

SENTENZA

TAR Umbria n. 363/2015

sul ricorso numero di registro generale 776 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Cooperativa Sociale Esperia.2, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Anelli, con domicilio eletto presso Elisabetta Cencetti, in Perugia, Largo Cacciatori delle Alpi n. 8;

contro

Ministero dello Sviluppo Economico;

nei confronti di

Cooperativa Sociale AIDAS. in liquidazione coatta amministrativa, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Alberto Franchi, con domicilio eletto presso Carlo Alberto Franchi, in Perugia, via XX Settembre, 76;

Cooperativa Sociale Auxilium, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Esposito e Valeria Ciervo, con domicilio eletto presso Fabrizio Ceppi, in Perugia, piazza Piccinino, 10;

Cooperativa Sociale La Fenice;

per l'annullamento

previa sospensiva

quanto al ricorso introduttivo:

- del bando/invito a presentare offerte per l'affitto del ramo di azienda corrente in Comune di Terni, della cooperativa sociale AIDAS in liquidazione coatta amministrativa, pubblicato dal commissario liquidatore il 18 agosto 2014:

- della nota trasmessa via PEC in data 10.10.2014, con cui il commissario liquidatore della cooperativa sociale AIDAS, ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione provvisoria del contratto di affitto del ramo di azienda alla cooperativa sociale La Fenice;

- di ogni altro atto presupposto, coordinato, conseguente o comunque connesso;

quanto ai motivi aggiunti depositati l'11 febbraio 2015:

- del provvedimento del commissario liquidatore della AIDAS cooperativa sociale in liquidazione coatta amministrativa datato 27 novembre 2014, limitatamente alle parti in cui ha escluso la ricorrente dalla procedura afferente l'esercizio del diritto di prelazione del contratto di affitto del ramo di azienda della cooperativa sociale AIDAS ed ha, altresì, aggiudicato in via definitiva tale contratto in favore della cooperativa sociale Auxilium;

- di ogni altro atto presupposto, coordinato, conseguente o comunque connesso;

nonchè per la declaratoria della riammissione alla procedura della cooperative sociale Esperia. 2; per la declaratoria della nullità, ovvero, di inefficacia del contratto di affitto del ramo di azienda nel frattempo stipulato con la cooperativa sociale Auxilium;

in via subordinata per la condanna della cooperativa sociale AIDAS al risarcimento dei danni per equivalente in favore della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della cooperativa sociale AIDAS in liquidazione coatta amministrativa e della cooperativa sociale Auxilium;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 luglio 2015 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Espone la cooperativa sociale Esperia. 2, odierna ricorrente, che a seguito di sottoposizione della cooperativa sociale AIDAS a liquidazione coatta amministrativa, il commissario liquidatore ha provveduto ad indire una gara per l'affitto della gestione del ramo di azienda consistente nella residenza protetta per anziani (R.S.A.) di Terni loc. Collerolletta.

Secondo il bando pubblicato il 18 agosto 2014 il procedimento è stato delineato in due fasi: la prima consistente nel vero e proprio confronto competitivo con aggiudicazione in favore dell'offerta più alta rispetto al canone a base di gara di 500.000,00 euro per la durata di due anni; la seconda con previsione dell'esercizio del diritto di prelazione, da esercitarsi nei confronti della miglior offerta della prima fase, da parte di società cooperative costituite da lavoratori dipendenti di AIDAS, ai sensi dell'art. 11 comma 2, del Decreto Legge 23 dicembre 2013 n. 145 convertito nella legge 21 febbraio 2014 n. 9.

L'art. 9 del suddetto bando ha previsto in particolare quale criterio selettivo tra le cooperative partecipanti a tal sub procedimento quello del maggior numero di soci ex dipendenti di AIDAS e a parità di dipendenti, mediante confronto competitivo.

Alla prima fase competitiva hanno partecipato quattro concorrenti di cui la miglior offerta presentata è risultata quella della cooperativa sociale Auxilium. A seguito della seconda fase hanno manifestato interesse ad esercitare il diritto di prelazione la cooperativa ricorrente e La Fenice, la quale ultima è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria, poiché composta da un maggior numero di dipendenti.

Con il ricorso introduttivo la cooperativa sociale Esperia. 2 ha impugnato sia il presupposto art. 9 del bando che il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, deducendo le seguenti censure così riassumibili:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 c., 2 del D.L. 145/2013, eccesso di potere per illogicità manifesta: la cooperativa AIDAS avrebbe falsato il diritto di prelazione previsto dalla normativa di riferimento che sarebbe riconosciuto in favore delle società cooperative costituite da lavoratori dipendenti e non già dei singoli dipendenti o alla società cooperativa costituita dal maggior numero di dipendenti; le norme che attribuiscono un diritto di prelazione dovrebbero essere soggette ad una stretta interpretazione determinandosi una limitazione alla circolazione dei beni.

II. Eccesso di potere per sviamento, illogicità manifesta: il criterio individuato dal bando per l'attribuzione del diritto di prelazione avrebbe consentito la predeterminazione del soggetto aggiudicatario, in spregio del confronto competitivo e sarebbe oltremodo diretto al mantenimento dei livelli occupazionali, già pienamente assicurato dalla clausola "sociale" di cui all'art. 3 della *lex specialis*.

III. Illegittimità derivata dell'aggiudicazione: i dedotti vizi della *lex specialis* determinerebbero l'illegittimità in via derivata dell'impugnata aggiudicazione.

Con provvedimento del 27 novembre 2014, a motivazione e contenuto plurimo, il commissario liquidatore della cooperativa AIDAS ha escluso la ricorrente (oltre che la stessa cooperativa aggiudicataria provvisoria La Fenice) dalla procedura afferente l'esercizio del diritto di prelazione del contratto in oggetto ed ha altresì aggiudicato in via definitiva il contratto in favore della cooperativa sociale Auxilium, ritenendo non consentita la partecipazione della cooperativa ACTL che avrebbe sottoscritto la massima parte del capitale sociale della cooperativa ricorrente e

esercitato il recesso poco prima dell'esercizio del diritto di prelazione, oltre che la sussistenza di un chiaro legame tra Esperia. 2 e ACTL con conseguente pregiudizio per il confronto concorrenziale.

Con motivi aggiunti la ricorrente, previa istanza di idonee misure cautelari, ha esteso l'impugnativa anche nei confronti di tal provvedimento commissariale, deducendo censure così riassumibili:

I. Violazione ed erronea interpretazione dell'art. 11 del D.L. 145/2013, eccesso di potere sotto tutti i suoi profili sintomatici, illogicità manifesta, carenza ed erronea motivazione: sarebbe del tutto assurdo l'operato del commissario poiché la cooperativa prelazionaria dovrebbe poter essere costituita anche da soggetti estranei rispetto ai dipendenti dell'impresa posta in liquidazione e in particolare anche da persone giuridiche e da altre società cooperative, come risulterebbe da prassi ampiamente consolidata; in ogni caso al momento dell'esercizio del diritto di prelazione in questione la cooperativa ACTL avrebbe già esercitato il recesso; anche ai sensi della previgente legge 491/1985 (c.d. legge Marcora) quale antecedente dell'art. 11 c.2, del D.L. 145/2013, il diritto di prelazione risultava previsto a favore delle cooperative anche associando persone giuridiche e anche ove lo statuto sociale non lo avesse consentito, senza dunque richiedere alcuna particolare composizione della cooperativa prelazionaria; sarebbe del tutto irrilevante il fatto della partecipazione da parte della cooperativa ACTL al confronto concorrenziale precedente il sub-procedimento afferente l'esercizio del diritto di prelazione, essendosi formata la compagine societaria ben otto mesi prima dalla pubblicazione del bando relativo all'affitto del ramo d'azienda e prima che la cooperativa AIDAS venisse posta in liquidazione coatta amministrativa.

II. Violazione ed erronea interpretazione dell'art. 2525 e segg. del c.c., eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici, illogicità manifesta, carenza ed erronea motivazione: non vigendo nelle cooperative sociali il principio capitalistico, la partecipazione della cooperative dà diritto in assemblea ad un voto proporzionato all'ammontare della partecipazione ma mai in nessun caso superiore a cinque (art. 2538 c. 3, c.c.) si da rendere la sua partecipazione assolutamente ininfluente rispetto alla stragrande maggioranza dei dipendenti di AIDAS.

III. Illegittimità derivata dell'aggiudicazione, caducazione del contratto per difetto assoluto del consenso: in ragione della doverosa riammissione alla procedura della cooperativa Esperia. 2 quest'ultima subentrerebbe nell'aggiudicazione in luogo della cooperativa Auxilium con conseguente travolgimento del contratto con essa stipulato.

La ricorrente avanza anche domanda di condanna risarcitoria per equivalente in relazione alla lesione della *chance* di conseguimento dell'intero contratto di affitto d'azienda.

Si è costituita la cooperativa sociale AIDAS chiedendo il rigetto del ricorso alla luce dell'infondatezza di tutte le censure *ex adverso* dedotte, in particolare evidenziando:

- l'intervenuta cessazione della materia del contendere quanto al ricorso introduttivo, essendo stata revocata l'aggiudicazione del 10 ottobre 2014 in favore della cooperativa La Fenice;
- l'inammissibilità del gravame per omessa diretta impugnazione dell'art. 9 del bando e dei relativi chiarimenti pubblicati nel sito il 18 settembre 2014, direttamente lesivi della posizione sostanziale azionata dalla cooperativa Esperia. 2, potendo questa avere immediata contezza della sicura esclusione dall'esercizio della prelazione;
- il diritto di prelazione legale introdotto dall'art. 11 comma 2, del D.L. 145 del 2013 sarebbe finalizzato non già a garantire i livelli occupazionali, già ampiamente tutelati dagli accordi sindacali, bensì il subentro dei dipendenti della società in crisi per il tramite di una cooperativa *ad hoc*; mancando nella norma qualsiasi criterio di selezione tra le cooperative prelazionarie, il criterio prescelto dalla cooperativa AIDAS, oltre che necessario, sarebbe coerente con il suddetto Decreto Legge;
- il pieno rispetto del confronto concorrenziale dal momento che il diritto di prelazione in questione è comunque da esercitarsi nei confronti della miglior offerta stabilita nella fase aperta secondo le logiche del mercato;

- il divieto dell'ingresso di soci di natura diversa deve ritenersi tanto più pregnante laddove il socio persona giuridica sia soggetto partecipante alla fase competitiva della gara, poiché tale ingresso determinerebbe un'evidente alterazione del principio del libero confronto concorrenziale;
- il versamento del capitale sottoscritto da parte della coop. ACTL (pari al 99,83 % del capitale sociale) sarebbe avvenuto con accredito del 6 ottobre 2014, dunque successivamente al recesso effettuato in vista dell'esercizio della prelazione;
- la sussistenza di vari profili di collegamento sostanziale tra ACTL ed Esperia 2 che confermerebbe la commistione di interessi tra una potenziale prelazionaria e una partecipante alla fase competitiva, con alterazione del confronto concorrenziale;

Si è altresì costituita la controinteressata cooperativa sociale Auxilium chiedendo parimenti il rigetto del ricorso, evidenziando in sintesi:

- l'esercizio del diritto di prelazione da parte della ricorrente con l'esclusivo apporto della cooperativa ACTL;
- l'evidente collegamento sostanziale o di fatto tra la ricorrente e la cooperativa sociale ACTL.

Alla camera di consiglio del 25 febbraio 2015 la domanda cautelare incidentale di cui ai motivi aggiunti è stata "abbinata" al merito.

In prossimità della trattazione del giudizio nel merito la cooperativa sociale ricorrente ha controdedotto a tutte le eccezioni anche in rito sollevate, insistendo per l'accoglimento del gravame, rilevando in particolare l'errata lettura da parte delle controparti della speciale disciplina in tema di cooperative sociali profondamente diversa da quella codicistica in tema di società con scopo lucrativo e ribadendo la non influenza della cooperativa ACTL sulla cooperativa Esperia 2.

Con memorie di replica le cooperative sociali Auxilium e AIDAS hanno ribadito le proprie prospettazioni ed evidenziato ancora la sussistenza di molteplici elementi idonei a comprovare, al di là della sussistenza di un rapporto di controllo ex art. 2359 c.c., il collegamento "sostanziale" tra la cooperativa ACTL e la "controllata" Esperia. 2.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del giorno 29 luglio 2015, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

2. E' materia del contendere la legittimità del procedimento con cui la cooperativa sociale AIDAS, posta in liquidazione coatta amministrativa, ha aggiudicato l'affitto del ramo di azienda consistente nella residenza protetta per anziani (R.S.A.) di Terni loc. Collerollotta dapprima in via provvisoria alla cooperativa sociale La Fenice, poi in via definitiva alla cooperativa sociale Auxilium, con cui in data 1 dicembre 2014 è stato altresì stipulato il contratto, previa esclusione della cooperativa ricorrente, oltre che della stessa La Fenice, dall'esercizio della prelazione legale prevista dal bando.

3. Preliminarmente, benché non oggetto di eccezioni tra le parti, ritiene il Collegio comunque di dover esaminare d'ufficio la questione di giurisdizione, dovendo valutare che con il ricorso in epigrafe, oltre alla domanda di annullamento degli atti della gara, la cooperativa Esperia. 2 domanda il consequenziale subentro nell'aggiudicazione previa dichiarazione di nullità ovvero di inefficacia del contratto di affitto del ramo di azienda nel frattempo stipulato (l'1 dicembre 2014) con la cooperativa sociale Auxilium.

Il giudice della giurisdizione in tema di atti posti in essere dal commissario nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa ne ha affermato la natura autoritativa, ai sensi dell'art. 30 D.L. 1 ottobre 2007, n. 159 conv. in L. 29 novembre 2007 n. 222, con conseguente giurisdizione di legittimità del g.a. in ordine alle controversie in ordine alla richiesta di annullamento di atti del procedimento posto in essere da detto commissario liquidatore (vedi Cassazione civ. sez. unite 20 ottobre 2010, n. 21489 in relazione all'emanazione di un bando di gara al rialzo per la vendita di beni immobiliari di Ente ospedaliero; id. 13 novembre 1997, n. 11216).

3.1. Non essendovi ragioni per discostarsi dal suesposto orientamento vi è però da chiedersi se possa rientrare nell'ambito della giurisdizione amministrativa anche la concorrente domanda dichiarativa della nullità o inefficacia del contratto di affitto stipulato, propedeutica alla richiesta di condanna in forma specifica ovvero di subentro nell'aggiudicazione disposta dal commissario liquidatore il 27 novembre 2014, tenendo presente che il suddetto contratto rientra tra quelli esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva CE 17/2004 e del codice contratti pubblici.

Deve all'evidenza sul punto escludersi la riconducibilità di tale domanda alla particolare giurisdizione esclusiva in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture prevista dall'art. 133 c. 1, lett. e) - 1) del vigente codice del processo amministrativo - come noto espressamente estesa alle controversie consequenziali alla domanda di annullamento inerenti la dichiarazione di inefficacia del contratto - dal momento che il procedimento in contestazione non è preordinato all'aggiudicazione di un appalto (o di una concessione), bensì di contratto escluso dall'ambito oggettivo di applicazione del D.lgs. 163 del 2006 e s.m. (cfr. Parte I, Titolo II D.lgs. 163/2006).

Come ampiamente noto le Sezioni Unite della Cassazione, nel riconoscere la giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie inerenti la privazione degli effetti di un contratto d'appalto pubblico a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione per effetto dell'entrata in vigore della direttiva "ricorsi" CE 66/2007, per ragioni di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, sono del tutto ferme - per i contratti che esulano dall'ambito di applicazione oggettivo del codice contratti pubblici - nel radicare la giurisdizione del g.o. sulla generalità delle controversie inerenti la validità o l'efficacia di contratti pur stipulati a seguito di procedure di evidenza pubblica, attenendo tali controversie a questioni di diritto soggettivo perfetto (Cass. Sez. Un. 10 febbraio 2010, n. 2906; id. 5 aprile 2012, n. 5446; vedi anche T.A.R. Emilia - Romagna Parma, 19 aprile 2013, n.160).

3.2. Su tale sola domanda, seppur consequenziale all'azione di annullamento, non può pertanto riconoscersi la giurisdizione dell'adito Tribunale Amministrativo, sussistendo la giurisdizione del g.o., fatta salva la *traslatio iudicii* ex art. 11 cod. proc. amm.

Rientra invece nella giurisdizione amministrativa anche l'eccepita questione dell'esercizio del diritto di prelazione di cui all'art. 9, c. 2 del Decreto Legge 145/2013, collocato nella seconda fase della gara in esame, dal momento che secondo il criterio del "*petitum sostanziale*" essa si estrinseca in realtà nella pretesa non già all'accertamento di un proprio diritto soggettivo esercitato in una fase distinta dall'evidenza pubblica (Consiglio di Stato sez. IV, 7 aprile 2008, n. 1462) bensì alla stessa caducazione dei provvedimenti della gara ad evidenza pubblica impugnati.

3.3. Va dunque affermata la giurisdizione del giudice amministrativo limitatamente alle domande di annullamento proposte con il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti (nonché sulla consequenziale domanda risarcitoria per equivalente) vertendo sulla legittimità di provvedimenti autoritativi consistenti nell'esperimento di una gara per l'aggiudicazione dell'affitto del ramo d'azienda adottati dal commissario liquidatore della cooperativa sociale AIDAS.

4. In via pregiudiziale deve altresì dichiararsi la parziale sopravvenuta improcedibilità del ricorso introduttivo, ai sensi dell'art. 35 c. 1 lett. c) cod. proc. amm., alla luce dell'intervenuta revoca dell'aggiudicazione provvisoria del 10 ottobre 2014 in favore della cooperativa La Fenice, pur permanendo l'attualità dell'interesse quanto all'impugnativa della presupposta clausola (art. 9) della *lex specialis* con cui la cooperativa AIDAS ha stabilito autonomo criterio applicativo e selettivo del peculiare diritto di prelazione legale riconosciuto dal D.L. 145/2013.

4.1. Ritiene il Collegio di poter prescindere, per ragioni di economia processuale, dall'esame delle ulteriori eccezioni in rito di inammissibilità, attesa l'infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti nel merito.

5. Anzitutto, ai fini dell'esame dei motivi di gravame, giova procedere ad un sintetico inquadramento del peculiare diritto di prelazione legale riconosciuto dall'art. 9 comma 2 del D.L. 23 dicembre 2013 n. 145 "Destinazione Italia" in favore delle cooperative sociali ed inerente l'acquisto in proprietà o l'affitto dell'azienda o di un suo ramo dell'impresa sottoposta a procedura

concorsuale.

Secondo la suddetta norma “*Nel caso di affitto o di vendita di aziende, rami d'azienda o complessi di beni e contratti di imprese sottoposte a fallimento, concordato preventivo, amministrazione straordinaria o liquidazione coatta amministrativa, hanno diritto di prelazione per l'affitto o per l'acquisto le società cooperative costituite da lavoratori dipendenti dell'impresa sottoposta alla procedura*”.

Nonostante l'importanza dell'oggetto della prelazione, tenuto conto che in caso di sottoposizione di un'impresa a procedura concorsuale l'affitto dell'azienda o di suo ramo costituisce di norma l'attività primaria nella fase di liquidazione, il legislatore non si cura di definire modalità e termini per l'esercizio del diritto, né invero detta criteri selettivi per l'ipotesi (del tutto fisiologica) di concorrenza di più cooperative sociali che intendano parimenti esercitare la speciale prelazione. Invero, la norma tace anche quanto al momento della costituzione di tale cooperativa “*ad hoc*”, se debba dirsi cioè preesistente o meno al momento della cessione dell'azienda così come quanto alla composizione societaria, con ciò differenziandosi dalla più completa disciplina contenuta nell'abrogata legge 491 del 1985 “*Marcora*”.

A tali lacune è gioco forza porre rimedio, oltre che mediante l'utilizzo del criterio dell'*analogia legis* in riferimento ad altre fattispecie tipiche di prelazione legale, tramite disposizioni attuative stabilite dalla stessa autorità amministrativa, nel caso di specie dal commissario liquidatore, con sostanziale delegificazione in favore dell'autonomia di ogni singola autorità amministrativa procedente, ovviamente nel rispetto dei principi di rilievo comunitario di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione.

Non è dunque condivisibile quanto sostenuto dalla difesa della ricorrente in punto di sostanziale carenza di potere del commissario liquidatore ad introdurre criteri selettivi non previsti dalla legge, invocando la stessa eccezionalità dell'istituto della prelazione negoziale. In disparte ogni altra considerazione sulla possibilità o meno di ricorrere all'analogia e sulla eccezionalità dello strumento della prelazione legale, pare dirimente al Collegio la necessità - a pena di inapplicabilità della norma - di introdurre criteri selettivi nel completo silenzio della legge al riguardo.

Secondo un approccio ermeneutico di tipo logico sistematico, scopo della prelazione non pare soltanto quello di garantire i livelli occupazionali, già ampiamente tutelati dagli accordi sindacali e da altre disposizioni della stessa *lex specialis* (art. 5), bensì il subentro dei dipendenti della società in crisi nella gestione imprenditoriale per il tramite di una cooperativa *ad hoc* quale peculiare strumento per il superamento della crisi, trovando all'uopo un riferimento negli stessi artt. 1, 2 (solidarietà), 45 (funzione sociale della cooperazione) e 46 (cogestione dei lavoratori nelle aziende) della Costituzione.

Infatti, la funzione di ammortizzazione occupazionale risulta ampiamente garantita oltre che dalle clausole “sociali” inserite nella contrattazione collettiva di riferimento (come è pacifico tra le parti) da quelle inserite all'art. 5 del bando di gara, laddove è garantito il passaggio alle dipendenze dell'aggiudicatario di tutti i dipendenti della cooperativa sociale AIDAS con rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Scopo della peculiare fattispecie di prelazione legale per cui è causa va dunque individuato soprattutto nella gestione dell'impresa in crisi da parte degli stessi lavoratori dipendenti, valorizzando la stessa funzione sociale della cooperazione, oltre che il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

5.1. Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, ritiene il Collegio che la scelta effettuata dal commissario in sede di bando (e di sua interpretazione autentica) e dei successivi atti conseguenti di delimitare la titolarità del diritto di prelazione a beneficio delle sole cooperative composte da soci dipendenti della società e non da soggetti ad essa esterni si ponga in piena armonia con tale *ratio legis*, essendo invece ad essa del tutto estranea la pretesa, invocata dalla ricorrente, di estendere la prelazione anche a vantaggio di cooperative costituite da altre società cooperative.

5.2. Trascura la difesa della ricorrente, al di là dell'apprezzabile ricostruzione del quadro normativo delle società cooperative e dei tratti distintivi con le società di capitali, il dato della peculiarità della società cooperativa delineata dall'art. 9, c. 2, del D.L. "Destinazione Italia", quale soggetto da costituirsi *ad hoc* per la gestione dell'impresa in crisi.

5.3. Mancando come visto nella norma qualsiasi criterio di selezione tra le cooperative prelezionarie, il criterio quantitativo prescelto dalla cooperativa AIDAS di privilegiare le compagini con il maggior numero di dipendenti, oltre che indispensabile nel quadro di un confronto competitivo, risulta ragionevole e coerente con il parametro normativo applicato, in quanto diretto a coinvolgere nella gestione aziendale il maggior numero possibile di ex lavoratori dell'impresa in crisi, in omaggio al fondamentale principio solidaristico rinvenibile nell'art. 2 della Costituzione.

Risulta rispettato mediante la doppia fase del procedimento concorsuale in oggetto anche il libero confronto concorrenziale dal momento che, se è indubbio che con il riconoscimento del diritto di prelazione si consente potenzialmente l'aggiudicazione del contratto a soggetto che non ha partecipato alla gara, la eventuale prelazione va esercitata sul miglior prezzo risultante dal confronto competitivo.

5.4. Tanto premesso possono essere compiutamente affrontati tutti i motivi di gravame.

5.5. La clausola inserita nell'art. 9 del bando (come oggetto di interpretazione autentica nei chiarimenti pubblicati il 18 settembre 2014), nella parte in cui introduce il criterio selettivo del maggior numero dei dipendenti tra le società cooperative prelezionarie, risulta immune da tutte le doglianze di violazione di legge ed eccesso di potere dedotte.

Per le considerazioni sopra espresse trattasi infatti di parametro conforme alla *ratio* del D.L. 145 del 2013 oltre che dei principi di buon andamento, imparzialità e parità di trattamento dell'attività amministrativa nonché necessario ai fini della concreta applicazione della lacunosa disciplina ivi contenuta.

5.6. Parimenti prive di pregio risultano le doglianze proposte avverso il provvedimento commissariale di esclusione dalla prelazione ed aggiudicazione in favore della cooperativa Auxilium in via derivata dalla suddetta clausola del bando.

5.7. Anche tutte gli ulteriori motivi di gravame articolati dalla cooperativa ricorrente non risultano meritevoli di condivisione.

Finanche a voler per ipotesi ammettere la possibilità invocata dalla cooperativa Esperia di consentire l'esercizio della prelazione in favore di cooperative costituite anche da altre persone giuridiche (nella specie dalla cooperativa ACTL) rimarrebbe incontestabile il fatto addotto dal commissario a plurimo motivo della disposta esclusione, consistente nella pretesa della ricorrente a consentire l'ingresso societario a socio - persona giuridica che ha partecipato alla fase competitiva della gara e che ne ha detenuto il 99,83 % dell'intero capitale.

Risulta infatti evidente, ad opinione del Collegio, l'alterazione del principio del libero confronto concorrenziale che in una gara ad evidenza pubblica quale quella in esame, pur non applicandosi, come detto, la normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti, va inevitabilmente garantita ai sensi delle disposizioni derivanti dal Trattato U.E. (artt. 28, 30, 43, 45, 49 e 86) e dalla Costituzione (art. 97).

Ammettere che una cooperativa costituita con tale specifica finalità possa esercitare la prelazione in questione grazie all'apporto di capitali di una persona giuridica già partecipante alla fase competitiva della gara (capitale che dovrà essere restituito mediante liquidazione della quota sottoscritta) comporterebbe un'alterazione dei suddetti principi, ricadendosi in una situazione di collegamento sostanziale tra imprese o di conflitto di interessi in grado di alterare la *par condicio* tra i concorrenti (cfr. artt. 38, c. 1, e 34 D.lgs. 163/2006 per quanto non direttamente applicabili).

A prescindere infatti dalla sussistenza di un rapporto di controllo ex art. 2359 c.c. e dalla prova dell'alterazione dei risultati della gara, i principi generali delle gare ad evidenza pubblica sono

rivolti a consentire la *par condicio* tra i concorrenti, condizione che sarebbe alterata dalla presenza di imprese collegate (T.A.R. Molise 26 novembre 2010, n. 1516; vedi anche T.A.R. Umbria 14 marzo 2012 n. 96). Nel caso di specie vi sarebbe alterazione di tali principi ammettendo - come pretenderebbe la ricorrente - accordi o collegamenti tra le cooperative prelezionarie ed i soggetti partecipanti alla prima fase della gara, potendo ad essa le prime invece direttamente partecipare contribuendo alla formazione del prezzo.

Del tutto irrilevante è poi la circostanza asserita dalla ricorrente in merito all'ingresso della cooperativa ACTL nel dicembre 2013 ovvero in epoca antecedente la pubblicazione del bando nonché alla stessa sottoposizione di AIDAS a liquidazione coatta amministrativa.

Risulta all'uopo invece decisivo quanto peraltro argomentato dallo stesso commissario liquidatore circa il versamento del capitale sottoscritto, pari a ben il 99,83 % dell'intero capitale sociale, il 6 ottobre 2014, ovvero successivamente al recesso effettuato dalla ACTL il 27 ottobre 2014 in vista dell'esercizio della prelazione.

5.8. Quanto agli ulteriori asseriti vizi invalidanti del provvedimento commissariale impugnato - consistenti nella ritenuta sussistenza di ulteriori elementi idonei a comprovare il collegamento sostanziale - va rilevato il sopravvenuto difetto di interesse della ricorrente, dal momento che per giurisprudenza consolidata, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, in caso di provvedimento basato su una motivazione plurima, accertata la legittimità anche solo di uno dei motivi posti a fondamento del medesimo, è superfluo l'esame della fondatezza delle censure dedotte dai destinatari dell'atto, avverso gli ulteriori motivi adottati a supporto del provvedimento impugnato, poiché esso non può essere annullato qualora anche uno solo dei motivi posti a suo fondamento fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata (*ex multis* T.A.R. Umbria 26 giugno 2014, n. 357; T.A.R. Lombardia - Milano sez. IV, 12 novembre 2013, n. 2511; T.A.R. Toscana sez. II, 13 ottobre 2010, n. 6457; Consiglio di Stato sez. V, 25 febbraio 2015, n. 927; id. sez. V, 10 marzo 2009, n. 1383; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 11 febbraio 2010, n. 101).

Giova sul punto evidenziare come anche secondo il recente arresto dell'Adunanza Plenaria (27 aprile 2015, n. 5) nel giudizio impugnatorio di legittimità di primo grado non è in contrasto con il principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato l'assorbimento dei motivi di gravame per ragioni di economia di giudizio, tra cui vi rientra proprio l'ipotesi (qui ricorrente) dell'accoglimento di una censura autonoma relativa a provvedimento a motivazione plurima.

6. Alla luce delle suesposte considerazioni tutti i motivi di gravame del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti sono infondati.

7. Deve respingersi anche la consequenziale domanda risarcitoria per equivalente formulata con i motivi aggiunti, peraltro del tutto generica, alla luce dell'infondatezza della pretesa sostanziale azionata.

8. Per i suesposti motivi il ricorso introduttivo va in parte dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse ed in parte respinto; i motivi aggiunti vanno in parte dichiarati inammissibili per difetto di giurisdizione ed in parte respinti, come da motivazione; quanto alla conseguente *traslatio iudicii*, occorre salvaguardare il principio della salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione nel processo davanti al giudice che ne risulta munito, secondo le disposizioni di cui all'art 11 cod. proc. amm.. La domanda risarcitoria per equivalente di cui a motivi aggiunti va respinta.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, attesa l'obiettiva novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- a) dichiara il ricorso introduttivo in parte improcedibile ed in parte respinto;
- b) dichiara i motivi aggiunti in parte inammissibili per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, avanti al quale il gravame dovrà proseguire nei termini di cui in motivazione, ed in parte respinti, come da motivazione;
- c) respinge la domanda risarcitoria di cui ai motivi aggiunti;

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Fantini, Presidente FF

Alfonso Graziano, Primo Referendario

Paolo Amovilli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)