna, 21 giugno 2012, n. 628; T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 1279).

9.4. Il danno complessivo, al cui risarcimento deve essere condannato il Comune di Cassano All'Jonio, ammonta, dunque, ad € 4.166,10 [(€ 6.832,20/ 2) + € 750,00].

Trattandosi di debito di valore, su tale importo sono dovuti la rivalutazione secondo l'indice ISTAT dei prezzi al consumo (FOI) e gli interessi corrispettivi, da computarsi al saggio legale sulla somma annualmente rivalutata, con decorrenza dalla data di cristallizzazione del danno, da individuare nel giorno di stipula del contratto oggetto della procedura concorsuale, sino alla data di pubblicazione della presente sentenza.

10. - Le spese di lite seguono il principio della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per quanto di ragione e, per l'effetto:

a) accerta, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., l'illegittimità dei provvedimenti impugnati;

b) condanna il Comune di Cassano all'Ionio, in persona del suo Sindaco in carica, al pagamento, in favore della Cooperativa sociale La Tortuga, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, della somma complessiva di € 4.166,10, oltre a rivalutazione secondo l'indice ISTAT dei prezzi al consumo (FOI) e ad interessi corrispettivi, da computarsi al saggio legale sulla somma annualmente rivalutata, con decorrenza dalla data di stipula del contratto di affidamento del servizio sino alla data di pubblicazione della presente sentenza;

c) condanna il Comune di Cassano all'Ionio, in persona del suo Sindaco in carica, alla rifusione, in favore della Cooperativa sociale La Tortuga, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura complessiva di € 2.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre ad IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Nicola Durante, Consigliere

Francesco Tallaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2016

IL SEGRETARIO

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