

Publicato il 25/04/2020

**N. 02654/2020REG.PROV.COLL.
N. 10609/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10609 del 2019, proposto da Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova n. 96;

nei confronti

Autosalone Fratelli Bonaglia S.r.l., Carella F.Lli di Bruno e Roberto

Carella S.n.c., Bianchi e Trapletti S.n.c. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 00993/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 16 aprile 2020 il Cons. Giovanni Tulumello e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso in appello notificato il 13 dicembre 2019, e depositato il successivo 23 dicembre, il Consorzio appellante ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda.

Preso atto del deposito delle memorie di parte, il ricorso in appello è stato quindi trattenuto in decisione all'udienza del 16 aprile 2020, con le modalità di cui all'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

2. La sentenza impugnata ha respinto il ricorso proposto in primo grado dal Consorzio odierno appellante contro gli atti della procedura indetta

dall'Azienda socio sanitaria territoriale del Garda, ex articolo 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento del servizio di riparazione ordinaria di tipo elettrico/elettronico degli automezzi aziendali di sua proprietà per un periodo di ventiquattro mesi.

Come riporta la sentenza impugnata, *“L'intera procedura si è svolta in via telematica, con l'utilizzo della piattaforma SINTEL della Regione Lombardia, previa pubblicazione sul sito istituzionale dell'ASST di apposito avviso. Il servizio è stato distinto in tre lotti, corrispondenti ad altrettante aree territoriali, riferite ai diversi presidi/distretti di assegnazione dei mezzi in dotazione. L'aggiudicazione è stata disposta, in applicazione del criterio del prezzo più basso, in favore di: società Autosalone Fratelli Bonaglia S.r.l. per l'area 1, Carella F.lli di Bruno e Roberto Carella S.n.c. per l'area 2, Bianchi & Trapelli s.n.c. per l'area 3. Consorzio Parts & Services, unico ulteriore concorrente, è risultato secondo per tutti gli ambiti”*.

Con un'unica, articolata censura il gravame lamenta la violazione del principio di rotazione previsto, per gli appalti sottosoglia, dall'articolo 36 del del d.lgs. 50/2016, assumendo:

- l'applicabilità del menzionato principio alla fattispecie dedotta, per il solo fatto della partecipazione dei precedenti gestori (e dunque indipendentemente dal fatto che si sia trattato di una procedura aperta o meno);
- in ogni caso, la natura non aperta della procedura *de qua*, difettando la prova che l'avviso di avvio della procedura sia stato effettivamente pubblicato sul sito *web* della stazione appaltante, e che siano stati realmente invitati tutti gli operatori che ne hanno fatto richiesta.

3. L'appello è infondato.

La sentenza impugnata ha condivisibilmente escluso l'applicazione del principio di rotazione alla fattispecie dedotta, argomentando anche dalle Linee guida ANAC n. 4 [nella versione adottata con Delib. 1° marzo 2018, n. 206 (punto 3.6)], in ragione della natura aperta della procedura per cui è causa: *“Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'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), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Peraltro, così come delineato dal richiamato articolo 36, detto principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del favor participationis e della concorrenza. (...) detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica”*.

Alla luce del corretto inquadramento della fattispecie, si tratta di una ricostruzione esegetica, e di una conseguente applicazione normativa, del tutto condivisibili perché coerenti al sistema, e alla giurisprudenza di

questo Consiglio di Stato: la sentenza della V Sezione, 7539/2019, pure invocata dall'appellante, ha infatti in proposito affermato che *“non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va 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”*.

4. Nella memoria di replica depositata il 6 aprile 2020, la parte appellante contesta che la procedura in questione fosse una procedura “aperta” deducendo il richiamato difetto di prova.

La sentenza impugnata ha affermato in proposito che *“L'intera procedura si è svolta in via telematica, con l'utilizzo della piattaforma SINTEL della Regione Lombardia, previa pubblicazione sul sito istituzionale dell'ASST di apposito avviso”*.

Nel ricorso in appello si contesta sia che possa qualificarsi aperta una procedura svolta sulla piattaforma SINTEL (alla quale avrebbero accesso solo alcuni operatori), sia che risponda a verità che l'avviso sia stato pubblicato sul sito della stazione appaltante.

Osserva preliminarmente il Collegio che l'onere della dimostrazione dei fatti costitutivi della pretesa fatta valere in giudizio incombe, anche in termini di principio di prova, sulla parte che abbia azionato tale pretesa.

Non risulta peraltro che l'odierno appellante abbia neppure chiesto alla stazione appaltante l'accesso ai dati inerenti i due elementi fattuali posti a fondamento della propria prospettazione.

In ogni caso nel giudizio di primo grado la stazione appaltante ha prodotto, in data 16 ottobre 2019, il report della procedura *de qua*, estratto dalla piattaforma SINTEL, dal quale risulta la scansione fattuale

sopra descritta e solo labialmente contestata dall'appellante.

La sentenza impugnata ha chiarito poi ulteriormente (punto 12) che *“Con riferimento alla procedura oggetto dell’odierno giudizio va evidenziato che ASST Garda ha pubblicato l’avviso dell’indizione della procedura sul proprio sito istituzionale e non ha effettuato un affidamento diretto (che pure sarebbe stato legittimo, dato l’importo del servizio) né ha rivolto un invito ad alcuni operatori economici discrezionalmente selezionati, ma ha invece demandato al mercato l’individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta per la prestazione del servizio, senza prevedere limiti numerici o filtri selettivi. 13. La procedura negoziata si è svolta quindi con una modalità aperta, atteso che l’amministrazione ha invitato tutti i soggetti che avevano manifestato il loro interesse, senza esclusioni o vincoli in ordine al numero massimo di operatori ammessi alla procedura. Gli operatori economici erano unicamente tenuti ad effettuare l’accesso e l’iscrizione alla piattaforma telematica Sintel, che non prevedono alcuna istruttoria o a selezione da parte dell’amministrazione”*.

La motivazione resiste alle censure proposte con il ricorso in appello, in quanto sarebbe stato onere dell'appellante dimostrare la non veridicità dell'assunto fattuale su cui poggia la sentenza impugnata con riferimento alla pubblicazione dell'avviso sul sito e al possibile, mancato invito di tutti i richiedenti (censura formulata peraltro in forma perplessa e meramente dubitativa).

Inoltre, l'appellante non supera, neppure sul piano del principio di prova, l'accertamento, contenuto nella sentenza impugnata, relativo al fatto che l'iscrizione alla piattaforma SINTEL è un mero adempimento tecnico-burocratico, privo di valenza selettiva (in disparte il possibile difetto

d'interesse del Consorzio appellante – che ha regolarmente partecipato alla procedura presentando la propria offerta – a dedurre, al di là del profilo della qualificazione formale della stessa, un simile argomento).

5. La qualificazione della procedura in questione ritenuta dal primo giudice è pertanto corretta, ai fini che qui vengono in rilievo (art. 36 d. lgs. n. 50/2016).

Sempre in memoria di replica l'appellante, modificando il proprio argomento di censura, deduce che *“In ogni caso, il carattere aperto della procedura è irrilevante, a fronte dei seguenti fondamentali aspetti: – il pregresso affidamento agli stessi operatori, quale unico criterio fattuale che deve orientare la S.A., sia nella fase di invito, che in quella di aggiudicazione, nell'applicazione della rotazione; – l'obbligo motivazionale sull'eventuale mancata applicazione dell'art. 36 del Codice Appalti, rimasto totalmente inadempito nella fattispecie”*.

Entrambi gli argomenti sono da respingere.

Il precedente affidamento non ha carattere assolutamente preclusivo rispetto alla partecipazione dei precedenti affidatari alla procedura, se la procedura è aperta, ovvero se, in caso di diversa procedura, la stazione appaltante motiva le ragioni dell'invio dell'invito anche a costoro.

Nella seconda ipotesi considerata, peraltro qui non ricorrente, l'obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante concerne, anche secondo l'invocata sentenza della V Sezione 7539/2019 (*“il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente”*), non già la partecipazione del precedente gestore ad una procedura aperta, bensì

l'invito del medesimo ad una procedura ristretta (come ribadito dalla V Sezione nella recente sentenza n. 2182/2020).

Non andava pertanto motivato né l'invito a partecipare alla procedura (aperta) rivolto agli operatori "uscenti", né l'aggiudicazione ai medesimi della commessa.

Sul punto appare condivisibile, ed esente dai profili di censura svolti dall'appellante, la considerazione ritenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale *"La rotazione pertanto deve essere intesa non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell'affidatario bensì, soltanto, di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è imperniato l'intero sistema degli appalti. (...) il criterio di scelta degli aggiudicatari è stato individuato nel prezzo più basso e quindi in un criterio di carattere oggettivo, che assicurava l'imparzialità di giudizio della stazione appaltante, anche rispetto agli operatori economici che avevano già svolto il servizio"*.

L'accoglimento della tesi dell'appellante avrebbe comportato, al contrario, un affidamento non conseguente ad un preliminare confronto concorrenziale, posto che escludendo i precedenti gestori l'unico concorrente in gara sarebbe stato proprio il Consorzio appellante, che si sarebbe pertanto aggiudicato la commessa indipendentemente dal prezzo offerto (il più alto), e dunque senza possibilità per l'amministrazione di scegliere l'offerta caratterizzata dal prezzo più basso.

Né, per le ragioni esposte, il fatto di avere gestito il servizio finora può avere in alcun modo agevolato gli aggiudicatari, proprio in ragione del meccanismo – oggettivo, e privo di discrezionalità – di selezione

dell'offerta vincente.

6. Il ricorso in appello è pertanto infondato, e come tale deve essere rigettato.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna il Consorzio appellante al pagamento, in favore dell'Azienda appellata, delle spese del presente giudizio, liquidate in complessi euro quattromila/00, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza (ai sensi dell'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18), con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO