



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 staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 676 del 2021, proposto da
Omniadoc Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo, Maria Sara Derobertis, con domi-
cilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bergamo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresen-
tato e difeso dagli avvocati Vito Gritti, Silvia Mangili, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Mediagroup98 Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rap-
presentata e difesa dagli avvocati Andrea Grazzini, Eleonora Carli, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Grazzini in Firenze, piazza Vittorio Veneto, 1;

per l'annullamento

previa adozione di idonee misure cautelari,

= della Determinazione Dirigenziale n. 2235-21 del 30.9.2021, pubblicata sul sito internet del Comune di Bergamo in pari data, con la quale il Comune di Bergamo ha disposto l'aggiudicazione a Mediagroup98 Soc. Coop. della procedura negoziata sotto soglia ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del “servizio di ricerca nell'archivio comunale, di registrazione accessi agli atti, di assistenza agli utenti che lo richiedono, di sportello e di registrazione della corrispondenza analogica pervenuta al Comune di Bergamo” (CIG 888050588D) in favore di Mediagroup98 Soc. Coop., disponendo altresì la “Approvazione documentazione di gara e indizione procedura”;

= di tutti i Verbali della procedura negoziata e, segnatamente, del Report della procedura di affidamento del servizio allegato alla Determinazione Dirigenziale di aggiudicazione del 30.9.2021, nonché del Verbale di valutazione delle (non conosciute) offerte tecniche ed economiche del 29.9.2021;

= di tutti gli atti di indizione della procedura negoziata, e in particolare della determina a contrattare adottata con Determinazione Dirigenziale n. 1894-21 del 25.8.2021 e dell'allegato “Progetto Agenda Digitale Servizi di Prossimità al Cittadino e Semplificazione”, del (non conosciuto) provvedimento del 27.8.2021 con il quale è stata avviata la procedura negoziata e della (non conosciuta) lettera di invito del 27.8.2021 con la quale sono stati invitati a partecipare alla procedura n. 6 operatori qualificati per la categoria CPV 75110000-0 “Servizi pubblici generali”, tra cui la Mediagroup98 Soc. Coop., per quanto in appresso specificato;

= di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto connesso o conseguente, anche se non conosciuto dalla società ricorrente;

e per la condanna

della resistente Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, mediante declaratoria del diritto all'aggiudicazione in favore della ricorrente, con dichiarazione di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato con l'aggiudicataria, e subentro della ricorrente nel contratto per l'intera durata; nonché, in subordine, in tutto o in parte, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bergamo e di Mediagroup98 Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2021 il dott. Luca Pavia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti presenti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. in merito alla possibilità di una definizione immediata del giudizio con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti legge;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il 25 agosto 2021, con Determinazione Dirigenziale n. 1894-21, il Comune di Bergamo ha indetto, su piattaforma digitale, una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di registrazione degli accessi agli atti; del servizio di ricerca nell'archivio comunale;

dell'assistenza agli utenti; di registrazione e scansione dei documenti analogici che pervengono al Comune e, occasionalmente, del servizio di sportello e di segreteria, con durata del servizio di 30 mesi e aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Il 27 agosto 2021 la procedura è stata avviata e sono stati inizialmente invitati a partecipare una serie di operatori economici qualificati nella piattaforma SINTEL per la categoria merceologica "*Servizi pubblici generali*".

3. Il successivo 8 settembre la ricorrente apprendeva della selezione e richiedeva al Comune di essere invitata a partecipare.

4. L'ente invitava la ricorrente il 14 settembre 2021.

5. Il 28 settembre 2021, termine massimo per presentare le offerte, avevano aderito all'invito solo la ricorrente e la Mediagroup98 Soc. Coop..

6. Il giorno successivo la commissione di gara stilava la graduatoria di merito dalla quale risultava prima classificata l'attuale controinteressata mentre la ricorrente si collocava al secondo posto.

7. Il 30 settembre 2021 veniva emanata e pubblicata la Determinazione Dirigenziale n. 2235-21 con cui si disponeva l'aggiudicazione in favore della Mediagroup98 Soc. Coop., già gestore di un servizio comunale nel periodo compreso tra il 9 dicembre 2019 e il 30 settembre 2021

8. Il 30 settembre 2021 la ricorrente formulava un'istanza di accesso agli atti, che veniva parzialmente riscontrata dalla stazione appaltante il 18 ottobre 2021 e si concludeva il successivo 2 novembre.

9. Il 14 ottobre 2021 l'odierna ricorrente chiedeva al Comune di escludere in autotutela la prima classificata perché l'invito era avvenuto in violazione del principio di rotazione.

10. Il 29 ottobre 2021 la seconda classificata proponeva ricorso poiché, a suo dire, dalla documentazione ricevuta emergeva la violazione del principio di rotazione previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 e chiedeva, pertanto, l'annullamento dell'aggiudicazione e il conseguente subentro nella commessa nonché, in via subordinata, il risarcimento del danno.

11. In data 8 novembre 2021 la controinteressata depositava una memoria nella quale sosteneva l'inapplicabilità del principio di rotazione non solo perché la procedura era di fatto aperta ad ogni operatore di settore ma anche alla luce del fatto che la nuova procedura aveva un oggetto diverso, e più ampio, rispetto a quella precedente.

12. All'udienza camerale del 10 novembre 2021 il Presidente disponeva un rinvio della discussione, considerato l'intervenuto deposito tardivo di documenti tanto da parte ricorrente che da parte convenuta, e ritenendo necessario al Collegio esaminarli in un termine adeguato, anche ai fini di un'eventuale definizione della controversia con sentenza in forma semplificata.

13. Alla successiva udienza camerale del 24 novembre 2021, in prossimità della quale la parte ricorrente e la parte controinteressata depositavano memorie difensive, il Collegio, all'esito della discussione orale, tratteneva la causa in decisione, riservandosi di definirla con sentenza in forma semplificata, dandone contestuale avviso alle parti.

DIRITTO

1. Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente censura l'operato della stazione appaltante per violazione del principio di rotazione previsto dall'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 nonché dalle linee guida ANAC n. 4/2016. Il comune avrebbe, infatti, immotivatamente invitato il gestore del servizio uscente.

Il motivo è infondato.

La rotazione non è, infatti, imposta qualora la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III - 04/02/2020, n. 875). Indicazione, questa, che compare anche nelle linee guida dell'ANAC numero 4, nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206. Al paragrafo 3.6 si legge, tra l'altro, che <<La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. >>.

È parere di questo Collegio che, nel caso di specie, il Comune abbia adottato una procedura sostanzialmente aperta e, pertanto, la stazione appaltante, correttamente, non abbia applicato il principio di rotazione.

Nonostante, infatti, la scelta del contraente sia avvenuta con una procedura negoziata, non solo gli operatori economici sono stati individuati telematicamente tramite elenchi ufficiali ma l'individuazione dell'aggiudicatario è avvenuta con l'oggettivo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Inoltre, la gara è stata adeguatamente pubblicizzata sul sito del Comune e la partecipazione era, di fatto, aperta ad ogni operatore di settore. La stessa ricorrente è stata, infatti, invitata a partecipare non appena lo ha richiesto e ha ottenuto il CPV richiesto per partecipare alla selezione.

Nonostante tale ragione sia di per sé assorbente, si evidenzia, per mere ragioni di completezza, che il principio di rotazione presuppone anche l'omogeneità del servizio oggetto di gara con quello svolto in precedenza (da ultimo, Cons. Stato sez. V, 15.12.2020, n. 8030).

Tale omogeneità è assente nel caso di specie poiché l'attuale servizio non solo è più completo e articolato ma si differenzia da quello precedente anche da un punto di vista qualitativo, si pensi, a mero titolo esemplificativo, al fatto che l'attività di ricerca in archivio e assistenza nella compilazione dei moduli telematici è richiesta la presenza di personale altamente qualificato, di cui almeno un laureato, così come per la saltuaria attività di sportello. Inoltre, le prestazioni oggetto dei due contratti appartengono a differenti categorie merceologiche (*“Servizi di pubblica amministrazione”*, per l'affidamento precedente e *“Servizi pubblici generali”* per quello attuale).

2. Alla luce di tali considerazioni, il ricorso va respinto.

3. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in euro 2.000,00 (duemila) a favore del Comune resistente e in euro 2.000,00 (duemila) a favore della parte controinteressata, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Ariberto Sabino Limongelli, Presidente FF

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

Luca Pavia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Pavia

IL PRESIDENTE

Ariberto Sabino Limongelli

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI