

Pubblicato il 22/05/2018

N. 00492/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00185/2018 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 185 del 2018, proposto da:
Sisar s.a.s. di Mameli Maria Ignazia e C., rappresentata e difesa dagli avvocati
Marcello Vignolo, Massimo Massa e Marco Galleri, con domicilio eletto presso lo
studio dei primi, in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

contro

Comune di Siliqua, rappresentato e difeso dall'avvocato Flaviano Lai, con domicilio
eletto presso il suo studio in Cagliari, via Alagon n. 1;

nei confronti

So.Se.Bi s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della determinazione n. 20 del 16 gennaio 2018 (n. 32 reg. gen.) con cui il
responsabile del Servizio socioassistenziale del Comune di Siliqua ha aggiudicato alla

So.Se.Bi. s.r.l. il servizio di gestione della biblioteca comunale per il periodo dall'1.2.2018 al 31.1.2019;

e per la declaratoria d'inefficacia:

- del contratto sottoscritto nelle more del giudizio, con subentro della ricorrente nel medesimo;

con riserva d'agire per l'integrale risarcimento dei danni cagionati alla Sisar s.a.s. dall'eventuale esecuzione dei provvedimenti amministrativi impugnati, qualora non sia possibile il risarcimento in forma specifica mediante l'affidamento del servizio messo in gara per l'intero periodo previsto.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Siliqua.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2018 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

In data 26 ottobre 2017 il Comune di Siliqua aveva pubblicato un avviso per la manifestazione di interesse alla partecipazione a una procedura negoziata -da svolgersi ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50- per l'affidamento del servizio di gestione della biblioteca comunale, con durata dall'1 febbraio 2018 al 31 gennaio 2019 e importo a base di gara pari a euro 25.300 (esente IVA); nell'avviso si specificava espressamente, da un lato che, lo stesso *“non costituisce avvio di procedura di gara pubblica né proposta contrattuale ma è pubblicato al solo scopo dell'esecuzione di indagine di mercato”* e, dall'altro lato, che l'affidamento del servizio sarebbe poi avvenuto *“sulla base di un confronto tra le proposte sulla base dei servizi offerti e dell'offerta economica”*.

Acquisita la manifestazione di interesse di quattro imprese -tra cui il gestore uscente del servizio Sisar s.a.s. (da qui in poi soltanto "Sisar")- il Responsabile del Settore Socio-assistenziale, con determinazione 19 dicembre 2017, n. 232, aveva deciso di invitarle tutte e quattro, richiamando espressamente il capoverso 3.3.2. delle Linee Guida n. 4 A.N.A.C. in materia di affidamenti aventi importo inferiore alle soglie comunitarie (approvate con deliberazione 26 ottobre 2016, n. 1097), che consentiva la deroga al principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 in caso di *"riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)"*.

Nelle more dell'espletamento della procedura negoziata, al fine di garantire la continuità del servizio, lo stesso Responsabile del Settore -con deliberazioni 14 novembre 2017 n. 150, e 28 dicembre 2017, n. 242- aveva prorogato l'affidamento al gestore uscente Sisar, osservando che *"si è ravvisato nel rapporto contrattuale un alto grado di soddisfazione maturato (soddisfazione da parte degli utenti, esecuzione a regola d'arte..."*. Ricevute le lettere di invito, solo due delle quattro imprese invitate avevano poi presentato offerta, cioè la stessa Sisar (che aveva offerto un prezzo di euro 21.712,50) e la Sosebi s.r.l. (da qui in poi soltanto "Sosebi"), la cui offerta economica era stata di euro 22.230,00.

Con determinazione 16 gennaio 2018, n. 20, il servizio è stato affidato a Sosebi in dichiarata applicazione del principio di rotazione, avendo la stazione appaltante osservato che *"nonostante l'offerta economica di Sisar sia, seppur di poco, più conveniente per l'amministrazione, non sia adeguatamente giustificato il venir meno del sopra descritto principio di rotazione, essendo le due offerte assimilabili"*.

Con il ricorso ora all'esame del Collegio -regolarmente notificato, in data 23 febbraio 2018, sia al Comune che alla Sosebi- la Sisar ha chiesto l'annullamento

dell'aggiudicazione a Sosebi, nonché la dichiarazione di inefficacia del relativo contratto e il proprio subentro nel rapporto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Siliqua, opponendosi all'accoglimento del ricorso, mentre la Sosebi non si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 4 aprile 2018, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, la causa è stata assunta a decisione ai fini della sua definizione con sentenza in forma semplificata.

Le censure dedotte dalla ricorrente possono essere esaminate unitariamente, in quanto riconducibili a un'impostazione unitaria, laddove la Sisar, in sintesi, sostiene che:

vi fossero i presupposti normativi per il "reinvito" del gestore uscente, sui quali, del resto, il Comune aveva correttamente motivato la relativa scelta;

lo stesso Comune, avendola reinvitata alla gara, avrebbe, a quel punto, dovuto considerare l'offerta di Sisar "alla stessa stregua delle altre", per cui -una volta ritenuto che essa fosse la più conveniente- avrebbe dovuto premiarla con l'aggiudicazione, anziché favorire la seconda classificata in dichiarata (ed erronea) applicazione del principio di rotazione;

a tale conclusione si giungerebbe attraverso una corretta applicazione dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, oltre che in base ai generali principi di economicità, buon andamento, efficacia, correttezza, libera concorrenza, imparzialità e non discriminazione;

sarebbe, dunque, contraddittoria la scelta del Comune di invitare la ricorrente alla gara, verificare che la sua offerta era la migliore e poi aggiudicare il servizio alla controinteressata "per ragioni di rotazione".

Tale prospettazione è condivisa dal Collegio, nei termini di seguito specificati.

Giova premettere che già il precedente Codice dei contratti pubblici (approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) -dopo aver indicato i casi tassativi in cui era possibile

ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara all'art. 57, comma 6, stabiliva che: “A) nella fase preliminare di selezione degli operatori economici da consultare, la stazione appaltante ove possibile individua tali soggetti sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei; B) nella fase della partecipazione alla gara, gli operatori economici selezionati sono quindi contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta”; inoltre per l'affidamento di lavori “in economia” l'art. 125, comma 8, dello stesso “vecchio” Codice dei contratti statuiva che “Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento” e analoga disciplina era prevista, al successivo comma 11, per l'affidamento “in economia” di servizi e forniture.

Pertanto può osservarsi che l'art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici, lungi dall'introdurre un istituto completamente nuovo, ha semplicemente riaffermato e valorizzato un canone da tempo immanente nell'ordinamento, la cui *ratio* è facilmente identificabile: il principio di rotazione è funzionale a evitare indebite “posizioni di favore” e inaccettabili “chiusure surrettizie” del mercato.

Va, peraltro, precisato che, nella vigenza del “vecchio” Codice dei contratti pubblici, non era stata attribuita al principio di rotazione portata “precettiva assoluta”, con la conseguenza che l'aggiudicazione a impresa già in precedenza invitata a selezioni analoghe e/o affidataria dello stesso servizio, non era considerata per ciò solo

illegittima, sempre che la gara si fosse svolta nel rispetto delle regole di legge e si fosse conclusa con la scelta dell'offerta più vantaggiosa, soprattutto laddove nel relativo giudizio di comparazione non avesse direttamente inciso la pregressa esperienza specifica maturata dall'aggiudicatario in veste di *partner* contrattuale della stazione appaltante (in tal senso si era consolidata la giurisprudenza: tra le tante si può citare la convincente pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 20 aprile 2015, n. 5771).

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici la portata del principio di rotazione sugli appalti cc.dd. sotto soglia è ora affidata alla disciplina dell'art. 36, secondo cui *“1. 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. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50. 2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta; b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti...”*

Orbene questa nuova disciplina, se per un verso rafforza certamente la precettività del principio di rotazione, per altro verso continua a declinarlo in termini variegati

in relazione al tipo di procedura concretamente utilizzata, consentendo, altresì, (limitate e motivate) deroghe allo stesso.

Prima di tutto emerge dall'esame testuale dell'art. 36 che -se l'affidamento "sotto soglia" si svolge previa procedura comparativa- l'applicazione del principio di rotazione è anticipata al momento della scelta dei soggetti da invitare: in questo senso si esprime chiaramente l'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *"per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti"*.

Ciò trova conferma nel confronto tra il secondo comma, ove appunto si parla di *"rotazione degli inviti"*, e il primo comma, ove, invece, si parla di *"rotazione degli inviti e degli affidamenti"*: questo diverso modo di operare del principio si spiega considerando che, nel suo complesso, l'art. 36 disciplina sia le procedure caratterizzate dal confronto tra più imprese invitate dalla stazione appaltante (al comma 2, lett. b), sia quelle con "affidamento diretto" (al comma 2, lett. a), cioè non precedute da alcun confronto concorrenziale (consentite per importi inferiori o pari a 40.000 euro), nelle quali la rotazione è, ovviamente, concepibile solo in relazione all'affidamento della commessa e non in relazione alla fase degli inviti, la quale, semplicemente, non esiste.

In sostanza la disciplina complessiva dettata dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 è riassumibile nei termini seguenti:

se la commessa è di valore pari o inferiore ai 40.000 il contratto può essere affidato senza alcun confronto concorrenziale e se ciò effettivamente accade il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all'aggiudicazione (art. 36, comma 2, lett. a);

se, invece, la commessa è di valore superiore ai 40.000 (e sino a 150.000 euro), è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno cinque in caso di servizi e forniture, almeno dieci in caso di lavori) e, in questo caso, il principio di rotazione opera (esclusivamente) con riferimento alla fase degli inviti, il che, peraltro, è conforme a evidenti esigenze di corretto esercizio dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento (aspetto sul quale si tornerà successivamente, nella parte finale della trattazione).

Inoltre deve osservarsi come il principio di rotazione degli inviti non sia dotato di portata precettiva assoluta e perciò sopporti alcune limitate deroghe, come espressamente chiarito dalle Linee Guida n. 4 A.N.A.C. sugli affidamenti sotto soglia approvate (ai sensi dell'art. 36, comma 7, del Codice) con deliberazione 26 ottobre 2016, n. 1097, applicabili *ratione temporis* alla vicenda in esame e dalle quali, peraltro, non si discostano significativamente, almeno sotto il profilo ora in esame, le successive Linee Guida recentemente entrate in vigore (sulle quali vedi *infra*).

Già nelle prime Linee guida, infatti, è stata espressamente consentita una motivata deroga al principio di rotazione in caso di *“riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)”* e negli stessi termini si è pronunciata anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato con parere 12 febbraio 2018, n. 361, espresso nell'ambito dell'istruttoria per l'aggiornamento delle Linee Guida ANAC, chiarendo che *“il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba 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 ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. Cons. St., VI, 31 ago-sto 2017, n. 4125; Cons. St., V, 31 agosto 2017, n. 4142)”*.

Ciò posto, passando alla fattispecie ora sottoposta all'esame del Collegio, deve innanzitutto osservarsi come, pur vertendosi in una procedura di importo inferiore ai 40.000 euro, la stazione appaltante abbia inteso procedere al confronto concorrenziale, in tal modo sostanzialmente "sottoponendosi" alla disciplina dettata dall'art. 36, comma 2, lett. b), che come si è visto impone di invitare almeno cinque imprese per l'affidamento di una prestazione di servizi, come quella ora in esame.

Tanto è vero che, coerentemente con tale scelta di base, il Comune ha:

pubblicato una manifestazione di interesse;

invitato tutte le imprese che detto interesse avevano manifestato;

esaminato le offerte concretamente presentate, nel caso specifico solo due, quella del gestore uscente (cioè la Sisar, odierna ricorrente) e quella dell'impresa controinteressata nel presente giudizio (cioè la Sosebi).

Dalla lettura degli atti procedurali emerge, inoltre, che la decisione "a monte" di invitare alla gara (anche) il gestore uscente (odierna ricorrente) è stata espressamente ricollegata tanto all'elevato "grado di soddisfazione" riscontrato nella sua precedente gestione (si vedano le deliberazioni 14 novembre 2017 n. 150, e 28 dicembre 2017, n. 242), quanto all'assenza di un numero sufficiente di offerte alternative (si veda la determinazione 20 gennaio 2018, n. 16): l'Amministrazione ha, quindi, correttamente motivato la propria decisione di invitare la Sisar proprio in relazione alle due sopra descritte evenienze che in via generale consentono una deroga al generale "divieto di invito" del gestore uscente (si veda, al riguardo, T.A.R. Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, secondo cui *"Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo; nella specie, poiché all'avviso esplorativo avevano fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente, l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato"*).

In tale contesto di fondo il Collegio reputa meritevoli di accoglimento le censure mosse dalla ricorrente avverso la successiva decisione del Comune di affidare il servizio alla controinteressata pur avendo ritenuto l'offerta dell'uscente, ancorché di poco, più conveniente.

In questo modo, infatti, il Comune resistente ha sostanzialmente violato l'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice dei contratti pubblici -come detto applicabile al caso in esame per effetto della scelta autovincolante di procedere al confronto tra offerte- sotto i seguenti profili:

la rotazione è stata operata, invece che sugli inviti come prevede la lett. b) dell'art. 36, in relazione all'affidamento del servizio;

è stata, nella sostanza, "scavalcata" la necessità, normativamente imposta, di prendere in esame l'offerta del gestore uscente, così da (quanto meno) "avvicinarsi" al numero minimo di cinque offerte previsto dalla disposizione sopra richiamata.

Inoltre il Comune ha assunto una decisione contraddittoria rispetto alla propria scelta "a monte" di invitare alla gara il gestore uscente, ponendosi in contrasto con i criteri operativi dettati dalle Linee Guida A.N.A.C. che, come si è visto, consentivano di derogare al principio di rotazione degli inviti proprio per la necessità di raggiungere il numero minimo di offerte da sottoporre a selezione e per l'elevato grado di soddisfazione maturato in ordine alla pregressa gestione dell'uscente, evenienze entrambe riscontrabili nel caso ora in esame per espressa affermazione dello stesso Comune, che proprio su di esse aveva motivato la propria (corretta) decisione di invitare al confronto anche Sisar.

Si osserva, infine, a ulteriore fondamento di quanto sin qui esposto, che il *modus operandi* della stazione appaltante si pone in evidente contrasto con l'esigenza di tutelare l'affidamento maturato dalla ricorrente, la quale era stata formalmente invitata alla selezione dopo avere manifestato il proprio interesse a seguito di un "avviso aperto" proprio a questo finalizzato, il che, peraltro, costituiva una

significativa garanzia di trasparenza e apertura del mercato, di per sé idonea a limitare l'operatività del principio di rotazione: si vedano, al riguardo, le Linee Guida recentemente approvate dall'A.N.A.C. con deliberazione 1 marzo 2018, n. 206, le quali -seppur non direttamente applicabili al caso specifico *ratione temporis*- costituiscono significativo indice del modo in cui deve essere correttamente applicato il canone di rotazione, così da renderlo compatibile con altri valori di ordinamentali certamente significativi; si legge, infatti, in queste ultime Linee Guida, che il principio di 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”*.

Per quanto premesso il ricorso va accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la controinteressata e il subentro della ricorrente nel relativo rapporto contrattuale. Sussistono, comunque, giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di lite, in ragione della particolare novità e peculiarità della questione giuridica implicata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe proposto e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, dichiara inefficace il contratto stipulato con la controinteressata e dispone il subentro della ricorrente nel relativo rapporto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE

Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO