

Pubblicato il 19/01/2021

N. 00158/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01028/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1028 del 2019, proposto dall'Istituto di Vigilanza “-OMISSIS-S.r.l.”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Vuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, largo Plebiscito 6;

contro

Comune-OMISSIS-, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesta Iorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione:

- a) - della determina n.-OMISSIS-, del Responsabile Politiche Sociali e Culturali del Comune-OMISSIS- recante “-OMISSIS-- litoranea marina-OMISSIS-”;
- b) - dell'avviso pubblico approvato con la determina di cui sopra sub a) per “-OMISSIS-OMISSIS-”, in una all'avviso pubblico, afferente la stessa selezione,

pubblicato all'Albo Pretorio online il -OMISSIS-, che prevede la data-OMISSIS- per la presentazione della domanda di partecipazione alla selezione;

c) - della delibera di Giunta Comunale n. -OMISSIS-;

d) - della delibera di Giunta Comunale n. -OMISSIS-;

e) - della delibera di Giunta Comunale n. -OMISSIS-;

f) - nonché di ogni altro atto anteriore, presupposto, connesso e consequenziale che comunque possa ledere gli interessi della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune-OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2021 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale, con discussione orale da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.L. n. 28/2020, conv. L. n. 70/2020;

1. -OMISSIS-S.r.L. ha proposto ricorso per l'annullamento previa sospensione:

a) della determina n. -OMISSIS-, del Responsabile Politiche Sociali e Culturali del Comune-OMISSIS- recante “-OMISSIS-- litoranea marina-OMISSIS-”; b) dell'avviso pubblico approvato con la determina di cui sopra sub a) per “-OMISSIS-OMISSIS-”, in una all'avviso pubblico, afferente la stessa selezione, pubblicato all'Albo Pretorio online il -OMISSIS-, che prevede la data -OMISSIS- per la presentazione della domanda di partecipazione alla selezione; c) della delibera di Giunta Comunale n. -OMISSIS-recante ad oggetto “-OMISSIS-”; d) della delibera di Giunta Comunale n. -OMISSIS-recante ad oggetto “-OMISSIS-”; e) della delibera di Giunta Comunale n. -OMISSIS-.

Si è costituito il Comune-OMISSIS-, chiedendo il rigetto del ricorso.

2. Con il primo, secondo, terzo e quinto motivo di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente, -OMISSIS-S.r.L. ha lamentato il vizio di carenza o

comunque di insufficienza della motivazione della determina n.-OMISSIS-, nel punto in cui è stato deciso di ricorrere al Terzo Settore e non ad una gara aperta agli operatori economici con fine di lucro, e comunque il difetto del requisito di gratuità del servizio; secondo parte ricorrente l'amministrazione resistente non avrebbe motivato in ordine ai presupposti per l'indizione di una gara limitata al terzo settore, non illustrando i presupposti e le ragioni della preferenza di tale scelta rispetto all'apertura della gara a operatori con fine di profitto, anche considerando che in realtà il servizio non sarebbe a titolo gratuito.

Tali doglianze non sono tuttavia fondate. Occorre evidenziare l'oggetto del servizio oggetto della gara. In particolare, il Comune-OMISSIS- ha disposto, a propria cura, la realizzazione di una spiaggia attrezzata comunale destinata a persone con disabilità, e ha deciso di affidare, con gara limitata ad operatori del terzo settore, solo il relativo servizio di gestione della spiaggia attrezzata per disabili. Ciò premesso, in linea con gli indirizzi stabiliti fin dalla delibera della Giunta n. -OMISSIS-, l'oggetto della gara è precisamente delimitato nell'alveo dello scopo non lucrativo: il gestore deve assicurare l'accesso alla struttura balneare e a tutti i suoi servizi in modo gratuito alla persona con disabilità e al suo accompagnatore, mentre solo gli ulteriori accompagnatori della persona con disabilità, quindi gli eventuali accompagnatori che si aggiungano al primo, sono tenuti al pagamento della quota di ingresso al prezzo di euro cinque. Inoltre è prevista la gratuità dell'assistenza socio sanitaria del disabile in acqua. E' evidente che tale indicazione sulla gratuità degli accessi del disabile e del suo accompagnatore, nell'ottica della funzione sociale dell'oggetto della gara, elide eventuali prospettive di guadagno, mentre la possibilità di percepire i ricavi del servizio di ristorazione (servizio meramente opzionale per gli avventori) è funzionale solo alla copertura dei costi. Inoltre, è espressamente previsto che il Comune-OMISSIS- non verserà alcun corrispettivo al gestore del servizio. Il servizio oggetto di gara dunque non ha carattere lucrativo.

Ciò premesso, dal complesso degli atti impugnati emerge che l'amministrazione resistente ha congruamente motivato in merito alla scelta dell'affidamento con gara aperta ad operatori del terzo settore. Occorre infatti considerare il particolare servizio, consistente nell'assicurare la fruizione della balneazione a persone disabili le quali, in mancanza di strutture appositamente attrezzate, non potrebbero beneficiarne; di qui la necessità di prestare il servizio con una spiaggia a loro specificamente dedicata, a prescindere dalla remunerazione, e, dato il fine prettamente sociale, senza alcuno scopo non lucrativo. Lo scopo non lucrativo meglio assicura infatti la prestazione dello specifico servizio per cui è causa, il quale deve essere sganciato dal fine lucrativo che potrebbe condizionarne il livello di prestazione. Inoltre, l'affidamento con selezione aperta a imprese del terzo settore meglio si concilia con la gratuità del servizio nei termini sopra descritti e con l'assenza di corrispettivo a carico del Comune. Tali elementi sono considerati nella motivazione degli atti impugnati. Nella impugnata determina n. -OMISSIS-sono specificate le prestazioni gratuite richieste all'affidatario del servizio, ed è indicato nella motivazione che le organizzazioni del terzo settore hanno un ruolo di rilievo in materia di progettazione di interventi innovativi e sperimentali, per cui è stato preferito affidare il servizio ad imprese del terzo settore; tale determina inoltre richiama espressamente i principi di partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale, nonché il canone costituzionale di sussidiarietà, da intendersi nell'accezione orizzontale, in termini di perseguimento di finalità sociali tramite la valorizzazione di soggetti privati, tra cui appunto gli operatori del terzo settore. Nella citata determina inoltre è specificato che la scelta di svolgere una gara destinata ad operatori del terzo settore è *«in grado di offrire la migliore soluzione progettuale del servizio richiesto e le migliori condizioni tecniche per la successiva realizzazione delle attività»*. Peraltro, coerentemente con tali intendimenti, nella delibera della Giunta n.-OMISSIS-è stato deciso di affidare ai Servizi Sociali di elaborare

l'avviso per garantire la gestione della spiaggia attrezzata per persone con disabilità. Tali motivazioni sono contenute anche nell'avviso di gara, il quale, tra l'altro, specifica che *«le organizzazioni del terzo settore hanno un ruolo di rilievo in materia di progettazione di interventi innovativi e sperimentali, ai sensi dell'art. 7 del d.p.c.m. 30 marzo 2001 e che la co-progettazione si sostanzia in un accordo procedimentale di collaborazione che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale»*. Dal complesso degli atti impugnati emerge quindi che la scelta di affidare il servizio con una gara aperta agli operatori del terzo settore è stata motivata sulla considerazione che le finalità solidaristiche e di utilità sociale si conciliano meglio con l'attività svolta dagli operatori no profit piuttosto che con le finalità di lucro perseguite dagli ordinari operatori economici.

Quindi i motivi di ricorso in esame sono infondati.

3. Con il quarto motivo di ricorso -OMISSIS-S.r.L. ha lamentato che non sussistono i presupposti per l'utilizzo dello strumento della co-progettazione, scelto nell'avviso di gara, affermando che non potrebbe operare nella fattispecie in esame.

Anche il motivo in esame è infondato. La co-progettazione è infatti un istituto previsto appositamente per l'affidamento di servizi e attività ad operatori del terzo settore. L'art. 55 d.lgs. 117/17 infatti prevede che la co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, con la specificazione che l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi

generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner. Peraltro la scelta dello strumento della co-progettazione operata dall'avviso di gara si pone nel solco della programmazione operata dall'amministrazione resistente: la delibera della Giunta n. -OMISSIS-, contenente gli indirizzi e la programmazione per l'organizzazione dell'attività balneare, premettendo che l'amministrazione comunale si è sempre attivata per l'erogazione di appositi servizi in favore delle persone con disabilità, ha deciso la realizzazione, ad opera del Comune, di una spiaggia attrezzata per disabili, con affidamento del solo servizio di gestione all'esito di gara da espletarsi, ed ha deciso altresì la gratuità del servizio nel senso sopra chiarito; la successiva delibera della Giunta n.-OMISSIS-ha espresso indirizzi in linea con quanto stabilito nella delibera n. -OMISSIS-, e ha dato mandato ai Servizi Sociali di elaborare l'avviso per garantire la gestione della spiaggia attrezzata per persone con disabilità, con i descritti caratteri di gratuità; di conseguenza il Responsabile dei Servizi Sociali, con determina n. 251/19, richiamando le delibere di Giunta n. 126 e 209 del 2019, ha deciso di indire una gara per il servizio di gestione della spiaggia attrezzata per persone disabili, con i requisiti della gratuità, ed affidamento con gara aperta agli operatori del terzo settore, con lo strumento della co-progettazione, scelto quale strumento più idoneo alla soddisfazione delle esigenze individuate dall'organo di indirizzo con le citate delibere di Giunta.

Dunque anche il quarto motivo di ricorso deve essere respinto.

4. Con il sesto motivo di ricorso, -OMISSIS-S.r.L. ha lamentato che l'avviso approvato con la determina n. -OMISSIS-sarebbe stato poi emendato da un successivo avviso pubblicato il -OMISSIS- contenente la previsione delle domande di partecipazione entro la data-OMISSIS-(in luogo della scadenza del 5.7.2019 risultante dal precedente avviso), ma l'ulteriore avviso non sarebbe stato

preceduto da una nuova determina, e sarebbe stato pubblicato solo sul sito istituzionale del Comune-OMISSIS-.

Tuttavia non emerge un interesse personale, concreto e attuale di -OMISSIS-S.r.L.. Infatti il ricorrente lamenta che la selezione sia destinata solo agli operatori del terzo settore (qualità che -OMISSIS-S.r.L. non possiede), e quindi lamenta di non poter partecipare alla luce del tipo di selezione prescelta in luogo di gara aperta alle imprese con scopo di lucro. Insomma, a monte -OMISSIS-S.r.L. contesta l'indizione della gara; ne consegue che non emerge l'interesse del ricorrente (che comunque non potrebbe partecipare in quanto non avente la qualità di operatore del terzo settore) a contestare la sostanziale riapertura dei termini operata dal secondo avviso (con ampliamento della platea dei concorrenti operatori del terzo settore) o l'asserita mancanza di idonea pubblicità del secondo avviso (con asserita restrizione della partecipazione degli operatori del terzo settore eventualmente interessati).

Oltre tale assorbente rilievo, va osservato che il motivo di ricorso sarebbe comunque infondato. Infatti parte ricorrente sostiene che il secondo avviso avrebbe semplicemente emendato il primo, desumendosi che non vi è stato un cambiamento sostanziale tale da richiedere una nuova determina. In secondo luogo, il secondo avviso, per stessa ammissione di -OMISSIS-S.r.L., risulta comunque pubblicato sul portale internet del Comune-OMISSIS-, per cui una forma di pubblicità diffusiva è stata assicurata, né parte ricorrente ha precisato quale altra pubblicità sarebbe stata necessaria.

5. Dunque il ricorso di -OMISSIS-S.r.L. è respinto.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, e condanna -OMISSIS-S.r.L. al pagamento delle

spese di lite in favore del Comune-OMISSIS-, liquidandole in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare enti e persone.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite “*Microsoft Teams*”):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.