

---

**TAR Campania Napoli sez. VIII 21/11/2016 n. 5361**

**CONTRATTI PUBBLICI - PROCEDURA NEGOZIATA - PRINCIPIO DI ROTAZIONE - FINALITA' DI GARANTIRE AVVICENDAMENTO - NON HA PORTATA PRECETTIVA ASSOLUTA PER LE STAZIONI APPALTANTI - INVITO RIVOLTO AL GESTORE USCENTE - AMMISSIBILITA' - SCELTA DI NON INTERPELLARE GESTORE USCENTE - MOTIVATA E ARGOMENTATA INDICAZIONI DELLE RAGIONI DI TALE SCELTA - NECESSITA'**

Il principio di “rotazione” degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara (il pregresso art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che la scelta degli offerenti avvenisse “...nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione ...”, al pari di quanto prevede ora l’art. 63, comma 6, 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 TAR Lazio, Sez. II, 11 marzo 2016 n. 3119); quindi, la scelta di non interpellare la società ricorrente non può essere giustificata a posteriori, attraverso gli scritti difensivi, con il generico rinvio al principio di rotazione, ma avrebbe richiesto una motivata e argomentata indicazione delle ragioni di detta scelta da esternare già in sede di indicazione della procedura negoziata.

Publicato il 21/11/2016  
N. 05361/2016 REG.PROV.COLL.  
N. 03885/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ai sensi dell’art. 60 cod.proc.amm.

sul ricorso n. 3885 del 2016 proposto dalla società Quadrelle - 2001 Società Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante Maria Battista, difesa e rappresentata dall’avv. Luca Tozzi (C.F. TZZLCU73A25F839A) e presso lo stesso elettivamente domiciliata in Napoli, via Toledo n. 323;

contro

Comune di Benevento, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall’avv. Giovanna Fucci (C.F. FCCGNN62A47A783A) ed elettivamente domiciliato in Napoli, via Melisurgo n. 4 (St. A. Abbamonte);

nei confronti di

Ristora Food & Service S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

– quanto all'atto introduttivo della lite – della determinazione dirigenziale n. 713 del 29 agosto 2016 (in toto, oppure nella parte relativa all'omesso invito della società ricorrente alla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica per il periodo 1° ottobre 2016 - 31 gennaio 2017), del capitolato speciale d'appalto e del disciplinare di gara;

– quanto all'atto di “motivi aggiunti” depositato il 21 settembre 2016 – della deliberazione della Giunta comunale n. 107 del 4 agosto 2016 (avente ad oggetto “Servizio di Ristorazione Scolastica - Atto d'indirizzo”).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di “motivi aggiunti” depositato il 21 settembre 2016;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Benevento;

Vista l'istanza cautelare della società ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, alla camera di consiglio del 16 novembre 2016, i difensori come specificati nel verbale;

Visto l'art. 60 cod.proc.amm., che consente l'immediata assunzione di una decisione di merito, con “sentenza in forma semplificata”, ove nella Camera di Consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare il giudice accerti la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e nessuna delle parti dichiarò che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione;

Considerato che con determinazione dirigenziale n. 713 del 29 agosto 2016, ai sensi degli artt. 35, 36 e 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, il Comune di Benevento indiceva una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica relativamente al periodo 1° ottobre 2016 - 31 gennaio 2017;

che, lamentando di non avere potuto presentare offerta perché non invitata, la società ricorrente impugnava i relativi atti;

che, in particolare, assumeva di avere titolo a partecipare alla gara, giacché in passato affidataria del servizio e quindi certamente in possesso dei requisiti legali per assumerne di nuovo l'espletamento – vista anche la pendenza del giudizio preordinato ad accertare se fosse stato o meno regolarmente risolto il precedente rapporto negoziale tra le parti –, e neppure giustificata la sua esclusione dal c.d. “principio di rotazione” a fronte del carattere non assolutamente precettivo di tale regola e della circostanza che le trascorse esperienze della ditta nascevano solo da procedure d'urgenza ex art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006, non risultando in ogni caso motivata la scelta compiuta e nemmeno specificati i criteri di selezione adottati né chiarito se si

fosse a tale fine effettuata una compiuta indagine di mercato;

che, in via subordinata, censurava la gara stessa, perché: a) fondata sul criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, laddove l'art. 95, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016 imporrebbe in simili casi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; b) conseguente ad una determina a contrarre – elemento essenziale della procedura – in realtà non risultante dall'albo pretorio on line e comunque non rintracciabile; c) priva di elementi che consentissero di comprendere quali criteri fossero stati seguiti nella scelta degli operatori economici da ammettere alla selezione (in relazione al disposto dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016); d) legata ad un indebito frazionamento temporale dell'appalto, in funzione dell'elusione della disciplina comunitaria in materia e dell'evidente obiettivo di sottrarsi alle relative regole, sicuramente più rigide e garantistiche; e) illegittimamente svolta senza pubblicazione del bando, in violazione del chiaro disposto dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016;

che la società ricorrente, pertanto, invocava l'annullamento degli atti impugnati;

che con decreto presidenziale n. 1320/2016 del 7 settembre 2016 veniva in questi termini accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche: "...dispone che la società ricorrente possa formulare un'offerta nella procedura negoziata di cui è causa, che dovrà essere accettata, ed eventualmente esaminata, dall'amministrazione comunale, salvo l'ulteriore corso e l'esito del presente giudizio ...";

che si costituiva successivamente in giudizio il Comune di Benevento, opponendosi all'accoglimento del ricorso;

che nel corso dell'udienza camerale del 21 settembre 2016 la società ricorrente depositava un atto di "motivi aggiunti", recante l'impugnativa della deliberazione della Giunta comunale n. 107 del 4 agosto 2016 (ad oggetto "Servizio di Ristorazione Scolastica - Atto d'indirizzo");

che in tal modo l'interessata estendeva all'ulteriore atto censurato le doglianze già formulate con il ricorso introduttivo della lite, denunciando altresì l'illegittimità del criterio di selezione degli invitati che si sarebbe ricavato dalle nuove determinazioni, nel senso che la scelta di affidarsi alle sole ditte locali si porrebbe in insanabile contrasto con il principio di non discriminazione, come già riconosciuto dalla giurisprudenza;

che, nelle more dell'esame complessivo della controversia – da potersi svolgere (nel necessario rispetto dei termini a difesa) solo in una successiva udienza camerale –, la Sezione accoglieva medio tempore l'istanza cautelare della società ricorrente confermandone l'ammissione (con riserva) alla gara già dispostasi con decreto presidenziale del 7 settembre 2016 (v. ordinanza n. 1494/2016 del 22 settembre 2016);

che la selezione si concludeva poi con l'affidamento del servizio alla società ricorrente, autrice della migliore offerta (v. determinazione dirigenziale n. 997 del 7 novembre 2016);

che alla camera di consiglio del 16 novembre 2016, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione;

Ritenuto che, nel corso dell'udienza camerale, i rappresentanti della società ricorrente e dell'Amministrazione comunale – come da dichiarazione resa a verbale – si sono concordemente espressi per la declaratoria di improcedibilità del ricorso quanto alla parte della controversia relativa alle condizioni e ai presupposti stessi di espletamento della gara (in vista di una sua rinnovazione con modalità radicalmente diverse) e hanno invece invocato una pronuncia di merito limitatamente alla parte relativa al mancato invito della ditta alla procedura negoziata;

che, in effetti, per scaturire il sopraggiunto esito della selezione dall'ammissione della ditta alla gara

disposta con riserva dal giudice amministrativo, si è trattato in parte qua della mera esecuzione puntuale di una misura cautelare di tipo propulsivo, circostanza che – come è noto – non comporta, in caso di conclusione del procedimento favorevole al ricorrente, il venir meno della res litigiosa e, a meno di una spontanea determinazione assunta in autotutela dall'Amministrazione, richiede piuttosto che la pronuncia di merito confermi in via definitiva gli effetti di quell'ammissione di carattere provvisorio o, nell'ipotesi di infondatezza del ricorso, ne faccia per sempre venir meno l'efficacia (v., ex multis, TAR Umbria 29 agosto 2016 n. 578);

che, venendo allora alla questione dell'omesso invito della società ricorrente alla procedura negoziata de qua, il Collegio valuta decisivi i precedenti giurisprudenziali che riconoscono una posizione peculiare all'impresa che abbia precedentemente svolto presso l'Amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata – in relazione alla quale l'impresa censura il mancato invito –, posizione soggettiva che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'Amministrazione pubblica, sì da assumere detta posizione la natura e la consistenza dell'interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, con l'ulteriore conseguenza che la scelta di non invitare il gestore uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando deve essere motivata in modo specifico (v., da ultimo, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 30 settembre 2016 n. 1514);

che, del resto, il principio di “rotazione” degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara (il pregresso art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che la scelta degli offerenti avvenisse “...nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione ...”, al pari di quanto prevede ora l'art. 63, comma 6, 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 TAR Lazio, Sez. II, 11 marzo 2016 n. 3119);

che nella fattispecie, quindi, la scelta di non interpellare la società ricorrente non può essere giustificata a posteriori, attraverso gli scritti difensivi, con il generico rinvio al principio di rotazione e con l'inaffidabilità asseritamente derivante dalle modalità di svolgimento del servizio in precedenza affidato alla ditta (fonte di un atto di risoluzione negoziale poi oggetto di controversia giudiziale), ma avrebbe richiesto una motivata e argomentata indicazione delle ragioni di detta scelta da esternare già in sede di indizione della procedura negoziata;

che in questi limitati termini, pertanto, va accolto il ricorso – con conseguente annullamento in parte qua delle determinazioni impugnate –, dovendosene per il resto dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse, in conformità a quanto concordemente richiesto dalle parti in causa;

Considerato, in definitiva, che – stante la sussistenza dei presupposti di legge – la Sezione può decidere con “sentenza in forma semplificata”, ai sensi dell'art. 60 cod.proc.amm.;

che nel corso della camera di consiglio il Collegio ha avvertito i presenti dell'eventualità di definizione del giudizio nel merito;

che le spese di lite possono essere compensate, stante la peculiarità delle questioni sottoposte al vaglio del giudice

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla in parte qua gli atti impugnati, dichiarandone per il resto l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse.

Compensa le spese di giudizio, ma con rifusione del contributo unificato – nella misura versata – in favore della società ricorrente (a carico del Comune di Benevento).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente, Estensore

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Italo Caso

IL SEGRETARIO

---