

Consiglio di Stato sez. V n. 4129 del 07/10/2016

FATTO e DIRITTO

1. L'Associazione Amici degli Animali Onlus e Lega Italiana dei Diritti dell'Animale - Lida -Sezione di Verbania, gestori dal 1999 al 2012 del canile comunale di Verbania, hanno impugnato la delibera d'indizione della gara del 21 aprile 2015 e gli atti di gestione del servizio adottati nel corso dell'anno 2014; la determina del 25 marzo 2015 - recante l'avviso esplorativo per la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando; infine la determina dirigenziale del 20 marzo 2015 n. 322, di impegno di spesa in favore della Adilgest s.r.l. per la gestione del canile nel primo trimestre 2015.

2. A fondamento del gravame hanno dedotto sviamento di potere e carenza di imparzialità, evidenziando come dalla sequenza di atti adottati dal Comune di Verbania negli anni 2012-2015, emergeva che obiettivo prioritario dell'amministrazione fosse quello di escludere dalla gestione del servizio l'associazione ricorrente, non già di predisporre soluzioni adeguate all'ottimale gestione del canile municipale. Hanno altresì lamentato il difetto di motivazione nell'atto di indizione della gara del 21 aprile 2015: l'amministrazione comunale, infatti, avrebbe dovuto giustificare la propria scelta di limitare la selezione all'ambito delle sole cooperative sociali, e ciò in considerazione: a) delle specifiche finalità sottese alla normativa applicata (la legge n. 381 del 1991); b) dell'innovazione introdotta rispetto alle modalità di affidamento del servizio praticate nei precedenti anni; c) dell'effetto pregiudizievole che ne è derivato alla ricorrente, impossibilitata a prendere parte alla gara, pur potendo vantare una posizione "differenziata", meritevole di considerazione da parte dell'amministrazione, derivante dalla pregressa pluriennale gestione del servizio.

Nemmeno, ad avviso delle ricorrenti, anche ai sensi delle linee guida regionali dettate con nota del Dirigente della Direzione Sanità Pubblica 18 maggio 2000 prot. n. 8427/27/003, sarebbe consentita l'applicazione al caso di specie dell'art. 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), fattispecie applicabile ai soli casi in cui la fornitura del servizio sia rivolta direttamente in favore dell'amministrazione e non anche - come nel caso de quo - allorché il servizio sia diretto alla pubblica collettività.

3. Il Comune di Verbania si costituiva in giudizio instando per la reiezione del ricorso.

4. Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. I, circoscritto il thema decidendum al provvedimento n. 391 del 21 aprile 2015 di indizione della procedura, accoglieva il gravame.

Riteneva il giudice di prime cure che la riserva di partecipazione alla procedura di gara prevista dall'art. 5 (Convenzioni) l. 8 novembre 1991, n. 381 in favore delle cooperative sociali è applicabile alla sola fornitura di beni e servizi strumentali alla pubblica amministrazione e non anche, a contrariis, "ai servizi pubblici destinati a soddisfare la collettività" (cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2014 n. 1863; 11 maggio 2010 n. 2829), nel cui genus è compresa la gestione del canile comunale.

5. Appella la sentenza il comune di Verbania.

L'Associazione Amici degli Animali Onlus e Lega Italiana dei Diritti dell'Animale-Lida-Sezione di Verbania non si sono costituiti in giudizio.

Alla pubblica udienza del 22 settembre 2016 la causa, su richiesta della parte, è stata trattenuta in decisione.

6. Con unico motivo d'appello, il comune di Verbania deduce l'errore di giudizio del non aver tenuto conto che il servizio di gestione del canile comunale è escluso, ai sensi dell' Allegato II B del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dalla disciplina degli appalti pubblici.

Poiché dunque il Comune non era tenuto ad esperire una procedura a evidenza pubblica, la clausola di

riserva per l'affidamento di un servizio che avrebbe potuto essere gestito in economia, non pregiudicando ab imis la concorrenza, sarebbe legittima.

7. L'appello è infondato.

Due sono i dati di fatto incontestati.

Il primo è che, come assunto dal Comune nella determina d'indizione di gara n. 391 del 21 aprile 2015, "la gestione del canile è un servizio pubblico locale" che, ancorché privo di rilevanza economica, non è preordinato a soddisfare esigenze strumentali del Comune.

Il secondo è che il Comune si è autovincolato, optando per l'affidamento del servizio mediante gara cioè mediante l'avvio della procedura concorrenziale per l'affidamento del servizio pubblico.

Sicché, quanto al primo profilo, non trova applicazione l'art. 5 l. 8 novembre 1991, n. 381 che consente agli enti pubblici, per la fornitura di beni e servizi c.d. strumentali (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2013 n. 2342; Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2010 n. 2829), "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, di stipulare convenzioni con le cooperative sociali".

Per il secondo, va data continuità all'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, V, 28 maggio 2012, n. 2012) da cui non sussistono giustificati motivi per discostarsi, a mente del quale l'amministrazione che, benché non obbligata da una disposizione nazionale o comunitaria all'utilizzo di sistemi di scelta del contraente mediante gara pubblica, via abbia comunque fatto ricorso, resta tenuta all'osservanza di moduli propri della formazione pubblica della volontà contrattuale. Dunque deve rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità, di cui la procedura di gara prescelta è l'espressione di diritto positivo, senza che le sia consentito, pena l'elusione dei principi richiamati, la previsione di deroghe che si risolvano di fatto nell'ingiustificata restrizione della concorrenza mediante l'apposizione - come accaduto nel caso in esame - nel bando di gara della clausola di riserva in favore delle sole cooperative sociali.

8. Conclusivamente l'appello va respinto.

9. La natura e l'oggetto della controversia giustificano la compensazione delle spese di lite del presente grado di giudizio.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 07 OTT. 2016.
