

Sull'applicabilità del principio di “rotazione” alle procedure pubbliche di aggiudicazione di contratti di concessione

di Cino Benelli

Data di pubblicazione: 9-5-2017

Il principio di “rotazione”, la cui ratio è quella di evitare situazioni di consolidamento in capo al precedente gestore, ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, può essere invocato anche dagli operatori economici invitati alla gara.

Detto principio è applicabile anche alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi; ciò alla luce sia del disposto di cui all'art. 164, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016, che prevede l'applicabilità, anche alle concessioni, delle previsioni della Parte II del Codice dei contratti pubblici, che dell'art. 30, comma 1, del medesimo D. Lgs. il quale, dettando le regole per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, richiama implicitamente detto principio attraverso il riferimento al più generale criterio della “libera concorrenza”.

In senso conforme, con riguardo alla legittimazione e all'interesse a ricorrere del soggetto che abbia partecipato alla procedura, ma che non sia risultato aggiudicatario: T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 27 luglio 2016, n. 1916.

In senso difforme sulla medesima questione: T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 2015.

Guida alla lettura

La pronuncia in commento affronta il tema dell'applicabilità, anche alle procedure pubbliche finalizzate all'aggiudicazione di contratti di concessione, del principio di “rotazione”, già richiamato nel previgente D. Lgs. 163/2006, ed oggi espressamente previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016 (Codice degli appalti e delle concessioni) per gli affidamenti, mediante procedura negoziata, di appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria c.d. “contratti sotto soglia”.

Il caso di specie trae origine dall'impugnazione, ad opera della società seconda classificata, dell'aggiudicazione definitiva della concessione del servizio di fornitura di bevande e snack, svolto all'interno di un Istituto scolastico; alla procedura negoziata erano stati invitati a partecipare sette concorrenti, tra cui il precedente gestore, poi risultato aggiudicatario.

In particolare, la ricorrente ha lamentato la violazione, da parte dell'Istituto scolastico che

aveva indetto la procedura in oggetto, dell'art. 36 D. Lgs. n. 50/2016 e delle Linee Guida n. 4 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in relazione alla violazione del principio di "rotazione", nonché carenza assoluta di motivazione circa l'invito del gestore uscente alla gara in questione.

All'esito del procedimento, la Seconda Sezione del T.A.R. Toscana, dopo avere sospeso in via cautelare il provvedimento impugnato dalla ricorrente, con sentenza 23 marzo 2017, n. 454, ha accolto il ricorso, ritenendolo ammissibile e fondato.

Il Collegio toscano ha dapprima risolto, in via preliminare, la questione relativa alla legittimazione e all'interesse della ricorrente a proporre il motivo di ricorso sulla scorta del maggioritario indirizzo giurisprudenziale che ritiene che debbano essere garantiti dal principio di "rotazione" non solo i soggetti che, a causa dell'ammissione del precedente gestore, non siano stati ammessi alla gara, ma anche coloro che vi abbiano partecipato e che, per la stessa ragione, non siano risultati vincitori della stessa.

Venendo, poi, alla concreta applicabilità del criterio di "rotazione" al settore delle concessioni, il Tribunale Amministrativo toscano ha rilevato come:

- la norma di cui all'art. 164, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016 (peraltro richiamata nel bando di gara) preveda l'applicabilità, anche alle concessioni, delle previsioni della Parte II del nuovo Codice degli appalti e delle concessioni "*per quanto compatibili*" e, quindi, anche dell'art. 36 del medesimo *corpus* normativo;
- l'omesso richiamo letterale del principio in questione tra i criteri di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, previsti dall'art. 30 del D. Lgs. 50/2016, possa essere superato dall'espresso riferimento al più generale criterio della "libera concorrenza" di cui il primo costituisce, senz'altro, espressione in considerazione della sua finalizzazione a soddisfare l'esigenza della maggiore apertura al mercato, senza comprimere, oltre i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente.

Risolta, quindi, la questione relativa all'applicabilità del principio di rotazione anche al settore delle concessioni, il T.A.R. Toscana ha ritenuto che - dovendo essere la fattispecie sottoposta al suo esame ricondotta nella previsione di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) del D. Lgs. 50/2016, nonché del punto 4.2.2 delle Linee Guida n. 4 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi del quale "*la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese*" - l'invito all'affidatario uscente debba rivestire carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato con riferimento, in particolare, al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione ottenuto a conclusione del precedente contratto, e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Posto che, nel caso concreto, la documentazione di gara non recava alcuna motivazione in ordine alla giustificazione dell'ammissione alla procedura del precedente gestore e l'invito ad un numero di operatori economici (sette) superiore rispetto a quello minimo prescritto dall'art.

36, comma 2, lett. b) del D. Lgs. 50/2016 dava atto, unitamente alla documentazione prodotta in giudizio dalle parti interessate alla riedizione della procedura, dell'ampiezza del mercato di riferimento e del numero piuttosto ampio dei soggetti operanti nello stesso, il T.A.R. Toscana ha accolto il ricorso, ordinando il rinnovo della gara, a partire dalla fase degli inviti alla stessa.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10 del 2017, proposto da:

Cda Vending s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale S. Lavagnini n. 41;

contro

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Convitto Nazionale Cicognini - Prato, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

nei confronti di

Supermatic s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone, Dario Rigacci, con domicilio eletto presso lo studio Ivan Marrone in Firenze, via de' Rondinelli, 2;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione prot. n. 6673 del 25/11/2016 nonché di tutti gli atti ad essa connessi presupposti ancorché incogniti (stante la mancata ostensione e con riserva di ulteriori motivi) ed in particolare della complessiva lex specialis della gara, dei verbali di gara, degli atti con cui è stata giudicata congrua l'offerta della Supermatic e delle giustificazioni di quest'ultima, del diniego implicito sulla richiesta di annullamento in autotutela della aggiudicazione nonché dell'eventuale concessione e/o contratto stipulato ancorché incognito ed infine con espressa riserva di avanzare ulteriori censure a seguito di accesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Convitto Nazionale Cicognini - Prato e di Supermatic s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2017 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente partecipava alla procedura di gara per l'affidamento per un triennio della concessione del servizio di fornitura di bevande calde, fredde e snack mediante distributori automatici indetta dal Convitto Nazionale "Cicognini" di Prato, con determina a contrarre 30 giugno 2016; alla procedura erano invitati a partecipare sette concorrenti, ma solo tre presentavano effettivamente l'offerta.

All'esito delle operazioni di gara e dopo una valutazione della non anomalia dell'offerta, la procedura era definitivamente aggiudicata (dal provvedimento 25 novembre 2016 prot. 6673 del Dirigente scolastico-Rettore del Convitto Nazionale "Cicognini" di Prato) al precedente gestore Supermatic s.p.a., mentre la ricorrente si classificava al secondo posto.

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente per: 1) violazione dei principi costituzionali di trasparenza, buon andamento ed imparzialità di cui agli artt. 97 e 98 della Cost., violazione e falsa applicazione art. 36 d.lgs. 50/2016 e delle linee guida n. 4 dell'ANAC in relazione alla violazione del principio di rotazione, carenza assoluta di motivazione circa l'invito del gestore uscente, violazione della par condicio dei partecipanti; 2) violazione e falsa applicazione art. 97 e 164 del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, eccesso di potere per macroscopiche illogicità, irragionevolezza, difetto di motivazione; 3) violazione e falsa applicazione sotto ulteriore profilo art. 167 d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, violazione e falsa applicazione principi di imparzialità, trasparenza, libera concorrenza; 4) violazione dei principi, anche costituzionali, di trasparenza parità di trattamento ed imparzialità, in quanto l'apertura delle buste recanti l'offerta risulta essere avvenuta in seduta riservata; 5) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 e degli artt. 164 e ss. del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50; con il ricorso era altresì presentata istanza di accesso ex art. 116, 2° comma c.p.a. alla documentazione relativa alla giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata dalla controinteressata e domanda di tutela risarcitoria in forma specifica mediante aggiudicazione della procedura alla ricorrente o subentro nel contratto eventualmente stipulato.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni intimata e la controinteressata, controdeducendo sul merito del ricorso e formulando (la sola Supermatic s.p.a.) eccezioni preliminari di inammissibilità del primo motivo di ricorso e irricevibilità della terza censura.

Con ordinanza 24 gennaio 2017, n. 52, la Sezione accoglieva la domanda cautelare presentata con il ricorso, sospendendo l'esecuzione degli atti impugnati.

In via preliminare, deve essere dichiarata l'improcedibilità sopravvenuta dell'istanza di accesso ex art. 116, 2° comma c.p.a. essendo stata depositata in giudizio, ad opera delle Amministrazioni resistenti e della controinteressata, la documentazione relativa alla giustificazione della non anomalia dell'offerta presentata dalla controinteressata.

Sempre in via preliminare, deve poi rilevarsi, per quello che riguarda il rito applicabile alla presente controversia, come debba trovare applicazione il rito ordinario di cui all'art. 120 c.p.a. e non il rito "speciale" previsto dal comma 2-bis della stessa disposizione (introdotto dall'art. 204, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)

Con la sentenza 14 febbraio 2017 n. 239, la Sezione ha, infatti, già rilevato come, <<pur essendo la gara in esame soggetta alle norme di cui al d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante ha omesso di adottare il provvedimento che determina ammissioni ed esclusioni previsto dall'art. 29, comma 1, secondo periodo del medesimo d.lgs. n. 50/2016 ed ha invece riunito ammissioni ed aggiudicazione in un unico verbale, tra l'altro concluso non con la "proposta di aggiudicazione" ma con l'aggiudicazione provvisoria. Essendo mancata tale fase procedurale, inevitabilmente l'impugnazione proposta ha dovuto essere rivolta simultaneamente contro l'ammissione della controinteressata e l'aggiudicazione disposta a suo favore. Il neonato rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni costituisce eccezione al regime "ordinario" del processo appalti (a sua volta eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, perciò, deve essere applicato solo nel caso espressamente previsto (T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367), e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione laddove il secondo sia, come dedotto nel primo motivo, conseguenza del primo>> (T.A.R. Toscana, sez. II, 14 febbraio 2017 n. 239).

Anche nel caso che ci occupa è del tutto mancata l'emanazione (e la pubblicazione) del provvedimento recante l'individuazione degli ammessi e degli esclusi dalla procedura previsto dall'art. 29, 1° comma, ult. periodo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e, pertanto, a parte ricorrente non è stata consentita altra scelta che proporre, con il ricorso relativo all'aggiudicazione della procedura, anche le questioni relative all'illegittima ammissione della controinteressata.

Sempre continuando l'esame delle eccezioni preliminari, la Sezione ritiene di poter concludere per la legittimazione e l'interesse della ricorrente a proporre il primo motivo di ricorso.

A questo proposito, non può, infatti, essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale (che

risulta peraltro sostanzialmente isolato) che ammette la legittimazione e l'interesse a sollevare la violazione del principio di rotazione solo in capo ad un soggetto escluso dalla partecipazione alla gara (in questo senso, T.A.R. Lombardia, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 2015, sulla base della considerazione relativa al fatto che <<la ratio del predetto principio di rotazione è in realtà a favore della concorrenza, obbligando la stazione appaltante ad invitare almeno cinque concorrenti, ben potendo evidentemente la platea dei partecipanti essere anche più ampia, purché non sistematicamente limitata soltanto ai medesimi, il cui ambito, una volta rispettato il principio di rotazione nella misura ivi indicata, può anche essere costituito da imprese che hanno partecipato alla medesima procedura in occasione di precedenti affidamenti>>).

Al contrario, appare preferibile l'indirizzo giurisprudenziale (si veda, al proposito, T.A.R. Sicilia, Palermo sez. III, 27 luglio 2016, n. 1916) che ha ammesso la legittimazione e l'interesse del concorrente partecipante alla gara risultato non aggiudicatario ad impugnare l'aggiudicazione effettuata in violazione del principio di rotazione; con tutta evidenza, si tratta, infatti, di orientamento giurisprudenziale più aderente alla ratio del principio di rotazione che è quella di evitare situazioni di "consolidamento" in capo al precedente gestore, ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche già invitati alla gara.

Con tutta evidenza, si tratta pertanto di un principio di "correzione" che opera anche all'interno della gara e non solo all'esterno (come riduttivamente sostenuto da T.A.R. Lombardia, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 2015); i soggetti garantiti dall'applicazione del principio di rotazione sono pertanto anche i soggetti che abbiano preso parte alla gara, apparendo sostanzialmente ultroneo prospettare la necessità che l'ammissione alla gara del gestore precedente abbia imposto l'esclusione di un possibile concorrente non invitato alla procedura.

Il primo motivo di ricorso è poi fondato e deve pertanto essere accolto.

A questo proposito, appare sufficiente il richiamo del percorso argomentativo già prospettato in sede cautelare (T.A.R. Toscana, sez. II, ord. 24 gennaio 2017, n. 52), con qualche precisazione originata dalle difese successivamente articolate dalla controinteressata; in particolare deve rilevarsi:

a) come la previsione dell'art. 164, 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (peraltro richiamata dal bando di gara) preveda l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36), sulla base di una valutazione di compatibilità (<<per quanto compatibili>>);

b) come, in questa prospettiva, l'omesso richiamo letterale del principio di rotazione nel corpo dei criteri di aggiudicazione delle concessioni previsti dall'art. 30, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non escluda l'applicabilità del principio anche al settore delle concessioni, dovendo, al contrario, concludersi per il richiamo implicito dello stesso, attraverso il riferimento più generale al principio di <<libera concorrenza>> (di cui il principio di rotazione costituisce espressione, in considerazione della sua finalizzazione a soddisfare <<l'esigenza della maggiore apertura al mercato senza comprimere, oltre i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente>>: T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 9 giugno

2016, n. 372);

c) come pertanto la disciplina del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e degli atti attuativi in materia di applicazione del principio di rotazione debba essere considerata compatibile ed applicabile anche alle concessioni;

d) come le previsioni dei punti 3.3.1. e 3.3.2. della delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione (linee guida n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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») appaiano riservate alla procedura di affidamento diretto di cui all'art. 36, 2° comma lett. a) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e pertanto non possano essere direttamente applicate alla fattispecie;

e) come, al contrario, la fattispecie debba essere riportata alla previsione di cui all'art. 36, 2° comma lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e del punto 4.2.2. della già citata delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione che ribadisce come la Stazione appaltante sia <<tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Pertanto, l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento>>;

f) come la documentazione di gara non rechi alcuna motivazione in ordine alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore e come, pertanto, risulti sostanzialmente violata la disciplina delle linee guida sopra richiamate (che, al di là di ogni considerazione in ordine alla natura cogente delle previsioni, appaiono applicabili alla fattispecie in virtù della natura specificativa del principio di rotazione di cui all'art. 36, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50);

g) come, nel caso di specie, l'invito ad un numero di operatori economici (7) maggiore di quello minimo (5) previsto dall'art. 36, 2° comma lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 escluda che possa essere ravvisata, nella fattispecie, l'ipotesi della presenza di un numero ridotto di operatori sul mercato;

h) come anche la documentazione depositata in giudizio dalla controinteressata successivamente all'intervento dell'ordinanza cautelare evidenzi un contesto partecipativo che investe un numero di operatori economici che risulta abbastanza ampio (già la memoria conclusionale della controinteressata ne individua almeno cinque, individuati nei normali "frequentatori" delle aule del T.A.R.) e, comunque, tale da non integrare l'ipotesi della ridotta presenza di operatori sul mercato.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso (espressamente ritenuto assorbente delle altre censure proposte dalla stessa ricorrente) permette di prescindere dall'esame delle altre

censure, che risultano comunque assorbite dalla necessità di rinnovare la procedura a decorrere dalla fase degli inviti alla gara.

A differenza di quanto ritenuto da T.A.R. Sicilia, Palermo sez. III, 27 luglio 2016, n. 1916 (che ha disposto l'aggiudicazione della procedura alla seconda classificata), la Sezione ritiene poi che la previsione del punto 4.2.2. della già citata delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 (che prevede una valutazione della Stazione appaltante, ovviamente assistita da congrua motivazione, in ordine all'eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore e non l'automatica esclusione dello stesso dalla procedura) imponga la sostanziale necessità di rinnovare la gara a partire dalla fase degli inviti, da ripensare integralmente alla luce di quanto sopra rilevato.

L'accoglimento della domanda di tutela in forma specifica mediante aggiudicazione della procedura di gara proposta dalla ricorrente trova pertanto ostacolo nella necessità di rinnovare integralmente la procedura e non può pertanto trovare accoglimento.

La sostanziale novità delle questioni trattate permette di procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse la domanda di accesso ex art. 116, 2° comma c.p.a.
- b) accoglie l'azione impugnatoria e, per l'effetto, dispone l'annullamento di tutti gli atti di gara, a partire dalla fase degli inviti alla gara;
- c) respinge le altre domande proposte dalla ricorrente.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

