Pubblicato il 06/05/2020

**N. 00552/2020 REG.PROV.COLL.**
**N. 01669/2019 REG.RIC.**

**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 la Toscana**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1669 del 2019, proposto da
Water & Coffee W & C S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Bartolomeo Bosco 31/4;

*contro*

Istituto di Istruzione Superiore Vespucci - Colombo - Livorno, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale di Firenze, domiciliataria ex lege in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

*nei confronti*

Gedac S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Netti, Cristina Brasca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pietro Milazzo in Firenze, via Belfiore 40;

*per l'annullamento:*

1. del provvedimento allo stato non conosciuto con cui l'Amministrazione scolastica ha invitato la società Gedac S.r.l. alla gara bandita a procedura ristretta per l'affidamento del servizio di fornitura di bevande calde e fredde e merende confezionate mediante distributori automatici per il triennio 01/01/2020 – 31/12/2022;

2. del provvedimento allo stato non conosciuto con cui l'Amministrazione scolastica ha ritenuto valida la dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa dalla Gedac in ordine all'assunzione di tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge n. 136 del 2010, ammettendo quindi la stessa in gara invece di escluderla dalla gara stessa;

3. del provvedimento allo stato non conosciuto con cui è stata approvata la graduatoria finale della procedura concorsuale in questione e nominata la Gedac S.r.l. aggiudicataria della stessa;

4. di ogni altro provvedimento assunto dalla Commissione tecnica allo stato non conosciuto;

5. di ogni altro provvedimento assunto dal Dirigente Scolastico in merito alla gara in questione, allo stato non conosciuto;

6. dell'eventuale delibera Consiglio di Istituto di ratifica delle determinazioni assunte dalla Commissione tecnica e dal Dirigente scolastico, allo stato non conosciuta, se sussistente;

7. di ogni altro atto con cui sia stata eventualmente determinata l'aggiudicazione definitiva della gara alla Gedac allo stato non conosciuto, se sussistente;

8. del contratto eventualmente stipulato dall'Istituto con la Gedac, se sussistente,

nonché di ogni atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso - ivi compreso il bando di gara ove dovesse assumere rilievo - nessuno escluso, anche non cognito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Istituto di Istruzione Superiore Vespucci - Colombo - Livorno e del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Gedac S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 comma 5 del d.l. n. 18/2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2020 il dott. Nicola Fenicia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La presente causa riguarda la gara che il Consiglio di Istituto dell'I.S.S. "Vespucci Colombo" di Livorno ha avviato, mediante richiesta di offerta (RDO) su portale MEPA, per l'affidamento del servizio di erogazione di bevande calde all'interno delle sedi dell'istituto scolastico.

La concessione prevede l'installazione di distributori automatici da collocare nelle varie sedi dell'istituto, con un fatturato stimato dall'ente in circa € 90.000,00 per tutta la durata triennale della commessa (di valore di circa € 30.000,00 annui).

Rientrando quindi la concessione nelle ipotesi di procedure di gara negoziata di cui all'art. 36 del d. lgs. n. 50/2016, la P.A. ha invitato alla gara cinque operatori del settore.

Alla gara telematica hanno però partecipato solo due di tutti gli operatori invitati, ovvero la società GEDAC e l'odierna ricorrente Water & Coffee.

All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche formulate, la migliore offerente è risultata la società GEDAC Srl.

Con il presente ricorso la Water & Coffee ha impugnato la procedura di gara e, in particolare, l'assegnazione della concessione alla GEDAC, censurando, da un lato, la violazione da parte della stazione appaltante del principio di rotazione e, dall'altro, la mancata allegazione del documento di identità ad una dichiarazione di notorietà (Modello B).

In particolare, con il primo motivo di ricorso, la ricorrente deduce la violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 per come applicato dalle Linee Guida ANAC n. 4 (approvate con delibera del Consiglio n. 1097/2016 e da ultimo aggiornate con delibera del medesimo Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019), violazione asseritamente determinata dall'invito alla gara della GEDAC, società controllata dalla precedente affidataria del servizio, società DAI.

La ricorrente infatti - dopo aver ricordato che il rispetto del criterio di rotazione degli inviti inibisce all'amministrazione di invitare alla gara il gestore uscente al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo a quest'ultimo, e che, come precisato dall'ANAC con le Linee Guida n. 4, l'applicazione del predetto principio di rotazione "*non può essere aggirata*" mediante ricorso ad affidamenti o inviti disposti "*ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici*" – ritiene che nella specie la GEDAC, sarebbe in sostanza "riconducibile" alla DAI per la quale opererebbe in modo espresso il divieto d'invito o affidamento della gara in questione.

La DAI invero, prosegue la ricorrente, come risulterebbe dalla visura del Registro delle imprese della Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Pistoia, sarebbe proprietaria del 51% del capitale sociale della GEDAC e disporrebbe di conseguenza della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Con un secondo motivo la ricorrente ha invece dedotto la violazione della disciplina fissata dal bando di gara e dall'art. 38 del D.P.R. n. 445 del 2000, a causa della mancata allegazione del documento d'identità all'allegato modello B.

Infatti, il bando di gara, al punto 1, richiede di produrre fra la "Documentazione amministrativa" una specifica dichiarazione sostitutiva di atto notorio da redigere utilizzando l'allegato "Modulo B", attestante

l'assunzione di tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art.3 della legge n. 136/2010 e successive modifiche, ed in tale modulo si prevede l'onere di allegazione alla dichiarazione di una "*copia del documento d'identità del sottoscrittore in corso di validità*".

L'assenza della copia fotostatica del documento di identità determinerebbe l'inesistenza del documento e dunque imporrebbe l'esclusione della ricorrente per mancanza della prescritta dichiarazione.

Infine, la ricorrente ha formulato domanda di risarcimento dei danni per l'ipotesi della mancata aggiudicazione della gara.

Si sono costituiti l'amministrazione resistente e la controinteressata GEDAC, argomentando in ordine all'infondatezza dei singoli motivi e chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza emessa all'esito della camera di consiglio del 14 gennaio 2020 è stata respinta la domanda cautelare, l'ordinanza è stata tuttavia riformata in appello dal Consiglio di Stato.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica.

Ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, la causa, fissata per la pubblica udienza del 5 maggio 2020, è passata in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati.

DIRITTO

Il ricorso è infondato per le ragioni che si passa ad esporre.

1. In ordine al primo motivo si osserva che la regola della rotazione di cui dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, va riferita in primo luogo al gestore uscente cui sarebbe di norma preclusa la partecipazione alla nuova gara, non invece ovviamente ad un diverso operatore, almenochè quest'ultimo - come specificato dalle linee guida n.4 dell'ANAC, adottate ai sensi del comma 7 del medesimo articolo e da ritenersi vincolanti in quanto integrative del precetto primario - non sia "*riconducibile a quelli per i quali opera il divieto di invito o*

*affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici*".

Ora, il concetto generico di "riconducibilità" adottato dall'ANAC deve essere a sua volta interpretato al fine di verificare se "il principio di rotazione" degli inviti e degli affidamenti sia stato rispettato dalla stazione appaltante nel caso in esame.

Va tuttavia innanzitutto chiarito che nel caso di specie non ricorrono i presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera *m* del Codice dei contratti pubblici (situazione di controllo tale da determinare l'imputabilità ad un unico centro decisionale delle offerte).

Le due società in questione sono infatti due soggetti anche sostanzialmente distinti, non sussistendo, oltre al dato della partecipazione al 51% del capitale, alcuna circostanza effettiva e concomitante che possa dimostrare la comunanza di centro decisionale, ovvero una sovrapposizione delle compagini sociali. Le cariche di vertice nelle due società sono assegnate infatti a soggetti diversi, e la sede legale dell'una (GEDAC) si trova a Pistoia mentre la DAI ha sede legale a Milano; inoltre, ognuna delle due società gode di partita autonoma e diversa; infine i contatti PEC e le utenze sono diversi e distinti.

Ciò posto, non risulta altrimenti dimostrata un'oggettiva e inequivoca "riconducibilità" della GEDAC alla precedente affidataria, né potendosi ritenere sulla base di concreti e concordanti elementi che la partecipazione della GEDAC alla gara in questione abbia integrato un aggiramento dell'applicazione della regola della rotazione.

Peraltro, ritiene il Collegio che la previsione normativa sulla rotazione non possa essere dilatata in via interpretativa fino ad estendere la preclusione alla partecipazione alla nuova gara anche a carico delle società solamente in situazione di controllo rispetto alla precedente affidataria, e ciò attraverso una interpretazione estensiva del concetto di "riconducibilità" evocato dall'ANAC nelle predette linee guida.

Infatti, la regola della rotazione costituisce espressione di altri principi, quale in specie quello di concorrenza e massima partecipazione alle gare e deve dunque essere interpretata ed applicata in considerazione della sua finalizzazione a soddisfare l'esigenza della maggiore apertura del mercato (T.a.r. Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454).

In particolare, la regola della rotazione ha lo scopo di evitare il consolidarsi di posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, ciò che nel caso di specie non si realizza poiché il collegamento tra le due società non è così stretto da determinare l'immediato e certo trasferimento del beneficio dell'affidamento della concessione dalla controllata alla controllante.

Un ulteriore scopo della rotazione è poi quello di evitare che il precedente aggiudicatario, partecipando alla nuova selezione, si avvantaggi dell'asimmetria informativa che lo privilegia (quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze); ma anche sotto tale profilo, nel caso di specie - anche a prescindere dalla circostanza, allegata dalla controinteressata, della parziale diversità per tipologia e per oggetto tra le due gare - non è dimostrata, al di là della mera situazione di controllo, che vi sia, tra le due società che si sono succedute nell'aggiudicazione del servizio, una tale confluenza strutturale e organizzativa per cui si possa supporre che l'esperienza raccolta dalla controllante nella pregressa gestione possa essere transitata in favore della controllata e nuova concorrente-aggiudicataria.

Dunque, anche sotto tale profilo la funzione pro-concorrenziale della rotazione non sarebbe tradita, rimanendo garantita la parità delle armi tra gli operatori che hanno partecipato alla selezione.

E, d'altro canto, la derivazione per via indiretta dalla regola della rotazione di ulteriori ipotesi di divieto di partecipazione si risolverebbe nella creazione di cause di esclusione dalle gare non solo non codificate, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è imperniato l'intero sistema degli appalti.

Si aggiunga che nel caso in esame - considerata anche la scarsità di operatori attivi nel settore di mercato di riferimento, testimoniata dalla partecipazione alla gara in questione di soli due operatori dei cinque invitati - l'equo contemperamento della regola della rotazione con il principio di massima partecipazione, induce a privilegiare un'applicazione non eccessivamente rigorosa della prima e delle indicazioni al riguardo fornite dall'ANAC con le linee guida, in modo dunque da non escludere dalla partecipazione alla gara e dal conseguente affidamento l'odierna controinteressata per il solo fatto di trovarsi in situazione di controllo societario rispetto al gestore uscente.

Per tali ragioni il primo motivo di ricorso è infondato e deve essere respinto.

2. Venendo all'esame del secondo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente eccepisce la mancata allegazione del documento di identità alla dichiarazione sostitutiva di atto notorio (in particolare al "Modello B" della documentazione amministrativa), va premesso innanzitutto che l'offerta della controinteressata è stata presentata tramite portale digitale MEPA e che la dichiarazione in questione è stata sottoscritta a mezzo di firma digitale, come previsto dall'art. 1 del bando, dove in particolare si prevede che la documentazione amministrativa da produrre, fra cui la dichiarazione relativa alla tracciabilità dei flussi finanziari in questione, deve essere sottoscritta con firma digitale utilizzando gli appositi moduli dichiarativi allegati al bando. In particolare, poi, il modulo B) prevede l'allegazione di copia del documento d'identità.

Ritiene tuttavia il Collegio che quest'ultimo adempimento, peraltro non espressamente richiesto dal bando ma solo dal modulo allegato, sia da ritenersi superfluo alla luce della normativa in tema di dichiarazioni inviate per via telematica alle pubbliche amministrazioni.

Dispone infatti l'art. 38 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 che: "*1. Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica. 2. Le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica, vi comprese le domande per la*

*partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione, a qualsiasi titolo, in tutte le pubbliche amministrazioni, o per l'iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti presso le pubbliche amministrazioni, sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82…*".

E l'art. 65 comma 1 del d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale), stabilisce che: "*1. Le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono valide: a) se sottoscritte mediante una delle forme di cui all'articolo 20…*" (documento informatico sottoscritto con firma digitale).

D'altro canto, anche in giurisprudenza si è più volte ribadito che nelle gare telematiche, le dichiarazioni rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura, sono valide anche senza l'allegazione di copia del documento d' identità del dichiarante quando firmate digitalmente (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, n. 2493/2019 e n. 4676/2013). Ciò in quanto "*l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell'art. 38 del D.P.R. 445 del 2000, anche in assenza dell'allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante*" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 4676/2013).

E ciò vale a maggior ragione nel caso di specie se si considera che il documento in questione è stato caricato in un complesso sistema telematico, la piattaforma del MEPA, che contribuisce a garantire certezza riguardo alla provenienza della documentazione.

Per tali ragioni anche il secondo motivo deve essere respinto.

3. Deve infine essere rigettata la domanda risarcitoria in quanto infondata, generica e non provata.

4. Quanto alle spese di lite, la novità delle questioni trattate ne rende opportuna la compensazione fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6 del d.l. n. 18/2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Nicola Fenicia, Consigliere, Estensore

| | |
|---|---|
| **L'ESTENSORE** | **IL PRESIDENTE** |
| **Nicola Fenicia** | **Rosaria Trizzino** |

IL SEGRETARIO