

Publicato il 09/12/2020

N. 13184/2020 REG.PROV.COLL.
N. 09303/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9303 del 2020, proposto da

Arci Solidarietà Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Adami, Daniele Leppe e Alessandra Pugliese, con domicilio digitale come in atti e domicilio eletto in Roma, corso D'Italia 97;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marina Di Luccio, con domicilio digitale come in atti e domicilio eletto in Roma, via del Tempio di Giove 21;

per l'annullamento

- della nota di Roma Capitale – Municipio Roma III Montesacro - Direzione Socio Educativa prot. n. CD/109410 del 29 ottobre 2020, recante ad oggetto: “avviso di indagine di mercato propedeutica all'espletamento della procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36 comma 2, lettera b) e delle linee guida Anac n. 4 di attuazione del D. Lgs. 50/2016 aggiornate al D.L. 18 aprile 2019, n. 32,

convertito con legge 14 giugno n. 55, per l'affidamento del servizio “Centro Aggregativo Giovanile Muncraft” di cui alla l. 285/97 – scheda progettuale IV/6 – intervento IV/6a”, con la quale Roma Capitale comunicava alla ricorrente Arci Solidarietà Onlus che la stessa, essendo stata invitata alla precedente procedura, non potrà essere invitata alla procedura di selezione per applicazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016;

- dell'Avviso di indagine di mercato propedeutica all'espletamento della procedura da indire, ai sensi dell'art. 36 comma 2, lettera b) e delle linee guida Anac n. 4 di attuazione del D. Lgs. 50/2016 aggiornate al D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55, per l'affidamento dell'intervento “Centro Aggregativo Giovanile Muncraft” di cui alla l. 285/97 – scheda progettuale IV/6 – intervento IV/6°” (prot. n. CD/94993 del 28 settembre 2020) in parte qua, ove interpretato nel senso di consentire l'esclusione della ricorrente;

- di tutti i verbali di gara in parte qua, e di qualsivoglia altro atto e provvedimento di gara presupposto, conseguente e/o, comunque, connesso a quelli impugnati in via principale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto, la dott.ssa Giovanna Vigliotti 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 e DIRITTO

1. In data 28 settembre 2020, la Direzione Socio Educativa del Municipio Roma III Montesacro di Roma Capitale pubblicava un “*Avviso di indagine di*

mercato propedeutica all'espletamento della procedura da indire, ai sensi dell'art. 36 comma 2, lettera b) e delle linee guida Anac n. 4 di attuazione del D. Lgs. 50/2016 aggiornate al D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55, per l'affidamento dell'intervento "Centro Aggregativo Giovanile Muncraft" di cui alla l. 285/97 – scheda progettuale IV/6 – intervento IV/6a".

2. Nel suddetto avviso veniva stabilito che: *"Il Municipio Roma III Montesacro – Direzione Socio Educativa (...) intende procedere con un'indagine di mercato finalizzata ad acquisire manifestazioni di interesse e ad individuare n. 15 (quindici) Operatori Economici, da invitare alla successiva procedura finalizzata all'affidamento, da svolgersi ai sensi dell'art. 36 c. 2 lett. b) e c. 6 del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., attraverso RdO nel mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MePA), "nel 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" ai sensi dell'art. 36, c. 1 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. Tale indagine di mercato ha scopo esplorativo e, pertanto: - è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alla procedura di selezione per lo specifico affidamento; - è finalizzata alla formazione di un elenco a cui attingere e dal quale possono essere individuati n. 15 (quindici) operatori da invitare. (...) Qualora pervenga un numero di adesioni superiore a n. 15 (quindici) la Stazione appaltante procederà alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio pubblico".*

3. L'odierna ricorrente, in qualità di mandataria del costituendo RTI con Il Brutto Anatroccolo e Progetto Salute cooperativa sociale, presentava la propria manifestazione di interesse in data 9 ottobre 2020, nei termini e secondo le modalità stabilite dall'Avviso.

4. Con nota del 29 ottobre 2020, l'Amministrazione comunicava alla ricorrente che *"codesto Organismo ... non potrà essere invitato alla procedura di selezione per applicazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii".*

5. La ricorrente veniva, dunque, esclusa dalla possibilità di prendere parte alla procedura in quanto aveva partecipato alla procedura precedente relativa allo stesso servizio, pur non essendo risultata aggiudicataria dello stesso.

6. In data 30 ottobre 2020, Arci Solidarietà formulava a Roma Capitale istanza di annullamento in autotutela dell'atto di cui al punto precedente, chiedendo di essere ammessa alla seconda fase della procedura nel termine di cinque giorni. A tale istanza Roma Capitale non forniva alcun riscontro.

7. Il successivo 5 novembre 2020, la Direzione Socio Educativa del Municipio III di Roma Capitale pubblicava la Determinazione Dirigenziale avente ad oggetto *“approvazione atti di gara e contestuale avvio sulla piattaforma MePA della procedura, indetta ai sensi dell’art. 36 co.2 lett. b) e co. 6 del D. Lgs. n. 4 50/2016 ess.mm.ii., previa indagine di mercato, per l’affidamento dell’intervento “Centro Aggregativo Giovanile Muncraft”*, con la quale si avviava la seconda parte della procedura.

8. Avverso la suddetta Determinazione, con la quale veniva decisa l'estromissione dell'odierna ricorrente dalla successiva fase di gara, la Arci Solidarietà Onlus ha proposto il presente ricorso ritenendo che la stessa sia illegittima e meriti di essere annullata per i seguenti motivi:

- Violazione dell'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 4 approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1.03.2018;
- Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta.

9. Roma Capitale si è costituita in giudizio concludendo per il rigetto del ricorso.

10. All'udienza del 2 dicembre 2020, la causa veniva trattenuta in decisione con l'avvertenza della possibile definizione della controversia ai sensi del combinato disposto degli artt. 60 e art. 120, comma 6, c.p.a.

11. Il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto per le ragioni che si illustreranno nel prosieguo.

12. La questione controversa nella fattispecie concerne la legittimità dell'applicazione operata da Roma Capitale del principio di rotazione previsto

dall'articolo 36 del D. Lgs. n. 50/2016 in relazione alla procedura *de qua*, in virtù del quale la ricorrente non è stata invitata a presentare l'offerta.

13. L'articolo 36, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016 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. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50”*.

14. Come noto, e come meglio si dirà più avanti, la giurisprudenza ritiene che il principio di rotazione debba essere applicato nei casi in cui l'Amministrazione affidi l'appalto mediante affidamento diretto senza procedura selettiva ovvero mediante procedura negoziata nella quale l'Amministrazione operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare; mentre esso non trova applicazione nei casi di procedure ordinarie o, comunque, aperte al mercato.

15. In tale senso anche le Linee Guida Anac n. 4 approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1.03.2018, hanno chiarito 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”*.

16. Nel caso di specie, la normativa di gara non prevede che Roma Capitale effettui una scelta discrezionale degli operatori da invitare alla fase successiva all'indagine di mercato. Infatti, nell'Avviso di indagine di mercato propedeutica alla procedura da indire si dice solo che l'indagine di mercato *“è finalizzata alla formazione di un elenco a cui attingere e dal quale possono essere individuati n. 15 (quindici) operatori da invitare”*, e si aggiunge *“qualora pervenga un numero di adesioni superiore a n. 15 (quindici) la Stazione appaltante procederà alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio pubblico”*.

17. E', pertanto, evidente che nella fattispecie si ha una procedura con struttura bifasica, in cui ad una prima fase nella quale si sollecitano le manifestazioni di interesse, ne segue una seconda alla quale devono essere invitati tutti coloro che hanno manifestato interesse, con possibilità di ricorrere al sorteggio nel caso in cui il numero delle manifestazioni di interesse sia superiore a 15.

18. Con riguardo alla limitazione, solo eventuale, dei soggetti invitati nel caso le manifestazioni di interesse pervenute siano superiori a 15, va rilevato che tale limitazione non è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione bensì demandata ad un sorteggio pubblico.

19. Nel caso di specie, pertanto, le regole di gara cui l'amministrazione si è autovincolata con riguardo alla selezione dei partecipanti, sono più simili a quelle proprie di una procedura ordinaria che a quelle tipiche di una procedura negoziata, e di questo non si può non tenere conto nell'applicazione del disposto di cui al citato articolo 36.

20. Va, inoltre, rilevato che, come emerge dalla Determinazione Dirigenziale rep. n. CD/1924 del 05.11.2020, nel caso di specie non è stato nemmeno necessario ricorrere al sorteggio, in quanto il numero di operatori che hanno manifestato interesse è stato pari a nove.

21. La giurisprudenza ha in più occasioni avuto modo di precisare il peculiare contesto entro il quale il principio di rotazione risulta essere obbligatorio. Tale principio è applicabile negli appalti sotto soglia comunitaria, ove i potenziali partecipanti sono, per la maggior parte, piccole e medie imprese a carattere locale. L'applicazione di questo principio tutela l'avvicendamento (in primo luogo negli inviti e, conseguentemente, nell'aggiudicazione) fra i diversi operatori economici aspiranti. In sostanza il principio di rotazione deve trovare applicazione nelle procedure negoziate in cui l'amministrazione appaltante non consente, a monte, la partecipazione da parte di tutti gli operatori economici alla gara, ma solo ad una parte selezionata, da essa stessa, tramite la scelta nell'individuazione dei soggetti da invitare (rosa di operatori

discrezionalmente scelti). La partecipazione, in tal caso, non è generale ma è consentita soltanto su invito. L'invito diviene espressione di discrezionalità della PA in ordine alla scelta di quali operatori ammettere alla competizione per l'aggiudicazione del contratto pubblico.

22. Nel descritto contesto, la sussistenza di una selezione ristretta dei soggetti da invitare implica che, qualora nella rosa vi sia anche l'operatore uscente (ovvero invitato alla precedente edizione della gara) con pretermissione di altri potenziali offerenti, scatta la tutela del principio di rotazione, per garantire l'avvicendamento.

23. Nella fattispecie non ricorrono i presupposti per l'applicazione del principio di rotazione che, ove invece applicato, avrebbe l'effetto di limitare ingiustificatamente la concorrenza anziché di favorirla come meglio si spiegherà nel prosieguo.

24. Nella procedura sotto soglia attuata dalla stazione appaltante, infatti, non è stata compiuta alcuna scelta discrezionale a monte, nell'individuazione degli operatori economici da ammettere o da escludere. Roma Capitale ha avviato una iniziale indagine di mercato esplorativa, tramite avviso pubblico, per la manifestazione di interesse alla partecipazione alla gara aperta a tutti gli operatori economici interessati, senza operare alcuna restrizione nella possibilità di richiedere di essere invitati alla procedura negoziata. Nel solo caso in cui gli operatori interessati fossero stati più di 15, Roma Capitale avrebbe operato una selezione tra gli stessi mediante sorteggio pubblico, anche in tal caso non esercitando alcuna discrezionalità nella scelta dei 15 soggetti da invitare.

25. In ragione di tali regole di gara, la procedura *de qua* deve considerarsi indubbiamente aperta al mercato in quanto la stazione appaltante non ha esercitato, in concreto, un potere discrezionale (selettivo/limitativo), tale da favorire l'operatore uscente, ovvero gli operatori invitati in precedenza, in danno di altri soggetti aspiranti, specie se si considera che, alla luce del

numero di operatori che hanno manifestato interesse, non vi è stata nemmeno la necessità di operare il sorteggio pubblico ai fini della selezione.

26. Sono stati, infatti, solo nove gli operatori che hanno manifestato interesse, tre dei quali, tra cui la ricorrente, sono stati esclusi per aver partecipato alla precedente edizione della gara, con la conseguenza che sono stati solo sei gli operatori invitati a presentare offerta. Appare, pertanto, evidente che così facendo Roma Capitale ha ingiustificatamente ridotto la rosa dei potenziali offerenti, in danno sia degli operatori esclusi sia della stessa amministrazione che si è preclusa la possibilità di beneficiare di un confronto competitivo più ampio.

27. Nel contesto fattuale-giuridico descritto, l'esclusione della ricorrente, in applicazione del principio di rotazione, determinerebbe, pertanto, una significativa contrazione del numero di imprese partecipanti, con lesione effettiva del principio di concorrenza. Come evidenziato dalla giurisprudenza, infatti, il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve, quindi, trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultima.

28. Il principio di rotazione, infatti, se applicato al di fuori dei casi che ne giustificano la *ratio* rischia di tradursi in una causa di esclusione dalle gare non codificata. Quando la stazione appaltante ricorre a strumenti di impulso al mercato, come avvisi pubblici per manifestazione di interesse, e quindi non sceglie i soggetti da invitare, ha perciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato con un'amministrazione, ma significa non favorirlo.

29. Nel caso di specie, il sistema di gara disegnato da Roma Capitale per la selezione dei potenziali offerenti, elimina in radice ogni discrezionalità dell'amministrazione nella individuazione degli operatori da invitare, individuazione che è, nella sostanza, lasciata al mercato; cosicché l'applicazione del principio di rotazione nella fattispecie determinerebbe una ingiustificata restrizione della concorrenza.

30. In conclusione, alla luce dei principi richiamati e della loro applicazione alla fattispecie, il ricorso avverso i provvedimenti da cui deriva il mancato invito della ricorrente alla procedura oggetto del presente giudizio, è fondato e deve essere accolto, con la conseguenza che Roma Capitale dovrà invitare la ricorrente alla suddetta procedura, consentendo alla stessa la presentazione dell'offerta.

31. La peculiarità della controversa giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Giovanna Vigliotti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanna Vigliotti

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO