

TAR Sicilia – Catania, Sezione Seconda, Sentenza n. 2476 del 8 luglio 2024

Appalti di servizi – Principio di rotazione – Concorrente legato all'affidatario uscente per vincoli societari e familiari – Esclusione

Pubblicato il 08/07/2024

N. 02476/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00078/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 78 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto, in relazione alla procedura CIG (...), da (...) S.r.l. con socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione (...), Assessorato (...), (...), (...), (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

degli atti indicati nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione (...), Assessorato (...), (...), (...), (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2024 la dott.ssa Cristina Consoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Nel ricorso si rappresenta, in punto di fatto, quanto segue: a) la ricorrente (...) S.r.l. è risultata aggiudicataria della procedura negoziata indetta con determina a contrarre in data 2 luglio 2023 per l'affidamento del servizio di pulizia della sede del Museo regionale interdisciplinare di (...) e del complesso demaniale Villa De Pasquale, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'importo stimato, per 365 giorni, di euro 95.393,43; b) alla procedura hanno partecipato, delle cinque imprese invitate, solo la ricorrente e la controinteressata (...) S.r.l., che si è posizionata al secondo posto della graduatoria; c) la controinteressata non ha impugnato in via giurisdizionale l'aggiudicazione, ma ha chiesto all'A.N.A.C. un parere di precontenzioso, rilevando che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa per manifesta carenza dei requisiti di partecipazione alla procedura previsti nel disciplinare di gara; d) in particolare, la controinteressata ha posto all'A.N.A.C. le seguenti questioni: 1) se una società neo-costituita, non autonomamente in possesso del requisito di idoneità professionale dell'iscrizione nel registro delle imprese con appartenenza almeno alla fascia di classificazione richiesta dal bando, debba essere esclusa dalla procedura; 2) se il requisito di idoneità professionale possa essere oggetto di avvalimento, limitatamente alla fascia di classificazione, oppure se sia precluso l'avvalimento anche solo per la maggiore fascia di iscrizione;

3) se, in subordine, non costituisca elusione del principio di rotazione e del generale divieto di abuso del diritto la partecipazione alla gara secondo le seguenti modalità: l'operatore economico invitato è un'impresa neocostituita, interamente posseduta e amministrata da un soggetto socio del gestore uscente, nonché legata da vincoli familiari con l'altro socio ed amministratore unico di tale seconda società; -l'offerta tecnica replica in larga parte i contenuti dell'offerta presentata dal gestore uscente nella precedente procedura; -l'operatore economico faccia interamente affidamento sui requisiti e sulle capacità del gestore uscente, tramite avalimento; e) l'A.N.A.C, con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 567 in data 6 dicembre 2023, ha condiviso (soltanto) la terza questione, ritenendo che costituisca un'elusione fraudolenta del meccanismo di rotazione (cfr. art. 49, comma 2, decreto legislativo n. 36/2023: “ *In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi*”) l'invito (senza giustificazione) e l'aggiudicazione ad un operatore legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, nonché detentore di quota di capitale sociale dell'impresa precedentemente aggiudicataria, posto che la pluralità di tali indizi induce a ritenere che vi sia stato un accordo tra le due società per eludere la rotazione.

Con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente ha, quindi, impugnato: a) la nota del (...) n. 9659 in data 28 dicembre 2023, con cui la stazione appaltante ha dichiarato di avere dato seguito alla delibera del Consiglio di A.N.A.C. n. 567 in data 6 dicembre 2023, relativa al procedimento di precontenzioso riferito all'appalto di cui in oggetto, comunicando che entro i successivi trenta giorni avrebbe adottato un provvedimento di adeguamento al parere; b) il menzionato parere precontenzioso reso dall'A.N.A.C. con la citata delibera sulle questioni poste dalla controinteressata, nella parte in cui l'Autorità si è espressa

favorevolmente sulla terza contestazione, formulata in via subordinata.

Nel costituirsi in giudizio, la controinteressata ha osservato quanto segue: a) allo stato difetta un provvedimento autonomamente impugnabile; b) ad ogni buon conto, ai sensi degli artt. 14, primo comma, 133, primo comma, lettera l, e 135, primo comma, lettera c, c.p.a., le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati da A.N.A.C. sono devolute alla competenza funzionale inderogabile del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

Mediante motivi aggiunti depositati in data 15 marzo 2024 la ricorrente ha impugnato: a) la nota del (...) n. 1711 in data 7 marzo 2024, con cui è stato comunicato che la commissione di gara aveva disposto l'esclusione della ricorrente sulla base del parere precontenzioso di A.N.A.C.; b) i verbali di gara in data 7 febbraio 2024 e 4 marzo 2024.

Mediante secondi motivi aggiunti depositati in data 5 aprile 2024 la ricorrente ha impugnato il provvedimento del (...) n. 2182 del 28 marzo 2024 con cui l'Amministrazione ha disposto il recesso dal contratto di appalto.

Con il citato provvedimento n. 1711 in data 7 marzo 2024 il (...) ha, altresì, comunicato alla controinteressata (...) S.r.l. la sua esclusione dalla procedura, sulla base di ritenute violazioni tributarie definitivamente accertate, e l'A.N.A.C., alla quale la controinteressata ha richiesto apposito parere, non ha condiviso l'operato della stazione appaltante, che, tuttavia, con provvedimento n. 0003992 in data 6 giugno 2024 (allo stato non impugnato), ha deciso di non adeguarsi al parere di precontenzioso.

I motivi di contestazione avverso gli atti impugnati con il ricorso introduttivo e con quelli integrativi sono, in sintesi, i seguenti: a) il principio di rotazione 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; b) la rotazione deve, quindi, essere intesa “*non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione*”, ma solo nel senso “*di non favorirlo, risolvendosi*”

altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza” (Cons. Stato n. 2654/2020), come nel caso di specie, in cui l’applicazione del principio di rotazione avrebbe l’effetto di vincolare la stazione appaltante ad accettare l’unica offerta rimasta in gara; c) sussiste, in ogni caso, la possibilità di derogare al principio in esame, a norma del comma 4 dell’art. 49 del decreto legislativo n. 36/2023, data la struttura del mercato (tant’è che sono stati invitati solo cinque operatori), l’effettiva assenza di alternative possibili (che è dimostrata dalla circostanza che solo due imprese vi hanno partecipato) e, infine, l’assenza di contestazioni sull’esecuzione del precedente contratto da parte del gestore uscente; d) il divieto di invito del gestore uscente, secondo la giurisprudenza, anche di questo Tribunale (cfr. T.A.R. Catania, Sez. II, 15 giugno 2021, n. 1958), presuppone la sostanziale riconducibilità “soggettiva” dell’operatore invitato al precedente gestore e si riferisce alle sole situazioni di controllo “legale” di cui all’art. 2359 c.c.; e) ad ogni modo, gli “elementi indiziari” ritenuti rilevanti dall’A.N.A.C non consentono di giungere alla conclusione che si tratti, nel caso di specie, di un “unico centro decisionale”; f) l’A.N.A.C. ed anche l’Amministrazione, nell’adeguarsi al parere senza alcun ulteriore tipo di apprezzamento, hanno omissa la doverosa istruttoria e motivazione in ordine alla verifica dell’effettiva esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, tale da determinare un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte, e la stazione appaltante è giunta a dichiarare la gara deserta senza compiere alcuna valutazione, in violazione del principio del “risultato” del miglior soddisfacimento dell’interesse pubblico (cfr. art. 1 decreto legislativo n. 36/2023), cui, invece, la procedura di gara deve tendere; g) la stazione appaltante ha applicato l’art. 95, comma 1, lett. d, decreto legislativo n. 36/2023, il quale include, tra le cause di esclusione non automatica, la sussistenza di “*rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con gli operatori economici partecipanti alla stessa*

gara”; h) la commissione di gara, quindi, avrebbe dovuto compiere una propria autonoma valutazione, così come espressamente disposto dalla stazione appaltante, che, rinviando gli atti alla commissione, ha ordinato di svolgere la “...verifica ...con pieno potere di apprezzamento...”; i) tale autonomo apprezzamento è mancato, così come è mancato il contraddittorio dell’interessata, non avendo l’Amministrazione tenuto conto, nell’adozione del provvedimento di esclusione, delle osservazioni formulate nel procedimento dinanzi all’A.N.A.C. e nel ricorso introduttivo già proposto; l) non risponde al vero che la odierna società ricorrente sia stata costituita “ad hoc” per partecipare alla procedura in questione, perché ad essa preesisteva la ditta individuale “(...)” che operava da tempo in piena autonomia nello stesso settore; m) la circostanza che la nuova società abbia fatto ricorso all’avvalimento dei requisiti del gestore uscente non può avvalorare la tesi dell’esistenza di un unico centro decisionale, essendo consentito in siffatte ipotesi il ricorso all’avvalimento e stante la generale inapplicabilità del principio di rotazione al caso dell’avvalimento delle capacità del soggetto uscente; n) l’onere della prova del collegamento tra le imprese ricade sulla stazione appaltante e deve fondarsi su elementi di fatto univoci, desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (dal loro assetto interno, personale o societario -c.d. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (c.d. aspetto sostanziale); o) nel caso di specie, il fatto che l’amministratore della società ricorrente detenga il 30% delle quote del gestore uscente (...) S.r.l. e che lo stesso amministratore sia fratello (non convivente) dell’amministratore del gestore uscente non determina per ciò solo l’esistenza di un “unico centro decisionale”, né configura di per sé una situazione di collegamento o “relazione di fatto” tra le due società tale da far presumere l’unicità del centro decisionale; p) va, infatti, di contro, evidenziato che le due società hanno sedi sociali, residenza degli amministratori, recapiti telefonici, indirizzi di posta elettronica certificata ed utenze differenti.

Con memoria in data 11 giugno 2024 la ricorrente, nel ribadire le proprie difese,

ha, inoltre, replicato alle avverse eccezioni di rito, osservando quanto segue: a) il ricorso introduttivo, al momento della proposizione, era pienamente ammissibile, considerata la portata lesiva della nota impugnata e del parere di precontenzioso, come riconosciuto dalla giurisprudenza formatasi su vicende analoghe (cfr. T.A.R. Milano, Sez. IV, 31 ottobre 2023, n. 2548); b) il nuovo regolamento dell'A.N.A.C., all'articolo 14, prevede, infatti, che *“Il parere può essere impugnato dinanzi al Giudice Amministrativo, nei termini e ai sensi dell'art. 120 c.p.a.”*; c) sussiste la competenza di questo Tribunale, essendo stato impugnato il parere di precontenzioso unitamente all'atto con il quale l'Amministrazione ha dichiarato di aderire al parere.

La controinteressata, con memorie ritualmente depositate, ha contrastato le avverse difese ed ha, in particolare, evidenziato quanto segue: a) come risulta dalla relativa visura camerale, la società ricorrente ha dato avvio alla propria attività in data 4 agosto 2023, ossia il giorno stesso in cui ha ricevuto la richiesta di offerta sul MEPA per la procedura in questione; b) l'unico socio e legale rappresentante della società ricorrente è anche socio dell'impresa (...) S.r.l., gestore uscente del servizio, nonché fratello dell'altro socio e amministratore unico di tale ultima società; c) tramite una diversa impresa di tipo individuale, (...), i fratelli (...) avevano già gestito il servizio di pulizie presso il (...) nell'annualità 2020-2021, ricorrendo ad avvalimento da parte della società (...) S.r.l.; d) la relazione tecnica allegata all'offerta di (...) S.r.l. riproduce ampi stralci dell'offerta presentata da (...) S.r.l. nella precedente procedura di affidamento; e) in definitiva, i predetti soggetti, ormai da anni, gestiscono il servizio di pulizia presso il (...), tramite una serie di affidamenti disposti in favore di veicoli societari e imprese ad essi riconducibili: (...) S.r.l., l'impresa individuale (...) e, da ultimo, la neocostituita (...) S.r.l.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio con memoria di mera forma e in data 19 giugno 2024 ha depositato il provvedimento n. 0003992 in data 6 giugno 2024, allo stato non impugnato, con il quale ha deciso di non adeguarsi al parere A.N.A.C. che ha ritenuto illegittima l'esclusione della controinteressata (...)

S.r.l..

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Preliminarmente, va precisato che (...) S.r.l., originariamente controinteressata nel giudizio, è stata esclusa, in corso di causa, dalla procedura di gara; avverso l'esclusione e il provvedimento dell'Amministrazione n. 0003992 in data 6 giugno 2024 non risulta essere stata proposta impugnazione giudiziale, e, pertanto, allo stato la predetta concorrente non riveste più la posizione di controinteressata.

In via preliminare, va, inoltre, ritenuta la competenza funzionale di questo Tribunale e l'inammissibilità del ricorso introduttivo.

A norma dell'art. 220, comma 1, decreto legislativo n. 36/2023, l'Amministrazione che non intenda conformarsi al parere di precontenzioso comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'A.N.A.C.. Il parere di precontenzioso in argomento, quindi, ha carattere non vincolante per la stazione appaltante e non riveste effetti immediatamente lesivi della situazione giuridica soggettiva del concorrente, determinandosi la lesione per effetto dell'eventuale successivo provvedimento della stazione appaltante che si conformi al parere (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1621, pronunciatosi in merito al parere non vincolante dell'Autorità ai sensi dell'art. 211 decreto legislativo n. 50/2016, secondo cui il predetto parere, avendo carattere di manifestazione di giudizio, non presenta aspetti di autonoma lesività e non è, dunque, autonomamente impugnabile; cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2019, n. 1622, per il quale *“l'impugnazione del parere facoltativo è consentita unitamente al provvedimento conclusivo della stazione appaltante che ne abbia fatto applicazione”*). Ne deriva che, venendo in considerazione atti dell'A.N.A.C. inidonei a spiegare una efficacia immediatamente lesiva, la relativa impugnazione deve essere proposta avanti al Tribunale amministrativo regionale competente a conoscere della impugnazione degli atti consequenziali/applicativi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, ord. 22 marzo 2021, n. 2436, secondo cui *“non vale il richiamare la*

natura funzionale della competenza del Tribunale amministrativo per il Lazio sui provvedimenti dell'Anac ex art. 135, comma 1, lett. c), in relazione all'art. 133, comma 1, lett. l), Cod. proc. amm., atteso che funzionale, ex art. 14, comma 3, Cod. proc. amm., è anche la competenza del Tribunale amministrativo periferico rispetto a tutti i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture ex art. 119, comma 1, lett. a), Cod. proc. amm., incluso – ex art. 120, comma 1 e 5, Cod. proc. amm. – il bando di gara, e dunque anche il relativo provvedimento d'annullamento in autotutela; e tale competenza funzionale, così come non subisce la vis attrattiva di atti generali o normativi ex art. 13, comma 4-bis, Cod. proc. amm. (su tutte, cfr. Cons. Stato, V, 24 ottobre 2019, n. 7263), allo stesso modo non può essere derogata in virtù di un atto presupposto, privo di carattere generale o normativo (in specie, un parere a carattere non vincolante adottato in ordine a un quesito relativo a una specifica procedura di gara, e il cui richiamo nell'ambito di procedure affini non vale a mutarlo sic et simpliciter in atto di natura generale o normativa) pur soggetto a (diversa) competenza funzionale”).

Anche la nota del (...) n. 9659 in data 28 dicembre 2023, impugnata con il ricorso introduttivo, non riveste natura provvedimentoale, bensì di mera comunicazione, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 241/1990 (espressamente richiamato nell'atto), di avvio del procedimento per l'emissione del “provvedimento di adeguamento al parere” (espresso con delibera del Consiglio dell'A.N.A.C. n. 567 in data 6 dicembre 2023).

Ne deriva l'inammissibilità del ricorso introduttivo.

Con riferimento ai motivi aggiunti di ricorso il Collegio osserva quanto segue.

Con il menzionato parere n. 567 in data 6 dicembre 2023, l'A.N.A.C. ha espresso l'avviso che “*costituisce una elusione fraudolenta del meccanismo di rotazione l'invito (senza giustificazione) e l'aggiudicazione ad un operatore legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, nonché detentore di quota di capitale sociale dell'impresa precedente aggiudicataria; la pluralità di tali indizi induce a ritenere che vi sia stato accordo tra le due società per eludere la rotazione*”.

Con provvedimento n. 1711 in data 7 marzo 2024, impugnato con motivi aggiunti,

la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente l'esclusione *“per applicazione dell'art. 95, comma 1, lett. d, decreto legislativo n. 36/2023”* richiamando il parere dell'A.N.A.C. n. 567 in data 6 dicembre 2023 e la ritenuta elusione fraudolenta del principio di rotazione nell'affidamento degli appalti sotto soglia.

Al riguardo, va rimarcato che, per costante giurisprudenza, la rotazione costituisce un riferimento normativo *“inviolabile”* del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, così da evitare il 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292, e la giurisprudenza ivi citata). L'affermazione giurisprudenziale circa il carattere relativo e non assoluto del principio in esame, riportata dalla ricorrente, secondo cui la rotazione deve essere intesa *“non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione”* del nuovo affidamento, ma solo nel senso *“di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza”* (Cons. Stato, Sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654), va correttamente riferita all'ipotesi – che non ricorre nel caso di specie – di affidamento di appalti sotto soglia con *“procedura aperta”*. Nella citata sentenza il Consiglio di Stato ha confermato la decisione di primo grado nella parte in cui ha escluso l'applicazione del principio di rotazione in ragione della natura aperta della procedura oggetto d'esame, argomentando, anche sulla base delle Linee guida ANAC n. 4 (nella versione adottata con deliberazione in data 1 marzo 2018, n. 206), come segue: *“Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'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), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Peraltro, così come delineato dal*

richiamato articolo 36, detto principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del favor participationis e della concorrenza. (...) detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica". Tale soluzione è stata recepita dall'art. 49 del decreto legislativo n. 36/2023, che – come ricordato dal Consiglio di Stato nella relazione allo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici – prevede il principio della rotazione quale *“principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78”*. Il comma 5 dell'art. 49, in particolare, stabilisce che il principio di rotazione non si applica quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata; tale previsione si giustifica *“in quanto in detta ipotesi non ricorre la ratio che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato”* (cfr. relazione del Consiglio di Stato cit.). Diversamente, nella fattispecie, come quella in esame (cfr. elenco degli inviti allegato alla richiesta di offerta presentata tramite il sistema Acquisti in rete della Pubblica Amministrazione), in cui la stazione appaltante proceda discrezionalmente nell'individuare gli operatori economici ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte, il principio di rotazione opera quale limite

“inviolabile” a tutela della concorrenza, al fine di garantire un’effettiva concorrenzialità degli operatori del settore, evitando il consolidarsi di posizioni di vantaggio in capo a singoli operatori che abbiano beneficiato dell’affidamento nelle precedenti gestioni. Corollario logico dell’effettività di tale meccanismo di rotazione, a tutela della concorrenza, è quanto affermato dall’A.N.A.C. con le menzionate Linee guida n. 4, paragrafo 3.6, secondo cui *“l’applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell’appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all’articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici?”*.

Come anche dalla ricorrente ricordato, la giurisprudenza amministrativa (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2024, n. 4165, e le sentenze ivi citate) ha, al riguardo, precisato quanto segue: a) l’identificazione di situazioni che concretizzano fattispecie di collegamento tra le imprese deve fondarsi su una serie di indici che, per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione, devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all’Amministrazione valutare in concreto; b) non è necessario che sia effettuata una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull’esito della gara; c) ai fini dell’esclusione è, quindi, sufficiente che si raggiunga un grado di verosimiglianza della sussistenza di un unico centro decisionale, secondo un criterio probabilistico che poggia sugli elementi del collegamento di carattere societario, commerciale o comunque relazionale; d) esclusa la sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell’art. 2359 c.c., la verifica dell’esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella

formulazione delle offerte va condotta sulla base di “*elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l’esistenza dell’unicità soggettiva sostanziale*”.

Nel caso di specie, ricorrono plurimi elementi, afferenti tanto all’assetto societario e personale quanto al contenuto sostanziale delle offerte, idonei a sorreggere la presunzione cui l’Amministrazione è pervenuta in ordine alla sussistenza di una relazione di fatto tra l’impresa uscente e quella aggiudicataria del servizio tale da alterare il confronto concorrenziale, favorendo l’operatore che, in virtù di siffatta relazione, si è trovato in una posizione privilegiata rispetto agli altri operatori del settore, a discapito dell’esigenza (cui il principio di rotazione degli inviti è, invece, preordinato) di una “*distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei*” (Cons. Stato, n. 2292/2021, cit.). Invero, il provvedimento di esclusione impugnato risulta motivato (*per relationem*) mediante la integrale condivisione degli argomenti esposti dall’A.N.A.C. nel citato parere n. 567 in data 6 dicembre 2023, la quale ha evidenziato quanto segue: a) a ridosso della trasmissione della lettera di invito è stata costituita *ad hoc* una nuova società (odierna ricorrente e aggiudicataria), amministrata dal socio del contraente uscente nonché fratello dell’amministratore di quest’ultimo; b) tale società, essendo di nuova costituzione, ha stipulato un contratto di avvalimento con il contraente uscente; c) l’operatore che si è aggiudicato l’appalto, quindi, non soltanto risulta legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell’impresa uscente ma è anche detentore di quota di capitale sociale nell’impresa precedente aggiudicataria; d) la pluralità di tali indizi induce a ritenere che vi sia stato un accordo tra le due società per eludere la rotazione. Il Collegio ritiene che si tratti di elementi fortemente indicativi dell’elusione del principio di rotazione, a partire dalla circostanza che la società aggiudicataria (odierna ricorrente) sia stata costituita pochi giorni prima dell’espletamento della procedura, avviando la propria attività

proprio al momento del ricevimento della richiesta di offerta. Tale circostanza lascia presumere che il socio unico e amministratore (...) – il quale già era titolare di altra impresa, in forma individuale, operante nel settore (e in passate gestioni affidataria del servizio) nonché titolare del 30% del capitale sociale del gestore uscente, (...) S.r.l. – abbia appositamente costituito una nuova impresa, dotata di giuridica autonomia rispetto alla ditta individuale ed alla società precedente aggiudicataria, per poter operare liberamente sul mercato in esame senza incorrere nei limiti imposti dal principio di rotazione degli operatori economici. L'esistenza di uno stretto legame familiare tra (...) e (...), amministratore del gestore uscente (...) S.r.l. (della quale il primo è anche socio), corrobora la comunione di interessi e l'interdipendenza delle due imprese, in quanto è la concomitanza di plurimi fattori significativi e convergenti – vicende societarie (nuova costituzione della società aggiudicataria), partecipazione al capitale sociale del gestore uscente e legami di parentela tra gli amministratori – che ben può assumere valenza di prova indiziaria in ordine al reciproco condizionamento tra le imprese, tale da agevolare la formulazione delle offerte e l'aggiudicazione dell'appalto.

Tale quadro indiziario trova, *ab externo*, conferma nella coincidenza formale e sostanziale, per ampie parti, dell'offerta tecnica presentata in gara dalla odierna ricorrente con quella formulata dal gestore uscente, (...) S.r.l., nell'ambito del precedente appalto, la quale appare indicativa dell'asimmetria informativa di cui l'aggiudicataria ha beneficiato, anche a discapito degli altri operatori economici del settore.

Alcun vizio di istruttoria o di motivazione del provvedimento amministrativo è rilevabile nel caso di specie, avendo l'Amministrazione condiviso e integralmente richiamato la valutazione integrata di elementi, già presenti agli atti della procedura, operata dall'A.N.A.C. nella fase precontenziosa, non richiedendosi ai fini del giudizio probabilistico di cui si discute l'acquisizione di ulteriori elementi né particolari attività istruttorie.

Quanto al profilo della partecipazione procedimentale, il contraddittorio deve ritenersi garantito nella misura in cui l'odierna ricorrente ha formulato le proprie osservazioni nel procedimento precontenzioso, nell'ambito del quale ha rilevato che, quanto alla rotazione, nessuna norma impedisce agli operatori partecipanti o invitati alla precedente gara di rivestire il ruolo di impresa ausiliaria, prestando le proprie capacità ad una nuova impresa invitata, e che non risulta provata, con indizi univoci, l'esistenza di un collegamento sostanziale con il gestore uscente. Le predette osservazioni sono state espressamente richiamate, e dunque, considerate, nel parere dell'A.NA.C. e nel conforme provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante, non richiedendosi una disamina specifica di ogni singola osservazione formulata, ma soltanto una valutazione complessiva della questione oggetto d'esame, alla luce degli elementi forniti. Peraltro, la ricorrente non ha specificamente allegato in giudizio quali ulteriori elementi avrebbe potuto addurre in fase istruttoria per condurre la stazione appaltante ad una diversa determinazione né ha fornito validi argomenti per superare la presunzione di unicità del centro decisionale fondata sugli indici sintomatici dei quali si è detto.

La ricorrente deduce anche che per le particolari caratteristiche del mercato di riferimento sussisterebbero, in ogni caso, i presupposti per una deroga al principio di rotazione. Al riguardo, il comma 4 dell'art. 49 del decreto legislativo n. 36/2023 stabilisce che in casi debitamente motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla riscontrata effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, l'esecutore uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto dell'appalto.

Il Consiglio di Stato ha precisato che, ai fini della deroga al principio di rotazione, i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 devono considerarsi concorrenti e non alternativi tra loro (cfr. relazione sullo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici). La ricorrente, sul punto, si è limitata a dedurre che la deroga al principio della rotazione è possibile nel caso di specie tenuto conto dei seguenti

fattori: a) la struttura del mercato, tant'è che sono stati invitati solo cinque operatori; b) l'effettiva assenza di alternative possibili, che è dimostrata dalla circostanza che solo due imprese vi hanno partecipato; c) la mancanza di contestazioni sull'esecuzione del precedente contratto.

Tuttavia, il Collegio osserva che si tratta di allegazioni generiche e che il fatto che siano stati invitati solo cinque operatori (presumibilmente per esigenze di speditezza e in linea con il disposto dell'art. 50, comma 1, lett. e, decreto legislativo n. 36/2023, che prevede la procedura negoziata senza bando, previa consultazione di “*almeno cinque operatori economici, ove esistenti?*”) e che solo due imprese tra quelle invitate abbiano presentato offerta di per sé non dimostra la “particolare struttura” del mercato di riferimento (la quale, ad esempio, sussiste quando la richiesta di offerta riguardi prestazioni o beni aventi caratteristiche particolari, che solo alcune imprese sono in grado di offrire) né, tantomeno, l'assenza di alternative alla partecipazione del gestore uscente (o, come nel caso di specie, di un'impresa ad esso collegata), rispetto alla quale non risulta fornita alcuna prova.

Per le ragioni esposte, il ricorso, anche per motivi aggiunti, va respinto.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti tenuto conto della complessità dell'accertamento, fondato su un criterio probabilistico, sotteso alla causa di esclusione di cui si tratta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, anche per motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa fra le parti le spese processuali.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Emanuele Caminiti, Primo Referendario

Cristina Consoli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Cristina Consoli

IL PRESIDENTE

Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO