

N. 00217/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00416/2015 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 416 del 2015, proposto da:
Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio Dalli
Cardillo, con domicilio eletto presso Lietta Calzoni, in Perugia, via Bonazzi, 9;

contro

Comune di Marsciano, rappresentato e difeso dagli avv. Barbara Bracarda e
Roberto Baldoni, con domicilio eletto presso Antonio Bagianti, in Perugia, p.zza
Michelotti, 1;

nei confronti di

Società Cooperativa Sociale ACTL, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Anelli,
con domicilio eletto presso Debora Spinelli in Perugia, via XIV Settembre 71;
Seriana 2000 Società Cooperativa Sociale;

per l'annullamento

previa suspensiva

- della determinazione n. 304 datata 08.05.2015 del Responsabile del Settore Servizi Sociali del Comune di Marsciano con la quale la procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare e di assistenza educativa scolastica ed extrascolastica per la durata di 18 mesi, a decorrere dalla stipula del contratto, veniva aggiudicata in via definitiva alla Società Cooperativa Sociale ACTL;
- dell'avviso prot. n. 603/2015 del 08.05.2015 relativo all'esito definitivo della procedura aperta *dequa*;
- della nota prot. n. 11713/2015 inviata dalla stazione appaltante alla Cooperativa Polis avente ad oggetto la comunicazione di cui all'art. 79, comma 5 bis, del T.U. 163/2006 ;
- dell'aggiudicazione provvisoria della procedura aperta in oggetto disposta al termine della seduta di gara del 06.05.2015 in favore della Società Cooperativa Sociale ACTL;
- dei verbali di gara del 06.03.2015, 07.03.2015, 09.03.2015, 14.03.2015, 16.03.2015, 19.03.2015, 27.04.2015 e 06.05.2015;
- della determinazione del Responsabile del Settore Servizi Sociali del Comune di Marsciano n. 123 del 05.03.2015 con la quale è stata nominata la Commissione giudicatrice;
- della determinazione del Responsabile del Settore Servizi Sociali del Comune di Marsciano n. 628 del 06.10.2014 avente ad oggetto l'indizione della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare e di assistenza educativa scolastica ed extrascolastica e l'approvazione della normativa di gara afferente alla suddetta procedura ad evidenza pubblica;
- per quanto occorrer possa nei limiti delle censure proposte nel presente ricorso, del bando di gara pubblicato all'Albo pretorio del Comune di Marsciano in data 07.10.2014, n. 1429 del Registro relativo alla procedura aperta per l'affidamento dei

servizi di assistenza domiciliare e di assistenza educativa scolastica ed extrascolastica;

- per quanto occorrer possa nei limiti delle censure proposte nel presente ricorso, del disciplinare della procedura aperta indetta dal Comune di Marsciano per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare e di assistenza educativa scolastica ed extrascolastica e dei relativi allegati (A, B, C e D offerta economica);

- per quanto occorrer possa nei limiti delle censure proposte nel presente ricorso, del capitolato speciale d'appalto per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare e di assistenza educativa scolastica ed extrascolastica del Comune di Marsciano;

- di tutti gli atti e provvedimenti dell'Amministrazione che hanno limitato il diritto di difesa della Cooperativa Polis;

- del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 86 del T.U. 163/2006 e del relativo verbale del 27.04.2015;

- del procedimento di verifica dei requisiti ex art. 48 del T.U. 163/2006 e dei relativi verbali ad oggi ignoti;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché ignoto;

- di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti, ancorché ignoti, nonché l'annullamento e/o decadenza e/o inefficacia del contratto, stipulato tra le parti anche nelle more del giudizio, con riserva, nel caso di impossibilità nel subentro nel servizio, di chiedere tutela risarcitoria per i danni subiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Marsciano e della Società Cooperativa Sociale ACTL;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2016 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe la Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale impugna tutti gli atti inerenti la procedura aperta indetta dal Comune di Marsciano per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare e di assistenza educativa scolastica ed extrascolastica per la durata di 18 mesi, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva alla Società Cooperativa Sociale ACTL.

La ricorrente, classificatasi al terzo posto, lamenta la lesione del proprio interesse strumentale alla riedizione della gara, deducendo quale motivo principale la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 del D.lgs. 165 del 2001, oltre che degli artt. 83 e 84 del predetto D.lgs., dell'art. 120 del d. P.R. 207 del 2010, unitamente ad eccesso di potere sotto diverso profilo.

Sostiene che la dott.ssa C. Morosin, membro esterno, non sarebbe stata preventivamente autorizzata all'assunzione dell'incarico da parte dell'Amministrazione di appartenenza, ovvero il Comune di Bastia Umbra; il nulla osta rilasciato il 6 marzo 2015 sarebbe successivo (seppur di un solo giorno) rispetto alla nomina della Commissione stessa da parte del Responsabile di Settore del Comune di Marsciano, con conseguente nullità dell'incarico conferito mediante la determinazione n. 123 del 5 marzo 2015.

Ad avviso della difesa della ricorrente, si ricadrebbe nel disposto dell'art. 53 comma 8, del D.lgs. 165 del 2001 che sanziona con la speciale nullità il conferimento di incarichi privi del previo nulla osta da parte dell'Amministrazione di appartenenza, e conseguente effetto invalidante su tutta l'attività di gara successiva ivi compresa l'aggiudicazione definitiva.

Si sono costituiti sia il Comune di Marsciano che la Società Cooperativa Sociale ACTL, chiedendo il rigetto del gravame, stante l'infondatezza di tutte le censure *ex adverso* dedotte, in sintesi evidenziando:

- la natura gratuita dell'incarico svolto dai componenti esterni della Commissione, risultando prevista la corresponsione di un mero rimborso delle spese documentate, con conseguente non applicabilità della sanzione della nullità;
- il nulla osta per incarico non retribuito è stato rilasciato solo ai fini di cui al comma 12, dell'art. 53 D.lgs. 165/2001, ovvero quale comunicazione al Dipartimento della Funzione Pubblica;
- l'avvenuto rilascio del nulla osta in ogni caso prima del compimento delle operazioni della commissione ovvero in tempo utile.

Alla camera di consiglio del giorno 8 luglio 2015, con ordinanza n. 84/2015 è stata motivatamente respinta l'istanza incidentale cautelare, ritenuta, ad un sommario esame, “- la natura “*prima facie*” gratuita dell'incarico di componente della commissione giudicatrice nominata con l'impugnata determinazione n. 123 del 5 marzo 2015, non incompatibile con la corresponsione di un mero rimborso spese;

- l'avvenuto rilascio, da parte delle Amministrazioni di appartenenza interessate, del nulla osta di cui all'art. 53 D.lgs. 165/2001 comunque prima dell'inizio delle operazioni della commissione, si da escludersi qualunque effetto viziante della determinazione 123 /2015 rispetto ai successivi atti del concluso procedimento di aggiudicazione inerente l'appalto del servizio di che trattasi; - l'insussistenza di un danno grave ed irreparabile, ritenuto prevalente nel bilanciamento dei contrapposti interessi quello all'affidamento del servizio oggetto della gara rispetto all'interesse strumentale azionato dall'odierna deducente”.

Con ordinanza n. 3456/2015 la V sez. del Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare della Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale, confermando l'ordinanza

dell'adito Tribunale, "non presentando il gravame profili di fondatezza di immediata percezione".

Il 21 luglio 2015, come documentato dalla difesa civica, è stato sottoscritto il contratto d'appalto tra l'Amministrazione comunale e l'odierna controinteressata.

Con successive memorie in vista della discussione nel merito la difesa della cooperativa ricorrente ha insistito per l'accoglimento del gravame, evidenziando come la determinazione del Comune di Bastia n. 206 sia stata rilasciata solo il 10 marzo 2015 e dunque successivamente sia alla determinazione n. 123/15 di nomina della commissione sia alla prima seduta della stessa, avvenuta il 6 marzo 2015.

All'udienza del 10 febbraio 2016, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. E' materia del contendere la legittimità della procedura aperta indetta dal Comune di Marsciano per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare e di assistenza educativa scolastica ed extrascolastica per la durata di 18 mesi, aggiudicata a titolo definitivo alla Società Cooperativa Sociale ACTL.

2.1. La ricorrente Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale, classificatasi al terzo posto, lamenta la lesione del proprio interesse strumentale alla riedizione della gara, deducendo in buona sostanza, quale principale motivo, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 del D.lgs. 165 del 2001.

Sostiene che la dott.ssa C. Morosin, membro esterno della Commissione esaminatrice, non sarebbe stata preventivamente autorizzata all'assunzione dell'incarico da parte dell'Amministrazione di appartenenza, ovvero il Comune di Bastia Umbra; il nulla osta rilasciato il 6 marzo 2015 sarebbe successivo (seppur di un solo giorno) rispetto alla nomina della Commissione stessa da parte del Responsabile di Settore del Comune di Marsciano, con conseguente nullità

dell'incarico conferito mediante la determinazione n. 123 del 5 marzo 2015, parimenti impugnata.

Ad avviso della difesa della ricorrente, si ricadrebbe nel disposto dell'art. 53 comma 8, del D.lgs. 165 del 2001 che sanziona con la nullità il conferimento di incarichi privi del previo nulla osta da parte dell'Amministrazione di appartenenza, e conseguente effetto invalidante su tutta l'attività di gara successiva ivi compresa l'aggiudicazione definitiva.

3. Non ritiene il Collegio di poter condividere l'assunto della difesa della ricorrente, frutto di una lettura formalistica della normativa di riferimento e degli atti di gara, finalizzata capziosamente alla "caccia all'errore".

3.1. Assume carattere dirimente in riferimento agli incarichi di componente la commissione giudicatrice della gara di che trattasi la comprovata natura non retribuita, si da escludere all'evidenza la speciale nullità codificata dall'art. 53 comma 8, del D.lgs. 165 del 2001.

Dalla lettura degli atti di gara emerge, infatti, che l'incarico alle dott.sse Morosin e Giglioni, rispettivamente dipendenti dei Comuni di Bastia Umbra e di Gualdo Cattaneo, è stato disposto mediante corresponsione di un mero rimborso delle spese documentate.

E' sufficiente al riguardo esaminare le note trasmesse via pec il 4 marzo 2015 tra le Amministrazioni interessate, la stessa determinazione n. 206 del 6 marzo 2015 del Responsabile del competente Settore del Comune di Bastia Umbra inerente la nomina della Commissione, nonché la determinazione n. 472 del 3 luglio 2015 del Responsabile dell'Ufficio Servizi Sociali del Comune di Marsciano con cui è stato assunto l'impegno di spesa per il rimborso chilometrico delle spese di trasporto sostenute dai commissari per gli spostamenti dal Comune di residenza al Comune di Marsciano.

3.2. Ai sensi dell'art. 53 comma 6, lett. d) del D.lgs. 165 del 2001 non si considerano retribuiti gli incarichi conferiti a dipendenti pubblici per i quali, tra l'altro, è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate. Tali incarichi, così come tutti gli altri delineati dal predetto comma 6, (tra cui la partecipazione a convegni e la collaborazione a giornali e riviste) risultano dunque esclusi dal prescritto regime autorizzatorio ed oramai liberalizzati - fermo naturalmente restando il rispetto da parte del dipendente pubblico dell'orario di servizio e degli ulteriori doveri - mentre può discutersi sulla sola permanenza o meno a carico del lavoratore di un mero obbligo di comunicazione all'Amministrazione di appartenenza, secondo un regime di fatto analogo a quello vigente in altri settori dell'ordinamento (vedi ad es. art. 6 d. P.R. n. 380 del 2001).

La norma, dal contenuto inequivocabile quanto alla non necessità di autorizzazione o nulla osta per gli incarichi per i quali è prevista la corresponsione di un rimborso spese, risulta peraltro coerente con il principio invalso anche nel nostro ordinamento civile che reputa non incompatibile con la gratuità della causa del contratto la corresponsione di un mero rimborso spese documentato (*ex multis* Cassazione civ. sez. III, 4 giugno 1997, n. 4976; id. sez. lav. 6 maggio 2010, n. 10974).

3.3. Tanto premesso, la nullità testuale di cui al comma 8 del citato art. 53 riguarda, all'evidenza, i soli incarichi retribuiti e non già quelli gratuiti (liberalizzati) ai sensi del comma 6, per i quali il nulla osta, ove ritenuto necessario, risulta al più finalizzato alla sola comunicazione al Dipartimento della Funzione pubblica, come condivisibilmente evidenziato dalla stessa difesa comunale, prevista dal successivo comma 12 (in questo caso) anche per gli incarichi conferiti a titolo gratuito, limitatamente ai propri dipendenti.

Ritiene il Collegio più corretto, in questi casi, ritenere dovuto non già un "nulla osta" il quale pur differisce in senso tecnico da un'autorizzazione, ma una mera

comunicazione all'ente di appartenenza ai fini degli adempimenti in tema di anagrafe degli incarichi.

3.4. Anche volendo attribuire alla norma valore di nullità in senso tecnico e non di illegittimità/annullabilità, è quasi superfluo rilevare la necessità di accertare con il massimo rigore la sussistenza dei relativi presupposti, in considerazione che la nullità del provvedimento ha nel sistema carattere eccezionale, presentandosi nel diritto amministrativo le categorie della nullità e annullabilità quali vizi che inficiano un atto giuridico costituente manifestazione di volontà in relazione invertita rispetto alle omologhe figure vevoli per i negozi giuridici di diritto privato (*ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671).

4. Ma anche a voler aderire, per mera ipotesi, alla tesi della ricorrente circa la natura non gratuita dell'incarico, è altrettanto documentato agli atti come il nulla osta dell'Amministrazione di appartenenza della dott.ssa Morosin sia comunque intervenuto il 6 marzo 2015 cioè prima dell'inizio delle operazioni concorsuali da parte della Commissione (iniziate alle ore 12,10 dello stesso giorno) ovvero in tempo ampiamente utile a soddisfare lo scopo della norma (T.A.R. Lombardia 7 marzo 2013, n. 614, in termini anche Consiglio di Stato sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3043) si da escluderne ogni capacità invalidante.

Sul punto, non ha pregio la tesi della difesa della ricorrente secondo cui il suddetto nulla osta sarebbe intervenuto soltanto il 10 marzo 2015, come si desumerebbe dalla data indicata nel corpo della medesima determinazione n. 206 del 6 marzo 2015; dalla copia depositata in giudizio si evince come la data di perfezionamento dell'atto sia quella del 6 marzo, risultando la diversa data del 10 marzo apposta a lato del frontespizio con ogni probabilità riferita alla data di rilascio della copia conforme all'originale; alla data del 6 marzo 2015 la determinazione doveva dirsi dunque immediatamente efficace (*ex multis* T.A.R. Puglia Bari sez. I, 18 febbraio

2004, n. 611; T.A.R. Veneto sez. II, 26 marzo 2007, n.938; T.A.R. Campania - Salerno sez. I, 19 luglio 2005, n.1285) non comportando alcun impegno di spesa.

5. Ne consegue, all'evidenza, la pretestuosità delle doglianze dedotte, specie nell'attuale contesto normativo volto al ripudio dell'eccessivo formalismo degli oneri documentali per la partecipazione alle gare d'appalto (*ex multis* T.A.R. Lombardia sez. I, 31 marzo 2014, n. 848) non legati alla tutela degli interessi presidiati dall'art. 46 comma 1-bis del D.lgs. 163/2006 e s.m., a sua volta correlato al più ampio principio di "strumentalità delle forme" (*ex multis* T.A.R. Sardegna sez. I, 19 settembre 2014, n. 725) e di "*utile per inutile non vitiatur*" (T.A.R. Campania Napoli sez. III, 4 novembre 2015, n. 5107) ovvero di conservazione dell'attività amministrativa codificato anche dall'art. 21-octies della legge 241 del 1990.

6. Parimenti prive di pregio risultano le ulteriori doglianze di violazione del Codice contratti pubblici e relativo Regolamento attuativo, con particolare riferimento all'art. 120.

La mancata previsione all'atto della nomina della Commissione della determinazione del compenso spettante ai membri esterni, a tacer d'altro, risulta compatibile e anzi coerente con la dimostrata gratuità dell'incarico, limitata come detto alla corresponsione di un mero documentato rimborso spese, come da impegno successivamente assunto con determinazione n. 472 del 3 luglio 2015.

7. Per i suesposti motivi il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Marsciano e della controinteressata Società Cooperativa

Sociale ACTL, in misura di 2.000,00 (duemila//00) euro ciascuno, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2016

IL SEGRETARIO

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