

Eccezioni al principio di rotazione.

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 12-7-2018

1. L'invito al precedente gestore del servizio a partecipare alla procedura negoziata per il suo nuovo affidamento non è idoneo - di per sé – a ledere i principi di libera concorrenza a cui presidio è posta la regola della rotazione.

Guida alla lettura

Con questa decisione il T.A.R. interviene sull'applicazione del c.d. "principio di rotazione", cristallizzato, per i contratti sotto soglia, nell'art. 36, co. 1 del d. lgs. n. 50/2016, affermando che l'invito al precedente gestore a partecipare alla gara per il nuovo affidamento non è, di per sé, idoneo a ledere i principi di libera concorrenza a cui la regola della rotazione è funzionalizzata.

Nella fattispecie, lo svolgimento di una procedura negoziata per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici nelle biblioteche di una Istituzione comunale era stato preceduto dalla pubblicazione sul profilo del committente di un avviso, con conseguente invito a partecipare esteso a tutte le imprese che avevano manifestato interesse al riguardo e, dunque, anche al gestore uscente: pertanto, sembra essere stato condiviso dal T.A.R. l'argomento difensivo per cui la rotazione non trova applicazione in tutti i casi in cui l'affidamento è avvenuto tramite procedure ordinarie o, comunque, aperte al mercato, come stabilito dalle Linee Guida n. 4, aggiornate dall'ANAC nel marzo scorso.

Si tratta di una conclusione che, in sostanza, finisce per estendere alla procedura in esame i nuovi contenuti delle Linee Guida, sebbene i relativi atti di indizione ed ammissione fossero stati assunti quando le medesime sottolineavano, invece, la valenza eccezionale dell'invito all'affidatario uscente e la necessità di una sua adeguata motivazione da riferirsi al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento, motivazione di cui la ricorrente aveva proprio lamentato la completa omissione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 153 del 2018, proposto da:

Liomatic S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio eletto presso lo studio Luca Raspatelli in Bologna, via Santo Stefano n. 30;

contro

Comune di Bologna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Monica Cattoli, Giulia Carestia, con domicilio eletto presso lo studio Monica Cattoli in Bologna, piazza Maggiore 6;

Comune di Bologna non costituito in giudizio;

nei confronti

Gruppo Argenta S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Filippo Donati, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Bolognese 55;

per l'annullamento

- della Determinazione della Istituzione Biblioteche di Bologna del Comune di Bologna n. 416774 del 16/11/2017 avente ad oggetto, "Determinazione a contrarre per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici nelle biblioteche dell'Istituzione biblioteche del Comune di Bologna per il periodo Marzo 2018 – Febbraio 2022 tramite procedura negoziata pervio avviso di manifestazione di interesse";

- dell'avviso di manifestazione di interesse del 16/11/2017 avente ad oggetto "Determinazione a contrarre per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici nelle biblioteche dell'Istituzione biblioteche del Comune di Bologna per il periodo Marzo 2018 – Febbraio 2022 tramite procedura negoziata pervio avviso di manifestazione di interesse" e relativi allegati, nonché dei successivi inviti alle imprese (non cognitivi);

- del capitolato speciale d'appalto avente ad oggetto "Determinazione a contrarre per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici nelle biblioteche dell'Istituzione biblioteche del Comune di Bologna per il periodo Marzo 2018 – Febbraio 2022 tramite procedura negoziata pervio avviso di manifestazione di interesse";

- di tutti i verbali di gara, segnatamente del verbale di seduta di gara del 15/01/2018 nonché del verbale di seduta di gara del 25/01/2018 ove Gruppo Argenta Spa veniva ammessa dalla Stazione Concedente alla prosecuzione della gara nonché dei relativi allegati;
- del provvedimento di ammissione della Società Gruppo Argenta Spa;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva (non cognito), ove nelle more intervenuto;
- del contratto stipulato con l'aggiudicataria ove medio-tempore sottoscritto;
- di ogni altro documento, atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno ed a contenuto generale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bologna e di Gruppo Argenta S.p.A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati i seguenti atti :

- a). la determina della Istituzione biblioteche di Bologna n. 416774 del 16.11.2017 avente a oggetto : determinazione a contrarre per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici nella biblioteche dell'Istituzione biblioteche del Comune di Bologna per il periodo marzo 2018- febbraio 2022 tramite procedura negoziata previo avviso di manifestazione di interesse;
- b). l'avviso di manifestazione di interesse del 16.11.2017 avente ad oggetto determinazione a contrarre per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici nelle biblioteche dell'istituzione biblioteche del Comune di Bologna;
- c). il capitolato speciale di appalto;
- d). tutti i verbali di gara;
- e). il provvedimento di ammissione della società gruppo Argenta spa;

f). il provvedimento di aggiudicazione definitiva;

g). il contratto stipulato, ove sottoscritto.

Il ricorso è stato supportato dai seguenti motivi di diritto :

1). Violazione dei principi costituzionali di trasparenza, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa di cui agli artt. 97 e 98 Cost., violazione e falsa applicazione dell'art. 36 DLGS 50/2016; violazione e falsa applicazione delle Linee guida n. 4 Anac; carenza assoluta di motivazione circa l'invito del gestore uscente, violazione della par condicio dei partecipanti.

I). Giova richiamare le vicende in punto di fatto.

In particolare :

a). con determina dirigenziale n. 416774 del 16.11.2017 l'Istituzione delle biblioteche del Comune di Bologna ha indetto una procedura negoziata volta all'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici all'interno delle biblioteche dell'Istituzione stessa, per il periodo Marzo 2018-Febbraio 2022;

b). la ricorrente Liomatic spa mostrava il suo interesse alla partecipazione e – con PEC 11.12.2017 – la PA la ha invitata alla procedura in esame;

c). alla data del 2.12.2017 pervenivano alla PA n. 7 dichiarazioni di manifestazione di interesse da parte degli operatori economici, compreso il gestore uscente (gruppo Argenta SPA);

d). in data 25.1.2018 la Commissione ammetteva le tre concorrenti, gestore uscente compreso, che hanno presentato domanda (Liomatic spa; Pronto Coffee srl di Lippo di Calderara; e Gruppo Argenta spa);

e). la concessione veniva poi aggiudicata al medesimo gestore uscente.

II). Nel merito il ricorso è infondato.

Con il motivo di ricorso la ricorrente sostiene che la stazione appaltante ha violato l'art. 36 del cd. Codice appalti che fissa fra i principi generali valevoli per i contratti sotto soglia il principio di rotazione.

Sostiene, in particolare, che la PA ha mancato di fornire la minima motivazione circa la partecipazione alla gara e successivo affidamento al gestore uscente (gruppo Argenta spa).

In data 24.4.2018 e 28.5.2018 si costituisce la controinteressata Gruppo Argenta SPA con deposito di memorie e documenti.

Precisa che i tre concorrenti che hanno presentato domanda e partecipato alla procedura di

gara sono i tre <maggiori> operatori del settore e che la ricorrente – essendo una <grande> impresa – non ha titolo per invocare la applicazione del principio di rotazione ex art. 36 DLGS 50/2016 (a tutela delle microimprese, piccole e medie imprese).

In data 13.4.2018 si costituisce il Comune di Bologna.

Replica quanto segue :

a). la procedura non è stata svolta con invito diretto ad imprese selezionate dalla stazione appaltante ma a seguito di pubblicazione sul profilo del committente di un avviso per manifestazione di interesse; dunque non è stata operata alcuna scelta degli operatori economici da invitare ma la lettera di invito è stata inviata a tutte le imprese che avevano manifestato l'interesse alla partecipazione (tra le quali il gestore uscente);

b). le nuove Linee guida ANAC n. 4 precisano al punto 3.6 che “la rotazione non si applica laddove l'affidamento avvenga tramite procedure ordinario o comunque aperte al mercato...”.

Infine, la ricorrente ha depositato ulteriori memorie difensive (18 aprile e 24 maggio 2018) in cui sostiene che il principio di rotazione – nel caso di specie – andava applicato in quanto <non> si trattava di confronto con soli due operatori ma con ben sette operatori e che, comunque, lo stesso principio non si riferirebbe soltanto alle grandi imprese.

Il Collegio condivide le repliche svolte.

Come noto sul principio di rotazione si osserva quanto segue :

a). Secondo il Consiglio di Stato (sez. V del 13 dicembre 2017 n. 5458) le esigenze sottese alla rotazione trovano fondamento nella necessità “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), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato”.

Pertanto, anche al fine di impedire pratiche di affidamenti senza gara reiterati nel tempo “che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei”, il principio di rotazione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente o la reiterazione dell'invito, rivestano carattere assolutamente eccezionale.

b). Le Linee Guida ANAC n. 4 hanno affrontato alcuni aspetti di problematicità legati al principio di rotazione:

a). in primo luogo si precisa che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati.

b). si consente che i regolamenti interni delle singole stazioni appaltanti possano prevedere fasce, suddivise per valore, sulle quali applicare la rotazione degli operatori economici.

c). il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.

Infine, la giurisprudenza più recente ha stabilito che - se è pur vero che non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile - le modifiche alle Linee Guida ANAC n. 4 vanno chiaramente nella direzione di qualificare a carattere eccezionale e residuale il reinvito all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, compreso il precedente affidatario.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto in quanto l'invito al precedente gestore a partecipare alla competizione non è idoneo - di per sé - a ledere i principi di libera concorrenza a cui presidio è posta la regola della rotazione.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso.

Condanna il soccombente al pagamento delle spese del giudizio in favore delle resistenti, che liquida nella misura di € 4.000,00 in favore di ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge.

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