

Publicato il 31/08/2017

N. 04142/2017REG.PROV.COLL.  
N. 08198/2016 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 8198 del 2016, proposto da:

Due Torri soc. coop. cons., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Della Rocca, con domicilio eletto presso lo studio Studio Acdlex in Roma, via Emilio De Cavalieri, n. 11;

*contro*

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nonché Anas s.p.a. - Compartimento della viabilità per l'Abruzzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata presso i propri uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*nei confronti di*

Cogema s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA, SEZIONE I n. 00372/2016, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di sgombraneve e di supporto per la gestione della manutenzione invernale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e di Anas s.p.a. - Compartimento della viabilità per l'Abruzzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Alfonso Celotto su delega dell'avvocato Sergio Della Rocca, nonché l'avvocato dello Stato Paolo Marchini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Risulta dagli atti che l'ANAS s.p.a. aveva esperito – e successivamente aggiudicato, ex art. 125 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*) – un'indagine di mercato con invito a presentare offerte per il servizio di sgombraneve e di supporto per la gestione della manutenzione invernale in relazione alle strade statali nn.16, 81, 84 e 714.

La società Due Torri, su presupposto di essere il gestore uscente del medesimo affidamento, impugnava il suddetto affidamento al Tribunale amministrativo dell'Abruzzo, lamentando che la procedura fosse stata intrapresa in assenza dei presupposti giustificativi stabiliti dalla legge e, comunque, senza che la medesima società fosse stata invitata.

Avverso il suddetto provvedimento articolava quattro motivi di gravame, di seguito così sintetizzabili:

*Violazione dell'art. 125 comma 10 del d.lgs. n.163 del 2006 e dell'art. 330 del relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, d.P.R. n.207 del 2010 – Difetto del presupposto – Difetto di motivazione – violazione degli artt. 11ss. del d.lgs. n.163 del 2006 nonché dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenzialità e massima partecipazione.*

Ad avviso della ricorrente, la procedura intrapresa, finalizzata all'acquisizione di servizi in economia ex art. 125 d.lgs. n.163 del 2006, difettava dei presupposti di legge, mancando innanzitutto l'atto generale di predeterminazione delle fattispecie in cui l'ANAS può ricorrere alla speciale procedura semplificata, come richiesto dal comma 10 dell'art. 125 (*“ipotesi specificate in regolamenti o in atti amministrativi generali di attuazione emanati da ciascuna stazione appaltante con riguardo alle proprie specifiche esigenze, ai sensi dell'articolo 125, comma 19 del codice”*, ex art. 330 del d.P.R. n.207 del 2010).

*Violazione artt. 1 e segg. L. n.241/90 – violazione art. 97 Cost. – Violazione dell'affidamento del privato – Difetto del presupposto - Difetto di motivazione.*

L'indagine di mercato esperita dall'ANAS – in costanza di rapporto con la ricorrente – aveva ad oggetto la gestione invernale dei medesimi tratti di strada interessati da una precedente procedura di acquisizione in economia: la società ricorrente era infatti risultata aggiudicataria, a seguito di gara aperta, del servizio triennale 2014-2017, comprensivo di sgombraneve e trattamento antighiaccio su varie tratte di strade statali di competenza dell'ANAS s.p.a. - Compartimento della viabilità per l'Abruzzo, tra i quali quelli ricompresi nella procedura successivamente impugnata.

Con ciò facendo, però, l'ANAS avrebbe vanificato la precedente procedura, non essendovi del resto necessità di acquisire i servizi oggetto dell'avviso, in quanto già nella disponibilità dell'ANAS. Il che, tra l'altro, avrebbe altresì violato l'affidamento della ricorrente.

*Violazione degli artt. 1 e ss. legge n. 241 del 1990 – violazione art. 97 Cost. Violazione dell'affidamento del privato – Difetto di motivazione – sviamento di potere.*

L'ANAS esperiva la gara informale il 18 dicembre 2015 ed il successivo 24 dicembre recedeva dal primo rapporto (con la ricorrente), adducendo di aver avviato un programma di efficientamento eseguendo in amministrazione diretta i servizi in argomento, circostanza però non corrispondente al vero, posto che i servizi venivano invece affidati all'esterno;

*Violazione e falsa applicazione art. 125 d.lgs. n.163 del 2006 – Difetto di motivazione e sviamento di potere.*

In ogni caso, la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere dalla nuova procedura di gara il gestore in corso, che non era stato, in realtà, neppure invitato; la posizione soggettiva della ricorrente, invero, era ancor più qualificata rispetto a quella di un gestore “uscente”, trattandosi piuttosto del gestore “attuale” che ha subito l’interruzione del rapporto, in ragione del sopravvenuto affidamento.

Si costituiva in giudizio l’ANAS, chiedendo il rigetto del ricorso poiché infondato.

Con sentenza 9 giugno 2016, n. 372, il Tribunale amministrativo dell’Abruzzo respingeva il ricorso, rilevando come *“la Stazione appaltante non avesse alcun obbligo di invitare il gestore uscente né di motivare il mancato invito rivolto allo stesso; le imprese invitate sono state, infatti, solo tre e l’invito rivolto anche alla ricorrente, gestore uscente, avrebbe vieppiù limitato la già limitata apertura al mercato”*.

Avverso tale decisione la Due Torri soc. coop. cons. interponeva appello, deducendo con un unico ed articolato motivo di impugnazione la violazione e falsa applicazione dell’art. 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre a difetto di motivazione e sviamento di potere.

Si costituiva in giudizio l’ANAS s.p.a., controdeducendo ai rilievi di parte appellante ed insistendo per il rigetto del gravame.

All’udienza del 27 giugno 2017, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

## DIRITTO

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, ritiene il Collegio che l’appello sia fondato.

Oggetto centrale della vertenza, assorbente ogni ulteriore questione procedurale o di merito sollevata dall’appellante, è infatti la sussistenza o meno, nel caso di specie, dei presupposti di legge per l’istituto della cd. “rotazione” tipico della gestione cd. “in economia”, gestione attuabile nel caso di specie in virtù di quanto espressamente previsto dall’art. 3, lettera c) del Regolamento ANAS, che include il servizio di manutenzione ordinaria “sgombero neve” fra quelli affidabili, appunto, in economia.

Ai sensi dell'art. 125, comma 11 del d.lgs. 163 del 2006, *“Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento”*.

Il base al principio di rotazione, la stazione appaltante ha la possibilità di escludere dall'invito un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa amministrazione. In particolare, consente di escludere dall'invito coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare, così da escludere la possibilità di reiterati affidamenti al medesimo operatore, con frustrazione del principio di tutela della concorrenza.

Come evidenziato dal precedente di Cons. Stato, III, 12 settembre 2014, n. 4661, richiamato nella sentenza appellata, *“nel contesto dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici il principio della “rotazione”, imposto con riferimento alla procedura di “cottimo fiduciario”, appare concepito dal legislatore come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere sommario e “fiduciario” della scelta del contraente.*

*Ed invero, il “cottimo fiduciario” è definito dallo stesso art. 125 come «una procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque operatori economici». Nel pensiero del legislatore, dunque, il cottimo fiduciario non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata (si veda anche l'art. 3, comma 40, dello stesso codice, che contiene la definizione del termine “procedura negoziata”), quindi una scelta ampiamente discrezionale. Tale discrezionalità si esercita in (almeno) due momenti: primo, l'individuazione delle cinque ditte da “consultare”; secondo, la scelta del contraente fra le ditte consultate. La discrezionalità è temperata, ma non eliminata, da alcuni principi, quali la “trasparenza” (che implica il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri*

della scelta, etc.) e, appunto, la “rotazione” (per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo)”.

Da quanto sopra emerge la *ratio* dell’istituto, consistente nell’evitare il possibile consolidarsi di posizioni “di rendita” non concorrenziale a favore di singole imprese, scelte dalle stazioni appaltanti al di fuori delle ordinarie regole dell’evidenza pubblica: ciò vale, *in primis*, per quegli operatori economici che siano già stati destinatari di un affidamento diretto, che dunque, ben possono essere esclusi a priori dalle successive aggiudicazioni dello stesso genere, proprio per evitare il possibile formarsi di posizioni di privilegio.

In un’ottica più attenuata, il principio potrebbe applicarsi anche agli affidatari a seguito di procedure ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto convenzionale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente prorogare (se non rinnovare) il relativo rapporto al di fuori delle regole di legge.

Nel caso di specie, però, non risulta integrata alcuna delle suddette ipotesi.

Da un lato, infatti, la Due Torri soc. coop. cons. si era inizialmente assicurata la gestione del servizio di cui trattasi non a seguito di procedura di affidamento diretto, bensì all’esito di una regolare gara in procedura concorrenziale aperta.

Dall’altro, comunque, l’affidamento in favore della Due Torri soc. coop. cons. – che avrebbe dovuto avere durata triennale (2014-2017) – non era giunto a naturale scadenza, in quanto risolto unilateralmente dall’amministrazione con nota del 24 dicembre 2015 per ragioni di opportunità.

La stazione appaltante, infatti, dichiarava di voler provvedere direttamente, da quel momento in poi, all’erogazione del servizio in questione, ricorrendo a procedure in economia.

Non ricorrono dunque – nel caso di specie – i presupposti per il ricorso alla rotazione (in danno dell’odierna appellante), dal momento che questa non era

stata in precedenza destinataria di un affidamento diretto e, comunque, non aveva potuto eseguire per intero il servizio inizialmente affidatole.

In questo secondo caso, quindi, l'eventuale affidamento diretto non avrebbe comunque avuto, come possibile conseguenza, l'eventuale rinnovo *de facto* del precedente contratto alla scadenza, in violazione del generale divieto in tal senso contenuto nella normativa di settore, proprio perché il contratto a monte non era giunto a naturale scadenza (essendo anzi stato risolto dopo appena un terzo della sua durata).

Non può quindi dirsi integrata la posizione di vantaggio (anticoncorrenziale) in cui deve venirsi a trovare il precedente aggiudicatario, ai fini dell'esclusione. L'appello va dunque accolto. La particolarità delle questioni trattate e la loro sostanziale novità giustificano peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento dei provvedimenti oggetto dell'originario ricorso.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Valerio Perotti**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

# IL SEGRETARIO