

Publicato il 11/04/2024

N. 01370/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00592/2024 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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 592 del 2024, proposto da Associazione Diversabili Padre Pio Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B02FB30F02, rappresentato e difeso dall'avvocato Gaetano Costa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

Associazione Futura Onlus, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione del Capo Settore Servizio Affari Amministrativi del Comune di Solarino n. 74 del 21/02/2024, CIG: B02FB30F02, pubblicata sull'albo pretorio il 27 febbraio 2024, con la quale è stato disposto l'affidamento all'Associazione Futura Onlus del servizio per il Potenziamento del Servizio Sociale per 44 settimane

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Solarino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2024 la dott.ssa Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 379 del 29 dicembre 2022, il Comune di Solarino ha disposto l'affidamento diretto all'Associazione Futura Onlus del "potenziamento" del servizio sociale.

Con determinazione n. 74 del 21 febbraio 2024 il Comune ha nuovamente affidato il medesimo servizio di "potenziamento" alla precedente affidataria motivando sulla regolare esecuzione del precedente servizio, nonché sulla ritenuta sussistenza dell'ipotesi di deroga al principio di rotazione contemplata dall'art. 49, comma 4° del D.lgs. n. 36/2023.

2. Con il ricorso in esame, l'Associazione Diversabili "Padre Pio"

Onlus, operatore del settore, ha chiesto l'annullamento della determina di affidamento diretto dei servizi sociali per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023 non avendo l'ente preso in considerazione l'esistenza di alternative sul mercato;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del D.lgs. n. 36/2023 poiché l'ente *“nell'affidare nuovamente il servizio all'Associazione Futura Onlus, con il conseguente indebito vantaggio competitivo conseguito dalla stessa, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio, ha violato anche la superiore disposizione, arrecando un vulnus a tutte le altre associazioni che, come l'odierna ricorrente, operano sul territorio e, in tal modo, si trovano un proprio “competitor” a gestire all'interno dell'ufficio comunale di Solarino, interventi, consulenze e attività su cui bisognerebbe garantire prioritariamente a ciascun cittadino o operatore sociale il principio di imparzialità, obiettività e disinteresse”*.

3. Il Comune di Solarino si è costituito in giudizio e ha chiesto il rigetto ricorso sostenendo, tra l'altro, che l'art. 128 del D.lgs. n. 36/2023 non prevede l'applicazione dell'art. 49 ai servizi di assistenza alle persone.

4. All'udienza camerale del 9 aprile 2024 il ricorso è stato posto in decisione, ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 5°, c.p.a. previo avviso alle parti.

5. Il ricorso è fondato nei termini di seguito precisati.

È, innanzitutto, infondato per genericità il secondo motivo di ricorso con cui parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 16 del D.lgs. n. 36/2026 non essendo nemmeno indicato il soggetto cui dovrebbe riferirsi la situazione di potenziale conflitto di interesse.

L'art. 16 c. 1-2 del D.lgs. n. 36 del 2023 dispone: *«1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. 2. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro».*

La norma richiede espressamente l'allegazione di “presupposti specifici e documentati” mentre, nel caso in esame, la parte ricorrente ha prospettato (e non dimostrato) un ipotetico conflitto del dipendente dell'associazione che non integra un effettivo e concreto conflitto di interessi nel senso precisato dal citato art. 16 (cfr. in termini, T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I, 23 febbraio 2024, n. 504; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 31 luglio 2023, n. 12917).

6. È, invece, fondato il primo motivo di ricorso con cui parte ricorrente censura la violazione dell'art. 49 del D.lgs. 36/2023 sostenendo l'insussistenza dei presupposti richiesti ai fini della deroga al principio di rotazione, mentre la difesa dell'amministrazione resistente si limita a rilevare che l'art. 128 del D.lgs. 36/2023 “non prevede l'applicazione dell'art. 49 ai servizi di assistenza alle persone”.

Al riguardo sono necessarie alcune precisazioni.

L'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023 dispone che gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie avvengono nel rispetto del principio di rotazione e il successivo comma 2° specifica che, in applicazione del citato principio, *“è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”*.

Il successivo comma 4° prevede che *“In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto”*. Dal tenore letterale della disposizione (e, in particolare, dalla congiunzione “nonché”) si evince che la deroga alla regola generale del principio può operare solo a fronte della concorrente sussistenza dei requisiti indicati dalla norma e la relativa determinazione dell'amministrazione deve essere adeguatamente motivata sia in ordine alla concreta insussistenza di alternative sul mercato, sia in ordine alla precedente esecuzione del contratto.

6.1 Nel caso in esame, il Comune di Solarino ha motivato la deroga al principio di rotazione con esclusivo riferimento all'accurata e puntuale esecuzione del servizio da parte del precedente affidatario che, per le ragioni sopra esposte, è illegittima mancando la contestuale necessaria valutazione della struttura del mercato di riferimento e dell'assenza di alternative concorrenziali.

6.2 Quanto alla difesa del Comune resistente secondo il quale l'art. 128

del codice non prevede l'applicazione dell'art. 49 ai servizi alle persone, la stessa non risulta condivisibile, nello specifico caso in esame, sotto un duplice profilo.

6.3 In primo luogo, il provvedimento impugnato è motivato esclusivamente sulla ritenuta sussistenza della deroga di cui all'art. 49, comma 4°, del D.lgs. n. 36/2003 e non reca alcuna menzione della disciplina dei servizi sociali di cui all'art. 128 il cui richiamo nell'atto di costituzione in giudizio dell'ente costituisce, pertanto, un'inammissibile integrazione postuma della motivazione (v. tra le tante: Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2023, n. 6392; 20 marzo 2023, n. 2790; Sez. II, 29 maggio 2023, n. 5223; C.G.A. 28 agosto 2020, n. 750; 30 aprile 2020, n. 2762).

6.4 In ogni caso, la circostanza che l'art. 128 del codice, non richiama le regole "generalì" degli affidamenti sotto-soglia di cui agli artt. 48 e seguenti del D.lgs. n. 36/2023 richiedendo l'applicazione dei "*principi e i criteri di cui al comma 3°...*", non esonera l'ente affidatario dall'obbligo di motivare adeguatamente circa la modalità di affidamento prescelta che deve rispettare - oltre alle regole della contrattualistica pubblica e ai principi generali del codice dei contratti pubblici - anche gli speciali principi di cui al comma 3 dell'art. 128, secondo il quale "*l'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle specifiche esigenze delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilità degli utenti*".

In definitiva, per l'affidamento dei servizi alla persona di importo inferiore alla soglia eurounitaria, la stazione appaltante può fare ricorso all'affidamento diretto, anche in deroga al principio di rotazione, ma ha l'obbligo di motivare con riferimento ai parametri indicati nel 3° comma

dell'art. 128 cit., poiché argomentando diversamente si consentirebbe la reiterazione *ad nutum* dell'affidamento diretto al medesimo operatore, in aperta violazione del principio generale dell'accesso al mercato di cui all'art. 3 del D.lgs. n. 36/2023, mercato che rimarrebbe precluso ad altri operatori potenzialmente in grado di offrire i medesimi standard qualitativi e prestazionali di cui al citato art. 128, comma 3°.

7. Per tutto quanto sopra esposto il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento della determinazione impugnata.

8. Le spese possono essere compensate tra le parti tenuto anche conto della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Agnese Anna Barone, Presidente, Estensore

Giuseppina Alessandra Sidoti, Consigliere

Salvatore Accolla, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Agnese Anna Barone

IL SEGRETARIO