

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29547-la-circostanza-che-la-pubblicit-dei-bandi-di-gara-degli-appalti-di-cui-all-allegato-ii-b-del-d-lgs-n-163-del-2006-non-sia-formalmente-prevista-da-alcuna-disposizione-di-legge-statale-o-regionale->

Autore: Lazzini Sonia

La circostanza che la pubblicità dei bandi di gara degli appalti di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163 del 2006 non sia formalmente prevista da alcuna disposizione di legge statale o regionale impedisce che la relativa omissione possa qualificarsi v

Tar Sicilia, Palermo, 06.05.2010 n. 6406

La circostanza che la pubblicità dei bandi di gara degli appalti di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163 del 2006 non sia formalmente prevista da alcuna disposizione di legge statale o regionale impedisce che la relativa omissione possa qualificarsi violazione rilevante ai sensi dell'art. 245 bis del d. lgs. n. 163 del 2006 (con conseguente, in ipotesi, dichiarazione di inefficacia del contratto), dovendo essa valutarsi limitatamente ai fini della verifica del rispetto dei principi comunitari infradetti (primo fra tutti quello di trasparenza e di economicità).

Va adesso valutato se l'annullamento del provvedimento di affidamento senza gara comporti che il Collegio proceda o meno alla dichiarazione di inefficacia del contratto (recte: convenzione) già stipulato, avente durata pluriennale, ai sensi dell'art. 245 bis, comma 1 lett. b) del d. lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d. lgs. n. 53 del 2010, e ciò in assenza di specifica domanda di parte ricorrente in tal senso.

Tale disposizione stabilisce che «il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: [...] b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice [...]».

Sul punto, in questa fase di primissima applicazione del d. lgs. n. 53 del 2010, con cui è stata recepita la direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 (che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici), viene in rilievo uno specifico profilo interpretativo della disciplina in argomento.

Va verificato se la disposizione di cui all'art. 245 bis del novellato d. lgs. n. 163 del 2006 trovi applicazione anche agli appalti di servizi di cui all'allegato II B, ossia quella tipologia di appalti che, pur non soggiacendo alle regole di pubblicazione di cui al medesimo Codice dei contratti pubblici, non sfuggono alla imperatività di taluni principi di derivazione comunitaria, ivi compresi quelli di parità di trattamento e di trasparenza, al cui rispetto la pubblicità dei bandi e lettere d'invito è strumentale (cfr. C.G.A., 28 agosto 2009, n. 731).

La risposta va data in senso negativo.

La circostanza che la pubblicità dei bandi di gara degli appalti di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163 del 2006 non sia formalmente prevista da alcuna disposizione di legge statale o regionale impedisce che la relativa omissione possa qualificarsi violazione rilevante ai sensi dell'art. 245 bis del d. lgs. n. 163 del 2006 (con conseguente, in ipotesi, dichiarazione di inefficacia del contratto), dovendo essa valutarsi limitatamente ai fini della verifica del rispetto dei principi comunitari infradetti (primo fra tutti quello di trasparenza e di economicità).

6. Per quanto sopra, conclusivamente, poiché pur sussistendo nella specie l'obbligo di esperire una procedura di gara per l'affidamento del servizio per cui è causa, non veniva in rilievo, sulla base della legislazione regionale (quanto alla pubblicazione nella G.U.R.S.) e comunitaria (quanto alla pubblicazione nella G.U.U.E.), alcun obbligo di pubblicazione, non può farsi luogo alla formale dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 245 bis comma 1 lett. b).

Resta fermo che l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di affidamento del servizio alla controinteressata comporta la necessaria adozione degli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione idonei a ricondurre su un piano di parità di trattamento le aspirazioni dei soggetti interessati mediante l'esperimento di apposita procedura di gara ove la stessa Amministrazione, in ipotesi, vorrà, comunque, acquisire il servizio per gli anni successivi al 2010, come già previsto dall'impugnata deliberazione.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 6406 del 6 maggio 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

N. 06406/2010 REG.SEN.
N. 00188/2010 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 188 del 2010 proposto da Ricorrente pro-Termini Imerese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Palermo, via Leonardo Da Vinci n. 111, presso lo studio dell'Avv. Marcello Rizzo che la rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente all'Avv. Salvatore Sansone;

contro

il Comune di Termini Imerese, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Cruciano Valvo, elettivamente domiciliato in Palermo, via Terrasanta, n. 93, presso lo studio dell'Avv. Antonio Valvo;

nei confronti di

Controinteressata s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Palermo, via Carlo Goldoni, n. 9, presso lo studio dell'Avv. Renato Vecchioni che la rappresenta e difende;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

«- della deliberazione n. 282 del 12.11.2009 [...] con la quale la Giunta ha approvato il “Programma Carnevale Termitano 2010” ed ha affidato alla Controinteressata la “fornitura del servizio di ideazione, organizzazione, comunicazione, pubbliche relazioni ed ufficio stampa, *sponsoring* e *fund raising* finalizzate alla realizzazione del progetto di marketing territoriale pluriennale (2010-2012) Carnevale Termitano”;

- di qualsivoglia provvedimento precedente, consequenziale e connesso».

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e le memorie del Comune di Termini Imerese;

Visti l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Controinteressata s.r.l. e le relative memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 183/10 con cui è stata fissata l'udienza pubblica;

Designato relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza pubblica del 29 aprile 2010 l'Avv. M. Rizzo per la parte ricorrente, l'Avv. C. Valvo per il Comune di Termini Imerese nonché l'Avv. F. Sciara, su delega dell'Avv. R. Vecchioni, per la Controinteressata s.r.l.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 25 gennaio 2010 e depositato il successivo 5 febbraio, parte ricorrente ha impugnato, chiedendone l'annullamento, vinte le spese, la deliberazione in epigrafe, con cui il Comune resistente ha approvato il programma del Carnevale Termitano 2010 e contestualmente disposto l'affidamento dei connessi servizi alla odierna controinteressata per il triennio 2010-2012.

Il ricorso è articolato in due motivi di doglianza con cui la ricorrente Ricorrente pro Termini Imerese deduce:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 57, comma 2, lett. b) del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del regolamento comunale per i contratti ed eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, in quanto l'affidamento diretto, senza preliminare pubblicazione di un bando di gara, sarebbe sostanzialmente avvenuto in assenza dei presupposti di legge;

2) Violazione e falsa applicazione della l. n. 127 del 1997 e dell'art. 97 d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, in quanto l'impugnata deliberazione sarebbe priva del parere favorevole di legittimità reso dal Segretario generale.

2. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Termini Imerese e la controinteressata Controinteressata s.r.l., che, con distinte memorie, hanno eccepito l'inammissibilità del gravame e, nel merito, hanno contrastato le pretese di parte ricorrente.

3. Con ordinanza n. 183/2010 è stata fissata l'udienza per l'esame del merito del ricorso.

4. All'udienza pubblica del 29 aprile 2010, presenti i procuratori delle parti che si sono rifatti alle rispettive già espresse domande e conclusioni, il ricorso, su conforme richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente delibata l'eccezione tesa a revocare in dubbio l'ammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa della resistente Amministrazione in ragione dell'asserita assenza di un concreto interesse a ricorrere da parte dell'Ricorrente pro-Termini Imerese.

L'eccezione viene dedotta sotto diversi profili, tutti tesi a dimostrare che, dall'eventuale annullamento dell'impugnata deliberazione, nessun vantaggio la ricorrente ritrarrebbe.

Ed invero, ad avviso della resistente Amministrazione, tale interesse a ricorrere difetterebbe in ragione delle argomentazioni di seguito specificate, secondo le quali, ove l'Amministrazione avesse pubblicato un regolare bando di gara, alla conseguente procedura di evidenza pubblica, la ricorrente, in tesi, non avrebbe potuto partecipare. E ciò, in quanto l'Ricorrente Pro-Termini Imerese non sarebbe in possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria previsti dagli art. 41 e 42 del d. lgs. n. 163 del 2006 «necessari all'affidamento del servizio offerto dalla controinteressata», nonché per la circostanza che essa non riveste finalità lucrative: l'assenza di tale natura, secondo la prospettazione di parte resistente, non la renderebbe riconducibile tra i soggetti ai quali, ai sensi dell'art. 34 del d. lgs. n. 163 del 2006, possono essere affidati i contratti pubblici, avendo, in tesi, il legislatore riconosciuto unicamente negli imprenditori commerciali i soggetti che offrono garanzie di affidabilità.

L'eccezione è infondata.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, le imprese (*recte*: operatori economici) operanti in un determinato settore sono legittimate ad impugnare la delibera di affidamento di un servizio a trattativa privata ovvero le determinazioni che riguardano le modalità di conferimento e di svolgimento del servizio, e ciò anche al solo fine di ottenere

l'annullamento della gara (e della eventuale aggiudicazione) ovvero dell'affidamento diretto, ed ottenere il rinnovo della procedura cui aspirano di partecipare, non dovendo neppure documentare il possesso di una capacità operativa paragonabile a quella del soggetto prescelto, costituendo quest'ultimo di elemento che assume rilevanza solo in sede di successiva partecipazione alla gara e di aggiudicazione (in tal senso, fra le diverse, Cons. St., V, 10 settembre 2009, n. 5426). Va pertanto ritenuto che hanno interesse alla impugnativa di una trattativa privata i soggetti che, pur avendone i requisiti ed aspirino alla partecipazione alla trattativa stessa, non siano stati messi in grado di prendere parte alla procedura, anche in relazione alla mancata pubblicazione di un apposito bando di gara (cfr. Cons. St., III, parere 14 ottobre 2003, n. 276).

Ciò posto in linea generale, l'attenzione va adesso posta sugli specifici profili nei quali l'Amministrazione resistente articola l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

Sostiene la stessa, infatti, che nessun interesse a ricorrere l'Associazione avrebbe poiché non sarebbe in possesso dei requisiti previsti dagli articoli 41 e 42 del d. lgs. n. 163 del 2006, ciò che comporterebbe, in caso di gara, l'oggettiva impossibilità di procedere all'affidamento del servizio in suo favore.

La tesi dell'Amministrazione non è persuasiva.

Il richiamo agli articoli 41 e 42 è inconferente per due ordini di ragioni.

La prima è quella che vede, nel caso di specie, l'assenza di un bando di gara all'interno del quale, ove emanato, l'Amministrazione avrebbe dovuto specificare quali dei requisiti elencati dalle medesime disposizioni il concorrente avrebbe dovuto possedere (cfr. art. 41, comma 2 e art. 42 comma 2 d. lgs. n. 163 del 2006), non potendosi ritenere, in mancanza di bando o lettera di invito, che tutti od alcuni di detti requisiti debbano essere comunque posseduti (e dimostrati): ed infatti, le predette disposizioni stabiliscono, rispettivamente, che «le amministrazioni

precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere», e che «precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati».

In ogni caso, lo stesso quadro normativo comunitario e nazionale di riferimento consente all'operatore economico che non sia in possesso di tutti i requisiti previsti dalla *lex specialis*, di utilizzare tutti gli strumenti approntati dall'ordinamento per ovviare a tale mancanza, quali, ad esempio, l'avvalimento di cui all'art. 49 d. lgs. n. 163 del 2006 (« Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto»), cosicché l'asserita assenza dei requisiti di cui agli articoli 41 e 42 del d. lgs. n. 163 del 2006 non è di per sé determinante.

La seconda ragione per la quale il Collegio ritiene inconferente il richiamo alle disposizioni di cui agli articoli 41 e 42 del d. lgs. n. 163 del 2006, è legata alla tipologia del servizio affidato alla controinteressata, il quale, non essendo inquadrabile in nessuno dei casi di cui all'«allegato IIA» al medesimo decreto legislativo, e costituendo, invece fattispecie sussumibile sotto la voce «Servizi ricreativi, culturali e sportivi» di cui all'«allegato IIB» dello stesso, non soggiace, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 20 (ai sensi del quale «l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 [...], dall'articolo 65 [...], dall'articolo 225 [...]») alle disposizioni soprarichiamate in tema di requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria (di cui agli articoli 41 e 42).

L'eccezione di inammissibilità non coglie nel segno neppure nella parte in cui parte resistente rileva, sostanzialmente, che, in realtà, nessuna possibilità di conseguire il bene della vita la ricorrente avrebbe a seguito della gara, poiché rivestendo essa la natura giuridica di soggetto associativo privo di scopo di lucro non potrebbe neppure partecipare alla procedura selettiva, non rientrando, peraltro, nel campo di applicazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Ed invero, la richiamata disposizione legislativa è inapplicabile per via del disposto del precedente art. 20, secondo cui i servizi appartenenti all'allegato IIB del medesimo decreto sono esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (ad esclusione delle disposizioni ivi indicate).

Sul punto, va ulteriormente precisato che l'art. 34, nel testo modificato dall'art. 1, comma 1, lettera g), d.lgs. n. 152 del 2008, stabilisce che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento «operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22 [...]». Ad affermare la possibilità per gli organismi privi di scopo di lucro di partecipare alle gare d'appalto indette dalle pubbliche amministrazioni, è stata la giurisprudenza comunitaria, la quale ha affermato che «l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (v., in questo senso, sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, Racc. pag. I-4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, Racc. pag. I-6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, Racc. pag. I-2493, punto 49)» (Corte di Giustizia com. eu., sez. III, causa C-119/06 del 19 novembre 2007).

Nessun dubbio può quindi sussistere sull'ammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio da parte dell'Ricorrente pro Termini Imerese e sul suo interesse a ricorrere, considerato che l'*utilitas* cui la stessa aspira è quella di partecipare ad

un'eventuale procedura di gara che l'Amministrazione, avrebbe dovuto indire ed espletare con le modalità previste per i servizi di cui al soprarichiamato allegato IIB, ancor prima di procedere al contestato affidamento pluriennale.

Peraltro, va osservato che la possibilità che le associazioni pro-loco svolgano servizi quale quello in argomento, è data dalla legislazione regionale, la quale, all'art. 8 della l.r. n. 10 del 2005 stabilisce che «la Regione riconosce e favorisce le attività delle associazioni pro-loco, quali associazioni di volontariato senza finalità di lucro che svolgono attività di valorizzazione turistica delle realtà e delle potenzialità naturalistiche, culturali, storiche, sociali e gastronomiche delle località in cui operano e che si propongono i seguenti obiettivi: a) organizzazione, anche in collaborazione con enti pubblici e/o privati, di iniziative quali visite, escursioni, attività di animazione locale, azioni di valorizzazione ambientale e gestione dei monumenti e dei relativi servizi, finalizzati alla loro fruizione turistica; [...]»: ciò sarebbe sufficiente per radicare l'interesse ad ottenere l'annullamento dell'affidamento del servizio in favore della controinteressata.

2. Può adesso passarsi al merito delle questioni prospettate.

Con il primo motivo parte ricorrente deduce l'assenza dei presupposti fissati dall'art. 57, comma 2 del d. lgs. n. 163 del 2006 per potersi procedere, da parte della resistente Amministrazione, all'affidamento dei servizi per cui è causa in forma diretta e senza alcuna forma di selezione tra le imprese operanti nel mercato. In particolare, essa afferma che sarebbero assenti le ragioni «di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi».

Il motivo è fondato.

Sul punto va ulteriormente ribadito che il servizio per cui è causa non soggiace all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006 nel loro complesso, bensì, unicamente, di quelle indicate all'art. 20, comma 1 del medesimo decreto (art. 68, art. 65, art. 225), e ciò in ragione della sussumibilità dell'affidamento nella

tipologia di contratti elencati all'allegato IIB del Codice dei contratti pubblici di cui sopra si è detto.

Tale aspetto assume specifico rilievo alla luce della disposizione contenuta nel successivo articolo 27, comma 1, secondo il quale «l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto».

Ciò posto, ritiene il Collegio di dover comunque scrutinare, per completezza, il profilo di censura concernente l'asserita violazione dell'art. 57, comma 2 del d. lgs. n. 163 del 2006.

L'impugnata deliberazione ha fondato l'affidamento diretto dei servizi in argomento alla controinteressata Controinteressata s.r.l. sull'assunto che «si può procedere all'affidamento diretto del servizio ai sensi dell'art. 57 del d. lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. atteso che il progetto presentato [...] è oggetto di esclusiva della medesima Società».

La controinteressata ha financo qualificato il servizio da rendere quale «opera dell'ingegno meritevole di tutela ai sensi degli articolo 2575 c.c. e della l. n. 633 del 22 aprile 1941, in quanto tale da considerare esclusiva».

In buona sostanza, l'articolarsi delle fasi del «procedimento» per cui è causa, ha visto la controinteressata Controinteressata s.r.l. proporre all'Amministrazione comunale (non importa se su sollecitazione della stessa o meno) il servizio da svolgere, e l'Amministrazione medesima «recepirlo» facendone oggetto di affidamento diretto sulla base dell'asserito carattere di esclusività dallo stesso rivestito.

Tale procedura dà ragione della specifica doglianza espressa da parte ricorrente, e relativa all'addotta assenza dei presupposti per addivenire - legittimamente - all'affidamento diretto.

A parte la circostanza se il servizio oggetto di contratto integri o meno il carattere della «esclusività» di cui la Controinteressata s.r.l. sarebbe titolare, va rilevato che affinché l'affidamento possa avvenire in assenza di qualsivoglia procedura selettiva, esso deve essere assistito da evidenti «ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi» tali da poter affidare il contratto «unicamente ad un operatore economico determinato».

Nel caso di specie, fermo restando che l'Amministrazione non ha fatto riferimento a ragioni di natura artistica legittimanti, in ipotesi ed in via astratta, l'affidamento diretto, quanto ad un non meglio definito carattere di esclusività delle prestazioni oggetto di rapporto negoziale, non si ritiene che possa essere condivisa la qualificazione dell'oggetto della prestazione quale «opera dell'ingegno» come prospettata dalla difesa della Controinteressata s.r.l., perché è lo stesso concreto contenuto del servizio da svolgere a non integrare alcuna delle ipotesi per cui è ammesso l'affidamento senza gara, ancorché informale.

D'altronde, neppure la sussistenza di una privativa industriale (brevetti o altre forme di tutela di cui la controinteressata non dimostra di essere titolare), avrebbe potuto legittimare, in ipotesi, una limitazione concorrenziale poiché il contenuto intrinseco del servizio non avrebbe potuto oggettivamente connotarsi in termini di esclusiva funzionale, ossia di prestazione con caratteristiche tecniche infungibili e non surrogabili da prestazioni alternative.

Appare pertanto fondata la prospettazione di parte ricorrente secondo la quale l'atto di affidamento per cui è causa ha costituito il risultato di una sostanziale inversione dell'ordine logico dei passaggi procedurali che l'Amministrazione avrebbe dovuto seguire, posto che la stessa altro non ha fatto che rendere oggetto

della deliberazione di affidamento la mera proposta progettuale dell'interessata, prescindendo da qualsivoglia accertamento della possibilità che detto servizio potesse essere fornito anche da altri operatori del mercato.

In concreto, detto asserito carattere di «esclusività» si mostra legato alla prestazione «proposta» dalla odierna controinteressata (alla quale è stata commissionata pure l'ideazione» della manifestazione) in conformità alla quale l'Amministrazione ha disposto la relativa acquisizione, ciò che ha comportato che, di fatto, secondo quanto emerge dagli atti di causa, l'Amministrazione ha trasferito all'Impresa proponente l'individuazione delle prestazioni da acquistarsi da parte dell'Amministrazione medesima, omettendo di svolgere la necessaria procedura comparativa che, invece, avrebbe dovuto esperire per affidare il servizio di che trattasi.

L'assenza dei presupposti per l'affidamento diretto quale modulo eccezionale di formazione della volontà contrattuale comportava, infatti, la necessaria applicazione dell'art. 27, comma 2 del d. lgs. n. 163 del 2006, ai sensi del quale «l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto».

Tale disposizione, letta in combinato disposto con le disposizioni regionali che disciplinano l'affidamento di servizi mediante trattativa privata, imponeva, quantomeno, l'esperimento di una cd. «gara informale».

Sotto tali profili, dunque, il ricorso è fondato.

3. Con il secondo motivo parte ricorrente contesta la violazione delle disposizioni di cui al d. lgs. n. 267 del 2000 poiché la deliberazione impugnata sarebbe stata adottata in assenza del parere di legittimità del Segretario Generale.

Il motivo è infondato.

In disparte l'incompetenza - non eccepita da parte ricorrente - della Giunta comunale ai sensi del disposto di cui all'art. 2, comma 3 della l.r. n. 23 del 1998 (di

richiamo dell'art. 6 della l. n. 127 del 1997) e dell'art. 13 della l.r. n. 30 del 2000, versandosi in fattispecie di competenza dirigenziale, va rilevato che nessuna disposizione di legge successiva alla modificazione dell'(abrogato) art. 53 della legge n. 142 del 1990 impone l'acquisizione del parere di legittimità del Segretario comunale sulle proposte di deliberazione da sottoporsi all'esame della giunta o del consiglio comunale, incontestata, peraltro, la circostanza che neppure gli strumenti di normazione interna del Comune di Termini Imerese hanno previsto la possibilità per gli organi deliberanti di avvalersi di tale parere del Segretario comunale.

Poiché nessun parere di legittimità sulla proposta di deliberazione - poi approvata con il provvedimento impugnato - andava reso da parte del Segretario comunale, la deliberazione in argomento resiste alla dedotta censura.

4. Per le suesposte considerazioni, in ragione della fondatezza del primo motivo, il ricorso va accolto con conseguente annullamento della deliberazione della Giunta comunale di Termini Imerese n. 282 del 12.11.2009, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

5. Va adesso valutato se l'annullamento del provvedimento di affidamento senza gara comporti che il Collegio proceda o meno alla dichiarazione di inefficacia del contratto (*recte*: convenzione) già stipulato, avente durata pluriennale, ai sensi dell'art. 245 bis, comma 1 lett. b) del d. lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d. lgs. n. 53 del 2010, e ciò in assenza di specifica domanda di parte ricorrente in tal senso.

Tale disposizione stabilisce che «il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera

in via retroattiva: [...] b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice [...]».

Sul punto, in questa fase di primissima applicazione del d. lgs. n. 53 del 2010, con cui è stata recepita la direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 (che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici), viene in rilievo uno specifico profilo interpretativo della disciplina in argomento.

Va verificato se la disposizione di cui all'art. 245 bis del novellato d. lgs. n. 163 del 2006 trovi applicazione anche agli appalti di servizi di cui all'allegato II B, ossia quella tipologia di appalti che, pur non soggiacendo alle regole di pubblicazione di cui al medesimo Codice dei contratti pubblici, non sfuggono alla imperatività di taluni principi di derivazione comunitaria, ivi compresi quelli di parità di trattamento e di trasparenza, al cui rispetto la pubblicità dei bandi e lettere d'invito è strumentale (*cf.* C.G.A., 28 agosto 2009, n. 731).

La risposta va data in senso negativo.

La circostanza che la pubblicità dei bandi di gara degli appalti di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163 del 2006 non sia formalmente prevista da alcuna disposizione di legge statale o regionale impedisce che la relativa omissione possa qualificarsi violazione rilevante ai sensi dell'art. 245 bis del d. lgs. n. 163 del 2006 (con conseguente, in ipotesi, dichiarazione di inefficacia del contratto), dovendo essa valutarsi limitatamente ai fini della verifica del rispetto dei principi comunitari infradetti (primo fra tutti quello di trasparenza e di economicità).

6. Per quanto sopra, conclusivamente, poiché pur sussistendo nella specie l'obbligo di esperire una procedura di gara per l'affidamento del servizio per cui è causa, non veniva in rilievo, sulla base della legislazione regionale (quanto alla pubblicazione nella G.U.R.S.) e comunitaria (quanto alla pubblicazione nella G.U.U.E.), alcun obbligo di pubblicazione, non può farsi luogo alla formale dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 245 bis comma 1 lett. b).

Resta fermo che l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di affidamento del servizio alla controinteressata comporta la necessaria adozione degli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione idonei a ricondurre su un piano di parità di trattamento le aspirazioni dei soggetti interessati mediante l'esperimento di apposita procedura di gara ove la stessa Amministrazione, in ipotesi, vorrà, comunque, acquisire il servizio per gli anni successivi al 2010, come già previsto dall'impugnata deliberazione.

7. Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, nella stessa epigrafe indicato, salvi gli ulteriori provvedimenti.

Condanna il Comune di Termini Imerese e la Controinteressata s.r.l., in solido tra loro, e in ragione rispettivamente di due terzi e di un terzo, al pagamento in favore della ricorrente delle spese processuali e degli onorari di causa, che liquida in complessivi € 3.000,00 (euro tremila e zero centesimi) oltre IVA e CPA come per legge, e oltre la rifusione dell'importo del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO