

Pubblicato il 09/08/2016

N. 01594/2016 REG.PROV.COLL.
N. 02011/2015 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2011 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cooperativa Sociale Silvabella Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Tamos C.F. TMSLNZ67L21F205P, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Piceno, 14/A;

contro

Comune di San Genesio ed Uniti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Elisabetta Masnata C.F. MSNLBT70T46I968I, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Lombardia in Milano, via Corridoni n. 39;

nei confronti di

Cooperanda Soc. Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Bonini C.F. BNNNNA66R50L746S, Giuliano Sgobbi C.F. SGBGLN70M05B509U, Stefano Sonzogni C.F. SNZSFN75T12L400Z, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, corso Monforte, 2;

per l'annullamento

1) quanto al ricorso principale:

- del provvedimento prot. n. 5289 del 10 luglio 2015 con cui l'amministrazione ha negato a Silvabella la partecipazione alla procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto relativo al servizio di preparazione pasti e "servizi ausiliari" presso l'asilo nido per gli anni 2015/2016 e 2016/2017 (CIG 630 I 089FIF);*
- di tutti gli atti antecedenti e conseguenti comunque connessi o presupposti, tra cui il provvedimento prot. n. 5572/2015 del 21/07/2015, la lettera di invito, la determinazione a contrarre n. 12/2015, il verbale della gara negoziata del 14/07/2015, l'aggiudicazione provvisoria approvata con determina dirigenziale n. 18 del 22/07/2015, l'aggiudicazione definitiva;*
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto;*
- nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno;*

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015:

- della delibera della Giunta Comunale n. 54/2015 recante l'approvazione del progetto per l'affidamento del servizio biennale suindicato;*

3) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 28 ottobre 2015:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 35 del 19.10.2015;

nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Genesio ed Uniti e di Cooperanda Soc. Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2016 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale e due successivi ricorsi per motivi aggiunti, Cooperativa Sociale Silvabella Onlus impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Contestualmente, chiede che sia dichiarato inefficace il contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata e presenta domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Si costituiscono in giudizio il Comune di San Genesio ed Uniti e Cooperanda Soc. Cooperativa Sociale Onlus, eccependo

l'infondatezza delle impugnazioni avversarie, di cui chiedono il rigetto.

Con ordinanza depositata in data 16 ottobre 2015, il Tribunale accoglie la domanda cautelare formulata con il ricorso principale.

Con ordinanza depositata in data 27 novembre 2015, il Tribunale dichiara inammissibile la domanda cautelare proposta con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 28 ottobre 2015.

L'appello cautelare, avverso le ordinanze del Tribunale, è stato respinto con ordinanza del Consiglio di Stato depositata in data 10 dicembre 2015.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 19 maggio 2016 la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalla documentazione prodotta in giudizio e dalle allegazioni delle parti risulta che: a) con delibera di giunta n. 54, datata 11 giugno 2015, il comune di San Genesio ed Uniti approvava il progetto per "l'acquisizione del servizio di preparazione pasti e servizi ausiliari presso l'asilo nido – periodo settembre 2015 – agosto 2017; b) la delibera precisava che il servizio oggetto dell'appalto rientrava tra quelli compresi nell'allegato IIb del codice degli appalti ed era di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, sicché sarebbe stato aggiudicato ai sensi dell'art. 20 del d.l.vo 2006 n. 163, nel rispetto dei principi del diritto comunitario e secondo la procedura del cottimo fiduciario disciplinata dall'art. 125 del d.l.vo 2006 n. 163; c) con determinazione n. 12 del 18 giugno 2015, il comune decideva di contrarre secondo il sistema del cottimo fiduciario, previo invito di cinque operatori economici, invito che

veniva trasmesso, in data 20 giugno 2015, ai seguenti operatori: Copra Elicor, Sodexho Italia, Arké, So.Vite e Cooperanda Onlus, con indicazione del giorno 11 luglio 2015 quale termine entro il quale presentare le offerte; d) in data 9 luglio 2015, Cooperativa Sociale Silvabella Onlus, gestore uscente del servizio, chiedeva di essere invitata alla procedura di cottimo fiduciario, ma, con determinazione datata 10 luglio 2015, il Comune respingeva la domanda, evidenziando che: 1) il contratto in essere con Silvabella sarebbe scaduto il 31 agosto 2015, salvo proroghe; 2) ribadiva la scelta dell'amministrazione di affidare il nuovo servizio secondo una procedura di cottimo fiduciario cui invitare cinque operatori, ma non Silvabella, in applicazione del principio di rotazione; 3) evidenziava, sul piano argomentativo, come Silvabella avesse ricevuto solleciti e diffide da parte della stazione appaltante, in ragione di ritardi nell'esecuzione del rapporto contrattuale in corso di svolgimento; e) tra gli operatori invitati a partecipare, solo Cooperanda presentava l'offerta e conseguiva l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, disposta con determinazione n. 18 del 22 luglio 2015; f) con provvedimento n. 35 del 19 ottobre 2015, l'amministrazione comunale aggiudicava in via definitiva l'appalto a Cooperanda Soc. Cooperativa Sociale Onlus.

2) Preliminarmente, deve essere respinta l'eccezione, sollevata dall'amministrazione resistente, di irricevibilità, per tardività, dell'impugnazione proposta avverso la delibera della giunta comunale n. 54/2015, datata 11 giugno 2015, siccome proposta solo con i motivi aggiunti depositato in data 21 settembre 2015.

E' vero che la delibera ora indicata reca l'approvazione del progetto del nuovo servizio da affidare, prevedendo l'utilizzo di una

procedura di cottimo fiduciario nel rispetto, tra gli altri, anche del principio di rotazione, nondimeno le modalità di concreta applicazione di tale principio, con esclusione della partecipazione del gestore uscente Silvabella, sono state definite solo al momento della trasmissione delle lettere di invito.

Ne deriva che la contestazione delle concrete modalità di attuazione del principio di rotazione è stata tempestivamente proposta mediante l'impugnazione del provvedimento datato 10 luglio 2015, con il quale il comune ha respinto la richiesta di Silvabella di essere invitata alla gara in espressa applicazione del principio di rotazione. Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle censure in esame.

3) Deve essere esaminata per prima, in ragione della sua priorità logica e giuridica, la censura – formulata con il ricorso principale e ribadita nei ricorsi per motivi aggiunti – con la quale Silvabella lamenta l'erronea applicazione del principio di rotazione, evidenziando come, a seguito della presentazione della richiesta di essere invitata a partecipare alla gara, la stazione appaltante avrebbe dovuto invitarla e consentirle di partecipare, nonostante fosse il gestore uscente.

La precedenza logica e giuridica della doglianza deriva dal fatto che, solo in caso di sua fondatezza, è configurabile l'interesse di Silvabella a contestare gli atti successivi della procedura e a formulare ulteriori censure relative alle concrete modalità di svolgimento della gara - modalità successive alla fase della trasmissione delle lettere di invito e di ammissione delle offerte - mentre, qualora la contestazione risulti infondata, Silvabella non sarebbe titolare di un interesse concreto ed attuale a contestare le

modalità di conduzione della gara, trattandosi di una procedura cui non avrebbe comunque potuto partecipare.

La censura proposta non può essere condivisa.

Sul piano fattuale va evidenziato che, dalla documentazione prodotta in giudizio e senza alcuna contestazione, emerge che la ricorrente ha gestito ininterrottamente il servizio di cui si tratta in ciascuno degli anni scolastici compresi tra il 2009 e il 2015, sulla base di successive procedure di cottimo fiduciario, via via indette dal comune resistente.

Sul piano giuridico va, invece, ribadito, come già precisato in sede cautelare, che l'appalto di cui si tratta, oltre ad essere di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, rientra tra quelli compresi nell'allegato IIb del codice degli appalti, sicché ad esso sono riferibili, ai sensi dell'art. 20 del d.l.vo 2006 n. 163, i principi relativi alla disciplina degli appalti pubblici, oltre che le disposizioni degli artt. 65, 68 e 225 del d.l.vo 2006 n. 163.

La stazione appaltante, in esercizio del potere discrezionale di cui dispone nella scelta del tipo di gara da effettuare e tenuto conto del valore dell'appalto, ha deciso di procedere mediante cottimo fiduciario, secondo i principi dell'art. 125 del d.l.vo n. 163/2006.

Tale disposizione prevede testualmente che l'aggiudicazione 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...".

L'amministrazione ha rispettato la previsione normativa nella parte in cui stabilisce i principi che governano la procedura del cottimo fiduciario - peraltro reiteratamente applicata anche negli anni precedenti con aggiudicazione alla ricorrente del servizio di cui si tratta -- atteso che la gara rientra nei limiti di valore previsti, sono stati invitati a partecipare almeno cinque operatori del settore ed è stata prevista l'applicazione dei principi suindicati, tra i quali quello della rotazione.

Si tratta, allora, di stabilire se l'applicazione del principio di rotazione escluda, come ritenuto dalla stazione appaltante, la possibilità di invitare alla procedura anche il gestore uscente in una situazione in cui quest'ultimo ha gestito ininterrottamente il servizio per sei anni sulla base di successivi affidamenti.

La giurisprudenza, condivisa dal Tribunale, precisa che, nel contesto dell'art. 125 del d.l.vo 2006 n. 163, il principio della rotazione, "imposto con riferimento alla procedura di cottimo fiduciario, appare concepito dal legislatore come una contropartita o un bilanciamento" del carattere tendenzialmente "sommario" in cui consiste questa particolare "procedura negoziata". La marcata discrezionalità che connota questo tipo di procedura è temperata da alcuni principi, "quali la trasparenza (che implica il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri della scelta, etc.) e, appunto, la rotazione (per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo)". In tale contesto, il principio della rotazione va inteso "come esclusione dall'invito di un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa azienda" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12 settembre 2014, n.

4661; Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 65; Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 760).

Insomma, la rotazione per essere effettiva comporta, quanto meno, l'esclusione dall'invito di coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare, così da escludere la possibilità di reiterati affidamenti al medesimo operatore, con frustrazione del principio di tutela della concorrenza (in argomento T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 19 novembre 2012, n. 9506).

Vero è che una parte della giurisprudenza sostiene che il principio di rotazione, in determinate circostanze tali da escludere in concreto la possibilità di un'alterazione della concorrenza, può essere applicato in maniera elastica, nel senso che "un'episodica mancata applicazione del criterio non vale ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni, tanto più quando sia comprovato, come nel caso di specie, che la gara sia stata effettivamente competitiva e si sia conclusa con l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa per la stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906), tuttavia nel caso di specie non sussistono queste peculiari condizioni.

E' dirimente la circostanza che la ricorrente abbia gestito per sei anni scolastici consecutivi il servizio, ottenendo sei successivi affidamenti del medesimo appalto e sono proprio queste circostanze a dimostrare come, nel caso concreto, la salvaguardia del principio di concorrenza impone un'applicazione rigorosa del criterio della

rotazione, applicazione cui si sono uniformate le determinazioni comunali impugnate.

In definitiva, la decisione – espressa con il provvedimento dell'amministrazione n. 5289 del 10 luglio 2015, oggetto del ricorso principale - di non invitare alla gara la ricorrente è la conseguenza di un'applicazione del principio di rotazione coerente con l'interpretazione giurisprudenziale suindicata e funzionale alla tutela del principio generale della concorrenza, cui soggiace anche l'assegnazione del servizio de qua.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura in esame.

4) La circostanza che la ricorrente non sia stata legittimamente compresa tra gli operatori da invitare alla gara in questione, rende inammissibili, per carenza di interesse, le ulteriori censure formulate con il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti, in quanto dirette a contestare le modalità di svolgimento di una gara cui la ricorrente non poteva partecipare in applicazione del principio di rotazione.

5) In definitiva, il ricorso principale è infondato e deve essere respinto, mentre i ricorsi per motivi aggiunti sono inammissibili per carenza di interesse.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

- 1) respinge il ricorso principale indicato in epigrafe;*
- 2) dichiara inammissibili i ricorsi per motivi aggiunti indicati in epigrafe;*

3) condanna la Cooperativa Sociale Silvabella Onlus al pagamento delle spese della lite, liquidandole in euro 8.000,00 (ottomila), oltre accessori di legge, da dividere in parti uguali tra il Comune di San Genesio ed Uniti e Cooperanda Soc. Cooperativa Sociale Onlus.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO