

Publicato il 16/02/2022

N. 00103/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00885/2021 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 Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 885 del 2021, proposto da:

Sicurezza e Ambiente S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfonso Erra, Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sassari, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Russo, Simonetta Pagliazzo, Maria Ida Rinaldi, Alberto Sechi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

M.P.M S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari collegiali:

- della determinazione dirigenziale del Comune di Sassari n. 2541 del 17/8/2021, di “aggiudicazione definitiva con efficacia sospesa” alla M.P.M. srl della procedura negoziata per l'affidamento in concessione “del servizio di ripristino strade post incidente”;

- della determinazione dirigenziale del Comune di Sassari n. 1106 del 26/4/2021, di *“rettifica D.D. n. 2407 del 15/8/2020, presa d'atto della manifestazione d'interesse e pubblicazione RDO su MEPA della procedura negoziata per concessione servizio ripristino post incidente”*, con la quale era stato disposto *“di non invitare alla presente procedura di gara il contraente uscente (Sicurezza e Ambiente S.p.A.)”*;
- delle DD.DD. nn. 2407/2020, 4320/2020, 851/2021 e 2025/2021 di indizione della procedura negoziata de qua;
- della lettera d'invito e del Capitolato Speciale;
- di tutti i verbali di gara;
- ove necessario e per quanto di ragione, della D.D. n. 576/2021 di attivazione dell'indagine di mercato e del successivo avviso a manifestare interesse.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sassari.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2022 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazioni dirigenziali 4 marzo 2021, n. 4320 e n. 576 il Comune di Sassari ha indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. b), del d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.l. 2020, n. 76, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di ripristino strade post incidente nel territorio comunale per due anni, con importo a base di gara stimato in euro 160.000.

A tal fine il Comune ha pubblicato sul proprio Albo pretorio informatizzato un *“Avviso esplorativo”* volto ad *“acquisire le manifestazioni di interesse di operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento in concessione”*, nel quale ha inserito la precisazione che alla gara sarebbero stati invitati, con Richiesta

di Offerta sul MEPA, soltanto i cinque operatori che, in ordine cronologico, avessero per primi manifestato il loro interesse.

A tale avviso hanno risposto sei operatori, tra i quali l'odierna ricorrente Sicurezza Ambiente S.r.l., gestore uscente del servizio, la cui manifestazione d'interesse è pervenuta per seconda in ordine di tempo.

Con determinazione dirigenziale 26 aprile 2021, n. 1106, il Comune ha stabilito di invitare alla selezione tutte le imprese che avevano manifestato interesse a eccezione della Sicurezza e Ambiente S.r.l., benché avesse inviato per seconda la propria manifestazione di interesse, alla luce del principio di rotazione di cui all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, trattandosi del gestore uscente del servizio.

Delle cinque imprese invitate, soltanto due hanno presentato offerta, la M.P.M. s.r.l. e la PISSTA GROUP S.R.L.; terminate le operazioni valutative, con determinazione dirigenziale 17 agosto 2021, n. 2541, il Comune di Sassari ha aggiudicato il servizio alla M.P.M. S.r.l.

Con il ricorso ora in esame, notificato mediante PEC a entrambe le controparti in data 22 novembre 2021, Sicurezza e Ambiente S.r.l. ha chiesto l'annullamento di tali esiti di gara, deducendo censure che saranno esaminate nella parte in diritto.

Si è costituito in giudizio il (solo) Comune di Sassari, opponendosi all'accoglimento del gravame.

Alla camera di consiglio del 15 dicembre 2021, su accordo delle parti, l'esame della controversia è stato rinviato al merito.

È seguito lo scambio di memorie difensive con cui entrambe le difese hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 9 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione nel merito.

DIRITTO

La ricorrente affida la propria domanda a due distinti profili di censura.

In primo luogo sostiene che nel caso in esame non sussistano i presupposti del principio di rotazione, avendo la stazione appaltante fatto precedere la selezione vera e propria da una manifestazione di interesse con cui si era espressamente autovincolata a invitare le cinque imprese che per prime avessero manifestato il loro interesse in ordine cronologico, in tal modo condizionando la scelta delle imprese da invitare a un criterio oggettivo e scevro da qualunque profilo di discrezionalità, per cui la procedura seguita sarebbe concretamente assimilabile a una procedura aperta, come tale non soggetta all'applicazione del principio di rotazione.

La censura è infondata.

È principio consolidato in seno alla giurisprudenza amministrativa, anche di questo Tribunale (al netto di un orientamento minoritario addirittura più rigoroso), che alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria non possa essere invitato il gestore uscente, in applicazione del generale principio di rotazione, salvo alcune evenienze eccezionali di carattere tassativo, tra le quali, per quanto ora di interesse, il fatto che l'affidamento avvenga sulla base di una procedura aperta, alla quale, come tale, la stazione appaltante consenta di partecipare a tutte le imprese interessate (vedi, *ex multis*, Consiglio di Stato Sez. V, 8 novembre 2021 n. 741; Consiglio di Stato Sez. V, 24 maggio 2021, n.3999, T.A.R. Cagliari, Sez. II, 15 febbraio 2021, 15 febbraio 2021, n. 94 e Sez. I, 22 maggio 2018, n. 492; conformi le Linee Guida ANAC n. 4, capoverso 36).

Nel caso in esame tale condizione non si è verificata, giacché la stazione appaltante aveva espressamente previsto in seno alla prodromica manifestazione di interesse che sarebbero state invitate alla gara soltanto le cinque imprese che per prime avessero manifestato il loro interesse sarebbe: si trattava, dunque, di una procedura ristretta e non aperta a tutti, come tale incapace di soddisfare il sopra descritto presupposto necessario affinché sia consentito derogare al principio di rotazione; ciò emerge plasticamente se si considera che, invitando alla selezione l'odierna ricorrente, gestore uscente, la

stazione appaltante, per rispettare il numero massimo di cinque imprese da invitare prestabilito nell'avviso di manifestazione d'interesse, avrebbe dovuto necessariamente escludere una delle cinque "nuove" partecipanti, con evidente disapplicazione del principio di rotazione.

Né assume rilievo in senso opposto la circostanza che la scelta delle cinque imprese da invitare era stata affidata a un criterio oggettivo, quale l'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse, giacché tale elemento, comunque, non rende la procedura "aperta" a tutte le imprese interessate, come richiesto perché sia possibile derogare al citato canone rotativo, il quale -oltre che a evitare possibili "rendite di posizione"- è funzionale ad "aprire il mercato" in senso più concorrenziale possibile, il che, ovviamente non si verifica se si consente di partecipare alla procedura selettiva un numero ristretto di operatori, come avvenuto nel caso ora in esame.

Con un secondo profilo di censura la ricorrente sostiene, poi, che il Comune dovesse invitarla alla gara per evitare un'eccessiva restrizione del confronto concorrenziale a causa del fatto che, formulate le richieste di offerta, solo due imprese hanno, poi, concretamente formulato offerta, a fronte del numero minimo di cinque richiesto dal Codice dei contratti pubblici.

La censura è infondata.

L'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. stabilisce testualmente che *"per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati"*.

Il tenore testuale della norma è perciò chiarissimo nel riferire il numero minimo di cinque -non già alle imprese che presentano offerta, bensì- alle imprese cui la stazione appaltante deve, a monte, rivolgere la richiesta di offerta, il che è esattamente quanto accaduto nel caso in esame; del resto non potrebbe essere diversamente, giacché, una volta ricevuto l'invito, la scelta di presentare o meno l'offerta è rimessa a una scelta autonoma dell'impresa invitata, per cui non avrebbe alcun senso riferire il numero minimo di cinque alle imprese che presentano concretamente offerta, trattandosi di un aspetto sul quale la stazione appaltante non alcuna possibilità di incidere.

Per quanto premesso il ricorso deve essere respinto, pur sussistendo giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, vista l'obiettivo particolarità della questione giuridica implicata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe proposto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE
Marco Lensi

IL SEGRETARIO

