

Publicato il 26/03/2018

N. 00354/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01233/2017 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1233 del 2017, proposto da:

Santa Lucia Societa' Cooperativa Sociale di Solidarieta' Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Bertolani e Alberto Ponti elettivamente domiciliata ai sensi dell'art. 25;

contro

Comune di Viadana, rappresentato e difeso dall'avvocato Nadia Zanoni, domiciliato, ex art. 25 cpa;

Commissione Unica di Committenza dei Comuni di Viadana, Commessaggio, Gazzuolo, non costituita in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Sociale L'Incontro O.N.L.U.S., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero e domiciliata in Brescia, ex art. 25 cpa;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale della Città di Viadana, n. 749 del 28.11.2017, avente ad oggetto l'approvazione del verbale della gara telematica

riservata alle cooperative sociali di tipo B l. per la stipula di una convenzione per il servizio di pulizia degli immobili del Comune di Viadana, relativo all'ammissione dei concorrenti;

- dei verbali di gara ed i relativi allegati, allo stato non noti, e della Comunicazione della Centrale Unica di Committenza relativa all'esito della procedura del 12.12.2017;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso ivi compresi, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente, la Deliberazione della Giunta Comunale n. 20/2017 di indirizzo per l'indizione della procedura comparativa per la pulizia degli immobili, la Determinazione dirigenziale del Comune di Viadana n. 678 del 6.11.2017, Settore Affari Generali, Unità Operativa Servizi Sociali avente ad oggetto "indizione gara per l'affidamento del servizio di pulizia e disinfezione degli immobili comunali e di altri stabili in uso al Comune, nonché la determinazione dirigenziale n. 680 del 6.11.2017 di indizione della gara e, infine, l'avviso preventivo per la manifestazione di interesse (doc. 2.3.) e la lettera di invito;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente e/o presupposto a quelli che precedono, ivi incluso, il regolamento della C.U.C. ovvero del Comune di Viadana relativi alle procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria e/o ai contratti nelle ipotesi in cui contenga illegittime deroghe al principio di rotazione;

nonché per l'accertamento

del diritto all'aggiudicazione a proprio favore e di quanto per ciò necessario;

e per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p ovvero, in subordine, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno patrimoniale subito e derivante dall'adozione ed esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Viadana e della Cooperativa Sociale L'Incontro O.N.L.U.S.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Cooperativa Santa Lucia impugna l'aggiudicazione della gara (condotta dalla Centrale unica di committenza per conto del Comune di Viadana) per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali, per il periodo di due anni e sei mesi, onde ottenere la declaratoria di illegittimità della decisione di ammettere il gestore uscente alla procedura.

Poiché quest'ultimo è risultato aggiudicatario della gara, da tale esclusione dovrebbe derivare, secondo la ricorrente, l'aggiudicazione a suo favore, in virtù dello scorrimento della graduatoria, che la vede seconda.

Nel ricorso si sostiene, quindi, che l'ammissione alla gara della Cooperativa controinteressata sarebbe illegittima, in quanto nessuno degli atti preliminari e propedeutici alla procedura conterrebbe la ben che minima motivazione circa la non applicazione del principio di rotazione nel caso di specie.

Motivazione che, secondo la Santa Lucia, sarebbe stata necessaria, in considerazione del fatto che la cooperativa Incontro (odierna aggiudicataria in ragione del maggior punteggio ottenuto sul piano tecnico) è stata affidataria del servizio di pulizia della sede municipale e di altri immobili del Comune, ininterrottamente dal 1 gennaio 2010 al 31 gennaio 2016 (per un importo stimato di circa 600.000 euro) e poi, ancora, in forza di proroghe, affidamenti diretti per motivi di urgenza e proroghe di quest'ultimi, fino al 31 dicembre 2017 (per l'ulteriore importo, desunto dagli atti pubblicati, di 193.649,19 euro).

Ne deriva, secondo quanto dedotto nel ricorso, la violazione degli artt. 4, 30 e 36 del d. lgs. 50/2016 e dei principi di libera concorrenza e rotazione degli inviti e degli affidamenti.

A parere della ricorrente, il principio di rotazione opererebbe sin dalla fase degli inviti ed imporrebbe, quindi, di non invitare nemmeno il gestore uscente, assegnatario del precedente affidamento, il quale, pertanto, sarebbe tenuto quanto meno a “saltare il primo affidamento successivo”, in ragione della posizione di vantaggio acquisita rispetto agli altri concorrenti e della esigenza di evitare il consolidarsi dei rapporti con un unico fornitore (a sostegno di tale tesi è, dunque, invocata la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142).

Sussisterebbe, dunque, “l’obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “sottosoglia”, come quello in esame. In particolare, il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa dovrebbe orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte – troverebbe fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione. Pertanto, anche al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara 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 l’affermazione del principio di rotazione comporterebbe la limitazione dell’invito all’affidatario uscente a casi di carattere eccezionale che ne richiederebbero una motivazione stringente (principio che, secondo la ricorrente, sarebbe affermato nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017 n. 5854).

Il gestore uscente non avrebbe, dunque, dovuto essere ammesso alla procedura di gara. O, quantomeno, l’ammissione avrebbe dovuto essere accompagnata da un’adeguata (particolare, attesa la posizione di monopolio indiscusso di cui il gestore uscente ha goduto per otto anni) motivazione.

Motivazione che, come noto, deve sussistere ed essere esplicitata sin dalla fase degli inviti e delle ammissioni, non potendo essere in alcun modo integrata, in via postuma, all'atto della aggiudicazione (cfr. sul punto, Cons. Stato Sez. V, 31-08-2017, n. 4125).

Rispetto agli effetti dell'esclusione dalla gara del gestore uscente, parte ricorrente ha richiamato il principio secondo cui "sussistono i presupposti per disporre l'aggiudicazione della procedura in capo alla seconda classificata. La mancata motivazione della stazione appaltante, in ordine all'eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore, comporta l'illegittimità della partecipazione di quest'ultimo alla procedura. L'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato" (in tal senso è richiamato il precedente rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato Sez. V, 31-08-2017, n. 4142).

Né l'applicazione del principio di rotazione potrebbe essere esclusa dalla tipologia di gara ovvero per il fatto che trattasi di una procedura di gara tra cooperative ai sensi dell'art. 112 del d. lgs. 50/2016.

L'invito faceva espressamente riferimento all'art. 36 comma 1 del d. lgs. 50/2016 e, dunque, la procedura dovrebbe essere ricondotta alle c.d. procedure negoziate senza bando, rendendo irrilevante il fatto che essa fosse aperta solo a cooperative.

Del resto, il principio in esame dovrebbe essere qualificato come espressione del principio della libera concorrenza (cfr. Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, Tar Toscana, sez. II, 23 marzo 2017 n. 454 e Cons. Stato Sez. VI, 31 agosto 2017 n. 4125), e, pertanto esso dovrebbe trovare applicazione anche ai contratti in tutto o in parte esclusi dalla applicazione del codice ed ai c.d. settori speciali, e ciò anche nella ipotesi in cui il principio non sia stato

espressamente richiamato, nel caso di specie, dalla Legge Regionale che deroga alla normativa nazionale.

Tanto più che il regolamento del Comune di Viadana renderebbe, secondo la ricorrente, applicabile il principio a tutte le procedure negoziate (art. 26) e che il principio sarebbe chiaramente affermato nella linea guida 32 di ANAC, espressamente richiamata dagli atti di gara, nell'ottica di evitare "la formazione di accordi collusivi finalizzati a compartimentare il mercato di riferimento, la creazione di rendite di posizione volte a impedire l'accesso di nuovi operatori e/o la fidelizzazione forzata dell'amministrazione nei confronti di un determinato fornitore e ne ha trovato il rimedio nella doverosità per le amministrazioni di garantire effettive condizioni di concorrenza nel mercato o di concorrenza per il mercato" (così il ricorso al penultimo capoverso di pag. 7).

La ricorrente ha, quindi, richiesto l'aggiudicazione del contratto e solo in subordine, nel caso in cui il subentro non fosse possibile, in quanto il servizio fosse già stato espletato, il risarcimento per equivalente, nella misura da determinarsi in corso di causa.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, sostenendo l'infondatezza del ricorso per tre ordini di motivi: il principio di rotazione non si applicherebbe alle procedure competitive realizzate da amministrazioni in deroga al codice, la scelta di invitare il gestore uscente non equivarrebbe automaticamente a violazione del principio di rotazione e, comunque, nella procedura in questione non vi sarebbe stata alcuna selezione nell'individuazione dei soggetti da invitare, per cui non poteva ritenersi sussistere nemmeno alcun obbligo di motivazione.

Si precisa, peraltro, che i precedenti affidamenti alla controinteressata, puntualmente ricostruiti dalla ricorrente, non avrebbero alcuna rilevanza, perché disposti tutti con atti amministrativi consolidatisi per mancata impugnazione.

In ogni caso, parte ricorrente non avrebbe nemmeno tentato, nel proprio ricorso, di dimostrare come la qualità di gestore uscente possa aver favorito la cooperativa scelta. Al contrario, secondo la controinteressata, tutti i partecipanti avrebbero avuto un trattamento paritario e corretto, nel rispetto dei principi fondamentali della materia.

Anche il Comune di Viadana ha depositato una memoria nella quale ha rappresentato di aver garantito la massima partecipazione, invitando alla gara tutti e dodici gli operatori che avevano espresso la manifestazione di interesse: di essi, però, solo quattro hanno partecipato.

Il Comune ha, quindi, preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso perché proposto avverso un atto endoprocedimentale, quale l'ammissione alla gara di un ricorrente, non immediatamente lesivo, la cui illegittimità dovrebbe essere dedotta solo impugnando l'eventuale atto di aggiudicazione a favore del concorrente che avrebbe dovuto essere escluso (CdS, 500/2017).

I lavori della centrale di committenza si sarebbero conclusi, approvando la graduatoria che vede prima la cooperativa controinteressata (con un ribasso del 13,95 % e non anche del 30 %, come scritto nel ricorso) e seconda la ricorrente, il 12 dicembre 2017. Il ricorso, notificato il 30 dicembre, non impugna, però, la graduatoria, che, comunque, non equivarrebbe a un atto conclusivo di aggiudicazione della gara.

Nel merito, il ricorso sarebbe infondato, in quanto il principio della rotazione non sarebbe applicabile al caso di specie per due motivi: 1) si tratta di procedura espletata ai sensi dell'art. 5 della Legge 8 novembre 1991 n. 381; 2) sarebbe in contrasto con i principi comunitari in materia di appalti e con l'art. 41 della Costituzione.

Quanto al primo profilo, la fornitura di beni e servizi tramite stipula di una convenzione con cooperative sociali sarebbe qualificata dal perseguimento di una peculiare finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati: ciò giustificherebbe la deroga al codice dei contratti, che, come evidenziato nell'art. 5 della legge 381/1991, come

modificata dalla legge 190/2014, troverebbe il proprio limite nel ricorso allo svolgimento di “procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza”.

Né tale norma, né la linea guida n. 32, menzionerebbero l’obbligo del rispetto del principio di rotazione.

Nelle linee guida n. 4, inoltre, si precisa, al punto 3.6, che “La rotazione non si applica laddove l’affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite, dal Codice ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici selezionati”.

Il che sarebbe accaduto nel caso di specie, essendo state invitate tutte le cooperative che hanno manifestato interesse per l’affidamento.

Non sussistendo alcun obbligo di applicazione del principio di rotazione, conseguentemente non sussisterebbe nemmeno alcun obbligo di motivazione dell’invito del gestore uscente.

Alla camera di consiglio del 18 gennaio 2018, l’istanza cautelare è stata accolta.

In vista della pubblica udienza, il Comune ha nuovamente eccepito l’inammissibilità del ricorso, sostenendo che l’atto impugnato, essendo una proposta di aggiudicazione, non sarebbe impugnabile ai sensi dell’art. 204 del codice dei contratti.

Nel merito ha confutato l’interpretazione del principio di rotazione fatta propria sia dalla ricorrente, che dal Collegio in sede cautelare, affermandone la recessività rispetto alla necessità di garantire la concorrenza e il suo superamento ogni volta che alla gara siano stati invitati tutti gli operatori interessati. Nella fattispecie, inoltre non sarebbe stata dimostrata alcuna particolare posizione di vantaggio in capo al gestore uscente, rispetto al quale, come sottolineato nella replica, non vi sarebbe alcuna situazione di

monopolio, dal momento che la stessa ricorrente ha svolto il medesimo servizio per il Comune tra il 1998 e il 2010.

La ricorrente, chiarito che il principio di rotazione si applica, secondo la stessa, solo nei confronti del soggetto che ha avuto da ultimo l'affidamento e non anche di altri che lo abbiano svolto precedentemente, ha ricordato come il Consiglio di Stato, nel Parere n. 361 del 12 febbraio 2018, relativo all'aggiornamento delle Linee guida 4/2006, avrebbe, affermato che “Se nell'art. 36, comma 1, del Codice il criterio di rotazione (degli inviti e degli affidamenti) è espressamente affermato dal Legislatore, detto principio deve ritenersi anche implicitamente richiamato nell'art. 30, comma 1, per via del più generale riferimento al principio di libera concorrenza, di cui il criterio in esame costituisce una evidente espressione attuativa”, facendo così assurgere la rotazione a principio generale. Ne deriverebbe che l'invito del gestore uscente avrebbe dovuto, quantomeno, essere motivato. Essa, ha, altresì sinteticamente richiamato quanto già sostenuto nel ricorso, insistendo, oltre che per l'annullamento degli atti impugnati, per il risarcimento del danno in forma specifica - previa eventuale declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e con piena disponibilità al subentro da parte dell'odierna ricorrente – ovvero, in subordine, per equivalente economico.

La controinteressata ha ribadito nuovamente le tre ragioni per cui il principio invocato non troverebbe applicazione nella fattispecie, soffermandosi, in particolare, sul fatto che ai soggetti del terzo settore sarebbe riconosciuto un certo favor, da parte del legislatore, che non ha affatto previsto, nella speciale disciplina un principio come quello di rotazione.

In effetti essa riconosce che nelle procedure di affidamento dei servizi alle cooperative sociali il principio di rotazione potrebbe essere un criterio utile per rispettare la parità di trattamento, ma esso diverrebbe rilevante solo nel caso in cui la stazione appaltante avesse operato una scelta tra gli operatori da invitare, il che non sarebbe avvenuto nel caso di specie.

In concreto, comunque, non sarebbe stato fornito alcun principio di prova del particolare privilegio di cui essa avrebbe goduto, quale gestore uscente.

Alla pubblica udienza del 22 marzo 2018, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto asseritamente rivolto contro un atto endoprocedimentale, non immediatamente lesivo.

Tale assunto risulta, però, smentito in atti.

In primo luogo, la Santa Lucia ha impugnato la determinazione n. 749 del 28 novembre 2017, intitolata "AMMISSIONE CONCORRENTI" e pubblicata sul profilo del committente, sezione amministrazione trasparente, ai sensi dell'art. 29 comma 1 d.lgs. 50/2016. Deve, pertanto, ritenersi verificata la condizione prevista dall'art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010, identificata nella pubblicazione dell'atto di ammissione ai sensi del citato art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, che rende direttamente lesivo l'atto che ha ammesso la partecipazione del concorrente che avrebbe dovuto essere escluso.

L'interesse della ricorrente deve, dunque, essere qualificato come concreto e attuale, avendo essa impugnato l'ammissione alla gara della controinteressata. Attualità e concretezza dell'interesse a ricorrere che risultano rafforzati dall'impugnazione anche della comunicazione del 12 dicembre 2017 avente a oggetto l'atto conclusivo della procedura di selezione, anch'essa immediatamente lesiva, nonostante la pendenza dell'iter di verifica dell'offerta risultata migliore. La conclusione della valutazione delle offerte con esito favorevole al soggetto che avrebbe dovuto essere escluso non fa che confermare la concretezza dell'interesse fatto valere.

Si tratta, dunque, di una comunicazione avente la funzione di pubblicità notizia, che risponde agli obblighi di postinformazione posti a garanzia della trasparenza dell'attività della stazione appaltante, che determina la piena

conoscenza dell'esito della gara, facendo scattare il termine decadenziale per l'impugnazione.

Nella fattispecie in esame, quindi, pur non essendo stato applicato il rito superspeciale di cui al comma 2 bis dell'art. 120 del c.p.a., in quanto, data la ridottissima durata del procedimento, la gara era già stata svolta al momento della proposizione del ricorso, la ricorrente ha indubbiamente provveduto all'impugnazione dell'ammissione alla gara della controinteressata, oltre che (e conseguentemente) degli atti consequenziali preordinati all'aggiudicazione della stessa a suo favore.

Il completamento del subprocedimento di verifica dell'offerta migliore, potrà, al più, far venire meno l'interesse a ricorrere, laddove dovesse condurre all'accertamento dell'anomalia di essa, ma la sua mancata conclusione non può spostare la decorrenza del termine decadenziale dell'impugnazione, quantomeno con riferimento all'ammissione del concorrente.

Allo stato, non avendosi cognizione dell'esito della valutazione suddetta, deve, dunque, presumersi permanere l'interesse all'esclusione dalla gara del concorrente che è risultato anche aver presentato la migliore offerta.

Ravvisata l'ammissibilità del ricorso, si può, quindi, passare all'esame del merito delle questioni dedotte.

A tal fine appare opportuno chiarire che la particolarità della gara in questione è rappresentata dal fatto che essa è preordinata alla selezione della cooperativa di tipo B, con cui stipulare una convenzione ai sensi del comma 1 dell'art. 5 della legge 381/91. Ciò implica l'applicazione di una normativa del tutto particolare, che prevede la possibilità per gli enti pubblici, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della Pubblica Amministrazione, di stipulare convenzioni con cooperative sociali che svolgono attività di cui all'art. 1, comma 1, lett. B) della legge n. 381/1991 e s.m.i., per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato, al netto dell'I.V.A., sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie

in materia di appalti pubblici purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1.

Ciò premesso, il Comune ha, però, espressamente optato per condurre la gara ai sensi dell'art. 36, comma 2 del d. lgs. 50/2016, con aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e ha precisato, nell'invito, che “L'affidamento è soggetto alle norme e condizioni previste dal d.lgs. 50/16 (di seguito denominato anche codice) e relative norme di attuazione, ove richiamate, dal d.lgs. n. 82/2005, dalle relative regole tecniche e dai provvedimenti adottati dal DigitPA/Agenzia per l'Italia Digitale, dalle condizioni di accesso ed utilizzo del sistema di intermediazione telematica Sintel, dalle disposizioni previste dalla presente lettera d'invito-disciplinare, dal Capitolato Speciale, oltre che, per quanto non regolato dalle clausole e disposizioni suddette, dalle norme del Codice Civile e dalle altre disposizioni di legge nazionali vigenti in materia di contratti di diritto privato, nonché dalle leggi nazionali e comunitarie vigenti nella materia, espressamente richiamate.”.

La stazione appaltante si è, dunque, autovincolata alla conduzione della gara secondo le ordinarie regole di cui all'art. 36 del codice dei contratti e, conseguentemente, al rispetto dei principi di cui esse sono espressione, tra cui, in particolare, per quanto di interesse, quello di “rotazione”.

Del resto, lo stesso art. 5 della legge 381/91, pur ammettendo la possibilità di stipulare convenzioni in deroga alla ordinaria disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, all'ultimo comma dell'art. 5, espressamente recita “Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza”.

Il principio di rotazione, sebbene non espressamente menzionato dalla legge derogatoria, può, comunque, ritenersi essere precipitato ed espressione di quello di non discriminazione: il principio generale in questione non pare, dunque, poter trovare deroga per la particolarità della procedura, finalizzata a

selezionare una cooperativa sociale per la stipula di una convenzione strumentale ad una prestazione di servizi, che produca anche l'effetto di favorire soggetti svantaggiati.

Al contrario, anche la normativa speciale che regola l'utilizzo di tale particolare strumento sembra tendere a garantire la possibilità a tutti i soggetti operanti nel particolare settore, non tanto o non solo in un'ottica di tutela della concorrenza, bensì dell'estensione dei suoi benefici a quanti più soggetti possibile (sia in termini di cooperative coinvolte, che di soci lavoratori delle stesse), come risulterà più chiaro dalle conclusioni che saranno tratte nel prosieguo.

Accertato che la scelta del Comune di provvedere alla gestione esternalizzata del servizio di pulizia dei locali comunali avvalendosi di cooperative sociali che favoriscono l'inserimento nel mondo lavorativo di soggetti disabili e a rischio di emarginazione presenti nella comunità locale, non preclude, in linea di principio l'applicazione del principio di rotazione dei soggetti da invitare alla procedura di selezione, si può, quindi, passare alla verifica della legittimità della sua mancata applicazione nella fattispecie concreta.

La lettera c) del secondo comma dell'art. 36 del codice degli appalti, espressamente richiamato nell'invito, prevede che la procedura deve svolgersi: "c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;".

Secondo la tesi della ricorrente, anche laddove si volesse escludere l'effetto espulsivo automatico, la mancanza di motivazione dell'ammissione del gestore uscente inficerebbe effettivamente la legittimità del procedimento.

Secondo il Comune, ciò che, però, impedirebbe di ricondurre la fattispecie in esame all'ambito di applicazione del principio di rotazione sarebbe la

circostanza per cui, nell'individuare i soggetti da invitare alla gara non sarebbe stata effettuata alcuna scelta tra gli operatori che hanno manifestato interesse alla partecipazione, tutti sollecitati alla presentazione dell'offerta.

La ratio del principio sarebbe, secondo il Comune, dunque, quella di garantire che tutti gli interessati possano partecipare.

Ciò in linea con le sentenze TAR Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, per cui il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, sicché non può disporsi l'estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza, e TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515, secondo cui: <<...per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.12.2011, n. 6906; TAR Napoli, II, 08.03.2017 n. 1336; TAR Lazio, Sez. II, 11.03.2016 n. 3119). Pertanto, "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del

legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto" (TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981)>>.

Andando a leggere la recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 5854 del 2017, però, si evince, come, invece, il principio in esame trovi fondamento nella 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), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non sia elevato.

Quindi, posto che il principio di rotazione è stato affermato allo scopo di evitare posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, se esso dovesse essere inteso nel senso che quest'ultimo possa sempre e comunque essere invitato, la previsione non avrebbe alcun senso. Né sarebbe idoneo ad attribuirgli significato il mero fatto di invitare altri soggetti, oltre ad esso (il che è frutto del diverso principio per cui non può esservi l'affidamento diretto senza almeno un confronto concorrenziale), per cui l'interpretazione che potrebbe rappresentare l'equo contemperamento dei due principi (rotazione e massima concorrenza) pare essere quella che ammette l'invito anche del gestore uscente, purchè ciò trovi motivazione nella presenza di particolari condizioni che debbono essere esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare.

È pur vero che, come sostenuto dal Comune, la linea guida ANAC n. 4 limita l'applicazione del principio di rotazione ai soli casi in cui la stazione appaltante eserciti limitazioni al numero di operatori da invitare: ciò che è accaduto anche nella fattispecie, a prescindere dal fatto che poi, delle ditte individuate solo quattro abbiano manifestato interesse e siano state tutte invitate. È casuale, dunque, nella fattispecie, che tutte le ditte interessate siano state invitate e non frutto della scelta di fare ricorso a una procedura aperta, il che escluderebbe la necessità dell'applicazione del principio in parola.

In sintesi, se la *ratio* del principio di rotazione è quella di escludere posizioni di rendita in capo al gestore uscente, l'invito di quest'ultimo alla gara lo

violerebbe comunque, a prescindere dal numero di soggetti invitati tra quelli che hanno manifestato interesse a partecipare alla procedura ristretta e non aperta.

Mutatis mutandis, anche in relazione alle cooperative potrebbe esservi un interesse meritevole di tutela, che non è tanto quello di garantire la concorrenza, quanto quello di evitare che taluni soggetti esercitino una sorta di monopolio, precludendo ad altri di poter aver accesso al mercato.

Se, dunque, lo scopo finale è quello di consentire il reinserimento lavorativo degli occupati per il tramite delle cooperative, l'escludere una sorta di riserva a favore del gestore uscente sarebbe meritevole di tutela anche alla luce del fatto che la dottrina ha chiarito che proprio al fine di favorire l'alternanza, la durata della convenzione deve essere limitata nel tempo ("La finalità del reinserimento lavorativo deve essere coniugata con la necessità che la durata delle convenzioni non superi un limite temporale ragionevole, avuto riguardo all'oggetto della convenzione medesima. Le amministrazioni, pertanto, devono definire adeguatamente la durata delle convenzioni, affinché non sia di fatto preclusa ad altre cooperative la possibilità di presentare domanda di convenzionamento, nonché verificare che gli obiettivi stabiliti siano effettivamente perseguiti ed attuati.").

Né può essere rilevante quanto affermato dal Comune in ordine al fatto che non sarebbe stato provato alcun privilegio del gestore uscente e che anche la ricorrente ha gestito il medesimo servizio per il Comune di Viadana dal 1998 al 2010.

È evidente che quest'ultima circostanza risulta essere del tutto influente, in quanto il principio non tende a escludere la partecipazione di colui che abbia già ottenuto l'affidamento del contratto precedentemente, ma solo a impedire che possa essere avvantaggiato il gestore che continuerebbe nell'esecuzione del servizio senza soluzione di continuità.

Come chiarito anche dalla giurisprudenza, infatti, l'applicazione del principio impone, in assenza di elementi che ne giustifichino comunque la chiamata,

l'esclusione dalla sola prima gara successiva alla scadenza del contratto.

Il vantaggio, peraltro, è in sé e deriva dal fatto di avere piena conoscenza reale e diretta delle peculiarità del servizio e, quindi, dei costi e delle possibilità di ottenere delle economie di scale, nonché di quelle che sono le specifiche necessità della stazione appaltante che possono consentire di formulare un'offerta maggiormente soddisfacente per le esigenze della stazione appaltante e, dunque, apprezzabile sul piano tecnico.

Del resto è lo stesso legislatore a presumere che il gestore uscente sia portatore di una posizione privilegiata, la quale potrebbe essere superata solo attraverso una puntuale motivazione, da parte della stazione appaltante, della reiterazione del suo invito anche alla gara immediatamente successiva alla scadenza del contratto. Motivazione che, nella fattispecie, è stata integralmente omessa.

Ne deriva l'accoglimento del ricorso, con conseguente caducazione degli atti impugnati.

Deve, invece, essere respinta la domanda risarcitoria, sia in forma specifica, che per equivalente.

Quanto alla prima richiesta, poiché non risulta essere ancora intervenuta la formale aggiudicazione della gara, la caducazione dei provvedimenti impugnati non può che comportare la modifica della graduatoria e la rinnovazione delle fasi conclusive della gara per l'individuazione dell'aggiudicatario, escludendo da esse la partecipazione del gestore uscente-odierna controinteressata.

Il diritto al risarcimento del danno per equivalente, invece, non può essere riconosciuto, in quanto il danno subito non solo non è stato provato, ma nemmeno specificamente individuato e quantificato nel corso del giudizio.

Le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa, attesa la natura prettamente interpretativa delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Respinge l'istanza risarcitoria nei termini in cui è stata formulata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO