

Pubblicato il 12/06/2019

N. 03943/2019REG.PROV.COLL.

N. 00026/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 26 del 2019,
proposto da

Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Niccoli in Roma, via
Alberico II, n. 4;

contro

Comune di Civitanova Marche, in persona del Sindaco pro tempore, non
costituito in giudizio;

nei confronti

Soccorso Stradale Capozucca s.n.c. di Capozucca Andrea e Foglia
Daniele, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita
in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per le
Marche, Sezione Prima, n. 00753/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2019 il Cons. Valerio Perotti ed udito per l'appellante l'avvocato Alfonso Erra, in dichiarata delega dell'avvocato Andrea Napolitano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con convenzione stipulata l'11 settembre 2012 il Comune di Civitanova Marche affidava in concessione alla Sicurezza e Ambiente s.p.a. "il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali [...] su tutta la rete stradale comunale".

Per l'esecuzione del servizio detta società si avvaleva, con specifico "contratto di governance", dell'impresa "Soccorso Stradale Capozucca s.n.c. di Capozucca Andrea e Foglia Daniele".

La convenzione scadeva l'11 settembre 2016.

Con nota del 29 novembre 2017 la Sicurezza e Ambiente s.p.a. sollecitava l'amministrazione al ripristino del servizio e con successiva nota del 20 aprile 2018 ad indire una procedura di gara volta all'affidamento del servizio di ripristino e bonifica del manto stradale post incidente, manifestando interesse a parteciparvi.

1.2. Con determina dirigenziale n.190 del 24 aprile 2018 il Comune deliberava "di attivare la procedura negoziata prevista per i contratti sotto soglia di importo inferiore ad euro 40.000, senza previa pubblicazione di bando di gara, onde meglio garantire i principi di libera concorrenza, non discriminazione e trasparenza previsti dall' art. 30 comma 1, del D.Lgs 50/2016", stabilendo "di invitare alla procedura negoziata i tre operatori economici di cui all'elenco depositato in atti, che verrà reso noto solo dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte".

2. In data 28 settembre 2018 la Sicurezza e Ambiente s.p.a. veniva a conoscenza dell'avvenuto svolgimento della gara, aggiudicata (con determina n. 430 del 2018) all'unico offerente dei tre invitati e cioè la Soccorso stradale Capozucca s.n.c. di Capozucca Andrea e Foglia Daniele, e con nota del 5 ottobre 2018 chiedeva al Comune l'annullamento della gara, sia in ragione del suo mancato invito (nonostante la formale dichiarazione di interesse in tal senso), sia della mancata consultazione di almeno cinque operatori economici.

2.1. L'amministrazione riscontrava negativamente l'istanza, opponendo, per un verso, l'applicabilità del cd. principio di rotazione (con conseguente divieto di invito a procedure dirette nei confronti del contraente uscente) e per altro verso l'ammissibilità dell'affidamento diretto del servizio, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici (fermo restando che nel caso di specie ne erano stati contattati tre).

Alle deduzioni della società esclusa, che contestava di essere "gestore uscente" (atteso che il precedente affidamento era venuto a scaduto l'11 settembre 2016, con conseguente formarsi di una lunga soluzione di continuità) e che evidenziava come le concrete modalità di selezione dei concorrenti avevano precluso qualsiasi confronto concorrenziale (in quanto i servizi in esame erano stati affidati all'unico offerente) il Comune confermava le proprie decisioni.

2.3. Sicurezza e Ambiente s.p.a. impugnava tali provvedimenti innanzi al Tribunale amministrativo delle Marche, deducendo l'illegittimità alla stregua di quattro motivi di censura, sostanzialmente ripropositivi delle doglianze precedentemente formulate all'amministrazione.

3. Con sentenza 3 dicembre 2018, n. 753, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto – da un lato – che l'art. 36, comma 2, lett. a) del d.lgs n. 50 del 2016 prevede l'affidamento diretto "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici" e – dall'altro – che la posizione indifferenziata della ricorrente, rispetto agli altri operatori del settore, rendeva comunque "irrilevanti le censure riguardanti la dedotta mancanza di criteri, perché anche se tali doglianze dovessero risultare fondate, l'amministrazione ha comunque il potere di fissare nuovi criteri escludenti (se intende procedere nuovamente attraverso gara) o ha comunque il potere di non stabilire alcun criterio potendo procedere all'affidamento diretto ad altra ditta".

4. Avverso la predetta decisione la Sicurezza e Ambiente s.p.a. ha interposto appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) Error in iudicando – Error in iudicando in ordine alla corretta applicazione degli artt. 32 e 36 d.lgs. 50/2016 e alla posizione differenziata dell'appellante.

2) Error in iudicando – Error in iudicando in ordine al contenuto dei provvedimenti gravati in primo grado.

Sono stati anche riproposti i motivi di ricorso non esaminati dal primo giudice, in quanto considerati irrilevanti o inammissibili, in primis quello volto a contestare la qualifica della società appellante quale “gestore uscente”, con conseguente inapplicabilità del principio di rotazione alla fattispecie in esame.

Né il Comune, né la controinteressata aggiudicataria Soccorso Stradale Capozucca s.n.c. si costituivano in giudizio.

5. All’udienza pubblica del 18 aprile 2019, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. L’appello è infondato.

6.1. Deve essere innanzitutto esaminata la censura concernente la sussistenza o meno, nel caso di specie, delle condizioni per l’operatività del cd. principio di rotazione, riproposta quale terzo motivo di appello, in ragione della sua decisività ai fini della definizione della vertenza: in effetti il provvedimento impugnato ad esso ha fatto riferimento, nel dar conto delle ragioni che hanno determinato il Comune a non invitare l’appellante alla gara.

Il motivo non è meritevole di favorevole considerazione.

6.1.1. Premesso infatti che quello in esame è un appalto sotto soglia e che la procedura su cui nello specifico si controverte non è aperta, bensì negoziata, va confermato il principio di carattere generale (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125) in virtù del quale va riconosciuta l’obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “sotto soglia”.

Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte – è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo

“aperto”, “ristretto” o “negoziato”), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

6.1.2. Pertanto, anche al fine di scoraggiare pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l’ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (recte, negoziato), l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura: per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento.

6.1.3. Nel caso di specie la stazione appaltante aveva in definitiva solo due possibilità: non invitare il gestore uscente o, in caso contrario, motivare attentamente le ragioni per le quali riteneva di non poter invece prescindere dall’invito.

La scelta di optare per la prima soluzione risulta pertanto legittima, né in favore della soluzione contraria valgono considerazioni di tutela della concorrenza: invero l’obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.

In definitiva l’impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l’affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (ex multis, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854; V, 31 agosto 2017, n. 4142).

6.1.4. E' pertanto legittima la decisione del Comune di Civitanova Marche di non invitare alla gara il gestore uscente del servizio, tale accezione riferendosi all'ultimo aggiudicatario in ordine di tempo prima dell'indizione della gara, a prescindere dal verificarsi o meno, in seguito alla scadenza del precedente affidamento e prima dell'aggiudicazione della predetta gara, di una soluzione di continuità nell'esecuzione del servizio.

Né, sotto altro profilo, come già evidenziato dal primo giudice, la posizione non qualificata ed indifferenziata del suddetto gestore uscente rispetto alla totalità degli operatori di settore lo legittimava, in punto di ricorso, a dolersi dell'ipotetica carenza di criteri oggettivi sulla cui base il Comune avrebbe proceduto a scegliere l'aggiudicatario (tanto più che, nel caso di specie, era stata presentata un'unica offerta).

7, L'appello va dunque respinto, risultando la questione esaminata totalmente assorbente, nel merito, degli ulteriori profili di doglianza dedotti dall'appellante.

Nulla va però statuito in ordine alle spese di lite, non essendosi costituite in giudizio le parti intimare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 18 aprile 2019 e 20 maggio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Valerio Perotti

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO