

Publicato il 06/05/2020

N. 00273/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00431/2019 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 per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 431 del 2019, proposto da  
Il Picchio Consorzio di Cooperative Sociali Cattoliche Società  
Cooperativa in proprio e quale mandataria dell'A.T.I con le società  
mandanti Tangram Società cooperativa sociale, il Mentore società  
cooperativa sociale, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro  
Lucchetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia  
e domicilio eletto presso il suo studio in Ancona, c.so Mazzini 156;

*contro*

Fondazione Marziali Cesare e Cruciani Elvira, rappresentate e difese  
dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da  
Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Kos Care S.r.l. non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

-della delibera adottata dal Consiglio d'Amministrazione della Fondazione Marziali Cesare e Cruciani Elvira in data 23 marzo 2019, con la quale la Fondazione è pervenuta alla decisione di affidare la gestione provvisoria della residenza protetta alla "Kos Care srl";

-del "contratto di concessione della gestione provvisoria del centro di soggiorno residenziale per anziani di Montefalcone Appennino", stipulato con la Kos Care srl in data 29 marzo 2019,

di ogni altro atto connesso, conseguente, e, comunque, correlato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione Marziali Cesare e Cruciani Elvira;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2020 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La ricorrente espone di essere stata in precedenza aggiudicataria della trattativa privata diretta, effettuata a seguito dell'infruttuoso svolgimento della procedura selettiva indetta in precedenza dal Consiglio di Amministrazione della Fondazione Marziali e Cruciani, (di seguito anche Fondazione) con delibera del 21 maggio 2016, per l'affidamento in concessione della gestione di una Casa di riposo per anziani e di una Residenza protetta in Montefalcone Appennino.

Sulla base dell'offerta formulata, l'odierna ricorrente, in qualità di capogruppo mandatario di un'associazione temporanea con altre cooperative, si vedeva affidare la gestione della Casa con delibera del

CdA della fondazione in data 30 settembre 2016, stipulando il relativo contratto di concessione in data 3 ottobre.

Seguivano dei dissidi con l'ATI riguardanti l'omesso versamento dell'importo corrispondente ai canoni offerti a titolo di anticipazione per finanziare alcuni lavori e la mancata ricezione della cauzione definitiva. L'ATI, in risposta, motivava gli omessi versamenti con asseriti inadempimenti della Fondazione ai propri obblighi.

I dissidi portavano alla comunicazione, datata 25 febbraio 2019, avente ad oggetto "atto di diffida stragiudiziale" con la quale la Fondazione contestava l'omesso versamento dell'anticipazione e il mancato deposito della fidejussione definitiva, stabilendo che il contratto, in difetto dell'adempimento entro 15 giorni dalla ricezione della diffida, si sarebbe inteso come risolto di diritto ex art. 1454 c.c.- Dopo avere risposto alla nota, la ricorrente formulava istanza di accesso ai documenti, ottenendo il contratto stipulato dalla fondazione con la controinteressata Kos Care Srl in data 29 marzo 2019, con assegnazione della concessione in via di urgenza senza procedura selettiva. In detto contratto è richiamata la delibera del 23 marzo 2019 del Consiglio di Amministrazione della Fondazione, che ha preso atto della risoluzione del contratto a partire dal 14 marzo 2019 e ha disposto l'affidamento della concessione provvisoria alla Kos Care Srl. Gli atti relativi all'affidamento della gestione provvisoria della residenza protetta alla controinteressata Kos Care Srl sono contestati con i seguenti motivi di ricorso, con cui si chiede anche la dichiarazione di nullità e/o inefficacia del contratto stipulato il 23 marzo 2019.

a) Violazione di molteplici disposizioni del d.lgs n. 50 del 2016: art.32, commi 1-7 artt. 1 . 3, comma 1, lett. s), 17, 18 44, 60 e seguenti, . 95 commi 2, 3, 12, 164 e seguenti, 170 e seguenti, con particolare

riferimento, tra questi ultimi, agli artt. 171, 172 e 173. Violazione delle corrispondenti disposizioni della direttiva n. 2014/23/UE, dei principi di buon andamento ex art. 97 cost. e dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990. Ancora, violazione della *lex specialis* di gara in relazione alla previsione di cui al paragrafo 13 del disciplinare

Parte ricorrente contesta la presenza dei presupposti per l'affidamento della concessione senza gara ai sensi del d.lgs n. 50 del 2016 alla controinteressata, con particolare riferimento all'assenza dei necessari presupposti di "necessità e urgenza". Peraltro la Kos Service Srl sarebbe stata individuata come concessionaria senza avere partecipato né all'originaria gara pubblica, né alla successiva trattativa privata di cui è risultata aggiudicataria l'odierna ricorrente.

b) Violazione dell'art. 163 del d.lgs. n. 50 del 2016. nonché dei principi in tema di somma urgenza di cui agli artt. 41 comma 1 punto 5 del R.D. n. 350 del 1895 e 75 comma 12 del R.D. 2440 del 1923 per difetto dei presupposti relativi.

Non sarebbe possibile il richiamo alla "somma urgenza" in presenza di una risalente programmazione e di un contratto in precedenza stipulato, con procedura a trattativa privata, con la ricorrente.

c) Violazione dell'art. 32, commi 1, 2 e 3, nonché dell'art. 21 del d.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere nella figura sintomatica della contraddittorietà inter-provvedimentale nonché, ancora prima, dell'azione procedimentale e dello sviamento.

La Stazione appaltante avrebbe omesso di considerare la preesistenza ed efficacia tra le parti del contratto di gestione già stipulato con l'odierna ricorrente in data 3 ottobre 2016 e mai risolto con atto idoneo ai sensi e per gli effetti degli artt. 176 e 108 del d.lgs. n. 50 del 2016. Il tutto in assenza di un effettivo atto di risoluzione del contratto tra la

Fondazione e la ricorrente successivo alla diffida. Inoltre il contratto in essere con la Kos Care sarebbe differente da quello in stipulato il precedenza con la ricorrente, contenendo clausole maggiormente favorevoli alla concessionaria, tali da disincentivare la partecipazione alla futura procedura di gara da indirsi al termine dell'affidamento provvisorio.

Si è costituita la Fondazione "Marziali Cesare e Cruciani Elvira", resistendo ricorso.

Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Il Collegio ritiene che debba essere delimitata l'effettiva materia del contendere.

1.1 Infatti, da una parte la ricorrente si riserva di impugnare la diffida del 26 febbraio 2019 con la quale si prevede la risoluzione di diritto del contratto in assenza di adempimento, entro 15 giorni, delle prescrizioni del capitolato (con riferimento alle anticipazioni e alla cauzione definitiva ivi previste) e gli eventuali atti dove sia dichiarata del citato contratto stipulato con l'odierna ricorrente in data 3 ottobre 2016 (della risoluzione di cui sopra si prende atto nell'impugnata delibera del CdA del 23 marzo 2019). Dall'altra, in particolare nel terzo motivo di ricorso, sono formulate censure che appaiono presupporre l'esistenza e la perdurante validità del contratto del 2016, le quali sembrano richiedere al Collegio una sorta di inammissibile sindacato incidentale sull'esistenza e sulla rilevanza del contratto citato. Sul punto il Collegio ritiene che non possa essere messa in dubbio la legittimazione della ricorrente, se non altro quale società cooperativa attiva nel settore, ad impugnare l'affidamento d'urgenza senza gara della concessione in oggetto. Allo stesso tempo, però, la risoluzione del contratto stipulato

il 3 ottobre 2016, che al momento non risulta contestata in sede giurisdizionale (come già detto la ricorrente ne fa espressa riserva, si veda, ad esempio, pag. 13 del ricorso introduttivo), non permette, allo stato, l'ingresso alle censure che presuppongono l'esistenza e la validità dello stesso.

1.2 L'oggetto del ricorso deve quindi essere limitato alla legittimità nella scelta della Fondazione, in relazione alle precedenti vicende del rapporto concessorio, di procedere all'affidamento diretto d'urgenza della concessione alla controinteressata, così come espresso nella contestata delibera del CdA della fondazione del 23 marzo 2019, senza che questo Tribunale possa esercitare alcun sindacato sulla risoluzione del precedente contratto tra la Fondazione e la ricorrente.

1.3 Così delimitata la vicenda contenziosa, il Collegio ritiene debba essere respinta l'eccezione di inammissibilità dedotta dalla Fondazione relativamente alla genericità delle censure contenute nel ricorso, dovendosi tenere conto che, alla data notifica del ricorso, risulta che la ricorrente non fosse in possesso della contestata delibera del CdA del 23 Marzo 2019.

1.4 Deve altresì essere respinta l'eccezione formulata dalla ricorrente riguardante, apparentemente, il deposito, da parte della Fondazione, della memoria di replica in assenza del previo deposito di memoria ordinaria ai sensi dell'articolo 73 comma 1 CPA. Trattasi di scelta processuale, in ogni caso ininfluyente sulla presente decisione.

2 Detto questo il ricorso è infondato e deve essere respinto.

2.1 Riguardo al primo motivo, il Collegio ritiene che l'affidamento contestato soddisfi i presupposti di cui all'articolo 63 del d.lgs n 50 del 2016, applicabile anche alle concessioni (su veda Cons. Stato V 24 gennaio 2020 n. 602).

2.2 Va infatti ritenuto che la risoluzione di diritto del contratto per asseriti inadempimenti dell'aggiudicataria rientri nella fattispecie di cui al comma 2 lett. c) dell'articolo citato, sempre che l'assegnazione senza gara sia utilizzata nella misura strettamente necessaria (quindi per il tempo necessario per l'esperimento della procedura ordinaria) e per circostanze non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice. Come già detto, nel caso all'esame il contratto è dichiarato risolto di diritto nel marzo 2019, risoluzione ancora non contestata in via giurisdizionale.

2.3 Per quanto sopra si ritiene che le circostanze di estrema urgenza siano sufficientemente illustrate nella delibera del CdA del 23 Marzo 2019.

2.4 Infatti, l'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016 autorizza, in presenza di "ragioni di estrema urgenza", il ricorso a "procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara", a condizione che: a) l'urgenza derivi da "eventi imprevedibili" e "in alcun caso imputabili" alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto dei termini "per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione"; b) della relativa giustificazione sia dato conto "con adeguata motivazione"; c) l'affidamento sia disposto "nella misura strettamente necessaria" (Cons. Stato 602/2020 cit.).

2.6 Sul punto si ritiene che le condizioni citate siano state rispettate.

2.7 L'opzione riveste, all'evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628).

2.8 In particolare, con il verbale del CdA del 23 marzo 2019 si prende atto che il contratto con la ricorrente si è risolto di diritto il 14 marzo 201, nonché della necessità di avviare una nuova procedura di gara per la gestione del Centro di soggiorno residenziale per anziani. Nella medesima delibera si dispone che, in pendenza della nuova procedura di gara per l'affidamento della concessione, sussiste la urgente e indifferibile necessità di dare corso a una gestione provvisoria del Centro per dare avvio alle attività assistenziali....anche a seguito degli eventi sismici verificatisi nel corso dell'anno 2016, ed anche per garantire la sostenibilità del quadro economico avendo la Fondazione stipulato un contratto di finanziamento per completare i lavori di ristrutturazione del Centro. A tal fine si osserva che Presidente della Fondazione ha chiesto alla Società Kos Care, specializzata anche nell'assistenza degli anziani, la disponibilità ad assumere la gestione provvisoria del servizio in concessione.

2.9 Anche la durata del contratto appare ragionevole, prevedendo una durata massima di 12 mesi e comunque la cessazione di diritto all'atto dell'indizione della gara. Le eventuali proroghe sono limitate alle incombenze relative allo svolgimento della gara medesima (art. 2).

2.10 Per quanto sopra, il contratto in esame appare rispettare l'art. 63 comma 2 lett. c del d.lgs n. 50 del 2016, innescato dalla necessità di risolvere una situazione eccezionale, nella quale il conflitto tra la fondazione e la controinteressata ha portato alla risoluzione anticipata del contratto di concessione.

2.11 Di conseguenza si ritiene la sussistenza dei presupposti per procedere all'affidamento a trattativa privata senza gara, Per quanto riguarda le modalità di individuazione della Kos Care Srl, il Collegio ritiene che parte ricorrente non abbia interesse a censurare le modalità



di svolgimento della trattativa. Infatti, per costante giurisprudenza, non necessita di specifica motivazione l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che, nella fattispecie, si esplica consentendo ad operatori, diversi da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili (Cons. Stato. VI, 31 agosto 2017, n. 4125. 17 dicembre 2019 n. 8531). Ovviamente tale principio si applica a maggior ragione in caso di una risoluzione del precedente rapporto per inadempimento.

3 Con riguardo al secondo motivo di ricorso, la presenza delle circostanze che giustificano l'affidamento diretto ai sensi della normativa sopra riportata è indissolubilmente legata alle precedenti vicende del rapporto concessorio, ivi comprese la gara pubblica non andata a buon fine e la successiva trattativa privata che aveva visto aggiudicataria l'odierna ricorrente. Con riguardo al contratto precedentemente stipulato con la ricorrente, anche la sua dichiarata risoluzione rientra tra i presupposti dell'affidamento diretto, per cui non sono ravvisabili contrasti tra la precedente attività della Fondazione e gli atti impugnati.

4 Si passa quindi al terzo motivo di ricorso con il quale, come già accennato, parte ricorrente sembra sostenere la vigenza o almeno la rilevanza del contratto stipulato con la Fondazione il 3 ottobre 2016.

Come già detto, non è possibile un sindacato incidentale di questo giudice sulla risoluzione o meno del contratto, in assenza di specifiche impugnazioni. L'atto di diffida stragiudiziale della Fondazione del 25 febbraio 2019 è stata redatto ai sensi dall'articolo 12 del contratto di concessione, nonché dell'articolo dell'art. 1454 c.c., e con la delibera del CdA del 23 marzo 2019 si è preso atto della risoluzione di diritto del contratto stipulato il 3 ottobre 2016. Come già detto, in assenza di specifica contestazione degli atti di risoluzione (riservati esplicitamente dalla stessa ricorrente ad altra sede), il Collegio ritiene di non potersi porre la questione dell'operatività della risoluzione del contratto citato.

4.1 Con riguardo all'asserita presenza di disposizioni contrattuali particolarmente vantaggiose per la controinteressata e tali da pregiudicare interesse dei partecipanti alla futura gara, parte ricorrente allo stato è priva di legittimazione a contestarle, trattandosi appunto di disposizioni contrattuali. Eventualmente detto interesse potrà sorgere qualora le disposizioni vantaggiose a favore del gestore uscente siano inserite nella disciplina delle nuova gara. Inoltre, dato che la legittimità della disposta assegnazione è intimamente legata al suo carattere provvisorio e alla limitata durata del contratto, la ricorrente ed eventuali altre imprese interessate potranno contestare la legittimità delle eventuali proroghe del contratto del 29 marzo 2019 disposte ai sensi dell'articolo 2 dello stesso.

5 Per quanto sopra, il ricorso in epigrafe infondato e deve essere respinto.

5.1 Le caratteristiche di eccezionalità della procedura in oggetto nonché la mancata disponibilità per la ricorrente dell'impugnata delibera del 23 marzo 2019 al momento della notifica del ricorso, giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Ruiu**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio Conti**

**IL SEGRETARIO**