

Pubblicato il 31/12/2020

N. 14190/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02583/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2583 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Dream Services S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Eleonora Onorati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, Stato Maggiore dell'Esercito - Direzione Intendenza, Raggruppamento Logistico Centrale, Roma Capitale, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione

- del bando e del disciplinare di gara adottato dalla Direzione di Intendenza dello Stato Maggiore dell'Esercito per l'affidamento del multiservizi da erogare presso lo stabilimento balneare militare di Castel Fusano, CIG 8235492EFA;

- di ogni atto presupposto antecedente, consequenziale e comunque connesso alla procedura ivi impugnata;

nonché per la condanna della Direzione di Intendenza dello Stato Maggiore dell'Esercito, a favore della ricorrente, alla ripetizione del contratto, ex art. 63 comma 5 d.lgs 50/2016, di concessione del multiservizi da erogare presso lo stabilimento balneare militare di Castel Fusano per l'anno 2020;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2020 la dott.ssa Rosa Perna;

L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 25 comma 1 del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 22186 del 11 novembre 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Dream Services S.r.l. (di seguito, anche "Società"), odierna esponente, con il ricorso in epigrafe, notificato all'Amministrazione della Difesa il 2.4.2020 e in pari data depositato, rappresentava quanto segue.

1.1 Con bando di gara pubblicato in data 7/06/2017, il Raggruppamento Logistico Centrale dell'Esercito procedeva ad espletare una procedura di gara per l'affidamento della gestione del multiservizi da erogare presso lo stabilimento balneare militare di Castel Fusano per l'anno 2018 con espresso richiamo alla ripetibilità del servizio ex art. 63, comma 5, D.Lgs n. 50/2016 per i successivi 3 anni.

Con l'obbligazione commerciale sottoscritta in data 19/12/2018, si dava corso alla prima ripetizione del servizio l'anno 2019 a favore della odierna esponente; il contratto sottoscritto prevedeva espressamente all'art. 3 la ripetizione del contratto per i successivi 2 anni; con lettera datata 20/09/2019, la Società inoltra formale richiesta di ripetizione del contratto per l'anno 2020, e, successivamente, comunicava la necessità di un riassetto societario con cessione del ramo di azienda contenente il contratto di gestione del multiservizi per cui è causa, a favore della Società cessionaria "Dream Services s.r.l.", già appartenuta al Consorzio.

Seguiva un'interlocuzione con l'Amministrazione e, in data 30/12/2019, il Raggruppamento Logistico Centrale comunicava la sospensione temporanea del procedimento di ripetizione del contratto per l'anno 2020.

1.2 Nel frattempo, la Direzione di Intendenza dava avvio ad una nuova procedura di gara pubblicando un avviso a manifestare interesse per la concessione del servizio per cui è controversia.

In data 17/02/2020 la Società insisteva sulla legittimità della richiesta di ripetizione del contratto, sollecitando un riscontro.

1.3 Con comunicazione del 3/03/2020 il Raggruppamento Logistico Centrale, comunicava il diniego alla ripetizione del contratto per l'anno 2020 per i seguenti motivi: "a) l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del Consorzio, che legge per conoscenza o con il quale codesta Società è responsabile solidamente ex art. 48 del d.lgs. 50/2016, risulta perdurante; b) la ripetizione, secondo quanto previsto dall'art. 3 della stessa obbligazione, è subordinata al consenso delle parti e, pertanto, è facoltà dell'Amministrazione non procedervi"; rappresentava, inoltre, che era necessario modificare il capitolato tecnico a base della procedura di affidamento del servizio in questione.

1.4 La società inviava richiesta di partecipazione alla procedura di gara e poteva verificare che il capitolato tecnico di gara non risultava modificato.

1.5 Con il ricorso in epigrafe la società impugnava, quindi, per chiederne l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, il bando e il disciplinare di gara adottato dalla Direzione di Intendenza dello Stato Maggiore dell'Esercito per l'affidamento del multiservizi da erogare presso lo stabilimento balneare militare di Castel Fusano, CIG 8235492EFA, e tutti gli atti successivi; altresì chiedendo la condanna della odierna intimata, a favore della ricorrente, alla ripetizione del contratto, ex art. 63 comma 5 d.lgs. 50/2016, di

concessione del multiservizi da erogare presso lo stabilimento balneare militare di Castel Fusano per l'anno 2020.

1.6 Questi l'articolato motivo dedotto:

1. Illegittimità per violazione di legge - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 106 e 63 del d.lgs. 50/2016 – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 dell'obbligazione commerciale del 19/12/2018 - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 codice civile. Eccesso di potere - illogicità e contraddittorietà della motivazione, violazione dei canoni dell'efficacia e dell'economia dell'azione amministrativa, dei principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione.

Il primo motivo di rigetto, relativo all'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del Consorzio, sarebbe erroneo, avendo la ricorrente comunicato all'Amministrazione della Difesa l'acquisizione del ramo di azienda contenente il contratto di gestione del multiservizi in questione, e pertanto il Consorzio avrebbe dovuto essere svincolato dagli oneri contrattuali. L'odierna intimata avrebbe violato la libertà di iniziativa economica privata e il principio di eguaglianza opponendo resistenza alla cessione del contraente.

Anche il secondo motivo di rigetto sarebbe censurabile, perché la previsione dell'Amministrazione della ripetibilità del contratto ex art. 63 d.lgs. 50/2016, già inserita nel bando di gara pubblicato e richiamata nei contratti sottoscritti, non potrebbe essere considerata una mera facoltà subordinata al proprio consenso. La condotta dell'Amministrazione sarebbe contraria ai principi di correttezza e buona fede.

Pure il terzo motivo di rigetto, relativo alla necessità di modificare il capitolato tecnico a base della procedura di affidamento del servizio in questione, sarebbe destituito di fondamento, poiché il nuovo capitolato di gara sarebbe nella sostanza uguale al precedente.

Quanto all'ultimo motivo, concernente le modalità con cui è stata effettuata la cessione del ramo di azienda, se ne lamenta l'inconferenza ai fini del diniego della ripetizione del contratto in capo alla Società.

2. L'Amministrazione statale non si costituiva nel presente giudizio.

3. Con decreto monocratico n. 2443/2020 la Sezione, nel respingere la domanda di misure cautelari monocratiche spiegata dalla ricorrente, poneva incumbenti istruttori a carico dell'Amministrazione della difesa; a tali incumbenti l'Amministrazione provvedeva depositando documentazione e un rapporto circostanziato nelle date 10 e 17 aprile 2020.

4. Frattanto, in data 16 aprile 2020 la Società aveva accesso agli atti riguardanti i documenti costituenti la situazione debitoria in capo al Consorzio Dream Service, che l'Amministrazione della Difesa aveva addotto quale motivo per non concedere la successione nel contratto e la ripetizione per l'anno 2020; in data 17 aprile 2020 depositava quindi motivi aggiunti con domanda incidentale di sospensione; tuttavia, dal Sistema Informatico della Giustizia Amministrativa – SIGA detto atto non risultava notificato alle altre parti del giudizio;

3. Con ordinanza collegiale n. 3005/2020 del 22 aprile 2020 la Sezione respingeva la domanda di sospensione degli atti impugnati proposta in via incidentale con il ricorso introduttivo, avendo ritenuto, ad una sommario esame, che le censure svolte dalla ricorrente non presentassero, allo stato, profili di *fumus boni juris* di immediata percezione, "avuto riguardo alla duplice circostanza, documentata dall'Amministrazione, da un lato, che l'odierna deducente, in forza del contratto di concessione di multiservizi stipulato con la resistente per l'anno 2019, non ha titolo a contestare l'adozione di un nuovo bando di gara per l'espletamento del servizio a partire dal 2020; dall'altro, che il bando in contestazione ha un oggetto più ampio, anche sotto il profilo temporale, rispetto al contratto di cui la società era parte, e pertanto, dopo la scadenza di quest'ultimo, nessun automatismo era configurabile". L'ordinanza non veniva appellata.

4. Alla pubblica udienza del 7 dicembre 2020 la causa veniva discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio, ad una non più sommaria deliberazione del gravame in epigrafe, confermando l'orientamento espresso in sede cautelare, ritiene il ricorso infondato, per le ragioni di seguito indicate.

2. Per motivi di ordine logico ed espositivo occorre prendere le mosse dall'esame della seconda e della terza censura, che saranno trattate congiuntamente per ragioni di complementarità.

2.1 Con esse, l'odierna esponente, nel contestare alcune delle motivazioni contenute nel rigetto della richiesta di ripetizione del contratto per l'anno 2020, deduce che l'Amministrazione non avrebbe proceduto alla ripetizione del contratto ex art. 63 d.lgs. 50/2016 in favore della Società, malgrado l'espressa previsione della ripetibilità del contratto, già inserita nel bando di gara pubblicato e richiamata nei contratti sottoscritti, che non potrebbe intendersi alla stregua di una mera facoltà subordinata al consenso. Né il ricorso ad una nuova procedura di gara per l'espletamento del servizio a partire dal 2020 potrebbe giustificarsi con la necessità, adottata dall'Amministrazione intimata, di modificare il capitolato tecnico a base della procedura di affidamento del servizio in questione, stante la sostanziale identità del nuovo capitolato di gara rispetto al precedente.

2.2 Le censure non sono nel loro complesso meritevoli di adesione.

2.3 Come già affermato in sede cautelare, la Società non ha ragione di contestare il comportamento dell'Amministrazione la quale, per l'espletamento del servizio di concessione di multiservizi a partire dal 2020, in luogo della ripetizione del contratto, ai sensi dell'art. 63, comma 5, d.lgs. 50/2016, in favore della Dream Services S.r.l., abbia optato per l'adozione di un nuovo bando di gara.

2.3.1 E, invero, in primo luogo, non sussisteva un obbligo legale o contrattuale dell'Amministrazione di concedere la ripetizione del contratto in questione che, in forza del contratto stipulato con l'odierna intimata per l'anno 2019, legittimasse la Società a contestare l'adozione di un nuovo bando di gara.

Infatti, ai sensi del d.lgs. 50/2016, *“la procedura può essere utilizzata per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi”*, e pertanto il ricorso a tale strumento è definito in termini di possibilità e non di doverosità. In ogni caso, lo stesso contratto - all'art. 3, rubricato *“Durata dell'obbligazione e nuova aggiudicazione – stabiliva: “Il presente atto ha validità dall'1.1.2019 al 31.12.2019, con possibilità di ripetizione del servizio ex art. 63, comma 5, d. lgs 50/2016, un ulteriore anno, subordinata al consenso delle parti”*. La durata dell'obbligazione era dunque annuale e che l'eventuale ripetizione sarebbe stata subordinata al consenso delle parti.

2.3.2 In secondo luogo, nella specie non ricorre la condizione cui, *inter alia*, l'art. 63, comma 5, citato subordina l'istituto della ripetizione del contratto, che *“i servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto”*.

Difatti, diversamente dagli assunti di parte ricorrente, il nuovo bando è connotato da una maggiore ampiezza, quanto all'oggetto e alla durata, come si evince dal raffronto del testo dell'art. 3 di cui al capitolato 2020, rispetto al corrispondente art. 3 del capitolato tecnico 2019 (all. 24 e 25 al ricorso); inoltre, esso reca delle modifiche sostanziali alla concessione, ad esempio, facendo registrare un incremento generale dei prezzi reali di gestione utilizzati nell'annualità 2019, pari a circa al 10%; oppure, ponendo maggiore attenzione al profilo della qualità del servizio in relazione alla mera migliororia economica attraverso una sensibile rimodulazione, nei criteri di aggiudicazione formulati nell'ambito dell'offerta economicamente vantaggiosa, delle percentuali del valore da attribuire all'offerta tecnica e all'offerta economica.

Pertanto non ne è predicabile la conformità al progetto originariamente posto a base di gara sicché, alla scadenza del contratto stipulato con la Società per l'anno 2019, non poteva operare alcun automatismo.

2.3.3 Come affermato dalla giurisprudenza, la ripetizione esige che la replica delle prestazioni avvenga sulla base del necessario progetto di gestione/organizzazione del servizio aggiudicato con la prima gara; essa presuppone l'esistenza di un progetto di massima, oggetto di un precedente contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta, al solo scopo di delineare e rendere trasparenti le caratteristiche dei servizi che possano definirsi analoghi a quelli già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante. Il progetto base consiste, quindi, in uno strumento di raffronto utile a circoscrivere la riedizione del rapporto di appalto (Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2014, n. 355); di tal che, il ricorso alla ripetizione è inammissibile in mancanza dell'indefettibile presupposto applicativo della conformità dei nuovi servizi ad un progetto base (Tar Roma, sez. I bis, 24 aprile 2008, n. 3546).

2.3.4 Nel caso che ne occupa, la nuova procedura ha introdotto delle modifiche sostanziali che non permettevano di procedere con l'istituto della ripetizione in esame.

3. Neanche le ulteriori censure, la prima e la quarta, con la quale si contestano le ulteriori motivazioni adottate dall'Amministrazione nel rigetto della richiesta di ripetizione del contratto per l'anno 2020, e riguardanti l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del Consorzio e le modalità di cessione del ramo di azienda, sono meritevoli di condivisione.

3.1 Viene a tal proposito in evidenza la grave posizione debitoria consolidatasi in capo al Consorzio, rispetto alla quale la Società non poteva considerarsi estranea né esente dalle conseguenze, in quanto destinataria della maggior parte delle commesse e, per legge, responsabile solidalmente con esso, trattandosi di consorzio ordinario per il quale l'art. 48, comma 5, del d.lgs. 50/2016 prevede che "l'offerta degli Operatori Economici Consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante". Pertanto l'Amministrazione, a fronte delle gravissime inadempienze delle quali il Consorzio (quale contraente) si era reso responsabile, non poteva non estendere il grave illecito professionale anche alle relative consorziate, la cui posizione risulta dunque indifendibile. Pertanto, le censure dirette a contestare il mancato rispetto da parte dell'Amministrazione dei principi della buona fede e dalla correttezza amministrativa non colgono nel segno in quanto sarebbe stato irragionevole per l'odierna intimata procedere con la ripetizione del contratto.

3.2 In ogni caso, neanche le doglianze concernenti la cessione del ramo d'azienda risultano conferenti, atteso che per la modificabilità dei contratti durante il periodo di efficacia è richiesta "l'autorizzazione del concedente" (arg. ex artt. 106 e 175 del d.lgs. 50/2016) e, nella specie, l'autorizzazione alla modifica del contenuto nel contratto di concessione relativo all'anno 2019 non è mai stata concessa, per mancanze dell' "Operatore".

4. Il ricorso è dunque infondato e va respinto.

5. Quanto ai motivi aggiunti, l'irritualità della loro proposizione - dal Sistema Informatico della Giustizia Amministrativa - SIGA non risultano notificati alle altre parti del giudizio - ne determina l'inammissibilità e ne preclude l'esame.

6. Le spese seguono la soccombenza e restano liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- quanto al ricorso introduttivo, lo rigetta;

- quanto ai motivi aggiunti, li dichiara inammissibili;

- quanto alle spese, condanna la ricorrente al pagamento, nei confronti dell'Amministrazione della Difesa, delle spese del presente giudizio, che liquida complessivamente e forfetariamente in euro 2.000,00 (=duemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2020 – svoltasi con collegamento “da remoto” – con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

L'ESTENSORE

Rosa Perna

IL PRESIDENTE

Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO