

Pubblicato il 31/10/2019

N. 00263/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00177/2019 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 Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 177 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

Comune di Bolzano, in persona del legale Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Gudrun Agostini, Alessandra Merini e
Bianca Maria Giudiceandrea, domiciliato presso l'Avvocatura del Comune in
Bolzano, vicolo Gumer, 7;

nei confronti

Mock S.a.s. di Dietmar Mock & Co., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Deflorian e Isabel
Brunner, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 5990 del 22.8.2019, comunicata con nota prot.n. 0167851/2019 del 9.9.2019, con cui il Comune di Bolzano ha aggiudicato la procedura negoziata per la manutenzione degli automezzi ex artt. 36, comma 2, lett. B), e 95 del d.lgs 50/2016 (procedura n. 046323/2019 lotto 1- CIG 7982199EF), di proprietà del Servizio Giardineria del Comune, per gli anni 2019-2020-2021, in favore della società aggiudicataria controinteressata;
- della comunicazione inoltrata a mezzo pec del 20.9.2019, della graduatoria dei risultati intermedi della gara, nonché di tutti gli atti di gara, laddove è stata invitata ad offrire ed ammessa a partecipare alla gara l'odierna controinteressata, nonché della graduatoria finale, nella parte in cui non contempla al primo posto il Consorzio ricorrente e di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, anche non conosciuto;
- della nota prot. n. 167955/2019 del 9.9.2019 di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione inviata dal legale del Consorzio il 3.9.2019;

e per la conseguente condanna della Stazione Appaltante, in via principale, all'aggiudicazione del servizio al Consorzio ricorrente, ovvero, in subordine, per equivalente monetario dei danni subiti dal ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bolzano e della Mock S.a.s. di Dietmar Mock & Co.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2019 la dott.ssa Edith Engl e uditi per le parti i difensori S. Bonagura, in sostituzione di B. Bari, per la parte ricorrente, B.M. Giudiceandrea per il Comune di Bolzano e I. Brunner per la ditta Mock S.a.s.;

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

La società ricorrente - collocatasi seconda nella graduatoria finale redatta all'esito della procedura indetta con determina n. 4787 del 23.5.2019 dal Comune di Bolzano per l'affidamento, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di manutenzione degli automezzi (lotto 1 e 2) del servizio di giardineria per il triennio 2019-2021 - con ricorso notificato il 3 ottobre 2019, impugna la determina dirigenziale n. 5990 del 22.8.2019 relativa all'aggiudicazione definitiva del lotto 1 in favore della Mock SAS di Dietmar Mock & C., sostenendone l'illegittimità per violazione del principio di rotazione stabilito al citato art. 36, in relazione all'omessa esclusione dalla relativa procedura dell'aggiudicataria, in quanto gestore uscente presso la stazione appaltante del medesimo servizio di manutenzione.

La ricorrente chiede, dunque, l'annullamento di tale atto e, per l'effetto, la conseguente aggiudicazione in proprio favore.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione resistente nonché la controinteressata, eccependo entrambi l'infondatezza del ricorso.

Alla Camera di consiglio del 22 ottobre 2019 fissata per l'esame dell'istanza cautelare la causa, avvisate le parti, è stata trattenuta in decisione ai fini della sua definizione in forma semplificata.

Il ricorso è infondato.

Appare, infatti, non meritevole di accoglimento l'unica censura proposta da parte ricorrente, con cui deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della controinteressata (gestore uscente), per mancato rispetto del principio di rotazione degli affidamenti, stabilito per i contratti sotto soglia al citato art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, nonché per difetto di motivazione, rispetto alla scelta del contraente uscente, dovendosi tale principio intendersi non già nel senso (auspicato da parte ricorrente) di dover escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, bensì, soltanto, di non favorirlo, altrimenti risolvendosi esso in una causa di esclusione dalle gare, oltre che non codificata, in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è, invece, imperniato tutto il sistema degli appalti.

Il Collegio ritiene di accogliere la tesi sostenuta dal Comune e dalla controinteressata, richiamando la condivisibile giurisprudenza citata dalle predetti parti, la quale ha chiarito che “alla luce dell’orientamento espresso dall’Autorità Nazionale Anticorruzione (punto 3.6 della delibera n. 206 del 1° marzo 2018, Aggiornamento al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 delle Linee guida n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recanti: «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»), la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Ed invero, allorquando la stazione appaltante apre al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un’offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un’Amministrazione, ma significa non favorirlo”.

Orbene, nel caso in esame, risulta dall’art. 9 dell’avviso dell’indagine di mercato che l’invito a partecipare alla gara era esteso a tutti coloro che avessero manifestato interesse, purchè fossero in possesso dei prescritti requisiti. La stazione appaltante stabilendo di invitare alla successiva procedura tutti gli operatori che avevano manifestato interesse nell’ambito dell’indagine esplorativa ha effettivamente aperto al mercato in termini di concorrenza pura. Tale circostanza determina la non operatività del principio di rotazione.

Né può essere favorevolmente apprezzata la tesi della ricorrente laddove assume un onere motivazionale in relazione all’invito a partecipare alla

procedura negoziata rivolto anche all'operatore "uscente" o in relazione all'aggiudicazione al medesimo della commessa. Un simile onere rileva infatti nel solo caso di deroga al principio di rotazione quando si tratti di procedura ristretta, non sussiste invece, in presenza di una procedura – come nel presente caso – aperta al mercato, rispetto alla quale il principio di rotazione non trova applicazione.

Alla luce del sopra richiamato orientamento e in assenza, nella *lex specialis*, di limitazioni in ordine al numero di partecipanti alla procedura, la censura relativa alla violazione del principio di rotazione deve ritenersi infondata.

In conclusione, la domanda di annullamento di cui al presente ricorso deve essere respinta perché infondata. Va altresì respinta la domanda con la quale la società ricorrente ha chiesto la condanna della parte resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara o per equivalente economico.

Ed invero, il mancato accoglimento della domanda di annullamento degli atti avversati determina, in via consequenziale, il rigetto della domanda di risarcimento.

Sussistono, comunque, giusti motivi - stante il non univoco orientamento giurisprudenziale sulla questione - per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in ogni sua domanda.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Alda Dellantonio, Presidente

Margit Falk Ebner, Consigliere

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere

Edith Engl, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Edith Engl

IL PRESIDENTE

Alda Dellantonio

IL SEGRETARIO