

Publicato il 02/03/2022

N. 01425/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00614/2022 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 614 del 2022, proposto da

Viras S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Corrado, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Casavatore, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato William Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Assione Broker S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Anna Baccari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione del Responsabile dell'Ufficio Legale del Comune di Casavatore n.7 del 28.01.2022, avente ad oggetto "Aggiudicazione per

affidamento diretto sotto soglia ex art. 36, c. 2, lett. a) D.lgs. 50/2016 per il servizio di brokeraggio assicurativo. CIG.n. 9061227910” con contestuale esclusione della ricorrente dalla procedura selettiva;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casavatore e di Assione Broker S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 1° marzo 2022 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Viras s.r.l. ha impugnato, con contestuale proposizione di domanda cautelare, la determinazione dirigenziale n.7 del 28 gennaio 2022 con cui il Comune di Casavatore ha aggiudicato alla controinteressata Assione srl la procedura per affidamento diretto sotto soglia ex art. 36, c. 2, lett. a) D.lgs. 50/2016 del servizio triennale di brokeraggio assicurativo, gara da affidarsi in base alla migliore qualità tecnica del servizio. Espone la società ricorrente che, nonostante l'avviso di gara non avesse limitato in alcun modo la partecipazione, con il medesimo provvedimento di aggiudicazione l'amministrazione l'aveva esclusa, così motivando: «VIRAS s.r.l., è il gestore uscente del servizio oggetto di affidamento, sicché, in applicazione del criterio rotativo, come espressamente previsto per la presente procedura dall'art.36, comma 2°, lett.a) D.lgs. n.50/2016, come da ultimo modificato dall'art.51 Decreto-Legge 31 maggio 2021, n. 77 convertito in legge n. 108 del 29/07/2021 (affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la

stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione), per quest'ultima, in ogni caso, non può procedersi all'affidamento del servizio, sicché la stessa deve essere esclusa dall'esame dei preventivi di cui all'avviso di manifestazione di interesse». Nessun esito ha avuto l'istanza di autotutela presentata al fine di ottenere la riammissione in gara, avendo il Comune con nota n. 3954 del 2 febbraio 2022 confermato quanto in precedenza stabilito. All'aggiudicazione ha fatto seguito la stipula, in data 31 gennaio 2022 del contratto di brokeraggio assicurativo tra il Comune di Casavatore e la Assione Broker srl.

A sostegno dell'impugnazione la società ricorrente deduce che l'amministrazione avrebbe fatto errata applicazione del principio di rotazione relativamente alle procedure di gara sotto soglia in affidamento diretto, essenzialmente perché nessuna esigenza di par condicio e quindi di evitare continuità di gestione da parte del medesimo operatore economico sussiste ove la selezione si svolga in forma di procedura aperta e non ristretta, quindi assicurando pari opportunità di aggiudicazione a tutti i partecipanti. In altri termini, la società ricorrente assume «che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici trova un limite, di carattere generale, nel caso di selezione mediante procedura aperta, sulla considerazione che il principio di rotazione può essere "sterilizzato", laddove la stazione appaltante in concreto strutturi una procedura "aperta" alla partecipazione dei concorrenti interessati senza limitazioni soggettivi specifiche». Nel caso di specie, il Comune avrebbe superato il problema

dell'applicazione del principio di rotazione nella fase degli "inviti", aprendo la procedura a tutti gli operatori del settore interessati. Né rileverebbe quanto opinato nel provvedimento impugnato mediante il richiamo all'art. 1, comma 2, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, nella versione vigente dal 31 luglio 2021, a seguito delle modifiche operate da ultimo dal D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni da L. 29 luglio 2021, n. 108, dal momento che tale norma non incide sul principio di inapplicabilità della rotazione in ipotesi di procedura aperta. Tra l'altro, rileva la società ricorrente, l'inapplicabilità del principio di rotazione ai suoi danni nel caso in specie sarebbe rafforzata dalla circostanza che anche il precedente affidamento in suo favore, risalente al 2014, era avvenuto con procedura aperta.

Parte ricorrente ha altresì proposto istanza di risarcimento dei danni.

Si sono costituiti in giudizio Assione Broker s.r.l. ed il Comune di Casavatore.

La difesa comunale evidenzia che con riferimento a «l'avviso di indagine di mercato, in primo luogo è dato rilevare con immediatezza che l'accesso alla procedura di cui è causa, non possa definirsi generalizzato, essendo in realtà condizionato al possesso di specifici requisiti di natura professionale, e patrimoniale, sintomatici di consolidata esperienza acquisita al servizio della P.A (...) Quindi, la procedura di cui è causa non può definirsi "aperta" e priva di "specifiche limitazioni soggettive", nel senso indicato dal citato precedente giurisprudenziale, in ragione dell'elevata selettività dei requisiti minimi previsti dalla lex specialis, volti, evidentemente, a limitare la partecipazione alle sole imprese esercenti attività in modo proficuo e continuativo con la P.A., anche tenuto conto dei coefficienti minimi e massimi di applicazione delle provvigioni sui premi riscossi, stabiliti a pena di esclusione»; inoltre, «nel caso di specie, la stazione appaltante ha riservato l'individuazione della migliore offerta ad una valutazione caratterizzata da elevata discrezionalità, non prevedendo, infatti, la lex specialis, parametri di valutazione in grado di "autolimitare" l'esercizio di potere discrezionale nella valutazione dei preventivi presentati dalle ditte partecipanti». In sintesi, a parere della stazione

appaltante, nel caso di specie, sarebbero mancati due requisiti essenziali perchè si potesse derogare al principio di rotazione.

Parte controinteressata, invece, rileva che «secondo giurisprudenza acclarata (Consiglio di Stato Sezione V n. 3831/2919) risultano irrilevanti ed inidonei a compensare la mancata applicazione del principio di rotazione alcuni accorgimenti utilizzati dall'Ente appaltante quale l'espletamento di una preventiva indagine di mercato, perché, come chiarito dalla richiamata Giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma una indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata; sicchè già nella fase successiva dell'invito si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente. In definitiva l'indagine di mercato pure strumentale a garantire la più ampia partecipazione di operatori economici non rende superflua la rotazione».

Alla camera di consiglio del 1° marzo 2022, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale, avvisate le parti, ha trattenuto la causa per la decisione, sussistendo i presupposti per una definizione della controversia con sentenza in forma semplificata.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

L'art. 36, primo comma, primo periodo del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 stabilisce 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». Al secondo comma, la disposizione in esame prescrive che «fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di

cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) 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. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria».

Tali sono le norme espressamente richiamate nell'avviso pubblico per indagine di mercato, a riprova che si è in presenza di una procedura sottosoglia mediante affidamento diretto. Va poi escluso che si tratti di una procedura ordinaria, tanto alla luce di quanto stabilito nella determinazione a contrarre del 14 gennaio 2022 n. 1, in cui si specifica che «per l'acquisizione del suindicato servizio non sia possibile ricorrere all'espletamento di procedure di gare aperte o ristrette in quanto tali procedure hanno tempi di sviluppo non compatibili con le esigenze dell'amministrazione e considerato, altresì che, nel caso di specie il ricorso alle procedure ordinarie appare comunque inadeguato in ragione del valore economico del contratto da affidare, con particolare riguardo ai principi di efficienza, economicità e tempestività cui deve essere improntato l'agire amministrativo».

Dal punto di vista strutturale, l'avviso di indagine di mercato ha disciplinato un procedimento unico monofasico a cui gli operatori economici interessati, in possesso di specifici requisiti soggettivi, generali e speciali, potevano partecipare depositando entro un termine stabilito: a) una manifestazione di interesse, con allegazione dei requisiti di partecipazione richiesti; b) una relazione contenente «informazioni circa l'approccio metodologico per l'esecuzione dell'incarico, la propria struttura operativa, la propria organizzazione, i servizi che intende mettere a disposizione dell'Amministrazione e le modalità operative. Si precisa che non saranno oggetto di valutazione e, pertanto, non saranno presi in considerazione i curricula dei singoli soggetti dell'Azienda»; c) a mero titolo informativo avrebbero dovuto indicare la «percentuale massima relativa alla provvigione che si intende applicare nei confronti delle compagnie assicurative rispetto al

valore delle polizze, compresa per il RAMO RCA tra 4% (minimo) e 6% (massimo) e per gli ALTRI RAMI compresa tra 12% (minimo) e 15% (massimo). Si precisa che le percentuali indicate inferiori al minimo e superiori al massimo non saranno ritenute valide e pertanto escluse dalla selezione». Ancora, l'avviso specificava che «si precisa che l'indagine di mercato non costituisce avvio di procedura di gara pubblica, né proposta contrattuale e pertanto non vincola in alcun modo il Comune di Casavatore, che potrà procedere, all'affidamento del servizio di brokeraggio, al soggetto che riterrà a suo giudizio più idoneo. La scelta del contraente, infatti, avverrà in base alla valutazione delle attività indicate nella Relazione richiesta Sub. n.2, essendo richiesto il valore percentuale delle provvigioni solo quale (pre)requisito di partecipazione alla presente selezione, in quanto l'interesse preponderante per l'Ente non è il prezzo, che nemmeno importa per lo stesso alcuna assunzione di spesa, ma la qualità del servizio stesso».

Dalla disciplina richiamata si evince che si è in presenza di un procedimento di selezione affatto particolare - al più accostabile al paradigma della procedura negoziata, quanto al criterio di valutazione delle offerte - aperto a tutti gli operatori del settore - s'intende, in possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione - le cui proposte (offerte) sarebbero state valutate in dichiarata funzione della maggiore idoneità in termini qualitativi di quanto rappresentato nella relazione tecnica del singolo partecipante in punto di modalità di organizzazione e di erogazione del servizio. Nessuna rilevanza di tipo comparativo è stata invece attribuita all'elemento economico della proposta (provvigione), se non nei limiti di avere la stazione appaltante fissato una soglia di sbarramento individuale.

Ne discende che si è in presenza di una selezione in cui, anche per l'assenza di criteri predefiniti di valutazione, ampio spazio è riservato alla discrezionalità della stazione appaltante nell'individuazione dell'affidatario diretto.

Tanto premesso, v'è da chiedersi se a tale procedimento andava applicato il principio di rotazione, come tale ostativo alla partecipazione della società

ricorrente, quale gestore uscente del servizio.

Con la determinazione n. 7 del 28 gennaio 2022, oggetto di impugnazione, l'amministrazione nel prendere atto delle manifestazioni di interesse pervenute e dei relativi preventivi, ha deciso di escludere la Viras s.r.l., assumendo a fondamento di tale decisione che la stessa fosse gestore uscente del servizio; in particolare, nel provvedimento impugnato si ritiene che «l'art. 36, comma 2, lett. a), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riconosce alle Amministrazioni un'ampia discrezionalità nell'affidamento dei contratti, la quale deve essere bilanciata dall'applicazione puntuale dei principi di cui al comma 1° e, in particolare, del principio di rotazione, da intendersi sia degli inviti che degli affidamenti in definitiva, e che lo strumento, utilizzato per la presente procedura, della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione».

Avuto riguardo ai limiti applicativi del principio di rotazione, condivisibile orientamento giurisprudenziale ne ha offerto una lettura di tipo funzionale aderendo così al dettato normativo specifico (Consiglio di Stato sez. V, 24/05/2021, n.3999 Consiglio di Stato , sez. V , 13/10/2020 , n. 6168), assumendo che «e' ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente in tal senso Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168). L'art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò indica che la norma che impone l'applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall'art. 36 cit.); in queste ultime, il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206),

quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate».

La ratio sottesa a tale impostazione giurisprudenziale si fonda sul confronto - non infrequente in materia di affidamento di contratti pubblici - tra i principi di favor participationis, posto a presidio della posizione del concorrente che sia gestore uscente del servizio, e di par condicio, che impone di evitare che la precedente esperienza maturata da quest'ultimo nella gestione proprio di quel servizio, possa determinare condizioni a sé favorevoli in punto di maggiore conoscenza di aspetti tecnici ed economici oggettivamente idonei a agevolarlo nel confronto concorrenziale.

L'idea da cui muove la citata giurisprudenza è stata quella di un'applicazione in senso relativo del principio di rotazione, tale da non imporlo tutte le volte in cui la posizione differenziata dell'affidatario uscente possa risultare "sterilizzata" da specifiche modalità di partecipazione alla nuova selezione o di valutazione delle offerte, così da rendere influente quanto acquisito in termini esperienziali dal precedente affidamento.

Ne consegue che il principio di rotazione non occorre venga applicato alle procedure di selezione in cui l'accesso sia assicurato a tutti gli operatori del settore (procedura aperta), dal momento che la stazione appaltante non può riservare alcun trattamento di favore al gestore uscente rispetto ad altri concorrenti.

Tuttavia, l'esigenza di assicurare la par condicio, alla luce dell'incontestabile funzione proconcorrenziale del principio di rotazione, deve essere salvaguardata anche con riferimento a quanto può accadere nella fase di valutazione delle offerte o proposte, ove la mancata predeterminazione di regole oggettive di valutazione o preferenza delle stesse, può agevolare quell'operatore economico che abbia avuto una precedente specifica esperienza di gestione con la medesima stazione appaltante, soprattutto perché immediatamente precedente dal punto di vista temporale.

Invero, nel caso in cui la disciplina della selezione abbia riservato alla stazione appaltante un ampio potere di valutazione discrezionale sulle offerte, ciò rischierebbe in violazione della par condicio competitorum di far sopravanzare il concorrente gestore uscente in quanto maggiormente a conoscenza di specifici aspetti di erogazione del servizio che siano stati apprezzati e graditi dalla stazione appaltante e che potrebbero orientarlo rispetto ad altri operatori del settore a formulare soluzioni e condizioni economiche e tecniche di svolgimento che siano decisive in prospettiva dell'affidamento del nuovo periodo di gestione del servizio.

Di qui, la necessità che anche al verificarsi di simili condizioni il principio di rotazione impone di “sacrificare” la partecipazione del gestore uscente in favore della possibilità di accesso al mercato di altri operatori economici del settore.

Nel caso di specie, la procedura – non ordinaria – di selezione, sebbene rivolta a tutti gli operatori del settore in punto di partecipazione, rimetteva la valutazione delle proposte dei concorrenti interamente ad un giudizio di idoneità da parte della stazione appaltante, tuttavia in assenza di ogni aspetto che potesse essere oggettivamente e preventivamente apprezzabile, essendo stato ritenuto irrilevante l'elemento economico e decisivo quello di qualità tecnica, tuttavia anche questo privo della previsione del benchè minimo criterio oggettivo di valutazione.

Ne discende che legittimamente la stazione appaltante non ha ammesso alla valutazione delle proposte di affidamento quella della Viras s.r.l. quale gestore uscente, così avendo fatto corretta applicazione del principio di rotazione.

In conclusione, il ricorso non può trovare accoglimento, così come nemmeno al domanda risarcitoria.

La novità e particolarità delle questioni esaminate giustificano la compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Germana Lo Sapia, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO