



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1184 del 2021, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato F. A., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso (Omissis);
nei confronti

(Omissis) non costituita in giudizio;
per l'annullamento della Determina del Provveditore Regionale (Omissis) di avvio della procedura negoziata ai sensi dell'art.63 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n.50 senza pubblicazione del Bando per il Servizio del solo Vitto dei detenuti ed internati ristretti negli Istituti penitenziari con esclusione della ricorrente alla partecipazione per l'aggiudicazione del Lotto n.2/35, dell'invito a formulare le offerte ad esclusione del Lotto n. 2/35, del bando, disciplinare con appendici, schema contratto, analisi tecnica economica redatta per il bando 2020.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Si controverte sulla legittimità degli atti della procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, co. 2, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, indetta dal Dipartimento (Omissis) con determina a contrarre del 14.10.2021 per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di vitto in favore dei detenuti ed internati ristretti negli istituti penitenziari per la durata di dodici mesi.

La procedura negoziata veniva suddivisa in 4 lotti: lotto 1 – Padova; lotto 2 – Verona e Vicenza; lotto 3 – Friuli Venezia Giulia e Trentino Alto Adige; lotto 4 – Veneto).

La società ricorrente veniva invitata a presentare la propria offerta per la partecipazione alla procedura negoziata. Nella lettera di invito, tuttavia, veniva precisato che "...in ossequio al disposto delle Linee Guida ANAC n° 4 (in rispetto del principio di rotazione), codesta Ditta non potrà partecipare al Lotto n° 2 – numerazione nazionale n° 35 in quanto aggiudicataria uscente dello stesso".

Con ricorso notificato in data 2.11.2021, la società (Omissis) ha adito l'intestato TAR chiedendo l'annullamento degli atti indittivi della procedura de qua.

Deduce la ricorrente che la procedura di che trattasi sarebbe illegittima perché non sussisterebbero i presupposti per indire una procedura negoziata senza bando e, comunque, la P.A. non avrebbe adeguatamente motivato al riguardo (primo e secondo motivo); la scelta della P.A. di indire la procedura negoziata, fissando la base d'asta della diaria giornaliera in € 5,70, sarebbe, in ogni caso, irragionevole, illogica e viziata da difetto di istruttoria, non consentendo la formulazione di un'offerta seria e consapevole, oltre che elusiva del giudicato (terzo motivo); sarebbe, infine, illegittima la previsione della lex specialis che determina l'esclusione della ricorrente

dal lotto n° 1, numerazione nazionale n° 35, del valore di € 1.780.908 (oltre dodici volte la soglia di rilevanza europea pari a € 139.000), in pretesa applicazione del principio di rotazione (quarto motivo).

Con decreto cautelare monocratico n. 569 del 2.11.2021 veniva accolta l'istanza di misure cautelari provvisorie contenuta nel ricorso introduttivo, disponendo l'ammissione con riserva della società ricorrente a presentare l'offerta anche per il lotto n 2/35 entro il termine prefissato del 4/11/2021.

Si costituiva per resistere al ricorso introduttivo la stazione appaltante, eccependone l'infondatezza.

Con ordinanza cautelare n. 615/2021 il Collegio, rilevato che erano pendenti ulteriori impugnative, con domanda incidentale di sospensiva, avverso la medesima procedura selettiva, seppure riferite a diversi lotti, confermava l'ammissione con riserva della ricorrente sino alla data della nuova camera di consiglio del 2.12.2021, in esito alla quale, con ordinanza cautelare n. 657/2021, respingeva la domanda cautelare formulata dalla società istante, ritenendo prima facie immune dalle censure dedotte l'operato della P.A.

L'ordinanza cautelare del Tar veniva riformata in sede di appello cautelare dal Consiglio di Stato, ord. 113/2022, che riteneva prima facie illegittima l'applicazione del principio di rotazione.

All'udienza pubblica del 10 marzo 2022, in assenza della prova dell'avvenuta notifica di motivi aggiunti, tenuto conto che l'art. 73, comma 1 bis, c.p.a. consente il rinvio della trattazione della causa solo in casi eccezionali, il Collegio tratteneva la causa per la decisione, così rigettando l'istanza di differimento dell'udienza formulata dalla ricorrente.

Il ricorso merita solo parziale accoglimento.

Il Collegio reputa di dover respingere i primi due motivi di ricorso con cui si deduce l'insussistenza dei presupposti per indire la procedura negoziata o l'insufficienza della motivazione adottata dalla P.A. a sostegno di tale opzione.

L'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 consente la procedura negoziata senza bando "nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati".

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ha, senza dubbio, carattere eccezionale, come si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'eccezionalità cui si riferisce tale ultima disposizione - della quale la P.A. ha ritenuto di fare applicazione per l'affidamento in oggetto - attiene alle "ragioni di estrema urgenza", non tanto quindi agli eventi che l'hanno determinata, che devono, tuttavia, essere "imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice" ed a questa "non imputabili".

Nella specie sussistono tutti i presupposti per l'accesso a tale procedura semplificata.

In primo luogo essa è utilizzata, come disposto dalla norma, "nella misura strettamente necessaria", cioè non per addivenire all'affidamento a regime, bensì per stipulare un contratto-ponte, di durata temporale limitata (12 mesi), funzionale a consentire l'espletamento della procedura ordinaria secondo le regole di evidenza pubblica comunitaria.

In secondo luogo sussiste l'estrema urgenza di provvedere, che è data dall'annullamento della procedura di evidenza pubblica ordinaria, indetta nel 2020, così come della procedente indetta nel 2017.

Né, in terzo luogo, può dirsi che la situazione di urgenza sia prevedibile e imputabile all'amministrazione, la quale ha provveduto ad articolare procedure selettive ordinarie, ad oggetto complesso, com'è nella specie, con una corretta tempistica, le quali tuttavia sono state poi annullate in sede giurisdizionale. Si è in tal modo venuta a determinare una necessità di provvedere con urgenza, non prevedibile a priori, rispetto alla quale la scelta della procedura negoziata senza bando, con ampia partecipazione degli operatori economici interessati, deve ritenersi consentita e, dunque, immune dalle censure dedotte.

Non può, infatti, essere generalizzata l'affermazione, sostenuta dalla parte ricorrente, alla stregua della quale la possibile insorgenza di contenziosi giudiziari debba essere sempre considerata evento "non imprevedibile" nel settore dei contratti pubblici ed "imputabile" all'amministrazione, come tale idoneo ad impedire ex se ed in ogni caso il ricorso alla procedura negoziata senza bando.

All'opposto, come precisato da Cons. Stato, Sez. V, n. 7827 del 22.11.2021, proprio la pendenza di contenziosi giudiziari e i loro esiti aleatori costituiscono, in riferimento agli appalti di servizi indispensabili ed indifferibili quali quelli per cui è causa (servizio di vitto per i detenuti, la cui mancata o ritardata erogazione potrebbe arrecare un grave pregiudizio all'ordine ed alla sicurezza degli Istituti Penitenziari), evenienza atta a consentire il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Questa infatti consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara sub iudice (cfr. Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687), con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

Alla luce delle suesposte considerazioni, ritenuto che nel caso di specie non sia apprezzabile neanche il lamentato difetto di motivazione degli atti gravati, avendo l'Amministrazione, sia pur sinteticamente, dato conto dei presupposti di fatto e di diritto giustificativi delle determinazioni assunte, i primi due motivi di ricorso deve essere respinto.

Va, altresì, respinto il terzo motivo di gravame con cui la ricorrente deduce che la scelta della P.A. di indire la procedura negoziata, fissando la base d'asta della diaria giornaliera in € 5,70, sarebbe irragionevole, illogica e viziata da difetto di istruttoria, non consentendo la formulazione di un'offerta seria e consapevole, nonché illegittima per elusione del giudicato.

Nel settore degli appalti pubblici la giurisprudenza (Tar Veneto n. 1042/2017; Cons. St. n. 491/2015) ha chiarito che se, in linea generale e astratta, le clausole della legge di gara attinenti al prezzo posto a base d'asta possono annoverarsi tra le clausole cosiddette escludenti, in concreto occorre distinguere il caso in cui le predette clausole siano tali da impedire oggettivamente e indistintamente a tutti i potenziali concorrenti una corretta e consapevole formulazione dell'offerta (clausola escludente) dal caso in cui vi sia una mera difficoltà soggettiva, in capo alla singola ricorrente, di formulare un'offerta competitiva (clausola non escludente).

E' stato, altresì, precisato che le valutazioni tecniche, incluse quelle che riguardano la determinazione della base d'asta, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti, che non può dedursi dalla presentazione di conteggi e simulazioni, unilateralmente predisposti dalla parte ricorrente, che non evidenziano alcun manifesto errore logico o di ragionevolezza e che, comunque, non dimostrano un'impossibilità oggettiva, a carico di ogni potenziale concorrente, di presentare un'offerta, ma dimostrano semplicemente l'impossibilità soltanto per l'attuale ricorrente, di presentare un'offerta, il che è irrilevante ai fini della valutazione della legittimità della procedura di gara (Consiglio di Stato sez. V, 22/10/2018, n. 6006).

La scelta della P.A. di indire la procedura negoziata, fissando la base d'asta della diaria giornaliera in € 5,70, non può dirsi manifestamente irragionevole e non preclude la formulazione di offerte serie e consapevoli, come dimostra per tabulas la circostanza che varie imprese hanno partecipato alla procedura negoziata per cui è causa, presentando le relative offerte (verosimilmente remunerative e comunque non in perdita), con ciò mostrando di ritenere appetibile la commessa pubblica.

Non merita condivisione neanche la censura di elusione del giudicato rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato nn. 5783 e 5789 del 2021, prospettata dalla ricorrente in modo generico e non del tutto perspicuo, considerato che dette sentenze si riferiscono al diverso e più complesso servizio di vitto e sopravvitto (non coincidente con quello che forma oggetto della procedura negoziata per cui è causa, limitato al solo vitto) e che, peraltro, supposti vizi di violazione o elusione del giudicato rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato nn. 5783 e 5789 del 2021 devono essere fatti valere nelle forme del giudizio di ottemperanza, dinanzi al giudice competente.

Va, invece, accolto il quarto motivo di gravame con cui la ricorrente deduce l'illegittima applicazione del principio di rotazione.

Il Collegio, re melius perpensa rispetto alla sommaria delibazione effettuata nella fase cautelare di giudizio, tenuto conto di quanto nel frattempo statuito dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare (ord. 113/2022) e della necessità di garantire la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, ritiene che la stazione appaltante abbia illegittimamente applicato il principio di rotazione.

Il decreto inditivo della procedura negoziata senza bando n. 10.I del 2021 prevede, per quel che qui rileva, che a detta procedura negoziata senza bando dovranno essere invitati "tutti gli operatori economici che sono stati ammessi alla procedura di gara aperta indetta in base alla predetta determina a contrarre n. 22.164 del 23/06/2020, in quanto i requisiti sia generali che speciali per la partecipazione alla stessa rispettano le esigenze della procedura in argomento, con applicazione del principio di rotazione per il singolo lotto, in base al disposto dell'art. 36, comma 1, del D. Lgs 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii., nonché delle Linee Guida ANAC n. 4".

Orbene, osserva innanzitutto il Collegio che i riferimenti normativi ai quali l'amministrazione si affida nella richiamata previsione del decreto n. 10.I cit. sono errati, poichè richiamano una norma primaria (art. 36 d.lgs. n. 50/2016) e una previsione di c.d. soft law (Linee guida n. 4 di ANAC), entrambe riferite agli affidamenti sotto-soglia comunitaria, mentre nelle specie si è in presenza di servizi che superano la suddetta soglia di

valore. È vero, come rilevato dall'Avvocatura erariale, che il principio di rotazione ha un suo ambito applicativo non esclusivamente circoscritto al settore del sotto-soglia; infatti anche l'art. 63, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 cita, proprio nell'ambito della disciplina della procedura negoziata senza bando, il principio di rotazione. Ciò tuttavia non toglie che il dato normativo evocato nel decreto impugnato sia errato e che, vertendosi nel caso in esame non nel settore del sotto-soglia, come tale estraneo all'applicazione della normativa pro-concorrenziale di stampo europeo, bensì in ambito contrattuale di rilevanza europea, sia necessario un più approfondito scrutinio della correttezza dell'applicazione del principio di rotazione, che si traduce in concreto nella preclusione della partecipazione di un operatore economico alla indetta procedura selettiva (Tar Toscana n. 1166 e 1167 del 2021).

Il riferito scrutinio conduce a ritenere illegittima, poiché ingiustificatamente preclusiva della concorrenza, l'applicazione del principio di rotazione al caso di specie, dovendosi rimarcare che:

a) il principio di rotazione costituisce, secondo il pertinente dettato legislativo (cfr. art. 63, comma 6, d.lvo n. 50/2016: "le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei"), un criterio orientatore della discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura de qua;

b) nella specie, l'Amministrazione ha invitato alla procedura negoziata tutti gli operatori che avevano fatto domanda di partecipazione alla precedente procedura aperta, poi annullata in sede giurisdizionale;

c) rispetto a tale apertura partecipativa la rotazione imposta sul singolo lotto risulta incomprensibile, non fungendo da contraltare ad una forte componente discrezionale della stazione appaltante nella selezione degli invitati e finendo per risultare ingiustamente punitiva di un singolo operatore, sol perché gestore uscente del servizio (Tar Toscana n. 1166 e 1167 del 2021). Detto in altri termini, in mancanza di una effettiva manifestazione di esercizio della discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella selezione degli invitati, deve ritenersi insussistente il presupposto applicativo del principio di rotazione, che a quella discrezionalità, e ai fini regolatori/limitativi della stessa, è strettamente collegato (Cons. St., ord. nn. 106 e 113 del 2022).

La problematicità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il gravato decreto indittivo della procedura negoziata e la lettera-invito nella parte in cui dispongono l'applicazione del principio di rotazione sul singolo lotto.

Spese compensate, ferma la restituzione del contributo unificato a carico della P.A..

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Marco Rinaldi, Consigliere, Estensore

Elena Garbari, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE

Alberto Pasi

IL SEGRETARIO