

Pubblicato il 03/06/2019

N. 07062/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04544/2019 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4544 del 2019, proposto dalla società L'Eco della Stampa S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Alessandria n. 130;

contro

Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Sandulli e Benedetto Cimino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Fulcieri Paulucci de'Calboli n. 9;

nei confronti

Data Stampa S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. AAL/P/0000516/19 del 14.03.2019, comunicato in pari data, recante l'aggiudicazione definitiva in favore di Data Stampa S.r.l. dell'affidamento del servizio completo di rassegna stampa ad uso di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. e relativi servizi di manutenzione ed assistenza del software connesso ai fini della prestazione e della gestione del servizio stesso (CIG 77263219C8);

- della lettera di invito prot. n. AAL/P/0002225/18 del 21.12.2018 con la quale Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. ha invitato Data Stampa S.r.l. alla procedura;

nonché

- per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio, e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione diretta dell'appalto e/o subentro nella gestione del servizio per l'intera durata contrattuale originariamente prevista.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cassa Depositi e Prestiti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 la dott.ssa Marina Perrelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso

- che, con determina a contrarre prot. n. AAL/P/0002226/18 del 21.12.2018, Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. ha indetto una procedura negoziata *ex art.* 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, avente ad oggetto l'affidamento per 24 mesi “del servizio completo di rassegna stampa ad uso di Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. e relativi servizi di manutenzione e assistenza del software connesso ai fini della prestazione e della gestione del servizio stesso”, per un importo totale a base d’asta di €. 216.000,00, IVA esclusa, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con attribuzione di 80 punti massimi per la qualità e 20 per il prezzo;
- che, con lettera prot. n. AAL/P/0002225/18 del 21.12.2018, Cassa Depositi e Prestiti S.p.A ha invitato tutti gli operatori economici qualificati iscritti nel proprio albo fornitori (specificamente Adn Kronos S.p.A., Agenzia Ansa s.c.ar.l., Agenzia Nova s.r.l., Asca S.p.A., Nove Colonne s.c., Volo.com s.r.l., L’Eco della Stampa S.p.A. e Data Stampa s.r.l.) a presentare un’offerta entro la data del 21.1.2019;
- che hanno presentato domanda di partecipazione solo due operatori economici: L’Eco della Stampa S.p.A. e Data Stampa s.r.l.;
- che, mediante il provvedimento prot. n. AAL/P/0000516/2019 del 14.3.2019, Cassa Depositi e Prestiti S.p.A ha provveduto, all’esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all’aggiudicazione dell’appalto di servizi in favore della Data Stampa s.r.l., prima graduata con il punteggio massimo di 100;
- che L’Eco della Stampa S.p.A., seconda graduata con un punteggio di 71,326, ha impugnato, in data 15.4.2019, il provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. n. AAL/P/0000516/2019,

chiedendone l'annullamento per violazione del principio di rotazione *ex art. 36* del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi di concorrenza e non discriminazione, in quanto l'affidamento del servizio in favore di Data Stampa s.r.l., gestore uscente, avrebbe pregiudicato l'effettiva possibilità di partecipazione della ricorrente;

- che Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., costituitasi in giudizio, ha eccepito, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso per omessa impugnazione nei termini e secondo il rito previsto dall'art.120, comma 2 *bis*, c.p.a. del provvedimento del 23.1.2019, con il quale la Stazione appaltante aveva ammesso a partecipare la controinteressata Data Stampa s.r.l., ribadendo, nel merito, la legittimità del proprio operato, in quanto sono stati invitati a partecipare alla gara tutti gli operatori economici qualificati ed iscritti all'albo dei fornitori, in modo da garantire la più ampia concorrenza e competitività delle offerte;

- che la controinteressata Data Stampa s.r.l., benché ritualmente citata, non si è costituita in giudizio;

- che all'udienza camerale dell'8.5.2019, la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti della possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto:

- che non è fondata e va disattesa l'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata dalla Stazione appaltante;

- che, ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi,

economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici (...);

- che ad avviso della Sezione il provvedimento pubblicato sul profilo committente in data 23.1.2019, mediante il quale si è data notizia dell'ammissione alla procedura della controinteressata di Data Stampa s.r.l., non può considerarsi immediatamente lesivo giacché la sola ammissione del gestore uscente a partecipare alla gara non preclude di per sé agli altri concorrenti il conseguimento del bene della vita, consistente nell'affidamento del servizio;

- che, peraltro, la stessa formulazione dell'art. 36 del D.lgs. n. 50 del 2016 induce a ritenere che il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti non possa essere qualificato come uno dei requisiti soggettivi del concorrente cui si riferisce l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., poiché la citata disposizione non prescrive un divieto assoluto di partecipazione alla procedura del gestore uscente, ma prevede una serie di garanzie "in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese";

- che nel merito il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni;

- che parte ricorrente lamenta la violazione del principio di rotazione in quanto la gara è stata aggiudicata al gestore uscente senza che ricorresse alcuna delle ipotesi in cui è ammessa una deroga all'applicazione del predetto principio, così come individuate dalle Linee Guida ANAC n. 4 e dalla giurisprudenza;

- che l'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016, al comma 1, così modificato dall'art. 25, comma 1, lett. a), del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, 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”;
- che l'appalto di cui si controverte è pacificamente sotto soglia e che la procedura oggetto di impugnazione non è aperta, bensì negoziata potendovi partecipare soltanto gli operatori economici iscritti nell'albo fornitori della Cassa Depositi e Prestiti che avevano ricevuto lettera d'invito;
- che pertanto, in relazione alla detta procedura opera il principio di carattere generale in virtù del quale va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “sotto soglia” (cfr. Cons. Stato, V, 5.3.2019, n. 1524; Cons. Stato, V, 13.12.2017, n. 5854; Cons. Stato, VI, 31.8.2017, n. 4125);
- che il principio di rotazione, per espressa previsione normativa, deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte e ' trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece – come ipotizzato dall'appellante – dalle modalità di affidamento, di tipo “aperto”, “ristretto” o “negoziato”), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato;

- che, pertanto, per dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e per favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che, ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o negoziato, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale (cfr. Cons. Stato, V, 5.3.2019, n. 1524);

- che conseguentemente ove la stazione appaltante intenda procedere all'invito del precedente affidatario e ove questi poi risulti aggiudicatario – come è avvenuto nel caso di specie - dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4) (cfr. Cons. Stato, V, 5.3.2019, n. 1524);

- che, pertanto, nel caso di specie la stazione appaltante aveva due possibilità: non invitare il gestore uscente o, in caso contrario, motivare attentamente le ragioni per le quali riteneva di non poter invece prescindere dall'invito;

- che la stazione appaltante, pur avendo optato per l'invito al gestore uscente, negli atti di gara non ha in alcun modo e in nessun punto esposto le ragioni per le quali riteneva di non poter prescindere dal predetto invito, tanto più considerato che quest'ultimo era stato

rivolto a tutti i fornitori iscritti nell'Albo, vale a dire a otto potenziali aggiudicatari;

- che, infatti, la stazione appaltante solo in sede di memoria difensiva ha affermato che la procedura in esame fosse perfettamente suscumbibile nelle deroghe previste dalle Linee guida n. 4 dell'ANAC in considerazione della ristrettezza delle alternative disponibili sul mercato per la categoria merceologica n. 08.42 – Agenzie di stampa, esistendo solo tre operatori effettivamente specializzati, dando atto altresì dell'espletamento del servizio in modo pienamente soddisfacente da parte di Data Stampa, come emerge anche dall'attestazione di esecuzione a regola d'arte;

- che tali motivazioni, idonee a giustificare le ragioni dell'invito del gestore uscente e, quindi, della successiva aggiudicazione della procedura, non risultano però presenti negli atti di gara, essendo state espone solo in sede di memoria difensiva;

- che la scelta di optare per l'invito del gestore uscente alla procedura negoziata e quella successiva di aggiudicargli la gara non appaiono per le suesposte ragioni rispettose del principio di rotazione di cui al più volte citato art. 36, né con la tutela della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (cfr. Cons. Stato, V, 5.3.2019, n. 1524; Cons. Stato, V, 17.1.2019, n. 435; Cons. Stato, V, 12.12.2018, n. 7024);

- che, pertanto, la violazione del principio di rotazione, *ex art.* 36 del d.lgs. n. 50/2016, nel caso di specie si sostanzia non nell'invito del precedente affidatario a prendere parte alla gara, ma nella omessa

puntuale motivazione della decisione assunta che travolge conseguentemente anche la successiva aggiudicazione;

- che, per tali ragioni, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento gravato;

- che la mancata motivazione della stazione appaltante, in ordine all'eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore, comporta l'illegittimità della partecipazione di quest'ultimo alla procedura e che l'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato, rispetto al quale non è stata evidenziata nel corso del procedimento e del successivo processo alcuna idonea causa ostativa;

- che, in considerazione della peculiarità della vicenda esaminata, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato, dichiara l'inefficacia del contratto e dispone il subentro della ricorrente nella aggiudicazione dell'appalto in questione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Marina Perrelli

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO