



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 841 del 2018, proposto da:
Mondoradio Tuttifrutti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Diego Sperti e Michele Macrì, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Morciano di Leuca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Distante, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Società Cooperativa Terra de Sule, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- della nota n. 4317 dell'8 giugno 2018, a firma del Responsabile del Settore
Politiche Sociali del Comune di Morciano di Leuca, comunicata in pari data alla
ricorrente, con cui il predetto Responsabile ha richiesto ai partecipanti all'Avviso
pubblico per manifestazione di interesse, indetto del predetto Comune per
individuare un soggetto organizzatore degli eventi della stagione estiva
2018, *"l'elaborazione di un'ulteriore proposta sulla base di elementi omogenei e perfettamente*

comparabili di seguito descritti”, atteso che le due proposte pervenute (fra cui quella dell’odierna ricorrente) non erano fra loro comparabili;

- della determinazione n. 336 del 12 giugno 2018, pubblicata il 26 giugno 2018, con cui il Responsabile del Servizio Politiche Sociali e Cultura del predetto Comune di Morciano di Leuca ha affidato alla Cooperativa “*Terra de Sule*” l’organizzazione e gestione, per conto del Comune di Morciano di Leuca, delle manifestazioni in occasione della stagione estiva 2018 (20 giugno - 10 settembre) ed ha, contestualmente, impegnato la somma necessaria per lo svolgimento del predetto servizio;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, anteriore o successivo; e per la condanna al risarcimento dei danni subiti e subendi, a seguito della mancata aggiudicazione dell’appalto, da parte della Società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Morciano di Leuca;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 31 ottobre 2018 il dott. Massimo Baraldi e uditi, per le parti, i difensori presenti, l’avvocato Michele Macrì per parte ricorrente e l’avvocato Alessandro Distante per il Comune di Morciano di Leuca parte resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 3 maggio 2018, il Comune di Morciano di Leuca, al fine di organizzare gli intrattenimenti sul proprio territorio per la stagione estiva 2018, pubblicava l’Avviso Pubblico avente ad oggetto “*Manifestazione di interesse finalizzato alla scelta di*

soggetti per la organizzazione e gestione per conto del Comune di Morciano di Leuca di manifestazioni in occasione della stagione estiva 2018 (20 giugno – 10 settembre)”.

Alla predetta manifestazione di interesse, prevista per un appalto di servizi di valore inferiore ad € 40.000,00, rispondevano tre operatori ma uno di essi veniva, poi, escluso per mancanza dei requisiti, residuando, dunque, solamente due operatori, la Società Mondoradio Tuttifrutti s.r.l., odierna ricorrente, e la Società Cooperativa Terra de Sule, odierna controinteressata, che venivano, pertanto, ammesse alla sopra menzionata manifestazione di interesse, presentando ognuna la propria proposta.

All’esito dell’esame di tali proposte, il Comune di Morciano di Leuca, ritenendo le stesse non comparabili fra loro, procedeva a trasmettere ai due soggetti partecipanti sopra menzionati, in data 8 giugno 2018, la nota n. 4317 di pari data, impugnata col ricorso introduttivo del presente giudizio, con cui chiedeva agli stessi di formulare una *“ulteriore proposta sulla base di elementi omogenei e perfettamente comparabili di seguito descritti”* e stabilendo che tale proposta doveva *“rispettare esattamente (sia in termini di impegni dell’affidatario sia in termini di n. di eventi proposti) quanto dettagliatamente indicato nell’allegato A”*, precisando, infine, che *“verrà approvata la proposta contenente il prezzo inferiore offerto (iva inclusa) sulla base dell’importo massimo stabilito di €. 38.000,00”*.

A seguito di tale nota, che assegnava un termine di tre giorni ai due soggetti partecipanti, solo la Cooperativa Terra de Sule presentava una nuova proposta che veniva, poi, approvata dal Comune di Morciano di Leuca con la determinazione n. 336 del 12 giugno 2018, anch’essa oggetto di impugnazione col ricorso introduttivo del presente giudizio; con tale determinazione, il più volte menzionato Ente Civico resistente approvava la proposta presentata dall’odierna controinteressata Cooperativa Terra de Sule, affidava il servizio oggetto

dell'appalto alla medesima e procedeva al contestuale impegno della somma necessaria.

Con nota del 18 giugno 2018, la Società Mondoradio Tuttifrutti S.r.l., odierna ricorrente chiedeva di avere accesso agli atti della procedura e, con nota del 21 giugno 2018, il Comune di Morciano di Leuca forniva chiarimenti sulla procedura seguita, precisando che, dopo aver proceduto all'apertura delle buste recanti le manifestazioni d'interesse, aveva richiesto ai due soggetti partecipanti l'elaborazione di una nuova proposta ai sensi dell'articolo 6 dell'Avviso pubblico, che prevedeva espressamente il *“diritto di sospendere, revocare o modificare o annullare definitivamente la presente manifestazione di interesse”* da parte del medesimo Comune e che, pertanto, tutto l'operato dell'Ente Civico doveva essere considerato legittimo. Col ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato in data 7 luglio 2018, parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti sopra menzionati, chiedendone l'annullamento previa sospensione, deducendo i seguenti motivi:

- Nullità del provvedimento per difetto assoluto di attribuzione e/o annullabilità per violazione di legge nella figura sintomatica della carenza di potere in concreto; Violazione della *lex specialis*, violazione dell'autovincolo, violazione della parità di trattamento; Violazione degli artt. 1, 2, 3, 5 e 6 dell'Avviso Pubblico; Violazione dell'art. 79 del D. Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016; Violazione degli artt. 41 e 97 Cost.; Violazione dell'art. 21-*septies* della Legge 241/1990 e s.m.i. per carenza di potere; Eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'assenza dei presupposti di fatto e di diritto del provvedimento, del travisamento ed erronea valutazione dei fatti, della illogicità o contraddittorietà della motivazione, della contraddittorietà tra più atti, violazione dell'art. 3 della Legge 241/1990 e s.m.i. e violazione del principio del giusto procedimento;
- Violazione dell'art. 1, 2, 3, 5 e 6 dell'Avviso Pubblico. Violazione dell'art. 79 del D. Lgs n. 50/2016. Violazione del considerando 81 della Direttiva 24/2014.

Violazione degli artt. 41 e 97 Cost.; violazione dell'art. 21-*septies* della Legge 241/1990 e s.m.i. per carenza di potere; Nullità del provvedimento per difetto assoluto di attribuzione e/o annullabilità per violazione di legge nella figura sintomatica della carenza di potere in concreto; Violazione della *lex specialis*, violazione dell'autovincolo, violazione della parità di trattamento; Eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'assenza dei presupposti di fatto e di diritto del provvedimento, del travisamento ed erronea valutazione dei fatti, della illogicità o contraddittorietà della motivazione, della contraddittorietà tra più atti, violazione dell'art. 3 della Legge 241/1990 e s.m.i. e violazione del principio del giusto procedimento.

La Società ricorrente ha, inoltre, chiesto il risarcimento del danno subito dall'illegittima condotta tenuta dal Comune di Morciano di Leuca, danno *“conseguente al lucro cessante ovvero l'interesse c.d. positivo che ricomprende sia il mancato profitto (che la ricorrente avrebbe ricavato dall'esecuzione delle manifestazioni), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto)”*.

Si è costituito in giudizio il Comune di Morciano di Leuca, contestando *in toto* le pretese avversarie e chiedendo la reiezione del ricorso.

All'udienza pubblica del 31 ottobre 2018, su richiesta di parte, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato nel merito e va respinto.
2. Col primo motivo di gravame, la Società ricorrente lamenta il fatto che *“il provvedimento impugnato modifica l'oggetto del bando (introducendo l'allegato A) ed il criterio di aggiudicazione”* e che il carattere di novità dell'Allegato A e del criterio di aggiudicazione fa emergere *“l'illegittimità della scelta di modificare la lex di gara, a buste*

aperte e senza riapertura congrua del termine di presentazione delle offerte e senza previa pubblicazione dell'intervenuta modifica nelle medesime forme: non osservando cioè un procedimento analogo a quello osservato per l'adozione dell'originaria previsione"; in altri termini, ritiene parte ricorrente che la nota n. 4317 dell'8 giugno 2018, con cui il Comune di Morciano di Leuca, preso atto della incomparabilità delle due manifestazioni di interesse ricevute, ha richiesto ai due soggetti partecipanti (Mondoradio Tuttifrutti s.r.l. e Cooperativa Terra de Sule) di trasmettere in busta chiusa la nuova proposta di organizzazione e gestione, per conto del Comune di Morciano di Leuca, delle manifestazioni in occasione della stagione estiva 2018, sia illegittima in quanto *"la commissione giudicatrice non poteva (dopo l'apertura delle buste) modificare l'oggetto ed il criterio di aggiudicazione dettato dal bando, ancorché incompleto o inapplicabile"* e questo suo operato *"ha pregiudicato l'applicazione uniforme delle regole nei confronti di tutti i partecipanti, con conseguente illegittimità dell'intero procedimento di valutazione"*.

2.1 La censura non coglie nel segno.

Il Collegio rileva, *in primis*, come non si sia in presenza di un bando di gara vero e proprio, ma di un *"Avviso pubblico"* per la manifestazione di interesse per un appalto di servizi dal valore inferiore ad € 40.000,00, ossia un appalto che ben può essere aggiudicato direttamente (con adeguata motivazione) senza bisogno di consultare due o più ditte, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a), del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm..

A tale dato, incontestato, si associa, poi, la circostanza, dirimente ai fini della reiezione della presente censura, che è lo stesso *"Avviso pubblico"*, come evidenziato da parte resistente, a prevedere, all'articolo 6 (norma non impugnata da parte ricorrente), che *"l'Amministrazione si riserva, in ogni caso ed in qualsiasi momento, il diritto di sospendere, revocare o modificare o annullare definitivamente la presente manifestazione di interesse"*, così contemplando espressamente la possibilità di modifica della manifestazione di interesse e tale possibilità poteva ben estrinsecarsi anche con la

previsione di una seconda fase della procedura, successiva all'apertura delle offerte presentate, qualora le stesse, come successo nel caso concreto, non fossero comparabili fra loro.

La giurisprudenza citata da parte ricorrente si riferisce al caso, diverso, di una gara ufficiale europea, nei cui confronti risulta applicabile, oggi, la normativa del D. Lgs. n. 50/2016 relativa alle gare sopra soglia e non l'articolo 36 del predetto D. Lgs. relativo, viceversa, alle procedure di affidamento sotto soglia, norma che, come detto sopra, consente alla stazione appaltante, salvo il caso di ricorso alle procedure ordinarie (cosa pacificamente non avvenuta nel caso *de quo*), anche di procedere mediante affidamento diretto nel caso di servizio dal costo inferiore ad € 40.000,00.

Relativamente agli appalti sotto soglia e per cifre minime, dunque, la consultazione di due o più imprese diventa solo possibile e non obbligatoria per la stazione appaltante: ne consegue, pertanto, che tale procedura informale e snella non può essere inquadrata nel novero delle procedure ordinarie applicando ad essa tutte le regole previste per queste ultime, soprattutto se la stessa procedura prevede, al suo interno, clausole tese a mantenere la snellezza della stessa consentendo all'Amministrazione anche la modifica, in qualunque momento, della manifestazione stessa.

In tale caso, risulta fondamentale che la modifica non pregiudichi la parità dei soggetti che partecipano alla procedura informale ma tale situazione non si è verificata nel caso concreto, in cui tutte e due le imprese sono state compulsate, con la medesima tempistica, a presentare una nuova offerta, il cui contenuto era stato predeterminato dalla stazione appaltante, residuando alle stesse la possibilità di offrire prezzi diversi.

Certamente la procedura adottata dal Comune di Morciano di Leuca per l'affidamento della realizzazione di iniziative per la stagione estiva 2018 è risultata

poco efficiente, atteso che non ha previsto, fin dal primo momento, un modulo di domanda che rendesse le proposte successive sicuramente comparabili fra loro ma tale indubbio deficit di efficienza non è trasmodato nella illegittimità dei provvedimenti successivamente adottati, atteso che gli stessi si sono posti in piena attuazione delle clausole previste dall'Avviso pubblico per manifestazione di interesse e non hanno leso la parità dei concorrenti, posti nelle stesse condizioni per la presentazione di una nuova offerta, anche relativamente agli stretti tempi di consegna (tempi, comunque, imposti anche dall'approssimarsi della stagione estiva nel cui ambito dovevano svolgersi gli spettacoli).

3. Col secondo motivo di ricorso, la Società ricorrente sostiene che la richiesta effettuata dalla stazione appaltante alle due concorrenti per una nuova offerta (rispetto ad un programma di iniziative da essa predefinito) sia illegittima in quanto, oltre a costituire una inammissibile modifica del bando come sostenuto nel primo motivo di gravame, non può nemmeno farsi rientrare nella fattispecie di rimodulazione delle offerte prevista dall'articolo 5 del bando, atteso che la rimodulazione prevista dal predetto articolo 5 poteva esplicarsi solo nel caso le menzionate offerte non fossero compatibili economicamente con le disponibilità dell'Amministrazione mentre, nel caso concreto, entrambe le offerte presentate erano economicamente compatibili.

3.1 Il motivo non è fondato.

Come già sopra esplicitato, la modifica della manifestazione di interesse, avvenuta con la nota n. 4317 dell'8 giugno 2018 oggetto di impugnazione, era conforme all'Avviso pubblico per manifestazione di interesse del 3 maggio 2018 e, precisamente, all'articolo 6 del predetto Avviso, a cui, peraltro, non risultano applicabili tutte le disposizioni normative in materia di bandi di gara per gli appalti sopra soglia; ne consegue, dunque, che non è rilevante che tale richiesta non possa essere inquadrata quale semplice richiesta di rimodulazione delle proposte

progettuali, trattandosi invece di richiesta di nuova offerta (su contenuto predeterminato analiticamente dalla medesima stazione appaltante) per sanzionare la sua illegittimità, atteso che la non possibile riconduzione della richiesta alla previsione di cui all'articolo 5 dell'Avviso pubblico (ossia richiesta di rimodulazione delle proposte) risulta irrilevante, perché la stessa si configura, come detto sopra relativamente alla discussione del primo motivo di ricorso, come esplicazione di una facoltà per la stazione appaltante prevista dal successivo articolo 6, disposizione peraltro, si ribadisce, non impugnata nel presente giudizio. Né, stante quanto detto sopra, risulta rilevante il fatto che la nota comunale impugnata non costituisce un chiarimento fornito dalla stazione appaltante, rispetto a cui, poi, sarebbero stati prorogati i termini di presentazione delle offerte, atteso che anche la mancata riconduzione della nota impugnata ad un rilascio di chiarimenti non muta i termini della questione circa la natura e l'oggetto della nota n. 4317/2018 come sopra già delineati.

4. La legittimità dell'operato della stazione appaltante, acclarata per le ragioni sopra esposte, elimina, poi, in radice la possibile sussistenza, nel caso *de quo*, di un danno ingiusto da risarcire e rende, pertanto, infondata la relativa domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla Società ricorrente in merito.

5. Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso deve essere respinto.

6. Sussistono i presupposti di legge (l'assoluta novità di talune questioni oggetto della controversia) per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, 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 Lecce nella camera di consiglio del giorno 31 ottobre 2018 con
l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Massimo Baraldi, Referendario, Estensore

Anna Abbate, Referendario

L'ESTENSORE
Massimo Baraldi

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO