

Pubblicato il 08/03/2017

N. 01336/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00567/2017 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 567 del 2017, proposto da:

Di Gennaro S.P.A, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto
presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Comune di Casavatore, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato William Esposito, con domicilio
eletto presso il suo studio in Casavatoe, piazza G. di Nocera/Casa
Comunale;

nei confronti di

Ricicla S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Avverso e per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia: 1) della determinazione del Comune di Casavatore n. 198 del 22.12.2016 di determinazione a contrarre e aggiudicazione alla ditta Ricicla S.r.l. del servizio di cessione onerosa di multimateriale codice CER 15.01.06 così come conosciuto solo in data 10.2.2016; 2) Ove e per quanto lesive, delle note del Comune di Casavatore prott. n. 22801, 22802 22803, 22406, 22807 del 2016, mai conosciute, così come richiamate nella determinazione n. 198/2016; 3) del mancato invito della ricorrente alla presentazione di un'offerta/preventivo ovvero della mancata consultazione della ripetuta ai fini della indagine di mercato preliminare all'affidamento diretto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Casavatore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2017 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

FATTO

Oggetto della presente controversia è la pretermissione dell'odierna ricorrente – affidataria uscente del servizio di cessione onerosa dei rifiuti CER 15.01.06 in favore del Comune di Casavatore - dal gruppo degli operatori economici consultati preliminarmente al nuovo affidamento diretto del medesimo servizio, disposto con determinazione 22.12.2016 n. 198.

DIRITTO

1.- Eccepisce preliminarmente il resistente Comune l'irricevibilità del ricorso - inviato per la notifica il 14.2.2017, ossia ben oltre il termine di 30 giorni dalla pubblicazione all'Albo Pretorio Online della stazione appaltante terminata il 7.1.2017 - in ragione della sua tardiva proposizione: affermando, all'uopo, che l'onere di pubblicazione preteso dall'art. 29 del codice dei contratti riguarda non già tutti gli atti della procedura di affidamento del servizio, ma solo gli atti di ammissione/esclusione dalla partecipazione alla gara adottati dalla stazione appaltante ex art. 80 del medesimo codice, all'esito della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, anteriormente alla valutazione delle offerte.

L'eccezione è infondata.

Dispone, invero, l'art. 29, I comma, prima parte del DLgs n. 50/2016 - per quanto qui interessa - che <<tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi..... alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi..... devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente"...>>. La norma, utilizzando peraltro la medesima terminologia di cui agli artt. 119 e 120 del DLgs n. 163/2006, è chiara nell'includere tra gli atti soggetti alla pubblicazione sul <<profilo del committente, nella sezione

"Amministrazione trasparente">> qualsiasi provvedimento indittivo di una procedura di affidamento di incarico di pubblico servizio.

2.- Analogamente infondata è anche l'ulteriore eccezione con cui parte resistente contesta l'interesse alla proposizione del ricorso: l'interesse della ricorrente, operatore del settore, va ravvisato nell'opportunità che essa avrebbe, nell'ipotesi di accoglimento del gravame e, quindi, di annullamento dell'aggiudicazione, di partecipare alla riedizione della procedura selettiva e, eventualmente, di divenirne aggiudicataria.

3.- Nel merito il ricorso è infondato.

3.1.- Con il primo motivo di gravame parte ricorrente ha censurato l'operato della stazione appaltante nella parte in cui ha omissso di includere l'odierna ricorrente nel novero degli operatori economici consultati preliminarmente al nuovo affidamento diretto.

Va anzitutto premesso che in relazione alle procedure di affidamento di servizi ai sensi dell'art. 36 del DLgs n. 50/2016, definite "semplificate", l'orientamento pressoché unanime della giurisprudenza è nel senso del riconoscimento dell'ampia discrezionalità dell'Amministrazione anche nella fase dell'individuazione delle ditte da consultare e, quindi, della negazione della sussistenza di un diritto in capo a qualsiasi operatore del settore ad essere invitato alla procedura.

Ciò precisato, va osservato che la marcata discrezionalità che connota la predetta procedura è temperata da alcuni principi, tra i quali la trasparenza (come antidoto preventivo a comportamenti arbitrari e, più in generale, alla questione "corruzione") e la rotazione (funzionale ad assicurare l'avvicendamento delle imprese affidatarie

per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo).

Ebbene, se è vero che il principio di rotazione nella procedura di cottimo fiduciario non ha una valenza precettiva assoluta nel senso di vietare alle stazioni appaltanti, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente – il combinato disposto dagli artt. 36, I comma e 30, I comma del codice degli appalti pone, infatti, sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, per cui, di primo acchito, non parrebbe sussistano ostacoli ad invitare (anche) il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale, e ciò alla stregua del criterio della massima partecipazione -, la previsione di tale principio, tuttavia, a meno di non volerne vanificare la sua valenza, privilegia indubbiamente l'affidamento a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio stesso, e ciò con l'evidente scopo di evitare la formazione di rendite di posizione e conseguire, così, un'effettiva concorrenza (che sarebbe altresì frustrata dalla posizione di vantaggio in cui si trova l'operatore uscente, a perfetta conoscenza della strutturazione del servizio da espletare): la rotazione, dunque - che nei contratti sotto soglia è la regola e non l'eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza e, per essere efficace e reale, comporta, sussistendone i presupposti (e cioè l'esistenza di diversi operatori del settore), l'esclusione dall'invito di coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare.

È vero che l'episodica, mancata applicazione del principio di rotazione non vale ex se, in linea di massima, ad inficiare gli esiti di

una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza affidatario del servizio e sia comprovato che la gara sia stata effettivamente competitiva, si sia svolta nel rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità e si sia conclusa con l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa per la stazione appaltante (cfr. TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981): ma nel caso in esame – e per ciò stesso non può farsi riferimento alla predetta fattispecie - la ricorrente non contesta una selezione aggiudicata (nel rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità) ad un precedente affidatario, ma contesta, in qualità di operatore uscente, la propria pretermissione (effettuata nel rispetto e in coerenza con il principio di rotazione) dal novero dei potenziali concorrenti. Inoltre – ed è evidente che sotto tale profilo non è invocabile la sentenza n. 788/2017 di questa sezione, atteso che il soggetto ivi ricorrente aveva svolto il servizio appaltato per un brevissimo periodo di tempo (quattro mesi) – l'odierna ricorrente risulta aver esercitato continuativamente il servizio in questione per oltre un biennio, dal mese di aprile 2014 fino all'affidamento di esso alla controinteressata.

3.2.- Puntualizzato quanto precede – e, cioè, riscontrata la legittimità della mancata convocazione della ricorrente -, le ulteriori censure sono inammissibili: il soggetto legittimamente escluso da una procedura selettiva risulta privo di legittimazione e/o carente di interesse a dedurre vizi relativi alle ulteriori fasi della procedura stessa in quanto, ancorchè i vizi fossero riconosciuti fondati, l'eventuale accoglimento del ricorso comporterebbe la ripetizione della gara, a cui la ricorrente non sarebbe comunque (legittimamente) chiamata a partecipare.

4.- Per le considerazioni che precedono, dunque, il ricorso va respinto.

Le spese possono essere compensate tra le parti, in ragione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere

Brunella Bruno, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Claudio Rovis

IL SEGRETARIO