

•

Pubblicato il 03/04/2018

N. 02079/2018REG.PROV.COLL.

N. 00293/2018 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38, 60 e 120, commi 2-bis e 6-bis, cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 293 del 2018, 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 Roberta Niccoli in Roma, via Alberico II, 4;

contro

Comune di Follonica, non costituito in giudizio;

Interventa S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Passini, Paolo De Caterini e Paolo Golini, con domicilio eletto presso lo studio Paolo De Caterini in Roma, viale Liegi, 35/B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00017/2018, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto dalla Interventa s.c.p.a. avverso i provvedimenti di ammissione dell'odierna appellante alla procedura negoziata indetta dal Comune di Follonica per l'affidamento in concessione "del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze (..) periodo anni 3".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Interventa S.C.P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Alfonso Erra, su delega dell'avvocato Andrea Napolitano, e Roberto Passini;

Rilevato che il TAR ha annullato i provvedimenti impugnati in tale sede dall'appellata Interventa s.c.p.a. per violazione del principio di rotazione, caducando quindi sia l'invito che l'ammissione al prosieguo della gara di Sicurezza e Ambiente s.p.a., in quanto gestore uscente;

Ritenuto che la determina dirigenziale n.463 del 22 giugno 2017 del Comune di Follonica prevede di dare corso ad una procedura sotto soglia comunitaria con modalità negoziata, come prevista dall'art.36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50-2016, che soggiace al rispetto del cd. principio di rotazione;

Ritenuto che tale principio è stato già ritenuto dalla giurisprudenza di questo Consiglio in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli "appalti cd. "sotto soglia", al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n.4125);

Ritenuto che tale principio è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti "sotto soglia", 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;

Ritenuto che nella fase di manifestazione di interesse non era possibile né era attuale e concreto alcun interesse della società appellata Interventa ad impugnare, con conseguente infondatezza dell'eccezione di irricevibilità e/o inammissibilità del ricorso di Interventa dinanzi al TAR;

Ritenuto che, con la pubblicazione sul profilo del Committente, in data 29.9.2017, del Verbale n.1 delle operazioni di gara del 28.9.2017, nel rispetto dei due giorni previsti dall'art. 29, comma 1, secondo periodo d.lgs. n.50-2016, comunicato via PEC alla ricorrente Interventa si è verificata la condizione prevista dall'art.120, comma 2-bis, c.p.a., il quale individua nella data di pubblicazione dell'atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, il dies a quo di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l'atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, introdotta dall'art.19 d.lgs. n. 56-2017;

Ritenuto che le disposizioni di cui all'art.172 d.lgs. n. 50-2016 prevedono espressamente che i concedenti debbano perseguire "l'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva", in ossequio

all'art.30 del medesimo d.lgs., che richiama espressamente il principio di libera concorrenza, rispetto al quale è sicuramente funzionale il principio di rotazione di cui si controverte;

Ritenuto che, in applicazione del principio di rotazione il Comune di Follonica avrebbe dovuto escludere dal proseguimento della gara il gestore uscente odierno appellante, ovvero, in alternativa, invitarlo motivando puntualmente le ragioni per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito, motivazione che in nessun modo è rintracciabile nel caso di specie;

Ritenuto, pertanto, che l'appello debba essere respinto e che le spese seguano la soccombenza;

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 6.000,00, oltre accessori di legge, in favore della parte appellata.

Ordina che la sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO

•