

Pubblicato il 06/12/2021

N. 01052/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00685/2021 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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 685 del 2021, proposto da Società F.lli Gallo Auto di Gallo Giorgio & C. s.a.s., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Masetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via XXV Aprile 11a/3;

contro

il Comune di Celle Ligure, rappresentato e difeso dall'avvocato Isabella Della Rosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società TPL Linea s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Roberta Lanzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione del responsabile dei Servizi Turistici, Culturali, Ricreativi, Sportivi e Servizi al Cittadino 9 settembre 2021, n. 501, con cui il Comune di Celle Ligure ha affidato direttamente alla società TPL Linea s.r.l. lo svolgimento del servizio di scuolabus per l'anno scolastico 2021-2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Celle Ligure e della società TPL Linea s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2021 il dott. Angelo Vitali, e uditi per le parti i difensori Andrea Masetti, Roberta Lanzi e Anna Loviglio in sostituzione dell'avv. Isabella Della Rosa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la società Flli Gallo Auto di Gallo Giorgio & C. s.a.s. espone: - di essere azienda specializzata nel servizio di scuolabus; - di aver svolto il servizio presso il Comune di Celle Ligure per gli a.s. 2018/2019 e 2019/2020, con prolungamento per il primo trimestre dell'a.s. 2020/21 a compensazione della patita sospensione del servizio per l'ultimo trimestre dell'a.s. 2019-2021, dovuta all'emergenza COVID-19; - che, benché il contratto 10.7.2019 prevedesse la possibilità di rinnovo alle stesse condizioni per due anni, e di proroga tecnica per ulteriori sei mesi in vista dell'indizione e dell'espletamento di una nuova gara, il Comune, in affermata applicazione del principio di rotazione, con determinazione 21 dicembre 2020, n. 854 affidava direttamente il servizio, per l'ultimo semestre dell'anno scolastico 2020/2021 (primo semestre 2021, con decorrenza 7.1.2021), a TPL Linea s.r.l., società a totale capitale pubblico, partecipata nella misura dello 0,76% dallo stesso Comune di Celle Ligure.

Impugna la determinazione del responsabile dei Servizi Turistici, Culturali, Ricreativi, Sportivi e Servizi al Cittadino 9 settembre 2021, n. 501, con cui il Comune di Celle Ligure ha nuovamente appaltato, sempre con affidamento diretto e sempre al gestore uscente TPL Linea s.r.l., lo svolgimento del servizio di scuolabus per l'intero anno scolastico 2021-2022.

A sostegno del gravame ha dedotto tre motivi di ricorso, come segue.

1. Illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere. Violazione dell'art. 1, comma 2, del D.L. 76/2020, c.c.m. con L. 120/2020, come modificato dall'art. 51 del D.L. 77/2021, c.c.m. con L. 108/2021. Violazione dell'art. 36, commi 1 e 2, del D.LGS. 50/2016. Violazione delle linee guida ANAC n. 4 approvate dal consiglio della predetta Autorità con delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 ed in particolare del disposto di cui ai punti 3.6 e 3.7 delle linee guida medesime. Violazione dell'art. 97 Cost.. Violazione del principio di rotazione e dei più generali principi in materia di procedure concorsuali e di imparzialità, di non discriminazione, di parità di trattamento e *favor participationis*. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di presupposti, travisamento del fatto, contraddittorietà estrinseca con proprio precedente provvedimento, illogicità, irragionevolezza e difetto di motivazione.

Lamenta la violazione del principio pro-competitivo di rotazione, che presiede agli affidamenti diretti e costituisce il necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere quali operatori economici invitare in caso di procedura negoziata (cita a conforto Cons. di St., V, 17.3.2021, n. 2292).

2. Illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere. Violazione dell'art. 1, comma 2 del D.L. 76/2020, c.c.m. con L. 120/2020, come modificato dall'art. 51 del D.L. 77/2021, c.c.m. con L. 108/2021. Violazione degli artt. 35 e 36 del D. LGS. 50/2016. Violazione dell'art. 51 del D.LGS. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost.. Violazione dei principi in materia di procedure concorsuali e di imparzialità, di non discriminazione, di parità di trattamento e *favor participationis*. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di presupposti, travisamento del fatto, contraddittorietà estrinseca con proprio precedente provvedimento, illogicità, irragionevolezza e difetto di motivazione.

Osserva che, sommando gli importi degli affidamenti – diretti e consecutivi - per l'ultimo semestre dell'a.s. 2020/21 (€ 100.000,00) e per l'a.s. 2021/22 (€

130.000,00), risulterebbe superata ed elusa la soglia (€ 139.000,00) entro la quale soltanto sono ammessi affidamenti diretti di appalti di servizi.

3. Illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere. Violazione dell'art. 1, comma 2 del D.L. 76/2020, c.c.m. con L. 120/2020, come modificato dall'art. 51 del D.L. 77/2021, c.c.m. con L. 108/2021. Violazione degli artt. 35 e 36 del D.LGS 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost.. Violazione dei principi in materia di procedure concorsuali e di imparzialità, di non discriminazione, di parità di trattamento e *favor participationis*. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di presupposti, travisamento del fatto, contraddittorietà estrinseca con proprio precedente provvedimento, illogicità, irragionevolezza e difetto di motivazione.

Il rinnovato affidamento del servizio a TPL, effettuato per un corrispettivo contrattuale di € 130.000,00 annui con l'utilizzo di tre mezzi, a fronte di un corrispettivo annuo di € 120.500,00 per quattro mezzi prestato nel recente passato dalla ricorrente, sarebbe oltremodo illogico ed anomalo.

Con ordinanza 21.10.2021, n. 288 la sezione ha fissato l'udienza pubblica di discussione del ricorso ex art. 120 comma 6 c.p.a..

Si sono quindi costituiti in giudizio il Comune di Celle Ligure e la società controinteressata TPL Linea s.r.l., controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

In particolare, entrambe le parti resistenti osservano che la ricorrente ha svolto il servizio, consecutivamente, per due anni scolastici e per il primo trimestre dell'a.s. 2020/2021, mentre TPL ha soltanto concluso l'anno scolastico, risultando affidataria per i soli sei mesi residui: dunque, poiché il servizio di trasporto scolastico ha una durata naturale pari all'anno scolastico, di gran lunga superiore rispetto all'affidamento effettuato nei confronti di TPL, quest'ultima non potrebbe essere considerata come "operatore uscente", da individuarsi semmai proprio nella società F.lli Gallo Auto.

Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2021 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Il ricorso è fondato e va accolto.

Giova riportare la disposizione ai sensi della quale è stato affidato il servizio, e cioè l'art. 1 comma 2 lett. a) del D.L. 16.7.2020, n. 76, a mente del quale “[...] *le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione*”.

Si tratta di una disciplina dettata specificamente per il periodo emergenziale (così la rubrica dell'articolo) connesso alla pandemia da Covid-19, che nondimeno, nel periodo finale, ribadisce la cogenza (“*comunque nel rispetto*”) del principio di rotazione previsto in via ordinaria per gli affidamenti dei contratti sotto soglia (art. 36 comma 2 lett. b del D. Lgs. n. 50/2016).

Ciò posto, osserva il collegio come, secondo una costante giurisprudenza, la rotazione costituisca un riferimento normativo “inviolabile” del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente (così, da ultimo, Cons. di St., V, 17.3.2021, n. 2292, e tutta la giurisprudenza ivi citata).

Più in particolare, è stato a più riprese chiarito che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all'affidamento

“immediatamente precedente” a quello di cui si tratti (Cons. di St., V, 27.4.2020, n. 2655; T.A.R. Calabria, I, 11.3.2021, n. 531), e che *“non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata”* (Cons. di St., V, n. 2292/2021, § 4.2.9; id., 2.7.2020, n. 4252; id., 27.4.2020, n. 2655, ove la precisazione che il principio di rotazione è inapplicabile soltanto nel caso di *“sostanziale alterità qualitativa”*, ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell'attuale affidamento).

Nel caso di specie, è indubbio che l'affidamento immediatamente precedente del medesimo servizio di trasporto scolastico (ultimo semestre dell'a.s. 2020/2021) fosse in capo alla società T.P.L. Linea s.r.l., senza che la durata limitata nel tempo - un semestre, anziché l'intero anno scolastico - valga a differenziarlo, dal punto di vista qualitativo, da quello oggetto di impugnativa (a.s. 2021/2022).

Né la mancata consultazione dell'impresa F.lli Gallo Auto può giustificarsi con le asserite irregolarità e gli inadempimenti contestati nel vigore del precedente contratto, vuoi perché di essi non v'è alcuna traccia nel provvedimento impugnato, vuoi, soprattutto, perché la causa di esclusione connessa all'assenza del possesso dei requisiti di affidabilità professionale di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-ter (concernente l'operatore economico che *“abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”*) dev'essere valutata nei confronti dei *“partecipanti”* alla procedura negoziata, non già - a monte - nella fase iniziale di individuazione dei soggetti da invitare.

In buona sostanza, per un verso il principio di rotazione imponeva a T.P.L. Linea di *“saltare”* il prossimo affidamento diretto; per altro verso, tenuto

conto che la disciplina ordinaria in materia di procedure negoziate per l'affidamento di servizi sotto soglia impone l'interpello di almeno cinque operatori economici (art. 36 comma 2 lett. b D. Lgs. n. 50/2016), nulla impediva al Comune di Celle Ligure di interpellare anche la ditta Gallo – operatore del settore diverso dal gestore uscente - invitandola a presentare offerta, salva, in caso di aggiudicazione, la valutazione dei precedenti professionali, che richiede però una specifica motivazione con riferimento alla gravità delle violazioni contestate.

In accoglimento del primo motivo di ricorso, dev'essere dunque annullata la determinazione dirigenziale 9 settembre 2021, n. 501, per violazione del principio di rotazione.

All'annullamento della aggiudicazione consegue la dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a..

Non ricorrono, infatti, i casi di gravi violazioni di cui all'art. 121 comma 1 lett. b) c.p.a., in quanto l'aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando, ma pur sempre nell'ambito dei casi consentiti dall'art. 1 comma 2 lett. a) del D.L. 16.7.2020, n. 76 (appalti di servizi di importo inferiore a 139.000 euro, al netto dell'IVA).

La rilevata violazione del principio di rotazione ricade piuttosto negli altri casi di cui all'art. 122 c.p.a., che rimette al giudice di stabilire se dichiarare inefficace il contratto, *“fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

Nel caso di specie, il vizio riscontrato impone l'indizione di una nuova procedura di affidamento, l'individuazione e le modalità della quale sono rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione, fermo soltanto, in caso di scelta per l'affidamento diretto e senza gara, il rispetto del principio di

rotazione, con il conseguente divieto di assegnazione del servizio al gestore uscente T.P.L. Linea s.r.l..

Non ricorrono invece, ad avviso del collegio, esigenze “imperative” che impongano il mantenimento del contratto stipulato con T.P.L., ben potendo i residui obblighi contrattuali essere rispettati da un altro soggetto, diverso dall’attuale esecutore, come del resto è già accaduto nell’a.s. 2020/2021, in cui si sono avvicendati i due operatori.

Pertanto, l’inefficacia del contratto può essere dichiarata con decorrenza dal 31.12.2021, così da permettere che l’avvicendamento con il nuovo operatore - da individuarsi a cura dell’amministrazione comunale - avvenga durante la pausa natalizia.

In considerazione del fatto che la domanda di risarcimento del danno per equivalente da perdita di chance è stata formulata in via subordinata, soltanto per l’eventualità che non fosse disposta l’inefficacia del contratto, non vi è luogo a provvedere sulla stessa.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto:

annulla il provvedimento del Comune di Celle Ligure 9 settembre 2021, n. 501, di affidamento diretto alla società TPL Linea s.r.l. dello svolgimento del servizio di scuolabus per l’anno scolastico 2021-22;

dichiara l’inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Celle Ligure e la società TPL Linea s.r.l. per lo svolgimento del servizio di scuolabus per l’anno scolastico 2021-22, con decorrenza dal 31.12.2021;

condanna il Comune di Celle Ligure e la società TPL Linea s.r.l., in solido, al pagamento in favore della società ricorrente delle spese di giudizio, che liquida

in € 4.000,00 (quattromila), oltre spese generali, IVA e CPA, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Liliana Felletti, Referendario

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO