

Pubblicato il 17/07/2020

N. 04627/2020REG.PROV.COLL.  
N. 03688/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3688 del 2020, proposto dalla Società Water & Coffee S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 154/3DE;

*contro*

Istituto di Istruzione Superiore Vespucci - Colombo, Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, non costituiti in giudizio nel presente grado;

*nei confronti*

Gedac S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Seconda), n. 552/2020, resa tra le parti e concernente: procedura ristretta per l'affidamento del servizio di fornitura di bevande calde e fredde e merende confezionate mediante distributori automatici per il triennio 1 gennaio 2020 - 31 dicembre 2022;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gedac S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 120, commi 10 e 11, e 74 cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020, il Cons. Bernhard Lageder. L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.-l. n. 18 del 17 marzo 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

Ai sensi dell'art. 4 d.-l. 30 aprile 2020, n. 28 sono presenti, in collegamento da remoto, gli avvocati Daniele Granara e Andrea Netti.

1.PREMESSO che:

- il TAR per la Toscana, con la sentenza in epigrafe, ha respinto il ricorso n. 1669 del 2019, proposto dall'odierna appellante avverso gli atti della procedura ristretta sotto-soglia ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 50/2020 indetta dall'istituto di istruzione superiore I.T.C. "Vespucchi Colombo" di Livorno per l'affidamento del servizio di erogazione di

bevande calde e fredde e merende confezionate mediante distributori automatici da collocare all'interno delle sedi dell'istituto scolastico, per il triennio 2019/2020, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al fatturato stimato dall'ente in circa euro 90.000,00, alla quale erano stati invitati cinque operatori del settore;

- alla gara parteciparono tuttavia solo due imprese, e precisamente l'odierna appellata Gedac S.r.l., risultata aggiudicataria all'esito della valutazione delle offerte, e l'odierna appellante Società Water & Coffee S.r.l.;

- in particolare, il TAR adito respingeva sia il primo motivo, con cui era stata dedotta la violazione del principio di rotazione in conseguenza dell'invito della Gedac S.r.l., controllata dall'affidataria uscente DAI S.p.A., sia il secondo motivo, con cui era stata eccepita la mancata allegazione del documento di identità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (unitamente al "modello B" della documentazione amministrativa);

- avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente, sostanzialmente riproponendo i motivi di primo grado, seppure adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza;

2. RITENUTO che sia fondato il primo motivo d'appello, di violazione del principio di rotazione nelle procedure ristrette sottosoglia, in quanto:

- dalla documentazione acquisita al giudizio risulta che la DAI S.p.A. – affidataria uscente – detiene il 51% del capitale sociale della Gedac S.r.l. (v. la visure camerale relativa alla Gedac S.r.l., in atti);

- DAI S.p.A. è altresì presente, tramite il suo presidente, il suo vicepresidente e il suo amministratore delegato, all'interno del

consiglio di amministrazione della Gedac S.r.l. (quindi, con tre consiglieri su sei; v. visura camerale della DAI S.p.A., in raffronto con quella relativa alla Gedac S.r.l. e con i verbali del consiglio di amministrazione della Gedac, prodotti in giudizio);

- trattasi, dunque, di una situazione di controllo e di influenza dominanti ai sensi dell'art. 2359, n. 1) e 2), cod. civ., oltre che di consistente presenza di esponenti della società controllante nell'organo gestorio della società controllata, ossia di una situazione che – contrariamente a quanto ritenuto dal TAR – è indubbiamente rilevante ai fini della verifica della riconducibilità delle due società ad un unico centro decisionale, che, per quanto di seguito esposto, costituisce significativo indice per verificare il rispetto, o meno, del principio di rotazione sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016;

- infatti, le linee guida ANAC n. 4/2016 e ss.mm.iii. emanate ai sensi dell'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, in materia di principio di rotazione nelle gare sotto-soglia, al fine di impedire l'elusione del richiamato principio e di evitarne «l'aggiramento», fanno riferimento, tra le altre ipotesi indicate a titolo esemplificativo, 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*» (v. punto 3.6 delle citate linee guida);

- la previsione dell'art. 80, comma 5, lettera m), d.lgs. n. 50/2016, posta in tema di esclusione, si riferisce proprio alla situazione in cui un operatore economico si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 cod. civ. (che al punto 1 prevede la

ipotesi in cui una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nella assemblea ordinaria – situazione già inverata nella specie – e al punto 2 la ipotesi in cui disponga di voti comunque sufficienti per esercitare una influenza dominante), o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o relazione comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale (e in senso contrario non pare invero sufficiente la – nella specie peraltro solo parziale – diversità formale di persone addette alle cariche o la diversità di sede, partita autonoma, contatti pec diversi; nella specie, tra l'altro, dato non smentito e documentalmente comprovato, presidente, vice presidente e amministratore delegato della seconda società sono al contempo tre dei sei componenti del consiglio di amministrazione della prima società, v. sopra);

- ancorché il citato precetto sia disposto in tema di cause di esclusione (art. 80 d.lgs. n. 50/2020), è evidente che il richiamo dell'ANAC è svolto ai fini dell'applicazione pratica del principio di rotazione proprio come «*indicazione*», volta ad evitare situazioni sostanziali di «*aggiramento*» (come è chiaro dal richiamo a titolo esemplificativo);

- alla luce di quanto sopra, non è condivisibile il ragionamento del TAR di ritenere irrilevante il dato della partecipazione della detenzione del 51 per cento del capitale evocando il principio della massima partecipazione alle gare, rimanendo, tutt'al contrario, distorta la libera concorrenza dalla mancata osservanza del principio di rotazione, da accertare con criteri di natura sostanziale e non meramente formale (non a caso l'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 fa

riferimento alla «*effettiva possibilità*» di partecipazione e inviti alle piccole e medie imprese nei contratti come quello in questione);

- infatti, il principio della rotazione mira ad evitare le asimmetrie informative a vantaggio dell'affidatario uscente (e alle imprese riconducibili alla sfera di controllo e influenza), quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze, e di evitare il consolidamento di posizioni di 'rendita' destinate a restare sostanzialmente sottratte alla competizione con gli altri operatori del mercato di riferimento;

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, i sopra rilevati elementi di stretto collegamenti tra l'impresa uscente DIA S.p.A. e l'aggiudicataria Gedac S.r.l. sono di natura tale da comprovare, in modo preciso e univoco, la riconducibilità dell'impresa aggiudicataria alla sfera di controllo e di influenza dell'operatore uscente DIA S.p.A., tale da determinare un'elusione del principio di rotazione sancito dall'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 per le procedure ristrette nel settore dei contratti sotto-soglia;

- né, nel caso di specie, l'amministrazione appaltante ha fornito una motivazione puntuale in ordine alla sussistenza di giustificate ragioni di deroga al principio di rotazione (infatti, per consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle procedure di tipo ristretto o negoziato, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e, conseguentemente, ove la stazione appaltante intenda procedere all'invito del precedente affidatario e ove questi poi risulti aggiudicatario, la stessa dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento all'eventuale numero 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, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524);

3. RILEVATO che:

- l'accoglimento del motivo di appello all'esame e, quindi, del primo motivo del ricorso di primo grado, comporta l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Gedac S.r.l. – con assorbimento di ogni altra questione –, con la conseguenza che va accertato il diritto dell'odierna appellante a vedersi aggiudicata la gara, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti ad opera della stazione appaltante (va, al riguardo, precisato che la *lex specialis* di gara prevede che «*si darà luogo all'offerta anche in presenza di una sola offerta giudicata congrua*», e che il contratto non risulta ancora stipulato per effetto dell'accoglimento della domanda cautelare);

- l'accoglimento della domanda di tutela in forma specifica assorbe la domanda risarcitoria per equivalente;

4. CONSIDERATO che, in applicazione dei criteri della soccombenza e della causalità (v., in particolare, l'istanza volta a sollecitare l'esercizio dei poteri in autotutela, notificata dalla difesa dell'odierna appellante alla stazione appaltante *in limine litis* il 13 dicembre 2019), le parti appellate devono essere condannate, in solido tra di loro, a rifondere all'appellante le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 6.000,00 (seimila/00), oltre agli accessori di legge e al rimborso del contributo unificato di entrambi i gradi;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto

(Ricorso n. 3688 del 2020), lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, annulla l'aggiudicazione definitiva in favore della Gedac S.r.l., accertando il diritto della Società Water & Coffee S.r.l. all'aggiudicazione previa verifica del possesso dei prescritti requisiti; condanna le parti appellate, in solido tra di loro, a rifondere all'appellante le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 6.000,00 (seimila/00), oltre agli accessori di legge e al rimborso del contributo unificato di entrambi i gradi.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Bernhard Lageder**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio De Felice**

IL SEGRETARIO