

## **TAR Sicilia, Sezione Seconda, Sentenza n. 1165 del 27 maggio 2025**

Concessioni di servizi – Affidamento diretto – Non ammissibile per concessioni – D.lgs. n. 36/2023

– Disciplina ad hoc

Publicato il 27/05/2025

**N. 01165/2025 REG.PROV.COLL.**

**N. 00664/2025 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

*ex art. 60 e 120 cod. proc. amm.;*

sul ricorso numero di registro generale 664 del 2025, proposto dalla ditta (...) e dal (...), ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

*contro*

la (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

*nei confronti*

della ditta (...) a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

*per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia:*

-della delibera n. 8 del 27 marzo 2025, pubblicata in data 16 aprile 2025, con cui l'(...) ha deliberato di affidare direttamente la gestione della casa di riposo, per il tempo strettamente necessario all'espletamento della procedura di gara e comunque per un periodo non superiore a 9 mesi;

-di ogni eventuale verbale di gara, ad oggi non conosciuto, con il quale si conferma l'affidamento diretto in favore della controinteressata;

-ove adottato, del provvedimento di affidamento diretto del servizio in favore della controinteressata;

-ove occorra e per quanto di ragione, di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale ad oggi non conosciuto dalle ricorrenti;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di affidamento diretto della gestione della Casa di riposo tra l'(...) e la controinteressata, ove già sottoscritto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2025 il dott. Antonino Scianna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti per la decisione con sentenza in forma semplificata, del che è stato dato avviso alle parti;

1. La ditta (...) ed il (...) agiscono per l'annullamento della deliberazione n. 8 del 27 marzo 2025, con cui la (...) ha deliberato di affidare direttamente la gestione della casa di riposo medesima, per il tempo strettamente necessario all'espletamento della nuova procedura di gara e comunque per un periodo non superiore a 9 mesi. Con il medesimo mezzo di tutela è stato altresì chiesto al Collegio di dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata individuata per la gestione della casa di riposo in parola.

2. Espongono i ricorrenti di vantare notevole esperienza nel settore dell'assistenza

sociale per anziani e disabili, in particolare la (...) è il concessionario uscente della gestione del servizio della Casa di riposo di cui è titolare l'(...) intimata, la cui scadenza era fissata al 30 aprile 2025, e che il loro interesse al presente contenzioso tende alla caducazione dell'affidamento diretto in favore della controinteressata ed all'aggiudicazione del relativo affidamento.

Ciò posto, parte ricorrente evidenzia altresì che, con delibera n. 7 del 27 marzo 2025, l'(...) in prossimità della scadenza del contratto di gestione decideva di avviare la procedura per l'affidamento della gestione della casa di riposo per una durata di quattro anni, eventualmente prorogabili, mediante procedura negoziata sottosoglia, previa pubblicazione di un avviso per la raccolta di manifestazioni di interesse da parte di operatori economici qualificati, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b), del D.lgs. n. 36/2023. Lo stesso giorno veniva però adottata anche la delibera n. 8 del 27 marzo 2025, pubblicata in data 16 aprile 2025, con la quale *“visto il termine definitivo del contratto con l'attuale gestore della Casa di riposo”*, come detto in scadenza il 30 aprile 2025, considerato *“che la cessazione del servizio comporterebbe un grave pregiudizio”* e che *“la chiusura della struttura non è un'alternativa percorribile”*, l'Amministrazione disponeva, in ragione della situazione di estrema urgenza ed imprevedibilità, ai sensi degli artt. 50, comma 1, lett. b) e c), e 76, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 36/2023, l'affidamento diretto e temporaneo, della gestione della casa di riposo, per il tempo necessario all'espletamento della procedura di gara e comunque per un periodo non superiore a 9 mesi, onde garantire la continuità del servizio assistenziale.

3. Il ricorso, notificato e depositato il 28 aprile 2025, è affidato alle seguenti doglianze:

*‘I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 50 comma 1 lett. b) e c) del d.lgs. 36/2023 e dell'art. 76 comma 2 lett. b) e c) del d.lgs. 36/2023 -Violazione e falsa applicazione degli artt. 17, 178 comma 5, 179, 181, 182, 187 del d.lgs. 36/2023 Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa e del principio del favor participationis*

*-Eccesso di potere per erroneità della motivazione e difetto di istruttoria -Insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'affidamento diretto e temporaneo del servizio -Contraddittorietà ed irragionevolezza.*

*II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 50 comma 1 lett. b) e 76 comma 2 lett. b) e c) del d.lgs. 36/2023 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 14, comma 6 del d.lgs. 36/2023”.*

3.1. Con il primo motivo, parte ricorrente denuncia l'illegittimità della delibera con cui l'(...) ha ritenuto di affidare direttamente la gestione della casa di riposo, nelle more dello svolgimento del gara per l'affidamento del servizio, in quanto nella fattispecie si sarebbe in presenza di una concessione e non di un appalto, sicché non sarebbero applicabili le disposizioni, menzionate nel provvedimento impugnato e dettate dal codice dei **contratti pubblici**, per l'affidamento diretto di un servizio (artt. 50, comma 1, lett. b) e c) e 76, comma 2, lett. b), del D.lgs. n. 36/2023). Sostengono in sostanza le ricorrenti, per un verso, che sarebbe evidente che il contratto di gestione della casa di riposo debba qualificarsi come una concessione con cui l'(...) ne affida la gestione, atteso che il Concessionario è tenuto al versamento di un canone, determinato al punto 2 della delibera impugnata in misura non inferiore ad euro 62.999,01 e, per altro verso, che in nessun caso in materia di concessioni è consentito l'affidamento diretto anche se temporaneo di un servizio, neanche quando il valore della concessione è inferiore alla soglia dei 140.000 euro stabilita per gli appalti di servizi dall'art. 50, comma 1, lett. b), del codice dei **contratti pubblici**, dovendosi invece necessariamente seguire la procedura indicata dall'art. 187 del D.lgs. n. 36/2023.

Sotto diverso profilo, parte ricorrente lamenta che neanche l'art. 76, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023 sarebbe applicabile alle concessioni e che, l'impossibilità di fare ricorso al cosiddetto “*affidamento ponte*” in materia di concessioni, sarebbe confermata dalla eccezionale previsione contenuta all'art. 178, comma 5, del codice dei **contratti pubblici**, che contempla una tale possibilità solo per la gestione delle tratte autostradali.

3.2. Con il secondo motivo i ricorrenti sostengono poi che, anche laddove dovessero considerarsi applicabili alla fattispecie controversa le disposizioni di cui agli artt. 50, comma 1, e 76, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023, non sussisterebbero comunque i presupposti previsti dalle citate disposizioni per l'affidamento diretto. Segnatamente i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 14, comma 6, del D.lgs. n. 36/2023, sostenendo che la stazione appaltante avrebbe artificiosamente frazionato l'appalto riducendone la durata a nove mesi, onde rientrare nel limite di legge (140.000 euro) per procedere all'affidamento diretto.

Inoltre, non sussisterebbero nemmeno i presupposti per l'applicazione dell'art. 76, comma 2, lett. c), del D.lgs. n. 36/2023, per lo svolgimento per ragioni di urgenza della procedura negoziata senza pubblicazione del bando, in relazione ad eventi imprevedibili "*non imputabili*" alla stazione appaltante e che potrebbero giustificare il ricorso eccezionale alla procedura negoziata. Denuncia infatti la ricorrente, che l'Amministrazione intimata era ben consapevole della scadenza del contratto di gestione in corso e avrebbe dovuto, pertanto, avviare tempestivamente le procedure selettive previste dalla legge.

3. Con decreto n. 193 del 29 aprile 2025, il Presidente della Sezione ha accolto l'istanza di misure cautelari monocratiche presentata dalla parte ricorrente e disposto incumbenti istruttori a carico dell'(...).

4. In data 16 maggio 2025 si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, che ha depositato documentazione e, con memoria, ha chiesto il rigetto del ricorso eccependo preliminarmente l'inammissibilità della domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati presentata dalla (...) che, anche a non considerarne la situazione di morosità nel pagamento dei canoni dovuti, in quanto gestore uscente, non potrebbe comunque aspirare ad un nuovo affidamento della gestione del servizio per cui è causa.

La ditta controinteressata per quanto ritualmente intimata non si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 22 maggio 2025, presenti i difensori delle parti, come da verbale, dopo una breve discussione, il Presidente del Collegio ha dato avviso della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, e la causa è stata posta in decisione.

5. Il Collegio ritiene di poter definire il presente giudizio con sentenza redatta “in forma semplificata”, sussistendone i presupposti di legge (art. 60 e art. 120, comma 6, nonché artt. 49 e 74 c.p.a.).

6. Deve essere preliminarmente scrutinata l’eccezione di, parziale, inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa della resistente Amministrazione, con riguardo alla posizione della (...).

Il Collegio ritiene che l’eccezione sia fondata nei termini di cui si dirà.

Con riferimento al presunto inadempimento della ricorrente degli obblighi derivanti dal contratto che la legava alla resistente (...), il Collegio non può non evidenziare come tali inadempimenti, per altro contestati con forza dalla parte ricorrente, non siano stati in alcun modo documentati.

Coglie nel segno invece l’eccezione in parola, nella parte in cui segnala che la (...), affidataria uscente del servizio, a seguito di anni di gestione per effetto di una serie di rinnovi della concessione, non avrebbe potuto essere invitata alla eventuale *“corretta procedura prevista dalla legge che impone la previa consultazione degli operatori interessati”* (cfr. pag. 5 del ricorso introduttivo).

Osserva il Collegio che, ove la resistente Amministrazione si fosse determinata in tal senso, avrebbe comunque ostato alla possibilità di invitare la Società (...) a tale procedura, il generale principio di rotazione, espressamente richiamato per i **contratti** di concessione di importo inferiore alla soglia europea dall’art. 187 del D.lgs. n. 36/2023, con cui il Legislatore ha inteso garantire agli operatori economici operanti in un determinato settore del mercato il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo le opportunità di essere affidatari di un contratto pubblico.

Si richiama, sul punto la condivisibile affermazione della V sezione del Consiglio di Stato, secondo cui *“Detto principio costituisce...necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio.”* (Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182).

6.1. Ciò posto, dato in ogni caso atto che l'altra ditta ricorrente ha documentato (cfr. allegato 001 al deposito documentale del 29 aprile 2025) l'appartenenza al settore legittimandosi così senz'altro all'impugnazione degli atti di affidamento senza gara del servizio in discorso, venendo al merito delle censure dedotte, il Collegio reputa preliminarmente necessario rammentare che la concessione, al pari dell'appalto di servizi, invero, è un mezzo di esecuzione di servizi **pubblici**, che presenta il vantaggio per il committente di non sopportare il necessario esborso finanziario che viene a gravare sul soggetto esecutore, il quale si remunera attraverso i proventi della gestione.

L'assunzione del rischio da parte del concessionario, derivante dal fatto che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla gestione del servizio, costituisce la sostanziale differenza con l'appalto, che è connotato invece da un rischio di impresa che, al confronto, è notevolmente inferiore, in quanto limitato alla sola erogazione del servizio indipendentemente dalla redditività dell'operazione.

In sostanza, in capo al concessionario grava non solo il “peso” dell'intervento, ma anche il rischio finanziario dell'investimento derivante dallo sfruttamento della gestione del bene o del servizio dato in concessione.

La direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei **contratti** di concessione, ha chiarito all'art. 5 il concetto di rischio operativo evidenziando che:

*“L’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”.*

Il concetto di rischio operativo è parimenti richiamato dall’art. 177 del D.lgs. n. 36/2023 che, al comma 2, evidenzia come tale rischio comporti la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell’Amministrazione aggiudicatrice o dell’Ente aggiudicatore.

7. Tanto premesso, il Collegio reputa che colga nel segno parte ricorrente nell’evidenziare che, nel caso di specie, l’avversato affidamento afferisca ad una concessione e non ad un appalto di servizi.

A tale conclusione è agevole pervenire, per un verso, sulla scorta della lettura del provvedimento impugnato che evidenzia, al punto 2 del dispositivo, che sarà l’affidatario del servizio a remunerare l’Amministrazione durante i 9 mesi di affidamento temporaneo, in cambio della gestione del servizio e, per altro verso, alla luce dell’art. 1, ultimo comma, dell’avviso per l’affidamento quadriennale del servizio (allegato 006 del deposito originale), che reca un espresso riferimento al *“canone offerto in rialzo rispetto al minimo previsto nell’avviso”*.

Analogamente, l’art. 6 del contratto stipulato dall’(…) con la controinteressata (allegato 017 del deposito documentale dell’(…) del 16 maggio 2025) stabilisce espressamente *“che l’Affidatario corrisponderà all’(…) l’importo di € 63.000,00, per l’intera durata dell’affidamento”* e che *“Come controprestazione, l’Affidatario incasserà direttamente*

*dagli utenti o dai loro familiari le rette dovute per l'ospitalità senza nulla dover corrispondere per tal titolo all'(...) concedente”.*

Con ancora maggior chiarezza, l'art. 9 del contratto stipulato in data 02.01.2020 tra la ricorrente e l'(...) (allegato 004 del deposito documentale dell'(...) del 16 maggio 2025), poi prorogato sino al 30 aprile 2025, stabilisce in modo tranciante che “*L'importo del canone che il Concessionario dovrà versare al concedente è stabilito nella misura di euro 83.998,69...*” e ancora che “*Come contropartita delle prestazioni rese agli utenti il gestore affidatario incamererà dagli utenti o dai loro familiari le rette dovute per l'ospitalità, senza dover corrispondere nulla alla Concedente a tale titolo”.*

Alla luce di quanto esposto e di quanto si dirà *infra* sull'autonomia delle procedure di affidamento delle concessioni, che non recano alcun rinvio alla disciplina riguardante il settore degli appalti, il Collegio ritiene dunque del tutto inconferente la tesi con cui la resistente Amministrazione (cfr. pag. 11 della memoria di costituzione dell'(...)) ha sostenuto l'applicabilità alla vicenda per cui è causa delle disposizioni di cui all'art. 128 del D.lgs. n. 36/2023 dettate in relazione agli appalti concernenti i servizi alla persona.

8. Così qualificato l'affidamento per cui è causa, ad esso non può che applicarsi l'art. 187 del D.lgs. n. 36/2023, alla cui stregua “*per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente Titolo”.*

Osserva il Collegio che la scelta del legislatore del nuovo codice dei **contratti pubblici** è stata quella di regolamentare in via autonoma le concessioni, quali *species* del *genus* del partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale,

riconoscendone come detto l'autonomia rispetto ai **contratti** di appalto, non solo per quanto attiene agli aspetti sostanziali, ma anche per quanto di specifica attinenza ai profili procedurali.

Si assiste, infatti, ad una autonoma regolamentazione delle procedure di affidamento delle concessioni, senza alcun rinvio alla disciplina riguardante il settore degli appalti, al fine, evidentemente ritenuto essenziale, di attribuire autonoma dignità ad una porzione ormai rilevante dei **contratti pubblici**.

Anche per quanto di specifica attinenza alle concessioni di importo inferiore alla soglia europea, la scelta del Legislatore del 2023 è stata quella di operare una radicale inversione di rotta rispetto alla previgente disciplina, regolamentando autonomamente l'affidamento di tali **contratti** senza alcun rinvio alle disposizioni dettate per i **contratti** di appalto e, in particolare, senza alcun richiamo all'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Pertanto, la procedura di affidamento delle concessioni sotto la soglia di rilevanza europea potrà avvenire secondo le modalità delineate dal citato art. 187, ovvero mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, ferma restando l'opzione dell'ente concedente di utilizzare le procedure di gara disciplinate, per le concessioni, dalle altre disposizioni del Titolo II, della Parte II, del Libro IV del Codice (cfr. in termini, TAR Parma, sez. I, 18 giugno 2024, n. 155; TAR Catania, sez. II, 2 dicembre 2024, n. 3956 e, da ultimo, TAR Lazio, sez. II *bis*, 25 marzo 2025, n. 6043)

Alla luce delle esposte considerazioni, il primo motivo di ricorso è fondato, atteso che nella specie ricorre un rapporto di concessione di un servizio pubblico rispetto al quale non è possibile l'affidamento diretto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2024, n. 8220) neanche per importi inferiori alla soglia europea, mentre la disciplina applicabile è quella dettata dall'art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

9. Per le ragioni esposte e con assorbimento delle ulteriori censure il ricorso deve essere dichiarato inammissibile nei termini esposti in motivazione e, per il resto, va accolto con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

10. Trattandosi di affidamento diretto fuori dai casi consentiti dalla legge, ai sensi dell'art. 121 c.p.a. deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la controinteressata, la cui esecuzione per altro è rimasta sospesa per effetto del decreto cautelare n. 193 del 29 aprile 2025.

11. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo in favore del (...). Il Collegio reputa invece che sussistano giuste ragioni per disporre la compensazione tra la resistente Amministrazione e la (...) e per dichiararne la non ripetibilità nei riguardi della ditta controinteressata, che non si è costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile nei termini indicati in motivazione e, per il resto, lo accoglie con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Condanna la resistente Amministrazione al pagamento, in favore del (...), delle spese di lite che liquida nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri di legge, se dovuti e refusione del contributo unificato, se versato.

Compensa le spese di lite tra la resistente Amministrazione e la Società (...) e ne dichiara la non ripetibilità nei riguardi della ditta controinteressata, che non si è costituita in giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Antonino Scianna, Primo Referendario, Estensore

Fabrizio Giallombardo, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Antonino Scianna**

**IL PRESIDENTE**

**Federica Cabrini**

**IL SEGRETARIO**