

Publicato il 19/01/2022

N. 00044/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00522/2021 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 Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 522 del 2021, proposto da

- Filef Basilicata società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati Franco Del Monte, Giuseppe Faggella, con domicilio digitale in atti;

contro

- Regione Basilicata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Anna Carmen Possidente, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale dell'Ente, in Potenza, alla via Verrastro n. 4, e domicilio digitale in atti di causa;

nei confronti

- Le Rose di Atacama associazione di promozione sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria di ATS con APS Polis Matera società cooperativa sociale e Dafne società cooperativa sociale, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Paolo Galante, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Potenza, alla via Maratea n. 8, e domicilio digitale in atti di causa;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia;

- della determinazione dirigenziale n. 35 del 6 agosto 2021;
- dei verbali della commissione di gara nn. 2, 3, 4, 6;
- di ogni altro atto, comunque connesso a quelli dianzi indicati, ancorché non conosciuto, lesivo della sfera giuridica della ricorrente;
- per la declaratoria di inefficacia della convenzione *ex* art 121, comma 1, cod. proc. amm., con espressa richiesta di immediato subentro nella stipulata convenzione e condanna al risarcimento dei danni per equivalente causati e causandi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata e della controinteressata;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022, il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi;

Uditi per le parti i difensori presenti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Filef Basilicata società cooperativa sociale (di seguito anche solo Filef), con atto depositato il 5 novembre 2021, è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'affidamento alla ATS tra Le Rose di Atacama a.p.s., Polis Matera società cooperativa sociale e Dafne società cooperativa sociale, a seguito di istruttoria pubblica finalizzata all'individuazione di soggetti del terzo settore, la co-progettazione e la gestione dei "Progetti Supreme Italia e Supreme Più", deducendo in diritto, da più angolazioni, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

2. La Regione Basilicata, costituitasi in giudizio, ha concluso per il rigetto del ricorso per infondatezza.

2.1. A speculare approdo è pervenuta l'odierna controinteressata, del pari costituitasi in giudizio.

3. All'esito della camera di consiglio del 6 ottobre 2021, con ordinanza n. 205 del 2021, l'incidentale istanza cautelare è stata rigettata per la ritenuta carenza di "*fumus boni iuris*", avuto riguardo alla sua possibile irricevibilità, rilevata d'ufficio, in ragione della doverosa applicazione del rito speciale, e dei termini, di cui al combinato disposto degli articoli 87, 119 e 120 cod. proc. amm..

4. All'udienza pubblica del 12 gennaio 2021, previo deposito di scritti difensivi, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e l'affare è transitato in decisione.

5. Il ricorso, nella parte in cui contempla un'azione di annullamento, è irricevibile, venendo in considerazione atti delle procedure di affidamento, così rientrando nel novero di quelli contemplati dall'art. 119, co. 1, lett. a), e 120, cod. proc. amm., disciplinante il c.d. "*rito abbreviato*".

5.1. Il ricorrente ha diffusamente sostenuto che la fattispecie sarebbe regolata dal **codice del terzo settore**, e che in ogni caso non si sarebbe in presenza di una procedura di affidamento a titolo oneroso, di modo che troverebbe applicazione il rito ordinario.

Ritiene diversamente il Collegio come nel caso di specie si sia pianamente svolto un confronto concorrenziale, cui hanno partecipato, in posizione antagonista, due prestatori d'opera, e che è stato effettuato per scegliere, sulla base di regole prestabilite, chi avrebbe effettuato un'articolata serie di servizi in favore dell'Amministrazione proponente, di cui la "coprogettazione" in *partnership* che pur viene presentata come dato saliente nel bando, è solo un profilo, ovvero una modalità di svolgimento.

Anche lo schema di convenzione versata in atti di causa da parte resistente, per il suo contenuto, appare riconducibile all'ambito dei "contratti pubblici", e cioè dei «contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto

l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti» (art. 3, comma 1, lett. *dd*) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Depongono in tal senso gli articolati servizi che si impegna a svolgere l'aggiudicataria, elencati all'art. 6 (servizi coprogettati), nonché il carattere oneroso della convenzione, tipico dell'appalto di servizi, posto che le prestazioni svolte dall'affidataria vengono compensate, come previsto all'art. 7 (corrispettivo e cofinanziamento) sebbene nei limiti degli oneri economici da questa sopportati, e dunque senza utile: ma l'esclusione di un utile è tutt'altro dalla gratuità, cioè dall'assenza di una controprestazione.

Sul punto, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, cui qui si dà continuità, «come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione “a titolo oneroso”, un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (così, in motivazione sub § 29, Corte giustizia UE, grande sezione, 19/12/2012, n. 159, causa C-159/11): un contratto non può cioè “esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto» (Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014). Per tale secondo profilo, inoltre, lo stesso avviso, all'art. 8 (costi e risorse finanziarie della procedura), conferma la previsione di specifiche risorse da attribuire agli affidatari per la co-progettazione, l'organizzazione e la gestione in partenariato degli interventi e dei servizi di cui trattasi.

Del resto, che tale convenzione sia sussumibile nel novero dei contratti pubblici è risultato che pare essere stato presupposto dalla stessa ricorrente che, non a caso, ha domandato la declaratoria di inefficacia della convenzione medesima, ai sensi dell'art 121, comma 1, cod. proc. amm., disposizione quest'ultima, appunto applicabile ai contratti pubblici stipulati all'esito di procedure d'affidamento di cui all'art. 120 dello stesso codice.

5.1.1. In ragione di quanto innanzi ritenuto, ai sensi del co. 2 dell'art. 119 cod. proc. amm., i termini processuali ordinari, ivi compreso quello per il deposito del ricorso, sono dimezzati.

Ne consegue la tardività, nel caso di specie, del deposito del ricorso, avvenuto il 5 novembre 2021, a fronte della sua notificazione il 20 ottobre 2021, oltre lo spirare del termine dimezzato di quindici giorni.

5.2. Tardiva risulta anche la domanda di condanna al risarcimento del danno, in applicazione di quanto disposto dall'art. 32, n. 1, del cod. proc. amm., che assoggetta le azioni tra loro cumulate e soggette a riti diversi al termine di cui al ripetuto art. 119, co. 2, dello stesso codice.

Invero, parte ricorrente ha presentato, in via cumulativa, domanda di risarcimento danni unitamente a quella di annullamento del provvedimento impugnato, trovando così applicazione la disposizione di cui innanzi, la quale, proprio nei casi contemplati dal titolo V del libro IV del codice, ovvero nei giudizi di cui agli articoli 119 e 120, accorda prevalenza alla disciplina acceleratoria dettata dai riti speciali, in deroga alla regola generale (*ex multis*, T.A.R. Basilicata 12 novembre 2019, n. 829; *id.*, 7 giugno 2014, n. 370; Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 5191; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 5 dicembre 2012, n. 526).

5.2.1. Fermo quanto innanzi, la domanda risarcitoria risulterebbe comunque infondata, non essendo stata fornita la prova alcuna del c.d. "danno curriculare", ed essendo comunque la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., pure invocata dalla deducente, ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno (Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 4803), ovvero di presupposti qui non riscontrabili.

5.3. Non sussistono, infine, a giudizio del Collegio, gli estremi per il riconoscimento dell'errore scusabile, non ravvisandosi una situazione normativa obiettivamente ambigua o confusa, o uno stato di obiettiva incertezza per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma, per la

particolare complessità della fattispecie concreta, per l'esistenza di contrasti giurisprudenziali o per un comportamento dell'Amministrazione idoneo, perché equivoco, a ingenerare convincimenti non esatti (Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2016, n. 1927).

Infatti, la parte ricorrente invoca, a sostegno della richiesta di rimessione in termini, la decisione dell'Adunanza Plenaria (n. 22 del 2016) con la quale sono state appunto chiarite e risolte le incertezze derivanti da una controversa elaborazione giurisprudenziale in ordine ai termini processuali che la parte ha mancato di rispettare, statuendo che le controversie riguardanti le procedure di affidamento dei servizi in concessione rientrano nel perimetro applicativo del rito speciale dettato dagli artt. 119 e 120 c.p.a.. E' quindi evidente che, se per un verso con tale sentenza è stata riconosciuta la sussistenza dei presupposti per la concessione del beneficio di cui all'art. 37 c.p.a. nel periodo anteriore, il carattere eccezionale del rimedio in questione (confermato dalla medesima pronuncia) è ostativo ad una applicazione generalizzata dell'istituto nel caso qui in esame, a cinque anni di distanza dalla soluzione dei contrasti giurisprudenziali in materia.

6. In definitiva, il ricorso va dichiarato nel complesso irricevibile.

7. Sussistono i presupposti, in ragione delle peculiarità e della definizione in rito della controversia, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate, fermo restando il contributo unificato a carico della parte ricorrente.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022, coll'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore

Paolo Mariano, Referendario

L'ESTENSORE
Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE
Fabio Donadono

IL SEGRETARIO