

Publicato il 13/03/2020

N. 00187/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00074/2020 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 74 del 2020, proposto da

Hendal-Security Management s.r.l., anche in qualità di cessionaria in affitto di Fifa Security s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Sergio De Santis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Ascoli Piceno, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Lucia Iacoboni e Sabrina Tosti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sabrina Tosti in Ascoli Piceno, piazza Arringo, 7;

per la dichiarazione di nullità e/ o illegittimità, e quindi per l'annullamento

- dell'Avviso pubblico finalizzato all'acquisizione di manifestazioni di interesse di operatori economici da invitare alla procedura telematica negoziata da realizzarsi tramite RDO su MEPA, cig 814720349A, avente ad oggetto: “*Affidamento del servizio di vigilanza armata degli edifici comunali ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 50/2016*”, nella parte in cui ha previsto che, in applicazione del principio di rotazione, le ricorrenti non sarebbero state invitate alla procedura negoziata di cui trattasi, pubblicata sull'albo pretorio *on line* di detto Ente sino al 7 gennaio 2020, il tutto nei limiti in cui detta previsione sia ritenuta immediatamente escludente;
- di ogni altro atto antecedente e/o conseguente, comunque presupposto, connesso e/o collegato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ascoli Piceno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto che sussistano i presupposti ex art. 60 c.p.a. per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, anche avuto riguardo alla infondatezza del ricorso, apprezzabile già in sede cautelare, e non essendo state manifestate opposizioni il riguardo;

Considerato che:

- la ricorrente, che attualmente gestisce il servizio di vigilanza armata degli edifici comunali del Comune di Ascoli Piceno a seguito di subentro all'operatore economico Fi.Fa. Security (giusta cessione del ramo di azienda relativo ai servizi di vigilanza privata con decorrenza dal 1° giugno 2019 e durata fino al 31 dicembre 2022), ha inoltrato la propria manifestazione di interesse rispetto all'Avviso pubblico per l'individuazione di operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento del medesimo servizio ex art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonostante l'espressa previsione, in esso contenuta, che, in applicazione del principio di rotazione, non sarebbero stati invitati alla gara gli operatori economici Hendl Security Management e Fi.Fa. Security;
- la stessa ha poi provveduto ad impugnare, con il presente ricorso, l'anzidetto Avviso pubblico *in parte qua*, lamentandone l'illegittimità sotto distinti profili;
- in particolare, parte ricorrente assume che la rigida applicazione, da parte dell'Amministrazione, del principio di rotazione, interpretato alla stregua di un requisito di partecipazione, contrasterebbe con la previsione di una procedura aperta, che, per sua definizione, è rivolta a qualsiasi operatore economico che intenda manifestare il proprio interesse;
- la stessa sostiene, ancora, che l'Amministrazione avrebbe applicato il principio di rotazione in maniera acritica e sproporzionata, sostanzialmente individuando una causa di esclusione automatica in capo alle società Hendl Security Management e Fi.Fa. Security e in spregio al principio di libera concorrenza con cui il principio di rotazione avrebbe dovuto, invece, essere coordinato. Ciò sia per il richiamo, contenuto nell'art. 36 del Codice appalti, all'art. 30, comma 1, del medesimo Codice, nonché in virtù di quanto previsto dalle Linee Guida ANAC n. 4, sia perché, nell'ambito delle procedure negoziate, il principio di rotazione può trovare la sua giustificazione quando partecipino più operatori economici e non anche quando prendano parte, ad esempio, due soli concorrenti; una eccessiva riduzione della platea dei potenziali *competitors*, infatti, finirebbe con il diminuire o annullare ogni forma di confronto concorrenziale;

- si è costituito in giudizio, per resistere, il Comune di Ascoli Piceno intimato;
- alla camera di consiglio del 19 febbraio 2020, fissata per la trattazione della domanda cautelare contenuta in ricorso, previo avviso alle parti sulla possibilità di definire il giudizio ex art. 60 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione;

Ritenuto che il ricorso non sia fondato per quanto si va ad esporre:

- l'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, al comma 1, che *“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”*;
- come precisato al paragrafo n. 3.6 delle Linee Guida ANAC n. 4, *“il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La 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”*;
- la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire la portata applicativa delle anzidette previsioni. In particolare, si è sostenuto che negli appalti sotto soglia da affidare mediante procedura non aperta, bensì negoziata (qual è quello di cui si controverte, per il quale il Comune ha acquisito le manifestazioni di interesse), opera la regola secondo cui va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943, che ha confermato TAR Marche, 3 dicembre 2018, n. 753 e che richiama Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125). Trattasi di un principio *“che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a*

presentare le offerte - è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato ... Pertanto, anche al fine di scoraggiare pratiche di affidamenti senza gara - tanto più ove ripetuti nel tempo - che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" (recte, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale” (cfr., Cons. Stato n. 3943 del 2019, citata);

- in altri termini, il principio di rotazione funge da contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata. Esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'Amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio. In questa ottica non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539, che richiama Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755);

- sempre in tale ottica, non può dubitarsi del fatto che la prescrizione contenuta al paragrafo 3.6 delle Linee Guida ANAC n. 4 innanzi richiamata vada intesa “*nel senso dell'inapplicabilità del principio di 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. Diversamente opinando, stridente ed inconciliabile sarebbe il contrasto contenuto nel medesimo paragrafo delle citate Linee Guida laddove è precisato che “Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento”*” (cfr., Cons. Stato, n. 7539 del 2019, citata);

- applicando i suesposti principi al caso in esame si osserva che, poiché è indubbio che l'Avviso pubblico in questione è volto ad acquisire manifestazioni di interesse “*per l'individuazione di operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata*” finalizzata all'affidamento di un appalto “sotto soglia”, rispetto alla quale la stazione appaltante ha operato una preventiva limitazione del numero degli operatori da selezionare (cfr., determinazione dirigenziale n. 4128 del 18 dicembre 2019), il fatto che parte ricorrente abbia beneficiato di precedenti affidamenti legittima la scelta della stazione appaltante di non invitare il gestore uscente alla selezione;
 - ciò in quanto, nelle procedure di tipo ristretto o negoziato, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e, conseguentemente, ove la stazione appaltante intenda procedere all'invito del precedente affidatario e ove questi poi risulti aggiudicatario, la stessa dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, TAR Lazio Roma, sez. II, 3 giugno 2019, n. 7062, che richiama Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524);
 - pertanto, corollario di quanto appena enunciato è che non occorre invece motivare la scelta di non invitare alla procedura il gestore uscente, stante l'obbligo *ex lege* di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia; né il precedente gestore può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitato alla nuova gara;
- Ritenuto, per tutto quanto esposto, che il ricorso sia infondato e che vada respinto;
- Ritenuto che sussistano i presupposti per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra le parti, anche avuto riguardo al fatto che si registra, in giurisprudenza, qualche posizione sotto alcuni profili diversa in merito alla questione affrontata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), 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 Ancona nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Simona De Mattia

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO