

Pubblicato il 02/01/2018

N. 00017/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01419/2017 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1419 del 2017, proposto da:

Interventa s.c.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Golini e Roberto Passini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Passini in Firenze, viale Giuseppe Mazzini n. 56;

contro

Comune di Follonica, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefania Sili, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Diego Cremona in Firenze, via de' Tornabuoni n. 10;

nei confronti di

Sicurezza e Ambiente s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, e domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli n. 40;

per l'annullamento dei seguenti atti:

- verbale n.1 (operazioni di gara per l'aggiudicazione dell'appalto del 28.09.2017, procedura negoziata ai sensi dell'art.36, comma 2 lett.b, del

d.lgs. n. 50/2016 svolta con modalità telematica START, previa manifestazione di interesse, per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da sinistri – periodo anni 3), con cui viene ammessa alla prosecuzione della procedura di gara la società Sicurezza e Ambiente s.p.a., comunicato ad Interventa s.c.p.a. e pubblicato sul profilo del committente in data 29.9.2017;

- lettera di invito di Sicurezza e Ambiente s.p.a., sconosciuta sino alla seduta di gara del 28.9.2017, notificata il successivo 29.9.2017;

- atto di rigetto dell'istanza di Interventa s.c.p.a. di annullamento e/o revoca dell'ammissione alla prosecuzione delle gara di Sicurezza e Ambiente s.p.a. del 19.10.2107 (Prot.n.34222);

- ogni ulteriore atto connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Follonica e di Sicurezza e Ambiente s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2017 il consigliere Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Follonica, con determinazione a contrarre n. 463 del 22.6.2017, ha indetto una procedura negoziata previo avviso esplorativo per manifestazione di interesse (pubblicato il 29.6.2017) ai fini dell'affidamento della concessione triennale del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza della sede stradale e delle sue pertinenze interessate

da sinistri.

Il Comune ha invitato a presentare offerta sulla piattaforma Start gli otto concorrenti che avevano presentato la propria manifestazione di interesse.

Il giorno 28.9.2017 il seggio di gara ha dichiarato aperta la selezione alla presenza dei rappresentanti dei due unici offerenti (documento n.3): Interventa s.c.p.a. (attuale ricorrente) e Sicurezza e Ambiente s.p.a. (gestore uscente).

Con provvedimento in pari data, notificato il 29.9.2017, sono state ammesse alla gara entrambi i concorrenti.

La ricorrente, ritenendo violato il principio di rotazione sancito dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, ha chiesto alla stazione appaltante di annullare in autotutela l'ammissione della società Sicurezza e Ambiente alla procedura selettiva.

L'Amministrazione, con atto del 19.10.2017, ha respinto l'istanza.

Avverso il provvedimento di ammissione, la lettera di invito indirizzata alla controinteressata, il diniego di annullamento e gli atti connessi la società istante è insorta deducendo:

1) Violazione dell'art. 36, commi 1 e 2 lett. b, del d.lgs. n. 50/2016 ed in particolare del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti; violazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di motivazione, falsità dei presupposti, contraddittorietà, violazione del giusto procedimento, sviamento.

2) Violazione dell'art. 36, commi 1 e 2, lett. b, nonché degli artt. 30 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, ed in particolare dei principi di rotazione, libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e *favor participationis* delle piccole e medie imprese; violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, falsità dei presupposti, difetto di motivazione e sviamento.

3) Ulteriore violazione degli artt. 30, 35, 36 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 sotto altro profilo, anche in relazione agli artt. 164 ss. e 172 del d.lgs. n. 50/2016; violazione degli artt. 21 *quinquies* e 21 *octies* della legge n. 241/1990; violazione dell'art. 97 della Costituzione e dei principi in tema di buon andamento della P.A.; ingiustizia manifesta; eccesso di potere per travisamento di fatti presupposti, difetto di motivazione e sviamento.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Follonica e la controinteressata.

Con ordinanza n. 701 del 23.11.2017 è stata respinta l'istanza cautelare.

All'udienza del 20 dicembre 2017 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

La controinteressata eccepisce l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della determina dirigenziale n. 463 del 22.6.2017, di indizione della procedura negoziata, e del conseguente avviso a manifestare interesse; aggiunge che, comunque, l'impugnazione del suddetto avviso, conosciuto in data 30.6.2017, sarebbe tardiva.

L'eccezione è infondata.

La predetta determina non vincolava in alcun modo il Comune ad invitare al procedimento selettivo il gestore uscente, come dimostra il chiaro richiamo, in essa espresso, al rispetto del criterio di rotazione degli inviti. Al contrario, il fatto che la determina di indizione della procedura negoziata richiamasse espressamente il suddetto criterio lasciava presagire che la stazione appaltante non ammettesse alla procedura stessa il gestore uscente.

La stessa considerazione vale per l'avviso esplorativo per manifestazione d'interesse, il quale, coerentemente con la presupposta determina di indizione del procedimento negoziato, rinvia all'art. 36, comma 2 lett. b, del d.lgs. n. 50/2016, norma, questa, che pone la regola del rispetto del criterio di rotazione degli inviti già evidenziata nel provvedimento di indizione.

Pertanto, i predetti atti non possono reputarsi lesivi dell'interesse azionato

dalla ricorrente, la quale, di conseguenza, non aveva alcun onere di impugnarli.

2. E' stata ulteriormente eccepita l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse attuale, sull'assunto che non rileverebbe nel caso di specie il mancato possesso di requisiti soggettivi in capo alla controinteressata e che perciò non potrebbe trovare ingresso la speciale disciplina prevista dall'art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010 (di cui si è avvalsa la ricorrente), che consente di anticipare la tutela giurisdizionale al momento dell'ammissione alla gara.

L'eccezione non può essere accolta.

Il verbale n. 1 delle operazioni di gara del 28.9.2017, dal quale risulta l'ammissione alla prosecuzione del procedimento selettivo della società Sicurezza e Ambiente, è stato pubblicato sul profilo del committente in data 29.9.2017 (ovvero entro i due giorni previsti dall'art. 29, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016) e comunicato via pec alla ricorrente (documento n. 3 depositato in giudizio dalla parte istante).

Si è quindi verificata la condizione prevista dall'art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010, il quale identifica nella data di pubblicazione dell'atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, il *dies a quo* di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l'atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 introdotta dall'art. 19 del d.lgs. n. 56/2017.

La previsione di un rito "superaccelerato" per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga all'aggiudicazione, ovvero, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (parere Consiglio di Stato 1° aprile 2016, n. 855/2016); il neonato rito speciale deve quindi trovare

ingresso allorquando, come nel caso di specie, sia stato emanato e pubblicato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016 (TAR Sicilia, Palermo, III, 10.8.2017, n. 2082).

Del resto, la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo ai concorrenti diversi dal precedente gestore, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione (Cons. Stato, VI, 31.8.2017, n. 4125).

3. Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del ricorso si osserva quanto segue.

I motivi di gravame dedotti possono essere trattati congiuntamente, essendo connessi tra loro e consistendo, in parte, nella diversa argomentazione di un medesimo profilo di illegittimità. In particolare, l'istante deduce la violazione del criterio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016; aggiunge che il Comune avrebbe potuto disattendere tale regola solo sulla base di una attenta motivazione, che invece è stata omessa; secondo la ricorrente la mancata applicazione della suddetta regola si traduce nella violazione del principio di concorrenza. L'esponente deduce altresì che le suddette considerazioni valgono anche per la concessione di servizi come quella in esame, alla luce dell'obiettivo di concorrenza effettiva posto dall'art. 172 del d.lgs. n. 50/2016; sostiene infine che il Comune avrebbe dovuto accogliere la richiesta di annullare in autotutela la lettera invito ed il provvedimento di ammissione.

Le censure sono fondate, nei sensi appresso precisati.

L'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 sancisce, per i contratti sotto soglia, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti; tale principio è ribadito dall'art. 36, comma 2 lett. b, del medesimo decreto legislativo, richiamato nell'avviso esplorativo della stazione appaltante e nella determina di indizione della procedura negoziata.

Inoltre l'art. 164, 2° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (riguardante i

contratti di concessione) sancisce 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 ("*per quanto compatibili*"), mentre l'omesso richiamo letterale del principio di rotazione nel corpo dei criteri di aggiudicazione delle concessioni previsti dall'art. 30, 1° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non esclude l'applicabilità del principio anche al settore delle concessioni, dovendo, al contrario, concludersi per il richiamo implicito dello stesso, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza sancito dal citato art. 30 e dall'art. 172, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (di cui il principio di rotazione costituisce espressione: TAR Toscana, II, 23.3.2017, n. 454).

4. Il Collegio osserva altresì che la fattispecie in esame, rientrando nell'ambito della procedura negoziata di cui all'art. 36, 2° comma lett. b, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve essere riportata alla previsione del punto 4.2.2 della delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione (linee guida n. 4) che ribadisce come la stazione appaltante sia "tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Pertanto, l'invito all'affidatario uscente ha 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 (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento".

5. Nello stesso senso si è recentemente posto il Consiglio di Stato (sez. VI, n. 4125 del 31.8.2017; sez. V, 13.12.2017, n. 5854), secondo cui "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”.

Lo stesso Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui “al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara che ostacolino 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”, ed ha esteso tali considerazioni alle concessioni di servizi, giacché “l'art. 164, comma 2, 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)”.

La sopra delineata *ratio* del principio di rotazione (rappresentata dall'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione) induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento, e quindi anche se l'affidamento della concessione scaduta sia scaturito, come nel caso in esame, dall'adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta.

Invero, il suddetto principio è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di

posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (Cons. Stato, V, 13.12.2017, n. 5854). Ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata.

Deve quindi concludersi che, anche nel caso di specie, si imponeva a carico del Comune la seguente alternativa: o non invitare il gestore uscente o, quanto meno, motivare puntualmente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

6. Al contrario, nessuna motivazione è stata fornita sul punto dall'Amministrazione nella determina dirigenziale a contrarre (la quale anzi richiama pedissequamente il criterio di rotazione degli inviti), nell'avviso esplorativo e nella lettera invito, e comunque l'invito rivolto ad un numero di operatori economici (otto) maggiore di quello minimo (cinque) previsto per i servizi e le forniture dall'art. 36, comma 2 lettera b, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 esclude che possa essere ravvisata, nel caso in esame, l'ipotesi della presenza di un numero ridotto di operatori sul mercato.

Né la circostanza che l'avviso per manifestazione d'interesse sia stato pubblicato sul sito internet del Comune e sulla piattaforma Start costituisce ragione sufficiente per derogare al principio della "rotazione" (normativamente prescritto per gli inviti e non solo per gli affidamenti), sia per la limitata efficacia dello specifico strumento di pubblicità utilizzato, sia in quanto si tratta comunque di procedura negoziata alla quale il succitato art. 36 comma 2 lett. b ascrive esplicitamente il criterio di rotazione. Il suddetto avviso, per sua espressa precisazione, non costituisce infatti una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva tesa ad

individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata, e già nella fase dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente.

Pertanto non sono condivisibili le argomentazioni giuridiche addotte nel provvedimento datato 19.10.2017, di rigetto della domanda di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente, secondo il quale lo strumento della manifestazione di interesse, aprendo alla più ampia partecipazione possibile degli operatori economici da invitare, renderebbe superflua la rotazione.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, vista la particolarità della vicenda in esame e stante il non univoco orientamento giurisprudenziale sulle questioni dedotte (si veda, ad esempio, TAR Toscana, II, 12.6.2017, n. 816).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO