

Pubblicato il 04/09/2018

**N. 01322/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 00467/2018 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 la Puglia**

**Lecce - Sezione Prima**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 467 del 2018, proposto da

Società Informatica Tecnologica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Misserini, Giovanbattista Locafaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Misserini in Lecce, via Scarambone n. 56;

*contro*

Ministero della Difesa, Direzione di Commissariato M.M. di Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata ex lege in Lecce, piazza S. Oronzo;

*nei confronti*

F.A.N.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Prete, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della nota Prot. n. M\_D MCOMTA 0026273 del 10.04.2018, di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, disposto in favore della F.A.N.S. S.r.l., per l'affidamento del “*servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud – rif. Fascicolo 59/2018*”;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, sconosciuto nei suoi estremi, disposto in favore della F.A.N.S. S.r.l., per l'affidamento del “*servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud – rif. Fascicolo 59/2018*”;
- dell'eventuale provvedimento di ammissione alla gara disposto dalla Stazione appaltante in favore della F.A.N.S. S.r.l., sconosciuto nei suoi estremi e mai notificato e/o comunicato in via amministrativa e/o pubblicati sul profilo del committente;
- di tutti i verbali di gara redatti nell'espletamento della procedura di gara, mai notificati e/o comunicati in via amministrativa e/o pubblicati sul profilo del committente;
- dell'invito a presentare offerta alla controinteressata F.A.N.S. S.r.l., sconosciuto nei suoi estremi, avente ad oggetto “*convenzione per il servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud – rif. Fascicolo 59/2018*”;

NONCHÉ OVE NECESSARIO, E PER QUANTO DI INTERESSE

- della “*descrizione articoli cancelleria lotto unico*” allegato all'invito a presentare offerta;
- di ogni altro atto, presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di F.A.N.S. S.r.l. e di Direzione di Commissariato M.M. di Taranto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2018 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.I fatti oggetto della odierna controversia sono i seguenti.

La Direzione di Commissariato Militare Marittimo di Taranto, in data 22 febbraio 2018 ha avviato una procedura di acquisto in economia ai sensi degli artt.129 e ss. D.P.R. 15 novembre 2012 n.236, nonché dell'art. 36 del D.Lgs. 50/2016, avente ad oggetto una *“convenzione per il servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud”*.

Il criterio di selezione della procedura era quello del prezzo più basso, e l'importo a base d'asta è stato fissato in €. 134.426,23, al di sotto, dunque, della soglia comunitaria.

In esito della procedura, alla quale sono stati invitati a partecipare nr. 4379 operatori economici, tutti iscritti al portale denominato *“Acquisti in rete P.A.”*, la migliore offerta, tra le 11 pervenute, è risultata quella presentata dalla ditta F.A.N.S. s.r.l - contraente uscente in quanto aggiudicatario della stessa (fornitura) per l'anno 2017.

Con nota del 10 aprile 2018, la Stazione appaltante ha proceduto alla comunicazione del provvedimento di

aggiudicazione definitiva in favore della predetta F.A.N.S., avverso il quale insorge con l'odierna impugnativa la Società Informatica Tecnologica - S.I.T. s.r.l., seconda classificata con un ribasso del 39,75% a fronte di quello del 42% offerto dalla prima.

La ricorrente articola, avverso gli atti indicati in epigrafe, i seguenti motivi di diritto:

- Violazione e/o falsa applicazione articoli 30, 36, 42 e 34 D.Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 129 D.P.R. 236/2012. Violazione e/o falsa applicazione art. 1 L. n. 241/90. Violazione e/o falsa applicazione art. 3 L. 241/90. Violazione e/o falsa applicazione art. 97 Cost.. Eccesso di potere sotto diversi profili. Sviamento. Illogicità. Irragionevolezza. Contraddittorietà. Contrasto tra provvedimenti amministrativi. Ingiustizia manifesta. Motivazione incongrua, apparente, contraddittoria. Carezza di istruttoria. Violazione delle norme sul giusto procedimento.

In sintesi, l'esponente, nel contestare l'aggiudicazione, assume la palese violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 comma 2 lett.b) del D.Lgs. 50/2016, essendo stato invitato a presentare la propria offerta anche il gestore uscente.

Lamenta, altresì, il grave vizio di motivazione dei provvedimenti impugnati, nei quali non vi sarebbe alcun riferimento alle ragioni che avrebbero portato l'Amministrazione a ritenere di non poter prescindere dall'invito all'appaltatore uscente.

Chiede, quindi, in via principale l'annullamento degli atti gravati, il subentro nell'aggiudicazione, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato, e, in via subordinata, il risarcimento per equivalente.

Si sono costituiti il Ministero della Difesa e la controinteressata F.A.N. S. srl, chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

In particolare, in via preliminare, l'aggiudicataria eccepisce l'inammissibilità del ricorso in esame, tardivo in ragione di

quanto disposto dall'art. 120 comma 2 bis, essendo stato notificato oltre il termine di 30 gg. da quello di pubblicazione sul Portale Acquisti in rete PA della graduatoria.

Nel merito, le parti resistenti hanno evidenziato che *“a ben esaminare, l'indagine di mercato effettuata dalla Stazione Appaltante, con invito rivolto a n. 4379 operatori economici con sede legale in tutta Italia, appartenenti alla categoria merceologica “BENI/Cancelleria, Carta, Consumabili e Prodotti per il restauro” è di fatto da considerarsi quale procedura aperta ex. art. 60 del D.Lgs. 50/2016”*.

Con decreto monocratico n. 221/2018 del 4 maggio 2018, è stata accolta l'istanza cautelare e sospesa l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione fino alla trattazione della stessa nella sua naturale sede collegiale.

Quindi, con ordinanza cautelare n. 247/2018 del successivo 23 maggio 2018, in continuità con il predetto decreto, è stata confermata la sospensione del provvedimento impugnato, avendo ritenuto il Collegio, all'esito della sommaria delibazione propria della fase cautelare, che il principio di rotazione di cui al Codice dei Contratti non fosse stato rispettato dall'Amministrazione precedente.

Tutte le parti hanno depositato ampie memorie difensive.

All'udienza pubblica del 18 luglio 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Preliminarmente, deve essere scrutinata l'eccezione di tardività sollevata dalle parti resistenti quanto alla censura di mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara.

Giova premettere il quadro normativo che regola la fattispecie de qua, per come posto dal codice del processo amministrativo e dal codice dei contratti.

Ai sensi dell'art. 120 comma 2-bis del C.P.A., invero, *“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel*

*termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività".*

L'art. 29 del Codice Contratti prescrive, al comma 1, che *"Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali"...* *"il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120 comma 2 bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione".*

Queste le norme.

Ben è a conoscenza la Sezione che è stato posto innanzi alla Corte di giustizia il quesito se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (con particolare riferimento agli art.

6 e 13 Cedu, all'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all' art. 1 della direttiva 89/665/Cee )  
osti ad una normativa nazionale, quale l' art. 120, comma 2 bis, cod. proc. Amm., che impone all'operatore che  
partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione o la mancata esclusione di un altro soggetto entro il  
termine di trenta giorni alla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione o l'esclusione dei  
partecipanti.

Ritiene tuttavia il Collegio di poter procedere nel giudizio in esame, stante l'infondatezza della eccezione sollevata nel  
caso di specie.

Invero, la disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., come introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, prevede  
espresamente ed inequivocabilmente che il *dies a quo* per proporre tale particolare impugnativa decorra dalla  
pubblicazione del provvedimento che determina esclusioni /ammissioni sul profilo della Stazione Appaltante.

Stante la specialità di una simile previsione, essa inevitabilmente è destinata a prevalere su ogni altra previsione o  
applicazione di tipo giurisprudenziale. In particolare, l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. è derogatorio dei principi  
tradizionalmente ricevuti e, prevedendo un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti, deve  
ritenersi di stretta interpretazione.

Si ritiene, quindi, di aderire all'orientamento giurisprudenziale in forza del quale tale norma non può trovare diretta e  
testuale applicazione nel caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione  
Appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici (*ex plurimis*: Consiglio di Stato, n. 4994/2016;  
T.A.R. Basilicata, n. 24/2017; TAR Pescara n. 252/2017; T.A.R. Toscana n. 239/2017; T.A.R. Puglia, n. 340/2017; Tar  
Napoli n. 4689/2017; T.A.R. Roma n. 8704/2017; Tar Puglia 1887/2017).

Orbene, dalla documentazione versata in atti, emerge che il Ministero della Difesa non ha provveduto a pubblicare

alcun formale provvedimento di ammissione alla gara sul profilo del committente, con conseguenziale inapplicabilità del rito super accelerato ex art. 120, comma 2 bis c.p.a..

Pertanto, l'eccezione di tardività sollevata dalla controinteressata deve essere dichiarata infondata.

3. Nel merito, il ricorso deve essere accolto.

Con il primo motivo, l'esponente deduce l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione che, avendo esperito una procedura ristretta in economia ex articoli 129 e ss. del D.P.R. 236/2012 ed ex art. 36 del D.Lgs. 50/2016, non avrebbe dovuto invitare alla gara in esame la F.A.N.S. srl perché gestore uscente della medesima fornitura medio tempore eseguita in favore della stessa Stazione Appaltante, in applicazione del principio della "rotazione" nella aggiudicazione delle forniture sotto soglia di cui agli artt. 30 e 36 del D.Lgs. 50/2016.

Con la seconda censura, che, per ragioni di sinteticità può essere esaminata congiuntamente alla prima, lamenta il vizio di motivazione del provvedimento aggiudicato che non conterrebbe alcun riferimento alle ragioni che avrebbero portato l'Amministrazione a ritenere di non poter prescindere dall'invito all'appaltatore uscente.

Controdeducono le resistenti che l'indagine di mercato effettuata dalla Stazione Appaltante, con invito rivolto a n. 4379 operatori economici con sede legale in tutta Italia, sarebbe "di fatto" da considerarsi quale procedura aperta ex art. 60 del D.Lgs. 50/2016", e, conseguentemente, il principio di rotazione non troverebbe applicazione.

4. Le censure di parte ricorrente sono fondate per le ragioni che si vengono ad illustrare.

Per i contratti sotto soglia, l'art. 36, comma 1 e comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che l'affidamento deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese.

Secondo orientamento consolidato, cui non sussistono ragioni per discostarsi, sussiste l'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), conseguentemente l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (*ex multis*: TAR Roma n. 1115/2018; TAR Venezia n. 320/2018; TAR Catanzaro n. 1007/2018).

In proposito, ha precisato la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che il principio di rotazione deve essere inteso in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia", al fine di tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (si vedano, tra le tante: C. di St. 2079/2018; C. di St. 5854/2017).

Recependo il convincimento dei giudici di Palazzo Spada, l'Anac, con le Linee Guida n. 4 del 2016, aggiornate al correttivo del 2017, ha confermato l'obbligo di applicazione del principio in esame e la possibilità di reinvio del gestore uscente solo con una motivazione in grado di dimostrare le particolari condizioni di mercato che giustificano la deroga, sostenute dall'esecuzione senza criticità del lavoro, servizio o fornitura gestiti in precedenza e dalla dimostrazione della competitività in termini di prezzo dell'operatore economico.

L'Anac ha ammesso, comunque, che la rotazione possa non essere applicata quando il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale esposto, deriva che, per evitare la contaminazione e l'elusione del principio di rotazione, la partecipazione del gestore uscente deve essere strettamente avvinta alla concorrenzialità pura.

Orbene, nella fattispecie in esame, l'Amministrazione ha formalmente – e sostanzialmente - esperito una procedura ristretta in economia ex articoli 129 e ss. del D.P.R. 236/2012 ed ex art. 36 del D.Lgs. 50/2016: ha infatti proceduto tramite invito ad offrire, formulato, peraltro acriticamente, a tutti gli operatori economici iscritti al portale denominato “*Acquisti in rete P.A.*”.

Di fatto, i non iscritti a detto portale non hanno potuto partecipare alla procedura in esame.

Non si sono realizzati, dunque, i presupposti per la configurabilità della concorrenzialità pura, tutelata anche a livello comunitario.

Né può trarre in inganno l'elevato numero degli inviti, rivolti, come detto, acriticamente a tutti gli iscritti all'elenco (oltre 4.000 società), a prescindere dall'oggetto sociale di ciascuno di essi. Tanto è vero che sono pervenute solamente 11 offerte.

Ritiene il collegio che l'esigenza della tutela della concorrenza non possa essere surrogata invitando un cospicuo numero di operatori sociali, molti dei quali svolgono tutt'altra attività rispetto a quella oggetto della procedura.

Né è dato rinvenire negli atti della procedura in esame una puntuale e rigorosa motivazione da parte della Stazione appaltante in ordine alla scelta di invitare il gestore uscente che, in realtà, manca del tutto e che, invece, è ritenuta necessaria dalla giurisprudenza, pacifica sul punto, trattandosi di deroga ad un principio generale.

5. Alla luce delle superiori considerazioni, entrambi i motivi di diritto articolati dalla Società Informatica Tecnologica srl devono essere ritenuti fondati e dunque accolti.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto ed i provvedimenti impugnati annullati.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese tra la parte ricorrente e la controinteressata, mentre seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo per l'Amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere le spese di lite in favore della società ricorrente in persona del legale rappresentante pro tempore che si liquidano in complessivi €. 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge.

Spese legali compensate tra la ricorrente e la controinteressata.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Francesca Ferrazzoli**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonio Pasca**

## IL SEGRETARIO