

N. 01926/2025 REG.PROV.COLL.
N. 02402/2024 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 Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2402 del 2024, proposto da La Lucente di Maria Lombardo & Figlie S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B1F2CEF4C8, rappresentata e difesa dagli avvocati Ignazio Scuderi e Liliana D'Amico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Dipartimento per la Mobilità Sostenibile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale di Catania, domiciliataria ex lege in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Zenith Services Group S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Napoli, Cristiano Giovanni Gasparutti e Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

dei seguenti atti e/o provvedimenti:

- la Determina del Direttore Generale del 20 novembre 2024, numero 90, comunicata a mezzo pec il 21 novembre, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva nei confronti della Zenith Services Group s.p.a. dell'affidamento del servizio di "pulizia del parco autobus" in dotazione alla ferrovia Circumetnea" C.I.G. B1F2CEF4C8;
 - la "Lettera di invito ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. e) del d. lgs. 36/2023, per l'affidamento del servizio di "pulizia del parco autobus" in dotazione alla Ferrovia Circumetnea" del 3 giugno 2024 nella parte in cui è stata invitata la controinteressata;
 - la Determina a contrarre del Direttore Generale del 3 giugno 2024, n. 48 con la quale è stato disposto di avviare la Procedura telematica negoziata per l'affidamento servizio di "PULIZIA AUTOBUS", senza prevedere di escludere il gestore uscente, oggi controinteressato dai soggetti da invitare alla procedura;
 - i verbali di gara: in seduta pubblica n. 1 del 27 giugno 2024 e n. 2 del 5 luglio 2024 ed il verbale di Verifica Anomalia n. 1 del 16 luglio 2024, n. 2 dell'1 agosto 2024 e n. 3 del 30 settembre 2024, nonché i verbali di verifica dei tempi di esecuzione;
 - nonché di ogni altro atto e/o provvedimento antecedente o successivo, comunque presupposto connesso e/o consequenziale;
- nonché
- per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione ed a subentrare nel contratto medesimo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea, della Zenith Services Group S.p.A. e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Dipartimento per la Mobilità Sostenibile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2025 la dott.ssa Valeria Ventura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la Lucente s.r.l. impugna i provvedimenti in epigrafe con i quali la Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea (di seguito "FCE") ha disposto l'aggiudicazione nei confronti della Zenith Services Group s.p.a. dell'affidamento del servizio di pulizia del parco autobus in dotazione alla ferrovia Circumetnea esperito con procedura telematica negoziata ai sensi dell'art. 50 comma 1, lett. e) del D. Lgs. 36/2023 per l'importo a base di gara di € 430.000,00 per la durata stimata in 24 mesi e comunque sino ad esaurimento dell'importo contrattuale.

Espone, in punto di fatto, parte ricorrente quanto segue: a) la FCE, nel 2018, ha indetto una gara per il servizio di pulizia del materiale rotabile ferroviario e automobilistico, suddivisa in due lotti. Il lotto due, relativo alla pulizia del materiale rotabile automobilistico, è stato affidato alla Zenith Services Group S.p.A., con un contratto di due anni, poi prorogato per altri due anni; b) con determina direttoriale del 3 giugno 2024, la FCE ha avviato una nuova procedura negoziata per l'affidamento del servizio di pulizia degli autobus in scadenza il 31 agosto 2024; c) la gara è stata svolta tramite piattaforma telematica, invitando 32 operatori economici iscritti all'albo telematico dei fornitori di FCE. Tra gli invitati c'era anche il gestore uscente; d) sono pervenute sette offerte, la ricorrente e il gestore uscente hanno ottenuto entrambi 70 punti per l'offerta tecnica. La differenza è stata determinata dall'offerta economica, avendo il gestore uscente ottenuto 30 punti grazie a un ribasso del 36,31% aggiudicandosi la commessa.

Il ricorso è affidato ad un unico articolato motivo di gravame, rubricato “*Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 49 e 50, comma 2 e dell'allegato II.1 del decreto legislativo numero 36/2023-Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 2 del decreto legislativo numero 36/2023 -Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 97 della Costituzione -Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, per illogicità e irragionevolezza dell'azione amministrativa-Violazione dei principi che regolano la concorrenza e la parità delle armi tra i partecipanti?*”, con cui la ricorrente lamenta, in estrema sintesi, la violazione del principio di rotazione degli affidamenti dei contratti sottosoglia sancito dall'art. 49 del d. lgs. n. 36/2023. La stazione appaltante avrebbe illegittimamente aggiudicato il servizio alla Zenith Service s.p.a. la quale, in quanto gestore uscente, non avrebbe dovuto essere invitata.

In particolare, ad avviso della ricorrente, non troverebbe applicazione al caso di specie la deroga prevista dal comma 5 del richiamato art. 49 - secondo cui il principio di rotazione non si applica “*quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata*” - in quanto la FCE avrebbe, invece, circoscritto la partecipazione agli operatori in quel momento iscritti all'albo telematico dei fornitori, per la categoria merceologica SER1214, che sono solo 32, individuando così nominativamente i soggetti ammessi alla procedura.

La ricorrente ha chiesto, altresì, l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto a subentrare nel contratto medesimo.

2. Si è costituita in giudizio la Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea ed ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato.

3. Si è costituita per resistere al ricorso anche la controinteressata Zenith Services Group S.p.A., la quale con memoria del 10.01.2024 ha, in punto di fatto, rappresentato che il contratto di appalto è stato stipulato ed il servizio ha

conseguentemente preso avvio a far data dal 1° dicembre 2024. In diritto ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato atteso che, in sintesi, FCE avrebbe utilizzato un albo informatico aperto a tutti gli operatori economici qualificati, senza filtri selettivi, garantendo così un meccanismo di apertura alla partecipazione e un'effettiva concorrenza.

3. Con ordinanza n. 31 del 17 gennaio 2025, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare ai soli fini della sollecita definizione del giudizio nel merito ex art. 55 comma 10 cod. proc. amm..

4. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno scambiato memorie e repliche.

5. Alla pubblica udienza in data 26 marzo 2025, la causa è stata discussa e posta in decisione.

6. Il ricorso è infondato e va respinto, atteso che, ad avviso del Collegio, legittimamente l'Amministrazione resistente non ha applicato il principio di rotazione in ragione della natura sostanzialmente aperta della procedura oggetto di esame.

6.1. Come affermato dal Consiglio di Stato nel vigore del vecchio codice dei contratti pubblici, con argomenti utilizzabili anche nell'attuale quadro normativo, *“è ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168). L'art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò indica che la norma che impone l'applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall'art. 36 cit.); in queste ultime, il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non*

deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate” (Consiglio di Stato, Sez. V, 22.2.2021, n. 1515; cfr., inoltre, T.A.R. per il Lazio, Sez. II, 9.12.2020, n. 13184).

Secondo le richiamate Linee guida ANAC, infatti, *“Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all’affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all’assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. 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”*.

La non operatività del principio in caso di procedure ordinarie o, comunque, di procedure sostanzialmente aperte trova spiegazione nella circostanza che il principio in esame *“costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata* (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); *esso ha infatti l’obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l’effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all’amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio* (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). *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, V, 12

giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854)” (Cons. Stato, Sez. V, 15.12.2020, n. 8030).

Per tali ragioni, come chiarito dal T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 6 aprile 2021, n.881 - che ha esaminato ad *imis fundamentis* l’istituto della rotazione, spiegando ampiamente le condivisibili ragioni sottese all’esigenza di porre limiti interpretativi stringenti all’applicazione di tale figura (cfr- paragrafo 8.4) - il principio di rotazione non opera 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”* (T.A.R. per il Veneto, Sez. I, 26.3.2021, n. 389) Infatti, laddove la stazione appaltante *“apra al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un’offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un’Amministrazione, ma significa non favorirlo (arg. ex T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018, n. 493)”* (T.A.R. Veneto, Sez. I, 23.9.2019, n. 1021, confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, 27.11.2020, n. 7462)”.

Ne discende, in sostanza, che lo spazio di applicazione del principio di rotazione risulta circoscritto:

“i) sul piano oggettivo agli affidamenti diretti ed alle procedure negoziate nelle quali attraverso gli “inviti” la S.A. limiti la partecipazione alla procedura, scegliendo come partecipanti solo alcuni dei potenziali operatori economici con conseguente non operatività nelle diverse ipotesi in cui la procedura sia aperta a tutti gli operatori del settore o a coloro che rispondono positivamente ad una manifestazione preventiva di interesse alla partecipazione alla stessa; in tal caso, infatti, l’ampia possibilità di partecipazione alla procedura garantisce un legittimo confronto competitivo precludendo in radice la creazione di indebite posizioni di rendita o, comunque, di distorsione del gioco della concorrenza;

ii) sul piano soggettivo ai soli affidamenti diretti o alle procedure effettivamente negoziate in cui, come già evidenziato, si operi una selezione preventiva degli operatori precludendo, quindi, a tutti i soggetti operanti in un mercato o in un determinato ambito di partecipare al confronto per la migliore offerta e la conseguente aggiudicazione.”(cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, cit.).

6.2. Tale soluzione è stata recepita dall’art. 49 del decreto legislativo n. 36/2023, che – come ricordato dal Consiglio di Stato nella relazione allo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici – prevede il principio della rotazione quale *“principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia, in attuazione dell’art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78”*.

Il comma 5 dell’art. 49, in particolare, stabilisce che il principio di rotazione non si applica quando l’indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata; tale previsione si giustifica *“in quanto in detta ipotesi non ricorre la ratio che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all’esito dell’indagine di mercato”* (cfr. relazione del Consiglio di Stato cit.).

6.3. Applicando i principi esposti al caso di specie osserva il Collegio come la procedura seguita dalla Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea non possa ritenersi ristretta ma, al contrario, sia concretamente aperta alla partecipazione di tutti gli operatori interessati.

Infatti la FCE:

- con delibera n. 1103 del 10.5.2019, ha approvato il *“Regolamento per l’istituzione e la gestione telematica dell’elenco operatori economici da consultare per affidamenti di lavori, beni e servizi e l’utilizzo delle procedure di gara telematica”* con importi sotto la soglia comunitaria,

pubblicato in sulla V serie speciale – contratti pubblici della G.U.R.I. n.58 del 20.05.2019;

- l'art. 12 del richiamato regolamento ha espressamente previsto che *“Al fine di poter essere invitati alle procedure negoziate o ricevere la richiesta di un affidamento diretto, ove previsto dal codice, gli operatori economici dovranno essere abilitati al presente albo telematico”*;
- con avviso, pubblicato contestualmente all'approvazione del richiamato regolamento, sulla V Serie Speciale della GURI N. 58 del 20.5.2019, nonché sul quotidiano a tiratura nazionale “La Repubblica” del 28.5.2019, sul quotidiano a tiratura nazionale “La Stampa” del 28.5.2019, sul quotidiano a tiratura regionale “Quotidiano di Sicilia” del 25.5.2019, sul quotidiano a tiratura regionale “La Sicilia” del 25.5.2019, ha reso nota l'attivazione dell'albo aperto informatico dei fornitori;
- il medesimo avviso è stato pubblicato nella sezione “Fornitori” del sito istituzionale www.circumetnea.it in data 23.5.2019, unitamente al link necessario alla trasmissione della richiesta di iscrizione.

In definitiva, ritiene il Collegio che la FCE, avendo pubblicato un avviso rivolto indistintamente a tutti gli operatori del settore, con il quale ha chiarito la volontà di formare un elenco di potenziali fornitori provvisti dei requisiti richiesti da invitare alle procedure negoziate ex art. 63 del D.lgs. n. 50/2016, ed avendo invitato tutti i 32 operatori iscritti all'albo (al quale l'iscrizione era peraltro consentita senza limitazioni temporali), ha realizzato un meccanismo sostanzialmente equivalente all'indizione di una procedura aperta, determinando l'inapplicabilità nel caso di specie dell'invocato principio di rotazione.

Ne consegue che nessuna delle violazioni lamentate dalla ricorrente è ravvisabile nell'operato dell'amministrazione che in definitiva non ha posto alcun limite al numero degli operatori.

7. Il ricorso, per quanto sin qui considerato, deve essere dunque respinto.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore delle controparti costituite, che liquida in € 2.000,00, oltre oneri di legge, in favore di Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea e in € 2.000,00, oltre oneri di legge, in favore di Zenith Services Group S.p.A..

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Primo Referendario

Valeria Ventura, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valeria Ventura

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO