

Il T.A.R. Palermo chiude la porta alla possibilità che il precedente gestore del servizio (partecipi e) si aggiudichi la nuova gara d'appalto.

di Fulvio Ingaglio La Vecchia

Data di pubblicazione: 4-8-2016

Ai sensi dell'art. 57 comma 6 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e alla luce del principio di rotazione - che si affianca a quello di trasparenza e di parità di trattamento - il gestore uscente del servizio non può prendere parte alla nuova gara d'appalto. (Nella specie la controinteressata era risultata anche aggiudicataria).

(1) *In senso più possibilista, cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, 11 marzo 2016 n. 3119, in www.sentenzeitalia.it; ibidem: T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 1325; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 179; T.A.R. Molise Campobasso, Sez. I, 17 aprile 2014, n. 269 Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906.*

Guida alla lettura

La pronuncia in commento esamina, divisando in senso restrittivo, la questione dei limiti di corretta applicazione del principio di rotazione di cui all'art. 57 comma 6 dell'ormai abrogato D.lgs. n. 163/2006, disposto a compendio operativo delle prescrizioni rese in materia di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, derogatorie all'obbligo di indizione di pubblica gara.

Il *dictum* rimane di interesse anche nell'orizzonte del D.lgs. n. 50/2016, all'art. 63, comma 6, che, nel sostituire l'abrogato art. 57 D.lgs. n. 163/2006 con l'art. 63, ha rafforzato la tutela della concorrenzialità imponendo che siano invitati, tra gli operatori in possesso di caratteristiche idonee, almeno cinque soggetti. Al di là dell'inciso, dunque, nelle ipotesi di cui all'art. 57 del D.lgs. n. 163/2006, per ragioni di efficienza, funzionali - per l'appunto - alla **procedura negoziata** da espletare, la stazione appaltante può selezionare gli operatori da invitare giuste le informazioni di cui essa stessa sia già in possesso (*rectius*: desunte dal mercato, secondo la lettera della norma); ciò tuttavia, nel necessario **rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione**.

Principi la cui concreta declinazione, così divisa il TAR palermitano, impone che il **gestore uscente** dal servizio non possa prendere parte alla nuova gara d'appalto.

Reputa quindi il TAR (pur conscio dell'esistenza di indirizzi diversi, in ordine ai quali meglio *infra*), che la corretta interpretazione della norma imponga, ex ante, all'Amministrazione aggiudicatrice di astenersi radicalmente dall'invitare la ditta uscente alla nuova procedura negoziata, pena l'infrazione al **principio di rotazione** (che si affianca a quelli di trasparenza e di parità di trattamento) utilizzato *in mens legum*, quale criterio di **bilanciamento** alla possibilità (ex art. 57, D.lgs. n. 163/2006) di esperire una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando. Tale decisa anticipazione della soglia di tutela costituirebbe quindi anche la migliore delle tutele possibili a garanzia dei principi di parità e massima concorrenzialità. Ciò, in concreto, anche rispetto all'esiguo numero di soggetti che avevano concretamente preso parte alla gara, insufficiente a garantire con efficacia il rispetto del prefato principio di rotazione.

Rispetto a tale più rigorosa impostazione, altra parte della giurisprudenza appare invece più possibilista divisando, (*per tutte, T.A.R. Lazio, Sez. III, 11 marzo 2016 n. 3119*, ma non solo) **1)** che il principio di rotazione, essendo funzionale ad assicurare un certo **avvicendamento** delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sicché la mancata episodicamente applicazione del medesimo non valga ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, quand'anche conclusa favorevolmente ad un soggetto già in precedenza invitato già affidatario del servizio; **2)** che di esso non possa comunque farsi mera invocazione per escludere un concorrente che chieda di essere invitato a partecipare ad una procedura negoziata, laddove difettino più gravi motivi, quali precedenti inadempimenti contrattuali, che ne precludano *aliunde* la partecipazione alla gara. Ciò a tutela privilegiata dei valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare (anche) il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 1599 del 2016, proposto

da: F. Mirto Impresa s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Immordino C.F. MMRGNN62A23B429H, e Giuseppe Immordino C.F. MMRGPP63P18B429G, con domicilio eletto presso il loro studio sito in Palermo, via Liberta', 171;

contro

Centrale Unica di Committenza Monreale - Altofonte, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Trovato C.F. TRVCLD67E10M088T, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo, via delle Alpi 52;

nei confronti di

Impresa Ecogestioni Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Tommaso Sciortino C.F. SCRTMS69R21G273G, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo, via M.Rutelli 38;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n.086/APT del 6.6.2016 con la quale è stato disposto di: 1) approvare il verbale di gara del 29 aprile 2016, riguardante la procedura negoziata indetta ex art.57 comma 6 del Dlgs n. 163/2006, per l'affidamento temporaneo del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, nonché, ai sensi dell'art. 12, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'aggiudicazione provvisoria ivi indicata, per l'importo complessivo di €1.434.240,00 (al netto del ribasso offerto), oltre IVA al 10 per cento; 2) dichiarare definitiva l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi in favore dell'impresa "ECOGESTIONI s.r.l.", con sede legale in Bagheria (PA) nella Via Luca Giordano n. 60, Partita IVA 05070840821, ai sensi dell'art. 11, comma 5, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; 3) dare atto che le informative di cui in narrativa, presentate ai sensi e per gli effetti dell'art. 243-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dalle imprese "F. Mirto s.r.l." e "CO.GE.SI. s.r.l.", non impediscono l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto e del termine per la proposizione di eventuali ricorsi giurisdizionali;

- della nota prot. n.9831 del 6 maggio 2016 con la quale il responsabile della CUC ha rigettato il c.d. preavviso di ricorso proposto dalla ricorrente;

- della nota, della quale si sconoscono gli estremi, con la quale la Centrale Unica di Committenza ha invitato la controinteressata a partecipare alla procedura negoziata in oggetto, nonostante attuale affidataria dell'identico servizio per effetto dell'aggiudicazione del 18/11/2015 (periodo 16/12/2015-15/03/2016);

- delle successive proroghe disposte in favore della controinteressata con determinazione dirigenziale n.075/AGT dell'8/3/2016 fino al 16/4/2016 e determinazione dirigenziale n.110/AGT dell' 8/4/2016 sino al 15/5/2016;

- del verbale di consegna del servizio sottoscritto sotto le riserve di legge sin dal 2 maggio

2016;

- di ogni altro provvedimento connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Centrale Unica di Committenza Monreale - Altofonte e di Impresa Ecogestioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con ricorso notificato in data 17 giugno 2016, e depositato il successivo 21 giugno, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, articolando la censura di: Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 comma 6° del D.Lgs. n. 163/2006 come riportato nella lettera di invito.

Sostiene parte ricorrente che, in applicazione della norma invocata, l'amministrazione resistente non avrebbe potuto invitare alla gara per cui è causa il precedente gestore del servizio né, tanto meno, aggiudicare allo stesso il relativo appalto.

Conseguentemente i provvedimenti impugnati, che hanno disatteso tali criteri, sarebbero illegittimi.

Si sono costituiti sia l'amministrazione intimata che il controinteressato che, con rispettive memorie, hanno replicato alle argomentazioni esposte in ricorso e chiesto il suo rigetto, citando giurisprudenza a sostegno delle loro tesi.

Alla camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta in seno al ricorso, il Presidente del collegio ha fatto presente che in sede di decisione, sarebbe stata valutata la possibilità di decidere la controversia con sentenza a breve.

Nulla hanno osservato in merito i procuratori presenti, ed il ricorso è stato posto in decisione.

In via preliminare il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata emessa, ai sensi dell'art.60 cod. proc. amm., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio e l'avvenuta, esaustiva, trattazione delle tematiche oggetto di giudizio; possibilità espressamente indicata alle parti, dal Presidente del Collegio, in occasione dell'adunanza camerale fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta in seno al ricorso in

epigrafe.

Il ricorso è fondato, per le ragioni che verranno esplicitate.

Il collegio è consapevole che parte della giurisprudenza che si è pronunciata sul comma 6° dell'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006 – puntualmente richiamata dai resistenti – tende a ridurre il peso del precetto ivi contenuto, ritenendo che, a fronte di una trasparente gestione della gara, non possa ritenersi preclusa la possibilità di aggiudicare l'appalto al precedente gestore del servizio che ne costituisce l'oggetto.

Ritiene tuttavia che la disposizione in esame vada interpretata in modo più rigoroso e che, comunque, la specifica vicenda per cui è causa difficilmente possa essere ricondotta ai principi dettati dalla giurisprudenza richiamata dai resistenti.

Ritiene invero il collegio che il principio di rotazione, contenuto al comma 6° dell'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006, ed espressamente riportato nella lettera di invito, inviata dall'amministrazione resistente per la gara in questione, costituisca una sorta di bilanciamento alla possibilità di esperire una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando, prevista dal medesimo art. 57.

Conseguentemente il principio da cui deriva la prescrizione della “rotazione” non è banale o secondario, e costituisce la garanzia minima affinché possa essere ritenuta compatibile con le regole di trasparenza e concorrenzialità, che presidiano il settore degli appalti pubblici, una procedura che, in sé, contiene significative deroghe all'ordinario criterio di aggiudicazione degli appalti.

Anche dalla piana lettura della norma che viene in rilievo emerge che il principio di rotazione si affianca a quello di trasparenza e di parità di trattamento, e non può essere eluso per il rispetto degli altri concorrenti principi che devono essere seguiti nella procedura che viene in rilievo.

Peraltro nella vicenda per cui è causa il principio della rotazione assume un valore ancor più pregnante a fronte del limitato numero di ditte che hanno preso parte alla selezione per cui è causa; pertanto, anche a voler seguire i più permissivi principi a cui si ispira la giurisprudenza invocata dai resistenti, difficilmente potrebbero essere ritenute rispettate le garanzie minime previste dalle norme di legge in materia.

Né la circostanza che l'avviso per l'individuazione delle ditte interessate sia stato pubblicato sull'albo pretorio costituisce motivo sufficiente per derogare al principio della “rotazione”, normativamente prescritto, sia per la limitata efficacia dello specifico strumento di pubblicità utilizzato, sia in quanto, al successivo momento dell'invio dell'invito alle ditte che avevano manifestato interesse a partecipare alla gara - momento decisivo per la valutazione dell'incidenza del principio di rotazione - l'amministrazione avrebbe dovuto considerare che il loro esiguo numero non era idoneo a consentire il pieno rispetto alle garanzie di legge.

Alla luce di quanto precisato il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, annullati i provvedimenti impugnati.

Deve inoltre essere dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata, a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, ed il subentro della ricorrente nel relativo rapporto contrattuale, a decorrere dalla medesima data.

Per quanto attiene la domanda risarcitoria articolata in ricorso deve essere precisato che, in conformità all'elaborazione dei principi giurisprudenziali in materia di risarcimento conseguente all'illegittima aggiudicazione di un appalto – principi di derivazione comunitaria – non è necessario indagare sull'elemento soggettivo dell'illecito, mentre il danno subito dalla ricorrente, per la parte di servizio non espletata, può equitativamente essere quantificato nel 5% dell'offerta presentata dalla stessa ricorrente, in ragione dei mesi nei quali il servizio oggetto dell'appalto per cui è causa è stato svolto dalla controinteressata.

Infine, in considerazione degli oscillanti indirizzi giurisprudenziali, sulla questione per cui è causa, il collegio ritiene che sussistano gli estremi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Coglioni, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Aurora Lento, Consigliere.

Pubblicata il 27/07/2016.