

Pubblicato il 20/04/2022

N. 01130/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01728/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1728 del 2021, proposto dalla (Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati A. B., M. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

La Città Metropolitana di (Omissis), non costituita in giudizio;

nei confronti

Di (Omissis) e della (Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati G. I., G. I., con domicilio eletto presso lo studio A. A. in (Omissis) ;

Per l'annullamento

Previa sospensione cautelare degli effetti

- della Determinazione Dirigenziale dell'Amministrazione resistente n. 1000 del 10.9.2021 con la quale la resistente aggiudicava in favore dell'a.t.i. controinteressata l'appalto per la realizzazione dei "Lavori di sistemazione e consolidamento del piano viabile e bonifica delle scarpate con la costruzione di reti paramassi lungo la S.P. 161 dal km 12+000, nel Comune di (Omissis)";
- della pregressa Lettera d'invito del 29.6.2021, nella parte in cui aveva quale destinatario l'Impresa (Omissis);
- della nota dell'Amministrazione resistente prot. n. 28510 del 9.8.2021;
- ove occorresse, della pregressa manifestazione d'interesse nella parte in cui non dispone di escludere dall'eventuale sorteggio e quindi decide di ammettere all'eventuale sorteggio coloro nei cui confronti ricorressero i presupposti di esclusione in applicazione del c.d. principio di rotazione;
- ove occorresse ancora, delle pregresse operazioni di sorteggio svoltesi tra gli oltre 100 Operatori economici che avevano manifestato interesse alla partecipazione, nella parte in cui includevano il nominativo dell'Impresa (Omissis), ivi candidatasi quale capogruppo della costituenda a.t.i. controinteressata;
- di qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale,

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (Omissis) e della (Omissis);

Vista l'ordinanza cautelare n.711/2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2022 il dott. Maurizio Antonio Pasquale Francola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione a contrarre n.1128 del 25 novembre 2020, la (Omissis) approvava il Progetto esecutivo, lo schema di Lettera d'invito ed il Disciplinare dell'appalto di "*Lavori per il consolidamento del piano viabile e messa in sicurezza delle SS.PP. 138, 140 e 140bis nel territorio dei Comune di (Omissis) e (Omissis)* ", per un ammontare di € 876.581,95 comprensivi di oneri di sicurezza, procedendo, in seguito, all'affidamento, sulla base del criterio del minor prezzo, tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art.63 co.2 lett. c) D.Lgs. n.50/2016.

Con successiva determinazione dirigenziale n.1542 del 31 dicembre 2020, l'appalto veniva affidato all'impresa individuale (Omissis).

Con determinazione a contrarre n.532 del primo giugno 2021, la (Omissis) approvava il Progetto esecutivo, lo schema di Lettera d'invito ed il Disciplinare dell'appalto di "*Lavori di sistemazione e consolidamento del piano viabile e bonifica delle scarpate con la costruzione di reti paramassi lungo la S.P. 161 dal Km 12+000 nel Comune di (Omissis)* ", per un ammontare di € 774.371,08 comprensivi di oneri di sicurezza, procedendo, in seguito, all'affidamento, sulla base del criterio del minor prezzo, tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art.1 co.2 lett. b) L. n.120/2020 e dell'art.63 co.2 lett. c) D.Lgs. n.50/2016.

Oltre un centinaio di imprese manifestavano interesse a partecipare alla procedura tra le quali anche la ricorrente e l'impresa individuale (Omissis) che risultava prima classificata in A.T.I. con la (Omissis).

Nonostante la diffida del 23 luglio 2021 con la quale la ricorrente contestava la partecipazione dell'impresa individuale (Omissis) in quanto in contrasto con il principio di rotazione, la (Omissis), con determinazione dirigenziale n.1000 del 10 settembre 2021 non comunicata nelle forme previste dal codice dei contratti pubblici, affidava i lavori in appalto alla predetta impresa in A.T.I. con la (Omissis).

Con ricorso notificato e depositato il 3 novembre 2021, la ricorrente, con unico motivo, domandava l'annullamento della predetta aggiudicazione per violazione degli artt. 1, comma 2, lettera b), D.L. n. 76 del 16.7.2020, convertito in L. n. 120 dell'11.9.2020, e 36, comma 2, lettera c-bis), D.Lgs. n.50/2016, nonché della linea guida Anac n.4/2016, poiché il pregresso affidamento del contratto avrebbe precluso la partecipazione dell'aggiudicataria in ossequio alla corretta applicazione del principio di rotazione.

Si costituiva (Omissis), nella qualità di titolare della omonima impresa individuale, opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto: irricevibile e, comunque, infondato nel merito.

Con ordinanza cautelare n.711/2021 il Collegio rigettava l'istanza di sospensione degli atti impugnati presentata in via incidentale dalla ricorrente.

Le parti depositavano documenti e memorie conclusionali.

Non si costituiva la (Omissis), nonostante la regolare notifica del ricorso.

All'udienza pubblica del 14 aprile 2021, le parti concludevano come da verbale in atti ed il Collegio tratteneva il ricorso in decisione.

DIRITTO

In disparte l'irricevibilità eccepita dalla controinteressata, il ricorso non può, comunque, essere accolto perché infondato nel merito.

Con l'unico motivo di ricorso si lamenta l'illegittimità dell'impugnata aggiudicazione per omessa esclusione della controinteressata (aggiudicataria) dal novero delle imprese concorrenti, in ragione

del divieto promanante dal precedente affidamento di lavori disposto in suo favore dal medesimo ente aggiudicatore, essendo stato violato nella circostanza il principio di rotazione.

Il Collegio ritiene necessaria qualche precisazione sulla corretta applicazione dell'invocato principio di rotazione.

L'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 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”*.

Il principio di rotazione è richiamato altresì nell'art. 63, comma 6, del c.p.p., in riferimento alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, ai sensi del quale la stazione appaltante deve individuare *“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”*.

Siffatta regola costituisce un necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata. Essa trova, peraltro, giustificazione nell'esigenza di tutelare la concorrenza in un settore nel quale si ritiene essere maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte degli operatori risultati in precedenza aggiudicatari (in particolare, nei contratti sottosoglia): donde, il divieto di ulteriore partecipazione alla procedura a carico del soggetto che sia stato già aggiudicatario o affidatario ovvero che sia stato già invitato alla selezione precedente.

Secondo l'ANAC (Linea guida n.4): a) si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi; b) il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento; c) 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.

La giurisprudenza si è interrogata sul rapporto tra l'obbligo di rotazione e logica concorrenziale, affermandone spesso la compatibilità ed anzi, ancor più radicalmente, evidenziando che il *“principio di rotazione”* è espressione della tutela della libera concorrenza, costituendone una modalità di attuazione.

Così, anche se l'art. 30 del d.lgs. n. 50-2016 (rubricato *“principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni”*) non lo prevede espressamente, è stato affermato che *«anche nell'art. 30, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione»* (Consiglio di Stato, sez. VI, 32 agosto 2017, n. 4125 e Consiglio di Stato. Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079). Dunque nessuna contraddizione tra rotazione e libera concorrenza, ma anzi un rapporto di derivazione dell'un principio dall'altro in considerazione della preordinazione a soddisfare l'esigenza della maggiore apertura del mercato (cfr. Tar per la Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454 e Tar per l'Abruzzo, L'Aquila, 9 giugno 2016, n. 372).

In tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza europea, precisando che i principi posti dal Trattato sull'Unione Europea a garanzia del buon funzionamento del mercato unico sono di applicazione generale e devono essere osservati in relazione a qualunque tipologia contrattuale tale da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, ancorché diversa dagli appalti di lavori, servizi e forniture, disciplinati da specifiche direttive comunitarie, come

accade per le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, oltre che per le concessioni di servizi e gli appalti sottosoglia comunitaria (C. Giust. UE, ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00; Id., sentenza 7 dicembre 2000, C-324; in tal senso anche, Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Id., 30 gennaio 2007, n. 362; Id., 30 settembre 2010, n. 7239; nello stesso senso la comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in G.U. n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da un circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le politiche Comunitarie n. 945 in data 1° marzo 2002).

In termini generali, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito il significato e la portata del principio di rotazione, ponendo in risalto che *“Il principio di rotazione di cui all’art. 36, comma 1, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, 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)”* (Cons. Stato, V, 15 dicembre 2020, n. 8030; cfr. anche Id., VI, 4 giugno 2019, n. 3755, in cui si pone in risalto la ratio del principio, volto a evitare *“la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti”*; Id., V, 12 giugno 2019, n. 3943, per cui il principio *“è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente”*; Id., V, 31 marzo 2020, n. 2182).

Presupposto della sua applicazione è che venga, dunque, in rilievo un affidamento diretto o comunque ristretto, atteso che *“Deve ritenersi che l’applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti sia limitata alle procedure negoziate”* (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1515; III, 25 aprile 2020, n. 2654; V, 5 novembre 2019, n. 7539; nello stesso senso, cfr. anche le Linee Guida n. 4 dell’Anac, approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, da ultimo aggiornate con delibera n. 636 del 10 luglio 2019, spec. par. 3.6).

In tale contesto, *“indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è l’omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l’inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524)”* (Cons. Stato, n. 8030 del 2020, cit.); occorre, in particolare, che l’oggetto presenti continuità fra i vari affidamenti in relazione alle prestazioni principali assegnate (cfr. Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524, che pone l’accento sulla *“identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime”*; Id., V, 17 marzo 2021, n. 2292).

Al contempo, il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l’affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente (inter multis, cfr. Cons. Stato, n. 2182 del 2020, cit.; Linee Guida n. 4 dell’Anac, spec. par. 3.7).

Nel caso in esame, la (Omissis) ha indetto, per l’affidamento dei lavori in questione, una procedura mista, poiché l’individuazione dei concorrenti da ammettere alla procedura negoziata senza bando era dipendente da un sorteggio aperto a tutte le imprese del settore che avessero manifestato il proprio interesse a partecipare.

Vi era, quindi, una fase procedurale aperta (a tutti), seguita da una, invece, ristretta.

Il Consiglio di Stato (Sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999) si è pronunciato su una fattispecie in parte analoga a quella oggetto del contendere, ritenendo che fosse stato delineato *“un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento dell’amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura”*.

Nel caso di specie, la procedura di gara non è riconducibile propriamente ad una procedura negoziata ristretta, poiché il procedimento prevedeva una richiesta di offerta rivolta a tutti gli operatori del

settore, (tanto è vero che le domande di partecipazione erano oltre un centinaio). Ciò delinea un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato che esclude qualsiasi intervento dell'amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura.

Donde, la non violazione del principio di rotazione.

Il ricorso, pertanto, è infondato e, quindi, deve essere respinto.

La complessità delle questioni di diritto esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti costituite e l'irripetibilità delle spese nei rapporti tra la ricorrente e l'Amministrazione intimata non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate tra le parti costituite ed irripetibili nei rapporti tra la ricorrente e l'Amministrazione intimata non costituita.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL PRESIDENTE

Francesco Brugaletta

IL SEGRETARIO