

Pubblicato il 05/11/2019

**N. 07539/2019REG.PROV.COLL.
N. 10427/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10427 del 2018,
proposto da

Funeral Service Sabaudia s.r.l., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Mora e Michele Notarantonio,
con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Ercolani Group s.r.l.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e
difesa dall'avvocato Camillo Federico, con domicilio digitale come da PEC
tratta dai Registri di Giustizia;

Comune di Sabaudia, non costituito in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione
staccata di Latina. Sezione Prima, n. 00535/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ercolani Group s.r.l.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Perrone, su delega dell'avvocato Andrea Mora, e Romano, su delega dell'avvocato Camillo Federico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale 9 giugno 2017, n. 103, il Comune di Sabaudia indiceva una procedura negoziata *ex art.* 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento del servizio di pulizia, custodia e manutenzione del Cimitero comunale, nonché del servizio di gestione delle operazioni cimiteriali, per il periodo compreso tra il 1° maggio 2018 ed il 30 aprile 2019.

La procedura era avviata dalla pubblicazione di avviso esplorativo finalizzato alla raccolta delle manifestazioni di interesse; sette operatori economici aderivano dichiarandosi interessati.

1.1. Con determinazione 30 marzo 2018, n. 47/Q.U. il Comune di Sabaudia approvava il Capitolato prestazionale e lo schema delle lettere di invito da inviare agli operatori economici interessati; dei due servizi costituenti il contenuto dell'appalto da affidare, solo il primo veniva contabilizzato, con importo a base d'asta di € 27.000,00 oltre Iva, sul quale i concorrenti avrebbero dovuto indicare il ribasso che intendevano praticare.

Per la seconda tipologia di servizio era predisposto un piano tariffario con precisazione dell'importo per ogni singola operazione, comprensivo dei costi dell'operazione stessa e non soggetto a ribasso.

1.2. Inviata le lettere di invito, solo tre operatori presentavano offerta, tra i quali la Ercolani Group s.r.l.s. che offriva un ribasso del 18% e la Funeral Service Sabaudia s.r.l. che offriva un ribasso del 44%.

Con determinazione dirigenziale 20 aprile 2018, n. 58/Q.U. l'appalto era provvisoriamente aggiudicato alla Funeral Service Sabaudia.

1.3. Verificata la congruità dell'offerta *ex art.* 97, comma 1, d.lgs. n. 50 cit., con determinazione dirigenziale 14 maggio 2018, n. 62/Q.U., l'appalto era

definitivamente aggiudicato alla Funeral Service Sabaudia.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sezione staccata di Latina - la Ercolani Group s.r.l.s. impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva deducendo:

a) erronea valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria: la stazione appaltante non avrebbe considerato che le giustificazioni prodotte dalla Funeral Service Sabaudia in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta determinavano un'offerta economica del tutto diversa da quella originariamente proposta, addirittura con la previsione di un corrispettivo maggiore rispetto a quello (di € 27.000,00) posto a base d'asta, con la conseguenza che l'offerta dell'aggiudicataria finiva con l'essere in rialzo e non in ribasso rispetto al prezzo a base d'asta;

b) violazione dell'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: in applicazione del principio di rotazione la Funeral Service Sabaudia non sarebbe dovuta essere invitata alla gara quale gestore uscente del servizio, svolto in via continuativa dal 2011.

2.1. Il Comune di Sabaudia e la controinteressata, benché regolarmente intimati, non si costituivano in giudizio.

2.2. L'adito tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, accoglieva il ricorso e conseguentemente annullava gli atti di gara.

In particolare il tribunale riteneva fondato il secondo motivo di ricorso: la Funeral Service Sabaudia, in quanto gestore uscente del servizio, non poteva essere invitata a presentare offerta nella nuova procedura di gara, ma avrebbe dovuto "*saltare il primo affidamento successivo*"; gli atti di gara, pertanto, andavano annullati per violazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

3. Propone appello Funeral Service Sabaudia s.r.l.; nel giudizio si è costituita la Ercolani Group s.r.l.; il Comune di Sabaudia, ancora una volta regolarmente intimato, non si è costituito in giudizio. Funeral Service Sabaudia s.r.l. ha presentato memoria ex art. 73 Cod. proc. amm.

All'udienza del 18 luglio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Con il primo motivo di appello si lamenta “*Violazione di legge (art. 204 d.lgs. 50/2016) – Irricevibilità e/o improcedibilità per tardività della proposizione del ricorso*”: secondo l'appellante infatti il ricorso di primo grado sarebbe dovuto essere dichiarato irricevibile in quanto tardivamente preposto. Sostiene in particolare l'appellante che la sua partecipazione alla procedura era stata consentita dalla determinazione 30 marzo 2018, n. 47/Q.U., e nota era la circostanza che essa espletava i servizi cimiteriali sin dal 2011, per cui dalla data di pubblicazione della predetta determinazione decorreva il termine dei trenta giorni (di cui all'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016) per la proposizione del ricorso.

Il motivo è infondato.

4.1. E' principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa che l'interesse a ricorrere si sostanzia nell'utilità o nel vantaggio (materiale e morale) che il ricorrente può ricavare dall'accoglimento della domanda proposta in giudizio (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6414; V, 4 giugno 2019, n. 3753; V 22 maggio 2019, n. 3318; III, 10 aprile 2017, n. 1678; nonché molto chiaramente, Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2016, n. 3829); esso presuppone una lesione attuale e concreta alla situazione soggettiva del privato ricorrente (Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2019, n. 1636; V, 22 ottobre 2018, n. 6025; IV 20 agosto 2018, n. 4969; VI 26 luglio 2018, n. 4583).

Nel caso di una procedura per l'affidamento degli appalti pubblici, salva l'esclusione ovvero l'impugnabilità del bando nei limiti fissati dalla giurisprudenza, la lesione della sfera giuridica del concorrente è concreta ed attuale solo al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva all'altro concorrente, non potendo l'interesse individuale - che legittima la proposizione del ricorso - coincidere con l'astratta aspirazione al ripristino della legalità violata dalla stazione appaltante in uno dei degli atti interni della procedura stessa (Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 343) e dovendo, invece, ritenersi che l'utilità finale - che l'operatore intende conseguire mediante il giudizio - è pur sempre l'affidamento dell'appalto, che,

a seguito di aggiudicazione ad altri, gli è definitivamente preclusa (in tal senso, anche per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione nella vigenza del richiamato comma 2-*bis* dell'art. 120 Cod. proc. amm., Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2018, n. 4304).

4.2. Correttamente, pertanto, Ercolani Group ha atteso il provvedimento di aggiudicazione definitiva per proporre ricorso avverso gli atti della procedura di gara, ivi compresa la determinazione con la quale erano individuati gli operatori economici da invitare.

Né potrebbe trovare applicazione il termine previsto dal comma 2 -*bis* dell'art. 120 a mente del quale *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11”*.

Detto termine, infatti, è applicabile in caso di impugnazione di provvedimento di ammissione o esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, espressamente indentificato nel provvedimento assunto dalla stazione appaltante all'esito della verifica della documentazione amministrativa relativa ai requisiti di partecipazione; la determinazione dirigenziale 30 marzo 2018, n. 47/Q.U. non era un provvedimento di ammissione di operatore economico alla procedura di gara, per essersi la stazione appaltante limitata ad individuare gli operatori da invitare alla procedura di gara che avevano precedentemente manifestato il loro interesse all'affidamento del servizio, senza compiere alcun accertamento sulla documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura. La determinazione citata, pertanto, non era impugnabile ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm.. (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435; V, 3 aprile 2018 n. 2079, che, in vicende analoghe, hanno, sia pure con sfumature diverse, individuato l'oggetto dell'impugnazione nel *“provvedimento di ammissione”*).

5. Con il secondo motivo di appello si lamenta “*Violazione di legge (art. 36 d.lgs. 50/2016) – Travisamento dei fatti?*”; sostiene l’appellante che il giudice di primo grado avrebbe ritenuto sussistente la violazione del principio di rotazione senza tener conto che esso, secondo quanto chiarito dalle Linee guida A.N.A.C. n. 4, non trova applicazione qualora la stazione appaltante abbia ritenuto di procedere al (nuovo) affidamento mediante “*procedure ordinarie o comunque aperte al mercato nelle quali la stazione appaltante...non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione?*”.

Nel caso di specie - conclude l’appellante - si era verificata proprio tale situazione per aver l’amministrazione deciso di invitare ben sette soggetti operanti nel settore proprio al fine di assicurare la massima partecipazione; d’altra parte, a voler seguire il ragionamento del giudice di primo grado, il principio di rotazione sarebbe d’ostacolo al principio di concorrenza, poiché configurerebbe una causa di esclusione non prevista per uno dei concorrenti (cioè il precedente gestore).

Il motivo è infondato.

5.1. L’art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 impone espressamente alle stazioni appaltanti nell’affidamento dei contratti d’appalto sotto soglia il rispetto del “*principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti?*”.

Detto principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160 in cui, trattando proprio delle procedure negoziate previste dall’art. 36 cit. per gli appalti sotto soglia, è stato affermato: “*Contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all’amministrazione e tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell’offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall’esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell’amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione?*”);

esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

In questa ottica non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

5.2. Se è vero che l'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50 cit. rimette alle Linee guida A.N.A.C. di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e che le Linee guida n. 4 nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 prevedevano (al punto 3.6) che *“La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione”*, non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti.

Diversamente opinando, stridente ed inconciliabile sarebbe il contrasto contenuto nel medesimo paragrafo delle citate Linee Guida laddove è precisato che *“Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a*

procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento”.

In conclusione deve ragionevolmente ammettersi che il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente

6. Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello va respinto.

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

