

Publicato il 04/11/2019

N. 12614/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04777/2019 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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4777 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Omnia srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Sicari e Bruno Nigro, con domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia;

contro

Comune di Montalto di Castro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando, Andrea Ruffini, Matteo Valente, con domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio AOR Avvocati in Roma, via Sistina, 48;

nei confronti

Maremma Etrusca scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare Costa, con

domicilio digitale PEC dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di Stefano Brenciaglia in Roma, via Nizza, 22;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

dell'atto n.243 del 5 aprile 2019, di annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto sottosoglia dei servizi di manutenzione del verde pubblico, area 1 - Montalto capoluogo, Montalto marina, aree limitrofe e zona artigianale - disposta, tramite procedura negoziata, in favore di Omnia srl, per anni 2,

dell'atto n.264 del 29 aprile 2019, di aggiudicazione in via definitiva dell'appalto predetto a Maremma Etrusca scarl, seconda classificata, impugnato con motivi aggiunti, di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con Maremma Etrusca scarl o, in subordine, subentro nello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Montalto di Castro;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Maremma Etrusca scarl;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2019 il dott. Silvio Lomazzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con atto n.243 del 5 aprile 2019 il Comune di Montalto di Castro annullava, per contrasto col principio di rotazione di cui all'art.36 del D.Lgs. n.50 del 2016, l'aggiudicazione dell'appalto sottosoglia dei servizi di manutenzione del verde pubblico, area 1 - Montalto capoluogo, Montalto marina, aree limitrofe e zona artigianale - disposta, tramite procedura negoziata, in favore di Omnia srl, per anni 2.

La Società impugnava la predetta determina, censurandola per violazione dell'art.36 del D.Lgs. n.50 del 2016, del principio di proporzionalità nonché per eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e per sviamento.

La ricorrente in particolare ha fatto presente che detto principio di rotazione non era stato disatteso, giacché il previo affidamento dell'appalto con determina n.660 del 25 ottobre 2018 era avvenuto in via temporanea, nelle more dell'espletamento della gara e dunque non poteva valere.

Veniva inoltre richiesta la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altra Ditta o, in subordine, il subentro nello stesso.

Con decreto n.2374 del 2019 era respinta la richiesta di adozione di una misura cautelare provvisoria.

Con successivo atto n.264 del 29 aprile 2019 l'Amministrazione aggiudicava in via definitiva l'appalto in questione a Maremma Etrusca scarl, seconda classificata.

Omnia srl con motivi aggiunti impugnava detto provvedimento, censurandolo per illegittimità derivata dalla presupposta determina n.243 del 5 aprile 2019.

Veniva del pari richiesta la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con Maremma Etrusca scarl o, in subordine, il subentro nello stesso.

Maremma Etrusca scarl presentava ricorso incidentale avverso l'atto di ammissione alla gara di Omnia srl (verbali nn.1, 2, 3 della procedura), deducendo la violazione dell'art.9, comma 2 della lettera d'invito, dell'art.97 Cost., del principio dell'affidamento nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, sviamento.

La controinteressata in particolare ha fatto presente che Omnia srl dichiarava di avvalersi del subappalto come previsto nel capitolato, che tuttavia la lettera di invito non permetteva l'impiego di detto istituto e che dunque, prevalendo la lettera di invito sul capitolato, l'utilizzo del subappalto non era consentito; che trattavasi sul punto di una legittima scelta discrezionale della stazione appaltante e che in ogni caso la clausola de qua non era stata impugnata; che risultava dunque violato il principio della parità di trattamento.

Con contestuale memoria veniva sostenuta altresì l'infondatezza nel merito del ricorso introduttivo.

Con altra memoria Omnia srl deduceva in rito l'irricevibilità del ricorso incidentale per tardività, ex art.120, comma 2 bis c.p.a., e nel merito l'infondatezza.

Il Comune si costituiva in giudizio per la reiezione delle impugnative, illustrandone con successiva memoria l'infondatezza; il Soggetto pubblico precisava poi in fatto di non aver stipulato il contratto con Maremma Etrusca scarl.

Con ulteriore memoria la controinteressata ribatteva all'eccezione di rito e ribadiva i propri assunti nel merito.

Seguivano le repliche di Omnia srl e Maremma Etrusca scarl.

Nell'udienza dell'8 luglio 2019 la causa veniva discussa e quindi trattenuta in decisione.

Il Collegio esamina in primo luogo, per ragioni logiche di priorità, il ricorso incidentale a carattere escludente presentato da Maremma Etrusca scarl (cfr., ex multis, TAR Toscana, III, n.748 del 2019).

Al riguardo va innanzitutto respinta l'eccezione di rito, sollevata da Omnia srl, di irricevibilità dello stesso per tardività, ex art.120, comma 2 bis c.p.a., giacchè, in disparte l'avvenuta abrogazione del suddetto disposto normativo, la norma non poteva comunque trovare applicazione nel caso di specie, non trattandosi, come visto, di "valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali" dei partecipanti alla procedura (cfr. art.120, comma 2 bis c.p.a.).

Nel merito detto ricorso incidentale appare destituito di fondamento e dunque da respingere.

Invero occorre richiamare al riguardo il combinato disposto di cui agli artt.105, comma 1 e 83, comma 8 del D.Lgs. n.50 del 2016, recanti disposizioni generali di principio, ispirate ai superiori canoni del favor participationis e della certezza dei rapporti, secondo le quali, nelle procedure di evidenza pubblica, da un lato è ammesso l'impiego del subappalto, (cfr., tra le altre, TAR Puglia, I, n.1759 del 2012), dall'altro sussiste la tassatività delle clausole di esclusione dalla gara previste per legge, con conseguente nullità delle ulteriori prescrizioni ad escludendum contemplate in bandi e lettere di invito (cfr. in ultimo, sul principio, Cons. Stato, V, n.5828 del 2019).

Ne consegue che la ricorrente non poteva in ogni caso essere esclusa dalla gara per l'utilizzo del subappalto, in primo luogo perché lo

stesso è ammesso in via legislativa, come espressione di un principio generale, prevalente su disposizioni contrastanti contenute in lettere d'invito e secondo poi perchè l'impiego di detto istituto non è di certo previsto dalla legge tra le cause di estromissione dalle procedure ad evidenza pubblica, previsione nulla, ove contenuta nella disciplina speciale di gara.

Il ricorso introduttivo di contro risulta fondato e merita pertanto accoglimento, per quanto di seguito esposto.

Va premessa invero l'applicabilità del principio di rotazione alle procedure negoziate per l'affidamento degli appalti di servizi sottosoglia, ex art.36 del D.Lgs. n.50 del 2016, volto ad assicurare la più ampia ed effettiva possibilità di partecipare anche alle imprese di dimensioni ridotte, evitando nel contempo il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (cfr., in ultimo, Cons. Stato, V, n.3943 del 2019, VI, n.3755 del 2019).

E nondimeno nel caso di specie detto principio non risulta violato, giacchè con la determina n.660 del 25 ottobre 2018 l'Amministrazione affidava lo svolgimento di detto servizio a Omnia srl, solo nelle more della definizione della procedura ordinaria di evidenza pubblica, per ragioni qualificate di urgenza, nell'approssimarsi della stagione autunnale, e per un tempo estremamente limitato al 31 dicembre 2018 (cfr. all.5 al ricorso).

Né potevano a maggior ragione essere all'uopo considerati gli analoghi affidamenti temporanei e limitati nel tempo riguardanti l'area 2 - Pescia Romana e zona industriale - (cfr. determine nn.239, 465 del 2018, docc.21, 22 atti del Comune), trattandosi all'evidenza di altra procedura, per altro servizio, in differente zona.

Ne consegue che la determina n.243 del 5 aprile 2019 va annullata.

Alla luce di quanto suesposto, risultano inoltre fondati e dunque da accogliere anche i motivi aggiunti, per illegittimità derivata dell'atto n.264 del 29 aprile 2019 - col quale l'Amministrazione aggiudicava in via definitiva l'appalto in questione a Maremma Etrusca scarl, seconda classificata - dalla presupposta determina n.243 del 5 aprile 2019, di annullamento della previa aggiudicazione a Omnia srl.

Ne discende che anche l'atto n.264 del 2019 va annullato.

In considerazione dei fatti di causa sussistono nondimeno giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso n.4777/2019 indicato in epigrafe e i motivi aggiunti al medesimo e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Respinge il ricorso incidentale.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Silvio Lomazzi, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvio Lomazzi

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO