

Publicato il 17/02/2020

N. 00101/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00702/2019 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 Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 702 del 2019, proposto da DAB S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Mariani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

CITTA' METROPOLITANA DI CAGLIARI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Simonetta Garbati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

IVS ITALIA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Netti, Cristina Brasca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio Giampaolo Secci in Cagliari, via della Pineta n. 53/B;

per l'annullamento

della procedura indetta dalla Città Metropolitana di Cagliari <per l'affidamento della concessione di n. 3 macchine distributrici di alimenti e bevande presso la Biblioteca E. Lussu - Villa Clara>;

-dei verbali delle sedute della Commissione Giudicatrice e relativi provvedimenti di seguito assunti (tra gli altri la Determinazione Servizi Bibliotecari n. 75 del 29.07.2019) e del conseguente provvedimento di aggiudicazione (nota prot. registro ufficiale 0020837 01-08-2019) con la quale è stata data comunicazione all'odierna ricorrente degli esiti dell'aggiudicazione,

nonché di ogni altro atto, conseguente, presupposto (quale la lettera d'invito prot. 0018941.12-07-2019) od attuativo;

-per la declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. dell'inefficacia del contratto di concessione eventualmente stipulato tra la resistente e la controinteressata;

-e per la condanna ai sensi degli artt. 30, 121, 122, 123 e 124 c.p.a., al RISARCIMENTO DEL DANNO ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza delle illegittimità della procedura e degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il conseguente SUBENTRO NEL CONTRATTO e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Città' Metropolitana di Cagliari e di Ivs Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente D.A.B. s.r.l. ha partecipato unitamente alla società controinteressata I.V.S. s.p.a. alla gara informale indetta dalla Città Metropolitana di Cagliari *<per l'affidamento della CONCESSIONE di n. 3 macchine distributrici di alimenti e bevande presso la Biblioteca E. Lussu - Villa Clara>*.

Tre sono state le ditte invitate dall'Amministrazione con indicazione del *“canone” di concessione*, base di gara, con facoltà di *“rialzo”*, di 15.000 euro per l'intero triennio.

La gara è stata aggiudicata, con la Determinazione n. 75 del 29.07.2019, alla IVS che ha offerto un *“canone” di concessione* di € 33.600.

Con ricorso depositato il 9.10.2019 la società DAB ha chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione (oltre la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto nelle more stipulato), nonché il risarcimento del danno (in forma specifica o, in subordine, per equivalente).

Sono state formulate le seguenti censure:

1)violazione di legge ed eccesso di potere - errata applicazione e/o violazione del principio di segretezza delle offerte, eccesso di potere discrezionale per errata applicazione delle prescrizioni di legge e di gara, carenza ed insufficienza di motivazione e di istruttoria;

2) violazione di legge ed eccesso di potere - violazione del c.d. *principio di rotazione*.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione che l'aggiudicataria chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 270 del 25/10/2019 la domanda cautelare è stata respinta, con le seguenti motivazioni:

“considerato che la procedura per l'affidamento della concessione è avvenuta “in forma semplificata” (inferiore a 40.000 euro), con attuazione di una gara “informale” ex art. 36 comma 2 lett. a) del Codice 50/2016 (che ammette l'affidamento diretto);

rilevato che l'utilizzo di modalità e forme telematiche per la presentazione delle offerte (via PEC, senza l'utilizzo di sistemi di “cifratura”) risultano appropriate e congrue (base d'asta 15.000 euro) , specie in considerazione del fatto che l'unica variabile era sostanzialmente il “prezzo” (unicamente offerta in aumento per la collocazione dei distributori –corrispettivo per l'utilizzo degli spazi pubblici-), senza alcuna valutazione comparativa fra offerte tecniche e offerte economiche (ma solo confronto fra preventivi);

constatato che la stessa ANAC, coinvolta per l'espressione di un parere precontenzioso (su istanza della stessa DAB), si è espressa per la legittimità della procedura prevista ed attuata dall'Amministrazione (cfr. parere del 26.9.2019 doc. 14), evidenziando che non si è verificata la violazione del principio di segretezza;

rilevato che, in questo peculiare contesto, l'invio tramite PEC non determinava la violazione di un principio di segretezza giuridicamente valutabile;

considerato che il “reinvito” del precedente concessionario (divenuto nuovamente aggiudicatario della concessione a seguito della procedura qui impugnata) era giustificato dalle particolari situazioni di mercato, connotato, in questo settore, da limitatezza degli operatori commerciali; dimostrata dal fatto che, nel caso in

esame, sono state presentate solo 2 offerte (della ricorrente e della controinteressata); con conseguente inapplicabilità di principi di rotazione”.

Il contratto è stato quindi stipulato, il 25.10.2019, per l'importo contrattuale di € 33.600.

Con successive memorie le parti hanno insistito per l'accoglimento delle rispettive tesi difensive, depositando, anche, documentazione attinente la situazione di mercato degli operatori nello specifico settore di erogazione automatica di prodotti alimentari.

All'udienza del 15.1.2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il *thema decidendum* attiene a una gara indetta dal Comune di Cagliari-Città Metropolitana nelle forme di affidamento di una “concessione” di spazi (e non per l'affidamento di contratto *di lavori-forniture-servizi*) tramite l'espletamento di una “*procedura negoziata*” con importo base di “rialzo” del “canone” di 15.000 euro per il triennio.

Assumono rilievo (specie per il secondo motivo prospettato, in materia di asserita applicabilità e violazione del principio di rotazione) gli artt. 30 e 36 commi 2° lett. a) del Codice 50/2016.

A) In riferimento alla prima censura si evidenzia, preliminarmente, che la procedura per l'affidamento della “concessione” è stata espletata “*in forma semplificata*”, analogamente alle gare *lavori-forniture-servizi*, art. 36 comma 2 lett. a del Codice appalti 50/2016, per gli affidamenti e stipula di contratti che contemplano corrispettivi (a carico dell'Amministrazione) inferiori a 40.000 euro.

Nella specie l'Amministrazione ha svolto una gara “*informale*” con invito di 3 operatori del settore (tra i quali anche il precedente aggiudicatario IVS).

La norma consente, sotto soglia, l'“*affidamento diretto*”, nella specie:

“a) per affidamenti (di lavori, servizi e forniture) 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”.

L'Amministrazione ha invitato “n. 3 ditte dell'ambito regionale sulla base del capitolato descrittivo e prestazionale allegato, e, data l'informalità della procedura (sotto soglia) con sistema di offerte segrete da inoltrare via PEC sulla piattaforma di protocollo elettronico Folium in dotazione all'ente”.

L'unica <variabile> dell'offerta, nel caso di specie, era sostanzialmente il “prezzo” :

con la peculiarità che il corrispettivo (attivo per l'Amministrazione) era concepito sotto forma di “canone di concessione” (in aumento) per l'utilizzo dello spazio pubblico (ove poter collocare i distributori all'interno dell'area della Biblioteca).

Per la modalità di presentazione delle offerte è stato previsto l'utilizzo di modalità e forme telematiche, via PEC (senza l'utilizzo di sistemi di “cifatura”), all'indirizzo pubblicaistruzione@pec.cittametropolitanacagliari.it.

Il concorrente doveva formulare il (solo) corrispettivo per l'uso dello spazio necessario.

L'Amministrazione non doveva, cioè, compiere alcuna “valutazione comparativa” delle proposte presentate, ma unicamente la verifica del miglior importo per l' “offerta del canone” (in aumento).

Sostanzialmente il criterio di aggiudicazione che era stato preventivamente individuato era costituito (solo) da quello della migliore offerta economica “al rialzo” sull'importo posto quale “canone base” di <concessione> .

In questo quadro di riferimento le modalità operative (offerte tramite PEC) previste per l'espletamento della gara “informale”, con base

d'asta 15.000 euro, somma suscettibile di “solo aumento”, risultano, a giudizio del Collegio, appropriate e congrue.

L'Amministrazione ha posto in evidenza in giudizio che *“a garanzia di assoluta riservatezza va precisato che, secondo i parametri del sistema informatico in uso nell'Amministrazione resistente, sino al momento della protocollazione le PEC non sono in alcun modo visionabili. Ed, infatti, nel caso concreto esse non son state visionate da alcuno consentendo il doveroso rispetto della segretezza delle offerte.”*

Inoltre, la stessa ANAC, che è stata coinvolta proprio per l'espressione di un “parere precontenzioso” sul punto, in riferimento a questa gara (su istanza della stessa DAB), ha affermato (cfr. parere del 26.9.2019, doc. 14) che la procedura prevista dall'Amministrazione è legittima, in quanto le modalità attuate non hanno determinato la violazione del “principio di segretezza”.

Specificamente *<si ritiene che, nel caso di specie, dato il carattere informale della procedura, l'invio del preventivo tramite pec non appare porsi in violazione del principio di segretezza delle offerte economiche che, come noto, è posto a presidio dell'attuazione dei principi di trasparenza e par condicio dei concorrenti, a garanzia “del corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale – volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata” (Cons. Stato n. 3287/2016) >.*

E le Linee Guida n. 4 del 26.10.2016 recanti “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” (aggiornate con Delibera n. 636 del 10 luglio 2019) al par. 4 prevedono che “l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importi inferiori a 40.000 euro

possa avvenire tramite *l'affidamento diretto* ed in tal caso si possa procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato, ai sensi dell'art. 32, comma 2, secondo periodo del Codice. Rappresentando, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici, una “*best practice* anche alla luce del principio di concorrenza”.

Il carattere informale della procedura di affidamento diretto, posta in essere dalla Stazione Appaltante (e preceduta dalla richiesta di tre preventivi), non comportava valutazioni comparative fra offerte tecniche ma un semplice confronto fra le proposte economicamente migliorative attinenti l'importo per il “*canone*” d'uso , nell'ambito di un contratto “*attivo*”, con previsione di somme “in entrata” per l'Amministrazione.

In questo peculiare contesto il previsto invio tramite PEC delle offerte risulta ammissibile e legittimo, non avendo tale formulazione inciso profili di tutela, giuridicamente rilevanti, in tema di mantenimento della segretezza delle offerte .

*

B)Con il secondo vizio parte ricorrente contesta il “*reinvito*” del precedente concessionario IVS, che è poi divenuto nuovamente aggiudicatario della “*concessione*” a seguito della procedura selettiva qui impugnata.

Parte ricorrente sostiene che la Società IVS (nuova aggiudicataria) non avrebbe potuto essere invitata alla gara essendo stata, in precedenza, affidataria della medesima concessione .

Lamenta Dab che non sarebbe stato rispettato dall'Amministrazione, in violazione dell'art. 36 Codice 50/2016, il “*principio di rotazione*”,

che dovrebbe garantire un sostanziale avvicendamento delle imprese invitate.

Il reinvio del medesimo operatore IVS implicherebbe, secondo la tesi della ricorrente, la violazione della norma che lo contempla per le procedure negoziate <sotto soglia> comunitaria (art. 36 Codice 50/2016).

La censura non è condivisibile.

Innanzitutto va evidenziato che il “principio di *rotazione*” viene richiamato, specificamente, dal legislatore all’ art. 36 comma 1° e comma 2°, lettere b)-c)-c bis), del Codice 50/2016 [non anche lett.a)], nell’ambito di una disposizione dedicata agli affidamenti di (soli) “*lavori – forniture – servizi*”.

Tale principio non viene, invece, richiamato dall’art. 30 dello stesso Codice , dedicato, tra gli altri, ai contratti di “*concessione*”.

Infatti, l’art. 36 del Codice 50/2016, rubricato “Contratti sotto soglia”, dispone:

*al comma primo “*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 possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50*”;

*al secondo comma “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”.

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, *nel rispetto di un criterio di rotazione* degli inviti....;

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un *criterio di rotazione* degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un *criterio di rotazione* degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle

procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

Ma la gara per la “*concessione di spazi*” , con previsione di un “*corrispettivo-canone*” (in favore dell'Amministrazione) non rientra nell'ambito delle richiamate norme che si riferiscono all'esecuzione di “*lavori-forniture e servizi*”.

Assume rilievo, invece, in questa competizione informale, l'art. 30 del Codice 50/2016 “*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e CONCESSIONI*”, che prevede, al 1° comma,:

“ L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e CONCESSIONI ai sensi del presente codice *garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza*. Nell'affidamento degli appalti e delle CONCESSIONI, le stazioni appaltanti *rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”.

Da tale quadro normativo non può affermarsi, dunque, la sussistenza di un principio generale *di rotazione* per “tutti” i contratti (l'art. 36 lo riserva per i contratti aventi ad oggetto *lavori-forniture-servizi*) includendovi anche le (diverse) gare di affidamento di *concessioni* (nel caso in esame concessione di spazi), con corresponsione all'Amministrazione di un “*canone*” in entrata (inferiore alla soglia dei 40.000 euro).

Il peculiare contratto (attivo) di <concessione> degli spazi necessari per la collocazione di distributori automatici non rientra nell'ambito d'azione diretto della disposizione dell'art. 36, in quanto la *concessione* è sottoposta all'applicazione dei soli generali principi di “*libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità*”, con garanzia di “*qualità delle prestazioni*” nonché “*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza*” (cfr. art. 30 comma 1°).

Essenzialmente il principio di rotazione è peculiare per le procedure di gara cd. “negoziate” per l'affidamento di “*lavori-servizi-forniture*”, sotto soglia, alle quali, solitamente, accedono un numero di partecipanti limitato ed inferiore rispetto alle gare “aperte”.

In particolare il legislatore ha ritenuto di garantire un “avvicendamento” degli operatori economici aggiudicatari per evitare, preventivamente, l'aggiudicazione “reiterata” di contratti pubblici di lavori-servizi-forniture, in favore del medesimo operatore economico, nelle identificate soglie di contratti.

L'affidamento di *lavori-servizi-forniture* al medesimo operatore economico, in forza di ripetuti “inviti”, è suscettibile di determinare la creazione di posizioni privilegiate, con il consolidamento di posizioni di rendita dell'operatore economico, che potrebbe vantare e conservare un rapporto “preferenziale” con la medesima stazione appaltante.

La normativa per i contratti di *lavori-servizi-forniture* sotto soglia (in particolare dai 40.000 euro fino alla soglia massima, cfr. lett.b e seguenti dell'art. 36) vuole evitare che vi sia un persistente “reiterato aggiudicatario”, operante in una quota di mercato ingiustamente favorita, con l'introduzione del principio di rotazione degli inviti.

Tale principio è applicabile negli appalti di *lavori-servizi-forniture* “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 all’affidamento di contratti di *lavori-servizi-forniture*, nell’ambito di “procedure negoziate”.

Ma va posto in evidenza il peculiare ambito oggettivo entro il quale il principio di rotazione è stato concepito come effettivamente “obbligatorio”:

affidamento di contratti per “*lavori-servizi-forniture*” nella fascia 40.000 euro-1.000.000 (cfr. lett. b-c-cbis dell’art. 36 del Codice 50/2016).

Ma per le *concessioni* la “selezione” della rosa di operatori da invitare non è subordinata al rispetto del principio di rotazione , previsione non richiamata dall’art. 30 (e neppure dalla lett. a dell’art. 36).

Nel caso in esame sono stati rispettati dalla stazione appaltante, nella gestione della gara, i principi previsti dall’art. 30 del Codice 50/2016.

Con l’espletamento di una selezione , tramite 3 inviti, riferita (solo) ad un importo-*canone*, inferiore a quello previsto dalla lett. a) dell’art. 36, norma che prevede (per contratti di *lavori-servizi-forniture*) l’ “*affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta*”.

Ed in riferimento a tali contratti (*lavori-forniture-servizi*) l’orientamento dell’ANAC, espresso in tema di “reinvito” al gestore uscente è quello di ammetterlo, a condizione che sia motivato dalla Stazione Appaltante “in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata assenza di alternative, *tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale e della*

competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento” (cfr. Linee guida n. 4 2016-2019 par. 3.7)”.

Ed il Dirigente dei servizi bibliotecari, con la Determinazione n. 89 del 25.9.2019, ha esplicitato che l'Amministrazione ha dato applicazione alle Linee guida ANAC n. 4 / 2017 invitando 3 ditte alla gara. Considerando che la lett. a) dell'art. 36 consente “affidamenti di *lavori-forniture-servizi* 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”.

Nel caso di specie l'invito è stato rivolto anche all'ultimo *concessionario* (I.V.S. Italia Spa), in quanto tale società aveva garantito (sino al mese di giugno 2019) affidabilità e idoneità nell'esecuzione delle prestazioni tramite distributori automatici (servizio di erogazione di bevande e di snack), con soddisfazione del livello economico e qualitativo da parte di oltre 500 utenti giornalieri frequentatori della Biblioteca.

In tale specifico contesto fattuale-giuridico la pretesa “esclusione” dagli inviti della controinteressata nella gara di affidamento della *concessione*, in asserita applicazione del ‘principio di rotazione’, non trova adeguato supporto normativo.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento, per onorari e spese di giudizio, di euro 4.000 , oltre accessori di legge, in favore, per la metà, di ciascuna delle parti costituite (Città Metropolitana di Cagliari e controinteressata IVS).

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Grazia Flaim

IL PRESIDENTE
Francesco Scano

IL SEGRETARIO