

giustizia e domicilio fisico eletto presso l'Avvocatura capitolina in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

per l'annullamento

- dell'avviso di gara a procedura aperta "per l'individuazione di un soggetto no profit con finalità di protezione degli animali e/o dell'ambiente e/o d'inclusione sociale delle persone disabili per l'affidamento della gestione dell'oasi felina comunale di Via Portuense 39 e dei servizi connessi di tutela e controllo della popolazione della predetta oasi per 24 mesi – CIG. 8070603847 – importo a base di gara € 220.000,00", pubblicato sull'Albo pretorio informatico di Roma Capitale il 25.10.2019;

- del capitolato speciale descrittivo e prestazionale;

- dello schema di convenzione;

- del calcolo economico per l'acquisizione del servizio;

- della determinazione dirigenziale numero repertorio QL/1290/2019 del 23.10.2019, numero protocollo QL/83030/2019 del 23 ottobre 2019, pubblicata sull'Albo pretorio di Roma Capitale il 25.10.2019, avente ad oggetto: "Determinazione Dirigenziale a contrarre per l'affidamento, ad una Organizzazione Non Lucrativa di Utilità Sociale (ONLUS) avente nello statuto la finalità di protezione degli animali e/o ambiente e/o dell'inclusione sociale per persone con disabilità, la cura e la gestione dell'Oasi Felina di via Porta Portese 39 e dei servizi ad essa connessi. Procedura aperta ex art. 60 D. Lgs 50/2016 -Durata 24 naturali e consecutivi a decorrere dal 1.11.2019 o comunque dall'affidamento del servizio. Importo: € 268.400,00 compresa I.V.A. al 22%. CIG 8070603847";

- di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi;

quanto ai motivi aggiunti, depositati il 27.1.2020:

- dell'atto prot. n. QL 20190102028, adottato nel corso della seduta di gara del 23.12.2019 e comunicato alla ricorrente il 24.12.2019, con cui la Stazione

Appaltante informava la ricorrente Associazione “Arca” Onlus, mai convocata alla seduta, che era stato disposto il soccorso istruttorio nei suoi confronti e la invitava a depositare documenti entro il 27.12.2019 successivo alle ore 10:00;

- del verbale e di tutti gli atti adottati nel corso della seduta di gara del 23.12.2019, riunitasi in assenza di convocazione e di pubblicità, durante la quale sono state aperte le buste contenenti le domande di partecipazione, tra cui la domanda di partecipazione della ricorrente;

- di tutti gli atti e provvedimenti adottati nel corso della seduta di gara del 27.12.2019, incluso il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per illegittimità derivata;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, con cui la Stazione Appaltante ha aggiudicato la gara all'Associazione “A.S.T.A.”, come riferito verbalmente in data 31.12.2019 dal Direttore p.t. dell'Ufficio Benessere Animali del Dipartimento di Tutela Ambientale;

- per quanto occorrer possa, del provvedimento a firma del Direttore p.t. dell'Ufficio Benessere Animali con cui è stato ordinato alla ricorrente di consegnare le chiavi dell'oasi felina comunale;

-di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2020 la dott.ssa Marina Perrelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'associazione "Arca - Colonia Felina della Piramide" Onlus, gestore uscente dell'oasi felina di Porta Portese, con sede in Roma, via Portuense 39 di proprietà del Comune di Roma, nonché soggetto proponente di un *project financing* per la realizzazione dell'"Oasi del gatto -Struttura polifunzionale per l'erogazione di servizi per il perseguimento del benessere e la tutela del patrimonio felino di Roma Capitale", depositato a luglio del 2017, con valutazione di fattibilità tecnico – economica, approvata con determina n. 366 del 13.3.2018, e con procedimento ancora in fase di istruttoria, ha impugnato l'avviso di gara a procedura aperta "per l'individuazione di un soggetto no profit con finalità di protezione degli animali e/o dell'ambiente e/o d'inclusione sociale delle persone disabili per l'affidamento della gestione" della detta oasi, pubblicato sull'Albo pretorio informatico di Roma Capitale il 25.10.2019.

1.2. L'Associazione "Arca – Colonia felina della Piramide", premesso che la nuova gara risulta essere stata indetta, secondo quanto si legge nella determinazione dirigenziale a contrarre prot. n. QL/83030/2019, "nelle more dell'approvazione dell'apposito provvedimento relativo alla procedura di approvazione del *project financing* proposto dalla ricorrente e che l'appalto differisce dal precedente perché strutturato in modo da prevedere l'affidamento del servizio ad un'associazione che svolga attività di volontariato, iscritta nel registro delle Organizzazioni di Volontariato della Regione Lazio di cui alla Legge 266/1991 e alla Legge Regionale n. 29/1993, per la durata di 24 anziché 8 mesi, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso anziché dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con drastico abbattimento dell'importo a base di gara pari a 220.000,00 euro, esclusa IVA, per l'intero periodo a sostanziale parità dei servizi richiesti con il bando precedente ed attualmente offerti), nonché del numero di ore giornaliere di lavoro retribuito per lo svolgimento della gestione (passate da 8 a 4 di media), del numero

di lavoratori impiegati (passati dagli attuali 5 *full time* a 2 *part time*) e del costo del cibo a gatto (passato da 0,60 a 0,30 euro al giorno), ne deduce l'illegittimità:

1) per violazione degli artt. 30 e 32 del D.lgs.n.50/2016, dell'art. 4, comma 1, della legge n. 281/1991 e del principio di non discriminazione e di libera concorrenza in quanto l'art. 2 dell'avviso, concernente i "soggetti ammessi alla gara" prevede che la partecipazione sia espressamente riservata agli organismi di volontariato iscritti nel Registro delle Organizzazioni di Volontariato della Regione Lazio di cui alla legge 11.8.1991, n. 266 e tale riserva sarebbe palesemente in contrasto con quanto disposto dall'art. 4, comma 1, della legge quadro n. 281/1991 e dall'art. 30 del D. Lgs. n. 50/2016, oltre che violativa del principio di non discriminazione e di libera concorrenza. Secondo la prospettazione della ricorrente la suddetta riserva a favore delle associazioni di volontariato violerebbe l'art. 4, comma 1, della legge 281/1991, limitando la concorrenza nella procedura per l'affidamento in concessione dell'oasi felina, in contrasto con le finalità pro-concorrenziali della citata disposizione che espressamente ha previsto la possibilità di gestione, oltre che con le associazioni animaliste anche con soggetti privati. L'avviso gravato sarebbe illegittimo anche perché non rispetterebbe gli elementi essenziali del contratto, come individuati dall'amministrazione aggiudicatrice nella Determinazione Dirigenziale a contrarre prot. QL/83030/2019, limitando la partecipazione alle sole associazioni di volontariato in contrasto con la riserva, anch'essa comunque illegittima, a favore delle Onlus contenuta nella richiamata determinazione;

2) per violazione dell'art. 35 del D. Lgs. n. 50/2016, della delibera di Giunta Regionale del Lazio n. 43/2010, nonché per eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, per violazione dei criteri di congruità e di corretto apprezzamento dei parametri di gara e, segnatamente, per erroneità ed inadeguatezza della copertura finanziaria della base d'asta.

Ad avviso della ricorrente il numero di ore del servizio previste sarebbe incomprensibilmente basso per un'oasi che accoglie circa 250 gatti.

La precedente gestione era, infatti, assicurata da cinque operatori *full time* con disponibilità 24 ore su 24 e per 8 mesi di gestione prevedeva una base di gara di euro 208.979,01, quasi pari a quanto posto a base di gara, nella procedura impugnata, per 24 mesi di gestione.

Totalmente priva di ogni oggettiva valutazione sarebbe poi la diminuzione a 0,30 euro del valore del costo medio per l'alimentazione giornaliera di ogni gatto, inserita nella specifica dei costi senza alcuna indagine di mercato. Nelle precedenti gestioni il valore giornaliero era, infatti, stimato in 0,60 euro per gatto/giorno. Anche il contributo alla gestione per oneri vari ed organizzativi viene fissato nella cifra totale di 2.000,00 euro per 24 mesi che sarebbe del tutto incongrua a fronte della previsione nel capitolato dell'obbligo di manutenzione ordinaria e di messa a norma della struttura. Nessuna spesa sarebbe, inoltre, prevista per il trasporto degli animali, né per lo smaltimento dei rifiuti speciali, né per la formazione, ritenuta necessaria dalla Regione Lazio nella D.G.R. n. 43 del 2010. Anche la spesa prevista per il responsabile del servizio nel suo ruolo di "referente unico per l'Amministrazione Capitolina", quantificata in € 541,80 euro mensili in relazione al numero di 6 ore settimanali di reperibilità richiesta (a fronte dell'attuale previsione contrattuale di presenza "tutte le mattine in struttura con disponibilità pomeridiana e dalle 9 alle 20 reperibilità telefonica tutti i giorni"), sarebbe non congrua e sottodimensionata per "coordinare le attività progettuali, l'organizzazione del servizio, le azioni di monitoraggio del servizio reso", come previsto dall'art. 8 dello schema di convenzione;

3) per violazione dell'art. 95 del D.lgs. n. 50/2016; della D.G.R. Lazio n. 43/2010, nonché per difetto di motivazione e travisamento dei fatti giacché sarebbe inspiegabile e privo di supporto normativo il criterio di selezione basato sul prezzo

più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo evidente che il servizio in questione non potrebbe in alcun modo considerarsi "con caratteristiche standardizzate", né tantomeno un servizio "le cui condizioni sono definite dal mercato".

2. Roma Capitale, costituita in giudizio, ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità dell'impugnazione del bando, in quanto lo statuto della ricorrente, allegato al ricorso, prevede la costituzione di "una Associazione di volontariato animalista denominata "Arca – Colonia felina della Piramide O.N.L.U.S".

Nel merito l'amministrazione capitolina ha evidenziato che la legge n. 281/1991, come modificata dalla legge n. 244/2007, prescrive l'utilizzo esclusivo di associazioni animaliste e zoofile o di soggetti privati nella gestione dei canili e dei gattili e disciplina i canili sanitari, i canili rifugio e i gattili sanitari. Non vi è, invece, alcun riferimento ai gattili rifugio che, pertanto, non sarebbero oggetto di una disciplina specifica.

Ciò posto, ad avviso dell'amministrazione capitolina, l'oasi felina in questione non sarebbe classificabile né come gattile sanitario, né come gattile rifugio, ma piuttosto dovrebbe essere inquadrata come realtà simile alla colonia felina, dalla quale si differenzia per il numero più elevato di gatti presenti, in quanto composta da gatti che vivono in libertà dei quali molti non sono neanche addomesticabili e avvicinabili. Pertanto, la normativa applicabile sarebbe quella prevista dall'art. 56 del D.lgs. n. 117 del 2017, ai sensi del quale le amministrazioni pubbliche di cui all'art.1, comma 2, del D.lgs. n. 165/2001, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e/o le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. Anche l'art. 143 del D.lgs. n. 50/2016 introduce un regime a concorrenza riservata, esclusivamente per

l'affidamento dei servizi sanitari, sociali e culturali alle organizzazioni di volontariato. Alla luce delle predette premesse normative e delle specifiche controdeduzioni concernenti le singole doglianze avanzate dalla associazione ricorrente, Roma Capitale ha concluso per la reiezione del gravame.

3. Con decreto cautelare n. 7448 del 14.11.2018 è stata accolta l'istanza di misure cautelari ex art. 56, comma 1, c.p.a. atteso "che la ricorrente, gestore uscente dell'oasi felina oggetto di affidamento, appare non essere in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara, i cui atti di indizione sono qui in contestazione; che il termine per la presentazione delle offerte scade alle ore 12 del 29 novembre 2019 (35° giorno successivo alla pubblicazione del bando, in data 25 ottobre 2019) e che è prevista l'apertura delle buste alle ore 13 dello stesso giorno; che conseguentemente si ravvisa la "estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", richiesta dall'art. 56 c.p.a. per concedere la misura cautelare provvisoria richiesta".

3.1. Con ordinanza n. 7949 del 5.12.2019 la Sezione, "considerato che la decisione del ricorso presuppone l'esame di questioni la cui complessità è incompatibile con la sommarietà della presente fase cautelare e che le esigenze della parte ricorrente appaiono tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito", ha fissato, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., l'udienza pubblica per il 4.3.2020.

4. Con motivi aggiunti, depositati il 27.1.2020, l'Associazione ricorrente ha impugnato il provvedimento con cui la Stazione Appaltante ha aggiudicato, in via provvisoria, la gara all'Associazione "A.S.T.A.", unitamente agli atti presupposti e al conseguente provvedimento con il quale il Direttore dell'Ufficio Benessere Animali ha ordinato alla ricorrente di consegnare le chiavi dell'oasi felina comunale.

4.1. Parte ricorrente ha esposto: a) che nelle more del presente giudizio, nonostante il decreto cautelare n. 7448/2019, l'amministrazione resistente non ha sospeso la gara e nella seduta del 29.11.2019 ha aperto la busta contenente l'unica offerta pervenuta; b) che, a seguito dell'ordinanza cautelare n. 7949 del 5.12.2019, l'ufficio Benessere Animali, con determinazione dirigenziale prot. n. QL/96958/2019 del 6.12. 2019, ha annullato in autotutela gli atti compiuti in costanza di sospensiva ed ha riaperto i termini per la presentazione delle domande di partecipazione, fissando la data del 23.12.2019 alle ore 12:00 quale scadenza per la presentazione; c) che l'Associazione Arca Onlus ha depositato la domanda di partecipazione presso il Dipartimento il 23.12.2019; d) che con nota prot. n. QL 20190102028, consegnata a mezzo pec il 24.12.2019, l'Ufficio procedente ha comunicato alla ricorrente le carenze riscontrate dal R.U.P. nella busta A, assegnandole termine per il deposito della documentazione mancante sino al 27.12.2019 alle ore 10.00, avvertendola che, in mancanza della documentazione richiesta, avrebbe proceduto alla sua esclusione dalla gara e notiziandola dell'aggiornamento della seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche al giorno 27.12.2019 ore 10.30; e) che con diffida, inviata via pec presso il Dipartimento il 27.12.2019 alle ore 9.55, l'associazione Arca evidenziava le proprie doglianze sulla legittimità del *modus procedendi* dell'amministrazione, invitando l'Ufficio ad annullare gli atti compiuti nella seduta del 23.12.2019, attesa l'assoluta mancanza di pubblicità della stessa; f) che con comunicazione del 27.12.2019 l'Ufficio Benessere Animali ha invitato l'Associazione ricorrente, nella qualità di gestore uscente dell'oasi felina in controversia, a riconsegnare le chiavi del centro entro le ore 12.00 del 31.12.2019; g) che il 31.12.2019 l'associazione ricorrente ha provveduto alla consegna delle chiavi al R.U.P.; h) che con istanza di accesso, ai sensi dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016, depositata via pec il 9.1.2020, la ricorrente ha chiesto alla

S.A. di prendere visione ed estrarre copia della documentazione di gara e, in particolare, dei verbali delle sedute del 23 e 27.12.2019, dei verbali delle eventuali sedute riservate, dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva all'associazione "Asta", nonché di quello che ha autorizzato la gestione dell'oasi nelle more della firma del contratto; i) che con nota prot. n. QI 1517 del 10.1.2020 l'amministrazione resistente ha comunicato che "il procedimento si concluderà entro il 10/02/2020 previa verifica dei requisiti formali e sostanziali della richiesta".

4.2. Parte ricorrente deduce, quindi l'illegittimità di tutti i predetti ulteriori atti:

1) per violazione dell'obbligo di conformarsi all'ordine di sospendere la gara, disposto dal decreto presidenziale n. 7448/2019, notificato all'amministrazione resistente il 16.11.2019;

2) per violazione dell'obbligo di pubblicità della seduta prevista per l'apertura dei plichi, ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016, in quanto non sarebbe stata data ad Arca nessuna comunicazione della data, dell'ora e del luogo in cui l'operazione di gara si sarebbe svolta, relativamente alla seduta del 23.12.2019 con conseguente illegittimità derivata di tutti gli atti compiuti in quella sede e di quelli successivi;

3) per violazione dell'obbligo di pubblicazione degli atti di gara sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016 poiché la mancata pubblicazione di tali atti e la loro mancata comunicazione vanificherebbe le garanzie accordate al concorrente e violerebbe i principi di trasparenza e di buon andamento della pubblica amministrazione;

4) per violazione dell'obbligo di pubblicazione degli atti di gara sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC, ai sensi dell'art. 29, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016;

5) per violazione dell'obbligo di trasmettere ad Arca, nella duplice qualità di ricorrente avverso il bando e di partecipante alla gara, le comunicazioni inerenti

l'esito delle sedute di gara entro cinque giorni dalla loro adozione, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lettere a) e b), del D.lgs. n. 50/2016;

6) per violazione degli artt. 30, 32 e 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, del principio di non discriminazione e di libera concorrenza, dell'art. 4, comma 1, della legge n. 281/1991 poiché, nonostante l'associazione ricorrente non abbia ricevuto alcuna comunicazione in merito alla sua esclusione dalla gara, la nota con la quale le è stato ordinato il rilascio dell'oasi felina entro il 31.12.2019 e la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria all'associazione Asta, fanno presumere che nella seduta del 27.12.2019 la Stazione Appaltante abbia disposto la sua esclusione dalla procedura per mancato deposito della documentazione richiesta con il soccorso istruttorio.

La eventuale esclusione della ricorrente sarebbe illegittima sia perché l'atto costitutivo era già stato depositato unitamente allo statuto, mentre l'iscrizione al registro delle organizzazioni di volontariato non avrebbe potuto essere richiesta per le ragioni esposte nel ricorso principale, sia in quanto il termine assegnato per depositare la documentazione sarebbe del tutto incongruo e palesemente finalizzato a predeterminare un motivo di esclusione.

4.3. L'Associazione ricorrente ha, infine, chiesto, ai sensi dell'art. 116, comma 5, c.p.a. la declaratoria dell'obbligo della S.A. di assentire l'accesso ai documenti di cui alla richiesta presentata il 9.1.2020.

5. Roma Capitale si è difesa anche sui motivi aggiunti, chiedendone la reiezione in quanto infondati in fatto e in diritto.

6. All'udienza camerale del 5.2.2020, fissata per la discussione della domanda cautelare, parte ricorrente ha chiesto il rinvio della causa al merito.

7. Alla pubblica udienza del 4.3.2020, preso atto delle memorie *ex art. 73 c.p.a.*, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. Con il ricorso principale l'associazione ricorrente ha impugnato l'avviso di gara a procedura aperta "per l'individuazione di un soggetto no profit, avente nello statuto la finalità di protezione degli animali e/o ambiente e/o dell'inclusione sociale per persone con disabilità, per la cura e la gestione dell'Oasi Felina di via Porta Portese 39 e dei servizi ad essa annessi. Procedura aperta ex art. 60 D.Lgs. 50/2016 – Durata 24 mesi naturali e consecutivi a decorrere dal 1.11.2019 o comunque l'affidamento del servizio. Importo €268.400,00 compresa I.V.A. al 22% CIG 8070603487", pubblicato il 25.10.2019 sull'albo pretorio di Roma Capitale.

9. Occorre, in primo luogo, esaminare l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso sollevata da Roma Capitale poiché il soggetto che non ha presentato la domanda di partecipazione alla gara è legittimato ad impugnare solo le clausole del bando che siano escludenti in quanto gli precludono la partecipazione. Le clausole del bando che non rivestano una simile portata dovrebbero essere impuginate unitamente al provvedimento lesivo dal soggetto che abbia partecipato alla procedura.

Secondo l'amministrazione resistente l'associazione ricorrente avrebbe potuto presentare la domanda di partecipazione alla procedura oggetto di controversia in quanto dal suo statuto emerge la costituzione di "una Associazione di volontariato animalista denominata "ARCA-COLONIA FELINA DELLA PIRAMIDE O.N.L.U.S".

9.1. Parte ricorrente ha censurato la riserva del bando alle sole organizzazioni di volontariato e ciò in quanto la stessa si porrebbe in palese violazione dell'art. 4, comma 1, della legge 281/1991, nonché dell'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016, avendo l'avviso di gara operato un'illegittima riduzione dei possibili partecipanti rispetto a quanto previsto dalla determinazione a contrarre che riservava il bando alla più ampia categoria delle Onlus.

9.2. Posto che è pacifico e non contestato che l'associazione ricorrente non aveva presentato domanda di partecipazione alla procedura con scadenza fissata alla data del 29.11.2019, occorre dunque verificare se la clausola del bando gravata possa o meno qualificarsi come escludente e, quindi, sia suscettibile di impugnazione immediata, a prescindere dall'avvenuta presentazione della domanda di partecipazione.

9.3. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, consacrato anche nell'Adunanza Plenaria n. 4/2018, l'impugnazione immediata del bando di gara, senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, rappresenta un'eccezione alla regola in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato. Pertanto, afferma il Consiglio di Stato nella richiamata Adunanza Plenaria n. 4/2018, che "il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La *ratio* sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo".

9.4. L'art. 2 dell'avviso impugnato stabilisce che "La partecipazione è riservata esclusivamente agli organismi iscritti nel Registro delle Organizzazioni di Volontariato della Regione Lazio di cui alla Legge 266/1991 e alla Legge Regionale 28 giugno 1993, n. 29 e successive modifiche ed integrazioni nel cui statuto sia

espressamente menzionata la finalità sociale di protezione degli animali e/o dell'ambiente e/o d'inclusione sociale delle persone disabili”.

9.5. Dallo Statuto dell'Associazione ricorrente si evince all'art. 1 che “è costituita un'associazione di volontariato animalista denominata Arca – Colonia felina della Piramide Onlus” e all'art. 3 che “l'associazione ha carattere regionale, non ha fini di lucro e persegue esclusivamente finalità di solidarietà sociale ed ha i seguenti scopi: - la tutela e la valorizzazione della natura e dell'ambiente (...); - la tutela e la gestione di colonie feline ed altri animali che vivono in stato di libertà; - la cura della loro salute, dell'alimentazione e delle condizioni di sopravvivenza; - la tutela delle condizioni del territorio e dell'ambiente cittadino per permettere la sopravvivenza di tutti gli animali presenti; - gli interventi di profilassi, sterilizzazioni, terapia in collaborazione con i servizi veterinari delle A.S.L. e dei veterinari liberi professionisti; - la promozione nel rispetto delle leggi di protezione degli animali e dell'ambiente e suggerirne l'emanazione di nuove; - di collaborazione di promozione di iniziative, anche individuali, con associazioni che perseguono scopi analoghi in materia di protezione degli animali e tutela dell'ambiente;”.

9.6. Nella determina a contrarre QL 1290 del 23.10.2019 è testualmente affermato che è “opportuno affidare la gestione e cura dell'Oasi Felina di via Porta Portese 39 ad una ONLUS che abbia nello statuto la finalità di protezione degli animali e/o dell'ambiente e/o dell'inclusione sociale della disabilità di vario genere al fine di sommare allo scopo del benessere degli animali ulteriori finalità d'utilità sociale e di indire pertanto una gara con procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50”.

9.7. Alla luce di tutte le suesposte circostanze è fondata e va accolta l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale in quanto nessuna delle clausole dell'avviso

gravate dall'Associazione ricorrente aveva porta escludente, vale a dire tale da impedirle la partecipazione alla procedura.

Pertanto l'associazione Arca avrebbe dovuto presentare la domanda di partecipazione per poi procedere, in ipotesi di esclusione ovvero di mancata aggiudicazione, a contestare l'architettura stessa dell'avviso, laddove prevede l'affidamento del servizio a volontari e non a soggetti retribuiti per la propria opera, contestazione non ammissibile laddove è mancata la domanda di partecipazione idonea a conferirle una posizione qualificata e a legittimarla a proporre le predette censure.

9.8. Per le predette ragioni il ricorso principale deve essere dichiarato inammissibile.

10. Occorre, pertanto, passare all'esame dei motivi aggiunti, depositati 27.1.2020.

Al riguardo va evidenziato che, a seguito dell'annullamento in autotutela di tutti gli atti compiuti dall'amministrazione capitolina nel periodo di sospensione della procedura disposta con decreto cautelare presidenziale n. 7448/2019 e della riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, l'associazione ricorrente ha presentato domanda di partecipazione alla procedura in questione.

10.1. Con i motivi aggiunti l'associazione ricorrente ha impugnato il verbale e tutti gli atti adottati nel corso delle sedute di gara del 23.12.2019 e del 27.12.2019, incluso il suo provvedimento di esclusione, nonché il provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara all'Associazione Asta e quello del Direttore dell'Ufficio Benessere Animali con cui le è stato ordinato di consegnare le chiavi dell'oasi felina comunale.

11. I motivi aggiunti sono fondati e vanno accolti nei limiti di cui in motivazione.

12. Il primo motivo con il quale parte ricorrente deduce la violazione da parte dell'amministrazione capitolina dell'obbligo di conformarsi all'ordine di sospendere la gara, disposto dal decreto presidenziale n. 7448/2019, risulta superato dalla

determinazione dirigenziale prot. n. QL/96958/2019 del 6.12.2019 che ha annullato in autotutela gli atti compiuti in costanza di sospensiva ed ha riaperto i termini per la presentazione delle domande di partecipazione.

13. Con il secondo motivo l'associazione ricorrente deduce la violazione dell'obbligo di pubblicità della seduta prevista per l'apertura dei plichi, ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016, in quanto non sarebbe stata data ad Arca nessuna comunicazione della data, dell'ora e del luogo in cui l'operazione di gara si sarebbe svolta, relativamente alla seduta del 23.12.2019, con conseguente illegittimità derivata di tutti gli atti compiuti in quella sede e di quelli successivi.

13.1. Anche tale censura è infondata e da disattendere.

L'art. 9 dell'avviso, concernente l'ammissione dei candidati, stabilisce che "Il RUP in seduta pubblica che si svolgerà alle ore 13.00 del medesimo giorno della scadenza del termine della presentazione delle offerte presso il Dipartimento della Tutela Ambientale circonvallazione Ostiense 191 Roma secondo piano sala riunioni, alla presenza di due dipendenti comunali nella veste di testimoni, procederà prima di tutto all'accertamento dell'integrità dei plichi, che gli stessi siano tutti sigillati e controfirmati dal rappresentante legale dell'organismo partecipante e successivamente all'apertura dei plichi estrarrà la sola busta A al fine della verifica della completezza della documentazione in essa contenuta."

13.2. Ne discende che ogni concorrente era reso edotto dallo stesso avviso della data, dell'ora e del luogo in cui l'operazione di apertura delle buste si sarebbe svolta senza, quindi, che vi fosse la necessità di alcuna ulteriore comunicazione.

14. Sono, invece, fondati e meritevoli di accoglimento i motivi con i quali parte ricorrente lamenta la violazione dell'obbligo di trasmetterle le comunicazioni inerenti l'esito delle sedute di gara, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lettere a) e b), del D.lgs. n. 50/2016, nonché la violazione degli artt. 30, 32 e 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 poiché, nonostante l'associazione ricorrente non abbia ricevuto alcuna

comunicazione in merito alla sua esclusione dalla procedura, la nota con la quale le è stato ordinato il rilascio dell'oasi felina entro il 31.12.2019 e la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria all'associazione Asta farebbero presumere che nella seduta del 27.12.2019 la Stazione Appaltante abbia disposto la sua esclusione dalla procedura per mancato deposito della documentazione richiesta con il soccorso istruttorio.

14.1. L'Art. 9 dell'avviso di gara prevede che in caso di mera irregolarità dell'offerta "il RUP sospenderà la procedura in atto per concedere un termine dopo la richiesta trasmessa via pec non oltre 3 giorni lavorativi (dal lunedì al venerdì) per integrare o sanare la documentazione di gara all'organismo partecipante. Decorso inutilmente detto termine il RUP procederà all'esclusione dell'organismo partecipante".

14.2. Nel caso di specie, dalla documentazione depositata, si evince che con nota prot. n. QL 20190102028, consegnata alla ricorrente a mezzo pec il 23.12.2019, l'Ufficio procedente ha comunicato all'associazione Arca le carenze riscontrate dal R.U.P. nella busta A, assegnandole termine per il deposito della documentazione mancante sino al 27.12.2019 alle ore 10.00, avvertendola che, in mancanza della documentazione richiesta, avrebbe proceduto alla sua esclusione dalla gara e notiziandola dell'aggiornamento della seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche al giorno 27.12.2019 ore 10. 30.

E', altresì, provato che con diffida, inviata via pec presso il Dipartimento il 27.12.2019 alle ore 9.55, l'associazione Arca ha manifestato le proprie doglianze sulla legittimità del *modus procedendi* dell'amministrazione, invitando l'Ufficio ad annullare gli atti compiuti nella seduta del 23.12.2019 e che ciononostante, con comunicazione del 27.12.2019, l'Ufficio Benessere Animali ha invitato l'Associazione ricorrente, nella qualità di gestore uscente dell'oasi felina in controversia, a riconsegnare le chiavi del centro entro le ore 12.00 del 31.12.2019.

14.3. Dalla mera sequenza dei detti atti si evince la violazione della *lex specialis* da parte dell'amministrazione capitolina in quanto tra il 23.12.2019, data di adozione della nota di comunicazione delle carenze riscontrate in ordine alla busta A, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, ricevuta a mezzo pec il successivo 24.12.2019, e il 27.12.2019 (ore 10.00), termine entro il quale produrre la documentazione integrativa richiesta, non intercorrono i tre giorni lavorativi previsti dall'art. 9 dell'avviso, non essendo revocabile in dubbio che il 25 e il 26 dicembre sono giorni festivi.

14.4. E', altresì, pacifico sia dalla relazione del RUP, depositata da Roma Capitale il 31.1.2020, che dalla stessa difesa dell'amministrazione resistente che nella seduta pubblica del 27.12.2019 il RUP, dato atto del mancato inoltro della documentazione da parte della associazione Arca, ne abbia disposto l'esclusione dalla gara, come previsto nella lettera che aveva disposto il soccorso istruttorio.

14.5. Ne discende, quindi, la violazione dell'art. 83, comma 9, del D. lgs. n. 50/2016, nonché della *lex specialis* e, segnatamente dell'art. 9 dell'avviso, essendo evidente che nel caso di specie il termine per l'esercizio del soccorso istruttorio, già ridotto a soli tre giorni lavorativi dalla normativa specifica della gara, non è stato neanche rispettato comportando l'esclusione dell'associazione ricorrente dalla procedura basata esclusivamente sul mancato deposito della documentazione richiesta.

15. Per tali ragioni i motivi aggiunti sono meritevoli di accoglimento con conseguente annullamento dei provvedimenti adottati nel corso della seduta di gara del 27.12.2019, incluso il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, nonché del provvedimento di aggiudicazione della gara all'Associazione "A.S.T.A." e del provvedimento, a firma del Direttore dell'Ufficio Benessere Animali, con cui è stato ordinato alla ricorrente di consegnare le chiavi dell'oasi

felina comunale, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione resistente da adottare alla luce dei principi esposti nella presente decisione.

16. Sussistono giusti motivi, inconsiderazione dell'inammissibilità del ricorso principale e, quindi, della parziale reciproca soccombenza, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto:

- dichiara inammissibile il ricorso principale;
- accoglie i motivi aggiunti, depositati il 27.1.2020, e; per l'effetto, annulla i provvedimenti adottati nel corso della seduta di gara del 27.12.2019, incluso il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, nonché il provvedimento di aggiudicazione della gara all'Associazione "A.S.T.A." e il provvedimento, a firma del Direttore dell'Ufficio Benessere Animali, con cui è stato ordinato alla ricorrente di consegnare le chiavi dell'oasi felina comunale;
- compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Luca Iera, Referendario

L'ESTENSORE
Marina Perrelli

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO