

N. 00179/2015 REG.PROV.COLL.

N. 03365/2014 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3365 del 2014, proposto
da:

Impresa Edile Cimiteriale Faccendini Natalia S.r.l.,
rappresentata e difesa dall'avv. Joseph Brigandi', con domicilio
eletto presso il suo studio in Milano, Via Boccaccio, 19;

contro

Comune di Arluno, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Andrea Piscopo, con
domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del Tribunale;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 17459 del 4.12.2014, con il quale il
Comune di Arluno ha comunicato alla ricorrente la non
ammissione alla procedura di gara per l'affidamento dei servizi

cimiteriali per il biennio 2015/2016, ed ove occorra, del provvedimento prot. n. 719 del 20.11.2014, con il quale il Comune di Arluno ha omesso di invitare alla procedura di selezione anche l'impresa ricorrente, del provvedimento con il quale il Comune di Arluno ha individuato le imprese da invitare alla procedura di selezione, nella parte in cui non ha incluso la ricorrente, del Regolamento comunale per i lavori, le forniture e i servizi in economia approvato con delibera c.c. n. 60 del 29.11.2007, ed in particolare, dell'art. 13, qualora possa essere interpretato nel senso di escludere la ricorrente dal novero delle imprese che avrebbero dovuto essere invitate alla procedura de qua, nonché di ogni altro provvedimento, anche non noto, preordinato, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Arluno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2014 il dott. Mauro Gatti 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

Il Comune di Arluno, in vista della scadenza del contratto a suo tempo stipulato con l'impresa Boldini Giacomo S.a.s., fissata al 31.12.2014, ha pubblicato, dal 29.10.14 al 7.11.14, sul proprio

sito internet, un “avviso esplorativo”, al fine di acquisire manifestazioni di interesse da parte delle Ditte attive nel settore dei servizi cimiteriali, a cui ha risposto, nei termini, solo la predetta affidataria.

Con determina n. 719 del 20.11.2014 la stazione appaltante ha formalmente indetto la procedura per l'individuazione del contraente cui affidare il predetto servizio per il periodo 2015/2017, per un importo di Euro 54.520,00, individuando contestualmente le cinque concorrenti che vi sarebbero state invitate, prevedendo che le relative offerte avrebbero dovuto pervenire entro il giorno 5.12.2014.

La ricorrente, che non è stata individuata dalla stazione appaltante tra dette concorrenti, ha tuttavia richiesto di poter partecipare alla selezione di che trattasi, con istanza inoltrata a mezzo posta elettronica certificata in data 28.11.14, e protocollata presso l'Ente Locale in data 1.12.2014, tuttavia riscontrata negativamente con il provvedimento impugnato.

Il Comune resistente si è costituito nel presente giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Alla camera di consiglio del 19.12.14 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di

giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppositive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità.

Il ricorso è fondato, essendosi la stazione appaltante illegittimamente determinata a non invitare la ricorrente, pur a fronte di una sua formale istanza, ed in assenza di ulteriori disposizioni contenute nella *lex specialis*, disciplinanti la partecipazione al cottimo fiduciario impugnato nel presente giudizio.

I) Secondo la stazione appaltante, in primo luogo, la ricorrente ha tardivamente manifestato il proprio interesse alla partecipazione, ciò che avrebbe invece dovuto avere luogo entro il 7.11.2014, come detto, data di scadenza dell'avviso esplorativo, propedeutico allo svolgimento della vera e propria procedura di scelta del contraente.

Osserva tuttavia il Collegio che l'argomento è manifestamente infondato, come desumibile dalla stessa ricostruzione dei fatti formulata dalla stazione appaltante, la quale riferisce di aver invitato al cottimo fiduciario anche Ditte che, al pari dell'attuale ricorrente, non avevano avanzato alcuna domanda di partecipazione entro il 7.11.14, termine entro cui, come detto, solo una interessata aveva risposto. Inoltre, né il predetto avviso esplorativo, né alcun altro atto, subordinavano la partecipazione al cottimo fiduciario alla presentazione di una precedente istanza di partecipazione a detto avviso, da cui consegue, ulteriormente, l'arbitrarietà della decisione della stazione appaltante, adottata *ex post*, di introdurre siffatto

vincolo, come detto, in danno della sola ricorrente, e non di altre Ditte che si trovavano nella medesima situazione.

II) Sotto altro profilo, la stazione appaltante afferma che la ricorrente non avrebbe dovuto essere invitata poiché, in applicazione del principio di rotazione, avendo la stessa gestito il servizio di che trattasi fino al 31.3.2013, si sarebbe reso necessario “interrompere una sorta di esclusività nel servizio a favore di un’unica Ditta”.

Osserva il Collegio che, in primo luogo, la stazione appaltante ha escluso dalla procedura la ricorrente, in quanto affidataria del servizio di che trattasi in passato, avendovi invece ammesso l’impresa che lo gestisce attualmente, da cui consegue, di per sé, la palese irragionevolezza di un tale *modus operandi*. In ogni caso, il principio di rotazione di cui all’art. 125 D.Lgs. n. 163/06, posto a fondamento del provvedimento impugnato, ed in assenza di criteri prefissati dalla *lex specialis*, non può essere invocato per escludere dal cottimo fiduciario i concorrenti che inoltrino una domanda per esservi invitati (T.A.R. Molise, Sez. I, 17.4.2014 n. 269), ciò che comporta una lesione dei principi fondamentali del Trattato, applicabili anche agli appalti “sotto soglia” (C.S., Sez. VI, 4.10.2013 n. 4902), non esistendo infatti alcuna norma che faccia divieto ad un’impresa non invitata di partecipare ad una procedura negoziata (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 27.2.2014 n. 347). La *ratio* del predetto principio di rotazione è in realtà a favore della concorrenza, obbligando la stazione appaltante ad invitare almeno cinque concorrenti, ben potendo evidentemente la platea dei partecipanti essere anche più ampia,

purché non sistematicamente limitata soltanto ai medesimi, il cui ambito, una volta rispettato il principio di rotazione nella misura ivi indicata, può anche essere costituito da imprese che hanno partecipato alla medesima procedura in occasione di precedenti affidamenti.

In conclusione, il ricorso va accolto, limitatamente ai provvedimenti di mancata ammissione dell'attuale ricorrente, non dovendosi invece dare luogo all'annullamento delle norme regolamentari impugnate, che non sono state concretamente applicate dalla stazione appaltante.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla i provvedimenti in epigrafe impugnati, nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Arluno al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, equitativamente liquidate in Euro 2.000,00, oltre agli oneri di legge ed al rimborso del contributo unificato in favore della stessa.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)