

Pubblicato il 21/05/2018

N. 00166/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00101/2018 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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 101 del 2018, proposto da Gruppo Illiria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Cudini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

I.N.P.S. – Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Iero, Aldo Formicola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Luca Iero in Trieste, via Sant'Anastasio, 5;

nei confronti

C.D.A. di Cattelan S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Magrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione n. 47 del 1.3.2018, comunicata via PEC il 7.3.2018, di diniego all'invito della ricorrente alla procedura negoziata per la concessione biennale del servizio di somministrazione bevande/merende a favore dei dipendenti INPS FVG e di uso dello spazio pubblico presso alcune Sedi INPS FVG, mediante acquisizione in comodato d'uso di molteplici distributori automatici (codici CIG n. 738397481A e 7383998BE7) e di contestuale ammissione di dieci imprese tra le quali la controinteressata C.D.A. di CATTELAN s.r.l.;
- degli atti di gara, compresi il disciplinare e capitolato, denominata "Procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 50/2016, volta alla concessione del servizio di somministrazione di bevande/merende a favore dei dipendenti INPS FVG e di uso di spazio pubblico presso alcune Sedi INPS FVG, mediante acquisizione in comodato d'uso di distributori automatici" pubblicati il 7.3.2018 CIG: 7383998BE7 (lotto 2), 738397481A (lotto 1), dei successivi atti del procedimento anche se non conosciuti e dell'eventuale contratto medio tempore stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inps e di C.D.A. di Cattelan S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2018 il dott. Nicola Bardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente impugna, unitamente agli atti di gara, la determinazione n. 47 del 1° marzo 2018, con la quale le è stato negato l'invito alla procedura

negoziata per la concessione biennale del servizio di somministrazione bevande e merende a favore dei dipendenti Istituto Nazionale della Previdenza Sociale del Friuli Venezia Giulia e dell'uso dello spazio pubblico presso alcune sedi dell'Istituto medesimo, mediante l'acquisizione, in comodato d'uso, dei distributori automatici ivi collocati. Viene inoltre censurata l'ammissione alla procedura di dieci imprese e, tra di esse, della controinteressata C.D.A. di Cattelan S.r.l.

La ricorrente espone, inoltre, di essere un operatore del settore dell'erogazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici e di operare in tale veste presso alcune sedi dell'Istituto, sulla base di concessioni o di rapporti privatistici. Evidenzia, peraltro, di essere la concessionaria del relativo servizio nelle sedi di Pordenone e Spilimbergo, mentre nei locali di Gorizia e di Monfalcone, essa opera sulla base di un contratto privatistico stipulato con il Circolo Ricreativo Aziendale Lavoratori (c.d. CRAL) dell'INPS.

Con atto del 12 febbraio 2018 (all. 3 - costituzione INPS), l'Amministrazione, determinatasi a procedere ad un'unica concessione del servizio, suddiviso in due lotti, per tutte le otto sedi presenti sul territorio regionale, con apposito di avviso di indagine di mercato, stabiliva di *“affidare, a idoneo operatore economico, per la durata di ventiquattro mesi, mediante una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016, un contratto di concessione del servizio di somministrazione di bibite/merende -anche per celiaci-, e di relativo uso di spazio pubblico presso le SEDI INPS FVG”*.

In tale contesto, veniva precisato che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto *“possedere una comprovata esperienza nello specifico settore della distribuzione di bevande/merende presso soggetti pubblici/privati. In sede di gara dovrà essere presentato un elenco di principali servizi svolti negli ultimi tre anni per un valore non inferiore a quello dell'affidamento”*.

Si sottolineava, poi, che *“in ragione del principio di rotazione previsto dall'art. 36*

comma 1 del d.lgs. 50/2016 e ss. mm. e ii. non saranno valutate le manifestazioni di interesse delle ditte uscenti, in relazione al Lotto di riferimento”.

La ricorrente, con comunicazione del 26 febbraio 2018, dichiarava il proprio interesse a partecipare alla procedura negoziata

Con l'impugnata determinazione n. 47 del 2018 (all. 7 al ricorso), la Direzione Regionale dell'Istituto escludeva, tuttavia, la società dall'invito alla gara, sostenendo che si sarebbe trattato di un *“soggetto uscente da due rapporti negoziali instauratisi a seguito di affidamento diretto del servizio di somministrazione di bibite/snack mediante distributori automatici che sono stati collocati in quattro strutture INPS FVG, già dall'anno 2011, nonché presso una ulteriore struttura INPS FVG dal giugno 2017”.*

A sostegno del proprio provvedimento, l'Amministrazione invocava l'applicazione dell'art. 36, D. Lgs. n. 50 del 2016, affermando che, in ragione del c.d. *“principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti”* (art. 36, 1° comma), avrebbe dovuto procedersi all'esclusione della ricorrente, intestataria di precedenti rapporti contrattuali con l'Istituto, peraltro ancora in essere, tutti caratterizzati dal medesimo oggetto. Tale situazione avrebbe dato luogo ad una significativa asimmetria informativa a favore della precedente affidataria, la quale avrebbe così goduto della possibilità di modulare l'offerta in funzione della conoscenza dei dati economici e tecnici del servizio, già concretamente espletato. I restanti soggetti economici, invitati a partecipare alla procedura, si sarebbero quindi trovati in una condizione di significativo svantaggio, tale da determinare una cospicua lesione dei principi di libera concorrenza, di iniziativa economica e di pari accesso all'offerta contrattuale della pubblica amministrazione.

Avverso il provvedimento sin qui descritto, insorge la ricorrente, proponendo i seguenti motivi:

1) *illegittimità per violazione di legge ed errore di fatto e di presupposto - Errata applicazione della previsione di cui all'art. 36, D. Lgs. 50 del 2016 - Difetto di*

motivazione: il ricorso al principio di rotazione degli inviti costituirebbe una mera facoltà per l'Amministrazione, la quale potrebbe avvalersene escludendo, a tutela della *par condicio* tra le imprese partecipanti, quei soggetti che siano (o siano stati) titolari di un rapporto contrattuale ovvero, nel caso di specie, di concessione riguardante il medesimo servizio, oggetto della procedura. La rotazione potrebbe quindi essere disposta soltanto allorché tale servizio possieda le stesse caratteristiche, in termini soggettivi, quantitativi e qualitativi, nonché la stessa durata di quello già assegnato all'impresa uscente, destinataria del provvedimento di esclusione. La parte ricorrente, tuttavia, evidenzia che l'oggetto della procedura diverge dagli affidamenti in essere, innanzitutto sotto il profilo soggettivo, in quanto solo il servizio presso le sedi di Pordenone e Spilimbergo erano state disposte dall'INPS mentre, nelle altre sedi (Monfalcone e Gorizia), il rapporto era stato intrattenuto con il CRAL aziendale. Sottolinea inoltre che l'affidamento riguarda i ventuno distributori collocati in tutte le sedi dell'Istituto, all'interno della regione, mentre il servizio svolto presso gli uffici di Pordenone e Spilimbergo (le uniche oggetto di affidamento), ha contemplato la gestione di appena sette apparecchiature. Verrebbe quindi meno l'identità tra il servizio oggetto della procedura e quello svolto dalla ricorrente, la quale non potrebbe pertanto essere qualificata come "*gestore uscente*" e per ciò non essere invitata a partecipare alla gara;

2) *manifesta ingiustizia per eccesso di potere - Irragionevolezza, illogicità, disparità di trattamento:* l'Amministrazione avrebbe applicato il richiamato principio di rotazione nei confronti della ricorrente, consentendo invece la partecipazione della controinteressata C.D.A. di Cattelan S.r.l., la quale, peraltro, si sarebbe trovata in una situazione analoga, avendo anch'essa gestito distributori di alimenti e bevande presso una sede dell'Istituto. Si sostiene come, invitando l'impresa controinteressata, l'Amministrazione abbia nella sostanza dimostrato di disattendere essa stessa l'affermato

principio di rotazione, contraddittoriamente applicato nei confronti della sola ricorrente, mediante l'introduzione di una regola singolare che, pena la disparità di trattamento, non potrebbe trovare ingresso nella procedura e non potrebbe quindi sorreggere l'esclusione oggetto dell'impugnativa. Osserva infine la ricorrente come l'ammissione dell'impresa C.D.A. dimostri, semmai, che non sussistono, nel caso in esame, i presupposti per la disposta rotazione, e rileva in particolare che, stante la dilatazione dell'oggetto della gara (che per la prima volta comprende tutte le sedi regionali) e l'ampiezza del novero delle ditte invitate (TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981), il coinvolgimento dei concessionari uscenti appare semmai rafforzare l'osservanza del principio di effettiva concorrenza, principio che risulterebbe invece violato proprio dall'ingiustificata esclusione del solo Gruppo Illiria;

3) *Illegittimità degli atti di gara – Mancata indicazione del valore della concessione*: ai sensi dell'art. 167 del D. Lgs. n. 50 del 2016, gli atti di gara si rivelerebbero illegittimi stante la mancata indicazione del fatturato della concessione.

2. Si costituivano l'INPS e la controinteressata C.D.A. di Cattelan S.r.l., i quali insistevano per la reiezione del ricorso.

Da ultimo, nella camera di consiglio del 3 maggio 2018, la parte ricorrente, da un lato, precisava che le tesi e le argomentazioni spese nel secondo motivo di ricorso non sono da intendersi a contestazione dell'ammissione della ditta C.D.A. e della legittimità del suo invito e, dall'altro lato, rinunciava al terzo motivo di ricorso.

3. L'impugnazione è manifestamente fondata e, come tale, merita accoglimento nei termini che saranno di seguito delineati.

I due motivi di censura, entrambi suscettibili di accoglimento, possono essere trattati congiuntamente, in quanto strettamente connessi e complementari, specie alla luce del chiarimento offerto dalla difesa della ricorrente nell'udienza del 3 maggio 2018.

Viene contestato il mancato invito alla procedura negoziata per la concessione biennale del servizio di somministrazione bevande e merende a favore dei dipendenti dell'Istituto nelle varie sedi dislocate all'interno del territorio regionale.

La ricorrente rileva, in particolare, che non sussisterebbero nei propri confronti i presupposti per l'applicazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti (primo motivo) e che, in ogni caso, detto principio non sarebbe stato applicato ad altra ditta, anch'essa precedente affidataria, sicché esso andrebbe disatteso, considerato che l'ampliamento dell'oggetto della gara, la quale riguarda tutte le sedi dell'Istituto e non alcune soltanto, l'elevato numero dei partecipanti garantirebbero di per sé l'imparzialità e la trasparenza della procedura (secondo motivo).

3.1 Deve essere innanzitutto considerato, in proposito, che ai sensi dell'art. 36, 1° comma, D. Lgs. n. 50 del 2016, l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 avvengono nel 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"*.

La norma, com'è noto, persegue l'esigenza di evitare il consolidarsi nel tempo di rendite di posizione in capo al gestore uscente, che potrebbe godere, nella gara successiva, di un'indebita posizione di vantaggio, derivante dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento. La giurisprudenza, ormai unanime, sottolinea inoltre che tale effetto, favorevole all'impresa uscente, potrebbe verificarsi soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato, e precisa che, in siffatti contesti, andrebbe tendenzialmente escluso l'invito a partecipare alla procedura rivolto al soggetto titolare del precedente rapporto contrattuale (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4125 del 2017), onde consentire una più equilibrata distribuzione temporale delle prospettive di aggiudicazione a favore delle

imprese qualificate.

Va però osservato che il richiamo al principio di rotazione richiede pur sempre che l'oggetto della procedura possieda le stesse caratteristiche in termini soggettivi, quantitativi e qualitativi, del servizio già assegnato al soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, il quale potrebbe essere connotato come impresa uscente, solo in ragione di tali presupposti fattuali,

In altri termini, l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, 1° comma, D. Lgs. n. 50 del 2016, proprio perché rivolta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, è pur sempre condizionata al verificarsi di una specifica situazione di continuità degli affidamenti, tale per cui un identico servizio, una volta raggiunta la scadenza contrattuale, in seguito viene ciclicamente affidato mediante un nuova gara. La norma intende perciò evitare che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione del rapporto contrattuale scaduto, dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione.

Nella presente vicenda, tuttavia, non può essere ravvisata tale situazione di continuità.

Come si desume dagli atti di causa (cfr. in particolare l'"*avviso di indagine di mercato*" del 12 febbraio 2018, all. 3, fascicolo INPS), l'Istituto ha invero riunito, all'interno di un'unica procedura, la gestione di tutti i ventuno distributori collocati nelle sedi regionali, determinandosi a disporre l'affidamento ad un solo soggetto, così estinguendo la prassi, fino a quel momento seguita, caratterizzata da affidamenti singoli, per lo più ripartiti tra i diversi uffici locali.

Sotto questo profilo, del resto, la parte ricorrente ha condivisibilmente sottolineato che solo il servizio presso le sedi di Pordenone e Spilimbergo

era stato disposto dall'INPS, mentre, nelle altre sedi di Monfalcone e Gorizia, il rapporto era stato intrattenuto con il CRAL aziendale. Dal punto di vista quantitativo, si è inoltre fondatamente rilevato che se, da una parte, l'affidamento oggetto della presente procedura riguarda i ventuno distributori collocati in tutte le sedi regionali dell'Istituto, dall'altra parte, il servizio presso gli uffici di Pordenone e Spilimbergo riguardava solo sette apparecchiature, con la conseguenza che, per quanto sussista un evidente tratto comune (invero la gestione riguarda pur sempre distributori automatici di alimenti e bevande), va anche ravvisata una ben più significativa divergenza economica tra i precedenti affidamenti e quello oggetto della procedura (ad es. riguardo al numero delle installazioni, ai mezzi tecnici impiegati, alla fornitura di maggiori quantitativi di prodotti, alla diversa rete di assistenza, ecc.), tale da vanificare i presupposti applicativi richiesti dall'art. 36, 1° comma, D. Lgs. n. 50 del 2016.

Emerge, pertanto, una linea di discontinuità che si interpone tra le gestioni pregresse (sempre parziali e peraltro riferibili tanto alla ricorrente, quanto alla controinteressata) e la presente procedura, la quale, per i rilievi appena svolti, non costituisce la prosecuzione dei primi, così da precludere ogni interferenza con il principio di rotazione, evocato dall'Amministrazione, non potendosi in sostanza evidenziare alcuna potenziale lesione dei principi di concorrenza e di pari accesso alle possibilità di aggiudicazione dell'affidamento.

3.2 Conclusione, quest'ultima, che appare ulteriormente avvalorata quando solo si osservi che la dilatazione dell'oggetto della gara (che, come più volte evidenziato, solo per la prima volta comprende tutte le sedi regionali), la particolare ampiezza del novero delle ditte invitate (ben dieci) e la stessa durata dell'affidamento (contenuto in due anni) costituiscono elementi sufficienti a garantire una più che adeguata tutela al principio di effettiva concorrenza e di pari accesso alla procedura.

Alla luce di tali rilievi, deve essere pertanto considerato che l'esclusione del solo Gruppo Illiria, anche a fronte dell'ammissione della controinteressata, ossia di un soggetto che aveva pur sempre operato come gestore di distributori automatici presso le sedi dell'Istituto, si rivela inevitabilmente affetta da irragionevolezza, proprio perché di per sé non riconducibile alla necessità, perseguita dall'art. 36, D. Lgs. n. 50 del 2016, di promuovere il paritario accesso degli operatori economici agli affidamenti della pubblica amministrazione.

Devono dunque essere accolti il primo e il secondo motivo di ricorso, quest'ultimo come delimitato secondo la dichiarazione resa dalla parte in udienza, in quanto:

- a) non sussistono, nel caso in esame, i presupposti necessari ai fini dell'applicazione del principio di rotazione degli inviti, di cui all'art. 36, 1° comma, D. Lgs. n. 50 del 2016, non ricorrendone gli specifici requisiti fattuali e non potendosi, in particolare, qualificare a tal fine il Gruppo Illiria quale impresa uscente, stante la rilevata divergenza, sotto il profilo soggettivo e qualitativo, tra gli affidamenti pregressi e quello oggetto della presente procedura;
- b) le caratteristiche della procedura, connotata da una maggiore latitudine dell'oggetto del contratto, da un numero significativo di ditte invitate e dalla breve durata dell'affidamento, forniscono adeguata garanzia ai principi di libera concorrenza e di pari accesso a favore di tutti i potenziali offerenti, rendendo in tal modo del tutto irragionevole il mancato invito della ricorrente, trattandosi di misura *uti singuli*, del tutto eccessiva e sproporzionata rispetto alla tutela dei medesimi principi, invero già assicurata dalla specifica configurazione che l'Amministrazione ha impresso alla procedura.

Il ricorso, pertanto, deve essere accolto, in quanto manifestamente fondato, con conseguente annullamento dell'impugnata determinazione, con cui

veniva denegato l'invito, e della conseguente esclusione dalla procedura negoziata in esame.

Le spese possono essere compensate, considerata la rinuncia al terzo motivo di ricorso e la delimitazione del secondo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Nicola Bardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Nicola Bardino

IL PRESIDENTE

Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO