Pubblicato il 15/06/2020

N. 00385/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00575/2019 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 575 del 2019, proposto da La Fenice Società Cooperativa Sociale e La Ginestra Soc. Coop. Sociale a r.l. Onlus, rappresentate e difese dagli avvocati Luigi Patricelli e Giuseppe Buonanno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Patricelli in Roma, via Archimede n. 143;

contro

Anconambiente S.p.A., rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Casali, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Carotti in Ancona, corso Mazzini n. 160;

nei confronti

R.A.U. Raccolta Abiti Usati ed Altro - Società Cooperativa a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Zazza ed Eleonora

Zazza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Roberto Zazza in Roma, viale Giuseppe Mazzini 73;

Ditta Nicoletti Giancarlo;

per l'annullamento

- della Determinazione di Anconambiente S.p.a. del 26/11/2019, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio di raccolta, trasporto e recupero degli indumenti usati ed accessori (cer 20.01.10) provenienti dalla raccolta differenziata dei comuni gestiti da Anconambiente spa. 2019-2022 - CIG: 7964667b1f;

- della Delibera n. 53 del 3/7/2019 di Anconambiente Spa, che ha indetto la procedura di gara,

e per

- il risarcimento dei danni, primariamente in forma specifica tramite l'affidamento dell'appalto o, in subordine, per equivalente;

- l'annullamento del diniego di accesso, adottato da Anconambiente, con note del 17/12/2019 e per il conseguente accesso integrale agli atti di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anconambiente S.p.A. e di R.A.U. Raccolta Abiti Usati ed Altro - Società Cooperativa a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84, comma 5, del DL n. 18/2020 convertito nella Legge n. 27/2020;

Visto l'art. 4, comma 1, del DL n. 28/2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2020 il dott. Gianluca Morri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le ricorrenti partecipavano, in costituenda ATI tra loro, alla procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e recupero degli indumenti usati ed accessori provenienti dalla raccolta differenziata dei comuni gestiti da Anconambiente (stazione appaltante), da assegnare con il criterio del massimo rialzo sul prezzo annuale posto a base d'asta (€ 70.000,00) e per la durata di 36 mesi (triennio 2019/2022).

All'esito delle operazioni di gara, si collocavano al terzo posto avendo offerto un prezzo annuo di € 71.500,00.

Al primo e al secondo posto si collocavano le controinteressate avendo offerto, rispettivamente, € 126.640,00 ed € 77.000,00 annuali.

Con l'odierna iniziativa giudiziaria le ricorrenti mirano all'esclusione delle prime due imprese che le precedono in graduatoria.

Si sono costituiti, per resistere al gravame, Anconambiente e la ditta R.A.U. Soc. Coop. (prima classificata).

2. Il ricorso è infondato nel merito, per cui il Collegio ritiene di soprassedere dal trattare l'eccezione di integrale inammissibilità della memoria, di parte ricorrente, depositata in data 25/5/2020 alle ore 21:14. Sarà invece trattata, nell'ambito del terzo motivo, l'eccezione di inammissibilità parziale.

3. Con la prima censura viene dedotta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36, commi 1 e 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016, contraddittorietà rispetto alle linee guida ANAC n. 4, punto 3.6, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di

istruttoria. In particolare le ricorrenti deducono violazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, ritenendo essere state illegittimamente invitate le prime due classificate, poiché: la R.A.U. Soc. Coop. era l'affidatario uscente avendo gestito il servizio nel periodo 2017/2018 con proroga fino al 28/9/2019; la ditta Nicoletti Giancarlo (seconda classificata) era stata affidataria nel triennio 2015/2017 (a seguito di gara) e negli anni precedenti per affidamenti diretti. A parere delle ricorrenti, tali ditte si sono ingiustificatamente trovate in posizione di vantaggio, rispetto agli altri concorrenti, disponendo di informazioni privilegiate acquisite negli anni di gestione del servizio, come dimostra il notevole prezzo offerto dalla prima classificata (€126.640,00, quindi superiore di oltre € 56.000 rispetto al prezzo base d'asta di € 70.000).

La censura è infondata.

Anche a voler sostenere che, nella gara in oggetto, trovi applicazione il principio invocato dalle ricorrenti (qui invece negato dalla stazione appaltante), va ricordato che per orientamento giurisprudenziale, anche di questo Tribunale, tale principio non opera in modo assoluto ed inderogabile poiché, in determinate circostanze e previa adeguata motivazione, l'amministrazione può estendere l'invito anche al gestore uscente (cfr. da ultimo, TAR Marche, 13/3/2020 n. 187 e giurisprudenza ivi richiamata).

Di ciò paiono ben consapevoli le ricorrenti che, con il secondo motivo di gravame, contestano infatti anche la giustificazione, fornita dalla stazione appaltante, per estendere l'invito al precedente gestore (R.A.U. Soc. Coop.).

Peraltro va osservato che se lo scopo della norma è quello di evitare il consolidarsi di rendite di posizione, nel caso in esame non si è

proceduto ad un affidamento diretto al contraente uscente, bensì ad una gara ristretta ma estesa a ben 19 operatori del settore che, come riferisce l'amministrazione resistente, costituivano i partecipanti alla precedente procedura negoziata (svolta attraverso avviso pubblico di manifestazione di interesse) oltre a nuovi operatori individuati autonomamente dalla stessa stazione appaltante al fine di invitare più operatori possibili.

Anche se non è stata quindi avviata una procedura aperta (nell'ambito della quale il principio di rotazione risulterebbe inapplicabile), si può tuttavia ritenere che l'ampia diramazione di inviti abbia comunque garantito un effetto concorrenziale sostanzialmente equivalente, essendo stato coinvolto un numero di operatori superiore a quello della precedente procedura svolta attraverso avviso pubblico di manifestazione di interesse.

Per quanto concerne il denunciato possesso di informazioni privilegiate, si potrebbe eventualmente supporre, come deducono le ricorrenti, che il considerevole aumento offerto da R.A.U. possa essere stato giustificato proprio da tali circostanze, ma ciò tuttavia non spiega invece l'offerta molto più bassa della seconda classificata (anch'essa ex gestore del servizio), di poco superiore (per € 5.500) a quella delle ricorrenti.

4. Con il secondo motivo viene dedotta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36, commi 1 e 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016, contraddittorietà rispetto alle linee guida ANAC n. 4, punti 3.6 e 3.7, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria. In particolare le ricorrenti deducono:

- che la stazione appaltante ha omesso qualsiasi giustificazione nell'avere esteso l'invito alla ditta Nicoletti Giancarlo quale affidataria nel triennio 2015/2017 e negli anni precedenti;
- che le giustificazioni fornite per estendere l'invito alla ditta R.A.U. sono generiche e tautologiche, poiché si limitano ad affermare che la stessa ha fornito una prestazione soddisfacente e sussisteva l'esigenza di evitare l'esiguità di offerte come accaduto nelle precedenti procedure.

4.1 Anche tali doglianze vanno disattese.

4.2 Il Collegio non intravede innanzitutto ragioni affinché l'amministrazione avesse dovuto fornire una specifica motivazione con riguardo alla ditta Nicoletti Giancarlo, non essendo il diretto gestore uscente. Il suo invito risulta quindi giustificato in base alle considerazioni generali già ricordate e volte ad ampliare la platea degli offerenti al massimo possibile, ponendo così in essere una concorrenzialità sostanzialmente analoga a quella che si sarebbe potuta presumere nel caso di procedura aperta. Del resto, a fronte di 19 operatori invitati, solo 4 di essi hanno proposto un'offerta (di cui una poi esclusa), confermando così i timori, della stazione appaltante, di non ricevere un numero sufficiente di offerte per svolgere un'adeguata comparazione. Nella sostanza, se fosse stato rigorosamente applicato il principio di rotazione così come pretendono le ricorrenti, esse sarebbero risultate le uniche inserite nella graduatoria finale, a tutto discapito dell'interesse dell'amministrazione (anch'esso comunque meritevole di tutela poiché interesse della collettività) ad aggiudicare il servizio alle migliori condizioni economiche offerte dal mercato.

4.3 Per le stesse ragioni deve considerarsi accettabile anche la motivazione specifica dell'invito esteso al gestore uscente (ditta R.A.U.); motivazione rafforzata dal fatto che esso aveva comunque fornito una prestazione ritenuta accettabile, quindi una garanzia di affidabilità, che costituisce anche giustificazione plausibile secondo le linee guida ANAC n. 4 (punto 3.7).

5. Con il terzo e ultimo motivo viene dedotta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, in particolare commi 1, 2, 6 e 8, del D.Lgs. n. 50/2016, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. In particolare le ricorrenti deducono che la stazione appaltante ha illegittimamente omesso di escludere automaticamente l'offerta aggiudicataria, tenuto conto del notevole rialzo offerto rispetto al prezzo a base d'asta. In subordine deducono che tale offerta avrebbe comunque dovuto essere sottoposta a valutazione di anomalia.

5.1 Sono infondate anche queste ultime doglianze.

5.2 Va innanzitutto osservato che in nessuna parte della "lex specialis" (non oggetto di gravame) venivano fissati limiti di rialzo o veniva comminata l'esclusione automatica a fronte di rialzi oltre una certa soglia.

5.3 Per quanto concerne il dedotto omesso svolgimento della verifica di congruità, è sufficiente osservare che la censura è destituita di fondamento in punto di fatto, poiché tale verifica è stata invece avviata e portata a conclusione, come emerge dai documenti versati in atti.

5.4 Deve invece essere accolta l'eccezione di parziale inammissibilità della memoria depositata dalle ricorrenti in data 25/5/2020, nella parte in cui introduce (in relazione al terzo motivo) censure

riguardanti la pretesa incongruità dell'offerta aggiudicataria per determinati profili non ritenuti adeguatamente giustificati.

Trattandosi di questioni nuove e di merito tecnico-economico (non riconducibili al terzo motivo, con cui si deducono solo questioni formali e procedurali), avrebbero dovuto essere introdotte in giudizio attraverso rituale impugnazione degli atti riguardanti la sub procedura di valutazione di anomalia attivata dalla stazione appaltante.

6. L'infondatezza della parte impugnatoria del ricorso esclude profili risarcitori.

7. Va infine trattata l'istanza, delle ricorrenti, proposta ex art. 116, comma 2, del c.p.a. e con cui si chiede l'annullamento del diniego di accesso, adottato da Anconambiente, con note del 17/12/2019.

7.1 Al riguardo va condivisa la deduzione difensiva dell'amministrazione resistente secondo cui le note del 17/12/2019 non oppongono dinieghi di accesso, ma contengono esclusivamente la doverosa informativa, alle controinteressate, per acquisire loro eventuali opposizioni.

Di conseguenza l'istanza di annullamento deve considerarsi inammissibile poiché rivolta contro atti meramente endoprocedimentali e perché alla data di proposizione del ricorso (27/12/2019) i termini per provvedere non erano ancora scaduti (alle controinteressate era infatti stato assegnato il termine del 2/1/2020).

7.2 Neppure si può sostenere, come deducono le ricorrenti, che tali note abbiano illegittimamente comportato il ritardato accoglimento dell'istanza di accesso a dopo la proposizione del ricorso, così

impedendo loro di tutelare più ampiamente le proprie ragioni in giudizio.

Al riguardo è sufficiente osservare che tale circostanza non ha comunque impedito di proporre l'odierno ricorso, con possibilità di proporre eventuali nuove doglianze, attraverso motivi aggiunti, una volta acquisita tutta la documentazione richiesta.

7.3 Per quest'ultima ragione l'istanza deve comunque considerarsi improcedibile, poiché nella camera di consiglio dell'8/1/2020 era stata accolta l'istanza di rinvio, formulata dal difensore delle ricorrenti, proprio per proporre motivi aggiunti "in relazione alla sopravvenuta conoscenza di nuovi documenti" così come riportato in verbale.

I motivi aggiunti non sono invece stati proposti e nei propri scritti conclusivi (memoria depositata il 25/5/2020 e brevi note depositate in data 5/6/2020) le ricorrenti nulla riferiscono circa il permanere dell'interesse all'accoglimento dell'istanza ex art. 116, comma 2, del c.p.a.

8. Le spese di giudizio possono essere compensate considerata la particolarità e per certi versi complessità della vicenda in esame.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe. Dichiara inammissibile e comunque improcedibile l'istanza ex art. 116, comma 2, del c.p.a.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Ancona il giorno 10/6/2020, attraverso collegamento telematico da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Gianluca Morri	**Sergio Conti**

IL SEGRETARIO