

N. 05555/2023 REG.PROV.COLL.

N. 11060/2022 REG.RIC.

N. 11061/2022 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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11060 del 2022, proposto da Ortensia s.a.s. di Mascioli Stefano & C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Di Raimondo e Riccardo Carlini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Alca 2007 s.r.l., non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 11061 del 2022, proposto da Alca 2007 s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Di Raimondo e Riccardo Carlini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ortensia s.a.s. di Mascioli Stefano & C., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 11060 del 2022:

della determina di esclusione del 10.8.2022 prot. 11343 della società Ortensia s.a.s. di Mascioli Stefano dalla lista degli operatori economici da invitare alla procedura di affidamento in concessione del servizio BAR presso la sede centrale Ministero della Giustizia adottata dal RUP del Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria del Personale e dei Servizi Direzione Generale delle Risorse Materiali e delle Tecnologie del Ministero della Giustizia, con cui la società ricorrente è stata esclusa dalla predetta gara “in ragione della accertata violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del D. Lgs. 50 /2016, nonché in applicazione del principio di rotazione che, come affermato da ANAC, “non può essere aggirata mediante ricorso ad affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici”; determinando l'esclusione della ditta ORTENSIA s.a.s. – CF

07656130585 dalla lista degli operatori economici da invitare alla procedura di affidamento in concessione del servizio bar presso il Ministero della Giustizia per le motivazioni sopra indicate”;

di ogni ulteriore atto o provvedimento presupposto o susseguente anche non conosciuto dalla ricorrente;

quanto al ricorso n. 11061 del 2022:

per l'annullamento

della determina di esclusione del 10.08.2022 Prot. 11344 della società ALCA 2007 s.r.l. dalla lista degli operatori economici da invitare alla procedura di affidamento in concessione del servizio BAR presso la sede centrale Ministero della Giustizia adottata dal RUP del Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria del Personale e dei Servizi Direzione Generale delle Risorse Materiali e delle Tecnologie del Ministero della Giustizia, con cui la società ricorrente è stata esclusa dalla predetta gara “in ragione della accertata violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del D. Lgs. 50 /2016, nonché in applicazione del principio di rotazione che, come affermato da ANAC, “non può essere aggirata mediante ricorso ad affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici” ha determinato l'esclusione della ditta ALCA 2007 S.r.l. – CF 09438861008 dalla lista degli operatori economici da invitare alla procedura di affidamento in concessione del servizio bar presso il Ministero della Giustizia per le motivazioni sopra indicate”:

di ogni ulteriore atto o provvedimento presupposto o susseguente anche non conosciuto dalla ricorrente.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2023 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso r.g.n. 11060/2022 Ortensia s.a.s. ha impugnato il provvedimento con il quale il Ministero della Giustizia l'ha esclusa dalla lista degli operatori economici da invitare alla procedura di affidamento in concessione del servizio bar presso la sede centrale dell'Amministrazione, "in ragione della accertata violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del D. Lgs. 50 /2016, nonché in applicazione del principio di rotazione".

La ricorrente ha dedotto che in data 5.6.2014 la Ortensia s.a.s. di Caparelli Gabriele & C. aveva ottenuto la concessione di un locale adibito a bar sito nel compendio demaniale in uso al Ministero della Giustizia in Roma per la durata di anni 6, con scadenza il 30.5.2020; in data 25.9.2015, Stefano Mascioli ed Eleonora Guida avevano acquistato l'intero capitale sociale della Ortensia s.a.s., che veniva conseguentemente denominata Ortensia s.as. di Stefano Mascioli & C.; il 3.7.2017 la Ortensia s.a.s. aveva chiesto all'Agenzia del Demanio e al Ministero della Giustizia di poter ampliare il locale bar, chiedendo il nulla osta all'esecuzione dei lavori di rifacimento di tutta l'area; il Ministero della Giustizia aveva rilasciato il nulla osta all'esecuzione delle opere di ristrutturazione; in data 9.7.2019 la ricorrente aveva

chiesto il rinnovo della concessione, stante anche l'intervenuta realizzazione dei lavori di ristrutturazione; in data 13.9.21, tuttavia, l'Agenzia del Demanio aveva comunicato alla ricorrente l'avvio del procedimento finalizzato all'emanazione del provvedimento di sfratto in via amministrativa ai sensi dell'art. 823 comma 2 del codice civile e, in data 10.2.2022, il Ministero della Giustizia aveva adottato dapprima la determina per l'affidamento della concessione e poi l'avviso pubblico di preinformazione per l'affidamento della concessione del servizio bar, al fine di individuare gli operatori economici potenzialmente interessati a fornire il predetto servizio; in data 3.8.2022 l'Agenzia del Demanio aveva quindi adottato l'ordinanza di rilascio in via amministrativa dei beni in concessione, stante lo scadere della stessa. In data 28.3.2022, la Ortensia s.a.s. aveva presentato domanda di ammissione alla gara per il nuovo affidamento del servizio e, contestualmente, aveva presentato ricorso avverso l'ordinanza di rilascio e la determina di nuovo affidamento della concessione.

Il TAR del Lazio, all'esito della camera di consiglio del 17.5.2022, aveva parzialmente accolto il ricorso con sentenza in forma semplificata n. 6478/2022, annullando l'ordinanza di sfratto in quanto illegittima per violazione della proroga *ex lege* sancita dall'art. 103, comma 2, d.l. n. 18/2020.

La ricorrente aveva quindi richiesto al Ministero della Giustizia di procedere all'annullamento in autotutela della determina per l'affidamento della concessione e l'Avviso pubblico di preinformazione preannunciando, in difetto, l'impugnazione della sentenza citata nella parte in cui non si era pronunciata su tali atti, espressamente impugnati.

Il Ministero, però, aveva adottato il provvedimento di esclusione impugnato, rilevando l'imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte di Ortensia s.a.s.

e Alca 2007 s.r.l., in violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del d.lgs. 50 /2016, e la violazione del principio di rotazione, in considerazione del fatto che la prima delle due società era il concessionario uscente.

Nelle more Ortensia s.a.s. aveva presentato appello avverso la sentenza di primo grado.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1.violazione dell'art. 103, comma 2 legge 159/2020 - violazione della proroga automatica della validità delle concessioni amministrative *ex lege* – eccesso di potere sotto vari profili.

Il Ministero della Giustizia non avrebbe potuto legittimamente avviare la procedura di affidamento del servizio bar, essendo stata prorogata *ex lege* fino a novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza la concessione in possesso della Ortensia S.a.s.

2. violazione dell'art. 80, comma 5, lettera m) del d.lgs. 50/16 - eccesso di potere sotto vari profili.

Il provvedimento di esclusione sarebbe stato adottato ravvisando illegittimamente la violazione del disposto dell'art. 80, c. 5, lettera m), del d.lgs. n. 50/16; tale disposizione, infatti, avrebbe potuto trovare applicazione solo a fronte della vera e propria presentazione dell'offerta, e non a seguito della mera istanza di ammissione alla stessa, inviata dopo la pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

3. violazione di legge – violazione del Codice degli appalti pubblici ex d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – violazione e/o erronea applicazione dell'art. 80 comma 5 lettera m) del d.lgs. 50/16 – sviamento di potere – carenza assoluta della motivazione.

La disposizione citata prevede l'esclusione dalla gara delle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali,

idonee a condizionare il confronto concorrenziale; nella fattispecie, però, l'amministrazione aveva omesso di motivare compiutamente in ordine alla sussistenza di un collegamento sostanziale tra la società ricorrente e la ALCA 2007 S.r.l., e non aveva consentito alle ditte interessate di contraddire sul punto prima dell'adozione della determina di esclusione.

4. Violazione erronea applicazione dell'art. 36 del Codice degli appalti pubblici – erronea applicazione del principio di rotazione – inesistenza di una procedura ristretta.

Il principio di rotazione, secondo il quale non avrebbero potuto essere invitati a partecipare alla gara il contraente uscente e l'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento, non poteva trovare applicazione nel caso in cui il nuovo affidamento fosse regolato secondo procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici, non poteva imporre alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

La medesima situazione poteva ravvisarsi nel caso di specie, poiché l'Amministrazione aveva invitato, con avviso pubblico, tutti gli operatori del settore a presentare proprie manifestazioni di interesse, senza dar luogo ad una reale selezione preventiva degli ammessi in gara (ed infatti, tutti gli operatori che avevano manifestato il loro interesse erano stati ammessi, ad esclusione della società ricorrente e della ALCA 2007 S.r.l.).

5. Eccesso di potere per carenza di motivazione – violazione dell'art. 3 della l. n. 241/90.

Nel provvedimento non erano state specificate le ragioni dell'esclusione della ricorrente dalla procedura.

Si è costituito il Ministero della Giustizia resistendo al ricorso.

Con ricorso n.r.g. 11061/2022, affidato ad analoghe censure, ALCA 2007 s.r.l. ha impugnato la determina che ne ha disposto l'esclusione dalla gara ritenendo sussistente l'unicità di centro decisionale rispetto ad Ortensia s.a.s.

Alla camera di consiglio del 12 ottobre 2022 questa Sezione ha respinto le istanze cautelari.

All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2023 entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei due ricorsi, aventi ad oggetto provvedimenti di analogo contenuto e affidati alle medesime censure.

Nel merito i ricorsi sono infondati.

Con la prima censura le ricorrenti hanno lamentato che il Ministero della Giustizia abbia avviato la procedura di gara quando ancora era in vigore la precedente concessione, per effetto della proroga disposta dalla normativa emergenziale per il Covid-19.

Tale doglianza è infondata.

Pur nella vigenza della proroga della concessione, infatti, l'Amministrazione non ha alcun obbligo di attendere la scadenza, ben potendo indire le procedure in precedenza per poi procedere alla stipula della nuova concessione solo alla conclusione del procedimento, senza alcun pregiudizio della posizione del concessionario uscente.

In tal modo, peraltro, la procedura può essere avviata e conclusa in tempo utile per evitare che alla scadenza non sia ancora stato individuato il nuovo concessionario.

Nello stesso senso, peraltro, si è espresso il Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 4912 del 12 ottobre 2022, pronunciata sul ricorso in appello proposto da Ortensia s.a.s. avverso la sentenza di questo Tribunale n. 6478/2022, affermando che “la proroga del termine della concessione in atto, per effetto della normativa in materia di emergenza epidemiologica da diffusione del Covid 19, non precludeva alla Amministrazione l'indizione di una procedura di gara per la individuazione del nuovo concessionario, tanto più che gli atti impugnati si riferiscono ad un avviso di preinformazione, finalizzato all'individuazione di operatori economici potenzialmente interessati a fornire il predetto servizio”.

Con il secondo e il quarto motivo, che possono essere esaminati congiuntamente, le ricorrenti hanno lamentato, in primo luogo, che il provvedimento di esclusione sarebbe stato adottato in applicazione del disposto dell'art. 80, comma 5, lettera m), del d.lgs. n. 50/16, che, invece, avrebbe potuto trovare applicazione solo a fronte della vera e propria presentazione delle offerte, e non a seguito delle mere istanze di ammissione alla gara, inviate dopo la pubblicazione dell'avviso di preinformazione; in secondo luogo, che nella fattispecie non avrebbe potuto applicarsi il principio di rotazione, trattandosi di una procedura che sostanzialmente era stata aperta a tutti gli operatori del mercato interessati.

Anche tali doglianze sono infondate.

L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, al comma 1°, prevede che “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”. Il successivo comma 7° rimette alle Linee guida A.N.A.C.

di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e le Linee guida n. 4, nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018, n. 206, prevedono (al punto 3.6) 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”.

Tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare il “nuovo” operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti.

La disciplina di cui all'art. 36, comma 1°, del d.lgs. n. 50/2016 impone quindi espressamente alle stazioni appaltanti, nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia, il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, al fine di evitare la formazione di rendite di posizione e perseguire l'effettiva concorrenza consentendo la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio e all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato Sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182; Sez. VI, 5 novembre 2019, n. 7538); in questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524 e 13 dicembre 2017, n. 5854).

Nella fattispecie, dall'esame degli atti di causa emerge pacificamente che l'affidamento in questione è sotto soglia e che l'Amministrazione ha avviato non una procedura aperta, ma negoziata, potendo partecipare alla stessa soltanto gli operatori invitati a seguito di un avviso di preinformazione che è stato pubblicato solo sul sito dell'Amministrazione e non anche nelle forme previste per la procedura di evidenza pubblica; pertanto, la fattispecie rientra pienamente nelle ipotesi di applicazione del principio di rotazione.

La giurisprudenza si è già pronunciata su questioni analoghe a quelle dedotte in questa sede, affermando che "il principio di rotazione si riferisce propriamente non solo agli affidamenti ma anche agli inviti" e che "detto principio di rotazione trova applicazione non solo per gli affidamenti diretti sotto soglia, ma anche per le procedure negoziate di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia" (quale è quello in esame) rispetto alle quali il principio di rotazione è stato già ritenuto obbligatorio dalla giurisprudenza" (Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831; Tar Sicilia, Catania, 15 giugno 2021, n. 1957).

La rotazione non si applica, invece, come precisato nelle Linee Guida Anac, qualora il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Tuttavia, la procedura aperta, di cui all'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, è ben diversa da quella utilizzata nel caso di specie, in quanto richiede la pubblicazione di un bando e forme di pubblicità comprensive della pubblicazione in G.U. e in GURI, ove richiesto; non si procede, poi, mediante inviti a presentare offerta, poiché i partecipanti possono direttamente presentare le offerte secondo quanto previsto nel bando.

La procedura negoziata senza bando utilizzata dall'Amministrazione nel caso di specie non può quindi essere qualificata come "sostanzialmente" aperta, come dedotto dalla ricorrente, in quanto la stazione appaltante ha utilizzato lo strumento della manifestazione di interesse alla ricezione dell'invito proprio per verificare la presenza di un numero sufficiente di operatori interessati limitando, però, la partecipazione alla seconda fase di gara ai soli operatori selezionati, sulla base di requisiti quantitativi e qualitativi, fra cui proprio l'assenza di cause di esclusione di cui al citato art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

Ne consegue la legittimità dell'operato del Ministero della Giustizia, che risulta conforme al principio di rotazione nella misura in cui, in applicazione di tale principio, ha proceduto all'esclusione del concessionario uscente.

Infondate sono, poi, anche le doglianze concernenti l'insussistenza di un "collegamento sostanziale" fra le due imprese escluse, di cui al terzo motivo: le due società Ortensia e Alca 2007 hanno il medesimo rappresentante legale, che ha, tra l'altro, sottoscritto la manifestazione di interesse alla partecipazione alla gara de qua sia per la Ortensia s.a.s. che per la Alca 2007 s.r.l., utilizzando per le procedure di iscrizione alla piattaforma telematica e l'invio delle istanze in piattaforma telematica il medesimo IP (identificativo del computer/punto di accesso alla rete); entrambe, inoltre non presentano "organi di governo" disgiunti dalla rappresentanza legale, sicché risulta evidente la coincidenza dei due centri decisionali.

Tali circostanze sono state dettagliatamente esaminate nella determina di esclusione impugnata.

Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito l'art. 2359 c.c. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi di collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi

plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento distorsivo delle regole di gara tra imprese partecipanti alla gara (Cons. di Stato n. 1091 del 2013); tali plurimi elementi possono essere, a titolo esemplificativo, costituiti, oltre che da intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese (come nel caso di comunanza o intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici), anche dalla contiguità di sede, dalla predisposizione di buste identiche contenenti offerte, da documenti redatti in modo identico, da identiche modalità formali di redazione delle offerte, da strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, da significative vicinanze cronologiche tra attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzie delle offerte, da fideiussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio, nonché dalla spedizione con lo stesso corriere (Cons. Stato 17 gennaio 2023, n. 582; n. 3057/2017 n. 496/2017).

Il Consiglio di Stato ha, poi, precisato che “la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo” (*ex multis*, Cons. Stato, 16 febbraio 2017, n. 496; 10 maggio 2017, n. 2173).

Ed invero, la fattispecie del collegamento sostanziale fra concorrenti è qualificabile come “di 'pericolo presunto' (con una terminologia di derivazione penalistica), in coerenza con la sua 'funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica', e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della

selezione 'non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi'" (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 luglio 2016, n. 3057; 1° agosto 2015, n. 3772).

Anche sotto tale profilo, quindi l'operato dell'Amministrazione, che ha rilevato gli indici essenziali del collegamento tra le due società nell'identità del rappresentante legale, della sede e nella provenienza dell'offerta dal medesimo indirizzo, risulta immune dai vizi dedotti.

Infine, deve essere disattesa l'ultima censura, con la quale è stato contestato il difetto della motivazione della determina di esclusione, considerato che, come sopra evidenziato, l'Amministrazione ha dato conto sia dell'applicazione del principio di rotazione, che della sussistenza di un collegamento sostanziale tra le due società.

Entrambi i ricorsi devono quindi essere respinti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna le ricorrenti alla rifusione in favore dell'Amministrazione resistente delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Matthias Viggiano, Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI