Pubblicato il 20/06/2023

N. 00371/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00077/2023 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 77 del 2023, proposto da

[redacted] Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Giuseppe Vallania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune [redacted], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Guidi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cooperativa Sociale [redacted] Società Cooperativa per Azioni, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione

del provvedimento di risoluzione del contratto di concessione relativo alla gestione della residenza per anziani [redacted]

[redacted] adottato con determinazione n. 5 del 24 gennaio 2023 del Responsabile del IV Settore Servizi e Politiche Sociali, Scolastici, Cultura e Turismo del Comune di [redacted], avente ad oggetto: “Risoluzione del contratto di concessione per la gestione della residenza per anziani [redacted] con la Società Cooperativa Sociale [redacted]”;

- della nota presupposta datata 16 dicembre 2022 a firma del Responsabile del IV Settore;
- e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune [redacted];

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2023 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La cooperativa ricorrente, a seguito di procedura ad evidenza pubblica indetta sul finire del 2015 dalla Stazione Unica Appaltante istituita presso la Provincia di [redacted], era divenuta aggiudicataria della concessione relativa alla gestione, per un periodo di dieci anni, della residenza per anziani [redacted]

Con il presente ricorso [redacted] impugna la determinazione n. 5 del 24 gennaio 2023 del Responsabile del IV Settore del Comune [redacted], con cui l’ente concedente ha deciso di risolvere il contratto accessivo alla concessione e tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi.

2. In punto di fatto nel ricorso si espone quanto segue.

2.1. In un primo tempo la gestione della casa di riposo non presentava particolari

problemi, tanto che [redacted] superava agevolmente il primo anno di affidamento in prova.

Successivamente, con l'avvento della nota pandemia, il sinallagma negoziale veniva completamente alterato, visto che in capo al concessionario nascevano nuove ed impreviste spese per: i) le azioni specifiche per la gestione delle attività in ambienti costantemente sanificati; ii) l'acquisizione di dotazioni di protezione individuale in aggiunta a quelle già in uso nel rispetto dei dettami in materia di sicurezza sul lavoro; iii) la gestione della logistica per l'isolamento dei pazienti contagiati o sospettati di contagio, attraverso la previsione di percorsi assistenziali separati necessari per evitare la promiscuità e la conseguente diffusione del contagio; iv) la continua azione di reclutamento e selezione di personale, necessaria per rinforzare gli organici delle unità lavorative impiegate nel servizio. Oltre a ciò la ricorrente registrava un calo significativo dell'utenza, con conseguente drastica riduzione dei ricavi previsti all'epoca della gara e aumento inaspettato dei costi di gestionale.

2.2. Tali circostanze venivano segnalate al Comune una prima volta con la nota del 19 giugno 2020, in cui il concessionario chiedeva l'immediato "…*avvio di un dialogo volto a risolvere le criticità e consentire alla scrivente la prosecuzione della gestione sollevandola, almeno in parte, dalle imprevedibili diseconomie che sono venute a crearsi*". Il Comune, in data 24 giugno 2020, forniva un sintetico ed inconferente riscontro (doc. allegato n. 5 al ricorso).

L'anno 2020 si concludeva con ingenti sforzi da parte di [redacted] volti unicamente a contrastare la pandemia (il tutto grazie al pedissequo rispetto della normativa susseguitasi nei mesi in materia di sicurezza ed al mantenimento dello*standard* assistenziale, nonostante il calo drastico dell'utenza dovuto al blocco degli ingressi imposto *ex lege*) e, solo quando è stato possibile disporre del consuntivo economico della gestione, la ricorrente, in data 28 ottobre 2021, ha formulato un'istanza di revisione del canone di concessione (determinato in sede di gara come canone "fisso" e non a "posto letto occupato", come previsto in altri rapporti di tipo

concessorio, nonché dalla normativa della Regione Emilia Romagna) in rapporto al reale tasso di occupazione dei posti letto.

Poiché il Comune non riscontrava questa seconda istanza, la cooperativa si vedeva costretta a reiterare le proprie richieste con nota datata 14 febbraio 2022, nella quale, dopo aver circoscritto le minori entrate ed i maggiori costi dovuti alla pandemia per gli anni 2020 e 2021, evidenziava l'obbligo del concedente di rivedere l'equilibrio del piano economico finanziario per "*…fatti non riconducibili al concessionario…*", e ciò ai sensi dell'art. 165, comma 6, del vigente Codice dei contratti pubblici.

Soltanto nei mesi di aprile/maggio 2022, l'amministrazione concedente, consapevole degli ingenti sforzi economici sostenuti dalla cooperativa, avanzava finalmente una concreta proposta di riequilibrio economico della concessione (docc. allegati nn. 8 e 9 al ricorso), la quale, come eccepito da [redacted] con nota del 31 maggio 2022, non risultava però sufficiente a ripristinare un corretto sinallagma negoziale.

2.3. La divergenza tra le rispettive proposte veniva acclarata a seguito di incontri fra le parti svoltisi nel mese di agosto dell'anno 2022, nel corso dei quali si ipotizzava, quale *extrema ratio*, di addivenire ad una risoluzione consensuale del contratto di concessione per sopravvenuta onerosità, ai sensi dell'art. 1467 c.c. (nota del Comune datata 5 settembre 2022).

In questo frangente il Comune formulava, in data 27 settembre 2022, una richiesta istruttoria, invitando la cooperativa a produrre documentazione relativa a: i) il "*…tasso di saturazione dalla data di avvio del servizio ad oggi…*", e ii) la "*…lista d'attesa/domande d'ingresso relative alle annualità 2018-2022*".

La ricorrente, pur ritenendo "fuori contesto" la richiesta di cui al punto ii) (visto che la maggior parte degli ingressi degli utenti sono direttamente gestiti dall'A.S.L. territorialmente competente), ottemperava tempestivamente e, in data 7 ottobre 2022, forniva i dati relativi al tasso di saturazione della struttura dalla data di avvio

del servizio sino all'ottobre 2022, mentre, per ciò che riguardava le liste d'attesa, invitava il Comune a rivolgersi direttamente all'A.S.U.R. marche.

In data 28 novembre 2022 l'amministrazione inviava ad [redacted] un sollecito di riscontro ad una PEC del 14 ottobre 2022, in realtà mai pervenuta alla ricorrente, in cui "*…rinnovava l'invito a codesta Cooperativa a trasmettere i dati delle annualità 2018-2022, relativi alla gestione contabile e finanziaria dello specifico centro di costo e alla gestione delle liste d'attesa dei n. 20 posti a libero mercato*".

Pur ritenendo tale richiesta non conferente rispetto all'istanza di revisione del canone a suo tempo presentata, la ricorrente riscontrava la richiesta dell'amministrazione (docc. allegati nn. 16 e 16-*bis* al ricorso).

2.4. Sennonché, dopo ricevuto tutta la documentazione di cui sopra, con nota del 16 dicembre 2022 l'amministrazione cambiava repentinamente posizione, dichiarando di non essere più disponibile ad una revisione o ad una risoluzione consensuale del rapporto, e ciò sul presupposto (assurdo, secondo [redacted]) che il concessionario, durante il periodo emergenziale, non avesse percepito minori introiti nella gestione della R.S.A. rispetto a quanto preventivato nell'offerta presentata nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica. Anzi, il Comune, pur senza allegare alcun dato contabile, ipotizzava persino che il concessionario nell'anno 2020 avesse registrato un incremento dei ricavi, affermazione questa che, con tutta evidenza, appare del tutto incredibile e comunque in contrasto con i dati contabili esposti dal concessionario nella nota del 14 febbraio 2022, in cui i minori ricavi legati al tasso di saturazione della struttura negli anni 2020 e 2021 venivano quantificati in circa 280.000,00 € (ossia il 12,5% in meno rispetto al fatturato previsto).

Con la stessa nota, inoltre, l'amministrazione diffidava [redacted] al pagamento dei canoni di concessione a quel tempo insoluti, avvisando che, in difetto, si sarebbe proceduto alla risoluzione del contratto per inadempimento. [redacted], con nota del 23 dicembre 2022, contestava la posizione erronea ed incoerente assunta dal Comune, evidenziando la distonia della decisione assunta con la nota del 16 dicembre 2022 rispetto all'impegno di addivenire ad una rinegoziazione delle

condizioni contrattuali originarie e respingendo, a titolo di eccezione di inadempimento, la richiesta di pagamento dei canoni insoluti. [redacted], oltre a ciò, si faceva anche parte attiva e responsabile per comporre la vertenza, dando avvio, in data 11 gennaio 2023, all'apposita procedura di mediazione avanti all'O.D.M. di Urbino, con primo incontro fissato per il giorno 6 marzo 2023.

2.5. Tuttavia, nonostante il diritto della cooperativa di ottenere, ai sensi dell'art. 165, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, un adeguamento del PEF e nonostante l'avvio della procedura di mediazione (azionata proprio con la finalità di definire il corretto *quantum* del canone concessorio), l'amministrazione adottava l'impugnata determinazione n. 5/2023, a cui faceva poi seguito l'interpello nei riguardi della cooperativa che, nella gara del 2016, si era collocata al secondo posto della graduatoria.

Ancora, pur ritenendo irragionevole ed ingiustificata la posizione del Comune, a titolo di collaborazione procedeva, in data 31 gennaio 2023, al pagamento dei canoni pretesi dal concedente, facendo salvo il diritto di ripetere le somme versate in eccesso e invitando l'amministrazione ad annullare in autotutela il provvedimento di risoluzione.

3. Non avendo ricevuto alcun riscontro da parte del Comune, [redacted] ha proposto dunque il presente ricorso, affidato ai seguenti motivi:

a) violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione e falsa interpretazione ed applicazione dell'art. 176, comma 7, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione e falsa interpretazione ed applicazione dell'art. 1453 c.c. Violazione e falsa interpretazione ed applicazione degli artt. 9 e 31 sub "C") del capitolato speciale e dell'art. 6 del contratto. Eccesso di potere per sviamento, per manifesta irragionevolezza ed ingiustizia.

Con il primo motivo la ricorrente evidenzia che:

- si deve anzitutto rilevare come la risoluzione sia stata motivata unicamente "*…in esito all'omesso pagamento dei canoni concessori con riferimento al 2°-3°-4°*

trimestre dell'annualità 2022, per il complessivo importo di € 136.104,00, anche in esito alla messa in mora in data 16/12/2022 ed allo spirare del relativo termine per provvedere". Si deve dunque ritenere che la risoluzione è stata comminata esclusivamente per morosità, attesa l'impeccabile esecuzione del servizio da parte del concessionario;

- ma se così è, si deve considerare che: i) l'art. 9 del capitolato speciale ed il corrispondente art. 6 del contratto, espressamente richiamati nel provvedimento impugnato, pongono semplicemente in capo al concessionario l'obbligo di corresponsione del canone di concessione, senza configurare in alcun modo il relativo inadempimento quale causa risolutiva del rapporto; ii) l'art. 31 *sub* "C" del capitolato speciale, rubricato "Penalità", nel regolare le sanzioni applicabili in relazione a gravi inadempimenti del concessionario, considera il mancato pagamento dei canoni concessori quale "infrazione di tipo C" (categoria di infrazioni considerate di più lieve entità, ciascuna delle quali equivalente a 0,5 "punti infrazione") e, dalla lettura dell'ultimo paragrafo relativo a tale tipologia "C", si evince chiaramente che la risoluzione del contratto e l'escussione della cauzione definitiva possono essere azionate soltanto a fronte di un cumulo di 6 "punti infrazione". Pertanto, il fatto che l'amministrazione non abbia mai applicato al gestore alcuna sanzione pecuniaria, oltre a costituire uno degli elementi fondanti dell'affidamento di [redacted] nella possibilità di raggiungere un accordo nella lunga trattativa sulla rimodulazione del canone oppure su una risoluzione di tipo consensuale, esclude radicalmente la configurabilità dei presupposti per procedere alla risoluzione unilaterale del contratto. In definitiva, il mancato pagamento dei canoni di concessione, anche se fosse valutabile come inadempimento e non quale legittima sospensione all'adempimento *ex* art. 1460 c.c., poteva soltanto comportare l'applicazione di una penale (nella specie di tipo "C") con l'avvio della riscossione coattiva e non certo la risoluzione del contratto;

- la risoluzione unilaterale del contratto, quindi, avrebbe potuto essere legittimamente adottata, in applicazione della *lex specialis*, solo dopo che il

concessionario avesse assommato un totale “punti infrazione” pari a 6 nel medesimo anno (pag. 18 del CSA) e comunque, secondo i principi generali dettati da consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. civ., Sez. III, ordinanza n. 4022 del 20 febbraio 2018 e sentenza n. 22346 del 22 ottobre 2014), solo se l’inadempimento avesse assunto un carattere di gravità tale da non consentire in alcun modo la prosecuzione del rapporto contrattuale e solo se ad esso non fosse possibile porre rimedio attraverso rimedi giuridici alternativi (ad esempio l’applicazione di penali o la riscossione coattiva), rimedi alternativi che il Comune nemmeno ha valutato;

- peraltro l’operato del Comune è anche contraddittorio, visto che l’efficacia del provvedimento risolutivo è espressamente condizionata all’individuazione di un nuovo gestore, per cui delle due l’una: o l’inadempimento addebitato ad [redacted] è grave (come richiede la normativa di settore al fine della risoluzione contrattuale) e quindi il provvedimento è immediatamente esecutivo essendo il gestore totalmente carente dei requisiti per la continuazione di un servizio così delicato come quello oggetto della presente concessione, oppure l’inadempimento non possiede gli estremi della gravità, non riguardando profili che mettono a repentaglio l’interesse pubblico (come l’ipotesi in esame, in cui si discute solo dei canoni concessori) e allora la risoluzione pubblicistica non può legittimamente operare, esistendo strumenti differenti da poter azionare;

- il provvedimento impugnato, sotto questo profilo, è anche sproporzionato rispetto alla scelta della cooperativa ricorrente di interrompere i pagamenti esercitando, in un rapporto giuridico corrispettivo, la legittima sospensione del proprio adempimento. Va infatti ribadito che il pagamento del canone è stato posticipato proprio in ragione dell’affidamento riposto dalla ricorrente in relazione all’apertura di una trattativa per la rinegoziazione del piano economico finanziario, da cui sarebbero potute discendere o la rimodulazione al ribasso del canone o, al massimo, la risoluzione consensuale del rapporto, con conseguente rinuncia del Comune ad

una parte del canone;

b) violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione e falsa interpretazione ed applicazione, sotto altro profilo, degli artt. 9 e 31 sub "C") del capitolato speciale. Violazione e falsa interpretazione ed applicazione dell'art. 13 del contratto. Eccesso di potere per sviamento, per manifesta irragionevolezza ed ingiustizia.

Con il secondo motivo [redacted] evidenzia che:

- la circostanza che la risoluzione per morosità, di cui al già citato art. 31 del capitolato, dovesse necessariamente essere preceduta da una sanzione pecuniaria è confermata anche dall'art. 13 del contratto, recante "Penalità e risoluzione del contratto", il quale così dispone: "…*immediatamente dopo aver ottenuto un «totale punti infrazione» pari a 6 nel medesimo anno, l'Amministrazione Comunale procederà alla risoluzione del contratto ed all'incameramento della cauzione definitiva, si rimanda all'art.31 del capitolato*". Poiché ad essa ricorrente non è stata mai applicata alcuna sanzione contrattuale, né è stato contestato alcun inadempimento, la risoluzione è solo per questo illegittima;
- oltretutto, nel caso di specie è mancato il procedimento in contraddittorio descritto dal citato art. 31 del capitolato speciale, richiamato dall'art. 13 del contratto, a mente del quale: "*La sanzione «pecuniaria» sarà applicata dopo formale contestazione ed esame delle eventuali controdeduzioni del concessionario, le quali devono pervenire entro 10 giorni dalla data della contestazione*";

c) violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione e falsa interpretazione ed applicazione dell'art. 165, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per manifeste irragionevolezza ed ingiustizia.

Con il terzo motivo la ricorrente evidenzia che:

- il provvedimento impugnato cita, in parte motiva, la nota presupposta datata 16 dicembre 2022 a firma del responsabile del IV Settore, in cui si afferma che "… *l'Amministrazione comunale prendeva atto dell'insussistenza dei presupposti per addivenire anche ad una risoluzione convenzionale (...) richiedendo la corretta esecuzione del servizio nel rispetto degli obblighi convenzionali assunti*". Con tale

nota l'amministrazione ha sostanzialmente disatteso le richieste economiche della cooperativa argomentando i) in ordine alla presunta assenza di maggiori costi derivanti dall'emergenza epidemiologica e ii) in ordine all'impossibilità di ridurre il canone posto a base di gara nel "*…rispetto del principio di concorrenza e par condicio tra i partecipanti*";

- *in parte qua*, però, l'operato del Comune si pone in distonia con il comma 6 dell'art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016, che così dispone: *"Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio (...)*". Infatti, se da un lato il PEF rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale, preordinato alla dimostrazione della concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione, dall'altro tale documento esprime, anche dinamicamente, la sintesi e la matrice economico-finanziaria del rapporto concessorio, assicurandone la costante sostenibilità e redditività (in tal senso, da ultimo, Consiglio di Stato, sentenza n. 4636/2020 e le analoghe pronunce in essa richiamate);

- dunque, così come precisato anche recentemente dal G.A. in tema di conseguenze della nota emergenza sanitaria, il complessivo equilibrio economico finanziario delle concessioni deve essere valutato "*…non già in una prospettiva statica come negli appalti (ove è certo il corrispettivo) ma in una prospettiva necessariamente dinamica proprio in ragione dei rischi assunti dal concessionario, da ciò derivando proprio le particolari disposizioni in materia di revisione del P.E.F. di cui all'art. 165 del d.lgs. n. 50/2016*" (TAR Lazio, n. 12966/2020);

- nel caso di specie il provvedimento di risoluzione appare quindi viziato anche dalla scelta del concedente di non voler in alcun modo riconoscere un effettivo riequilibrio del PEF, atteso che tale scelta è stata argomentata: a) in ordine all'assenza di maggiori costi derivanti dall'emergenza epidemiologica, circostanza questa del tutto scollegata dalla realtà (come si è già esposto in fatto); b) in ordine

all'impossibilità di ridurre il canone posto a base di gara nel "*…rispetto del principio di concorrenza e par condicio tra i partecipanti…*", quando, al contrario, il PEF non va considerato alla stregua di un'offerta economica presentata in una gara d'appalto (la quale è fissa ed immutabile), ma va valutato in maniera dinamica e quindi senza che debba considerarsi intangibile rispetto al momento della gara;

- il provvedimento impugnato merita l'annullamento anche per questo ulteriore motivo, ovverosia per essere stato emanato sul presupposto che il PEF non necessitasse di una effettiva rideterminazione delle condizioni di equilibrio.

4. Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Comune [redacted], il quale, oltre a contestare la fondatezza delle censure articolate dalla ricorrente, ha altresì depositato documentazione da cui emerge che alla cooperativa ricorrente sono stati contestati specifici inadempimenti contrattuali e sono state irrogate penalità (su questi aspetti si tornerà *infra*).

All'esito della camera di consiglio del 22 marzo 2023 il Tribunale, accertato che nelle more non si era ancora avuto il subentro da parte della cooperativa all'uopo interpellata in sede di scorrimento della graduatoria della gara originaria, ha accolto la domanda cautelare, fissando per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 7 giugno 2023 (ordinanza n. 57/2023).

In vista di tale udienza le parti hanno depositato, oltre alle memorie conclusionali, ulteriore documentazione, ed in particolare:

- il Comune ha prodotto altri documenti relativi a contestazioni mosse ad [redacted] per inadempienze contrattuali accertate nei primi mesi del 2023;

- la ricorrente ha depositato gli atti con cui l'A.N.A.C. ha archiviato la segnalazione a suo tempo trasmessa dal Comune, ritenendo che la presente risoluzione non dovesse essere annotata nel Casellario tenuto dall'Autorità, in quanto "*…la mera risoluzione del contratto nel caso di specie (eccessiva onerosità sopravvenuta per causa Covid e canoni immediatamente versati) non costituisce un grave illecito professionale giustificante l'esclusione e, a fortiori, non può essere considerata notizia utile da iscrivere in casellario*".

Anche nel corso della discussione orale le parti, ciascuna ovviamente *pro domo sua*, hanno enfatizzato la rilevanza di tali fatti sopravvenuti.

DIRITTO

5. Come si può comprendere dall'esposizione in fatto, la cooperativa ricorrente muove sostanzialmente due ordini di censure, l'una che attiene all'asserito malgoverno da parte del Comune delle clausole contrattuali applicabili nella fattispecie, la seconda che attiene invece alla questione presupposta inerente il diritto del concessionario ad ottenere, nelle ipotesi previste dall'art. 165, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, il riequilibrio delle condizioni contrattuali in presenza di circostanze impreviste ed imprevedibili al momento della formulazione dell'offerta.

Nel corso della discussione orale il difensore della ricorrente ha sottolineato che la seconda questione nella presente controversia assume rilievo sostanziale, visto che, in disparte l'infondatezza delle contestazioni mosse tardivamente dal Comune in merito alla regolarità della gestione del servizio, il mancato pagamento dei canoni dovuti da [redacted] per il 2022 non era da attribuire a problemi di natura finanziaria (*id est*, insolvibilità della cooperativa), bensì alla scelta volontaria della stessa cooperativa di avvalersi della facoltà di cui all'art. 1460 c.c. (il che è comprovato dal fatto che, sia pure dopo l'adozione del provvedimento impugnato e dunque in ritardo rispetto alla scadenza imposta dal concedente, i canoni sono stati pagati senza alcuna difficoltà). Pertanto, secondo la ricorrente, il Tribunale deve esaminare anche la fondatezza delle richieste di rimodulazione delle condizioni contrattuali a suo tempo formulate da [redacted], essendo questo un profilo dirimente.

Il Collegio condivide tale prospettazione, non essendovi dubbio alcuno sul fatto che tutto nasce dalle reiterate richieste della ricorrente di addivenire ad una modifica delle originarie condizioni contrattuali o, *extrema ratio*, alla risoluzione consensuale del rapporto negoziale, e non essendovi nemmeno dubbio sul fatto che [redacted], sia pure dopo l'adozione del provvedimento impugnato, ha corrisposto i canoni riferiti al 2022 rimasti sino a quel momento insoluti.

6. Peraltro vanno esaminate con priorità logica le censure afferenti la dedotta violazione delle clausole del capitolato e del contratto che disciplinano l'applicazione delle penalità e delle altre sanzioni, visto che il provvedimento impugnato si fonda per l'appunto esclusivamente sull'inadempimento del concessionario, di talché, se tali censure fossero fondate, il ricorso andrebbe solo per questo accolto.

Il primo e il secondo motivo sono però infondati.

Va infatti evidenziato che:

- la pur attenta ricostruzione delle clausole negoziali applicabili alla fattispecie operata dalla ricorrente non tiene conto di una disposizione fondamentale, contenuta sempre nell'art. 31, sub "C"), terzo alinea del capitolato speciale, la quale prevede testualmente che il mancato pagamento dei canoni implica una multa pari a € 300,00 per ogni giorni di ritardo "*…fermo restando che il ritardo o il mancato pagamento del canone costituirà grave inadempimento, tale da comportare la risoluzione del contratto*". Alla luce della predetta clausola, risultano infondate sia le doglianze relative alla mancata applicazione del meccanismo dei "punti penalità" previsto dallo stesso art. 31, sia quelle relative alla violazione del contraddittorio procedimentale previsto sempre dall'art. 31 in caso di contestazioni afferenti specifiche inadempienze accertate in fase di erogazione del servizio (mentre, con riguardo al mancato pagamento dei canoni il contraddittorio c'è stato, avendo il Comune concesso alla ricorrente ben trenta giorni per provvedere al pagamento delle somme dovute);

- tale clausola, peraltro, attiene ad un adempimento rilevantissimo posto a carico del concessionario, ossia, come ha correttamente evidenziato la difesa comunale, quello più importante e che, fra l'altro, è stato decisivo ai fini dell'aggiudicazione in favore di [redacted] della gara originaria. Infatti, come emerge anche dalla sentenza di questo Tribunale n. 603/2016, in gara la cooperativa ricorrente aveva offerto un aumento del 50,25% sul canone posto a base della selezione, il che, oltre a sbaragliare l'altro concorrente, ha concretizzato per il Comune [redacted]

un’entrata significativa e in parte anche imprevista per ciò che attiene al *quantum*;

- in questo senso, dunque, la clausola del capitolato che prevede che il mancato pagamento dei canoni costituisce *ex se* causa di risoluzione non è né illegittima né sproporzionata rispetto alle finalità ad essa sottese (visto che i canoni in questione entrano nel bilancio di un ente pubblico e quindi le relative somme vengono utilizzate per il perseguimento di finalità istituzionali di pubblico interesse). E, comunque, nella specie l’inadempimento è grave perché ha riguardato i canoni dovuti per tutto l’anno 2022 e non una singola rata;

- né si può ritenere che nella specie la ricorrente si sia avvalsa legittimamente dell’eccezione di inadempimento di cui all’art. 1460 c.c., visto che, come correttamente eccepito dalla difesa comunale, nel caso di specie il concedente non è risultato inadempiente alle sue obbligazioni (o, meglio, alle uniche due obbligazioni gravanti sostanzialmente a suo carico, ossia l’obbligo di mettere a disposizione dell’aggiudicatario la R.S.A. e il dovere di astenersi da qualsiasi comportamento che impedisse alla ricorrente di svolgere il servizio). Fra l’altro, poiché nella specie il mancato pagamento dei canoni è stato palesemente utilizzato da [redacted] come strumento di pressione sulla parte pubblica, l’art. 1460 c.c. dovrebbe semmai essere applicato contro il concessionario, visto che il comma 2, con riguardo alla posizione del contraente fedele, stabilisce che questi “*…non può rifiutarsi l’esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede*”. In realtà, l’inadempimento che [redacted] imputa al Comune non attiene evidentemente alle obbligazioni negoziali, ma ad un’obbligazione esterna alle pattuizioni contrattuali, afferendo essa alla modifica delle condizioni originarie, il che conduce all’esame della questione fondamentale attorno a cui ruota il presente giudizio.

Da ultimo, però, e sempre con riguardo al primo e al secondo motivo di ricorso, davvero non si comprende il motivo per cui la ricorrente non abbia provveduto al pagamento dei canoni insoluti nell’arco temporale concessole dal Comune con la

nota del 16 dicembre 2022, visto che l'adempimento, sia pure tardivo, avrebbe impedito all'amministrazione di poter risolvere il contratto per questo specifico motivo e avrebbe dunque evitato il presente contenzioso, fatte salve le questioni relative agli altri specifici inadempimenti *medio tempore* contestati dal concedente (dei quali il Tribunale non deve però occuparsi, non essendo stati posti a base del provvedimento impugnato).

7. Passando dunque a trattare del terzo motivo di ricorso, il Collegio non può esimersi, in premessa, dal rilevare sia l'inconferenza sia l'erroneità (non sostanziale, ma motivazionale) del provvedimento di archiviazione adottato dall'A.N.A.C. a seguito della segnalazione dell'avvenuta risoluzione del contratto, trasmessa, a norma di legge, dal Comune di Acqualagna.

7.1. Ai fini della presente decisione il provvedimento dell'Autorità Anticorruzione non può essere tenuto in considerazione:

- sia perché la competenza a stabilire se l'impugnata risoluzione è legittima o meno spetta, se non altro in base al criterio temporale della prevenzione, al giudice e non all'Autorità (il presente ricorso, infatti, è stato notificato prima della segnalazione, tanto che di esso si dà conto nella segnalazione medesima);
- sia perché, pur concordando il Tribunale sulla correttezza della decisione di non procedere all'annotazione sul casellario, la motivazione dell'atto è errata in punto di fatto e di diritto. Infatti, e premesso che nella specie non si è in presenza di un'esclusione da una gara, non si è considerato che la risoluzione è stata comminata per una specifica inadempienza prevista dal capitolato e dal contratto e che della questione della eccessiva onerosità il Comune non si è per nulla occupato, appunto perché ha ritenuto sussistente un'autonoma e pregiudiziale causa di risoluzione. Si deve fra l'altro ritenere che l'Autorità non fosse in possesso di tutti gli atti del presente giudizio, per cui non si comprende come si sia potuto affermare in maniera così perentoria che nella specie si fosse in presenza di un'eccessiva onerosità sopravvenuta dovuta all'emergenza pandemica, mentre il tardivo pagamento dei canoni non rileva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c., a

favore della ricorrente, se non altro perché nella specie il Comune ha adottato il provvedimento di risoluzione dopo aver concesso ad [redacted] trenta giorni per adempiere, *ergo* l'operato del concedente è stato improntato alla buona fede. Non è invece contraria alla buona fede la decisione del Comune di non annullare in autotutela il provvedimento impugnato, visto che l'esercizio dell'autotutela è ampiamente discrezionale.

7.2. Ciò detto, e tornando *in medias res*, il Tribunale osserva in premessa che le pur fondate argomentazioni giuridiche esposte dal Comune in merito all'esegesi dell'art. 165, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, nonché in merito alla stessa applicabilità, *ratione temporis*, del Codice degli appalti del 2016, non sarebbero in assoluto decisive ai fini della reiezione del ricorso, in quanto è innegabile che durante il periodo in cui il rapporto concessorio fra la ricorrente e il Comune ha avuto vigenza si è verificato un evento epocale assolutamente imprevedibile, del quale peraltro anche il legislatore si è interessato proprio con specifico riguardo alla materia dei contratti, sia pubblici che privati (si vedano, per tutti, l'art. 91 del D.L. n. 18/2020, convertito in L. n. 27/2020, e l'art. 8 del D.L. n. 76/2020, convertito in L. n. 120/2020).

Gli argomenti difensivi del Comune sono invece assolutamente condivisibili nella parte in cui, da un lato si evidenzia che il diritto del concessionario al riequilibrio contrattuale non è assoluto con riguardo al *quantum*, dall'altro lato che, in caso di mancata condivisione della proposta del concedente (condivisione assolutamente necessaria, dovendo esistere, affinché si possa parlare di contratto, l'*in idem consensus*), il rimedio a disposizione del concessionario è il recesso.

7.3. Nella specie, e premesso che [redacted] non ha ritenuto di esercitare il diritto di recesso, l'attenzione deve concentrarsi sul primo profilo, il quale involge numerose questioni, di cui il Tribunale può occuparsi *funditus* stante il fatto che *in subiecta materia* al G.A. è attribuita la giurisdizione esclusiva, trattandosi di concessione di servizi pubblici e di controversia che non attiene a canoni, indennità ed altri

corrispettivi.

7.3.1. La prima questione da esaminare attiene all'antefatto storico, ossia alla gara svolta nel 2015/2016.

Al riguardo, gli elementi che il Tribunale ritiene rilevanti sono i seguenti:

- in primo luogo, l'offerta economica formulata da [redacted], ossia l'aumento del 50,25% sul canone posto a base di gara. La congruità di tale offerta, palesemente anomala, era stata in effetti censurata dal concorrente secondo graduato e questo Tribunale, pur respingendo il ricorso (citata sentenza n. 603/2016), in sede cautelare aveva ordinato alla stazione appaltante di procedere alla verifica di congruità dell'offerta tenendo anche conto del P.E.F.;
- in secondo luogo, i dati forniti dal Comune [redacted] ai concorrenti in merito al tasso storico di saturazione dei posti letto. Al riguardo, ed evidenziato che Ancora non contesta la veridicità dei dati suddetti (in base ai quali il tasso di occupazione della residenza protetta era del 98,5%, quello della casa di risposo dell'89%, quello della casa albergo del 100%, mentre nel centro diurno non erano presenti a quella data ospiti - doc. allegato n. 36 alla produzione della ricorrente del 26 aprile 2023), va osservato che un operatore di provata esperienza nel settore quale è la ricorrente sa (o dovrebbe sapere usando l'ordinaria diligenza) che il tasso di occupazione di una R.S.A. va valutato con estrema attenzione e prudenza in sede di formulazione dell'offerta e di redazione di un P.E.F., visto che, per un verso il dato non può essere oggettivamente fisso (per cui non si può imputare all'ente pubblico titolare della struttura di aver fornito numeri che nel tempo mutano), per altro verso esso dipende da tante variabili (età e condizioni di salute della popolazione residente nel territorio in cui insiste la R.S.A., numero di strutture analoghe presenti nel medesimo territorio, importo delle tariffe, etc.) di cui va prudenzialmente tenuto conto in sede di formulazione dell'offerta.

Questi due elementi, letti contestualmente, costituiscono un primo elemento che milita a sfavore della ricorrente, la quale ha formulato un'offerta eccessivamente onerosa confidando evidentemente, ma infondatamente, sull'occupazione al 100%

della struttura.

7.3.2. Sempre in qualche modo collegata all'antefatto storico è la questione dell'incidenza dei rinnovi contrattuali, visto che anche il costo della manodopera era stato a suo tempo oggetto di verifica di congruità. Al riguardo le pretese di [redacted] sono del tutto infondate, in quanto i rinnovi contrattuali non costituiscono un evento imprevedibile e/o eccezionale, essendo al contrario evenienza normale, soprattutto se si guarda all'orizzonte temporale della concessione, ossia ad un arco temporale di dieci anni (di norma, infatti, i rinnovi dei c.c.n.l. sono triennali, per cui nel periodo di prevista durata del rapporto concessorio [redacted] doveva considerare almeno tre tornate di rinnovi contrattuali). L'incremento dei costi dovuto ai rinnovi contrattuali non poteva quindi essere oggetto di valutazione in sede di rimodulazione delle condizioni contrattuali.

7.3.3. Ad analoghe conclusioni si deve pervenire con riguardo alla connessa questione degli oneri legati all'impiego presso la R.S.A. di quattro O.S.S. dipendenti del Comune.

A questo proposito si deve anzitutto osservare che le lamentele della ricorrente circa il cattivo rendimento offerto dalle dipendenti in questione non trovano riscontro nelle relazioni periodiche redatta dalla responsabile della struttura (docc. allegati nn. 13 e 14 al deposito del Comune del 16 marzo 2023).

Inoltre, per quanto concerne specificamente i costi delle quattro unità lavorative, dagli atti di causa emerge che:

- in sede di richiesta di chiarimenti all'epoca della gara, il Comune aveva trasmesso ad [redacted] il prospetto delle ore effettivamente lavorate dalle dipendenti in questione nel quinquennio precedente e tale dato non è contestato (né del resto sarebbe contestabile, se non mediante querela di falso);
- per una delle dipendenti in questione il Comune, con nota prot. n. 4436 del 24 giugno 2020 (doc. allegato n. 5 al ricorso), aveva comunicato formalmente alla ricorrente che i costi per il congedo straordinario della dipendente sarebbero stati

sopportati dall'amministrazione;

- il numero di ore lavorate dalle quattro O.S.S. nel 2022 è drasticamente sceso solo perché una di esse è stata collocata in quiescenza (il che risulta anche dal citato doc. n. 14, in cui sono menzionate solo tre delle quattro O.S.S.).

In generale, poi, la ricorrente non spiega le ragioni per le quali le O.S.S. dipendenti comunali abbiano svolto un numero di ore lavorative inferiore a quello contrattuale, il che è assai rilevante in quanto:

- se ciò è dipeso da assenteismo ingiustificato, allora la ricorrente avrebbe dovuto segnalare tali comportamenti illeciti al concedente, ai fini dell'adozione delle conseguenti sanzioni;

- se invece le assenze sono state dovute a motivazioni previste dai contratti collettivi (ferie, malattia, gravidanza, etc.), allora vale il discorso fatto in precedenza circa la sostenibilità dell'offerta (ribadendosi che il Comune si è comunque fatto carico di alcuni di tali costi). Va infatti ricordato che in sede di stima del costo della manodopera il concorrente deve tenere conto degli oneri per le sostituzioni del personale che, nel periodo di esecuzione dell'appalto, dovesse risultare assenze per motivi legittimi e tali oneri non possono essere ribaltati sulla parte pubblica.

7.3.4. Quanto al tasso di occupazione della R.S.A., dagli atti di causa, ed in particolare dalla nota di [redacted] del 7 ottobre 2022 (doc. allegato n. 13 al ricorso) emerge che negli anni 2020, 2021 e 2022 (parziale) il tasso di occupazione medio è stato del:

- 78,94% nel 2020;
- 67,10% nel 2021;
- 62,57% fino a settembre 2022.

Tuttavia queste percentuali vanno opportunamente corrette tenendo conto del fatto che esse sono condizionate in modo determinante dai bassi tassi di occupazione della casa albergo (50% nel 2020, 27,82% nel 2021 e 0% nel 2022), la quale, però, dispone di soli 2 posti letto (per cui è sufficiente che anche uno dei due posti sia

vacante per far risultare un tasso di copertura basso o quasi nullo).

Due posti letto, però, non incidono in maniera rilevante sull'equilibrio complessivo della gestione, per cui, se si considerano solo i tassi medi di occupazione della R.P. (35 posti letto) e della casa di riposo (13 p.l.), le percentuali sopra indicate assumono tutt'altro significato, essendo pari a:

- 93,42% per il 2020;
- 86,74% per il 2021;
- 93,86% fino a settembre 2022.

Inoltre, come si può vedere, la percentuale minore si è registrata nel secondo anno dell'emergenza, mentre negli altri due anni in questione il tasso di occupazione della R.P. e della casa di riposo è stato sostanzialmente analogo, e in due occasioni superiore, a quello registrato negli anni dal 2017 al 2019 (89,53% nel 2017, 94,84% nel 2018 e 91,57% nel 2019).

Invece, come si è già detto *supra*, la ricorrente non può dolersi del fatto che i posti letti non sono stati occupati al 100%, perché il dato a suo tempo comunicato dall'amministrazione era solo quello storico e per il futuro esso era solo un dato presunto e non impegnativo per il concedente.

Fra l'altro, dagli atti di causa emerge che 20 posti letto sono in regime di libero mercato, per cui la gestione delle relative liste di attesa non era in capo all'A.S.U.R. Marche - Area Vasta n. 1, ma alla stessa cooperativa ricorrente.

7.3.5. Per ciò che concerne i maggiori costi legati specificamente all'emergenza pandemica, va osservato che essi indubbiamente esistono e in parte costituiscono oneri imprevisti, anche se non si può fare a meno di osservare che, già in base ai protocolli sanitari ordinari, nelle R.S.A. i dispositivi di protezione individuali che la popolazione italiana ha imparato a conoscere dal marzo 2020 sono già (o dovrebbero essere) utilizzati normalmente dal personale in servizio presso tali strutture, sia pure in misura inferiore a quella imposta dall'emergenza.

Ad ogni buon conto, *in parte qua* la cooperativa ricorrente ha potuto (o avrebbe

potuto a domanda) fruire dei sussidi erogati dalla Regione Marche e dall'A.S.U.R., del che sono prova gli atti depositati dall'amministrazione resistente (si veda in particolare la relazione a firma del direttore del Distretto Sanitario di Urbino datata 25 novembre 2022 - doc. allegato n. 21 alla produzione del Comune del 16 marzo 2023), nonché la nota di [redacted] del 14 febbraio 2022, in cui la stessa ricorrente riconosce di aver percepito dall'A.S.U.R. Marche, per gli anni 2020 e 2021, sussidi per un totale di circa 58.000,00 €.

Del tutto infondata è invece la pretesa relativa ai presidi per incontinenti, esposta nella prima richiesta del giugno 2020, visto che gli ospiti di una R.S.A. sono per definizione persone anziane molto spesso affette da problemi di incontinenza anche gravi, per cui in sede di formulazione dell'offerta la ricorrente avrebbe dovuto prudenzialmente stimare per eccesso i costi di acquisto dei relativi presidi.

7.3.6. Infine, quanto alle utenze, l'incremento dei costi vi è stato sicuramente, anche se esso è iniziato solo alla fine del 2021 e si è accentuato nei primi mesi successivi alla crisi russo-ucraina, per poi registrare un ritorno alla quasi normalità. Peraltro, come si dirà *infra*, tali incrementi di costi possono essere inclusi nella proposta di riequilibrio formulata dal Comune nel maggio 2022.

7.3.7. Alla luce di tutte queste considerazioni va dunque valutata la congruità delle misure adottate dal concedente e della citata proposta di riequilibrio contrattuale formulata dal Comune in data 27 maggio 2022 (doc. allegato n. 10 alla produzione dell'amministrazione del 16 marzo 2023).

Il concedente, con deliberazione di Giunta Comunale n. 23/2020 aveva aumentato, dal 1° luglio 2020, la tariffa per 6 posti letto della Residenza Protetta destinati a pazienti con demenza R3D, mentre con deliberazione di Giunta Comunale n. 48/2022 ha aumentato, con decorrenza dal 1° aprile 2022, le tariffe della R.S.A., il che, rapportato al periodo di residua vigenza del rapporto, avrebbe consentito ad [redacted] di ottenere maggiori ricavi annui per circa 24.000,00 €.

La proposta di riequilibrio prevedeva invece:

- la riduzione del canone concessorio del 50% dell'importo contrattualmente

convenuto sino al termine della gestione, per un importo complessivo pari ad € 371.868,75;

- la non applicazione dell'adeguamento ISTAT dello stesso canone, sia pregresso che per tutta la durata della gestione, per un importo presunto pari ad € 46.170,42,

oltre, per l'appunto, all'aumento tariffario delle rette mensili a carico dell'utente a fare data dal 1° aprile 2022, calcolato su 40 posti letto occupati, per un importo annuale pari ad € 24.000,00, ossia circa 114.000,00 € complessivi.

Come si può vedere, tenuto conto delle voci di maggior costo o di minor ricavo che secondo il Tribunale non possono essere riconosciute, in tutto o in parte, alla ricorrente e tenuto altresì conto del fatto che il riequilibrio non può mai essere integrale (venendo meno, in questo caso, la normale alea contrattuale e dovendosi comunque considerare anche l'offerta a suo tempo formulata dal concessionario), la proposta del Comune era ampiamente conforme sia ai parametri di legge (art. 165, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016), sia al principio di buona fede negoziale, ed essa copriva ampiamente i minori costi e le maggiori spese quantificati da Ancora nella citata nota del 14 febbraio 2022 (pari a circa 400.000,00 €, da cui andavano detratte le voci che secondo il Tribunale non spettavano alla cooperativa. Per inciso non rilevano gli importi, enormemente gonfiati, risultanti dal documento allegato n. 33 alla produzione di parte ricorrente del 26 aprile 2023, visto che tali importi non erano stati quantificati nel corso delle trattive intercorse fra le parti nella prima parte del 2022).

[redacted] ha rifiutato la proposta, controproponendo o l'allungamento della durata della concessione di altri cinque anni (ossia fino al 30 novembre 2031) o, in alternativa, l'abbattimento del 70% del canone e la contestuale risoluzione dell'accordo per il comando delle O.S.S. dipendenti comunali, ossia condizioni che, ad avviso del Tribunale, non erano accoglibili, sia per ragioni connesse ai principi dell'evidenza pubblica (e questo riguarda la prima controproposta), sia per ragioni di natura contabile (l'abbattimento del 70% è infatti eccessivo e genererebbe una

eccessiva e indebita “minusvalenza” nel bilancio comunale, mentre le O.S.S. non potrebbero essere impiegate dall’amministrazione in altre mansioni, per cui i loro emolumenti costituirebbero per l’ente una spesa ingiustificata). Il Comune, correttamente ad avviso del Collegio, non ha quindi ritenuto di accettare tali condizioni ritenendole eccessivamente sbilanciate a favore del concessionario.

Né l’amministrazione era tenuta ad accogliere l’istanza di risoluzione consensuale del contratto, sia perché è stato accertato un inadempimento grave del concessionario, sia perché, accettando di risolvere consensualmente il rapporto, l’ente pubblico avrebbe perduto una parte dei canoni a cui aveva diritto, il che avrebbe potuto implicare un danno erariale imputabile.

8. Da ultimo va rilevata l’infondatezza del rilievo di parte ricorrente secondo cui il fatto che la risoluzione sarebbe stata “condizionata” al subentro del nuovo gestore dimostrerebbe l’affidabilità di [redacted] e, per converso, la contraddittorietà della condotta dell’amministrazione. Tale argomento si scontra infatti con due dati oggettivi:

- per un verso, l’inadempimento che ha portato alla risoluzione del contratto non attiene alle modalità di erogazione del servizio nei riguardi degli utenti;
- per altro verso, data la delicatezza del servizio, il rilascio della struttura da parte di Ancora non poteva certo essere disposto *ex abrupto* e prima di aver individuato un nuovo concessionario. Il Comune ha dunque dovuto sospendere l’efficacia del provvedimento in attesa del riscontro favorevole da parte del concorrente che nella gara originaria si era collocato al secondo posto, il quale, in assenza della pronuncia cautelare del T.A.R., sarebbe già subentrato da tempo.

Non è ravvisabile dunque alcuna contraddittorietà nell’operato del concedente.

E nemmeno può sostenersi che il Comune abbia improvvisamente ed immotivatamente interrotto trattative che parevano ben avviate, visto che:

- dal punto di vista civilistico, le trattative per l’adeguamento delle condizioni contrattuali si erano interrotte già nel mese di giugno 2022, visto che la ricorrente non aveva accettato la proposta del Comune e quest’ultimo non aveva accettato la

controproposta della cooperativa ricorrente;

- per quanto concerne, invece, la risoluzione consensuale per eccessiva onerosità sopravvenuta, la trattativa non ha mai preso quota, visto che il Comune ha dapprima lamentato l'assenza di elementi documentali che comprovassero le pretese della ricorrente e da ultimo ha ritenuto di non riconoscere l'esistenza delle condizioni che giustificavano una risoluzione consensuale (sul punto si rimanda alle considerazioni svolte al precedente § 7.3.7.).

Da ultimo il Collegio non ritiene necessario disporre l'istruttoria tecnica richiesta dalla ricorrente, ritenendo sufficienti ai fini della decisione gli atti di causa.

9. Per tutte le suesposte ragioni, il Tribunale ritiene legittimo l'operato del Comune [redacted], dal che discende il rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio si possono tuttavia compensare, sia in ragione della meritoria sinteticità del ricorso introduttivo e dei successivi scritti difensivi di parte ricorrente, sia alla luce della oggettiva peculiarità della vicenda sottostante.

P.Q.M.

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

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Tommaso Capitanio	**Giuseppe Daniele**

IL SEGRETARIO