**N. 00533/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00276/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise**
**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex* art. 60 cod. proc. amm., sul ricorso numero di registro generale 276 del 2018, proposto da … …0., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato … … con domicilio digitale come da p.e.c. e domicilio eletto presso il suo studio in … …

**contro**

Comune di Petrella Tifernina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato … … con domicilio digitale come da p.e.c. e domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso … …

**nei confronti**

XXX, in proprio e quale Capogruppo Mandataria del R.T.I. con XXX (mandante), e XXX in proprio e quale Mandante del R.T.I. con XXX S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro*

*tempore*, rappresentati e difesi dall'avv. XXX, con domicilio digitale come da p.e.c. e domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso XXX;

**per l'annullamento**

*previa sospensione cautelare*

dei seguenti atti: 1) la determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di XXX del … … (Reg. generale 151) recante "*affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. A) del D.Lgs. n. 50/2016*" del servizio di igiene urbana, raccolta, trasporto e conferimento rifiuti in discarica, autista scuolabus a. s. 2018/2019, procedura connotata da … … ;

2) la comunicazione di avvenuta aggiudicazione disposta in favore del R.T.I. aggiudicatario;

3) la determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica n. … del … … , di avvio della procedura semplificata di cui all'art. 36 del Codice dei Contratti Pubblici "*per l'affidamento del servizio mediante il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici*";

4) tutti gli atti e provvedimenti presupposti, conseguenti e connessi, relativi alla determina e alla procedura in questione, attivata per l'affidamento del servizio in oggetto, ivi inclusi eventuali allegati, di qualsiasi natura, alla determina impugnata;

5) le singole offerte presentate dalle ditte invitate per la gestione del servizio di cui all'affidamento in oggetto, e ivi incluso ogni provvedimento amministrativo di recepimento, ratifica o accoglimento delle offerte medesime, nonché ogni atto, dichiarazione, attestazione allegato dalle ditte medesime a corredo della propria offerta, quali per esempio le dichiarazioni sostitutive rese in data 22.06.2018, n. prot. 2414, dalle ditte del R.T.I. aggiudicatario;

6) l'eventuale contratto di affidamento o appalto con il R.T.I. aggiudicatario, qualora già stipulato; 7) tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali anche non conosciuti dalla ricorrente, anche ove sopraggiunti nella procedura di affidamento diretto; nonché per declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di XXX e delle controinteressate XXX e XXX;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2018 il dott. Orazio Ciliberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

I - Il Comune di XXX (Cb), mediante determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica n. 71 del 15.06.2018, avviava una procedura di gara semplificata, *ex* art. 36, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016, finalizzata alla selezione di un operatore economico cui affidare, per la durata di un anno a decorrere dal 2018, le attività inerenti ai servizi di raccolta, trasporto e conferimento rifiuti differenziati, pulizia stradale, manutenzione e cura del verde pubblico, manutenzione del cimitero e

scavo di fosse per tumulazione, oltre al servizio di trasporto persone – autista scuolabus, per un importo complessivo di euro 39.884,00. L'Amministrazione dava conto, nell'atto conclusivo della procedura, del fatto che non fosse stato possibile ricorrere agli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. e dal Mercato elettronico della P.A. (M.e.P.A.) poiché, a suo dire, tali strumenti presenterebbero "*difficoltà nella comparazione dei prezzi e nella tipologia di servizi offerti rispetto a quelli necessari*". Per giustificare il ricorso alla procedura semplificata, la stessa affermava la necessità di ricorrervi per "*garantire il celere affidamento del servizio*", in ragione del fatto che lo stesso fosse "*teso alla salvaguardia dell'igiene pubblica*". Così, il Comune si determinava nel senso di presentare una richiesta di offerta, con affidamento da aggiudicare tramite il criterio del prezzo più basso, di cui all'art. 95, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, a quattro ditte: XXX. Solo due di esse presentavano offerta: il R.T.I. costituito da XXX , che offriva le proprie prestazioni al costo annuale di euro 39.501,11 (I.v.a. esclusa), e la XXX., che si endeva disponibile a effettuare il servizio al costo annuale di euro 39.800,24 (I.v.a. esclusa). Con determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune n. 78 del 29.06.2018 (Reg. generale 151), recante "*affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. A) del D.Lgs. n. 50/2016*" dei servizi 2018/2019, procedura connotata da CIG Z3E2431109, la P.A. aggiudicatrice si determinava nel senso di aggiudicare al R.T.I. costituito dalle ditte XXX per l'importo di euro 39.501,11 (I.v.a. esclusa), comprensivi di euro 593,00 a titolo di oneri per la sicurezza aziendale. La ricorrente ditta XXX si duole di non essere stata invitata – essendo un operatore economico di rilievo nel precipuo comparto dei servizi rifiuti, verde e ambiente - e si duole del fatto che non sia stata espletata una regolare gara di appalto aperta al più ampio confronto di offerte, in asserito contrasto coi principi del *favor partecipationis,* della libera concorrenza, dell'economicità e della trasparenza. Nonostante una diffida con istanza di autotutela inoltrata da Ecogreen, il Comune non è tornato sui propri passi, sicché la ricorrente è insorta, con il ricorso notificato il 30.7.20818 e depositato il 2.8.2018, per impugnare gli atti della procedura e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, deducendo i seguenti motivi di diritto: 1) violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione delle Linee-guida ANAC n. 4, violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990, violazione e falsa applicazione della Direttiva 2014/24/UE, violazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della P.A., violazione e falsa applicazione dei principi di concorrenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, buon andamento, trasparenza e legittimo affidamento, proporzionalità e pubblicità, eccesso di potere sotto i profili della contraddittorietà, dello sviamento, della carenza d'istruttoria, dell'illogicità, della falsità, dell'erroneità dei presupposti, della irragionevolezza e del difetto di motivazione; 2) violazione e falsa applicazione art. 36, D.Lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione art. 30, D.Lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione art. 35, D.Lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione delle

Linee-guida ANAC n. 4, violazione e falsa applicazione della Direttiva 2014/24/UE, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 legge n. 241/1990, violazione e falsa applicazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della P.A., violazione e falsa applicazione dei principi di concorrenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, buon andamento, trasparenza, legittimo affidamento, proporzionalità, pubblicità, eccesso di potere sotto i profili di sviamento, illogicità, difetto di istruttoria, contraddittorietà, falsità ed erroneità dei presupposti, irragionevolezza, difetto di motivazione; 3) violazione e falsa applicazione art. 3, D.Lgs. n. 50/2016, art. 36, D.Lgs. n. 50/2016, art. 37, D.Lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione delle Linee-guida ANAC n. 4; 4) violazione e falsa applicazione art. 32, D.Lgs. n. 50/2016.
Si costituisce il Comune intimato, per resistere nel giudizio.
Si costituisce il RTI controinteressato, deducendo inammissibilità e infondatezza del ricorso.
Nella camera di consiglio del 12 settembre 2018, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, sussistendone i presupposti e datane comunicazione alle parti, la causa è introitata per la decisione di merito, con sentenza succintamente motivata.
II – Il ricorso è infondato.
III - La ricorrente si duole del fatto che il Comune resistente si sia determinato nel senso di affidare in maniera diretta servizi tra di loro diversi e variegati (come la raccolta rifiuti, la tumulazione cimiteriale e lo scuolabus), in seguito all'invito limitato a quattro ditte a presentare un'offerta, precludendo la medesima possibilità agli altri operatori del mercato, come la ricorrente, specializzati in quel comparto di servizi. La circostanza rivestirebbe rilievo anche poiché alla procedura è stata invitata una ditta con sede non in Molise ma nella provincia di Benevento (in Campania), la qual cosa porrebbe in maggior evidenza la lesione subita dalla posizione della ricorrente XXX, che ha sede in Molise ed è qualificata per quei servizi. Invero, la ricorrente, nel contestare l'intera procedura, sembra voler chiedere soltanto di potervi partecipare. La Stazione appaltante richiama l'art. 36, comma 2 lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016, al fine di giustificare il proprio operato ma – a dire della ricorrente – la giurisprudenza amministrativa, nelle proprie pronunce, e l'ANAC, con le proprie Linee-guida, hanno chiarito che l'istituto dell'affidamento diretto non può certamente essere più inteso o considerato come "zona franca" di libertà delle forme e dei modelli di partecipazione, rappresentando, anzi, un settore nel quale la vigilanza deve essere aumentata, anche in ragione del notevole numero di commesse affidate, in Italia, con tali modalità e del conseguente rischio di affidamenti irregolari.
IV – A tenore dell'art. 36, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, le Amministrazioni possono procedere "*mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta*", possono cioè fare a meno

anche del confronto di offerte. La procedura negoziata previa consultazione è invece richiesta per gli importi tra i 40 mila e i 150 mila euro (lett.b).
Il nuovo Codice degli appalti (declinato nel D.Lgs. n. 50/2016) ha interamente riformulato e riscritto i procedimenti contrattuali sotto-soglia comunitaria, introducendo un sistema di procedure negoziate "semplificate", in sostituzione delle pregresse dinamiche negoziali relative, in particolare, alla fattispecie delle acquisizioni in economia, fattispecie ormai totalmente espunte dall'ordinamento giuridico degli appalti. Tra le procedure negoziate "semplificate", evidentemente, particolare rilievo riveste l'affidamento nell'ambito dei 40 mila euro di lavori, servizi e forniture - come dimostra anche la recente giurisprudenza in materia (cfr.: Cons. Stato V, 3.4.2018 n. 2079; T.a.r. Toscana Firenze I, 2.1.2018 n. 17) - soprattutto perché non può essere revocato in dubbio che il nuovo Codice muta sostanzialmente la dinamica degli affidamenti diretti rimessi in passato alla *species* dell'affidamento diretto delle acquisizioni in economia ovvero a limitati casi di procedura negoziata già disciplinati dall'articolo 57 del previgente Codice (oggi ribaditi e meglio specificati dall'articolo 63 dell'attuale Codice).
Le Linee-guida ANAC n. 4 del 7 aprile 2018, sugli appalti sotto la soglia comunitaria (aggiornate al correttivo appalti 2017, cioè al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56), invero, non aggiungono molto al dettato di legge, indicando specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza gara, nonché di effettuazione degli inviti in caso di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, oltre che, più in generale, dell'attuazione dei principi generali in materia di procedure a evidenza pubblica e prendendo in considerazione la situazione del soggetto già invitato, ma che non aveva ottenuto un precedente affidamento. Peraltro, come chiarito dal parere 12.2.2018 n. 361 del Consiglio di Stato, le Linee-guida ANAC sulle procedure sotto-soglia non hanno carattere vincolante, essendo un atto amministrativo generale che, pur perseguendo lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti, dà ad esse modo di discostarsi dagli indirizzi medesimi.
Ciò detto, è evidente che si tratta nel caso di specie di un affidamento diretto di servizi che, stante l'importo-base inferiore ai 40 mila euro, avrebbe persino potuto prescindere dal confronto di offerte.
Non si ravvisa alcuna anomalia nel fatto che si tratti di un plesso di servizi eterogenei tra loro: in realtà l'affidamento integrato per servizi analoghi o assimilabili o indipendenti riguarda una categoria aperta di servizi che, per ragioni di economicità, possono essere affidati in blocco con procedura unica, cosiddetta "*multiservice*" (cfr.: Cons. Stato V, n. 3220/2014; T.a.r. Campania Napoli III, n. 1248/2017).
L'Amministrazione ha dato conto, nell'atto conclusivo della procedura, del fatto che non è stato possibile ricorrere agli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. e dal Mercato elettronico della P.A. (M.e.P.A.) poiché, a suo dire, tali strumenti presenterebbero "*difficoltà nella comparazione dei prezzi e nella tipologia di*

*servizi offerti rispetto a quelli necessari*". La motivazione è laconica ma non incongrua, poiché in effetti, proprio l'eterogeneità dei servizi avrebbe reso difficoltoso e lento il ricorso a quegli strumenti di acquisto. Si tratta di modalità di acquisto idonee per approvvigionamenti di beni e servizi con caratteristiche *standard*, mentre - nella specie - i servizi richiesti sono piuttosto frastagliati e modellati sulle esigenze particolari del Comune appaltante.
È vero che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 (221.000 euro) devono avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Il Decreto correttivo (D.Lgs. n. 56/2017) ha innestato nell'art. 36, comma 1, anche l'obbligo di rispettare, oltre ai principi di cui all'art. 30, i principi di cui agli articoli 34 e 42. Tuttavia, i motivi del ricorso non illuminano a sufficienza i dedotti profili di violazione di tali principi, anche perché – come già rilevato – la procedura seguita appare coerente con il dettato di legge. È evidente che l'affidamento diretto si pone come procedura in deroga rispetto ai principi della concorrenza, non discriminazione e similari che implicano sempre e comunque una procedura competitiva sia pur informale. Se così è, appare logico pensare che i principi in parola disciplinino l'affidamento e l'esecuzione in termini generali sul presupposto di una procedura ultra-semplificata, nella quale la speditezza dell'acquisizione deve prevalere sul rigido formalismo. Non può sfuggire che una procedura competitiva per importi elevati è cosa diversa da una procedura a inviti per assegnare forniture, servizi o lavori di importo contenuto. Fino all'importo dei 40 mila euro – ferma restando la cornice dei principi generali – il legislatore ha ritagliato una specifica disciplina che il Consiglio di Stato (nel parere n. 1903/2016) ha ritenuto come micro-sistema esaustivo ed autosufficiente che non necessita di particolari formalità e sulla quale i principi generali, richiamati dall'articolo 36, comma 2, lett. a) non determinano particolari limiti. Si è in presenza di una ipotesi specifica di affidamento diretto diversa ed aggiuntiva dalle ipotesi di procedura negoziata "diretta" prevista nell'articolo 63 del Codice che impone invece una specifica motivazione e che l'assegnazione avvenga in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore (si pensi in particolare all'unico affidatario o alle oggettive situazioni di urgenza a pena di danno), di guisa che, nel caso degli importi inferiori ai 40 mila euro non si pone neppure il problema di coniugare l'affidamento diretto con l'esigenza di una adeguata motivazione.
Infine, per quel che riguarda l'asserita violazione della clausola dello "*stand still*", di cui all'art. 32, comma 9, del Codice, stante la stipula del contratto dal giorno successivo all'aggiudicazione, va evidenziato che, a tenore dell'art. 32, comma 10,

lett. b) del Codice, "*il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi: […] nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma2, lettera a) e b)*".
Pertanto, anche tale censura si appalesa infondata.
V – In conclusione, il ricorso è infondato. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in euro 1.500,00, oltre Iva e c.p.a., per ciascuna delle parti resistenti (Comune di XXX e XXX).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge perché infondato.
Condanna la parte ricorrente alle spese del giudizio, liquidate in euro 1.500,00, oltre Iva e c.p.a., per ciascuna delle parti resistenti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Campobasso, nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2018, con l'intervento dei magistrati:
Silvio Ignazio Silvestri, Presidente
Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore
Luca Monteferrante,
Consigliere

PREDSIDENTE
ESTENSORE