

Pubblicato il 06/05/2022

N. 00618/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00504/2022 REG.RIC.



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 504 del 2022, proposto da (omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato G. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il (omissis) , in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di (omissis), con domicilio *ex lege* presso la sua sede in (omissis);

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. M_D ABA003 REG2022 0005664 del 22.03.2022, notificata a mezzo pec in pari data, per il cui tramite l'intimata Amministrazione (omissis), in relazione alla procedura per l'affidamento, in regime di concessione, dei servizi "di balneazione e logistici dei Distaccamenti Straordinari A.M./Centri di Sopravvivenza in Mare di (omissis). Periodo 2022-2025", comunicava alla ricorrente il suo mancato invito alla predetta procedura "*in applicazione del principio di rotazione degli inviti e affidamenti di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) D.Lgs. n. 50/2016*";
- della Richiesta di Offerta (RDO) trasmessa dall'intimata Amministrazione (omissis) sul MePA alle ditte invitate a presentare offerta per l'affidamento, in regime di concessione, dei servizi "*di balneazione e logistici dei Distaccamenti Straordinari A.M./Centri di Sopravvivenza in Mare (omissis). Periodo 2022-2025*";
- dell'avviso n. 1qg2022, con cui si è dato avvio, attraverso l'invito agli operatori economici a manifestare il proprio interesse, alla procedura di "*Affidamento in concessione a terzi di balneazione e logistici dei Distaccamenti Straordinari A.M./Centri di Sopravvivenza in Mare di (omissis). Periodo 2022-2025*", nella parte cui prevede la possibilità, per l'Amministrazione concedente, "*di non invitare uno o più operatori economici che abbiano manifestato interesse alla presente procedura*" e, comunque, in ogni sua parte di interesse;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2022 il Cons. Rita Tricarico e uditi l'Avvocato G. M., per la ricorrente, e l'Avvocato dello Stato (omissis), per la difesa erariale;

Visto l'articolo 60, comma 1, c.p.a., che facoltizza il Tribunale amministrativo regionale a definire il giudizio nel merito, con sentenza in forma semplificata, in sede di decisione della domanda cautelare, una volta verificato che siano trascorsi almeno dieci giorni dall'ultima notificazione del ricorso e

cinque giorni dal suo deposito (termini dimezzati) ed accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria;

Rilevato:

che nella specie il presente giudizio può essere definito con decisione in forma semplificata, ai sensi del menzionato art. 60, comma 1, c.p.a., stante la completezza del contraddittorio e della documentazione di causa;

che sono state espletate le formalità previste dal citato art. 60 c.p.a.;

Rilevato:

che il (omissis), dovendo indire una procedura negoziata per l'affidamento in concessione a terzi di balneazione e logistici dei Distaccamenti Straordinari A.M./Centri di Sopravvivenza in Mare di (omissis). Periodo 2022-2025, ha ritenuto, per garantire una maggiore partecipazione, di dare l'avviso n. 1qg2022, pubblicandolo in data 19.01.2022 sul sito istituzionale, dando la possibilità agli operatori del settore di manifestare il proprio interesse, a mezzo pec, entro il termine del 10.02.2022;

che in tale invito erano previste la possibilità, per l'Amministrazione, di *“invitare operatori economici già iscritti e operanti sul portale in parola, al fine di ampliare, ove ritenuto necessario, il numero dei partecipanti alla procedura”* ed altresì quella comunque *“di non invitare uno o più operatori economici che abbiano manifestato interesse alla presente procedura”*;

che la Società (omissis), odierna ricorrente, non è stata invitata, in applicazione del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs n. 50/2016, per aver la stessa gestito in concessione lo stesso servizio, quale cessionaria del ramo di azienda dal precedente affidatario;

che la stessa ha impugnato la propria esclusione, nonché la clausola su richiamata circa la riserva dell'Amministrazione *“di non invitare uno o più operatori economici che abbiano manifestato interesse alla presente procedura”*, assumendo, in particolare che: a) il principio di rotazione non sarebbe qui applicabile, trattandosi di affidamento di concessione, e non già di appalto; b) in realtà la procedura *de qua* sarebbe aperta, per cui detto principio non sarebbe comunque applicabile; c) in ogni caso tale principio non sarebbe applicabile nei suoi riguardi, non essendo il soggetto affidatario uscente; d) stante la non applicabilità del principio di rotazione, la clausola menzionata, che attribuisce una ampia discrezionalità all'Amministrazione, sarebbe illegittima, in quanto in contrasto col principio del *favor participationis*;

Considerato:

che l'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs n. 50/2016 prevede che debba essere rispettato il principio di rotazione degli inviti, in caso di *“affidamento diretto [inferiore alle soglie di cui all'articolo 35] previa valutazione ..., per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici”*;

che il richiamato principio comporta, di norma, il divieto di invitare a procedure negoziate dirette all'assegnazione di un appalto il contraente uscente nonché l'operatore economico invitato e non risultato affidatario nella precedente procedura, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato; al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento);

che la sua *ratio* è quella 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 (cfr. Cons. St., V, 17.03.2021, n. 2292), quindi di garantire alle imprese concorrenti una posizione paritaria;

che, come affermato dalla giurisprudenza che si condivide (cfr.: Tar Abruzzo, Pescara, 5.9.2020, n. 251; Tar Toscana, I, 2.1.2018, n. 17), il principio di rotazione si estende anche alle concessioni, in virtù di quanto stabilito dall'art. 164, comma 2, del d.lgs n. 50/2016, secondo cui: *“Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto*

compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”;

che, d'altra parte, essendo le stesse, per appalti e concessioni, le modalità e le procedure di affidamento, va da sé che, in caso di procedura negoziata, si applichi detto principio, rimanendo valida la *ratio*;

che, se è vero che si è ritenuto che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti (cfr. Cons.St., III, 04.02.2020, n. 875; V, 5.11.2019, n. 7539), deve, tuttavia, considerarsi che nella specie non ricorre tale ipotesi;

che, infatti, sebbene l'Amministrazione abbia voluto ampliare i partecipanti alla procedura, attraverso l'avviso su richiamato, peraltro pubblicato unicamente sul sito istituzionale, e non già nelle forme previste *ex lege*, comunque si è riservata la possibilità di un vaglio preventivo, informando *ex ante* che si riservava la possibilità di “*di non invitare uno o più operatori economici che abbiano manifestato interesse alla presente procedura*” (ed altresì anche la possibilità di invitarne altri, ove ritenuto necessario);

che la clausola limitativa citata esclude del tutto la asserita non applicabilità alla specie del principio di rotazione;

che detta clausola è legittima, in quanto, posta comunque la necessità, in caso di mancato invito di ditte che si siano proposte, di fornire giustificati motivi, l'art. 36 pone solo un limite minimo di valutazione di cinque operatori economici, raggiunto il quale la partecipazione può essere invece limitata;

che, stante la richiamata *ratio* sottesa al principio di rotazione, legittimamente l'Amministrazione lo ha applicato nei confronti dell'odierna ricorrente, non consentendole di partecipare alla procedura;

che, infatti, pur non essendo la stessa l'affidataria uscente del servizio in concessione *de quo*, tuttavia, in ragione del conseguimento dalla (omissis), precedente affidataria, del ramo d'azienda che lo comprendeva, è *in toto* subentrata nella gestione del servizio per l'intera stagione antecedente, quindi trovandosi in posizione analoga al soggetto che lo ha gestito per averlo ottenuto in affidamento dall'Amministrazione concedente;

che, per le ragioni suesposte, tutte le doglianze dedotte in ricorso sono infondate;

Ritenuto:

che in conclusione il ricorso sia infondato e debba quindi essere respinto;

che, tenuto conto della peculiarità della vicenda esaminata, sussistano, tuttavia, le ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese processuali;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso, come in epigrafe proposto;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2022, con l'intervento dei Magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Rita Tricarico

IL SEGRETARIO