

MASSIMA – La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è costante nel ritenere «l'impugnazione dell'atto presupposto, di per sé lesivo dell'interesse del soggetto interessato, consente di soprassedere alla susseguente impugnazione dell'atto consequenziale soltanto nell'ipotesi in cui l'eventuale annullamento del primo atto sia in grado di determinare l' automatica caducazione del secondo, ossia soltanto se l'atto successivo ha carattere meramente esecutivo dell'atto presupposto ovvero fa parte di una sequenza procedimentale che lo pone in rapporto di immediata derivazione dall'atto precedente» (Cons. Stato, IV, 14 gennaio 2013, n. 157), senza che vi sia possibilità di «compiere nuove e ulteriori valutazioni di interessi» (Cons. Stato, V, 3 maggio 2012, n. 2530).

In definitiva, la Sezione ritiene che l'attività di gestione di una manifestazione fieristica su un campo sportivo comunale – implicando la gestione di un bene pubblico e lo svolgimento di una attività rivolta ai cittadini e non all'amministrazione – non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991, con la conseguenza che la scelta del gestore deve avvenire nel rispetto delle procedure amministrative poste a tutela della concorrenza.

Consiglio di Stato n. 2342 del 29/04/2013

N. 02342/2013REG.PROV.COLL.

N. 06600/2012 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6600 del 2012, proposto da Comune di Larino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vito

Bellini e Maria Luisa Bellini, con domicilio eletto presso lo studio legale del primo in Roma, via Orazio, 3;

contro

Progest 3000 s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Lonardo, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Unione Commercio Molise Cooperativa Sociale-Unicom M.s.c.a.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 27 luglio 2012, n. 414 del Tribunale amministrativo regionale per il Molise, Sezione prima.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Progest 3000 s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2013 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Graziosi, per delega dell'avvocato Bellini Maria Luisa, e Giannini per delega dell'avvocato Lonardo.

FATTO e DIRITTO

1.– Il Comune di Larino organizza ogni anno una manifestazione denominata “Fiera di ottobre” che si svolge presso il campo sportivo comunale ove vengono ospitati espositori e venditori di merci e beni relativi ai settori del commercio, artigianato, agricolo e della ristorazione.

Con determinazione 1° agosto 2011, n. 147 il Comune ha affidato direttamente, tramite convenzione, la gestione dell'attività per gli anni 2011 e 2012 all'Unione commercio Molise cooperativa sociale (d'ora innanzi solo cooperativa sociale).

Tale determinazione è stata impugnata da Pro.gest 3000 s.r.l., che aveva svolto la relativa attività per gli anni 2011 e 2012, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Molise, Sezione prima.

1.1.– Il Tribunale amministrativo, con sentenza 27 luglio 2012, n. 414, ha accolto il ricorso, rilevando, in particolare, che il Comune avesse violato le regole che presiedono allo svolgimento delle procedure di gara. In particolare, si è ritenuto che, non venendo in rilievo un contratto di appalto di servizi ma lo svolgimento di un servizio pubblico, non vi fossero le condizioni previste dall'art. 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381 (*Disciplina delle cooperative sociali*) per l'affidamento diretto della gestione della fiera alla predetta cooperativa.

2.– Il Comune ha proposto appello per i motivi indicati nei successivi punti.

2.1.– Si è costituita in giudizio la ricorrente in primo grado, rilevando l'infondatezza delle censure e riproponendo i motivi non esaminati dal primo giudice, tra i quali in particolare quello relativo all'incompetenza della Giunta comunale ad adottare un atto di gestione.

2.2.– Con ordinanza 1° ottobre 2012 n. 3948 questa Sezione ha concesso la misura cautelare richiesta, sospendendo gli effetti della sentenza, «*in ragione dell'imminenza della data di svolgimento della manifestazione fieristica*», specificando che tale misura aveva «*una efficacia limitata al tempo di svolgimento della predetta manifestazione*».

3.– L'appello non è fondato.

3.1.– Con un primo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto il difetto di interesse della società appellata. Quest'ultima, infatti, anche se l'amministrazione avesse seguito una procedura di gara, sarebbe stata esclusa, ai sensi dell'art. 38, primo comma, lettera f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), non avendo adempiuto agli obblighi derivanti da un rapporto contrattuale avente ad oggetto l'organizzazione di una precedente edizione della medesima fiera di ottobre.

Il motivo non è fondato.

La società appellata, avendo già svolto l'attività in questione, è un operatore del settore ed in quanto tale è legittimata ad impugnare gli atti dell'amministrazione nei casi in cui quest'ultima dispone, in deroga alle regole delle procedure di evidenza pubblica, un affidamento diretto di una determinata attività (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4). La circostanza dedotta dall'appellante non è idonea, a prescindere dalla sua genericità, a privare la società della legittimazione e dell'interesse ad agire. Le cause di esclusione possono, infatti, venire in rilievo, con le garanzie previste, nell'ambito del procedimento concorsuale prefigurato dal legislatore e non possono costituire un elemento valutabile "fuori gara" per "escludere la gara".

3.2.– Con un secondo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha dichiarato inammissibile il ricorso per la mancata impugnazione della determinazione comunale 10 agosto 2011, n. 338.

Il motivo non è fondato.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è costante nel ritenere *«l'impugnazione dell'atto presupposto, di per sé lesivo dell'interesse del soggetto interessato, consente di soprassedere alla susseguente impugnazione dell'atto consequenziale soltanto nell'ipotesi in cui l'eventuale annullamento del primo atto sia in grado di determinare l' automatica caducazione del secondo, ossia soltanto se l'atto successivo ha carattere meramente esecutivo dell'atto presupposto ovvero fa parte di una sequenza procedimentale che lo pone in rapporto di immediata derivazione dall'atto precedente»* (Cons. Stato, IV, 14 gennaio 2013, n. 157), senza che vi sia possibilità di *«compiere nuove e ulteriori valutazioni di interessi»* (Cons. Stato, V, 3 maggio 2012, n. 2530).

Nel caso di specie, l'amministrazione comunale, con determinazione 1° agosto 2011, n. 147, ha disposto che *«si proceda al convenzionamento»*, approvando lo schema di convenzione da sottoscrivere e dando atto che *«il responsabile del servizio (...)adotterà gli atti conseguenti»* alla predetta determinazione *«finalizzati a dare esecuzione»* agli stessi.

Con la determinazione n. 338 del 2011 il responsabile del servizio ha "preso atto" del contenuto della precedente determinazione e *«in esecuzione»* della stessa ha proceduto alla sottoscrizione della convenzione.

Da quanto esposto risulta come il provvedimento impugnato si ponga in un rapporto di stretta consequenzialità con il precedente provvedimento presupposto, limitandosi, senza svolgere ulteriori valutazioni, a dare ad esso esecuzione. Ne consegue che l'omessa impugnazione, per l'operatività del principio della caducazione automatica, non determina l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

3.3.– Con un terzo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto sussistenti le condizioni contemplate dall'art. 5 della l. n. 381 del 1991 per l'affidamento diretto del servizio alla cooperativa sociale.

Il motivo non è fondato.

Il predetto art. 5 prevede che *«gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione»*, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi *«per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate»*.

La norma consente all'amministrazione, quando ricorrono le condizioni specificamente indicate, di affidare direttamente alle predette cooperative sociali appalti di fornitura di beni e servizi pubblici. Tale tipologia di appalti presuppone, in coerenza con la causa del contratto, che la relativa prestazione sia rivolta all'amministrazione per soddisfare una sua specifica esigenza al fine di ottenere, quale corrispettivo, il pagamento di una determinata somma. E' bene aggiungere che la norma in esame, derogando ai principi generali di tutela della concorrenza che presiedono alla svolgimento delle procedure di gara, ha valenza eccezionale ed in quanto tale deve essere interpretata in maniera restrittiva. Ne consegue che non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati (cfr. Cons. Stato, V, 11 maggio 2010, n. 2829).

Nella fattispecie in esame, la convenzione stipulata ha ad oggetto l'uso del campo sportivo comunale per lo svolgimento di una attività di servizi, consistente nella esposizione e vendita di beni.

In relazione all'uso del campo sportivo si è in presenza di una concessione di bene pubblico, con la conseguenza che, in attuazione dei principi generali posti a tutela della concorrenza, devono essere seguite procedure di garanzia per la scelta del concessionario (Cons. Stato, V, 19 giugno 2009, 4035).

In relazione all'attività posta in essere, la stessa, come risulta dal testo della convenzione stipulata – essendo *«rivolta principalmente ai cittadini residenti nel territorio di Larino»*, con assunzione del rischio di gestione e con imposizione, da parte del Comune, di specifici obblighi di servizio (ad esempio, consentire l'*«accesso gratuito alle scuole»*) – integra gli estremi del servizio pubblico. Anche sotto questo aspetto devono, pertanto, essere seguite le regole generali previste nel caso in cui il Comune intende affidare a terzi la gestione di un servizio pubblico locale. E' bene aggiungere che, anche qualora si volesse ritenere che l'attività posta in essere costituisca mera attività di impresa non avendo i doveri imposti natura regolatoria, in ogni caso l'amministrazione, venendo in rilievo la gestione di un bene pubblico, avrebbe dovuto seguire le regole dell'evidenza pubblica.

In definitiva, la Sezione ritiene che l'attività di gestione di una manifestazione fieristica su un campo sportivo comunale – implicando la gestione di un bene pubblico e lo svolgimento di una attività rivolta ai cittadini e non all'amministrazione – non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991, con la conseguenza che la scelta del gestore deve avvenire nel rispetto delle procedure amministrative poste a tutela della concorrenza.

4.– Alla luce di quanto sin qui esposto l'appello è infondato. Non occorre, pertanto, esaminare gli altri motivi prospettati nell'atto di costituzione della società resistente e non esaminati dal primo giudice.

5.– In applicazione del principio della soccombenza, l'appellante è condannato al pagamento, in favore della società resistente, delle spese processuali del presente grado di giudizio che si determinano in euro 3.000,00, oltre accessori.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) respinge l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) condanna l'appellante al pagamento, in favore della società resistente, delle spese processuali del presente grado di giudizio che si determinino in euro 3.000,00, oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Gabriella De Michele, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2013

IL SEGRETARIO

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