

Pubblicato il 06/05/2020

N. 00131/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00095/2020 REG.RIC.



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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 95 del 2020, proposto da

Cuccia Paradiso S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Romano, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Riccia, non costituito in giudizio;

nei confronti

S.I.A.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della Deliberazione della Giunta comunale di Riccia n. 30 del 27/3/2020, non notificata, avente ad oggetto <<*servizio di mantenimento dei cani randagi catturati e/o rinvenuti nel territorio comunale – approvazione schema di convenzione con la Siac srl*>>;
- di tutti gli atti, verbali, comunicazioni, comunque denominati, concernenti la

procedura di indagine di mercato espletata;

- dell'eventuale contratto di appalto ove già stipulato;

- di ogni atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove già stipulato e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica con l'obbligo di provvedere alla ripetizione della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.I.A.C. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2020 il dott. Daniele Busico e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020;

Con ricorso depositato il 7 aprile 2020, la parte ricorrente ha impugnato i seguenti atti: 1) la deliberazione della Giunta comunale di Riccia n. 30 del 27/3/2020 avente ad oggetto <<*servizio di mantenimento dei cani randagi catturati e/o rinvenuti nel territorio comunale – approvazione schema di convenzione con la Siac srl*>>; 2) tutti gli atti, verbali, comunicazioni, comunque denominati, concernenti la procedura di indagine di mercato espletata nell'ambito della predetta procedura poi conclusasi con la delibera gravata; 3) l'eventuale contratto di appalto ove già stipulato, per il quale è chiesta la dichiarazione d'inefficacia; 4) ogni atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso all'affidamento in questione. Ha chiesto altresì la condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno in forma specifica, anche mediante riedizione della gara.

Ha dedotto, in via generale, i seguenti motivi: 1) violazione ed errata applicazione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto cura Italia) art. 103, comma 1, e della circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 23/3/2020, concernente <<*applicazione dell'articolo 103 del decreto – legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*>>; violazione della statuizione di sospensione di tutti i procedimenti amministrativi; 2) violazione ed errata applicazione degli artt. 48 e 107 del d.lgs. 267/2000 TUEL; violazione delle linee

guida n. 4 dell'ANAC; incompetenza; 3) violazione ed errata applicazione degli artt. 35, co. 4, 6, 7, e ss. e 36, co. 2, del d.lgs. 50/2016; violazione ed errata applicazione dell'art. 30, co. 1, del d.lgs. 50/2016 e dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità; violazione della delibera ANAC 7/2/2019 n. 75; violazione delle prescrizioni di cui al parere reso dal Consiglio di Stato - Adunanza della commissione speciale del 30 agosto 2016 – n. 1903/2016 – n. affare 1329/2016; violazione ed errata applicazione degli artt. 32, 75, comma 3, ultimo periodo, e 76 del d.lgs. 50/2016; violazione di tutti i principi codificati dalle linee guida ANAC n. 4 sugli affidamenti sotto soglia, a seguito della modifica introdotta con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo); violazione ed errata applicazione dell'art. 59 del d.lgs. 50/2016: omessa indicazione della procedura selettiva; violazione dell'art. 97 cost. e della l. 241/90 e dei principi di buon andamento e imparzialità della PA di cui all'art. 1 della l. 241/90; eccesso di potere per difetto di istruttoria, arbitrarietà; violazione e falsa applicazione degli art. 3 della l. 241/90; eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, irragionevolezza, erroneità dei presupposti, manifesta ingiustizia, disparità di trattamento, arbitrarietà; sviamento; illegittimità derivata.

Nello specifico, le censure dedotte da parte ricorrente sono le seguenti.

Col primo motivo si duole della mancata sospensione della procedura di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 103, comma 1 del recente d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia), applicabile anche alle procedure d'appalto, giusta circolare del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 23 marzo 2020.

Col secondo motivo lamenta l'incompetenza dell'Organo che ha adottato il provvedimento di aggiudicazione, rientrando, in quanto atto di gestione e non di indirizzo, nella competenza dirigenziale e non della Giunta comunale, ai sensi dell'art. 107 del d.lg. 267/2000.

Col terzo motivo si duole della mancata applicazione delle regole relative agli affidamenti sotto soglia: *<<la Stazione appaltante, infatti, non ha indicato il valore dell'appalto, non ha individuato un RUP, non ha adottato una determina a contrarre, non ha fissato i requisiti tecnici, non ha verificato i requisiti soggettivi né morali, non ha motivato sulla*

scelta del criterio di aggiudicazione>>, ciò in violazione della normativa di settore.

Si è costituita la controinteressata S.I.A.C. S.r.l. per eccepire l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Sentite le parti *ex art. 56 comma 2 c.p.a.*, il Presidente con decreto cautelare monocratico n. 76 del 10 aprile 2020 ha accolto l'istanza cautelare e ordinato all'Amministrazione di depositare tutti gli atti del procedimento relativo all'oggetto del giudizio.

L'Amministrazione comunale intimata, non costituita in giudizio, ha adempiuto agli incumbenti istruttori in data 24 aprile 2020, depositando in particolare la convenzione del 27 marzo 2020 stipulata con la controinteressata, per il servizio di ricovero, custodia e mantenimento di cani randagi.

Le parti costituite hanno presentato memorie in vista dell'udienza cautelare.

All'udienza del 29 aprile 2020 la causa è stata trattenuta in decisione, ravvisandosi i presupposti per l'adozione di una sentenza in forma semplificata di cui all'articolo 60 c.p.a., <<*omesso ogni avviso*>> come previsto dall'art. 84, comma 5, del D.L. n. 18/2020.

Il collegio ritiene che sia superabile, nel caso di specie, l'esigenza di tutela difensiva di cui si fa carico l'ordinanza del TAR Marche n. 136 del 16 aprile 2020, in quanto la ricorrente ha chiesto espressamente una pronuncia con sentenza in forma semplificata e il controinteressato costituito non si è opposto; oltre tutto, come si dirà, il ricorso è manifestamente fondato.

Occorre altresì premettere, in punto di fatto, che

- in data 24 marzo 2020, il Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Riccia ha inviato una email alle odierne parti private chiedendo di far pervenire con urgenza uno schema di convenzione con le condizioni economiche applicate per il conferimento dell'affidamento del servizio di mantenimento dei cani randagi catturati e/o rinvenuti nel territorio comunale;
- in data 25 marzo 2020 S.I.A.C. S.r.l. ha presentato al Comune il preventivo prot. 3386/2020, contenente offerta economica (per n.1 cane euro 1,45, oltre IVA al giorno);
- in data 27 marzo 2020 Cuccia Paradiso S.r.l. ha riscontrato la nota del Comune

- con pec, trasmettendo uno schema di convenzione contenente offerta economica (per n.1 cane euro 2,40, oltre IVA al giorno, preventivo prot. 3713/2020);
- in data 27 marzo 2020 la Giunta comunale del Comune di Riccia, <<VERIFICATO che le condizioni economiche più vantaggiose risultano essere quelle offerte dalla S.I.A.C. S.r.l.>> ha disposto <<DI APPROVARE lo schema di convenzione per il mantenimento dei cani randagi rinvenuti e/o catturati sul territorio comunale, dopo il periodo di osservazione, per il periodo 01/04/2020 – 31/12/2022, con la “SIAC s.r.l.”>>;
 - in data 27 marzo 2020 la S.I.A.C. S.r.l. e il Comune di Riccia hanno stipulato la convenzione avente ad oggetto il predetto appalto di servizi;
 - con pec del 30 marzo la S.I.A.C. S.r.l. ha comunicato all’odierna ricorrente di essere risultata aggiudicataria del servizio, affidatole con la delibera di Giunta comunale qui impugnata, e ha preannunciato l’urgenza di effettuare il trasferimento dei cani prelevandoli dalla struttura di Cuccia Paradiso S.r.l. che li ospita.

Le eccezioni pregiudiziali formulate dalla controinteressata sono infondate.

L’eccezione di inammissibilità del ricorso, per la natura endoprocedimentale del provvedimento impugnato, non è fondata perché la delibera della Giunta comunale di Riccia n. 30 del 27/3/2020 ha efficacia esterna e direttamente lesiva della posizione giuridica della ricorrente, in quanto provvedimento presupposto alla stipulazione della convenzione del 27 marzo 2020, non essendo emersa alcuna ulteriore attività procedimentale da parte del RUP.

Anche l’eccezione di inammissibilità per acquiescenza della ricorrente che ha partecipato alla procedura <<senza riserve [...] prestando acquiescenza a quella tipologia di gara scelta dall’Amministrazione committente>> non è fondata. Come correttamente rilevato dalla parte ricorrente, la presentazione della domanda di partecipazione alla gara (se così può qualificarsi l’inoltro dell’email del 27 marzo 2020 da parte di Cuccia Paradiso S.r.l.) per l’affidamento di un appalto non comporta acquiescenza automatica alle clausole del bando ritenute lesive o comunque all’intera procedura selettiva (ivi compresa la fase di scelta della procedura per l’affidamento). Né lo scarno contenuto dell’invito del Comune di Riccia (cfr. email del Responsabile dell’Ufficio Tecnico del 24 marzo 2020) a trasmettere una bozza di convenzione

con l'offerta economica poteva radicare nella parte ricorrente una sufficiente consapevolezza circa la procedura stabilita dal Comune per l'affidamento, così da rendere inequivocabilmente significativa (nel senso dell'acquiescenza) la proposta effettuata da Cuccia Paradiso S.r.l..

L'eccezione di inammissibilità per carenza d'interesse è manifestamente infondata atteso che, per la caratura dei vizi dedotti, è irrilevante la circostanza che <<*inconfutabilmente*>> l'offerta più conveniente sia quella della SIAC S.r.l., posto che, in caso di accoglimento del ricorso, la ricorrente potrebbe, in ipotesi, ripresentare una nuova offerta

Può quindi esaminarsi il merito.

In via preliminare, con riguardo all'ordine di esame dei motivi di ricorso, rileva il Collegio che deve essere valutata in via prioritaria la censura con cui la società ricorrente contesta l'incompetenza della Giunta comunale nell'individuazione del contraente per l'affidamento dell'appalto (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2015). Infatti, in tutte le situazioni di incompetenza, come ha chiarito l'Adunanza plenaria citata, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*.

Il dedotto vizio d'incompetenza è manifestamente fondato, con il conseguente assorbimento delle altre censure proposte.

Occorre premettere che il provvedimento gravato ha ad oggetto un appalto di servizi e che la procedura seguita per la scelta del contraente è quella dell'affidamento diretto, previa indagine di mercato tra due operatori (l'odierna ricorrente e la controinteressata costituita).

Il provvedimento di affidamento diretto è stato adottato dall'organo incompetente, ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL): rientra infatti tra i compiti dei dirigenti l'adozione degli atti di gestione delle procedure di appalto, essendo riservata alla Giunta comunale, ai sensi dell'art. 48 del TUEL, richiamato nella delibera stessa, l'adozione degli atti, diversi da quelli di gestione, spettanti agli

organi di governo.

Secondo l'art. 107 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, infatti *<<Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e dei provvedimenti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno non compresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo politico e controllo politico - amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale...>>* (comma 2), tra cui (comma 3, lett. b) *<<la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso>>*, con la precisazione (comma 4) che *<<le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative>>*.

La giurisprudenza ha più volte ribadito d'altra parte che la Giunta comunale è l'organo politico esecutivo che compie gli atti di amministrazione che non siano riservati dalla legge al Consiglio e che non rientrino nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del Sindaco, degli organi di decentramento, del segretario o, come nel caso di specie, dei dirigenti.

Occorre poi precisare che non è applicabile al caso di specie la giurisprudenza amministrativa, fatta propria anche da questo TAR (cfr. sentenza n. 533 del 14/09/2018) e richiamata dalla controinteressata nelle note depositate il 27 aprile 2020, relativa alle procedure di affidamento diretto, in quanto l'Amministrazione neppure ha dato atto, negli atti facenti parte dell'*iter* procedimentale qui gravato, del valore dell'appalto. E' evidente che l'affidamento diretto si pone come procedura in deroga rispetto ai principi della concorrenza, non discriminazione, ecc., ma per poter provvedere in questi termini e modalità l'Amministrazione avrebbe dovuto specificamente individuare l'ammontare dell'appalto o quantomeno indicare che si tratta di appalto di servizi di valore al di sotto della soglia dei 40 mila euro. Tuttavia, come osservato dalla ricorrente, tale circostanza non emerge dagli atti di causa e dai provvedimenti adottati.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

All'annullamento della delibera della Giunta comunale di Riccia n. 30 del 27/3/2020 segue la dichiarazione d'inefficacia del contratto, stipulato in data 27

marzo 2020 tra il Comune di Riccia e S.I.A.C. S.r.l.

Non v'è, invece, spazio per l'accoglimento della domanda di condanna della P. A. resistente al risarcimento dei danni, stante la sua assoluta genericità e carenza di prova.

Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a carico del Comune di Riccia. Sussistono, invece, giustificati motivi per compensare le spese tra le parti private.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara inefficace il contratto stipulato tra il Comune di Riccia e S.I.A.C. S.r.l. in data 27 marzo 2020.

Condanna il Comune di Riccia al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente nella misura di euro 2.000,00, oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato nella misura di quanto versato. Compensa le spese di lite tra la parte ricorrente e S.I.A.C. S.r.l.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Marianna Scali, Referendario

Daniele Busico, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Daniele Busico

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO