

Tar Friuli Venezia Giulia, sezione prima, sentenza n. 376 del 16 settembre 2019

Appalti sotto-soglia – Invito a partecipare alla gara per il precedente affidatario – Violazione del principio di rotazione degli incarichi ex art. 36 del Codice – Casi di deroga

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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 242 del 2019, proposto da

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

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

A.M.G. Ascensori S.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 adozione di misura cautelare:

- del provvedimento (det. n. 2019/0508/28; n. cron. 1439) dell'11 giugno 2016 con cui il Comune ha aggiudicato l'appalto avente ad oggetto il "Servizio di Manutenzione degli Impianti Elevatori installati in Edifici di proprietà comunale per

il periodo 30 Giugno 2019/31 dicembre 2020" a seguito di espletamento di procedura di gara tramite M.E.P.A., RDO n. 2275103 (CIG. ZBA272BB0E);

- del verbale per la verifica dell'anomalia di cui alla suddetta procedura di gara M.E.P.A. n. 2275103 del 28 maggio 2019, nonché di ogni altro verbale di gara;
- della lex specialis di gara e dei relativi allegati, se interpretata del senso di giustificare l'aggiudicazione dell'appalto nei confronti di AMG;
- del provvedimento n. 848 del 5 aprile 2019 con cui il Comune ha approvato gli elaborati di gara, l'elenco delle ditte da invitare e l'avvio della procedura in RdO sul M.E.P.A. per l'affidamento del suddetto servizio;
- della lettera d'invito, di data ed estremi ignoti, con la quale il Comune ha invitato Ascensori s.r.l. a partecipare alla procedura;
- del provvedimento del 15 aprile 2019 con cui è stata indetta la procedura negoziata tramite Richiesta d'Offerta- RdO – sul M.E.P.A. di Consip, per l'affidamento del servizio in oggetto;
- per quanto occorrer possa, dell'avviso di manifestazione di interesse pubblicata sul sito web del Comune il 6 marzo 2019 e dei relativi allegati, nonché della determina di approvazione dell'avviso (n. 2019/0508/6) del 19 febbraio 2012, se interpretate del senso di giustificare l'aggiudicazione dell'appalto nei confronti di
- per quanto occorrer possa, di tutti i chiarimenti forniti nel corso della procedura di gara;
- di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, compresa l'eventuale aggiudicazione del contratto, di estremi e data non conosciuti, nonché per la condanna del al risarcimento in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con conseguente subentro nello stesso o, in subordine, per la condanna al risarcimento per equivalente di tutti i danni subiti e subendi, ivi compreso il danno curriculare, con interessi e rivalutazione sino all'effettivo soddisfo, da quantificarsi in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del e di Ascensori S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2019 il dott. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato quanto segue.

La ricorrente espone che il ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto sotto-soglia, avente ad oggetto il servizio di manutenzione degli impianti elevatori installati in edifici comunali per il biennio 30 giugno 2019-31 dicembre 2020, da aggiudicarsi sulla base del criterio del prezzo più basso.

La gara è stata aggiudicata alla controinteressata, già affidataria del medesimo servizio nel biennio precedente, la quale ha offerto il maggior ribasso percentuale (65%), all'esito favorevole del procedimento di anomalia, aperto nei suoi confronti ex art. 97 D. Lgs. 19 aprile 2016, n. 50. La ricorrente si è classificata al secondo posto in graduatoria, avendo offerto un ribasso percentuale del 42,80%.

A sostegno del ricorso si deducono le seguenti due censure di violazione di legge:

- 1) l'invito a partecipare alla gara rivolto ad viola il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti applicabile nell'ambito delle procedure negoziate per l'affidamento di contratti sotto-soglia, né il Comune ha fornito alcuna motivazione per derogare all'anzidetto principio;
- 2) il Comune, pur avendo correttamente avviato la procedura di anomalia, non si è avveduto del fatto che l'offerta di è carente, in violazione della lex specialis, non essendo stato offerto il servizio di "gestione dei combinatori telefonici

con loro aggiornamento", che richiede "in presenza di sistema GSM" l'installazione della relativa SIM.

Entrambi i motivi di gravame sono fondati.

Quanto al primo motivo, il caso all'esame appare sovrapponibile a quello, deciso con la condivisibile pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 3831 del 2019.

Giova anzitutto richiamare la norma di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, secondo la quale "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".

Ebbene, nella citata pronuncia del Consiglio di Stato si osserva che "il principio ivi affermato mira ad evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il precedente affidamento) e di rapporti esclusivi con determinati operatori economici, favorendo, per converso, l'apertura al mercato più ampia possibile sì da riequilibrarne (e implementarne) le dinamiche competitive".

Conseguentemente "il principio di rotazione si riferisce propriamente non solo agli affidamenti ma anche agli inviti, orientando le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare per presentare le offerte ed assumendo quindi nelle procedure negoziate il valore di una sorta di contropartita al carattere "fiduciario" della scelta del contraente allo scopo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo."

Inoltre, "risultano condivisibili i rilievi mossi all'operato dell'Amministrazione comunale, nella misura in cui non ha palesato le ragioni che l'hanno indotta a derogare a tale principio: ciò in linea con i principi giurisprudenziali per cui, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo (il gestore

uscite), dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) 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 (ex multis: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125)”.

Quanto al secondo motivo, la controinteressata stessa ammette (pag. 7 della memoria difensiva 6.9.2019) che il servizio di gestione dei combinatori telefonici con l'installazione della relativa SIM “risulta di fatto offerto e viene comunque già reso ed espletato nell'ambito del contratto attualmente in essere tra e Seppur non conteggiato espressamente nell'offerta inoltre, questo costo risulta di minima e marginale e incidenza rispetto al costo complessivo del servizio”.

Anche la relativa censura è dunque fondata, perché l'offerta era dunque carente rispetto a questa, seppur marginale, prescrizione della *lex specialis*.

Quest'ultimo aspetto della presente vicenda - osserva il Collegio - in cui è emersa una vischiosità o “incrostazione” con l'appalto precedente, convince sull'opportunità del principio legislativo di rotazione volto ad evitare posizioni consuetudinarie e dominanti nei rapporti degli operatori economici con le amministrazioni.

Il ricorso va dunque accolto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

- annulla il provvedimento, indicato in epigrafe, di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata;

- dichiara inefficace il contratto stipulato in data 1.7.2019 e dispone il subentro della ricorrente nell'appalto, a decorrere dall'1 ottobre 2019.

Condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata a rifondere, ciascuna per la metà, le spese del giudizio che liquida complessivamente in euro 2000,00, oltre agli accessori di legge ed al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2019

L'ESTENSORE
Lorenzo Stevanato

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO