Pubblicato il 31/07/2023

N. 00649/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00355/2023 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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 355 del 2023, proposto da

Grande Albergo Miramare S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9805884776, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Pallottino, Laura Sommaruga e Claudio Antonio Crocè, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa-Brigata Meccanizzata "Aosta", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria *ex lege* in Reggio Calabria, via del Plebiscito n. 15;

nei confronti

A.C. 1931 S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

-del verbale 16 giugno 2023 n. 122 di reg., con cui il Ministero della Difesa–Comando Brigata Meccanizzata "Aosta"–Direzione di Intendenza ha escluso Grande Albergo Miramare S.p.A. dall'invito alle successive fasi di gara nell'ambito della procedura ristretta ex art. 61 del D.lgs. 50/2016 per l'approvvigionamento "*dei servizi alberghieri e di ristorazione per il personale militare dell'Esercito in servizio di ordine pubblico fuori sede nell'ambito dell'operazione denominata "Strade Sicure", nonché per il personale dell'A.M. in attività di controllo ispettivo, manutenzione materiali e mezzi e di temporaneo avvicendamento*" da svolgersi nella città di Reggio Calabria (CIG 9805884776), nonché di ogni atto ad esso presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa-Brigata Meccanizzata "Aosta";
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che con ricorso notificato e depositato nelle forme e nei termini di legge Grande Albergo Miramare S.p.a. (d'ora in avanti, GAM) espone:
- che con bando di gara pubblicato in data 10.05.2023 sulla G.U.U.E. e sulla G.U.R.I. il Ministero della Difesa-Comando Brigata Meccanizzata "Aosta" (d'ora in avanti, solo Ministero della Difesa) ha indetto una procedura ristretta *ex* art. 61 D.lgs. n. 50/2016 per l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto il servizio di "*approvvigionamento dei servizi alberghieri e di ristorazione per il personale militare dell'Esercito in servizio di ordine pubblico fuori sede nell'ambito dell'operazione denominata "Strade Sicure*";
- che il valore dell'appalto in questione, avente la durata di un anno, salvo opzioni e rinnovi, è di importo superiore alla soglia comunitaria;
- di aver presentato, quale attuale fornitore del servizio in regime di proroga tecnica, la domanda di partecipazione alla predetta procedura di gara, contendendosi, allo stato, l'affidamento con la società AC 1931 S.r.l. (d'ora in avanti, solo AC), unica altra ditta partecipante e anch'essa in attesa di essere invitata a formulare l'offerta;

- che con verbale del 16 giugno 2023 la stazione appaltante ha escluso GAM dall'invito alle successive fasi di gara per non incorrere nella violazione del principio di rotazione ovvero perché "*l'istanza di partecipazione della citata Società (Grande Albergo Miramare S.p.A.), non può essere valutata per il divieto di partecipazione del fornitore uscente imposto dalla normativa vigente nelle procedure negoziate*";

Rilevato che GAM contesta la legittimità dell'esclusione dalla gara per violazione degli artt. 30, 36, 61 e 63 D.lgs. n. 50/2016 e del principio di concorrenza, nonché per eccesso di potere sotto i profili del difetto e di contraddittorietà della motivazione, di carenza di istruttoria e di travisamento dei fatti, in quanto il principio di rotazione sarebbe stato erroneamente applicato nella procedura "ristretta" disciplinata dall'art. 61 D.lgs. n. 50/2016 (vigente *ratione temporis*), principio che invece troverebbe sicuro margine operativo esclusivamente nella procedura "negoziata";

Atteso che con decreto n. 119 del 26 giugno 2023 il Presidente del TAR ha accolto la domanda di misure cautelari urgenti, ritenendo *prima facie* l'esclusione di GAM contraddittoriamente motivata, nella parte in cui sembra far leva sull' "*obbligo di applicazione del principio di rotazione … ricavabile dal principio generale della libera concorrenzialità cui è informata l'intera disciplina degli appalti pubblici (art. 30, comma 1, d. Lgs n. 50 del 2016) che necessita di un rafforzamento di tutela nelle procedure negoziate*";

Rilevato che il Ministero della Difesa si è costituito con atto di mera forma in data 27.06.2023, invocando la reiezione del gravame, ampliando poi la difesa nel merito con memoria illustrativa deposita il 13.07.2023;

Rilevato che alla camera di consiglio del 19 luglio 2023 il Collegio, sentite le parti, ha trattenuto la causa in decisione;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 comma 5 c.p.a, essendo, tra l'altro, state rese edotte le parti di tale eventualità, come consta dal verbale d'udienza;

Rilevato che il presente giudizio verte intorno all'unica questione relativa all'applicabilità alla procedura "ristretta" di cui all'art. 61 D.lgs. n. 50/2016 del principio di rotazione;

Ritenuto che il ricorso è fondato, dovendo escludersi che il principio di rotazione debba trovare applicazione nell'ipotesi di una procedura ristretta indetta *ex* art. 61 D.lgs. n.

50/2016 per un appalto pacificamente "sopra soglia" (€ 6.264.372,00) e a valle della pubblicazione di un bando e/o di un avviso pubblico cui tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti sono stati in condizioni di poter partecipare;

Considerato che:

- la giurisprudenza amministrativa consolidata ha chiarito che "*l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture opera in relazione agli appalti cd. "sotto soglia" disciplinati dall'art- 36 del d.lgs. 50/2016 (v. Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125), nonché per le procedure negoziate senza bando, come è reso manifesto dall'art 63, comma 6, che espressamente menziona il principio di rotazione insieme agli altri principi (trasparenza, concorrenza) che devono ispirare tali procedure caratterizzate dall'assenza di una vera e propria procedura di gara. Il principio di rotazione, quindi, è applicabile esclusivamente in presenza di contratti sotto soglia in cui le procedure di gara sono particolarmente semplificate e in presenza di una procedura negoziata senza però la pubblicazione del bando"* (cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2018 n. 184);
- nel caso di specie, il Ministero ha indetto una procedura "ristretta" per aggiudicare un appalto "sopra soglia" e previa pubblicazione di un bando alla stregua di una norma (art. 61 D.lgs. n. 50/2016) nella quale il principio di rotazione non è testualmente invocato né come regola (come nelle procedure negoziate "sotto soglia" ex art. 36), né come eccezione (come in quelle negoziate, anche "sopra soglia", previste dall'art. 63 comma 6 quando non vi è la pubblicazione di un bando);

Evidenziato che:

- la procedura "ristretta" in discorso è una delle due procedure "ordinarie" di scelta del contraente definite dal codice dei contratti pubblici (l'altra è quella "aperta"), alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici sono abilitati a presentare un'offerta (art. 61 D.lgs. n. 50/2016 e ora art. 72 D.lgs. n. 36/2023);
- più nel dettaglio, essa si articola in due fasi: nella prima, la stazione appaltante rende nota la volontà di procedere all'affidamento di un determinato contratto e fornisce tutte le indicazioni e le informazioni necessarie alla presentazione dell'offerta; trattasi di una fase antecedente di selezione (o di "prequalifica"), propria della procedura ristretta impiegata per il "sopra soglia" e funzionale ad individuare i soggetti da invitare (qui predefiniti nel numero di sei; v. bando di gara punto n. II.2.9-doc. n. 2 di parte

ricorrente) a presentare l'offerta conformemente alle specifiche contrattuali dettate dalla *lex specialis*;

- il tratto distintivo rispetto alla procedura negoziata, a cui la P.A, come già spiegato, può ricorrere sia negli appalti "sotto soglia" (art. 36, co.2, D.lgs. n. 50/2016) che "sopra soglia" (art. 63 co. 6), è che nella procedura "ristretta" la stazione appaltante pubblica un avviso ovvero, come nella fattispecie per cui è causa, un bando al quale tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, compreso il gestore uscente, possono partecipare, auto-vincolandosi a non esercitare a monte la facoltà di scelta di quali operatori economici invitare, ma preferendo prima compulsare il mercato al fine di far emergere specifiche manifestazioni di interesse compatibili con la tipologia dei servizi, dei lavori e delle forniture da affidare. A questa opzione procedurale corrisponde il "diritto" di un operatore economico di partecipare a prescindere dalla eventuale qualità di appaltatore uscente, a maggior ragione se nessuna disposizione di gara ne prescrive espressamente il divieto;

- viceversa, quella negoziata, tipica del "sotto soglia", è una procedura di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro già selezionati o individuati attraverso un elenco o un albo e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto, rinunciando a rivolgersi prioritariamente ed "indistintamente" al mercato;

Ritenuto che:

- nelle procedure "sotto soglia" - e in quelle previste dall'art. 63 co. 6 "sopra soglia"- il principio di rotazione con la scandita regola operativa del divieto di invitare il precedente aggiudicatario nell'affidamento di nuove commesse, trae fondamento (di per sé non assoluto) nell'"*esigenza di evitare rendite di posizione in capo al gestore uscente*", *la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, e perseguire quindi "l'effettiva concorrenza", garantendo la "turnazione di diversi operatori" nella realizzazione del "medesimo servizio*" (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022 n.7794; 15 dicembre 2020, n. 8030; id., sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654; TAR Lazio, sez. I, 31 marzo 2023 n. 5555);

- il principio di rotazione, in ogni caso, "*non ha carattere assoluto, bensì relativo, dato che in caso contrario esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla*

procedura di gara; si tratta quindi di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza, che deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo" (v. TAR Catanzaro, 11 luglio 2023 n. 1019);

Atteso che, alla luce di tali premesse, la risoluzione dell'unica questione dedotta si focalizza sull'individuazione dell'esatta natura della procedura di selezione del contraente: se preceduta dall'individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti, essa va qualificata come procedura negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione (cfr. Cons. Stato sez. V, 22 febbraio 2021 n. 1515), principio motivatamente derogabile, allorché l'equilibrio concorrenziale possa ragionevolmente recedere innanzi alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento); se, invece, la gara risulta preceduta da un avviso aperto a tutti gli operatori, si è fuori dalle procedure negoziate, non deve applicarsi il principio di rotazione e non opera quindi alcun meccanismo preclusivo, capace di impedire al gestore uscente l'accesso alla procedura, con la conseguenza che, in tale diversa situazione, la partecipazione di quest'ultimo non costituisce deroga al suddetto principio e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell'Amministrazione (in tal senso, da ultimo, TAR Venezia, 26 marzo 2021 n. 389);

Ritenuto, pertanto, che nel caso di specie:

- la motivazione dell'esclusione di GAM, riportata nel verbale di gara impugnato, appare per un verso errata e, per altro contraddittoria:

i) errata, perché essendo prevalentemente riferita all'ambito degli appalti "sotto soglia", si traduce di fatto nell'aver inibito *a posteriori* la partecipazione di un operatore economico alla procedura di gara, senza che ciò fosse (e potesse essere) espressamente preannunciato nel bando;

ii) contraddittoria, perché, come già anticipato in sede cautelare monocratica, non si tratta di una procedura negoziata, in cui l'esigenza di effettiva concorrenzialità è più sentita anche a costo di sacrificare il contraente uscente, ma di una procedura "ristretta" (o, in altri termini, "spuria"), caratterizzata: a) da un iniziale meccanismo di apertura al mercato con la partecipazione di tutti gli operatori economici aventi potenzialmente le carte in regola per presentare un'offerta nel settore merceologico di riferimento, il che

esclude qualsiasi intervento dell'Amministrazione resistente nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura (cfr. Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3999) e b) da una successiva fase "negoziata" in cui dare sfogo al confronto concorrenziale tra gli operatori invitati dopo che hanno chiesto di poter partecipare alla gara;

- la procedura in questione non è riconducibile né ad una procedura negoziata *ex* art. 36 co.2 (essendo l'appalto "sopra soglia"), né ad una procedura negoziata *ex* art. 63 co. 6, in quanto il Ministero della Difesa ha pubblicato nelle forme dell'evidenza pubblica un bando di gara nella G.U.R.I. e nella G.U.E.E. per l'acquisizione delle domande di partecipazione, indifferentemente rivolto a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti indicati e contraddistinto dall'automatica ammissione dei soggetti che hanno manifestato l'interesse a partecipare alla successiva gara;

- con la pubblicazione del bando l'Amministrazione ha demandato al mercato l'individuazione dei soggetti interessati a presentare la propria offerta, essendo ammissibile che abbia poi manifestato interesse a partecipare anche il gestore uscente destinato a "competere" con altri eventuali concorrenti;

Ritenuto opportuno precisare inoltre che:

- anche il regime derogatorio di cui all'art. 2 D.L. n. 76/2020 richiama testualmente il principio di rotazione con riguardo alla sola procedura negoziata di cui al comma 3 e non alle procedure ordinarie (aperta e ristretta);

- il D.lgs. n. 50/2016 (art. 36) prevede espressamente l'applicazione del principio di rotazione con riguardo al settore dei "sotto soglia" anche a fronte dell'assenza di qualsiasi previsione al riguardo da parte delle direttive, mentre l'art. 63, pur menzionandolo espressamente, è la norma sulle procedure negoziate *tout-court* e non sulle "ristrette" di cui all'art. 61;

- l'art. 91 D.lgs. n. 50/2016, cui l'art. 61 co. 3 rinvia in un'ottica di semplificazione procedurale, non risulta applicato nella procedura in esame, laddove l'Amministrazione non ha in concreto ristretto i candidati che hanno presentato domanda a seguito del bando; ne consegue che la stazione appaltante non ha operato alcuna selezione discrezionale dei partecipanti, ma ha ammesso (come in una procedura aperta, alla

quale non è applicabile la rotazione) quelli che presentavano i requisiti pretesi dal bando, uscente compresa;

Considerato che:

- il principio di rotazione non discende espressamente dalle Direttive n. 2014/23 e n. 2014/24 e, pur consentendo una turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, va applicato secondo criteri di logicità, ragionevolezza e proporzionalità allorquando, come affermato dalla giurisprudenza "*non appare sussistere nella specie una significativa limitazione degli operatori economici invitati alla selezione, giacché la gara in considerazione, pur a mezzo della procedura negoziata, risulta conformata da un'ampia partecipazione, comprensiva di tutti gli operatori economici che avevano fatto domanda di ammissione alla previa procedura aperta (poi annullata) e di tutti i gestori attuali del servizio* (cfr. TAR Toscana, sez. I, n. 1667/2021);

- non si rinviene, a confutazione di quanto sostenuto nella memoria della difesa erariale, alcuna norma primaria o sub-primaria (Linea Guida ANAC) che imponga o semplicemente autorizzi la rotazione nelle procedure ristrette, siano esse "sopra soglia": gli inviti della procedura ristretta, come sì è visto sopra, conseguono ad un bando e non a scelte discrezionali della stazione appaltante, per cui non corrispondono ontologicamente agli "inviti" dell'art. 36; anzi, ANAC ha avuto modo di chiarire che "*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*" (Linee Guida n. 4, par. 3.6.). In effetti, se la pubblicazione del bando e/o dell'avviso assicura una trasparenza adeguata per consentire l'apertura al mercato e, quindi, la deroga al divieto di invito e affidamento al fornitore del servizio uscente, ciò vale indipendentemente dal tipo di procedura prescelta (indagine di mercato con sollecitazione di manifestazioni di interesse o pubblicazione di un avviso/bando per la presentazione di offerte);

Ritenuto che, in tale ottica, devono essere evitati approcci ermeneutici eccessivamente formalistici del principio di rotazione, destinati *praeter legem* compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa, laddove, come accade nel caso in esame, si

finirebbe per aggiudicare il servizio all'unico concorrente rimasto in gara, contravvenendo, non senza contraddizione, proprio al principio di concorrenza assunto come postulato della tesi di parte resistente;

Ritenuto, alla stregua delle ragioni suesposte, che:

- la decisione dell'Amministrazione resistente di escludere GAM per violazione del principio di rotazione non è, dunque, conforme a legge;
- il ricorso è fondato con conseguente annullamento *in parte qua* del verbale del 16.06.2023 ed immediata riammissione della ricorrente all'ulteriore fase della gara in cui dovrà essere invitata a presentare l'offerta;

Ritenuto che le spese seguono e soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo, mentre possono essere dichiarate non ripetibili nei confronti della controinteressata AC non costituita in giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, ordinando all'Amministrazione statale resistente l'immediata riammissione della società ricorrente alla successiva fase della procedura di gara in cui dovrà essere invitata a presentare l'offerta.

Condanna l'Amministrazione statale resistente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori come per legge e al rimborso del contributo unificato, mentre le dichiara non ripetibili nei confronti della controinteressata non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario

Andrea De Col, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Andrea De Col

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO