

Pubblicato il 26/03/2021

N. 00389/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00204/2020 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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 204 del 2020, proposto da Servizi Innovativi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Coromano e Guglielmo Pettograsso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Conegliano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Colla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Defor Italiana di Fornasier & C. s.n.c., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del Dirigente del 3° settore Programmazione, Governo e Gestione del Territorio del Comune di Conegliano n. 41 del 09.01.2020 avente oggetto: "Servizio di derattizzazione, disinfestazione, sanificazione e contenimento di animali sinantropi relativamente alle aree comunali - CIG

- 811946172D - Aggiudicazione" comunicata a mezzo pec in data 14.01.2020 con nota prot. n. 1532 del 13.01.2020;
- dell'avviso di appalto aggiudicato n. 3519 del 22.01.2020 pubblicato all'albo pretorio comunale in pari data;
 - della Determinazione del Dirigente del 3° settore Programmazione, Governo e Gestione del Territorio del Comune di Conegliano n. 1018 del 07.11.2019 avente ad oggetto: "Approvazione avviso pubblico indagine mercato per selezione operatori economici da invitare a procedura negoziata per affidamento, ex art. 36, co.2, lett. b) del D.Lgs. 50/16, servizio derattizzazione, disinfestazione, sanificazione e contenimento" nella parte in cui prevede di "(...) non applicare il principio di rotazione previsto dall'art.36 del D.Lgs n. 50/2016, ai sensi del punto 3.6 delle linee guida ANAC n. 4 (...)”;
 - del provvedimento di estrema ratio con il quale l'Amministrazione ha provveduto all'invio della lettera d'invito/disciplinare di gara al gestore uscente del servizio "Defor Italiana di Fornasier & C.";
 - del provvedimento del Dirigente del 3° settore Programmazione, Governo e Gestione del Territorio del Comune di Conegliano n. 66354 del 13.12.2019 con il quale è stata ammessa alla procedura di gara la "Defor Italiana di Fornasier & C.", gestore uscente del servizio;
 - della già citata nota n. 1532 del 13.01.2020 successivamente notificata a mezzo pec alla ricorrente con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione alla controinteressata;
 - del verbale di gara n. 1 del 12.12.2019 e del verbale di gara n. 2 del 17.12.2019;
 - della nota del Dirigente del 3° settore Programmazione, Governo e Gestione del Territorio del Comune di Conegliano n. 2962 del 17.01.2020 con la quale è stata comunicata alla ricorrente l'avvenuta stipula del contratto di appalto;
 - di ogni ulteriore atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;

nonché per l'annullamento e/o dichiarazione di inefficacia del contratto pubblico stipulato in data 17.01.2020 con l'aggiudicataria;
 e per la condanna al risarcimento dei danni in forma specifica ovvero per equivalente di quelli subiti e subendi dalla impresa ricorrente in ragione della illegittimità degli atti impugnati e del comportamento gravemente negligente dell'Amministrazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Conegliano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2020 il dott. Nicola Bardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente espone di avere partecipato alla procedura negoziata, oggetto degli atti richiamati in epigrafe, indetta dal Comune di Conegliano per l'affidamento del *“Servizio di derattizzazione, disinfestazione, sanificazione e contenimento di animali sinantropi relativamente alle aree comunali?”*.

Graduatasi in seconda posizione, impugna la determinazione a contrarre e tutti i successivi atti della gara, svoltasi sulla piattaforma MEPA, al cui esito l'appalto veniva aggiudicato, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla controinteressata, gestore uscente del servizio. Chiede inoltre l'annullamento ovvero la dichiarazione di inefficacia del contratto (stipulato in data 17 gennaio 2020) e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

2. I motivi di ricorso possono essere sintetizzati come segue:

2.1 (i) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del d.lgs 50/2016 e ss.mm.ii. in tema di principio di rotazione; violazione e falsa applicazione delle linee guida anac n. 4; assenza di motivazioni in ordine alle ragioni dell'invito del gestore uscente; eccesso di potere per sviamento della causa tipica; eccesso di potere per travisamento dei fatti.*

Sotto tale rubrica, la ricorrente evidenzia che l'art. 36 del D. Lgs. n. 50 del 2016 definisce la portata del c.d. *principio di rotazione*, prevedendo 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”*. Rileva che l'Amministrazione ha consentito la partecipazione del gestore uscente, coinvolgendolo nell'indagine di mercato, condotta tra gli operatori economici interessati ad essere invitati alla futura gara, per poi ammetterlo alla successiva procedura negoziata. Ciò si porrebbe in chiara violazione del principio enunciato dalla norma, specie perché il Comune non avrebbe dato conto delle ragioni che, in riferimento alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento, avrebbero giustificato la partecipazione del gestore uscente, titolare di un indubbio vantaggio competitivo, acquisito nello svolgimento del servizio, capace di minare l'equilibrio fra gli operatori economici;

2.2. (ii) *Violazione e falsa applicazione dell'articolo 12.1 del disciplinare di gara; illegittimità e illogicità manifesta nella valutazione delle offerte tecniche e nell'applicazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnico qualitativa; violazione/alterazione della par condicio tra i partecipanti alla gara.*

Proseguendo e sviluppando la precedente censura, la ricorrente ritiene che la controinteressata avrebbe utilizzato nel concreto il contestato vantaggio competitivo, poiché avrebbe modulato l'offerta tecnica tenendo conto delle peculiarità del servizio di cui essa soltanto sarebbe stata a conoscenza.

3. Il Comune di Conegliano, costituitosi in giudizio, ha resistito nel merito.

Chiamata alla pubblica udienza del 7 ottobre 2020, la causa è stata infine trattenuta in decisione.

4. Il ricorso deve essere respinto in relazione ad entrambe le censure dedotte.

5. Quanto al primo motivo, con il quale viene contestata la violazione del c.d. principio di rotazione, declinato - in riferimento agli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria - dall'art. 36 del D. Lgs. n. 50 del 2016, va premesso che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ampiamente condiviso, detto principio deve essere applicato nei casi in cui si proceda mediante affidamento diretto (non preceduto da una fase selettiva) ovvero, nelle ipotesi di procedura negoziata, allorché l'amministrazione operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare (così ad es. T.A.R. Lazio, Sez. II, 9 dicembre 2020, n. 13184).

5.1 Il Consiglio di Stato ha osservato, in proposito, che il principio in questione *“costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854)”* (Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030).

Pertanto, il principio di rotazione di per sé non impedisce la partecipazione del gestore uscente alla gara indetta per la riassegnazione del medesimo servizio; esso preclude, invece, che la scelta di rinnovare direttamente l'affidamento con il gestore uscente ovvero, nel caso procedura ristretta, di invitare ad essa tale operatore economico possa essere rimessa alla sola discrezionalità dell'amministrazione.

E' quindi la discrezionalità nel selezionare gli operatori ammessi, riconosciuta all'amministrazione all'interno delle procedure negoziate, ad essere limitata da detto principio, con lo scopo di promuovere la circolazione delle commesse pubbliche tra le imprese, poste su un piano di parità, perché estranee al precedente affidamento: il principio di rotazione impedisce quindi che, nelle procedure negoziate, l'equilibrio tra gli operatori discrezionalmente prescelti dall'amministrazione possa essere alterato mediante l'invito rivolto al precedente gestore avvantaggiato dalla rendita di posizione già maturata durante il trascorso affidamento.

Di conseguenza, come questa Sezione ha già avuto modo di precisare, nelle procedure di evidenza pubblica, in caso di appalto sotto soglia, *“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.*

Ed invero, allorquando la stazione appaltante apre al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo (arg. ex T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018, n. 493)” (T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2020, n. 7462).

Conforta tale impostazione, ormai consolidatasi, l'ulteriore pronunciamento del Consiglio di Stato con il quale, richiamando l'indirizzo sin qui riassunto, si è in particolare chiarito che, *“come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206) [in questo caso richiamate dalla ricorrente], quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione,*

perché si è fuori dalle procedure negoziate?” (così Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1515).

5.2 Alla luce di tali premesse, si deve rilevare che la censura in esame (come, a ben vedere, l'intera controversia) si impernia sull'individuazione dell'esatta natura della procedura di selezione del contraente: se preceduta dall'individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti, essa va qualificata come procedura negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione (susceptibile peraltro di deroga espressamente motivata allorché l'equilibrio concorrenziale possa ragionevolmente recedere innanzi alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento); se invece la gara risulta preceduta da un avviso aperto a tutti gli operatori, come precisato dal Consiglio di Stato, *“si è fuori dalle procedure negoziate”, “non deve applicarsi il principio di rotazione”* e non opera quindi alcun meccanismo preclusivo, capace di impedire al gestore uscente l'accesso alla procedura, con la conseguenza che, in tale diversa situazione, la partecipazione di quest'ultimo non costituisce deroga al suddetto principio e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell'amministrazione.

5.3 Tenuto conto delle premesse e degli indirizzi sin qui richiamati, ritiene il Collegio che non ricorrano nella fattispecie i presupposti richiesti per l'applicazione del principio di rotazione, invocato dalla ricorrente al fine di estromettere dalla procedura la controinteressata, precedente affidataria del servizio.

5.4.1 Va ricordato che l'Amministrazione comunale con determinazione dirigenziale 7 novembre 2019, n. 1018, ha stabilito di acquisire manifestazioni di interesse al fine di individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, utilizzando allo scopo la piattaforma MEPA, mediante richiesta di offerta (R.D.O.), con successiva aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, commi 2 e 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016 (doc. 2 prodotto dal Comune).

5.4.2 L'avviso pubblico (contenente sia gli elementi essenziali del contratto, sia i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte – doc. 3) veniva quindi pubblicato sull'albo pretorio *on line* e sul sito *internet* del Comune, all'interno della sezione amministrazione trasparente, nonché sul sito *www.serviziopubblici.it* del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,

5.4.3 Come ricordato dal suddetto avviso, la partecipazione alla “*procedura di gara* [...] veniva riservata] *a coloro che hanno dichiarato la propria manifestazione di interesse* [...] e che al momento del lancio della R.D.O. [leggasi: Richiesta Di Offerta] risultano iscritti e presenti sul MEPA con attivazione per il Bando SERVIZI - ‘*Servizi di pulizia degli immobili, disinfezione e sanificazione impianti*’” (art. 4.1 del disciplinare).

5.4.4 A questo punto, dodici operatori economici accreditati sul MEPA, e tra di essi la ricorrente e la controinteressata, formulavano la propria manifestazione di interesse.

5.4.5 Coerentemente con la previsione richiamata, l'Amministrazione trasmetteva la richiesta di offerta (R.D.O.) a tutti gli operatori economici, abilitati ad operare nel MEPA, che avevano così presentato la manifestazione di interesse nell'ambito del suddetto avviso pubblico di indagine di mercato (cfr. doc. 4 di parte ricorrente), ammettendoli alla successiva procedura (con esclusione della sola ditta Vettorazzo Denis, la quale aveva fatto pervenire la propria manifestazione di interesse l'11 dicembre 2019, ossia oltre il termine assegnato – 25 novembre 2019), all'esito della quale è stato disposto l'affidamento del servizio alla controinteressata.

5.5 Sulla base di tale ricostruzione, si deve constatare che la procedura è stata preceduta da un avviso pubblico per l'acquisizione di manifestazioni di interesse (sopra, 5.4.1 – 5.4.2), inserito nel MEPA e indistintamente aperto a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti indicati, contraddistinto dall'automatica ammissione dei soggetti che avevano manifestato l'interesse a partecipare alla successiva gara (5.4.3), ciò che ha assicurato l'osservanza, sin

dalla fase di preselezione, dei principi di trasparenza e pubblicità e ha così garantito parità di accesso e di trattamento alle imprese qualificate.

La gara è infatti proseguita con l'invio delle lettere di invito a tutti gli operatori (tra i quali era incluso il gestore uscente) che avevano tempestivamente espresso il proprio interesse a ricevere la richiesta di offerta (R.D.O.), senza alcuna esclusione e senza alcuna ammissione ulteriore rispetto al novero delle undici ditte manifestatesi all'avvio della procedura (5.4.4 - 5.4.5).

L'Amministrazione, in tale fase di ammissione alla gara, non ha però esercitato poteri discrezionali: si è in effetti limitata ad evocare, in applicazione della regola che essa stessa si era data (5.4.5), le imprese che, nel termine assegnato dall'avviso pubblico, avevano chiesto di poter presentare la propria offerta.

In altre parole, l'Amministrazione non ha stabilito quali soggetti invitare alla gara né, tanto meno, può ritenersi che essa abbia immotivatamente scelto di ammettere alla procedura il gestore uscente, essendosi rivolta, in realtà, a quelle sole ditte (tra le quali compare anche la controinteressata) che, notiziate dell'avviso pubblico, avevano chiesto di ricevere la richiesta di offerta.

Pertanto, in linea con quanto già osservato in una fattispecie analoga dal Consiglio di Stato, il Collegio deve concludere che, *“seppure la procedura descritta presenti profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata, che si colloca al di fuori di quelle tipiche previste dalla legge), essendo assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato, ad essa non era applicabile il principio di rotazione”* (Cons. Stato, Sez. V, n. 1515 del 2021, cit.), specie perché caratterizzata dalla massima apertura della fase di preselezione (connotata da pubblicità, trasparenza e assenza di qualsiasi impedimento alla partecipazione) e da un chiaro automatismo, finalizzato ad assicurare l'accesso alla gara di tutti i soggetti interessati, senza che l'Amministrazione potesse discrezionalmente ammetterne o escluderne alcuno.

La censura esaminata deve essere dunque disattesa.

6. Il secondo motivo di ricorso è altrettanto infondato.

La ricorrente sostiene che la controinteressata, in quanto gestore uscente, avrebbe goduto di un rilevante vantaggio competitivo, conseguito grazie all'esperienza maturata nel corso del precedente affidamento, vantaggio che, trasfuso nei contenuti dell'offerta tecnica, avrebbe consentito di ottenere un elevato punteggio e di superare la ricorrente nella graduatoria finale.

La censura, declinata al fine di palesare l'effetto distorsivo che la partecipazione della controinteressata, in violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36, D. Lgs. n. 50 del 2016, avrebbe prodotto sulla gara, alterandone l'esito, non può essere condivisa, innanzitutto perché non è fondato l'unico presupposto sulla cui base essa risulta formulata.

Infatti, come poc'anzi chiarito, la procedura non risultava soggetta all'applicazione del principio di rotazione, sicché la precedente esecuzione del servizio, da parte della controinteressata, non consente di qualificare come indebito vantaggio la spendita, da parte di questa, dei dati esperienziali acquisiti nel corso della trascorsa gestione, specie perché, a ben guardare, la ricorrente non denuncia alcuna asimmetria informativa, imputabile alla condotta, in ipotesi omissiva o reticente dell'Amministrazione, né lamenta l'impossibilità di acquisire, ad esempio mediante richieste di chiarimenti (espressamente previste dal punto 6 dell'avviso di indagine di mercato – doc. 3, depositato dal Comune), quei dati (quali ad esempio la frequenza, la natura e l'entità di fenomeni di infestazione verificatisi nel territorio comunale ovvero le nomenclature dei prodotti utilizzati nelle operazioni di pulizia e disinfezione) che in ipotesi le fossero occorsi per formulare un'offerta altrettanto se non maggiormente competitiva.

Pertanto, deve essere escluso che, all'interno della procedura, si sia concretamente manifestata una qualche situazione di reale vantaggio a favore della controinteressata, e che, nel contempo, fosse comunque impedito alla ricorrente l'accesso ad informazioni necessarie ad affinare i contenuti dell'offerta.

7. Il ricorso, per quanto sin qui considerato, deve essere dunque respinto.
In considerazione delle peculiarità della controversia, sussistono i presupposti per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei Magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Nicola Bardino, Referendario, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L'ESTENSORE
Nicola Bardino

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO