

Publicato il 20/11/2019

N. 00993/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00584/2019 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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 584 del 2019, proposto da Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso la Segreteria di questo Tribunale, in Brescia, via Zima n. 3;

contro

Azienda Socia Sanitaria Territoriale del Garda, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, via Diaz 13/C;

nei confronti

Autosalone Fratelli Bonaglia S.r.l., Carella F.lli di Bruno e Roberto Carella S.n.c., Bianchi e Trapelli S.n.c., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione della procedura ex articoli 30, comma 1, e 36 d.lgs. 50/2016 (GARA N. 6743664 – CIG. ZD528DEEC1 Area 1 - ZD528DF3A9 Area 2 - Z1228DF602 Area 3) disposta il 19.6.2019 dall'Azienda Socia Sanitaria Territoriale del Garda in favore delle società controinteressate;
- nonché di tutti gli atti di gara, laddove sono state invitate ad offrire ed ammesse a partecipare alla gara le odierne controinteressate e della graduatoria finale, nella parte in cui non contempla al primo posto il ricorrente per tutti e tre i lotti;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, anche non conosciuto;
- della nota del 28.6.2019 di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, inviata dal Consorzio il 27.6.2019; e per la declaratoria di inefficacia dei contratti nelle more eventualmente sottoscritti ed il risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione al ricorrente o per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Socia Sanitaria Territoriale del Garda;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2019 la dott.ssa Elena Garbari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'odierno ricorrente ha partecipato alla procedura indetta dall'Azienda socio sanitaria territoriale del Garda, ex articolo 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di riparazione ordinaria di tipo elettrico/elettronico degli automezzi aziendali di sua proprietà per un periodo di ventiquattro mesi, con un importo presunto di € 39.000,00 più I.V.A.
2. L'intera procedura si è svolta in via telematica, con l'utilizzo della piattaforma SINTEL della Regione Lombardia, previa pubblicazione sul sito istituzionale dell'ASST di apposito avviso. Il servizio è stato distinto in tre lotti, corrispondenti ad altrettante aree territoriali, riferite ai diversi presidi/distretti di assegnazione dei mezzi in dotazione. L'aggiudicazione è stata disposta, in applicazione del criterio del prezzo più basso, in favore di: società Autosalone Fratelli Bonaglia S.r.l. per l'area 1, Carella F.lli di Bruno e Roberto Carella S.n.c. per l'area 2, Bianchi & Trapelli s.n.c. per l'area 3. Consorzio Parts & Services, unico ulteriore concorrente, è risultato secondo per tutti gli ambiti.
3. Con il presente gravame il ricorrente denuncia l'illegittimità dell'avversato atto di aggiudicazione per violazione del principio di rotazione sancito dall'articolo 36 del d.lgs. 50/2016, perchè gli aggiudicatari della procedura sono i gestori uscenti, ai quali, nella precedente selezione, erano già stati affidati gli stessi servizi, nonché per difetto di motivazione rispetto alla scelta di tali contraenti.
4. Si è costituita in giudizio l'ASST del Garda, instando per la reiezione del ricorso ed eccependo che il principio di rotazione nella specie non trova applicazione, trattandosi di una procedura espressamente aperta a tutti i soggetti interessati, senza alcuna

limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. Di conseguenza l'amministrazione non aveva l'obbligo di motivare l'invito dei gestori uscenti.

5. Con ordinanza cautelare n. 331 di data 10 settembre 2019 la domanda di sospensione interinale del provvedimento di aggiudicazione è stata respinta per difetto di *fumus*, ritenendo la Sezione che *“il criterio di rotazione di cui all'art. 36 codice dei contratti pubblici non pare applicabile al caso di cui si discute proprio perché la procedura in esame (che, peraltro, contempla il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, che esclude ogni forma di discrezionalità), essendo aperta al mercato, non prevedeva alcuna limitazione alla partecipazione dei soggetti interessati e che, al contrario, una applicazione del suddetto criterio avrebbe potuto determinare una limitazione del principio di massima partecipazione e della tutela della concorrenza”*.

6. All'udienza pubblica del 6 settembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Consorzio Parts & Services ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione dei tre lotti della procedura per l'affidamento del servizio di riparazione ordinaria di tipo elettrico/elettronico degli automezzi aziendali di proprietà dell'ASST del Garda, denunciandone l'illegittimità per violazione del principio di rotazione e per difetto di motivazione, lamentando che i vincitori per tutti tre gli ambiti corrispondono ai gestori uscenti già affidatari dei medesimi servizi per le stesse aree.

2. Il ricorso è infondato per le motivazioni di seguito illustrate.

3. L'articolo 36, comma 1 del d.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 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. (...)” . Il successivo comma 2 dispone che le stazioni appaltanti procedono “*per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta*” (lettera a).

4. Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

5. Peraltro, così come delineato dal richiamato articolo 36, detto principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del *favor participationis* e della concorrenza.

6. In conformità a tale lettura le Linee Guida di ANAC n. 4 (Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici) prevedono (punto 3.6) che per l'affidamento di lavori, servizi e

forniture secondo le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, *“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?”*, specificando peraltro che: *“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.”*

7. Sia l'articolo 36 del codice appalti sia le Linee guida di ANAC fanno riferimento alla rotazione degli *inviti* e degli *affidamenti*; pertanto detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica.

8. La rotazione, infatti, *“pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI,*

28.12.2011, n. 6906; TAR Napoli, II, 08.03.2017 n. 1336; TAR Lazio, Sez. II, 11.03.2016 n. 3119” (TAR Veneto, sez. I, 26 maggio 2017, n. 515): pertanto, *“ove il procedimento per l’individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l’affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l’aggiudicazione all’affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto”* (TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981)” (TAR Veneto, 515/2017 cit.).

9. Come evidenziato anche dal TAR Sardegna (sez. I, 22 maggio 2018, n. 493) del resto, *“il principio di rotazione non può essere trasformato in una non codificata causa di esclusione dalla partecipazione alle gare. Allorquando la stazione appaltante non sceglie i soggetti da invitare ma apre al mercato anche nelle procedure negoziate, 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 ha in precedenza lavorato correttamente con un’amministrazione, ma significa non favorirlo.”*

10. La rotazione pertanto deve essere intesa non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell’affidatario bensì, soltanto, di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è imperniato l’intero sistema degli appalti. (TRGA Trentino - Alto Adige, Bolzano, 31 ottobre 2019, n. 263).

11. Il Collegio è ben consapevole dei diversi orientamenti interpretativi registrati nella materia di cui è questione e delle opposte conclusioni sostenute dall'indirizzo cui aderiscono le pronunce richiamate nelle memorie di parte ricorrente. Ritiene, peraltro, che il sindacato sul rispetto del principio generale sancito dall'articolo 36 del codice appalti non possa prescindere dall'esame in concreto delle modalità di scelta del contraente utilizzate dalla stazione appaltante e da una loro specifica valutazione nell'ambito delle coordinate ermeneutiche più sopra richiamate.

12. Con riferimento alla procedura oggetto dell'odierno giudizio va evidenziato che ASST Garda ha pubblicato l'avviso dell'indizione della procedura sul proprio sito istituzionale e non ha effettuato un affidamento diretto (che pure sarebbe stato legittimo, dato l'importo del servizio) né ha rivolto un invito ad alcuni operatori economici discrezionalmente selezionati, ma ha invece demandato al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta per la prestazione del servizio, senza prevedere limiti numerici o filtri selettivi.

13. La procedura negoziata si è svolta quindi con una modalità aperta, atteso che l'amministrazione ha invitato tutti i soggetti che avevano manifestato il loro interesse, senza esclusioni o vincoli in ordine al numero massimo di operatori ammessi alla procedura. Gli operatori economici erano unicamente tenuti ad effettuare l'accesso e l'iscrizione alla piattaforma telematica Sintel, che non prevedono alcuna istruttoria o a selezione da parte dell'amministrazione.

14. Pertanto nella specie il principio di rotazione non trova applicazione, in quanto esso *“deve considerarsi servente e strumentale rispetto al principio di concorrenza su cui è imperniato tutto il sistema degli*

appalti, ed opera dunque soltanto nel caso in cui l'amministrazione abbia selezionato o comunque limitato il numero degli operatori cui attingere per gli inviti? (TAR Liguria, sez. II, 22 ottobre 2019, n. 805).

15. Ad ulteriore conferma delle suesposte considerazioni va evidenziato che il criterio di scelta degli aggiudicatari è stato individuato nel prezzo più basso e quindi in un criterio di carattere oggettivo, che assicurava l'imparzialità di giudizio della stazione appaltante, anche rispetto agli operatori economici che avevano già svolto il servizio.

16. Per le considerazioni premesse non può essere favorevolmente apprezzata la seconda censura del ricorrente, che assume violato, da parte dell'ASST, l'obbligo di motivare l'invito a partecipare alla procedura negoziata rivolto agli operatori "uscenti" e l'aggiudicazione ai medesimi della commessa, richiamando il principio, ribadito anche dalle citate Linee Anac, secondo cui *"il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente"*.

17. Un simile onere motivazionale rileva, infatti, solo nel caso di deroga al principio di rotazione quando si tratti di procedura ristretta, mentre non si configura in presenza di una procedura – come nel presente caso – aperta al mercato, rispetto alla quale il principio di rotazione non trova applicazione.

18. In conclusione il ricorso è infondato e deve essere respinto.

19. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente alla refusione all'amministrazione resistente delle spese di lite, che liquida nella somma di 2.000,00 (duemila//00) euro, oltre ad oneri dovuti per legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Elena Garbari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Elena Garbari

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO