



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 Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3459 del 2020, proposto dalla società Arace Laboratori a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmen Chiara Di Donato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Crescenzio 74;

contro

l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

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

per l'annullamento

- della Determina dell'1.4.2020, recante l'aggiudicazione definitiva in favore di Laboconsult S.r.l. della Gara n. 7532278 relativa all'affidamento del trattamento dell'acqua sanitaria per la prevenzione, il contenimento e la gestione del rischio legionella negli impianti idrici dell'acqua calda sanitaria delle sedi del Poligrafico di Roma e Foggia – Lotto 1 (Roma) – CIG 8026524125, comunicata via pec e per il tramite del portale degli acquisti, in data 3.4.2020 e trasmessa firmata in sede di accesso ai documenti amministrativi in data 24.4.2020;

- della Determina dell'1.4.2020, recante l'aggiudicazione definitiva in favore di Laboconsult S.r.l. della Gara n. 7532278 relativa all'Affidamento del trattamento dell'acqua sanitaria per la prevenzione, il contenimento e la gestione del rischio legionella negli impianti idrici dell'acqua calda sanitaria delle sedi del Poligrafico di Roma e Foggia – Lotto 2 (Foggia) – e CIG 8026528471, comunicata via pec e per il tramite del portale degli acquisti, in data 3.4.2020 e trasmessa firmata in sede di accesso ai documenti amministrativi in data 24.4.2020;

- della determina a contrarre n. 359 del 21.10.2019, nella parte in cui è stato previsto l'invio a tutti gli operatori economici iscritti nell'Albo Fornitori di riferimento, senza previsione di specifica esclusione della Laboconsult S.r.l. quale precedente affidatario del medesimo servizio per il biennio 2018-2020;

- della lettera di invito del 28.10.2019 con la quale l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. con cui IPZS ha invitato Laboconsult S.r.l. alla procedura;

- della determina n. 351/A del 10.12.2019 con cui la società Laboconsult S.r.l. è stata ammessa alla procedura, nonostante l'ostatività in tal senso derivante

dall'essere il soggetto uscente dal medesimo contratto stipulato per il precedente periodo 2018-2020;

- dei verbali delle sedute gara del 29.11.2019, 4.12.2019, 12.12.2019, 7.1.2020, 13.1.2020, 21.1.2020, 22.1.2020, 10.3.2020, nelle parti in cui è stata valutata la documentazione amministrativa, offerta tecnica ed economica della società Laboconsult S.r.l.;

- nonché di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, comunque lesivo degli interessi della ricorrente nonché per la declaratoria

di inefficacia ex artt. 121 e 122 c.p.a. del contratto nelle more eventualmente stipulato e/o stipulando tra l'aggiudicataria e l'amministrazione resistente, anche nelle more del giudizio;

nonché per la conseguente condanna

della Stazione Appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione diretta dell'appalto e/o di subentro nella gestione del servizio per entrambi i lotti, per l'intera durata contrattuale originaria-mente prevista ovvero in estremo subordine al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A e della società Laboconsult a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 giugno 2020 la dott.ssa Marina Perrelli e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 4 del D.L. n. 28/2020, previa audizione, con collegamento da remoto, dei difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso

- che con determina n. 359 del 21.10.2019, l'IPZS ha indetto la procedura negoziata (n. 7532278) *ex art.* 36, comma 2 lett. b), del D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di trattamento dell'acqua sanitaria per la prevenzione, il contenimento e la gestione del rischio legionella negli impianti idrici dell'acqua calda sanitaria delle sedi di Roma e Foggia, il cui importo complessivo è stimato in euro 181.016,00 IVA esclusa;

- che la *lex specialis* di gara, costituita dalla lettera di invito, corredata dall'allegato B – Capitolato Tecnico, unico per entrambi i lotti, è stata inoltrata a tutte le undici imprese iscritte nell'albo fornitori della Stazione Appaltante, nella categoria di riferimento, in data 28.10.2019;

- che all'esito delle operazioni di gara, che per entrambi i lotti sono state seguite da un'unica commissione di gara, sotto la direzione di un unico RUP, con comunicazioni *ex art.* 76 del D.lgs. 50/2016, trasmesse in data 3.4.2020, la Stazione appaltante ha reso noto l'intervenuta aggiudicazione di entrambi i lotti alla controinteressata Laboconsult s.r.l., come da delibere dell'1.4.2020, sulla scorta dei seguenti punteggi: 1) Lotto 1: 1. Laboconsults.r.l. punteggio totale 100,0000/100; 2. Arace Laboratori S.r.l. punteggio totale 95,2401/100; 2) lotto 2: 1. Laboconsult s.r.l. punteggio totale 97,2257/100; 2. Arace Laboratori S.r.l. punteggio totale 96,8024/100;

- che la società ricorrente, dopo aver presentato istanza di accesso agli atti ed avere ottenuto in data 24.4.2020 l'ostensione parziale degli atti della procedura, ha

impugnato le delibere di aggiudicazione, unitamente agli atti presupposti, deducendone l'illegittimità:

1) per violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, del principio di rotazione degli inviti, nonché per eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti poiché con l'invito alla procedura negoziata della controinteressata Laboconsult S.r.l., nonostante quest'ultima fosse risultata aggiudicataria, a decorrere dal 25.1.2018 e per la durata di 24 mesi, dello stesso e identico servizio, l'IPZS avrebbe apertamente violato l'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016 e, segnatamente, il principio di rotazione, posto a presidio delle procedure sotto soglia, per orientare l'azione delle stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici, con il duplice scopo di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo ai gestori uscenti e di non consentire l'instaurarsi di rapporti esclusivi con determinati operatori economici. Peraltro, secondo la prospettazione della ricorrente, la qualifica di operatore uscente avrebbe giovato alla controinteressata sia in termini di una migliore rispondenza alle ristrette tempistiche dettate dalla *lex specialis* per la presentazione delle offerte, sia per una migliore conoscenza del servizio e dei luoghi che le avrebbe consentito di presentare una complessiva offerta migliorativa per ciascun lotto, con conseguente aggiudicazione dell'intera commessa;

2) per violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, del principio di rotazione degli inviti, dell'art. 216, comma 27 *octies*, e delle linee guida ANAC n. 4, nonché per eccesso di potere per travisamento dei fatti e per difetto di motivazione in quanto le Linee Guida ANAC n. 4, nel ribadire che l'affidamento degli appalti secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016 avviene “nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione degli inviti e degli affidamenti, di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese”, specificano che il detto principio fa sì che l'affidamento

al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richieda un onere motivazionale più stringente, circostanza non verificatasi nel caso di specie. l'IPZS, pur avendo optato per l'invito del gestore uscente, non avrebbe in alcun modo esposto le ragioni per le quali dovesse ritenersi recessivo il principio di rotazione, a fronte dell'invito della Labocunsult s.r.l., motivazione tanto più necessaria alla luce del coinvolgimento di tutti i fornitori iscritti nell'albo;

- che l'IPZS – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., costituito in giudizio, ha specificato di aver rivolto l'invito a partecipare alla gara a tutti e 21 gli operatori economici iscritti nel proprio elenco nella categoria di interesse e che, pertanto, ricorrerebbero i presupposti per disapplicare il principio di rotazione, secondo quanto disposto dal paragrafo 3.6 delle Linee Guida dell'ANAC n. 4, ai sensi del quale “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”. Tale orientamento è stato recepito dall'IPZS nel regolamento relativo agli affidamenti sotto soglia, adottato il 5.12.2019, ai sensi del cui art. 5 comma 2 *“Il principio di rotazione si intende comunque rispettato laddove vengano invitati alla consultazione tutti i soggetti iscritti nella sottocategoria merceologica oggetto dell'affidamento. In tale ipotesi, i suddetti soggetti invitati potranno essere tutti nuovamente consultabili in successivi affidamenti.”*. Peraltro, nel caso in questione, attesa la primaria esigenza sottesa alla gara, vale a dire la tutela della salute dei lavoratori, e l'elevata specializzazione richiesta, l'esigenza di concorrenzialità sarebbe particolarmente evidente al fine di individuare l'operatore in grado di offrire il miglior servizio volto a scongiurare gravi conseguenze per l'integrità fisica dei propri dipendenti;

- che la controinteressata Laboconsult s.r.l. si è costituita in giudizio con memoria di stile;
- che all'udienza del 3.6.2020, preso atto delle memorie depositate dalle parti e sentiti i difensori nelle modalità di cui all'art. 4 del D.L. n. 28/2020, la causa è stata trattenuta in decisione con l'avviso alle parti della sua possibile definizione mediante sentenza semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto

- che nel merito il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni;
- che parte ricorrente lamenta la violazione del principio di rotazione in quanto la gara è stata aggiudicata al gestore uscente senza che ricorresse alcuna delle ipotesi in cui è ammessa una deroga all'applicazione del predetto principio, così come individuate dalle Linee Guida ANAC n. 4 e dalla giurisprudenza;
- che l'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016, al comma 1, così modificato dall'art. 25, comma 1, lett. a), del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, prevede 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”;
- che l'appalto di cui si controverte è pacificamente sotto soglia;
- che, inoltre, la procedura oggetto di impugnazione non è aperta, bensì negoziata potendovi partecipare soltanto gli operatori economici iscritti nell'albo fornitori (cfr. in termini TAR Lazio, Roma, II, 7062/2019; Cons. Stato, V, 31.3.2020, n. 2182) e che, a differenza di quanto sostenuto dall'IPZS nelle proprie memorie, la circostanza che l'invito fosse stato rivolto a tutti i fornitori presenti nella specifica categoria merceologica dell'Albo e che quest'ultimo fosse stato recentemente

oggetto di un avviso agli operatori economici per ampliare il numero degli iscritti, non è idonea a trasformare la procedura da negoziata ad aperta;

- che, pertanto, come recentemente affermato dal Consiglio di Stato in relazione a una procedura analoga a quella oggetto di controversia, il principio di rotazione costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha 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, sez. 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, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; Id., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; Id., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854)" (cfr. in termini Cons. Stato, V, 31.3.2020, n. 2182 citata);

- che, quindi, tale principio, comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi, quali ad esempio il numero circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato ovvero il peculiare oggetto e le specifiche caratteristiche della categoria merceologica (cfr, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943);

- che tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare – nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (cfr. art. 30, comma 1 d. lgs. n. 50/2016) – già dalla decisione assunta all’atto di procedere all’invito, e non può essere surrogata dalla integrazione postuma, in sede contenziosa (cfr. Cons. Stato, V, n. 2182/2020);
- che nel caso di specie, la stazione appaltante, che ha optato per invitare il gestore uscente, non ha evidenziato nella determina a contrarre n. 359 del 21.10.2019 e nei successivi atti di gara le ragioni per le quali ha ritenuto di non poter prescindere dall’invito anche alla controinteressata, salvo poi affermare in sede di memorie di difesa che l’oggetto e le peculiarità del servizio, nonché la sua elevata specializzazione, rendevano alto il rischio che la gara andasse deserta e che non fosse possibile garantire la continuità del servizio posto a tutela della salute dei propri dipendenti;
- che, pertanto, la violazione del principio di rotazione, *ex art. 36 del d.lgs. n. 50/2016*, nel caso di specie si sostanzia non nell’invito del precedente gestore a prendere parte alla gara, ma nell’omessa puntuale motivazione della decisione assunta che travolge conseguentemente anche la successiva aggiudicazione;
- che, per tali ragioni, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento gravato;
- che la mancata motivazione della stazione appaltante, in ordine all’eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore, comporta l’illegittimità della partecipazione di quest’ultimo alla procedura e che l’annullamento in via derivata dell’aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell’amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato, rispetto al quale non è stata

evidenziata nel corso del procedimento e del successivo giudizio alcuna idonea causa ostativa;

- che la predetta decisione esime dall'esaminare la domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta dalla ricorrente in via subordinata rispetto a quella in forma specifica;

- che, in considerazione della peculiarità della vicenda esaminata, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, dichiara l'inefficacia dei contratti, se nelle more stipulati, e dispone il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione degli appalti in questione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 giugno 2020, tenutasi in videoconferenza da remoto, ai sensi dell'articolo 84, comma 6, del D.L. n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27/2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Giovanna Vigliotti, Referendario

L'ESTENSORE
Marina Perrelli

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO