

N. 04125/2017REG.PROV.COLL.
N. 02576/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2576 del 2017, proposto dalla s.p.a. Supermatic, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ivan Marrone e Dario Rigacci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ivan Marrone in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

La s.r.l. CDA Vending, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Paoletti in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, n. 118;

nei confronti di

Il Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca – Convitto Nazionale 'Cicognini' di Prato, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sez. II, n. 454 del 2017;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.r.l. CDA Vending e del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – Convitto Nazionale 'Cicognini' di Prato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti l'avvocato Ivan Marrone, l'avvocato Matteo Spatocco e l'avvocato dello Stato Maria Pia Camassa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.– Il Convitto nazionale 'Cicognini' di Prato, con determina a contrarre 30 giugno 2016, ha indetto una procedura di gara per l'affidamento triennale «della concessione del servizio di erogazione di bevande fredde, calde, snack/merende, mediante distributori automatici».

All'esito delle operazioni di gara – alla quale erano stati invitati a partecipare sette concorrenti, ma solo tre presentavano l'offerta – la concessione è stata aggiudicata alla s.p.a. Supermatic, precedente gestore del servizio, la quale aveva offerto prezzi inferiori del 50% rispetto ad altre due sole concorrenti ed un contributo di oltre € 17.000 (più del triplo di quanto offerto dalla seconda classificata).

1.1.– La s.r.l. CDA Vending – classificatasi al secondo posto della graduatoria – ha impugnato l'atto di aggiudicazione n. 6673 del 25 novembre 2016, nonché tutti gli atti di gara ad essa connessi e presupposti, lamentando la violazione - dell'art. 36

del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle linee guida n. 4 dell'ANAC, in relazione al principio di rotazione; - degli artt. 97 e 164 del d.lgs. n. 50 del 2016; - dell'art. 167 del d.lgs. n. 50 del 2016; del principio di trasparenza, in quanto l'apertura delle buste recanti l'offerta era avvenuta in seduta riservata.

L'istante chiedeva altresì la tutela risarcitoria in forma specifica mediante aggiudicazione della procedura in suo favore o subentro nel contratto eventualmente stipulato.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, con sentenza n. 454 del 2017, ha accolto il primo motivo di ricorso, concernente la violazione del principio di rotazione, essendo l'aggiudicataria la precedente concessionaria del servizio. Le restanti censure sono state dichiarate assorbite, stante la necessità di procedere alla rinnovazione della gara a partire dalla presentazione degli inviti. La domanda di subentro è stata conseguentemente respinta.

3.- Avverso la predetta sentenza, la s.p.a. Supermatic ha proposto appello, chiedendo in sua riforma il rigetto del ricorso di primo grado.

L'appellante, in particolare, lamenta: - il mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di legittimazione e di interesse del ricorrente; - nel merito, la distorta applicazione del principio di rotazione, il quale si sarebbe potuto ipotizzare solo qualora fossero stati previamente individuati gli aspiranti concorrenti e l'ente concedente avesse inteso invitare alla gara un numero di operatori inferiore a quello degli aspiranti concorrenti; - l'erroneità della sentenza per mancata remissione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità dell'art. 36, comma 2, lettera *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016 per violazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione; - l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 34, comma 2, del c.p.a.

3.1.- Dopo la proposizione dell'appello principale è stato notificato un primo appello incidentale da parte della stazione appaltante, la quale, con motivi

complementari a quelli formulati dall'appellante principale, conclude anch'essa per la riforma della sentenza impugnata e per la reiezione del ricorso di primo grado.

3.2.– La s.r.l. CDA Vending ha proposto a sua volta appello incidentale avverso la sentenza, censurando l'erroneità della statuizione del giudice di prime cure nella parte in cui ha lasciato insoddisfatto il suo interesse primario a conseguire l'aggiudicazione, e riproponendo le altre censure dichiarate assorbite (segnatamente, essa si duole del fatto che: l'offerta della Supermatic, poiché non produttiva di alcun utile, era anomala; il bando di gara non indicava alcun valore della concessione; l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica si era svolta in seduta riservata; il bando di gara non prevedeva la presentazione da parte dei concorrenti del piano economico finanziario).

4.– All'esito dell'udienza del 6 luglio 2017, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

5.– L'appello principale della s.p.a. Supermatic e quello incidentale del MIUR devono essere integralmente respinti.

5.1.– L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto «del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese».

La disposizione, in particolare, attribuisce alle stazioni il potere di avvalersi delle procedure ordinarie per gli affidamenti in esame ovvero di procedere secondo le seguenti modalità: «b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di

mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti».

5.2.– Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nella esigenza 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. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4).

5.3.– Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, l'art. 164, 2 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36), sulla base di una valutazione di compatibilità.

Del resto, anche nell'art. 30, 1 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione.

5.4.– Deve quindi concludersi che, anche nel caso di specie, si imponesse a carico della stazione appaltante la seguente alternativa: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

6.– In ragione dell'ampia premessa svolta, non può accogliersi il primo motivo di gravame, con il quale l'appellante principale lamenta l'erroneità della sentenza per mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di legittimazione e di interesse del ricorrente.

L'appellante principale ha dedotto che il principio di rotazione potrebbe essere fatto valere solo dagli operatori economici pretermessi e non da chi ha partecipato alla gara, risultandone non vincitore.

La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti – il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore – amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione.

7.– Poiché il principio di rotazione fa divieto – salvo motivate eccezioni – di invitare il gestore uscente in occasione del primo affidamento della concessione, è infondato anche il secondo motivo di appello, secondo cui il medesimo principio sarebbe inoperante in mancanza di un indagine di mercato. Del resto, come affermato dai giudici di prime cure, l'invito ad un numero di operatori economici (sette) maggiore di quello minimo (cinque) previsto dall'art. 36, 2 comma, lettera *b*), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 escluda che possa essere ravvisata, nella fattispecie, l'ipotesi della presenza di un numero ridotto di operatori sul mercato.

8.– La questione di costituzionalità dell'art. 36 del d.lgs. 50 del 2016 – dedotta peraltro in termini generici – con il terzo motivo di appello è manifestamente infondata in relazione a tutti i parametri indicati, atteso che:

- con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere “asimmetrico” del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti;
- quanto alla violazione dell'art. 41, in senso contrario è dirimente rilevare che l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale – salvo motivate eccezioni – si impone soltanto di “saltare” il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti;
- in relazione all'art. 97, l'aumento delle *chances* di partecipazione dei *competitors* “esterni” (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

9.– Con riguardo all'ultimo motivo di appello principale, non sussiste alcuna violazione dell'art. 34, 2 comma, c.p.a.

Tale disposizione inibisce al giudice amministrativo di approntare una tutela “preventiva” dell'interesse legittimo, anticipata cioè rispetto all'esplicazione della funzione amministrativa da parte dell'autorità competente. Nella specie, il TAR si è limitato a segnalare ai fini conformativi della pronuncia di annullamento le modalità di attuazione del principio di rotazione in sede di riedizione.

10.– Il MIUR, nel proprio atto di appello incidentale, ha sostenuto la tesi secondo cui l'applicazione del principio di rotazione porrebbe al più un problema di motivazione nel caso di vittoria del gestore uscente.

Ai fini del rigetto della censura, è dirimente rilevare come l'art. 25, comma 1, lettera a), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, abbia ulteriormente chiarito che il principio di

rotazione si riferisce alla fase «degli inviti e degli affidamenti» e non alla fase della aggiudicazione.

L'infondatezza del gravame consente di assorbire, in base al principio della "ragione più liquida", l'eccezione di tardività dell'appello, perché notificato in data 14 giugno 2017.

11.– In definitiva, l'invito e l'affidamento al contraente uscente avrebbe richiesto un onere motivazionale più stringente. Per contro, la documentazione di gara non reca alcuna motivazione in ordine alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore. Le affermazioni dell'appellante - secondo cui vi sarebbero pochi operatori interessati all'affidamento - sono rimaste del tutto indimostrate (vedi sul punto quanto già dedotto al paragrafo 7 della motivazione). Correttamente il TAR, avendo ravvisato la violazione dell'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione.

11.1.– Sennonché, il TAR ha ritenuto che l'accoglimento del primo motivo di ricorso, comportasse la necessità di rinnovare la procedura a decorrere dalla fase degli inviti alla gara, con conseguente rigetto della domanda di tutela in forma specifica mediante aggiudicazione della procedura di gara proposta dalla ricorrente.

11.2.– Il Collegio, in accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale, ritiene invece che sussistono i presupposti per disporre l'aggiudicazione della procedura in capo alla seconda classificata. La mancata motivazione della stazione appaltante, in ordine all'eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore, comporta l'illegittimità della partecipazione di quest'ultimo alla procedura. L'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato (la s.r.l. CDA Vending), rispetto al

quale non è stata evidenziata nel corso del procedimento e del successivo processo alcuna idonea causa ostativa.

L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., è condizionata alla dichiarazione di inefficacia del contratto: tuttavia, nella specie, tale dichiarazione non può essere adottata, poiché non consta l'avvenuta stipulazione del contratto.

11.3.– I restanti motivi di appello incidentale possono assorbirsi, avendo già la s.r.l. CDA Vending ricavato dal processo la massima utilità conseguibile.

12– Per le ragioni che precedono, vanno respinti l'appello principale e quello incidentale dell'Amministrazione, mentre va accolto l'appello incidentale della s.r.l. CDA Vending, nei limiti sopra evidenziati.

12.1.– Le spese del secondo grado del giudizio seguono la soccombenza come di norma. Di essa è fatta liquidazione nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando:

- RESPINGE l'appello principale e quello incidentale del MIUR;
- ACCOGLIE il primo motivo dell'appello incidentale promosso dalla s.r.l. CDA Vending e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, ordina alla stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione in favore della s.r.l. CDA Vending;
- CONDANNA la s.p.a. Supermatic e il MIUR, in solido tra loro, al pagamento delle spese del secondo grado di lite in favore della CDA VENDING SRL, che si liquidano in € 4.500,00, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

LAVORIPUBBLICI.IT