

Pubblicato il 06/02/2018

N. 00179/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01361/2017 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1361 del 2017, proposto da:
Istituto di Vigilanza La Torre s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Scuderi, con domicilio eletto
in Salerno, via Velia, 96;

contro

Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi s.p.a., in persona del legale
rappresentante *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Iovane,
con domicilio eletto in Salerno, viale G. Verdi, 12/M;

per l'annullamento

dell'avviso per indagine di mercato dell'Aeroporto di Salerno - Costa
d'Amalfi s.p.a., prot. n. 401/36 del 20 settembre 2017, pubblicato in pari
data, con il quale è stato indetto, ai sensi dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 50/2016,
avviso per indagine di mercato per l'individuazione degli operatori
economici interessati ad essere invitati alla procedura negoziata per
l'affidamento dell'appalto dei servizi di *security* e vigilanza;

della determinazione dirigenziale a contrarre prot. n. 400/36 del 20 settembre 2017, pubblicata in pari data, menzionata nell'impugnato avviso; di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2018 la dott.ssa Valeria Ianniello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Aeroporto di Salerno Costa d'Amalfi s.p.a. ha pubblicato un avviso per indagine di mercato ai sensi dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, per l'individuazione degli operatori economici interessati a essere invitati alla «*procedura negoziata nei settori speciali*» (art. 119, d.lgs. n. 50/2016) per l'affidamento dell'appalto sotto soglia (€ 459.000,00 + IVA) dei servizi di *security* e vigilanza (art. 35, co. 2, lett. c, d.lgs. n. 50/2016), stabilendo che «*saranno invitati alla procedura negoziata n. 5 operatori economici, ad esclusione del precedente affidatario del servizio [odierno ricorrente], in applicazione di principi di rotazione di cui all'art. 36, co. 1, d.lgs. n. 50/2016*» (determina n. 400/36 del 20 settembre 2017).

Il ricorso pone, dunque, la questione della vigenza - e dei relativi limiti - del principio di rotazione nella fattispecie in esame. Si tratta infatti di verificare se la Aeroporto di Salerno s.p.a. fosse tenuta a - o quanto meno potesse - fare applicazione di siffatto principio, e se fosse tenuta a motivare congruamente la determinazione così adottata.

Al riguardo, il codice dei contratti pubblici, così dispone in relazione ai contratti sotto soglia:

«1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del 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. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.

2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, 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 [...]

8. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza [...]» (art. 36).

Alla luce della richiamata normativa, il Collegio - facendo proprie le conclusioni raggiunte in materia dal Consiglio di Stato - rileva che:

1. «il principio di rotazione [...] 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 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 (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4) ... 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» (sez. VI, sent. n. 4125/2017);

2. a prescindere dalla configurazione della odierna resistente come «*impresa pubblica*», ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. t, d.lgs. n. 50/2016 (come sostenuto da parte ricorrente), ovvero quale organismo di diritto pubblico (secondo la stessa parte resistente), il principio di rotazione trova sicuramente applicazione nella fattispecie in esame:

- sia perché in mancanza di un apposito regolamento (sul punto non vi è contestazione) non può che farsi richiamo alla disciplina dei contratti sotto soglia contenuta nell'art. 36, co. 1 e 2;
- sia perché il principio di rotazione rappresenta una declinazione del sistema di tutela della concorrenza, cui fa necessario rinvio anche l'invocato comma 8; il principio di rotazione, infatti, «è in realtà 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 [...]

In particolare, per effetto del principio di rotazione l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non ha più alcuna possibilità di vantare una legittima pretesa ad

essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento.

Nella vigenza della precedente normativa, l'AVCP aveva evidenziato che "il criterio di rotazione ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza" (Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011).

Orientamento successivamente ribadito nelle Linee guida relative a "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", deliberate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 28 giugno 2016 e rispetto alle quali è stato richiesto il parere del Consiglio di Stato» (Cons. di Stato, V, sent. n. 5854/2017);

Nella fattispecie all'esame del Collegio, dunque, la Aeroporto di Salerno si è legittimamente determinata nel senso di non invitare il gestore uscente; una attenta motivazione sarebbe stata necessaria ove, in senso contrario, avesse ritenuto di non poter prescindere dall'invito.

Il ricorso deve pertanto essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (R.G. 1361/2017), lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in € 1.000,00 oltre accessori di legge, in favore della Aeroporto di Salerno Costa d'Amalfi s.p.a.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Maurizio Santise, Primo Referendario

Valeria Ianniello, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Valeria Ianniello

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO