

Servizi e forniture c.d. “sotto soglia” comunitaria e l’obbligo di rispettare il principio di rotazione degli inviti alle imprese

di Riccardo Finili

Data di pubblicazione: 17-4-2018

1. Contratti della P.A. – Appalti “sotto soglia” – Applicazione del principio di rotazione degli inviti – Obbligo di rotazione – Finalità del principio.

2. Contratti della P.A. – Appalti “sotto soglia” – Partecipazione gestore uscente – Illegittimità dell’affidamento al gestore uscente – Assenza motivazione specifica dell’invito al gestore uscente.

1. Ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture c.d. “sotto soglia” comunitaria, le stazioni appaltanti hanno l’obbligo di rispettare il principio di rotazione degli inviti alle imprese, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

2. È illegittima la procedura di affidamento c.d. “sotto soglia” comunitaria alla quale abbia partecipato il gestore uscente, in assenza di puntuali motivazioni delle ragioni per cui la stazione appaltante riteneva di non poter prescindere dall’invito dell’ultimo gestore.

[Articolo 36, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 50 del 2016]

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38, 60 e 120, commi 2-bis e 6-bis, cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 293 del 2018, proposto da:
Sicurezza e Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Andrea Napolitano, con domicilio eletto presso lo studio Roberta Niccoli

in Roma, via Alberico II, 4;

contro

Comune di Follonica, non costituito in giudizio;
Interventa S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Passini, Paolo De Caterini e Paolo Golini, con domicilio eletto presso lo studio Paolo De Caterini in Roma, viale Liegi, 35/B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00017/2018, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto dalla Interventa s.c.p.a. avverso i provvedimenti di ammissione dell'odierna appellante alla procedura negoziata indetta dal Comune di Follonica per l'affidamento in concessione "del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze (..) periodo anni 3".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Interventa S.C.P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Alfonso Erra, su delega dell'avvocato Andrea Napolitano, e Roberto Passini;

Rilevato che il TAR ha annullato i provvedimenti impugnati in tale sede dall'appellata Interventa s.c.p.a. per violazione del principio di rotazione, caducando quindi sia l'invito che l'ammissione al prosieguo della gara di Sicurezza e Ambiente s.p.a., in quanto gestore uscente;

Ritenuto che la determina dirigenziale n.463 del 22 giugno 2017 del Comune di Follonica prevede di dare corso ad una procedura sotto soglia comunitaria con modalità negoziata, come prevista dall'art.36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50-2016, che soggiace al rispetto del cd. principio di rotazione;

Ritenuto che tale principio è stato già ritenuto dalla giurisprudenza di questo Consiglio in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli "appalti cd. "sotto soglia", al fine 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 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Consiglio di Stato, Sez.VI, 31 agosto 2017, n.4125);

Ritenuto che tale principio è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio;

Ritenuto che nella fase di manifestazione di interesse non era possibile né era attuale e concreto alcun interesse della società appellata Interventa ad impugnare, con conseguente infondatezza dell'eccezione di irricevibilità e/o inammissibilità del ricorso di Interventa dinanzi al TAR;

Ritenuto che, con la pubblicazione sul profilo del Committente, in data 29.9.2017, del Verbale n.1 delle operazioni di gara del 28.9.2017, nel rispetto dei due giorni previsti dall'art. 29, comma 1, secondo periodo d.lgs. n.50-2016, comunicato via PEC alla ricorrente Interventa si è verificata la condizione prevista dall'art.120, comma 2-bis, c.p.a., il quale individua nella data di pubblicazione dell'atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, il dies a quo di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l'atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, introdotta dall'art.19 d.lgs. n. 56-2017;

Ritenuto che le disposizioni di cui all'art.172 d.lgs. n. 50-2016 prevedono espressamente che i concedenti debbano perseguire “l'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva”, in ossequio all'art.30 del medesimo d.lgs., che richiama espressamente il principio di libera concorrenza, rispetto al quale è sicuramente funzionale il principio di rotazione di cui si controverte;

Ritenuto che, in applicazione del principio di rotazione il Comune di Follonica avrebbe dovuto escludere dal proseguimento della gara il gestore uscente odierno appellante, ovvero, in alternativa, invitarlo motivando puntualmente le ragioni per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito, motivazione che in nessun modo è rintracciabile nel caso di specie;

Ritenuto, pertanto, che l'appello debba essere respinto e che le spese seguano la soccombenza;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 6.000,00, oltre accessori di legge, in favore della parte appellata.

Ordina che la sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

CASO

La società Interventa S.C.P.A. adiva il T.A.R. Toscana al fine di ottenere l'annullamento delle operazioni di una procedura negoziata indetta dal Comune di Follonica per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza della sede stradale, alla quale era stata ammessa anche la società Sicurezza e Ambiente S.p.A., gestore uscente.

La società ricorrente lamentava in via principale l'invito e l'ammissione al proseguimento della gara a favore del gestore uscente, in quanto il Comune, avendo stabilito per il caso di specie l'applicazione delle disposizioni in materia di procedure c.d. "sotto soglia" comunitaria ex art. 36, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 50 del 2016, avrebbe dovuto escludere l'impresa uscente dalla partecipazione alla gara in questione o quantomeno specificare le ragioni per cui avrebbe dovuto disattendere questa regola, che invece sono state omesse.

Il T.A.R. Toscana, sezione I, con sentenza n. 17 del 2018, accoglieva il ricorso proposto e annullava i provvedimenti impugnati per violazione del principio della rotazione degli inviti per i contratti c.d. "sotto soglia" comunitaria ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 50 del 2016.

La società Sicurezza e Ambiente S.p.A. ricorreva in appello per la riforma della sentenza impugnata.

SOLUZIONE

Il Consiglio di Stato, Sezione V, si è pronunciato in linea con l'interpretazione già offerta su questo specifico tema e su cui la sentenza impugnata aveva fondato la propria decisione [\(1\)](#).

In particolare, il Consiglio ha confermato l'orientamento per cui il principio di rotazione sancito dall'articolo 36, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 50 del 2016, è considerato in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare i gestori uscenti negli appalti c.d. "sotto soglia" comunitaria al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo alle imprese già aggiudicatrici dell'appalto, soprattutto nei settori in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato e, di conseguenza, è maggiore il rischio di consolidarsi di situazioni anticoncorrenziali in favore dell'impresa uscente.

Pertanto, il Giudice ha ritenuto che il Comune avrebbe dovuto escludere dalla procedura di gara l'impresa appellante, ovvero motivare le ragioni specifiche per cui doveva comunque invitarla, motivazioni che non sono state disposte nel caso di specie.

Per questi motivi, l'appello del gestore uscente è stato respinto.

QUESTIONI

1. La prima questione affrontata dai giudici di Palazzo Spada è la rilevanza del principio di rotazione degli inviti dettato dall'articolo 36, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Sul punto, la ricostruzione della sezione giudicante è estremamente sintetica in quanto si fonda sulle argomentazioni già sostenute dal Consiglio di Stato in materia: in sostanza viene confermato l'orientamento secondo cui è obbligatorio per la P.A. favorire la rotazione delle imprese nell'affidamento degli appalti "sotto soglia" comunitaria in tutti quei settori economici in cui il numero di soggetti operativi sul mercato non è elevato.

Le ragioni di tale interpretazione stanno nella *ratio* del principio in esame: la rotazione delle imprese vuole evitare il consolidamento della posizione di vantaggio del gestore uscente, derivante da tutte le informazioni acquisite durante l'esecuzione del contratto.

Pertanto lo scopo della norma, secondo il Consiglio di Stato, è quello di tutelare la concorrenza nell'ambito degli appalti "sotto soglia" in cui, per natura del contratto e del suo valore economico, è maggiore il rischio di consolidamento di posizioni anticoncorrenziali dei precedenti affidatari del contratto.

2. La seconda questione affrontata dalla sentenza in commento ha riguardato l'ammissibilità o meno dell'invito comunque rivolto al gestore uscente nel caso di specie: in particolare, la sezione giudicante ha stabilito che è sempre possibile per la stazione appaltante procedere all'invito e all'ammissione alla procedura negoziata del gestore uscente, previa specifica motivazione delle ragioni che hanno indotto la P.A. a non escluderlo, in particolar modo nei settori del mercato in cui gli operatori di mercato non sono numerosi.

Tale impostazione segue quanto disposto dalle Linee Guida n. 4/2016 dell'ANAC ([2]), che ragionevolmente ritiene ammissibile il rinnovo dell'invito alla gara rivolto all'impresa uscente, purché questo sia di carattere eccezionale e sia adeguatamente motivato in relazione al numero ridotto di operatori economici sul mercato; al grado di soddisfazione maturato col precedente contratto; alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Sulla base di tali premesse, in assenza delle specifiche motivazioni sopra richiamate, il Consiglio di Stato ha ritenuto non derogabile il principio di rotazione delle imprese nelle procedure di affidamento di contratti c.d. "sotto soglia" comunitaria.

ALTRI ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI

Nonostante la decisione in commento voglia dare seguito e consolidare l'orientamento giurisprudenziale sopra descritto, non sono mancati tentativi di interpretazione del principio di rotazione alla luce del principio di concorrenza, ponendo il primo in posizione servente e strumentale rispetto al secondo ([3]).

In questo senso, si è sostenuto che non può disporsi l'esclusione del gestore uscente qualora ciò comporti la riduzione della concorrenza, per cui il principio di rotazione delle imprese non può avere una valenza precettiva assoluta per le P.A. e, laddove l'invito alla gara è stato rivolto a più imprese – tra cui l'affidataria uscente – nel rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione.

Ciò è dovuto al fatto che, secondo tale interpretazione, qualora il legislatore avesse deciso di vietare in modo assoluto la partecipazione del gestore uscente negli appalti c.d. "sotto soglia" comunitaria, lo avrebbe dovuto dettare in modo espresso.

Date le possibili divergenze applicative del principio di rotazione, si è reso necessario l'aggiornamento delle Linee Guida n. 4/2016 dell'ANAC con delibera n. 206 del 1 marzo 2018, al fine di specificare le modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti ([4]): fermo restando il carattere eccezionale e l'onere motivazionale più stringente per il reiterato invito o affidamento al gestore uscente, le nuove Linee Guida hanno stabilito che il principio di 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”.

Tuttavia, con la sentenza in commento, è ragionevole ritenere consolidata la tesi secondo cui, nei casi di procedure di affidamento di contratti “sotto soglia” comunitaria, si presume che il gestore uscente sia portatore di una posizione privilegiata, che può essere superata solo da puntuali motivazioni della stazione appaltante che giustifica la sua partecipazione alla nuova procedura di affidamento.

Da ultimo, a conferma della stabilità dell’orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato sopra richiamato, si rileva una recente sentenza del T.A.R. Lombardia – sezione distaccata di Brescia – che ha evidenziato come l’applicazione del principio di rotazione impone l’esclusione dalla sola prima gara successiva alla scadenza del contratto, in mancanza di specifici elementi che ne giustificano comunque l’invito ([\[5\]](#)).

[\[1\]](#) Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. I, 2 gennaio 2018, n. 17; Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.

[\[2\]](#) Paragrafo 4.2.2 delle Linee Guida n. 4 di attuazione del D.Lgs. 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”, delibera 26 ottobre 2016, n. 1097.

[\[3\]](#) Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816; T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515; T.A.R. Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336; T.A.R. Lazio, Sez. II, 11 marzo 2016, n. 3119.

In dottrina, ALESIO M., *Il 'peccato originale' del gestore uscente alla luce del principio di rotazione: analisi degli attuali orientamenti*, 2016, *Diritto & Giustizia*, pag. 2, fasc. 7.

[\[4\]](#) Paragrafo 3.6 e 3.7 delle Linee Guida n. 4 di attuazione del D.Lgs. 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”, delibera 1 marzo 2018.

[5] T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. II, 26 marzo 2018, n. 354.