

Massima: *aggiudicazione tempi e prezzi diversi - Il servizio, pertanto, era stato strutturato dall'inizio come di importo calibrato e calibrabile sulla reale situazione che si sarebbe venuta a creare dopo le iscrizioni dei bambini.*

Sentenza T.A.R. Campania n. 4428 del 30/08/2019



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1635 del 2019, proposto da Raggio di Sole Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocatura comunale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici siti in Napoli, p.zza Municipio, P.zzo San Giacomo;

per l'annullamento

a) della determinazione del Comune di Napoli – 8[^] Municipalità, n. 1 del 22.3.2019 nella parte in cui ha aggiudicato alla Coop. Raggio di Sole il servizio di servizio nido/micro-nido relativamente al prolungamento orario di servizio nido/micro-nido a gestione diretta (CIG 74768950F2) ovvero solo laddove rivede al ribasso la durata del servizio e l'importo di soli € 66.620,01;

- Ove e per quanto lesiva, della nota del Comune di Napoli – 8[^] Municipalità, n. PG/2019/300369 dell'1.4.2019;

-Ove e per quanto lesiva, della nota del Comune di Napoli – 8^ Municipalità PG/2019/352404 del 16.4.2019;

- Ove e per quanto lesiva, della nota del Comune di Napoli – 8^ Municipalità, PG/2019/311910 del 4.4.2019;

-Ove e per quanto lesiva, della nota del Comune di Napoli – 8^ Municipalità PG/2019/321571 dell'8.4.2019;

- Ove e per quanto lesiva, della nota del Comune di Napoli – 8^ Municipalità PG/2019/294815 del 29.3.2019;

- del bando di gara del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla Stazione appaltante con particolare riferimento all'art. 1 del disciplinare di gara e agli artt. 2, 3 e 4 del CSA;

- ove e per quanto lesivi, degli ulteriori atti presupposti, consequenziali e connessi con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;

-nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi dalla odierna ricorrente per effetto dell'illegittimo operato del Comune Di Napoli da determinarsi, anche in via equitativa, secondo la specifica che ci si riserva di depositare in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2019 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con ricorso notificato il 19 aprile 2019 la Raggio di Sole soc. cooperativa sociale onlus (in seguito: Raggio di Sole oppure la Cooperativa) ha impugnato la determinazione del Comune di Napoli – 8^ Municipalità, n. 1 del 22 marzo 2019 nella parte in cui ha aggiudicato alla Coop. Raggio di Sole il servizio di servizio nido/micro-nido, relativamente al prolungamento orario di servizio nido/micro-nido a gestione diretta (CIG 74768950F2) ovvero solo laddove rivede al ribasso la durata del servizio e l'importo di soli € 66.620,01

La Cooperativa, infatti, in qualità di operatore economico operante stabilmente nel settore della gestione di asili nido e della prestazione di servizi per l'infanzia, ha partecipato alla procedura di gara negoziata bandita dal Comune di Napoli nel 2018 attraverso il sistema MePa, per l'affidamento del servizio nido/micro-nido relativamente al prolungamento orario di servizio nido/micro-nido a gestione diretta nel territorio della 8^ Municipalità di Napoli).

Si trattava di un servizio relativo all'anno scolastico 2018/2019 del valore complessivo di € 501.006,95 da aggiudicarsi secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

La Raggio di Sole era risultata miglior offerente ma era stata esclusa all'esito di un procedimento di verifica dell'anomalia, tempestivamente impugnato davanti a questa Sezione e deciso favorevolmente con la sentenza n. 356 del 23 gennaio 2019, alla quale il Comune ha ottemperato con la nota del 22 marzo 2019, di aggiudicazione del servizio alla società odierna ricorrente.

Trattandosi, tuttavia, di aggiudicazione per un tempo ed un importo (€66.620,01 a fronte di un valore a base d'asta pari ad € 501.006,95 ed un valore aggiudicabile -al netto del ribasso praticato in gara- pari ad €462.178,91) limitati, la Cooperativa ha impugnato il provvedimento chiedendo altresì l'aggiudicazione per l'intero valore del contratto di servizio e per l'intera durata del servizio aggiudicato, ovvero, in alternativa, il risarcimento per equivalente dei danni cagionati dall'illegittimo operato del Comune di Napoli.

2. Il ricorso è stato affidato ad un unico complesso motivo:

Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 4, 30, 35, 95, 97, D.lgs. 50/2016, Art. 97 Cost.) – Violazione e falsa applicazione di lex specialis (artt. 1, 2, 3 del Capitolato speciale di appalto, artt. 1, e 2 del Disciplinare di gara) – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Elusione ovvero violazione di giudicato – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Difetto di motivazione.

La ricorrente contesta le ragioni addotte dal Comune a base della aggiudicazione per l'importo rideterminato, molto più basso di quello messo a base d'asta, ossia da un lato il minor numero di bambini (72) iscritti al nido rispetto a quelli preventivati dalla *lex specialis* (165), dall'altro la necessità di rimodulare la durata dell'appalto da Aprile 2019 al 30 Giugno 2019.

A parere della Cooperativa si tratterebbe di motivazioni non idonee a sorreggere l'illegittimo provvedimento di aggiudicazione per un importo inferiore a quello a base d'asta.

In primo luogo, infatti, il minor numero di bambini iscritti se può giustificare l'attivazione del servizio in misura ridotta (in quanto l'art. 4 del Capitolato stabilisce che il numero di educatori da impiegare varia in base al numero dei bambini che fruiscono del servizio) non può però determinare che la Stazione appaltante aggiudichi il servizio per un importo differente rispetto a quello a base di gara, e ciò in forza dell'art. 35 comma 4 del d.lgs. 50/2016.

Inoltre, la Cooperativa insiste sia sulla necessità di consentire la riapertura delle iscrizioni sia sulla contestazione alla rimodulazione della durata temporale del servizio, che non potrebbe passare da 8,5 mesi (come da Capitolato) a 3 mesi, posto che la causa di tale diminuzione di durata è collegata all'illegittimo operato della stazione appaltante che ha illegittimamente escluso la ricorrente dalla procedura di gara, come accertato da questa Sezione (sentenza n. 356 del 23 gennaio 2019) e quindi, in via risarcitoria, avrebbe dovuto garantirle la durata (e l'importo) iniziali, in forza dell'oggetto della procedura di gara è non sarebbe lo svolgimento del servizio in sé, ma il "contratto pubblico" inteso come diritto a svolgere per un determinato periodo di tempo un determinato servizio.

Secondo la Raggio di Sole, non vi sarebbero circostanze ostative contenute nel bando di gara, la proroga soddisferebbe ragioni di tipo economico e imprenditoriale del tutto in linea con la natura della gara e sarebbe conforme al Programma Nazionale per i Servizi di Cura all'Infanzia e agli anziani non autosufficienti (PNSCIA) approvato con provvedimento prot. n. 1764 dell'1.4.2019 del Ministero dell'Interno, che ha prorogato tale programma al 2020.

In ogni caso, la ricorrente ha impugnato l'art. 1 del disciplinare di gara e l'art. 2 del CSA laddove interpretati così come fatto dalla Stazione appaltante (impossibilità, quale che ne sia la ragione, di far svolgere il servizio oggetto di causa decorso il termine del 30.6.2019).

3. In via subordinata, la ricorrente ha chiesto il risarcimento per equivalente dei danni causati dalla decisione dell'Amministrazione resistente, da determinarsi in corso di causa, anche in via equitativa tenuto conto del danno emergente, del lucro cessante, della perdita di chance e del pregiudizio curricolare.

Il danno scaturisce dalla situazione creatasi all'indomani della sentenza di questa Sezione pubblicata il 23 gennaio 2019 e quindi la richiesta rispetta il termine dell'art. 30 c.p.a.

4. Si è costituito il Comune di Napoli, chiedendo il rigetto del ricorso in forza delle disposizioni del Capitolato di gara che consentono la riduzione del termine di durata dell'appalto e in generale la rimodulazione delle clausole in caso di ridotto numero di iscrizioni.

Ha altresì evidenziato che la mancata aggiudicazione *ab origine* è stata determinata anche dall'ordinanza cautelare di questa Sezione n.1462 dell'11 ottobre 2018, che non aveva accolto l'istanza di sospensione avanzata dalla Cooperativa.

In ordine alla richiesta di postergazione ad un momento successivo, il Comune ha ribadito che l'appalto in questione era stato programmato per una sola volta con stanziamento inserito unicamente nel bilancio 2018 e 2019, e che la mancata previsione di una possibile proroga non consentiva all'ente di disporla autonomamente.

Il Comune ha altresì illustrato la sequenza procedimentale successiva alla pubblicazione della sentenza n.356/2019, che legittimava l'aggiudicazione alla Raggio di Sole, sottolineando che la nota PG/2018/300369 del 1 aprile 2019, con cui veniva richiesto all'aggiudicatario di far conoscere la propria accettazione della determinazione del 2 marzo 2019 e dell'importo rideterminato sulla base delle clausole previste dal capitolato ed accettate in fase di presentazione di offerta, era rimasta priva di riscontro.

In sostanza, secondo il Comune, le successive interruzioni dell'iter procedimentale per addivenire alla stipula sarebbero frutto del comportamento della Cooperativa, resti ad inviare documenti completi nonostante le richieste del Comune, con particolare riferimento alla cauzione.

Da qui la negazione di ogni responsabilità in ordine al presunto ritardo e alla negligenza contestata dalla ricorrente.

5. Alla camera di consiglio fissata l'8 maggio 2019 per la discussione dell'istanza cautelare, la difesa di parte ricorrente ha chiesto abbinamento al merito rinunciando all'istanza sopra indicata.

6. All'udienza del 19 giugno 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Va ricordato che la gara in questione era stata indetta con determinazione n.4 del 7.5.2018, I.G. n.636 del 10.5.2018 e che nel Capitolato speciale d'appalto e nel disciplinare di gara è stata prevista la durata, da ottobre 2018 a giugno 2019, a decorrere dall'avvio delle attività per un periodo massimo di 8.25 mesi, comunque non oltre il termine del 30 giugno 2019, attesa la conclusione entro tale data delle attività del Programma Nazionale Servizi di cura all'infanzia e l'autorizzazione del Ministero dell'Interno-Programma Nazionale Servizi di cura all'infanzia e agli anziani non

autosufficienti-Autorità di Gestione all'aggiornamento del cronoprogramma di spesa dell'intervento con durata dal mese di ottobre 2018 fino al 30 giugno 2019.

7.1. Orbene, nel Capitolato speciale d'appalto (in atti) sono contenute le disposizioni che legittimano l'operato del Comune sulla riduzione della durata e dell'importo, in forza delle vicende giudiziarie che hanno riguardato la gara in questione.

L'art. 2 del Capitolato stabilisce che “ eventuali ritardi nell'inizio delle attività, conseguenti alle occorrenti procedure amministrative, non potranno a nessun titolo essere fatti valere dall'organismo aggiudicatario.” Inoltre che “ in caso di prestazioni di servizio di durata inferiore a quella prevista nel periodo di affidamento per obiettive esigenze sopravvenute , sia in fase di avvio sia in fase di svolgimento, rispetto ai presupposti in base ai quali si è provveduto all'affidamento, l'aggiudicatario *non potrà avanzare alcuna richiesta risarcitoria di nessun genere, neanche di mancato utile, né potrà ricorrere alla risoluzione del contratto.*”

L'art. 3 a sua volta, nel predeterminare l'importo complessivo massimo presunto dell'affidamento, stabilisce altresì che “ detto importo ha valore indicativo in dipendenza della durata dell'appalto, della particolare tipologia e necessità dell'utenza e nello specifico con riferimento alla richiesta dell'utenza medesima di avvalersi del servizio a domanda individuale di cui al presente capitolato nonché alla conseguente composizione dei moduli in base al rapporto educatore/bambini.”

L'art. 4, dopo aver minuziosamente ripartito le risorse per i vari nidi della Municipalità e aver calcolato il numero di bambini iscrivibili in base alle risorse stanziare, precisa che “ la stazione appaltante si riserva di variare il numero dei bambini previsto per l'effetto di impossibilità sopravvenuta, anche per eventuale indisponibilità delle sedi, ad ospitare il numero di utenti programmato e/o delle iscrizioni e delle frequenze ai nidi/micro- nidi per l'anno scolastico di Municipalità 8 riferimento; inoltre si riserva di variare il numero previsto di bambini e la distribuzione tra le fasce di età (lattanti, semi divezzi e divezzi) in base agli iscritti ai nidi/micro-nidi e alle effettive esigenze e nel limite degli educatori programmati, nel rispetto dei prescritti rapporti educatore/bambini. La stazione appaltante si riserva, ancora, in base alle *effettive iscrizioni dei bambini raccolte ed alla frequenza degli stessi alle attività oggetto dell'appalto*, di diminuire il numero degli alunni e, *quindi, ridurre l'importo dell'affidamento* in funzione della riduzione delle prestazioni, nei limiti strettamente necessari ad assicurare il rispetto dei rapporti educatore/bambini fissati dal predetto Catalogo dei servizi residenziali, semiresidenziali, territoriali e domiciliari.

La stazione appaltante si riserva, infine, di non procedere all'attivazione del servizio in una o più strutture, qualora non si registrino sufficienti iscrizioni per la formazione di almeno un gruppo di bambini in rapporto ad un educatore.”

7.2. Orbene, dalla lettura congiunta e coordinata delle disposizioni sopra riportate, emerge chiaramente che la gara d'appalto prevedeva l'assegnazione di un servizio che sin dall'origine era considerato come potenzialmente variabile, in ragione di fattori (quale quello del numero di iscrizioni, chiaramente incerto) che non era possibile predeterminare se non quanto al limite massimo ma non a quello minimo.

Il servizio, pertanto, era stato strutturato dall'inizio come di importo calibrato e calibrabile sulla reale situazione che si sarebbe venuta a creare dopo le iscrizioni dei bambini.

A tal fine, l'art. 4 aveva già previsto che l'Amministrazione avesse la possibilità di diminuire il numero degli alunni in base alle *effettive iscrizioni* e quindi, ridurre l'importo dell'affidamento in funzione della riduzione delle prestazioni.

Per la stessa ragione, il servizio poteva non essere attuato in alcune strutture laddove il numero di iscrizioni non fosse stato sufficiente.

In sintesi, esso non era strutturato come servizio in perdita, posto che, a differenza di altri appalti nei quali il completamento del servizio stesso è coesenziale al corretto svolgimento dell'attività, nel caso concreto, stante le oggettive caratteristiche del prodotto offerto all'utenza, vi era una corrispondenza biunivoca tra servizio e risposta dell'utenza, nel senso che era previsto un rapporto prestazione/pagamento del tutto basato sulle effettive iscrizioni.

L'importo dell'appalto era dunque, e senza dubbio, un importo configurato *ab origine come variabile* senza possibilità di contestazione: chi ha partecipato alla gara, per l'importo massimo di 501.006,95 euro, ha accettato le clausole che consentivano la riduzione dell'importo contrattuale in ragione della misura del servizio reso, misura collegata esclusivamente al numero delle iscrizioni e alla durata dell'appalto.

Ciò si desume anche dall'art. 1 del Disciplinare di gara nel quale è testualmente previsto che “ gli importi a base di gara per ciascun lotto hanno *un valore indicativo* in dipendenza della durata dell'appalto, della particolare tipologia e necessità dell'utenza scolastica di avvalersi del servizio a domanda individuale di cui al presente disciplinare e dell'articolazione oraria prescelta nonché alle conseguenti quote di compartecipazione degli utenti e alla composizione dei moduli in base al rapporto educatore”.

7.2.1. Va da sé che è del tutto legittima la riduzione di importo operata dal Comune, peraltro motivata nel provvedimento con il richiamo agli artt. 3 e 4 del CSA e con il riferimento oggettivo alla circostanza del ridottissimo numero di adesioni in esito alle iscrizioni con scadenza il 20 febbraio.

È vero che, come si legge nel provvedimento, “la definizione della procedura di affidamento non ha reso possibile l'affidamento del servizio dal mese di ottobre 2018 e fino al presente provvedimento”, ma è altrettanto vero che la decisione del Comune era del tutto vincolata ai contenuti dell'ordinanza di questa Sezione n.1462/2018 depositata l'11 ottobre 2018, con la quale è stata respinta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato dalla società ricorrente, che quindi è rimasto valido e produttivo di effetti sino al deposito della sentenza.

7.3. E' del tutto inconferente, inoltre, il riferimento all'art. 35 comma 4 del d.lgs. 50 del 2016.

Tale disposizione, lungi dall'aver il significato che la parte gli attribuisce nel corpo del ricorso, è inserita all'interno dell'articolo che riguarda le soglie comunitarie e quindi “il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture”, basato “sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”, riguarda il valore dell'appalto ai fini della individuazione della soglia e non è corretto utilizzarlo per dedurre che una volta messo un importo a base d'asta quell'importo debba essere necessariamente erogato: se l'oggetto dell'appalto lo prevede, è del tutto corretto che venga corrisposta la somma parametrata alla prestazione erogata, anche se inferiore alla somma iniziale.

7.4. Anche sotto il profilo della rideterminazione della durata, così come richiesta dalla ricorrente e negata dal Comune, la decisione appare immune da vizi.

Il servizio aveva una durata predeterminata (art. 2 del CSA) da ottobre a giugno, trattandosi di servizio finanziato per un determinato anno scolastico e con finalità precise.

Così come chiarito in relazione alla rideterminazione dell'importo erogabile, il fattore temporale era uno di quelli (unitamente al numero di iscrizioni) valutati per il calcolo dell'importo complessivo erogabile, partendo dal presupposto che la base d'asta rappresentava il costo massimo sostenibile in funzione sia del numero di utenti (di per sé non conoscibile) sia della durata del servizio, a sua volta ancorata al numero di iscrizioni.

Se dunque il servizio non è partito ad ottobre, come previsto, ciò non significa che debba prolungarsi: la durata era circoscritta ad un periodo definitivo e con esigenze precise, e non era procrastinabile nel tempo, stante la già illustrata natura mirata del servizio finanziato.

Detto in altro modo, una volta stabilita l'esigenza massima per la quale il Comune assicurava la copertura, sia gli importi che la durata erano in funzione della situazione di fatto che si sarebbe determinata con le iscrizioni: a fronte di nessuna iscrizione il servizio non sarebbe comunque partito, e ciò non avrebbe determinato lo slittamento della durata ai mesi successivi al giugno 2019; semplicemente, si sarebbe comunque concluso a giugno e pagato per gli importi corrispondenti alle iscrizioni effettuate.

7.4.1. Non si vede dunque la differenza con la situazione venutasi a creare per effetto dei provvedimenti giudiziari che hanno riguardato la gara d'appalto, e che hanno ritardato l'avvio del servizio anche in ragione del ridotto numero di iscrizioni.

La pretesa di parte ricorrente di vedersi corrisposto l'importo a base d'asta per la durata di 8 mesi è dunque priva di fondamento normativo e non trova alcun supporto nella *lex specialis* di gara.

8. Quanto sopra illustrato esclude la fondatezza della richiesta di risarcimento del danno per equivalente avanzata dalla Cooperativa.

Il Comune non è stato in alcun modo negligente nell'avvio del servizio nei confronti della ricorrente, in forza della mancata sospensione, da parte del giudice amministrativo, del provvedimento di revoca dell'originaria aggiudicazione.

Per quanto concerne le fasi successive alla sentenza di accoglimento del gennaio 2019, è stato ampiamente dimostrato in giudizio, da parte dell'ente, di aver riavviato immediatamente il procedimento relativo all'aggiudicazione e di aver invano sollecitato la Raggio di Sole al completamento della documentazione necessaria per la stipula del contratto.

Pertanto, non solo non si ravvisano profili di negligenza o colpa, ma è evidente che la mancata collaborazione dell'impresa interessata ha ulteriormente ritardato l'avvio della presa in carico del servizio, per quanto ridotto in ragione del numero di iscrizioni.

L'impresa ha altresì rinunciato all'istanza cautelare in discussione all'8 maggio 2019.

Parimenti, nessun profilo di colpa può leggersi nel comportamento del Comune in relazione al numero di adesioni al servizio: in alcun modo è dimostrato, neppure in via presuntiva, che le ridotte iscrizioni (o meglio, le iscrizioni inferiori al numero previsto *ab origine*) siano state determinate dalla vicenda processuale o da azioni addebitabili al Comune sotto il profilo della responsabilità.

Inoltre, i documenti di gara erano chiari nello stabilire che le imprese partecipanti rinunciavano a richiedere risarcimenti collegati alla ridotta durata del servizio (vedi ultimo cpv art. 2 CSA” In caso di prestazioni di servizio di durata inferiore a quella prevista nel periodo di affidamento per obiettive esigenze sopravvenute , sia in fase di avvio sia in fase di svolgimento, rispetto ai presupposti in base ai quali si è provveduto all'affidamento, l'aggiudicataria non potrà avanzare alcuna richiesta risarcitoria di nessun genere, neanche di mancato utile, né potrà ricorrere alla risoluzione del contratto”).

9. Il ricorso va quindi respinto.

La peculiarità della vicenda consente la compensazione delle spese processuali, con contributo unificato a carico della parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese come da motivazione.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Barbara Cavallo

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo