

N. 01622/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00991/2011 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 991 del 2011, proposto da:

Impresa Edile Cimiteriale di Faccendini Natalia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandra Clerici e Tiziano Ugoccioni, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, Via Boccaccio 19

contro

Comune di Sedriano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Bonamassa, con domicilio eletto presso lo stesso in Milano Via Visconti Venosta, 2

nei confronti di

Futura Società Cooperativa Sociale;

per l'annullamento

- della delibera di Giunta comunale n. 171 del 22.12.2010, nonché

per la declaratoria di nullità dell'eventuale contratto sottoscritto tra il Comune di Sedriano e la controinteressata Futura Società Cooperativa Sociale, relativo all'affidamento del servizio di cura e manutenzione del cimitero comunale e alla concessione di opere in esclusiva per il periodo 1.1.2011-31.12.2011, di ogni altro atto comunque denominato ed ancorché non noto che sia presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché per il risarcimento del danno subito per la perdita di *chance* da quantificarsi in corso di giudizio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sedriano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 16.10.2008 il Comune resistente ha indetto asta pubblica per l'affidamento del "servizio di cura e manutenzione del cimitero comunale e concessione delle opere in esclusiva". L'oggetto dell'appalto era quindi ripartito in due categorie di servizi, le

prestazioni in esclusiva (ex art. 6 "foglio patti e condizioni"), retribuite dai privati in base ad un elenco prezzi, e la manutenzione e cura del cimitero (ex art. 11 cit.), il cui corrispettivo (€ 20.000) era versato direttamente dall'Amministrazione. Il predetto appalto è stato aggiudicato alla controinteressata, con scadenza al 31.12.2010.

Con il provvedimento impugnato l'Amministrazione ha affidato in via diretta, ex art. 5 della L. n. 381/91, entrambi i predetti servizi alla controinteressata, per il periodo 1.1.2011 – 31.12.2011.

Con un unico articolato motivo la ricorrente lamenta il mancato svolgimento di una procedura di scelta del contraente, non ritenendo invocabili i presupposti di cui al citato art. 5 della L. n. 381/91 a giustificazione di un affidamento diretto.

Si è costituito il Comune, insistendo per la reiezione del ricorso.

DIRITTO

Osserva preliminarmente il Collegio che è incontestato tra le parti che l'impugnata delibera n. 171/2010, è stata pubblicata all'Albo pretorio, ma che non è stata comunicata all'attuale ricorrente, per cui il ricorso è stato tempestivamente proposto.

Nel merito, è fondato il primo motivo, con assorbimento degli ulteriori.

Mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore svolge la sua attività in favore di una p.a., la quale utilizza le relative prestazioni ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario

sostituisce la p.a. nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo. L'appalto di servizi concerne dunque prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sull'individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta; normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III 18.2.2009, n. 369).

Le prestazioni "in esclusiva" dedotte nel contratto *de quo* sono, pertanto, riconducibili alla nozione di servizio pubblico, in quanto indirizzate a favore dei privati e dagli stessi retribuite.

Come peraltro correttamente osservato dalla difesa della ricorrente nel corso dell'udienza di discussione, lo stesso regolamento comunale invocato dalla resistente qualifica le attività di inumazione, tumulazione e cremazione dei cadaveri, quali "servizi pubblici onerosi". Il predetto art. 6 "foglio patti e condizioni" ricomprende espressamente tra le "prestazioni in esclusiva", tra l'altro, anche le predette operazioni (v. punto n. 3), che sono pertanto riconducibili alla nozione di "servizio pubblico".

Alla luce di quanto precede l'affidamento diretto a cooperative sociali

non può conseguentemente avere ad oggetto i servizi pubblici locali erogati a favore dell'utenza, ma solo i servizi diretti a soddisfare direttamente le esigenze della pubblica amministrazione (C.S. Sez. V, 11.5.2010, n. 2829).

Il ricorrente ha richiesto, altresì, una pronuncia di "nullità" del contratto.

Osserva preliminarmente il Collegio che la fattispecie di che trattasi non è riconducibile a quelle di cui all'art. 121 del c.p.a., trattandosi di concessione di servizi pubblici, da affidarsi nel rispetto dell'art. 30 c. 3 del D.Lgs. n. 163/06, e dunque senza l'obbligatoria pubblicazione del bando di gara. Il contratto va quindi dichiarato inefficace, ai sensi di quanto disposto nell'art. 122 del c.p.a. La decorrenza della pronuncia di inefficacia è fissata dalla data della pubblicazione della presente sentenza, tenuto conto dello stato di esecuzione del contratto, inferiore alla metà della sua durata, e dell'interesse della ricorrente a partecipare ad una procedura di affidamento delle prestazioni residue, ed eventualmente ulteriori, esperibile anche mediante una semplice "gara informale" di cui al citato art. 30, comma 3 D.Lgs. n. 163/06.

L'odierna ricorrente formula altresì una specifica istanza risarcitoria da "perdita di *chance*" per mancata partecipazione alla gara "la cui entità si riserva di quantificare in corso di causa".

La perdita di una "chance", va risarcita in ragione delle concrete possibilità di vittoria (C.S. Sez. IV 6.7.2004 n. 5012), e nel rispetto

del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c.; la parte che invoca il danno da perdita di "*chance*" ne deve quindi fornire la prova rigorosa. Le occasioni favorevoli di cui si lamenta la perdita non devono essere astratte, ma avere un minimo di concretezza (C.S. sez. VI 11.1.2010 n. 20).

La ricorrente non ha tuttavia né quantificato né ulteriormente dedotto alcunché in ordine alla predetta richiesta, che deve pertanto essere respinta.

Il ricorso per l'annullamento va pertanto accolto, il contratto va dichiarato inefficace dalla data di pubblicazione della sentenza, la domanda di risarcimento da perdita di *chance* va respinta.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 3.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato, del 12,5% delle spese forfetariamente calcolate, all'I.V.A. e al C.P.A.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/06/2011

IL SEGRETARIO

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