

APPALTI: Gara - Procedura negoziata sottosoglia - Senza previa pubblicazione del bando - Affidamento in concessione di un appalto di servizi - Principio di rotazione - Osservanza – Obbligo - Procedura aperta e di ammissione in gara di tutti i concorrenti che hanno presentato manifestazione di interesse - Insussistenza.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 25 maggio 2022, n. 1205

“[...] L’articolo 36 d.lgs. n. 50/2016 impone espressamente alle stazioni appaltanti, nell’affidamento dei contratti d’appalto sotto soglia, il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Il principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata [...] e mira a evitare il crearsi di rendite di posizione in capo al contraente uscente favorendo, per converso, l’apertura al mercato più ampia possibile sì da riequilibrarne (e implementarne) le dinamiche competitive [...].

La giurisprudenza costante individua [...] un limite di carattere generale alla operatività della rotazione 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 [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina n. 389/2021 la Provincia di Como ha indetto una procedura negoziata sotto soglia, senza pubblicazione del bando, per l’affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegrazione delle precedenti condizioni ambientali, compromesse dal verificarsi di incidenti stradali, sulle strade di proprietà della Provincia, con importo a base d’asta pari ad € 183.000, per la durata di tre anni.
2. Con determinazione n. 1447 del 27/12/2021 la Provincia di Como ha aggiudicato la procedura alla Sicurezza & Ambiente s.r.l.
3. La Zini Elio s.r.l. – seconda classificata – ha impugnato il provvedimento unitamente all’avviso del 16/11/2021 con il quale è stata disposta l’ammissione alla gara della Sicurezza & Ambiente s.r.l. e alla determina n. 389/2021 di indizione della procedura, per il seguente motivo: violazione di legge per violazione e falsa applicazione art. 36 d.lgs 50/2016 – violazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti – eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

4. Con ricorso per motivi aggiunti, la Zini Elio s.r.l. ha articolato queste ulteriori doglianze avverso il provvedimento di aggiudicazione:

I. violazione di legge per violazione dell'art. 105 d.lgs. 50/2016. eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, falsità dei presupposti;

II. violazione di legge per violazione dell'art. 4.2.1 della lettera di invito del capitolato nonché' del d.lgs. 152/2006 per il trasporto dei rifiuti pericolosi. Riparametrazione del punteggio ai sensi dell'art. 15 criterio valutativo A4 della lettera di invito. eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, falsità dei presupposti.

5. La ricorrente ha inoltre domandato la declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e il subentro; in subordine ha domandato la condanna dell'amministrazione al risarcimento per equivalente dei danni subiti.

6. Si sono costituite in giudizio la Provincia di Como e la controinteressata Sicurezza e Ambiente s.r.l., chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

7. All'udienza del 18 maggio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

8. Con il ricorso introduttivo la Zini Elio s.r.l. ha contestato che i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi poiché la stazione appaltante, aggiudicando la gara alla Sicurezza & Ambiente s.r.l., gestore uscente, non avrebbe rispettato il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, previsto all'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, applicabile anche alle concessioni.

9. Il motivo è infondato.

9.1 L'articolo 36 d.lgs. n. 50/2016 impone espressamente alle stazioni appaltanti, nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia, il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Il principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160) e mira a evitare il crearsi di rendite di posizione in capo al contraente uscente favorendo, per converso, l'apertura al mercato più ampia possibile sì da riequilibrarne (e implementarne) le dinamiche competitive (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

9.2 La giurisprudenza costante individua, tuttavia, un limite di carattere generale alla operatività della rotazione 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. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252; 5 novembre 2019, n. 7539; Tar Lombardia, Milano, sez. II, sent. n. 881/2021).

9.3 Ciò accade nel caso di specie.

La procedura, indetta dalla Provincia di Como ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) del d.lgs. n. 50/2016, è stata preceduta dalla pubblicazione, in data 18.5.2021, di un avviso pubblico per acquisire le manifestazioni di interesse degli operatori ad essere invitati.

Al punto 10 dell'avviso, recante *“criteri per l'individuazione soggetti da invitare alla successiva procedura negoziata”*, viene previsto che *“la Stazione Appaltante inviterà alla successiva fase di procedura negoziata in conformità alle disposizioni di cui alla Legge 120/2020 (conversione del DL 76/20 “semplificazioni”) tutti gli operatori economici che avranno trasmesso idonea richiesta, purché in possesso dei requisiti previsti dal presente avviso”*.

Con lettera di invito del 12.10.2021, sono stati quindi invitati a presentare offerta gli *“operatori economici che hanno manifestato interesse ed in possesso dei requisiti speciali richiesti”*.

La Provincia ha dunque consentito la partecipazione alla procedura a tutti e cinque gli operatori che hanno manifestato il proprio interesse e non si è riservata, pertanto, alcun margine di discrezionalità quanto al numero dei soggetti da invitare.

Il carattere sostanzialmente aperto della procedura esclude che la Provincia fosse tenuta a dare applicazione al principio di rotazione.

Non può pertanto trovare applicazione la conclusione accolta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2292/2021, invocata dalla ricorrente e resa in un giudizio di cui era parte: nella fattispecie all'esame del giudice d'appello il principio di rotazione è stato ritenuto applicabile proprio perché la procedura non poteva dirsi aperta per la circostanza che l'amministrazione – a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie – non avesse pubblicato l'avviso pubblico a manifestare interesse ma condotto un'indagine di mercato ristretta a specifici operatori.

10. Con il primo motivo aggiunto la ricorrente ha dedotto che la Sicurezza & Ambiente s.r.l. andava esclusa dalla procedura poiché avrebbe dichiarato nel proprio DGUE di avvalersi del subappalto, senza tuttavia indicare le qualificazioni oggetto del subappalto, necessarie per realizzare i lavori di ripristino delle pertinenze stradali danneggiate, previsti dal capitolato, dalla stessa non possedute.

11. La censura è infondata: la legge di gara non prevede, quale requisito di partecipazione, il possesso dell'attestazione SOA (art. 4 della lettera d'invito), né la ricorrente ha fornito alcuna dimostrazione della obbligatorietà della stessa per essere l'importo dei lavori superiore a 150.000 euro (art. 60, d.P.R. n. 207/2010), a fronte del valore complessivo delle prestazioni oggetto della concessione del servizio, quantificato in soli 183.000 euro.

Non si può quindi ritenere che la controinteressata sia priva di un requisito di partecipazione e che avrebbe dovuto essere esclusa per carenze della dichiarazione resa nel DGUE con riferimento alla volontà di avvalersi di un subappalto, che non si configura come necessario.

12. Il secondo motivo aggiunto ha ad oggetto il punteggio attribuito all'offerta tecnica dell'aggiudicataria per il criterio A4 "*Centri operativi proposti, da convenzionare prima della stipula del contratto, dislocati capillarmente sul territorio*", per il quale la legge di gara prevede l'attribuzione di cinque punti per ogni unità operativa proposta oltre la prima, fino a un massimo di 25 punti (art. 15.1 della lettera d'invito e art. 15 del capitolato). Ad avviso della ricorrente, la stazione appaltante avrebbe potuto considerare solo tre dei sette centri, situati nella Provincia di Como, indicati dalla controinteressata: i centri nn. 2, 4 e 7 non sarebbero iscritti all'Albo dei Gestori Ambientali mentre il centro n. 1 non sarebbe nelle condizioni di poter operare in conseguenza della condanna del titolare dell'impresa alla pena di 4 anni e 2 mesi di reclusione.

13. La censura, nella parte in cui contesta il punteggio attribuito per i centri nn. 2, 4 e 7, è infondata in diritto: la lettera d'invito prevede l'iscrizione all'albo nazionale gestori ambientali quale requisito dell'impresa affidataria (art. 4.2.1 della lettera d'invito e art. 8 del capitolato) e non anche per i centri operativi (art. 15.1 della lettera d'invito e art. 15 del capitolato).

È infondata anche in fatto, avendo la controinteressata depositato in giudizio documentazione da cui si evince l'iscrizione all'ANGA dell'Azienda Nicola Manzoni, che gestisce i centri n. 2 e n. 4 e dell'Autofficina Center, che gestisce il centro n. 7, documentazione che non è stata ulteriormente contestata dalla ricorrente.

13.2 Non residua in capo alla ricorrente alcun interesse all'esame della doglianza nella parte afferente il centro operativo n. 1, non incidendo sul punteggio massimo di 25 punti conseguito per il criterio in questione, a fronte della indicazione di 7 centri.

14. La censura con cui viene dedotta la violazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50/2016 per difetto di motivazione dei punteggi, introdotta con la memoria depositata in giudizio il 29.4.2022, è inammissibile in quanto motivo nuovo proposto tardivamente, con atto non notificato.

15. La reiezione dei motivi di ricorso comporta anche il rigetto delle domande di dichiarazione di inefficacia del contratto, di subentro e di risarcimento dei danni.

16. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto anche mediante motivi aggiunti, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) – di cui 2.000,00 a favore della Provincia di Como e 2.000,00 a favore della Sicurezza e Ambiente s.r.l. – oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

IL SEGRETARIO