

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio- Sede di Roma -

Sezione III quater

composto dai seguenti magistrati:

Dr. Mario Di Giuseppe - Presidente

Dr. Linda Sandulli - Consigliere relatore

Dr. Umberto Realfonzo - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 11924 del 2001 proposto dalla Società Cooperativa r.l. Onlus Consorzio Solco Catania rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Giurdanella ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Marcello Magnano di San Lio in Roma, via dei Gracchi 187;

CONTRO

L'Istituto Nazionale Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, in persona del rappresentante legale in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Pone e Maria Serena Arena ed elettivamente domiciliato in Roma, Via IV Novembre 144

e nei confronti della società

Consorzio sociale Coin a rl, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Novello e Carmelo D'Alessandro, ed elettivamente domiciliata in Roma, Via E. Giglioli 54/A

per l'annullamento

degli atti con i quali l'Inail ha disposto l'affidamento diretto in via sperimentale in favore del Consorzio COIN, del servizio denominato "Superabile"; relativamente al periodo compreso tra il giugno 2000 e il gennaio 2001

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all'Udienza Pubblica del 19 novembre 2008 il consigliere dr. Linda Sandulli;

Udito il difensore di parte resistente come da verbale d'udienza ;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società Cooperativa sociale Sol.Co Catania impugna gli atti indicati in epigrafe con i quali l'Istituto resistente ha disposto l'affidamento diretto in via sperimentale in favore del Consorzio COIN del servizio denominato "SuperAibile" relativamente al periodo giugno 2000-gennaio 2001.

Di essi chiede l'annullamento per i sottoindicati motivi:

1) Violazione dell'articolo 7, comma 2, del D., Lgs. n. 157 del 1995.

Difetto di motivazione.

Chiede, quindi, il risarcimento del danno.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata che ha depositato una memoria nella quale ha controdedotto alle argomentazioni di parte ricorrente dopo aver sollevato alcune

eccezioni pregiudiziali e concluso con la richiesta di rigetto del gravame.

All'udienza pubblica del 19 novembre 2008 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso riferito in epigrafe il Consorzio SOL.Co chiede l'annullamento degli atti con i quali l'INAIL ha disposto in favore del Consorzio controinteressato COIN di Roma, l'affidamento, in via sperimentale, del "servizio di informazione e consulenza per la disabilità (SuperAble) relativamente al periodo giugno 2000 – gennaio 2001.

Il ricorso è stato presentato avanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia – Sezione staccata di Catania e trasferito a questo TAR a seguito di regolamento di competenza ove è stato, tempestivamente riassunto dalle parti.

Lamenta, l'istante, la violazione dell'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo n. 157 del 1995 e il difetto di motivazione. Chiede poi il risarcimento del danno.

Riferisce che la norma citata elenca in modo tassativo e puntuale le ipotesi in cui l'Amministrazione ha la facoltà di procedere all'aggiudicazione di un appalto senza ricorrere ad una procedura di gara e sottolinea che tra queste ipotesi non figura il servizio per cui è causa.

Lamenta anche che tale affidamento ha precostituito un titolo in capo all'impresa controinteressata, che si è rivelato a suo vantaggio in occasione della valutazione dell'offerta dalla medesima prodotta all'atto della partecipazione alla gara successivamente avviata.

Sollewa due eccezioni pregiudiziali, l'Inail, la prima di inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, per essere stato il contratto completamente eseguito, la seconda di tardività.

Nel merito sostiene che l'affidamento in questione è avvenuto sulla base della convenzione stipulata ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 388 del 1991 e dell'articolo 12 della legge n. 68 del 1999 entrambe riguardanti le società cooperative.

Il Collegio respinge, preliminarmente le due eccezioni pregiudiziali di inammissibilità del gravame sollevate dall'Istituto resistente.

La declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse riguarda propriamente l'ipotesi in cui l'atto amministrativo impugnato abbia comunque cessato di produrre i suoi effetti per il mutamento della situazione di fatto o di diritto presente al momento della proposizione del ricorso che faccia venir meno l'effetto del provvedimento impugnato, ovvero per l'intervenuta adozione di un nuovo provvedimento idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco e tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza anche dal punto di vista di un interesse morale o strumentale (T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 7 maggio 2008, n. 3550).

Poichè nella fattispecie in esame vi è richiesta di risarcimento del danno che deve essere valutata alla luce della pretesa illegittimità del comportamento tenuto dall'Inail ne consegue che il ricorso, in quanto preordinato ad assicurare un'utilità alla ricorrente, si rivela ammissibile.

Sulla sua tardività il Collegio si limita ad osservare che, secondo giurisprudenza costante, è la parte che la decuce a doverne dare piena dimostrazione. Poichè nel caso in esame l'Istituto eccepisce la tardività senza fornire nemmeno un indizio di prova al riguardo la stessa deve essere disattesa.

Quanto alle due norme evocate dall'Inail a giustificazione del proprio operato, osserva il Collegio che la seconda disposizione, vale a dire l'articolo 12 della legge n. 68 del 1999, intitolata “ Convenzioni di inserimento lavorativo temporaneo con finalità forma” è riferibile al lavoro individuale e cioè a quello di cui la cooperativa cui è affidato il servizio deve avvalersi mediante l'assunzione di disabili, ed è quindi inconferente nella specie, mentre la prima disposizione, che risulta effettivamente applicabile, 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 le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, 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 di cui all'articolo 4, comma 1.”

Nel caso in esame, secondo quanto affermato dalla stessa ricorrente, l'importo del servizio concesso in affidamento diretto per il periodo giugno-novembre 2000, risulta stimato in £. 276.330.000, vale a dire sotto la soglia comunitaria (pari a circa €200.000) e quindi tale da poter essere ricondotto alla disciplina dettata dall'articolo 5 sopra richiamato che consente l'esenzione dalla procedura di gara ad evidenza pubblica.

Senonché il medesimo servizio risulta affidato dall'Istituto anzidetto alla medesima cooperativa – la Coin – per un'ulteriore fase di sperimentazione riguardante il periodo novembre 2000 - gennaio 2001, “allo scopo di evitare soluzione di continuità nell'offerta del servizio” afferma lo stesso Inail e per un importo pari a £. 436.000.000 vale a dire un importo sensibilmente superiore al primo ancorché legato ad un periodo proporzionalmente inferiore, tale in ogni caso da essere da solo sopra la soglia comunitaria.

Si pone, allora, il problema di stabilire se i due periodi menzionati sono da considerare distintamente uno dall'altro oppure se vanno considerati congiuntamente dando luogo ad un unico periodo valutabile nella sua interezza come sostiene parte ricorrente o se, al

contrario si è in presenza di due fattispecie distinte rispetto alle quali prende vigore l'articolo 44, comma 2. della legge 23.12.1994 n. 724, richiamato dall'Inail a giustificazione del suo operato.

Ritiene il Collegio che i due periodi non possano essere valutati disgiuntamente perchè inerenti al medesimo servizio; perchè svolti senza soluzione di continuità per periodi brevi e ravvicinati tra loro tali da rendere di difficile comprensione l'insorgenza di valutazioni nuove atte a giustificare una proroga dell'affidamento iniziale.

Accanto a tali considerazioni anzi come sfondo ad esse, il Collegio sottolinea come la disciplina contenuta nell'articolo 5 della legge n. 381 del 1991 sia di carattere assolutamente eccezionale al punto che la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che “ il rinvio allo strumento della convenzione ex art. 5, l. n. 381 del 1991, finalizzato ad assicurare l'avviamento al lavoro di persone svantaggiate, non può consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici, per cui occorre il ricorso ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio.” (T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 27 giugno 2006, n. 695)

Non può sottacersi, infine, che l'adesione alla prospettazione dell'Inail comporterebbe la facile elusione del predetto articolo 5, atteso che sarebbe sufficiente, come nell'ipotesi in esame, frazionare l'importo complessivo in più importi parziali relativi alle prestazioni connesse al

servizio che si vuole dare in affidamento diretto e togliere, in tal modo, qualunque vitalità al limite di importo stabilito nella norma prima detta al fine dell'operatività dell'eccezione in essa contenuta.

Nessun rilievo può essere, peraltro, riconosciuto alla delibera del Consiglio di Amministrazione n. 432 del 28 settembre 2000, depositata in data 28 giugno 2001, come invece pretende l'Inail, atteso che tale delibera per il suo carattere assolutamente generale abilita l'Istituto resistente a percorrere la via dell'individuazione delle cooperative cui affidare servizi anche attraverso l'affidamento ma ciò solo subordinatamente alla previsione della legge n. 381 del 1991.

Ne consegue che l'Istituto resistente nel caso in esame avrebbe dovuto fare ricorso all'ordinaria disciplina dei contratti pubblici così come effettivamente avvenuto subito dopo lo spirare del periodo previsto per l'affidamento sperimentale del servizio.

Alla luce della norma appena riferita, sembra al Collegio che il ricorso si riveli fondato.

Lo spirare del tempo intercorso dal momento dell'introduzione del presente contenzioso fino a quello della definizione del giudizio e l'avvenuto esaurimento del contratto a suo tempo stipulato escludono che vi possa essere risarcimento mediante la reintegrazione in forma specifica e che l'unica forma di risarcimento del danno configurabile è quella per equivalente (CdS, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2008 n.9)

E nel caso in esame lo stesso è configurabile come perdita di chance quella che la parte ricorrente avrebbe avuto se avesse potuto partecipare alla gara della cui mancata iudizione si è lamentata.

Ora ha stabilito la giurisprudenza che la perdita di chance - diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purché certo ed altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto - costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile ma si identifica con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'*id quod plerumque accidit* sulla base di elementi forniti dal danneggiato. Sicchè “..al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance è, quindi, necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta. (Consiglio Stato, sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 11 aprile 2008, n. 549; Cassazione civile, sez. un., 27 marzo 2008, n. 7943).

Ora nella fattispecie in esame il Consorzio ricorrente si preoccupa di giustificare la sua richiesta attraverso il riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione che stabilisce la risarcibilità del danno derivante da mancata chance, ma non offre alcun supporto probatorio alla sua richiesta.

Ne consegue che la stessa deve essere respinta.

In relazione alla natura della controversia trattata il Collegio decide la compensazione delle spese di lite tra le parti.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma -

Sezione III quater

Accoglie il ricorso proposto dalla Società Cooperativa r.l. Onlus Consorzio Solco Catania.

Respinge la richiesta di risarcimento del danno per le ragioni indicate in motivazione.

Compensa le spese di lite tra le parti

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 19 novembre 2008

Dr. Mario Di Giuseppe - Presidente

Dr. Linda Sandulli - Consigliere estensore