Incarto n.
52.2024.226

Lugano
4 novembre 2024

In nome
della Repubblica e Cantone
Ticino

Il Tribunale cantonale amministrativo

composto dei giudici: Flavia Verzasconi, presidente,
Sarah Socchi, Fulvio Campello

cancelliera: Giorgia Ponti

statuendo sul ricorso del 3 giugno 2024 di

RI 1
RI 2
RI 3
patrocinati da: PA 1

contro

la decisione del 10 aprile 2024 del Municipio del Comune di CO 3 che ha deliberato, per incarico diretto, prestazioni di servizio legate alla gestione del crematorio comunale per l'anno 2024 alla CO 1 e alla CO 2;

ritenuto, **in fatto**

A. a. Con scritto del 28 febbraio 2024 il Dicastero opere pubbliche del Municipio di CO 3 ha informato le imprese di pompe funebri del Cantone Ticino che, con l'approvazione del messaggio municipale concernente i bilanci preventivi 2023, dal 1° gennaio precedente le deleghe finanziarie per gestire l'impianto di cremazione comunale sarebbero decadute e con esse la gestione pubblica di tali attività. La gestione *ad interim* dell'impianto di cremazione esistente sarebbe proseguita fino alla modifica del regolamento cimiteri e la successiva attribuzione degli spazi in locazione, rispettivamente fino a un guasto irreversibile del forno. L'autorità ha quindi informato che, per garantire la continuità del servizio ai cittadini della regione, la gestione *ad interim* del servizio di cremazione era stata affidata alla società CO 2.

b. Preso atto di tale comunicazione, il 7 marzo 2024 le ditte RI 1 e RI

2 hanno interpellato per scritto l'Esecutivo comunale, chiedendo di poter disporre della decisione con cui esso ha affidato la gestione del crematorio alla predetta società.

c. Il Municipio, dopo un sollecito, ha ribadito alle predette ditte l'intenzione di dismettere l'uso dell'attuale forno crematorio e l'intenzione di mettere a pubblico concorso la locazione degli spazi (limitatamente alla zona di sistemazione del macchinario), condizionata alla realizzazione da parte della ditta aggiudicataria di un nuovo forno. Ha quindi precisato di aver optato per un mandato di prestazione dal 1° gennaio 2024 per la gestione provvisoria dell'impianto esistente, nel rispetto della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100).

B. Non avendo ottenuto copia della risoluzione richiesta, il 10 maggio 2024 la RI 1 e la RI 2, assieme a RI 3, hanno interposto ricorso dinanzi al Consiglio di Stato contro la decisione con cui il Municipio ha messo a disposizione il forno crematorio della Città alla CO 2, chiedendone l'annullamento. In via preliminare, i ricorrenti hanno domandato di ordinare al Municipio di produrre la predetta risoluzione municipale mentre, in via provvisionale, di ordinare all'Esecutivo comunale di riassumere immediatamente la gestione pubblica del Crematorio comunale, rescindendo con effetto immediato il contratto verosimilmente sottoscritto con la CO 2.
Nel corso della procedura, il Municipio ha prodotto un estratto della risoluzione del 10 aprile 2024 con cui esso ha deciso di deliberare (retroattivamente) per incarico diretto ai sensi della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100) le seguenti prestazioni di servizio in relazione al crematorio comunale:
- Gestione delle richieste di cremazione,
- Esecuzione del processo di cremazione,
- Gestione degli impianti di cremazione e refrigerazione,
- Prestazioni a regia.

Dal 1° al 31 gennaio 2024, la commessa è stata assegnata alla CO 1 per il valore di fr. 16'160.95, mentre dal 1° febbraio al 31 dicembre 2024 le prestazioni sono state deliberate alla CO 2 per l'importo di fr. 87'792.33.

C. Preso atto di tale risoluzione, RI 1, RI 2 e RI 3 la impugnano dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo, chiedendone l'annullamento. In via preliminare, i ricorrenti chiedono di ordinare al Municipio di produrre la risoluzione con cui il forno crematorio della Città, con i relativi spazi e struttura, è stato messo a disposizione alla società CO 2. In via provvisionale domandano inoltre di ordinare al committente di riassumere immediatamente la gestione pubblica del crematorio comunale, rescindendo con effetto immediato ogni contratto sottoscritto con la predetta ditta. Gli insorgenti premettono che la RI 1 e la RI 2 sono attive nel campo della commessa, la prima essendo intestataria di un diritto di superficie a sé stante e permanente sul fondo dove sorge la Casa Funeraria di CO 3, attrezzata con forno crematorio e la seconda esercitando la gestione di un proprio forno. Contestano quindi le delibere assegnate per incarico diretto, sostenendo che non sarebbero date le condizioni per procedere mediante tale procedura. Il committente avrebbe infatti

illecitamente frazionato la commessa, limitandola senza giustificazione a un solo anno e aggiudicandola a due diverse società, al fine di non superare i valori soglia imposti dalla LCPubb. Il committente non potrebbe giustificare tale agire nemmeno invocando l'urgenza: esso avrebbe avuto tutto il tempo di indire un concorso pubblico, continuando la gestione del forno crematorio con propri dipendenti, prima di esternalizzare il servizio. I ricorrenti osservano inoltre che, stando alla comunicazione del Municipio alle imprese del settore, la gestione del crematorio da parte della CO 2 è iniziata il 1° gennaio 2024, ossia ben prima delle aggiudicazioni e delle relative offerte, che sono del 7 aprile 2024.

D. All'accoglimento del ricorso si oppone il committente. Premette che il Legislativo comunale, con l'approvazione dei conti preventivi 2024, ha condiviso l'insostenibilità di proseguire nell'erogazione del servizio di cremazione nelle modalità allora in essere. Ritenuto l'attuale forno crematorio "a fine corsa", la Città ha quindi deciso di rinunciare alla sua sostituzione e proporre, attraverso un pubblico concorso, la messa in locazione degli spazi, condizionata alla realizzazione da parte della ditta aggiudicataria di un nuovo forno. Per continuare a garantire la cremazione sul posto dopo le cerimonie funebri, soggiunge il Municipio, si è quindi reso necessario assicurare la continuità dell'attività dal 1° gennaio 2024 sino al completamento di una procedura di concorso. Precisa quindi che i servizi comunali hanno proceduto con una decisione in delega, rivelatasi nulla per difetto di competenza. Né è conseguita la risoluzione impugnata, volta a sanare la situazione e a disciplinare in via transitoria la gestione del crematorio. I due mandati assegnati concernono le prestazioni elencate nella risoluzione, mentre la struttura (sala cerimonie, camere mortuarie, servizio accessori ecc.) è tuttora gestita dal Comune. Le tasse di cremazione sono pure incassate dalla Città. Le emissioni effettuate in forma sostituiva dagli aggiudicatari nel primo trimestre del 2024 sono state rifatturate e contabilizzate dalla Città. Il valore delle prestazioni di servizio aggiudicate rientra al di sotto della soglia che permette di procedere con incarico diretto. I ricorrenti non sarebbero pertanto legittimati a impugnare la decisione di delibera, in assenza di interesse degno di protezione.

E. Anche le deliberatarie avversano il gravame. Eccepiscono innanzitutto l'irricevibilità dello stesso per carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti, che non hanno partecipato ad alcuna gara d'appalto e non avrebbero pertanto la facoltà di impugnare la delibera legalmente assegnata per incarico diretto. In ogni caso, non risulterebbe che RI 3 sia attivo nel Comune di CO 3 nel campo di attività delle pompe funebri. Lo stesso eccepisce in merito alla RI 1, il cui scopo sarebbe prettamente immobiliare. Le aggiudicatarie eccepiscono inoltre la tardività del ricorso, siccome la decisione di delibera sarebbe già stata nota agli insorgenti almeno dal 10 maggio 2024, quando hanno inoltrato l'impugnativa al Consiglio di Stato. Prima di confrontarsi con le censure dei ricorrenti, le deliberatarie precisano che il Municipio ha sì concesso loro l'uso del forno, ma non degli spazi del crematorio, i quali (celle e locale preparazione

salme) sono a disposizione di tutte le aziende del Cantone. Contestano infine le tesi degli insorgenti secondo cui la commessa sarebbe stata frazionata al fine di eludere le disposizioni della LCPubb.

F. Con la replica e le dupliche le parti confermano le proprie posizioni con precisazioni di cui si dirà, per quanto necessario, nei seguenti considerandi.

Considerato, **in diritto**

1. 1.1. La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 36 cpv. 1 LCPubb.
Il gravame, inoltrato entro 10 giorni da quando i ricorrenti hanno ottenuto la decisone, è tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb). In quanto ditta attiva nel settore della commessa e potenzialmente idonea ad assumere il mandato oggetto del contendere, la RI 2 è legittimata a contestare la decisione con cui il committente ha affidato le prestazioni ad altre ditte mediante incarico diretto (art. 37 lett. d LCPubb e 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAmm; RL 165.100). Il ricorso è pertanto ricevibile in ordine almeno nella misura in cui è inoltrato dalla RI 2. Può essere lasciato aperto il quesito di sapere se la legittimazione attiva possa essere riconosciuta anche alla RI 1 e a RI 3, dato che il ricorso è comunque destinato all'insuccesso per i motivi che seguono.

   1.2. Il giudizio può essere emanato sulla base degli atti, integrati dalla documentazione acquisita dal Tribunale (incarto PUB.2024.85 pendente presso il Servizio dei ricorsi del Consiglio di Stato e offerte delle aggiudicatarie; art. 25 cpv. 1 LPAmm). La fattispecie emerge con sufficiente chiarezza dalle tavole processuali. Non occorre assumere le ulteriori prove sollecitate dai ricorrenti, insuscettibili di apportare ulteriori elementi utili ai fini del giudizio. In particolare, le offerte e la risoluzione di delibera forniscono abbastanza dettagli relativi alle condizioni del mandato, senza che occorra richiamare eventuali *verbali delle riunioni tra i promotori e il Municipio*, né i contratti stipulati con le aggiudicatarie a seguito della delibera.

2. Prima di entrare nel merito del gravame, vale la pena precisare che il ricorso è circoscritto alla contestazione della risoluzione del 10 aprile 2024 con cui il Municipio ha deliberato due mandati per incarico diretto ad altrettante ditte. Esulano per contro da questa procedura le critiche espresse in merito alla pregressa decisione adottata dai servizi comunali *in delega*, che il Municipio ritiene nulla. Come detto, contro la stessa, che non è stata versata agli atti dal committente, è stato inoltrato un ricorso dinanzi al Consiglio di Stato (inc. PUB.2024.85).

3. In materia di commesse pubbliche, l'art. 6 cpv. 1 LCPubb prevede sia procedure aperte (procedura libera, selettiva) sia procedure a

concorrenza limitata (procedura ad invito, incarico diretto). A differenza delle prime, che richiedono l'esperimento di un pubblico concorso e possono essere scelte liberamente da parte del committente, le seconde vengono instaurate senza pubblicazione del bando di gara e rivestono carattere eccezionale, tant'è che possono essere applicate soltanto in casi particolari, elencati esaustivamente dalla legge (Matteo Cassina, Principali aspetti del diritto delle commesse pubbliche nel Cantone Ticino, Lugano 2008, pag. 22 e seg. con riferimenti; Jean-Baptiste Zufferey/ Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Friburgo 2002, pag. 86 e 207; Vinicio Malfanti, Principali novità introdotte dalla LCPubb, in: RDAT I-2001, pag. 450). Il committente non può quindi aggiudicare lavori e forniture mediante procedura a invito o per incarico diretto al di fuori delle ipotesi contemplate dalla legge.
Per quanto attiene alla procedura d'incarico diretto, si deve rilevare che la stessa può essere seguita soltanto nei casi contemplati dall'art. 7 cpv. 3 LCPubb. Per quanto qui interessa, la lett. h di questa disposizione prevede che ciò può avvenire, tra l'altro, quando il valore della commessa, senza computo dell'imposta sul valore aggiunto, è inferiore a:

- fr. .- per commesse edili di impresario costruttore o di pavimentazione stradale;
- fr. .- per commesse edili di altro genere e artigianali;
- fr. 100'000.– per commesse di fornitura;
- fr. 150'000.– per prestazioni di servizio.

3.2. Al fine di scegliere la corretta procedura secondo cui attribuire la commessa, il committente deve stimarne il presumibile valore complessivo secondo le regole della buona fede e della plausibilità (art. 5 cpv. 1 del RLCPubb/CIAP). L'art. 5 RLCPubb/ CIAP fissa alcune regole destinate a stabilire l'importo della commessa in casi particolari, come i contratti di durata indeterminata (cpv. 4) o le commesse ricorrenti (cpv. 5), fermo restando che una commessa non può essere suddivisa a scopi elusivi delle disposizioni della legge, segnatamente in materia di scelta della procedura (cpv. 6). L'ente appaltante non può per esempio suddividere contratti di lunga durata in una serie di contratti annuali rinnovati a catena (STA 52.2024.38 dell'11 aprile 2024 consid. 3.2; Domenico Di Cicco, Le prix en droit des marchés publics, Zurigo 2022, n. 444).

4. Nel caso concreto, il committente ha deliberato una commessa di servizio relativa alla gestione del crematorio comunale a due diverse ditte. Alla CO 1 ha affidato il mandato per il mese di gennaio 2024, mentre alla CO 2 per il resto dell'anno. La risoluzione di delibera, che richiama l'art. 7 cpv. 3 lett. h LCPubb, è stata adottata formalmente nel mese di aprile 2024, con parziale effetto retroattivo.
Occorre dare atto ai ricorrenti che la decisione impugnata configura l'ultimo atto volto a sanare una procedura instaurata in maniera tutt'altro che ordinata. Dal profilo della legislazione sulle commesse pubbliche non si riscontrano tuttavia le disattenzioni denunciate dagli insorgenti. Infatti, complessivamente, il valore delle prestazioni ammonta a fr. 103'953.28 IVA inclusa, ossia fr. 96'164.- IVA esclusa.

Dell'attendibilità di tali importi non vi è motivo di dubitare. Del resto i ricorrenti, che hanno avuto la possibilità di esprimersi sulle offerte acquisite agli atti, non hanno eccepito alcunché sui quantitativi richiesti dal committente e sui prezzi esposti. Il valore globale della commessa rientra pertanto abbondantemente al di sotto della soglia che permette di procedere per incarico diretto (fr. 150'000.- IVA esclusa). Non risulta pertanto che la commessa sia stata frazionata in due distinti mandati allo scopo di eludere le predette disposizioni della LCPubb. Né si intravede una violazione del diritto nella scelta di assegnare il mandato solo fino al 31 dicembre 2024. Il problema del rispetto dei valori soglia si porrà semmai al momento di un eventuale rinnovo del contratto (sul tema dei contratti rinnovati a catena cfr. STA 52.2024.38 citata).

5. Visto quanto precede, il ricorso va respinto nella misura della sua ricevibilità.

6. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione delle domande cautelari formulate dagli insorgenti.

7. La tassa di giustizia è posta a carico dei ricorrenti secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 LPAmm). Essi rifonderanno agli aggiudicatari, patrocinati da un legale, congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmm).

Per questi motivi,

decide:

1. Nella misura in cui è ricevibile, il ricorso è respinto.

2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.-, già anticipata dai ricorrenti, rimane a loro carico. Essi rifonderanno il medesimo importo agli aggiudicatari a titolo di ripetibili.

3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110) nei limiti e alle condizioni di cui all'art. 83 lett. f LTF.

4. Intimazione a:

Per il Tribunale cantonale amministrativo

La presidente

La cancelliera

<< Documento stampato da www.sentenze.ti.ch >>

