

**Tar Sicilia, sezione terza, sentenza n. 1536 del 14 maggio 2021**

*Procedura di gara – Sottosoglia – DL semplificazione – No obbligo di affidamento diretto*

**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 la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 626 del 2021, proposto da  
....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso  
dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

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

***nei confronti***

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

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in  
giudizio;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione,*

- Deliberazione della Giunta Municipale di ....., n.86 del 28.07.2020;

- Determina n.155 del capo ripartizione IX – Corpo Polizia Municipale, - (doc.n.2) con cui procedeva a dar corso alla delibera di Giunta comunale di ..... (n.86 del 28.07.2020, sub doc.n.1) in cui rispettivamente proponeva e poi approva, nella propria discrezionalità, la scelta del contraente per l'affidamento, tramite procedura aperta ex art. 60 d.lgs n.50/2016, lo schema di bando di gara e del relativo Capitolato per il servizio di “..Affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da sinistri (CIG:8510913397);
- il Bando di gara e il Capitolato di gara per il servizio di “..Affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da sinistri (CIG:8510913397);
- Determinazione n.18 del 26 Gennaio 2021 del capo Ripartizione IX Polizia Municipale - del comune di ....., (doc.n.4) in cui propone e approva la composizione e nomina della commissione di gara;
- Determinazione n.32 del 12 Febbraio 2021 del capo Ripartizione – Polizia Municipale del comune di ..... (doc.n.6) in cui propone e approva il verbale della commissione di gara del 9 Febbraio 2021 da cui risulta aggiudicataria provvisoria del servizio di “..ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale..” la ditta Sicurezza e Ambiente S.p.a. che ha ottenuto un punteggio complessivo di 99;
- Verbali di gara nn.1 e 2 del 2 febbraio e 9 febbraio 2021 della procedura di gara avente (doc.nn.6a e 6b) ad oggetto l'Affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale.. (CIG: 8510913397);
- Determinazione n.39 del 1 marzo 2021 del capo Ripartizione IX – Polizia Municipale del comune di ....., (doc.n.7) conosciuta dalla ricorrente Interventa Scpa successivamente alla reiterata richiesta di accesso agli atti del 19 marzo 2021, in data 23-24 Marzo 2021 (..), avente ad oggetto l' “Aggiudicazione definitiva e

approvazione schema di convenzione per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità stradale (CIG:8510913397)” alla società Sicurezza e Ambiente S.r.l. di Roma, ove, come al solito, propone e approva;

- Comunicazione del Capo Ripartizione IX – Polizia Municipale del comune di ..... del 2 marzo 2021, (doc.n.5-bis) a seguito di richiesta di chiarimenti di ..... del 25 Febbraio 2021;

- di ogni ulteriore atto, antecedente, contestuale e successivo, presupposto e comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di ..... e della Sicurezza e Ambiente S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la memoria del Comune di ..... e la documentazione a corredo del 22.4.2021;

Visto l'art. 25 del Decreto Legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176;

Vista l'istanza della controinteressata, del 22.4.2021, per la discussione da remoto ai sensi del d.l. n. 28/2020 e d.l. n. 137/2020;

Vista la memoria della controinteressata del 23/4/2021;

Visto il decreto presidenziale n. 371/2021 con il quale è stata disposta la discussione da remoto;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2021, tenutasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, il dott. Roberto Valenti, ed uditi i difensori della controinteressata e della parte ricorrente, come specificato nel verbale;

Visto il comma 2 dell'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, come modificato in sede di conversione con Legge 18 dicembre 2020 n. 176, secondo cui *nel periodo compreso tra il novembre 2020 e il 30 aprile 2021 gli affari in trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, omissis ogni avviso;*

Dato comunque atto dell'avviso da parte del Presidente del Collegio sulla possibilità della immediata definizione del ricorso con sentenza breve ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'impresa ricorrente insorge avverso i provvedimenti prodromici, il bando e gli esiti della gara indetta dal Comune di ....., cui ha partecipato, per l'affidamento del servizio triennale, senza costi per il Comune ma con un volume di affari stimato in 45.000 Euro, per il ripristino della sicurezza delle strade a seguito di incidenti stradali, da remunerare mediante gli oneri dovuti delle compagnie assicurative dei veicoli coinvolti.

Lamenta in primo luogo e con la prima censura l'illegittimità della scelta operata dall'Amministrazione comunale di procedere con procedura aperta ex art. 60 Codice Appalti e non mediante affidamento diretto secondo la previsione normativa derogatoria, per gli appalti sotto soglia quale quello qui in esame, di cui al D.L. n. 76/2020 del 17/7/2020, convertito nella legge n. 120 del 15/9/2020, con particolare riferimento all'art. 1, comma 1, per i contratti sotto soglia. Lamenta la mancanza di una specifica motivazione sul punto.

Con il secondo profilo di censura, lamenta l'elusione del principio di rotazione e l'illegittima previsione della prestazione di una garanzia provvisoria in misura piena.

Con la terza censura lamenta la violazione dell'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 in quanto l'Ing. Cavoli avrebbe cumulato gli incarichi di "istruttore amministrativo nel contratto" nonchè quello di R.U.P. e di "membro della Commissione giudicatrice".

In via gradata e nel merito contesta altresì l'erroneità del punteggio assegnato dalla commissione per il criterio D1 previsto dal bando in ordine ai Centri logistici abilitati al servizio presenti sul territorio, atteso che l'aggiudicataria aveva illegittimamente dichiarato di essere in possesso di 4 centri posti ad una distanza inferiore ai 30 KM (dal centro abitato di .....): invero due centri siti a Palermo si troverebbero rispettivamente ad una distanza di 30,01 e di 34 KM.

Resiste il Comune di ..... prospettando l'inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione della delibera di Giunta del luglio 2020 e degli altri atti, ivi compreso il bando, chiedendo comunque il rigetto del ricorso.

Resiste la controinteressata società Sicurezza ed Ambiente, chiedendo la discussione da remoto.

Con decreto presidenziale n. 371/201 del 23/04/2021 è stata disposta la discussione da remoto.

Con memoria del 23 aprile 2021, la controinteressata ha articolato difese scritte eccependo l'inammissibilità *in parte qua* del ricorso, quanto alla tardiva impugnazione del bando, e chiedendone nel merito il rigetto con vittoria di spese.

Alla camera di consiglio del 27 aprile 2021, tenutasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, previo avviso dato alle parti presenti, ammessi alla discussione da remoto, sulla possibile definizione del ricorso con sentenza breve ai sensi dell'art. 60 c.p.a., dopo la discussione delle parti la causa è stata assunta per la decisione.

Ciò posto, ritiene il Collegio che il ricorso possa essere definito con sentenza semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sussistendo i presupposti di legge, tenuto

contro della regolarità del contraddittorio, la completa definizione delle questioni dedotte, la sufficienza della documentazione versata che non necessita di integrazioni, e dell'apposito avviso dato dal Presidente del Collegio alle parti presenti, come da verbale.

Ritiene il Collegio che, anche a prescindere dai fondati rilievi di parziale inammissibilità eccepiti sia dal Comune di ..... che dall'impresa controinteressata, il ricorso sia infondato nel merito e vada quindi respinto per le considerazioni che seguono.

Se per un verso, infatti, appare intempestiva l'impugnazione degli atti relativi alle modalità concrete con cui il Comune di ..... ha scelto di selezionare (mediante procedura aperta e non tramite aggiudicazione diretta) il servizio di che trattasi (sul punto appaiono condivisibili i richiami della controinteressata al filone giurisprudenziale sulla necessità, in caso di detto *petitum*, di immediata impugnazione del bando di gara: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V., sent. 28/5/2020, n. 3364; Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 18/4/2019, n. 2535), per altro verso il Collegio ritiene che la normativa invocata dalla parte (che poi ha materialmente partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune) sulle deroghe previste dall'art. 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, non possa trovare applicazione in specie.

Ed invero, la norma in questione, *apertis verbis*, prevede la possibilità di un affidamento diretto "*al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte a le ricadute negative*" dell'emergenza COVID. Sotto tale profilo, ha buon gioco la parte resistente nel rilevare che il "servizio di ripristino stradale", oggetto del presente contenzioso, non comporti "investimenti pubblici", tanto che la gara non prevede costi per l'Amministrazione; non afferisce al settore delle "infrastrutture e dei servizi pubblici" e non ha alcun impatto sulle ricadute delle emergenza COVID.

Per altro, non revocando o sospendendo la disciplina ordinaria, la norma in rilievo non ha inteso conculcare la scelta delle amministrazioni pubbliche, in questo caso il Comune di ....., di operare mediante la disciplina ordinaria dell'evidenza pubblica con gare aperte in luogo dell'affidamento diretto.

Quanto precede ha trovato, per altro, il conforto nelle osservazioni rese dell'ANAC in sede di parere reso in commissione al Senato prima della approvazione del testo di legge. Sul punto l'ANAC ha osservato, infatti che: *“sebbene l'art. 1 del d.l. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno”* (parere ANAC del 3 agosto 2020 parere reso in sede di approvazione al Senato).

Detto altrimenti, l'affidamento diretto non costituisce il modulo procedimentale sottosoglia al quale le stazioni appaltanti debbano obbligatoriamente fare ricorso.

A differenti conclusioni non induce il richiamo, operato dalla parte ricorrente, al parere del Ministero Infrastrutture e Trasporti n. 735/2020 in relazione all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di motivare il ricorso all'evidenza pubblica: sia in quanto il predetto parere non può ritenersi vincolante nei confronti del Comune di ....., come dedotto dalla parte resistente; sia in quanto lo stesso parere si limita, in ogni caso, solamente a “suggerire” di dare un riscontro nella motivazione per la scelta della procedura di evidenza pubblica ordinaria rispetto a quella “emergenziale” in deroga dell'affidamento diretto.

Correttamente parte resistente richiama a tal proposito il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 30 agosto 2016, n. 1903/2016, secondo cui il principio generale della motivazione assume valenza con riguardo alla fase dell'affidamento e dell'individuazione dell'aggiudicatario e non tanto, dunque, nella

precedente fase a monte circa la scelta della procedura prescelta (semplificata ovvero ordinaria).

Privo di pregio è l'ulteriore profilo circa il mancato rispetto dei termini, previsto dal decreto semplificazioni per la conclusione della procedura di gara: tale rilievo, infatti, limitato alla procedure semplificate qui non applicabili per le considerazioni di cui sopra, non potrebbe comunque comportare l'illegittimità, per ciò solo, degli atti di gara riverberandosi, se del caso, unicamente sulla responsabilità amministrativa del R.U.P..

Anche la censura articolata in ordine alla ritenuta violazione del principio di rotazione non assume alcun rilievo nel caso in esame, attesa la scelta dell'Amministrazione di procedere secondo la procedura ordinaria aperta: il principio di rotazione, infatti, assume significato nel diverso caso dell'affidamento diretto e non trova applicazione nei casi, come quello per cui è causa, di procedure ordinarie o comunque aperte al mercato (sul punto cfr. le linee Guida ANAC n. 4 approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 01.03.2018; sul punto parte resistente richiama C.d.S., Sez. III, sent. n. 875 del 4/2/2020; Sez. V, sent. 17/3/2021, n. 2292).

Le contestazioni in ordine alla "cauzione provvisoria piena" appaiono criptiche in quanto non conducono comunque, come dedotto dalla parte resistente, a inficiare l'illegittimità della procedura di gara. Sotto tale profilo, si osserva che parte ricorrente non è stata esclusa dalla gara, cui ha partecipato; né si è sottratta dal prestare la garanzia nella misura richiesta, per cui la censura risulta inammissibile per carenza di interesse.

Quanto alla violazione dell'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, può convenirsi con la parte resistente che, secondo la giurisprudenza amministrativa consolidata, in relazione alle prospettate situazioni di incompatibilità occorre avere riguardo alla concreta partecipazione alla redazione degli atti, al di là del formale profilo della

sottoscrizione o mancata sottoscrizione dei medesimi, indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente.

Per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi “non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario”. Secondo la giurisprudenza, “ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione; detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità; in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario componente della commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. cit. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).” (Tar Sicilia Catania, Sez. I, sent. 25/01/2021 n. 209)

Nel caso in esame, le contestazioni di parte ricorrente appaiono del tutto generiche contestandosi che il RUP aveva svolto, anche in passato, non meglio identificate funzioni di "ispettore amministrativo nel contratto". Parte ricorrente non individua alcuna attività in particolare, che per essere stata effettivamente svolta dal RUP, con specifico riferimento alla procedura in esame, potesse concretare le cennate incompatibilità secondo i profili sopra riportati.

Per le considerazioni sopra esposte, i primi tre profili di censura vanno quindi disattesi in quanto infondati.

Anche l'ultima doglianza è priva di pregio.

In relazione all'errato punteggio per il criterio D1, il bando non specificava espressamente che la distanza fosse misurata in termini "stradali", così potendosi condividere con parte resistente che la stessa è stata rispettata in relazione alla misurazione in linea d'aria. In ogni caso, la censura risulta infondata in quanto parte resistente riesce a comprovare, anche con la misurazione "stradale", che la distanza dal centro di ..... alla Centro logistico "SA002", con sede in Palermo in ..... (che parte ricorrente ritiene superiore ai 30Km, e pari a Km. 30,01, salvo poi rettificare in sede di discussione l'errore materiale commesso nel ricorso, precisando che tale ultima distanza sarebbe pari a Km 30,1) in realtà risulta pari a Km 30, come comprovato dal sito [www.distanzachilometriche.net](http://www.distanzachilometriche.net). Ne deriva che, anche senza considerare la distanza del 4° sito, la parte resistente conserverebbe comunque il punteggio di 4 punti assegnato dalla Commissione per il sub criterio D1, in relazione ad almeno 3 siti posti entro la distanza prevista dal bando.

In conclusione, il ricorso è da respingere in quanto infondato.

Le spese del giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e si liquidano, ai sensi del d.m. n. 55/2014, nella misura quantificata in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia, della natura delle questioni giuridiche affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta, avendo riguardo alla fase di studio, trattazione e decisionale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta in quanto infondato. Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 2.368,00 (duemilatrecentosessantotto/00) equamente ripartiti tra il Comune di ..... e la controinteressata Sicurezza e Ambiente s.r.l., oltre accessori come per legge; nulla nei confronti di ....., non costituita in giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2021, tenutasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**