

Tar Lombardia, sezione prima, ordinanza n. 208 del 18 febbraio 2020

Gara di appalto sotto i 40.000 euro – Procedura aperta – Rispetto dei principi fondamentali pena la sospensione degli atti

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 222 del 2020, proposto da

..... Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

..... S.p.A. - S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Milano, via

nei confronti

..... Italia Soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della lettera d'invito ad offrire e del Capitolato, unitamente alla Comunicazione di non aggiudicazione, pervenuta in data 20 dicembre 2019 a mezzo del portale Sintel,

con cui la S.p.a, in qualità di stazione appaltante ha reso nota la posizione di seconda della soc. coop. sociale nella gara d'appalto pubblico CIG Z772A31CE8 denominata “*servizio di raccolta, trasporto e smaltimento indumenti smessi CER 20 01 10 e servizi accessori*”, da eseguirsi sul territorio del Comune di Rho per il triennio 2020 – 2022 nonché al provvedimento di aggiudicazione ed all’eventuale contratto di affidamento all’odierna aggiudicataria;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

e per la condanna

- della stazione appaltante a riformulare gli atti di gara conformemente ai principi indicati nel presente ricorso e/o a quelli che verranno enucleati dallo stesso Tribunale e, quindi, a procedere a nuova aggiudicazione della gara.

- ovvero, in subordine, alla condanna della stazione appaltante all’integrale risarcimento del danno patito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.p.A. - S.p.A. e di Italia Soc. Coop. a r.l.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 Rocco Vampa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Considerato che, all’esito della sommaria deliberazione che tipicamente connota la sede cautelare e in disparte le due prime doglianze che non appaiono fondate, il

ricorso appare *prima facie* assistito dal prescritto *fumus boni iuris* in relazione al terzo e al quarto motivo, atteso che:

- l'art. 36, comma 1, del d.lgs. 50/16 testualmente dispone 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*”;
- l'art. 36, comma 2, lett. a), puntualizza che, per importi inferiori a € 40.000, può altresì procedersi all'affidamento in via diretta “*anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*”; ciò che risulta in concreto essere avvenuto, in favore della cooperativa ricorrente, negli anni passati;
- nella fattispecie *de qua*, la resistente azienda ha optato per la adozione di una procedura di selezione aperta al pubblico, senza veruna limitazione soggettiva, con la partecipazione di tutti gli operatori interessati purchè –beninteso- in possesso della qualificazione nell'albo per la categoria di riferimento;
- la scelta di non escludere “a priori” il gestore uscente, e dunque di non applicare il principio di rotazione nella fase prodromica “*degli inviti*”, non è oggetto di contestazione, non avendo la controinteressata provveduto ad impugnare gli atti della procedura con cui, in definitiva, tale scelta si è consumata;
- tuttavia, la indizione di una procedura *quodammodo* aperta al pubblico –*recte* a tutti gli operatori in possesso di determinati requisiti di qualificazione- impone la osservanza dei principi fondamentali del diritto dell'Unione - per certo applicabili a tutte le procedure pubbliche di selezione ed espressamente richiamati peraltro nel citato art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016 – di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, economicità (cfr., altresì, art. 4 d.lgs. 50/16);
- la osservanza di tali principi non può non passare per il “guado necessitato” costituito dalla preventiva fissazione di regole e principi, benchè non aventi grado di

dettaglio stante la natura semplificata della procedura, in grado: *i*) da un lato, di orientare in modo non discriminatorio la comparazione tra le offerte e la scelta finale; *ii*) dall'altro, di rendere trasparente e conoscibile il processo decisionale in concreto seguito dalla Amministrazione;

- nel caso che ne occupa, detti principi non paiono essere stati rispettati, in considerazione della mancata fissazione preventiva del benchè menòmo criterio di valutazione ed in assenza, altresì, della indicazione del valore del servizio; ciò che appare: *i*) non aver consentito *ex ante* ai partecipanti di comprendere sulla base di quali concreti elementi la stazione appaltante avrebbe prescelto una determinata offerta; *ii*) rendere immotivata ed apodittica la determinazione di aggiudicazione in favore della controinteressata.

Le peculiarità della controversia inducono a compensare tra le parti le spese della presente fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), accoglie la suindicata domanda incidentale e, per l'effetto, sospende gli atti impugnati ai fini di una riedizione degli atti della procedura, nei sensi di cui in parte motiva.

Fissa la udienza pubblica del 23 settembre 2020 per la trattazione del merito del gravame.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei signori magistrati

L'ESTENSORE
Rocco Vampa

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO