

Publicato il 20/12/2021

N. 01667/2021 REG.PROV.COLL.  
N. 01424/2021 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 Toscana**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1424 del 2021, proposto da Paolo Ardisson s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Vaglio e Rossella Dardano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t., e Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Provveditorato Regionale Toscana ed Umbria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

***nei confronti***

Sirio s.r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- del decreto del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Provveditorato Regionale per la Toscana e Umbria n. 669 del 5 novembre

2021, a firma del Provveditore, recante determina a contrarre con riferimento ad una *“Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, finalizzata alla conclusione di un contratto per l’affidamento del servizio per il Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli istituti penitenziari per adulti, da svolgersi mediante l’approvvigionamento e fornitura di derrate alimentari necessarie al confezionamento di pasti giornalieri completi (colazione, pranzo e cena), ai sensi del combinato disposto degli artt. 63 e 95 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. e nel rispetto dell’art. 34 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.”*, identificativo della gara 2900529, termine presentazione delle offerte 23 novembre 2021, ore 12:00;

- della lettera di invito alla gara prot. m\_dg:DAPPR19.10/11/2021.0049149.U del 10.11.2021 in toto o in subordine per la parte relativa all’esclusione dalla partecipazione alla procedura con riferimento ai lotti 18 Cig: 8970318C94 e 20 Cig: 8970367506;

- di ogni altro atto o provvedimento ai predetti presupposto, consequenziale e/o comunque connesso e lesivo delle posizioni e degli interessi giuridicamente rilevanti della Paolo Ardisson Srl, ivi compresa, se e per quanto occorra, la nota dipartimentale prot. M\_dg:GDAP.27/09/2021.0352221.U richiamata nel provvedimento sub 1), non conosciuta;

nonchè per l’ammissione con riserva in sede cautelare, anche monocratica, della Società Paolo Ardisson alla partecipazione alla procedura anche con riferimento ai lotti 18 e 20 dai quali risulta attualmente esclusa;

nonchè per la declaratoria di inefficacia del relativo contratto d’appalto che dovesse essere stipulato, ai sensi degli artt. 121 e ss. C.P.A. nelle more del presente ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria – Provveditorato Regionale Toscana ed Umbria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2021 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1 – Nell'atto introduttivo del giudizio la società ricorrente espone in fatto quanto segue:

- essa è operatore economico nel settore delle forniture carcerarie da diversi decenni e, in tale veste, esercita il servizio di vitto e sopravvitto detenuti per i lotti 18 e 20 della gara in questa sede impugnata, a seguito di aggiudicazione all'esito di procedura ad evidenza pubblica del 2013; nel 2017, alla scadenza naturale del precedente affidamento, venne indetta nuova gara, poi annullata in sede giurisdizionale; nel 2020 venne quindi indetta altra gara, anch'essa risultata illegittima in sede giurisdizionale e annullata d'ufficio dall'Amministrazione penitenziaria con decreto n. 459 del 2021;

- l'Amministrazione con provvedimento n. 26267.U del 25 giugno 2021 ha chiesto alla ricorrente la disponibilità di proseguire, in regime di proroga contrattuale, nello svolgimento del servizio di fornitura, trattandosi di servizio insopprimibile e non essendovi altra alternativa stante la particolarità della situazione;

- con decreto 669/21 del 5 novembre 2021 il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria Provveditorato Regionale per la Toscana e Umbria indicava quindi una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, finalizzata alla conclusione di un contratto per l'affidamento del servizio per il vitto dei detenuti ed internati ristretti negli istituti penitenziari per adulti della durata di mesi 6 + mesi 3 come opzione di proroga tecnica, tesa a coprire il servizio nelle more della nuova procedura di selezione ordinaria;

- la ricorrente non è stata invitata a partecipare alla procedura selettiva con riferimento ai lotti 18 e 20 di cui è attualmente appaltatrice, in applicazione

del principio di rotazione ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 50 del 2016 e Linee Guida Anac n. 4, con conseguente sua impossibilità di presentare l'offerta entro il termine del 23 novembre 2021.

2 – Avverso gli atti come meglio in epigrafe indicati è insorta parte ricorrente, formulando nei loro confronti le seguenti censure:

- con il primo motivo evidenzia che non risulta nella specie applicabile il principio di rotazione, perché le Linee Guida ANAC si riferiscono al caso di precedenti affidamenti diretti, circostanza che come evidenziato in fatto non è quella oggetto del presente ricorso; sono inoltre previsioni riferite agli affidamenti sotto-soglia, mentre qui siamo sopra la soglia comunitaria; l'adozione della siffatta procedura non raggiunge lo scopo di ridurre il numero degli operatori e snellire la procedura in quanto vengono invitati tutti gli operatori già partecipanti alla procedura annullata, tranne la ricorrente;

- con il secondo motivo evidenzia come la procedura in esame è stata indetta ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50/2016 in mancanza, tuttavia, dei requisiti previsti dalla suddetta disposizione; in particolare nel caso di specie manca sia il requisito dell'eccezionalità sia quello della non imputabilità alla stazione appaltante della situazione che ha condotto alla scelta di tale modulo negoziale; manca un'adeguata motivazione dei presupposti; la procedura per cui è causa ha un oggetto diverso da quello della gara annullata, avendo ad oggetto solo il vitto.

2 – Con decreto cautelare monocratico n. 664 del 2021 veniva accolta “l'istanza di misure cautelari provvisorie di cui in premessa disponendo l'ammissione con riserva della società ricorrente a presentare offerta anche per i lotti nn. 1/18 e 3/20 entro il termine prefissato del 23/11/2021”.

3 – Il Ministero della Giustizia e il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Provveditorato Regionale per la Toscana e l'Umbria si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso. Quanto al primo motivo, l'Amministrazione replica che non è vero che il principio di rotazione valga solo con riferimento ai contratti sotto-soglia di cui all'art. 36 d.lgs. n. 50/2016,

al contrario tale principio essendo previsto anche dall'art. 63, comma 6, in riferimento alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando; esso si applica ad ogni ipotesi di procedura negoziata come contrappeso alla discrezionalità della stazione appaltante di scegliere gli operatori da invitare. Quanto al secondo motivo, evidenzia che nella specie si è in presenza del c.d. "affidamento ponte" ex art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016, gara predisposta nelle more del completamento di una procedura ordinaria "aperta" indetta con determina a contrarre n. 592 del 18/10/2021, procedura richiamata a pagina 2 della determina a contrarre n. 669 del 5/11/2021; trattasi di procedura resa necessaria considerata l'impossibilità di poter richiedere alla Corte dei Conti – Sezione Centrale per il Controllo dei Contratti Secretati - una ulteriore proroga tecnica dei contratti in essere poiché, con adunanza del 24 settembre 2021, nel concedere la proroga tecnica a tutto il 30.09.2021, l'Organo di Controllo ha rappresentato che tale proroga rientra nell'ambito delle proroghe ammissibili con effetti limitativi inderogabili al 31.12.2021.

4 – La causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 16 dicembre 2021, ove è comparso il difensore dell'Avvocatura erariale, come da verbale; la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., dato di ciò avviso alla parte comparsa.

5 – Con il primo motivo parte ricorrente contesta la previsione del decreto di indizione della procedura negoziata senza bando laddove prevede la clausola di rotazione, per violazione dell'art. 36 d.lgs. n. 50/2016. La censura è fondata alla luce delle considerazioni che seguono.

5.1 – Il decreto n. 669 del 5 novembre 2021 prevede, per quel che qui rileva, che alla indetta procedura negoziata senza bando dovranno essere invitate *“nel rispetto dell'art. 36, comma 1, del D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii., nonché delle Linee Guida ANAC n. 4: a. gli operatori economici che gestiscono l'attuale servizio negli Istituti del Provveditorati della Toscana e Umbria, applicando (su ogni lotto) il principio di rotazione per il singolo lotto; b. gli operatori economici singoli già partecipanti e ammessi*

*alla procedura di gara aperta, indetta con determina a contrarre n. 364 del 22 giugno 2020; c. i singoli operatori economici già partecipanti in forma associata e ammessi alla procedura di gara aperta, indetta con determina a contrarre n. 364 del 22 giugno 2020 (costituiti o costituendi)”. Si è dunque in presenza di una procedura negoziata alla quale vengono invitati un novero non circoscritto di operatori economici, rappresentati dagli attuali gestori del servizio negli istituti di pena della Toscana e dell’Umbria, nonché da tutti gli operatori economici che, in forma singola o associata, abbiano chiesto di partecipare alla gara indetta nel 2020 per l’affidamento dei servizi (poi annullata in autotutela a seguito di declaratoria di illegittimità in sede giurisdizionale). Il principio di rotazione porta però ad escludere, per ciascun lotto, l’attuale gestore del servizio stesso.*

5.2 – I riferimenti normativi ai quali l’amministrazione si affida nella richiamata previsione del decreto n. 669 cit. appaiono non corretti, se è vero che si richiama una norma primaria (art. 36 d.lgs. n. 50/2016) e una previsione di c.d. soft law (Linee guida n. 4 di ANAC), entrambe riferite agli affidamenti sotto-soglia comunitaria, mentre nelle specie si è in presenza di servizi che superano la suddetta soglia di valore. È vero, come rilevato dall’Avvocatura erariale, che il principio di rotazione ha un suo ambito applicativo non esclusivamente circoscritto al settore del sotto-soglia; infatti anche l’art. 63, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 cita, proprio nell’ambito della disciplina della procedura negoziata senza bando, il principio di rotazione. Ciò tuttavia non toglie che il dato normativo evocato nel decreto impugnato sia errato e che, muovendosi nel caso in esame non nel settore del sotto-soglia, come tale estraneo all’applicazione della normativa pro-concorrenziale di stampo europeo, bensì in ambito contrattuale di rilevanza europea, sia necessario un più approfondito scrutinio della correttezza dell’applicazione del principio di rotazione, che si traduce in concreto nella preclusione della partecipazione di un operatore economico alla indetta procedura selettiva.

5.3 – Il riferito scrutinio conduce a ritenere illegittima, in quanto ingiustificatamente preclusiva della concorrenza, l’applicazione nella specie

del principio di rotazione. Risulta decisivo il rilievo che non appare sussistere nella specie una significativa limitazione degli operatori economici invitati alla selezione, giacché la gara in considerazione, pur a mezzo della procedura negoziata, risulta conformata da un'ampia partecipazione, comprensiva di tutti gli operatori economici che avevano fatto domanda di ammissione alla previa procedura aperta (poi annullata) e di tutti i gestori attuali del servizio. Rispetto a tale apertura partecipativa la rotazione imposta sul singolo lotto risulta incomprensibile, non fungendo da contraltare ad una forte componente discrezionale della stazione appaltante nella selezione degli invitati e finendo per risultare ingiustamente punitiva di un singolo operatore, sol perché gestore uscente del servizio. Senza considerare, in più, che non sussiste una perfetta coincidenza tra servizio in affidamento, gara indetta e poi annullata e gara ponte in considerazione; una diversità di oggetto che rende ancor meno convincente l'utilizzo nella specie della previsione di rotazione sul singolo lotto.

6 – Con il secondo motivo parte ricorrente censura l'atto di indizione della selezione, sul rilievo che mancherebbero nella specie i presupposti di cui all'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50/2016, in particolare i requisiti di eccezionalità e di non imputabilità alla stazione appaltante della situazione che ha condotto alla scelta di tale modulo negoziale.

La censura è infondata.

L'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 consente la procedura negoziata senza bando *“nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati”*. Nella specie sussistono i presupposti per l'accesso a tale procedura semplificata. In primo luogo essa è utilizzata, come disposto dalla norma, *“nella misura strettamente necessaria”*, cioè non per addivenire all'affidamento a regime, bensì per stipulare un contratto ponte, di durata temporale limitata, funzionale a consentire l'espletamento della

procedura ordinaria secondo le regole di evidenza pubblica comunitaria. In secondo luogo sussiste l'estrema urgenza di provvedere, che è data dall'annullamento della procedura di evidenza pubblica ordinaria, indetta nel 2020, così come della precedente indetta nel 2017; l'amministrazione, in esito all'ultimo annullamento d'ufficio, conseguente a pronunce giurisdizionali che avevano evidenziato l'illegittimità della procedura, ha disposto una proroga tecnica dell'affidamento in corso, ma la stessa, secondo quanto statuito dalla Corte dei Conti in sede di controllo, non può andare oltre il 31 dicembre 2021, con la conseguente necessità di provvedere in altro modo (cioè proprio attraverso la procedura negoziata) all'affidamento provvisorio nelle more della conclusione della nuova indetta selezione ordinaria. Né, in terzo luogo, può dirsi che la situazione di urgenza sia imputabile all'amministrazione, la quale ha provveduto ad articolare procedure selettive ordinarie, ad oggetto complesso, com'è nella specie, con una corretta tempistica, le quali tuttavia sono state poi annullate in sede giurisdizionale. Si è in tal modo venuta a determinare una necessità di provvedere, rispetto alla quale la scelta della negoziata senza bando, con ampia partecipazione degli operatori economici interessati, appare la scelta più corretta.

7 – Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere accolto solo in parte, con compensazione delle spese di giudizio, stante proprio la parziale reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il decreto 669/21 del 5/11/21 nella parte in cui dispone l'applicazione del principio di rotazione sul singolo lotto.

Spese compensate.

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



Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2021

con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Riccardo Giani**

**IL PRESIDENTE**

**Carlo Testori**

**IL SEGRETARIO**