

Pubblicato il 29/10/2020

N. 00742/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00584/2020 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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 584 del 2020, proposto da
Borgo di Codeglia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Ivaldi, Ilaria Zamparo, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Riccò del Golfo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Marialuisa Zanobini, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

nei confronti

Host 501 S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione,

della determinazione del Comune di Riccò del Golfo di Spezia n. 45 del 3 agosto 2020, pubblicata sull'albo pretorio del Comune in data 11 agosto 2020 avente ad oggetto: "affidamento in concessione del servizio di gestione del compendio immobiliare in Borgo di Codeglia del Comune di Riccò del Golfo ad uso attività turistico-ricettiva"

nonché per l'annullamento, previa sospensione

della determinazione del Comune di Riccò del Golfo di Spezia n. 50 del 11 agosto 2020, avente ad oggetto: "affidamento in concessione del servizio di gestione del compendio immobiliare in Borgo di Codeglia del Comune di Riccò del Golfo ad uso attività turistico-ricettiva", e di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e consequenziale anche se non conosciuto.

nonchè

per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Riccò del Golfo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

La società Borgo di Codeglia S.r.l., proponeva impugnazione, chiedendone l'annullamento, avverso i seguenti provvedimenti:

- della determinazione del Comune di Riccò del Golfo di Spezia n. 45 del 3 agosto 2020, pubblicata sull'albo pretorio del Comune in data 11 agosto 2020 avente ad oggetto: "affidamento in concessione del servizio di gestione del compendio immobiliare in Borgo di Codeglia del Comune di Riccò del Golfo ad uso attività turistico-ricettiva"

- della determinazione del Comune di Riccò del Golfo di Spezia n. 50 del 11 agosto 2020, avente ad oggetto: "affidamento in concessione del servizio di gestione del compendio immobiliare in Borgo di Codeglia del Comune di Riccò del Golfo ad uso attività turistico-ricettiva" e di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e consequenziale anche se non conosciuto.

per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato.

La ricorrente esponeva nella narrativa in fatto quanto segue.

La Società Borgo di Codeglia S.r.l. si occupa della gestione di strutture ricettive alberghiere ed affini.

Il 28 novembre 2005 il Comune di Riccò del Golfo, con deliberazione di Giunta comunale n.130, ha approvato il progetto esecutivo dei lavori di realizzazione di Albergo diffuso attraverso il recupero e la riconversione in area turistico/ricettiva del Borgo di Codeglia, e ha affidato l'appalto per la realizzazione del progetto esecutivo e la concessione trentennale delle relative strutture a fini turistici ricettivi all'A.T.I. costituita tra Impresa Teknika S.r.l. e le Imprese Edil. Ge. Costruzioni S.r.l., Cesag s.r.l. Beccaro Pozzini Impianti S.a.s. e Cooperativa Borgo di Codeglia Società Cooperativa.

Con Contratto a repertorio Comunale n. 1651 del 28 novembre 2005, venivano affidati all'ATI succitata sia l'esecuzione dei lavori che la gestione trentennale della struttura.

Successivamente, con atto di repertorio 1806 dell'8 marzo 2012, venivano veniva modificato il Contratto n. 1651 del 28 novembre 2005. In particolare, il Comune, constatato il venir meno dell'ATI, rappresentava che i rapporti contrattuali sarebbero intercorsi solo ed esclusivamente con la Società Teknika S.r.l.

Seguiva un'interlocuzione tra la Società ricorrente e la Società Teknika S.r.l. al fine di giungere all'affidamento della gestione della Struttura, così come previsto e facoltizzato dal Contratto a repertorio Comunale n. 1651 del 28 novembre 2005.

Ciò nonostante, la trattativa non ha condotto a nessun accordo.

Con delibera n. 22 del 10 giugno 2020, il Comune di Riccò del Golfo di Spezia ha risolto il contratto a repertorio Comunale n. 1651 del 28 novembre 2005.

Il 22 giugno 2020 la ricorrente ha inoltrato apposita comunicazione via pec per rappresentare all'Amministrazione la propria manifestazione di interesse a ricevere in concessione l'affidamento, anche temporaneo, dei servizi turistici inerenti la struttura ricettiva del Borgo di Codeglia.

Con delibera di Giunta Comunale n. 55 del 16.7.2020 avente ad oggetto "affidamento dei servizi turistici al pubblico struttura ricettiva del Borgo di Codeglia – indirizzi operativi" il Comune ha deliberato di procedere al nuovo affidamento dei servizi turistici al pubblico, come meglio precisato in premessa, relativi alla gestione della struttura turistico/ricettiva del Borgo di Codeglia.

Con determinazione n. 45 del 3 agosto 2020, il Comune ha affidato direttamente la concessione del servizio di gestione del compendio immobiliare in Borgo di Codeglia del Comune di Riccò del Golfo ad uso attività turistico – ricettiva alla Società Host 501 Srl.

Il 13 agosto 2020, la ricorrente ha presentato al Comune apposita istanza di accesso agli atti domandando di poter ottenere la trasmissione e/o prendere visione e/o estrarre copia di ogni documento amministrativo inerente ad ogni procedimento amministrativo instaurato dal Comune di Comune di Riccò del Golfo di Spezia, riguardante l'affidamento diretto alla Società Host 501, dei servizi turistici al pubblico inerenti la struttura turistico ricettiva del Borgo di Codeglia nonché di ogni procedimento amministrativo/ provvedimento/atto avviato/adottato dal Comune di Riccò del Golfo di Spezia in seguito alla delibera di Giunta Comunale n. 55 del 16.7.2020

Con nota prot n. 14249 del 16 settembre 2020, il Comune ha proceduto a comunicare l'accoglimento dell'istanza di accesso agli atti, tuttavia la ricorrente non

ha potuto visionare né la determina n. 45 del 3 agosto 2020 e degli allegati ivi richiamati né la determina n. 50 dell'11 agosto 2020.

Tramite comunicazione inviata via pec in data 23 settembre 2020, la ricorrente ha chiesto nuovamente l'accesso agli allegati richiamati dalla determina n. 45 del 3 agosto 2020 nonché dalla determina n. 50 dell'11 agosto 2020 e il 28 settembre 2020 il Comune ha inoltrato i documenti richiesti.

A fondamento del ricorso la parte ricorrente deduceva i seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 32 comma 2, 36 comma 1 e 80 del D.lgs. 50/2016; difetto di motivazione ed istruttoria; violazione dei principi di correttezza, non discriminazione, trasparenza, concorrenza, eccesso di potere per carenza dei presupposti. Violazione dell'articolo 97 della Costituzione. Violazione dell'articolo 1 e 3 della Legge 241/1990.

Il provvedimento impugnato è stato adottato sulla base dell'art. 1 del D.L.n.76/2020 che avrebbe apportato una deroga rispetto alle soglie individuate dall'art. 36, comma 2, senza derogare all'art. 36, comma 1 del D.lgs. 50/2016. Di conseguenza, il Comune avrebbe dovuto rispettare i principi di cui all'articolo 30 del D.Lgs. 50/2016 ovvero i principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Il Comune, al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici e delle regole di concorrenza, avrebbe dovuto acquisire informazioni, dati, documenti per esaminare le soluzioni presenti sul mercato.

II. Violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 32, 164, 173 del D. Lgs 50/2016; difetto di motivazione, difetto di istruttoria, violazione di principi di trasparenza, parità di trattamento, divieto di discriminazione. Violazione dell'articolo 97 Costituzione, violazione articoli 1 e 3 della Legge 241/1990.

Il provvedimento impugnato sarebbe il legittimo perché, a prescindere da quanto dedotto con il primo motivo, trattandosi di affidamento di concessione di servizi l'art. 173 d.lgs. 50/16, tramite il rinvio alle disposizioni di cui al precedente articolo 30 imporrebbe comunque la selezione del concessionario tramite una procedura rispettosa dei principi generali di cui all'art. 30 del Codice e dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza di cui all'art. 97 Cost. e della legge 241/1990.

III. Violazione e falsa applicazione articolo 1 del Decreto Legge convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020 n. 120; Violazione e falsa applicazione dell'articolo 77 Costituzione.

Il provvedimento impugnato è stato adottato in conformità della disciplina introdotta con il d.l. 76/20 che prevedeva la possibilità di affidamento diretto per importi fino a € 150000. Tuttavia la legge 120/20 ha convertito la norma modificando le soglie degli affidamenti diretti di servizi e forniture riducendola a € 75000. Tale modus operandi del legislatore configurerebbe la mancata conversione della norma contenuta nel d.l. relativamente agli affidamenti di importo superiore a € 75000 tra i quali rientra quello in esame. Non essendo nel frattempo divenuto inoppugnabile il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo per effetto della perdita di efficacia ex tunc delle disposizioni del decreto legge sancita dall'art. 77 Cost.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata.

Alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020 il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è rivolto avverso l'affidamento avvenuto in via diretta, ai sensi dell'art. 1 d.l. 76/20, della concessione del compendio immobiliare borgo di Codeglia del Comune di Riccò del Golfo compendio avente uso ricettivo.

Il ricorso non è fondato.

Con il primo motivo la ricorrente sostiene l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione comunale la quale avrebbe provveduto all'affidamento diretto alla controinteressata senza previa consultazione di altri operatori economici tra i quali segnatamente la ricorrente.

Secondo la prospettazione della ricorrente, infatti, la disciplina di cui all'art. 1 d.l. 76720 avrebbe bensì introdotto una deroga alle disposizioni di cui all'art. 36, comma 2 d.lgs. 50/16 che prevedono le soglie per l'affidamento diretto, ma non avrebbe introdotto una deroga alle previsioni di cui al primo comma dell'art. 36 d.lgs. 50/16 onde la necessità del rispetto dei principi di *“principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”*.

La tesi non persuade.

Invero, l'art. 36 prevede al primo comma una serie di principi che devono essere rispettati anche per gli affidamenti sotto soglia.

Il successivo comma due, tuttavia, introduce, per gli affidamenti di valore minimale, in deroga alla previsione di cui al comma primo, la possibilità di procedere ad affidamento diretto, come specificato, anche in assenza di consultazione di due o più operatori economici.

L'art. 1 d.l. 76/20 ha innalzato gli importi previsti dal secondo comma dell'art. 36 d.lgs. 50/16 ma non ha snaturato il carattere di eccezione della norma, che continua a costituire una deroga alla previsione di cui al primo comma.

Ne consegue che nessuna gara informale ovvero consultazione doveva essere espletata dalla amministrazione.

Con il secondo motivo, la ricorrente sostiene che, trattandosi di affidamento di concessione di servizi, a prescindere da quanto sopra dedotto, la previsione dell'art. 173 d.lgs. 50/16, secondo cui *Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui*

all'articolo 30, impedirebbe l'applicabilità dell'art. 36 , comma 2, d.lgs. 50/16 ed imporrebbe in ogni caso il rispetto dei principi di cui all'art. 30 che hanno quale loro corollario l'obbligo di consultazione di più operatori economici.

La tesi non è fondata.

L'art. 164, comma 2, d.lgs. 50716 stabilisce, infatti, che: “Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

Il richiamo contenuto nel comma trascritto determina l'applicazione dell'art. 36 d.lgs. 50/16 non solo nella suo primo comma ma anche nel secondo essendo tale articolo ricompreso nelle “modalità e procedure di affidamento” cui l'art. 164, comma 2, fa rinvio.

Ne consegue che tutte le modifiche al secondo comma trovano applicazione anche all'affidamento delle concessioni e, pertanto, il motivo è infondato.

Con il terzo motivo, la ricorrente sostiene che la determina n. 45 e i conseguenti successivi provvedimenti assunti dal Comune ai sensi del d.l. n.76/2020, pur essendo conformi al suo dettato, sarebbero illegittimi per violazione della l.n.120/2020.

Secondo parte ricorrente, la legge di conversione che ha stabilito la possibilità di affidamento diretto dei servizi solo per importi fino a 75.000 euro, abbassando la soglia di € 150.000 prevista dal D.L. n. 76/2020 renderebbe illegittimo il provvedimento di affidamento diretto assunto relativamente ad una concessione di

77.480,00. Tale modifica costituirebbe quindi un emendamento sostitutivo avente efficacia *ex tunc* ai sensi dell'art.77 Cost.

La questione concerne l'efficacia intertemporale di norme contenute in un decreto legge e modificate o soppresse dalla legge di conversione.

Al riguardo sono state proposte tre diverse interpretazioni.

Secondo un primo orientamento, è necessario distinguere tra emendamenti soppressivi e sostitutivi da un lato ed emendamenti modificativi dall'altro. Solo i primi travolgerebbero il decreto-legge con effetto *ex tunc*, mentre i secondi avrebbero effetto solo *ex nunc*. Di conseguenza, le norme contenute in un decreto-legge, e successivamente modificate dalla legge di conversione, troverebbero applicazione ai fatti avvenuti sotto la loro vigenza temporale. In questo senso la legge di conversione modificativa convertirebbe il decreto legge e contestualmente ne opererebbe la modificazione di talché sarebbero conservati gli effetti degli atti assunti nella vigenza del decreto legge.

Secondo tale tesi, l'ipotesi della modifica ricorrerebbe allorché la legge di conversione aggiunge o sottrae soltanto alcuni elementi costitutivi alla fattispecie astratta già configurata dal decreto legge. Al contrario, si avrebbe una "sostituzione" in presenza di una legge di conversione che continua a disciplinare la fattispecie concreta già disciplinata dal decreto legge, ma in modo completamente diverso rispetto a quest'ultimo.

Viceversa, un secondo orientamento ritiene che la norma del decreto-legge "modificata", "sostituita" o "soppressa" sarebbe in ogni caso, una norma "non convertita", con conseguente perdita dell'efficacia *ex tunc*.

Un terzo orientamento ritiene che la legge di conversione abbia efficacia *ex nunc* anche nell'ipotesi in cui quest'ultima determini la soppressione di norme contenute nel decreto legge.

Sull'efficacia delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto legge si è espresso il Consiglio di Stato, il quale ha affermato che la legge di conversione del decreto legge è dotata, rispetto agli emendamenti eventualmente introdotti di una duplice valenza: da un lato converte il precedente decreto e, dall'altro, allo stesso tempo, introduce nell'ordinamento nuove disposizioni, sostitutive o modificative di quelle contenute nel provvedimento convertito. Da ciò deriva che tali nuove disposizioni esplicano il loro effetto sostitutivo o modificativo di quelle convertite, soltanto *ex nunc*, ossia alla scadenza del periodo di *vacatio legis* seguente alla loro pubblicazione nella Gazzetta ufficiale (salvo che la stessa legge di conversione non disponga diversamente al riguardo, come nel caso di specie), rimanendo fino alla scadenza stessa vigenti le norme del decreto nel testo anteriore all'emendamento. (Consiglio di Stato sez. V, 15/12/2005, n.7148).

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato è stato adottato il 3 agosto 2020 durante la vigenza dell'art. 1 d.l. n.76/2020.

Ne consegue l'infondatezza del motivo.

Le spese possono essere compensate, stante le modifiche operate dalla legge di conversione alla soglia di operatività dell'affidamento diretto prevista dal decreto legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Richard Goso, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Morbelli

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO