

Pubblicato il 12/04/2017

N. 00188/2017REG.PROV.COLL.
N. 00782/2016 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 782 del 2016, proposto da:

Ecogestioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Sciortino e Carmelo Pietro
Russo, con domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Palermo,
via Nunzio Morello, 40;

contro

Società F.Mirto S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe
Immordino, con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in
Palermo, via Libertà, 171;

nei confronti di

Comune di Monreale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Claudio Trovato, con domicilio eletto presso il suo
studio in Palermo, viale della Alpi, 52;

Centrale Unica di Committenza Monreale-Altfonte, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Sicilia, Palermo, sezione III n. 1916/2016, resa tra le parti, concernente l'appalto per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società F.Mirto S.r.l. e del Comune di Monreale;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 570/2016 con cui è stata in parte accolta la domanda cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2017 il Cons. Hadrian Simonetti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Stallone su delega di Carmelo Pietro Russo, Giuseppe Immordino e Claudio Trovato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Monreale ha avviato una procedura negoziata, senza bando, ai sensi dell'art. 57, co. 6, del d.lgs. 163/2006, per l'affidamento temporaneo del servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei rifiuti solidi urbani prodotti all'interno del territorio comunale, con contratto della durata di sei mesi.

Alla procedura hanno partecipato sei imprese tra le quali la Ecogest, precedente gestore del servizio, che è risultata aggiudicataria della procedura con determina del 6.6.2016, avendo presentato un ribasso pari al 48%.

2. Avverso l'esito della procedura ha proposto ricorso la Mirto s.r.l.

lamentando la violazione del principio di rotazione, di cui all'art. 57 del d.lgs. 163/2006 applicabile *ratione temporis*, assumendo che la Ecogest, gestore uscente, non dovesse essere invitata alla gara.

3. Il Tar ha accolto il ricorso, annullando l'aggiudicazione e dichiarando l'inefficacia del contratto e il subentro della ricorrente, nonché condannando l'amministrazione appaltante al risarcimento del danno nella misura del 5% dell'offerta presentata dalla ricorrente per i mesi nei quali il servizio era stato già svolto.

4. Con il presente appello è impugnata la sentenza dalla Ecogestioni, limitatamente al capo recante l'accoglimento della domanda di annullamento e di inefficacia del contratto, deducendo l'inammissibilità del ricorso, perché tardivo, e nel merito la sua infondatezza sul rilievo che il rispetto del principio di rotazione non si tradurrebbe in un impedimento assoluto di partecipare alla gara ovvero nella necessità di esserne esclusi.

Si è costituita in appello la Mirto s.r.l., vittoriosa in primo grado, replicando con articolata memoria difensiva.

5. Accolta la domanda cautelare ai fini della fissazione del merito, ma senza sospendere l'esecuzione della sentenza, all'udienza pubblica del 15.3.2017 la causa è passata in decisione.

6. Osserva preliminarmente il Collegio come non sia in contestazione in questa sede la condanna risarcitoria, disposta dal Tar nei confronti della stazione appaltante, che non è stata oggetto di appello, neppure in forma incidentale, e sulla quale si è quindi formato il giudicato.

7. Si osserva altresì come, in esecuzione della sentenza di primo grado, la società Mirto sia da tempo subentrata nel rapporto contrattuale, concludendo il servizio (v., in tal senso, memoria 4.3.2017, cui nulla ha replicato l'odierna appellante).

8. Sempre preliminarmente reputa il collegio che l'eccepita tardività del ricorso di primo grado, per la mancata impugnazione immediata della

determinazione del 23.3.2016 e di quella del 4.4.2016. sia da disattendere, trattandosi di atti non immediatamente lesivi.

9. Ciò premesso, si controverte sulle modalità di declinazione del principio di rotazione di cui è fatta menzione nell'art. 57, co. 6, del d.lgs. 163/2006 (ed ora anche nell'art. 63, co. 5, del d.lgs. 50/2016 non applicabile *ratione temporis*), tra i principi che debbono guidare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte nella procedura negoziata senza bando.

Di questo principio sono note al Collegio applicazioni pratiche differenti, quando non addirittura antitetiche.

Secondo una chiave più restrittiva, il principio comporterebbe l'obbligo per la stazione appaltante di non invitare il precedente affidatario dell'appalto, una volta concluso, alla nuova procedura senza gara avviata per la medesima o analoga commessa (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 2/2011 e da ultimo Tar Lombardia, Milano, IV, 1594/2016).

A questa lettura del principio di rotazione, che finisce per avere per un effetto escludente per il gestore uscente, se ne contrappone un'altra che vi scorge invece un criterio solamente relativo, comunque cedevole rispetto al principio della massima partecipazione. In questa seconda chiave, il principio di rotazione sarebbe posto a tutela dei soggetti pretermessi piuttosto che degli operatori economici invitati alla procedura negoziata (Tar Lombardia, Brescia, II, 1325/2015).

Tra queste due letture antitetiche si collocano varianti dell'una e dell'altra, ossia soluzioni mediane che, rifuggendo da rigidi automatismi quanto alla posizione del gestore uscente, provano a cercare la soluzione del problema sul piano della motivazione.

Ad una tesi tendenzialmente escludente che impone all'amministrazione di motivare le ragioni per le quale ritenga di estendere l'invito anche al gestore

uscente; se ne contrappone un'altra che, muovendo da una regola opposta di inclusione, impone, invece, di motivare la scelta di non interpellare anche il vecchio affidatario.

Così ricostruito il dibattito, il Collegio osserva come la principale ragione invocata a sostegno delle declinazioni più morbide del principio di rotazione è quella che riguarda proprio la tutela della concorrenza. Si afferma infatti che far derivare dal criterio della rotazione una regola di non candidabilità per il gestore uscente entrerebbe in rotta di collisione con i principi del Trattato.

Il ragionamento, all'apparenza suggestivo, è tuttavia controvertibile tutte le volte in cui il vecchio gestore abbia (già) beneficiato di una deroga anticoncorrenziale, aggiudicandosi un appalto al di fuori di una procedura di gara, e pretenda di continuare a sfruttare quella medesima deroga candidandosi ed aggiudicandosi anche il nuovo appalto, sempre senza gara. Quando, invece, è ragionevole che il principio di rotazione imponga che la prima deroga, al meccanismo della gara e al pieno espandersi della concorrenza, sia bilanciata da una regola di non immediata (ri)candidabilità. Una simile declinazione è la sola in grado di dare senso e sostanza (e non solo apparenza) al principio di rotazione e può, oltre tutto, avere un effetto dissuasivo nei confronti delle non infrequenti pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo.

Seppur con specifico riferimento ai contratti sotto soglia, dove parimenti il principio di rotazione era richiamato nel vecchio (art. 125) ed è presente nel nuovo codice (art. 36), giova ricordare come, da ultimo, le linee guida n. 4 dell'Anac approvate il 26.10.2016 interpretino il principio nel senso che con esso "l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente".

10. Il ragionamento, sin qui svolto in linea generale, trova conferma nel caso di specie, nel contesto di una procedura negoziata da aggiudicarsi con

il criterio del prezzo più basso, alla quale sono stati invitati un numero ridotto di imprese e dove i partecipanti ammessi sono stati alla fine solamente cinque, tra questi prevalendo la Ecogestioni che ha presentato, per ultima, l'offerta contenente il massimo ribasso.

Ebbene - in disparte gli ulteriori rilievi avanzati da controparte, laddove sottolinea come anche la volta precedente si fosse ripetuto il medesimo schema: un forte ribasso offerto dalla Ecogest alla scadenza del termine e dopo che gli altri concorrenti avevano già presentato le loro domande - il Collegio reputa che si imponesse a carico della stazione appaltante o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

In assenza di una simile motivazione e – giova ribadire – al cospetto di una procedura limitata a pochi operatori e per l'ennesima volta derogatoria ai principi della gara pubblica, la decisione del Tar merita dunque conferma, respingendosi l'appello.

10. La peculiarità della fattispecie e le oscillazioni giurisprudenziali sopra ricordate giustificano la compensazione delle spese anche del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, lo respinge, confermando la sentenza impugnata.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO