

Pubblicato il 22/08/2023

N. 07915/2023REG.PROV.COLL.
N. 06544/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (**Sezione Quinta**)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6544 del 2019, proposto da

Prisma s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina, 48;

contro

Comune di Piano di Sorrento, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Erik Furno, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Enrico Califano in Roma, piazza dei Consoli, 11;

nei confronti

Cooperativa Sociale il Canguro Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Di Stasio, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 2214/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Piano di Sorrento e della Cooperativa Sociale il Canguro Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2023 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Di Stasio e Nobile, in dichiarata delega di Furno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Campania la società cooperativa impugnava il bando, pubblicato sull'Albo pretorio del Comune di Piano di Sorrento in data 2 novembre 2017, avente ad oggetto “assegnazione in locazione dell'immobile di proprietà comunale ubicato in Piano di Sorrento, alla via San Liborio” e relativi allegati, unitamente alla delibera di Giunta n. 195 del 3 ottobre 2017, avente ad oggetto: “Asilo Nido San Liborio – Indirizzi” con cui era stata approvata la proposta di gara per la “sola locazione”

dell'immobile di proprietà comunale *“alla luce della conseguente semplificazione dell'occorrente procedura di gara”*.

La volontà dell'amministrazione di concedere in locazione il bene immobile di sua proprietà veniva esplicitata nella determina a contrarre (d.G.C. n. 195 del 2017), nella quale l'Ente locale, dopo aver dato conto dell'annullamento della precedente determinazione dirigenziale (n. 512 del 17) avente ad oggetto l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica per la gestione del servizio di asilo nido, decideva di procedere con la gara in questione.

Ai fini della partecipazione alla procedura, il bando (art. 9) richiedeva il possesso, in capo ai soggetti interessati, *“dei requisiti previsti dall'art. 83 e ss. d.gs. 50/2016 e per i quali non sussistano clausole di esclusione previste dall'art. 80 dello stesso”*.

A sostegno del proprio interesse al gravame, la ricorrente deduceva, in via preliminare, che le presunte gravi anomalie connotanti la gara in esame, sin dalla adozione della determina a contrarre, le avrebbero impedito di prendervi parte, sia in ragione della mancata pubblicità alla procedura nei termini prescritti dal Codice dei contratti pubblici, sia per l'evidente confusione ingenerata dall'amministrazione resistente con riferimento alla errata individuazione dell'oggetto della gara.

Nel merito, affidava l'impugnazione a due motivi di gravame.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Piano di Sorrento concludeva per l'infondatezza del ricorso.

Con motivi aggiunti depositati il 15 gennaio 2018, la ricorrente altresì impugnava la determinazione n. 614 del 14 dicembre 2017 con la quale il responsabile del 3° Settore del Comune di Piano di Sorrento aveva aggiudicato il contratto di locazione dell'immobile comunale con vincolo di destinazione.

Si costituiva a tal punto anche l'aggiudicataria "Il Canguro" s.c.a.r.l.

Con sentenza 19 aprile 2019, n. 2214, il giudice adito respingeva il ricorso introduttivo e dichiarava inammissibili i motivi aggiunti.

Avverso tale decisione Prisma s.c.p.a. interponeva appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in iudicando ed in procedendo con riferimento alla corretta qualificazione del contratto di locazione. Motivazione illogica ed insufficiente [per violazione e falsa applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, con riferimento al mancato rispetto delle disposizioni relative alle procedure di scelta del contraente previste per i c.d. "settori ordinari" (artt. 59 e ss. d.lgs. n. 50/2016). Violazione dei doveri di buon andamento (art. 97 Cost.) Eccesso di potere per sviamento, per violazione del principio di imparzialità, trasparenza e non discriminazione. Ingiustizia manifesta].*

2) *Error in iudicando con riferimento alla errata individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie in esame [per violazione e falsa applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, con riferimento agli obblighi di pubblicità (artt. 72 e 30, d.lgs. n. 50 del 2016). Violazione degli art. 2, comma 2 e art. 3, comma 1, punto b) del d.m. 2 dicembre 2016. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, con riferimento ai criteri di selezione del contraente (artt. 80 e 83 e ss. d.lgs. n. 50 del 2016). Violazione della L.R. 23 ottobre 2007 n. 11 (art. 44). Violazione dell'art. 95, comma 10bis, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti. Motivazione illogica. Ingiustizia manifesta]. Motivazione illogica ed insufficiente.*

Il Comune di Piano di Sorrento si costituiva in giudizio, concludendo per l'infondatezza dell'appello.

Anche la cooperativa "Il Canguro" si costituiva, parimenti chiedendo la reiezione del gravame, siccome infondato.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 4 maggio 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata nella parte in cui ha ritenuto corretta la scelta del Comune di Piano di Sorrento di non indire un'ordinaria procedura di gara per l'affidamento del servizio di asilo nido

comunale (secondo le regole dell'evidenza pubblica), limitandosi invece a concedere in locazione l'immobile a ciò destinato secondo le ordinarie regole di diritto privato, peraltro gravando detto compendio di un vincolo di destinazione all'utilizzo esclusivo per lo svolgimento di detta attività di rilievo pubblicistico.

Così facendo, secondo l'appellante, sarebbe stata elusa l'applicazione delle norme imperative del *Codice dei contratti pubblici* poste a tutela della concorrenza e della trasparenza dell'azione amministrativa, con conseguente illegittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati nel primo grado di giudizio.

Diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, Prisma s.c.p.a. non avrebbe chiesto al giudice amministrativo di sostituirsi – con il proprio giudizio – alle valutazioni discrezionali di competenza dell'amministrazione nella scelta della procedura di gara, bensì di procedere – in applicazione del principio *iura novit curia* – ad una riqualificazione in fatto ed in diritto della fattispecie concreta. Ciò in quanto spetta comunque al giudice – d'ufficio – ricercare, in concreto, gli elementi che qualificano giuridicamente il rapporto sostanziale dedotto in giudizio, al di là del *nomen iuris* utilizzato e/o della prospettazione delle parti.

Nel caso in esame, evidenzia l'appellante, se è indubbio che astrattamente rientra nelle facoltà dell'Ente locale stipulare un contratto di locazione mediante il quale si obblighi a far godere

al conduttore un immobile di proprietà pubblica, in concreto occorrerà però verificare, alla luce delle finalità in concreto perseguite con il ricorso allo schema negoziale privatistico, la legittimità nel suo complesso dell'operazione: in particolare, la mancanza di una corretta procedura competitiva circa l'assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico (come nel caso in esame) introdurrebbe una barriera all'ingresso del mercato, determinando la lesione dei principi comunitari di concorrenza e libertà di stabilimento (in termini Cons. Stato, V, 27 luglio 2016, n. 3380; V, 31 maggio 2011, n. 3250).

Il motivo è fondato.

Va preliminarmente evidenziato che sull'immobile in questione grava un vincolo di utilizzazione.

La stazione appaltante aveva infatti imposto al futuro conduttore *“di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di cui agli indirizzi forniti dall'Amministrazione comunale con D.G.M n. 195/17 [...]”*, ossia *“di utilizzare l'immobile [...] per realizzare il servizio di Asilo nido e le attività ad esso correlate [...] assumendo appieno il rischio d'impresa che deriva dall'esercizio dell'attività per cui il Prestatore si aggiudica la sola locazione dell'immobile e non l'affidamento del servizio”*; a sua volta, il conduttore *“si impegna[va] altresì a provvedere alla manutenzione completa e complessiva dell'area esterna di pertinenza della struttura”*.

Il medesimo immobile aveva del resto beneficiato, nell'ottobre 2017, di un'erogazione di fondi pubblici proprio – e solo – per la gestione di un asilo comunale al suo interno, per un importo di oltre 300.000,00 euro: deve quindi ritenersi, in ragione di tali oggettive evidenze, che l'obiettivo effettivamente perseguito dal Comune non fosse quello di concedere in locazione un immobile di sua proprietà, bensì di assicurarsi la gestione del servizio (di asilo nido comunale) che avrebbe dovuto essere svolto in tali locali.

Ciò trova implicita conferma nell'onere – altrimenti non comprensibile – del conduttore di presentare (busta n. 3) una specifica proposta progettuale per le attività e/o progetti da svolgersi nel predetto immobile, prevedendo per essa l'assegnazione di uno specifico punteggio (pari a ben quaranta punti, contro i sessanta previsti per la valutazione dell'offerta economica) proprio per la gestione del servizio pubblico del servizio di asilo nido, con connesso rischio di gestione a totale carico del conduttore.

A volersi poi considerare anche il valore complessivo dell'operazione negoziale, risulta dagli atti che quello (presuntivo) dell'affidamento per l'Asilo nido di proprietà comunale, per l'intera sua durata, era stato stimato in complessivi euro 785.306,05, a fronte di un valore della locazione pari a (soli) 27.000,00 euro all'anno: è dunque evidente, anche sotto il profilo economico, l'assoluta preponderanza del servizio.

Ciò premesso, ritiene il Collegio di dover confermare l'indirizzo (*ex multis*, Cons. Stato, V, 26 ottobre 2016, n. 4476) secondo cui solamente la disponibilità contrattuale di locali per un periodo di tempo determinato può qualificarsi come locazione in senso proprio, laddove “*Tale situazione non ricorre allorché invece questa detenzione è strettamente collegata ad un servizio che concretizza una serie prestazioni nient'affatto “accessorie” o “complementari”*”, come giustappunto quella su cui si controverte: il contratto stipulato dal Comune di Piano di Sorrento andava dunque correttamente qualificato quale concessione di servizio pubblico, rispetto alla quale la detenzione dell'immobile concesso in locazione risultava residuale.

In questi termini non è conferente l'obiezione per cui Prisma s.c.p.a., pur essendo a conoscenza del bando di gara, avrebbe liberamente scelto di non partecipare alla relativa procedura – con ciò venendo meno il suo interesse all'impugnazione – atteso che l'interesse al gravame dell'odierna appellante risiede, in modo evidente, nell'ottenere l'affidamento del servizio di Asilo nido comunale in esito ad una gara alla quale vengano ammessi solo operatori economici all'uopo qualificati, proprio per evitare effetti distorsivi della concorrenza.

Ne consegue l'illegittimità della procedura seguita dall'amministrazione, strutturata nei termini di un invito ad offrire secondo lo schema di cui all'art. 1989 Cod. civ., dovendo trovare applicazione le disposizioni del d.lgs. n. 50 del

2016 per le gare sopra soglia comunitaria (artt. 59ss.) e non già l'art. 17, comma primo, lett. a) del medesimo decreto, relativo a “*l'acquisto o la locazione, [...] di beni immobili [...]*”.

Dall'accoglimento del primo motivo di appello discende, per logica conseguenza, l'accoglimento pure del secondo.

Con esso la società Prisma deduce che dall'erronea qualificazione della fattispecie in esame in termini di contratto “attivo” determina la violazione delle regole ad evidenza pubblica che disciplinano la concessione di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, in particolare con riferimento agli obblighi di pubblicità; alla richiesta dei requisiti tecnici/economici e professionali di partecipazione; nonché ai criteri di redazione e valutazione delle offerte tecniche necessarie ad assicurare la buona e regolare gestione del servizio oggetto di affidamento.

Invero, come bene evidenzia la stessa appellante, l'amministrazione comunale aveva sì indetto una gara formalmente (solo) per concedere in locazione l'unità immobiliare di sua proprietà, la quale era però destinata e vincolata in via esclusiva all'uso di “*Nido e Micronido d'Infanzia*”, sì che tale servizio veniva in tal modo a costituire il vero obiettivo della procedura, così *in primis* violando – essendosi il Comune limitato all'affissione nell'Albo pretorio – le forme di pubblicazione prescritte per le procedure di gara sopra soglia comunitaria.

Inoltre nel bando di gara nulla era stato detto con riferimento ai criteri tecnici per la redazione delle proposte progettuali, criteri che a rigore avrebbero dovuto guidare l'operatore economico nella formulazione della proposta progettuale meglio rispondente alle esigenze dell'amministrazione (limitandosi il bando – *recte*, il suo allegato C – ad indicare i criteri di attribuzione del punteggio relativo al servizio di gestione dell'Asilo nido: peso attribuito agli “accordi di rete” max 10 punti e peso attribuito alle proposte migliorative max 30 punti): orbene, premesso che neppure viene specificato cosa realmente si intenda con l'accezione “*accordi di rete*”, va detto che a mancare sembra in primo luogo essere lo stesso progetto tecnico richiesto dall'amministrazione.

Neppure emerge, con la dovuta evidenza, che il Comune abbia ritenuto di procedere all'esito di una adeguata valutazione dei requisiti tecnico-professionali ed economici delle offerte.

Alla luce dei rilievi che precedono l'appello va dunque accolto, con conseguente reiezione dell'originario ricorso di primo grado.

La particolarità delle questioni esaminate giustifica peraltro, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto accogliendo, in riforma della

sentenza impugnata, il ricorso originariamente proposto da

Prisma s.c.p.a.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO