

Pubblicato il 02/07/2020

N. 04252/2020REG.PROV.COLL.

N. 09869/2019 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 9869 del 2019,  
proposto da  
Società Agricola Maremma Etrusca soc. coop.va a r.l., in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare Costa, con  
domicilio digitale p.e.c. tratto da registri di giustizia;

***contro***

Omnia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dagli avvocati Bruno Nigro e Giovanni Sicari, con domicilio digitale p.e.c. da  
registri di giustizia;

***nei confronti***

Comune di Montalto di Castro, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sede di Roma  
(sezione seconda), n. 12614/2019, resa tra le parti, concernente la procedura

negoziata indetta dal Comune di Montalto di Castro per l'affidamento in appalto del servizio manutenzione del verde pubblico per la macro area 1) (Montalto capoluogo – Montalto Marina – aree limitrofe e zona artigianale);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 20 dicembre 2019, n. 6354;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 4 giugno 2020, tenutasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), il consigliere Fabio Franconiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sede di Roma, integrato da motivi aggiunti, la Omnia s.r.l., che aveva partecipato alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, indetta dal Comune di Montalto di Castro (con determinazione a contrarre n. 1874 del 14 agosto 2018) per l'affidamento in appalto del servizio manutenzione del verde pubblico per la «*Macro Area 1) Montalto capoluogo – Montalto Marina – aree limitrofe e zona artigianale*», risultando destinataria della proposta di aggiudicazione, impugnava il successivo annullamento d'ufficio di tale provvedimento, adottato dall'amministrazione comunale per supposta violazione del principio di rotazione (determinazione n. 243 del 5 aprile 2019). Con motivi aggiunti la medesima Omnia impugnava l'aggiudicazione conseguentemente disposta a favore della concorrente

successivamente classificata Società Agricola Maremma Etrusca soc. coop.va a r.l. (determinazione n. 264 del 29 aprile 2019).

2. L'impugnazione era accolta con la sentenza in epigrafe

3. Respinto il ricorso incidentale dell'aggiudicataria, con cui si era dedotto che la Omnia aveva violato il divieto di subappalto stabilito dalla lettera di invito, era invece accolto il motivo proposto dalla stessa società in via principale contro l'annullamento d'ufficio della proposta di aggiudicazione in proprio favore, e diretto a contestare che nella partecipazione alla procedura di gara impugnata si fosse determinata una violazione del principio di rotazione, invece ipotizzato dal Comune di Montalto di Castro (e suffragato da un parere legale appositamente acquisito) per il fatto che la ricorrente principale era stata precedentemente affidataria del medesimo servizio di manutenzione del verde pubblico nelle more della procedura di gara e, inoltre, con altri atti di affidamento, dell'analogo servizio per *«l'area 2 - Pescia Romana e zona industriale»*.

4. Per la riforma della sentenza di primo grado ha proposto appello Società Agricola Maremma Etrusca. La controinteressata censura entrambe le statuizioni di cui si compone tale pronuncia.

5. Si è costituita in resistenza all'appello l'originaria ricorrente Omnia.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la società cooperativa Maremma Etrusca ripropone il motivo del proprio ricorso incidentale diretto a sostenere che la Omnia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione del divieto di subappalto previsto dalla normativa di gara ed in particolare dall'art. 9 della lettera di invito, che la medesima appellante assume prevalente sulla contraria disposizione del capitolato speciale d'appalto (art. 9), e a sua volta conforme ad una facoltà di divieto di subappalto consentita in base all'art. 105 del codice dei contratti pubblici. Secondo la Maremma Etrusca la sentenza avrebbe invece errato

nel ritenere che il divieto di subappalto violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 83, comma 8, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Il motivo è infondato (e cioè consente di soprassedere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità riproposta dalla Omnia).

3. Può convenirsi con l'appellante in ordine al fatto che il principio di tassatività delle cause di esclusione richiamato dalla sentenza di primo grado non è pertinente al caso di specie, poiché esso si riferisce agli adempimenti formali posti dalla normativa di gara in (non consentita) aggiunta a quelli di legge a carico degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici (si rinvia al riguardo a Cons. Stato, III, 7 luglio 2017, n. 3352; V, 23 agosto 2019, n. 5828). Nondimeno, in presenza di una facoltà di subappalto da un lato vietata dalla lettera di invito ma dall'altro lato consentita dal capitolato speciale d'appalto si genera una situazione di ambiguità derivante dalle modalità con cui la normativa di gara è stata confezionata che non può essere fatta ricadere sull'operatore ad essa partecipante con la sua esclusione, ma al più con il divieto della facoltà di subappalto. La partecipazione alla gara del concorrente deve invece ritenersi consentita anche in presenza di una dichiarazione di subappalto vietata, se il medesimo sia in proprio qualificato per l'esecuzione del servizio, profilo in ordine al quale l'appellante non deduce alcunché.

4. Con il secondo motivo la società cooperativa Maremma Etrusca censura la sentenza per avere ritenuto che l'invito alla gara della Omnia non violasse il principio di rotazione ex art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, sul presupposto che i servizi di manutenzione del verde urbano precedentemente svolti da quest'ultima sarebbero consistiti in affidamenti temporanei attribuiti dal Comune di Montalto di Castro nelle more della definizione della procedura di gara oggetto del presente giudizio e, in altri casi, relativi a differenti zone comunali. Secondo

l'appellante il principio di rotazione è di applicazione generalizzata, a prescindere dalle caratteristiche dei precedenti affidamenti, e l'amministrazione avrebbe pertanto dovuto motivare in modo espresso il nuovo invito a favore del proprio affidatario.

5. Il motivo è fondato.

6. La giurisprudenza afferma in modo costante (da ultimo: Cons. Stato, V, 27 aprile 2020, n. 2655, 5 novembre 2019, n. 7539, 12 giugno 2019, n. 3943) che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione. La stessa giurisprudenza precisa che invece non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere inviato a concorrere per il affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata.

7. Contrariamente a quanto affermato dalla sentenza appellata non è quindi dirimente il fatto che la Omnia abbia svolto il servizio di manutenzione del verde pubblico oggetto della procedura di affidamento impugnata nel presente giudizio per il tempo necessario alla definizione di quest'ultima (in virtù della determinazione del 25 ottobre 2018, n. 660). Inoltre, il principio di rotazione risulta ulteriormente violato per avere la stessa Omnia svolto lo stesso servizio non solo per l'area 1 («*Montalto capoluogo – Montalto Marina – aree limitrofe e zona artigianale*»), ma anche per un'area diversa in cui è stato suddiviso il territorio del

Comune di Montalto di Castro, ovvero l'area 2 «*Pescia Romana e zona industriale*» (in virtù di determinazioni nn. 239 del 20 aprile 2018 e 465 del 25 ottobre 2018).

Le opposte deduzioni difensive della controinteressata al riguardo, tese a sottolineare le «*caratteristiche molto differenti*» dal punto di vista agronomico delle due aree, si infrangono contro l'inoppugnabile dato dell'obiettivo identità del servizio, destinato ad essere svolto con la stessa organizzazione produttiva di mezzi materiali e personali, e la stessa capacità tecnica maturata, pur nella contingente diversità dalle caratteristiche delle lavorazioni richieste in relazione alle caratteristiche delle aree verdi da mantenere.

8. A fronte delle descritte circostanze sarebbe pertanto stato onere dell'amministrazione comunale indicare le ragioni per cui il principio di rotazione non poteva nel caso di specie essere osservato, a causa della ristrettezza *ab origine* degli operatori economici del settore, in linea con l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato. All'onere di motivazione richiesto dal principio sancito dal citato art. 36, comma 1, del codice dei contratti pubblici la stessa amministrazione si è invece sottratta, dal momento che la determinazione a contrarre n. 1874 del 14 agosto 2018, sopra menzionata, con cui è stata indetta la procedura negoziata, non reca alcuna precisazione al riguardo.

9. In accoglimento dell'appello, nei termini sopra esposti, della società cooperativa Maremma Etrusca ed in riforma della sentenza di primo grado il ricorso della Omnia va dunque respinto.

Per l'effetto va anche dato atto che l'affidamento a quest'ultima del servizio in contestazione nel presente giudizio, disposto dal Comune di Montalto di Castro con determinazione n. 3 del 10 gennaio 2020, in esecuzione della sentenza di primo grado, non sospesa da questa Sezione con l'ordinanza cautelare in epigrafe del 20 dicembre 2019, n. 6354, deve intendersi automaticamente caducato, con la contestuale reviviscenza dell'aggiudicazione in origine disposta a favore

dell'odierna appellante. Non vi è pertanto luogo a provvedere alla domanda di quest'ultima di subentro nel medesimo affidamento disposto in mera esecuzione della pronuncia di primo grado qui riformata.

10. La natura delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi espressi in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso della Omnia s.r.l.;

compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio ex art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, del giorno 4 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Fabio Franconiero**

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

IL SEGRETARIO