

Publicato il 02/10/2018

N. 01412/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00917/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 917 del 2018, proposto da

Gam S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe A. Fanelli, Angela Rita Semeraro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, Marina Militare - Stazione Aeromobili Grottaglie, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata ex lege in Lecce, piazza S. Oronzo;

nei confronti

Eco Solution Work S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonella Martellotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Greco in Lecce, p.zza Mazzini, 56;

per l'annullamento

del provvedimento d'aggiudicazione definitiva alla controinteressata del servizio bar presso il Comando Stazione Aeromobili M.M. di Grottaglie, avvenuta a seguito di procedura negoziata ex art.36, co. 2, lett. b, D.Lgs. n.50/2016, mediante R.d.O. sul MEPA (Codice Identificativo Gara 7407834201); di tutti gli atti presupposti, consequenziali e/o comunque connessi, ancorché non noti alla ricorrente, in particolare: del contratto eventualmente stipulato fra p.A. e controinteressata; dell'eventuale provvedimento di ammissione alla gara disposto dalla p.A. in favore della controinteressata, sconosciuto nei suoi estremi e mai notificato e/o comunicato in via amministrativa e/o pubblicato sul profilo del committente; di tutti gli eventuali verbali di gara redatti nell'espletamento della procedura di gara, mai notificati e/o comunicati in via amministrativa e/o pubblicati sul profilo del committente; dell'eventuale invito a presentare offerta alla controinteressata, sconosciuto nei suoi estremi, mai notificato e/o comunicato in via amministrativa e/o pubblicato sul profilo del committente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Marina Militare - Stazione Aeromobili Grottaglie e di Eco Solution Work S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2018 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come da 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

1.I fatti oggetto della odierna controversia sono i seguenti.

In data 6 aprile 2018 la Marina Militare, Sezione Aeromobili di Grottaglie, ha pubblicato un avviso pubblico per la manifestazione di interesse a partecipare alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b, del D. Lgs. n. 50/2016, mediante R.d.O. sul MEPA, per l'affidamento per un anno, rinnovabile per ulteriori tre, del servizio bar presso il Comado Stazione Aeromobili della Marina Militare di Grottaglie.

L'Amministrazione ha prescritto, come requisito formale di partecipazione, l'iscrizione al portale MEPA per la presentazione dell'offerta.

Essendo pervenute manifestazioni di interesse da parte di 10 operatori economici su 45 invitati, ed avendo la Commissione all'uopo nominata rilevato che 4 di essi erano privi dell'iscrizione al portale Mepa, il Capo del Servizio amministrativo, con verbale del 26 aprile 2018 e con Atto

Dispositivo n.148 di pari data, ha ammesso a partecipare alla procedura negoziata solamente 6 dei 10 operatori economici, tra i quali la ditta Eco Solution Work - contraente uscente, motivando l'opportunità di garantire la partecipazione alla precedente esecutrice del servizio *“in virtù del numero limitato di manifestazioni di interesse a partecipare ritenute valide, dell'elevato livello di soddisfazione maturato nel corso del mandato svolto a favore di questa Amministrazione, della buona esecuzione di esso”*.

In esito della procedura, la migliore offerta è risultata proprio quella presentata dalla ditta Eco Solution Work, che è stata dichiarata aggiudicataria.

In data 27 luglio 2018 è stata sottoscritta la convenzione tra le parti.

Con ricorso notificato il 30 luglio 2018, la GAM s.r.l., seconda classificata, ha chiesto l'annullamento e la revoca, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento d'aggiudicazione definitiva alla controinteressata, nonché *“di tutti gli atti presupposti, consequenziali e/o comunque connessi, ancorché non noti alla ricorrente, in particolare: del contratto eventualmente stipulato fra PA e controinteressata; dell'eventuale provvedimento di ammissione alla gara disposto dalla PA in favore della controinteressata sconosciuto nei suoi estremi e mai notificato e/o comunicato in via amministrativa e/o pubblicato sul profilo del committente; di tutti gli eventuali verbali di gara redatti nell'espletamento della procedura di gara, mai notificati e/o comunicati in via amministrativa e/o pubblicati sul profilo del committente; dell'eventuale invito a presentare offerta alla controinteressata, sconosciuto nei suoi estremi e mai notificato e/o comunicato in via amministrativa e/o pubblicato sul profilo del committente”*.

L'esponente ha articolato il seguente motivo di diritto:
“Violazione e falsa applicazione dell'art.36 del D.Lgs. n.50/2016 e degli artt.129 e ss. del d.P.R. 15.11.2012 n.236. Violazione delle Linee Guida Anac n.4 del 26.10.2016, come aggiornate al D.Lgs. n.56/2017 il 1°.3.2018. Eccesso di potere per sviamento”.

In sintesi, l'esponente, nel contestare l'aggiudicazione, ha assunto che l'Amministrazione avrebbe violato il principio di rotazione da intendersi, per giurisprudenza consolidata, nell'obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, ed ha concluso per l'annullamento di tutti gli atti gravati.

Si sono costituiti il Ministero e la società controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

In particolare, in via preliminare, hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso in esame, tardivo in ragione di quanto disposto dall'art. 120 comma 2 bis c.p.a., essendo stato notificato oltre il termine di 30 gg. da quello di pubblicazione sul Portale Acquisti in rete PA della graduatoria.

Nel merito, hanno insistito sulla legittimità dell'operato dell'Amministrazione.

Alla camera di consiglio del 5 settembre 2018 la ricorrente ha rinunciato alla misura cautelare richiesta, ed il successivo 11 settembre ha notificato alle resistenti *“motivi integrativi”*, con i quali ha eccepito l'omessa pubblicazione nella pagina web dell'Amministrazione del provvedimento n. 148 del 26 aprile 2018 ed ha contestato la legittimità dello stesso.

Ha rilevato, in via preliminare, che il Ministero resistente non ha provveduto a pubblicare alcun formale provvedimento di

ammissione alla gara sul profilo di stazione committente, con conseguenziale inapplicabilità del rito super accelerato ex art. 120 comma 2 bis c.p.a.

Nel merito, ha evidenziato che l'Atto Dispositivo in esame sarebbe contraddittorio, laddove motiva l'opportunità di invitare l'operatore uscente per assicurare un'ampia partecipazione, quando sarebbe stato sufficiente permettere di presentare la propria offerta almeno a tutti i soggetti iscritti nella sezione MEPA "servizi di ristorazione: servizi di gestione bar", senza la limitazione all'are legale delle Province di Bari, Taranto e Brindisi.

Tutte le parti hanno depositato ampie memorie difensive.

All'udienza del 26 settembre la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso della possibilità di definizione immediata del giudizio ai sensi dell'art. 60 cpa.

2. Preliminarmente, deve essere scrutinata l'eccezione di tardività sollevata dalle parti resistenti quanto alla censura di mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara.

Giova premettere il quadro normativo che regola la fattispecie *de qua*, per come posto dal codice del processo amministrativo e dal codice dei contratti.

Ai sensi dell'art. 120 comma 2-bis del C.P.A., invero, *“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n.*

11. *L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*'.

L'art. 29 del Codice Contratti prescrive, al comma 1, che *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali”*... *“il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120 comma 2 bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione*'.

Queste le norme.

Ben è a conoscenza la Sezione che è stato posto innanzi alla Corte di giustizia il quesito se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (con particolare riferimento agli art. 6 e 13 Cedu, all'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all' art. 1 della direttiva 89/665/Cee) osti ad una normativa nazionale, quale l'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. Amm., che impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione o la mancata esclusione di un altro soggetto entro il termine di trenta giorni alla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione o l'esclusione dei partecipanti.

Ritiene tuttavia il Collegio di poter procedere nel giudizio in esame, stante l'infondatezza della eccezione sollevata nel caso di specie.

Invero, la disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., come introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, prevede espressamente ed inequivocabilmente che il *dies a quo* per proporre tale particolare impugnativa decorra dalla pubblicazione del provvedimento che determina esclusioni/ammissioni sul profilo della Stazione Appaltante.

Stante la specialità di una simile previsione, essa inevitabilmente è destinata a prevalere su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale. In particolare, l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. è derogatorio dei principi tradizionalmente ricevuti e, prevedendo un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti, deve ritenersi di stretta interpretazione.

Si ritiene, quindi, di aderire all'orientamento giurisprudenziale in forza del quale tale norma non può trovare diretta e testuale applicazione nel caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici (*ex plurimis*: Consiglio di Stato, n. 4994/2016; T.A.R. Basilicata, n. 24/2017; TAR Pescara n. 252/2017; T.A.R. Toscana n. 239/2017; T.A.R. Puglia, n. 340/2017; Tar Napoli n. 4689/2017; T.A.R. Roma n. 8704/2017; Tar Puglia 1887/2017).

Orbene, dalla documentazione versata in atti, emerge che la Stazione Appaltante non ha provveduto a dare pubblicità sul proprio profilo del committente al provvedimento n. 148 del 26 aprile 2018, con il quale ha disposto l'ammissione degli operatori economici alla procedura in esame.

Conseguentemente, il rito super accelerato ex art. 120, comma 2 bis c.p.a. è inapplicabile alla fattispecie in esame.

Pertanto, l'eccezione di tardività sollevata dalla controinteressata deve essere dichiarata infondata.

3. Nel merito, il ricorso deve essere accolto.

L'esponente deduce l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione che, avendo esperito una procedura ristretta in economia ex art. 36 comma 2 lett. b) del D.Lgs. 50/2016, non avrebbe dovuto invitare alla gara in esame la Eco Solution Work perché gestore uscente del medesimo servizio medio tempore eseguito in favore della stessa Stazione Appaltante, in applicazione del principio della "rotazione" nella

aggiudicazione delle forniture sotto soglia di cui agli artt. 30 e 36 del D.Lgs. 50/2016.

Controdeducono le resistenti che *“il principio di rotazione, sulla scorta di quanto espressamente precisato dall’ANAC, 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”*.

In particolare, l’espletamento della procedura negoziata sarebbe stata preceduta da *“una fase di evidenza pubblica”* attraverso la quale la Stazione appaltante avrebbe chiesto l’invio di manifestazioni di interesse.

4. Le censure di parte ricorrente sono fondate per le ragioni che si vengono ad illustrare.

Per i contratti sotto soglia, l’art. 36, comma 1 e comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che l’affidamento debba avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l’effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese.

Secondo orientamento consolidato, cui non sussistono ragioni per discostarsi, sussiste l’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), conseguentemente l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero

ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (*ex multis*: TAR Roma n. 1115/2018; TAR Venezia n. 320/2018; TAR Catanzaro n. 1007/2018).

In proposito, ha precisato la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che il principio di rotazione deve essere inteso in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia", al fine di tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (C. di St. 2079/2018; C. di St. 5854/2017).

Recependo il convincimento dei giudici di Palazzo Spada, l'Anac, con le Linee Guida n. 4 del 2016, aggiornate al correttivo del 2017, ha confermato l'obbligo di applicazione del principio in esame e la possibilità di reinvito del gestore uscente solo con una motivazione in grado di dimostrare le particolari condizioni di mercato che giustificano la deroga, sostenute dall'esecuzione senza criticità del lavoro, servizio o fornitura gestiti in precedenza e dalla dimostrazione della competitività in termini di prezzo dell'operatore economico.

L'Anac ha ammesso, comunque, che la rotazione possa non essere applicata quando il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali

la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale esposto, deriva che, per evitare la contaminazione e l'elusione del principio di rotazione, la partecipazione del gestore uscente deve essere strettamente avvinta alla concorrenzialità pura.

Orbene, nella fattispecie in esame, l'Amministrazione ha formalmente – e sostanzialmente - esperito una procedura ristretta in economia ex art. 36 del D.Lgs. 50/2016: invero, ha limitato, sin dalla prima fase della procedura, la possibilità di far pervenire la manifestazione di interesse a partecipare ai soli operatori che fossero iscritti al portale denominato “*Acquisti in rete P.A.*”.

Di fatto, i non iscritti a detto portale non hanno potuto partecipare alla procedura in esame. Non si sono realizzati, dunque, i presupposti per la configurabilità della concorrenzialità pura, tutelata anche a livello comunitario.

Tanto è vero che sono state esclusi 4 dei 10 operatori economici che avevano manifestato il proprio interesse a partecipare, nonostante non iscritti nell'elenco de quo.

Peraltro, la motivazione resa dalla Stazione appaltante in ordine alla scelta di invitare il gestore uscente si palesa come illogica e contraddittoria: invero l'Amministrazione da un lato ha voluto ridurre il numero delle ditte ammesse a partecipare imponendo il requisito di partecipazione dell'iscrizione al Portale, dall'altro ha ritenuto di ammettere la Eco Solution Work “*in virtù del numero limitato di manifestazioni di interesse pervenute*”.

5. Alla luce delle superiori considerazioni, entrambi i motivi di diritto articolati dalla Società Informatica Tecnologica srl devono essere ritenuti fondati e dunque accolti.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto ed i provvedimenti impugnati annullati.

Deve altresì essere dichiarata inefficace la convenzione sottoscritta in data 27 luglio 2018 tra la Stazione Aeromobili M.M. di Grottaglie e la ditta Eco Solution Work s.r.l.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati e dichiara l'inefficacia della convenzione sottoscritta in data 27 luglio 2018 tra la Stazione Aeromobili M.M. di Grottaglie e la ditta Eco Solution Work s.r.l. dalla data del deposito della presente sentenza.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Ferrazzoli

IL PRESIDENTE
Antonio Pasca

IL SEGRETARIO