

**TAR Toscana, sez. II, sentenza 24 novembre 2016 n. 1707 – Pres. Romano,
Est. Viola**

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1309 del 2016, proposto da:

xxx., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone C.F. MRRVNI70A04D423K, Dario Rigacci C.F. RGCDRA70S07D612W, con domicilio eletto presso Ivan Marrone in Firenze, via de' Rondinelli 2;

contro

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli – Ufficio delle Dogane di Arezzo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato di Firenze, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Coiba s.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

degli atti e provvedimenti cartolarmente non noti e di incogniti estremi con i quali l'Agenzia delle Dogane -Ufficio delle Dogane di Arezzo ha affidato alla xxx il servizio di erogazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici presso la propria sede e per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la xxx.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Agenzia delle Dogane e dei Monopoli – Ufficio delle Dogane di Arezzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2016 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

La xxx s.p.a. opera nel settore della distribuzione automatica di alimenti e bevande ed è stata gestore del servizio di erogazione di alimenti e bevande, tramite distributori automatici presso l'Ufficio delle Dogane di Arezzo fino al 1° agosto 2016; nonostante la scadenza del rapporto, la xxx ha ritenuto di potere proseguire la propria attività in proroga, in attesa che si svolgesse una procedura selettiva per l'individuazione di un nuovo gestore.

Tuttavia, i primi di agosto del 2016, un addetto di zona della xxx ha verificato che presso l'Ufficio delle Dogane erano installati i distributori di altro operatore economico, la xxx s.r.l. con sede in xxx senza che vi fosse stata, per quanto risulta, alcun tipo di procedura selettiva.

La ricorrente presentava istanza di accesso, chiedendo di poter visionare ed estrarre copia della documentazione posta a base dell'aggiudicazione del servizio alla controinteressata e del contratto; presentava comunque il presente ricorso chiedendo, sulla base di unica censura di violazione e/o falsa applicazione artt. 30, 63 e 164 D.Lgs 18 aprile 2016 n. 50 e dei principi di imparzialità trasparenza, pubblicità e libera concorrenza, degli artt. 97 Cost. e art. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241, l'annullamento degli atti di aggiudicazione del servizio alla controinteressata e la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario.

Si costituivano in giudizio le Amministrazioni intimare controdeducendo sul merito del ricorso.

Il ricorso è fondato e deve pertanto essere accolto.

A questo proposito è, sufficiente rilevare:

a) come la giurisprudenza assolutamente stabilizzata della Sezione (tra le tante, si veda T.A.R. Toscana, sez. II, 30 maggio 2014 n. 929) abbia affermato, ormai da molto tempo, la necessità di riportare la fattispecie in discorso all'istituto della concessione di servizi di cui all'art. 30 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con conseguenziale applicazione alle procedure di scelta del contraente, non dell'interesse delle disposizioni del codice dei contratti pubblici, ma solo "dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi" (art. 30, 3° comma del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) o delle eventuali "discipline specifiche che preved(a)no forme più ampie di tutela della concorrenza"(art. 30, 4° comma del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163);

b) come la necessità di bandire almeno la "previa gara informale" prevista dalla citata disciplina di cui all'art. 30, 3° comma del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non possa essere esclusa dalla presunta impossibilità di reperire almeno cinque imprese operanti nel settore nella Provincia di Arezzo, essendo del tutto evidente come almeno due imprese (la ricorrente e la controinteressata) svolgano il detto servizio nell'ambito provinciale ed apparendo del tutto indubbio dalla formulazione della disposizione ("se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione") come si tratti di disposizione di

indirizzo che non esclude l'obbligo prioritario di indizione della gara informale, anche in presenza di meno di cinque partecipanti;

c) come la necessità di dare applicazione alla previsione dell'art. 30, 3° comma del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non possa essere esclusa da precedenti affidamenti in mancanza di gara intervenuti a favore della ricorrente (che non escludono la necessità attuale di dare applicazione alla normativa in materia di obbligo di indire la gara) o dal riferimento al principio di rotazione (che costituisce un criterio di aggiudicazione della procedura e non una ragione per superare gli obblighi di trasparenza e pubblicità garantiti dallo strumento della gara);

d) come si tratti di soluzione valida anche sotto il vigore della nuova disciplina dei contratti della p.a.; a questo proposito, l'art. 173, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede, infatti, con riferimento all'aggiudicazione delle concessioni, un sostanziale rinvio ai principi di cui all'art. 30 del codice, ovvero ai principi di <<economicità, efficacia, tempestività, ...correttezza.libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità>> che risultano garantiti dall'indizione della gara, anche informale;

e) come, al contrario, la documentazione depositata in giudizio evidenzia come l'aggiudicazione del servizio alla controinteressata sia avvenuta sulla base della sola offerta presentata dalla stessa al di fuori di ogni procedura concorsuale e, quindi, nell'assoluta violazione dei principi di concorrenzialità e pubblicità della procedura;

f) come, trattandosi di aggiudicazione definitiva avvenuta senza previa pubblicazione del bando, l'annullamento degli atti di aggiudicazione importi ex art. 121, 1° comma lett. a) c.p.a. anche la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con il nuovo gestore.

Le spese di giudizio della ricorrente devono essere poste a carico dell'Amministrazione intimata e liquidate come da dispositivo.

Sussistono ragioni per procedere alla compensazione delle spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'azione impugnatoria e, per l'effetto, dispone l'annullamento degli atti di affidamento del servizio in questione alla controinteressata;

b) dichiara l'inefficacia, ex art. 121, 1° comma lett. a) del c.p.a., del contratto stipulato in data 23 maggio 2016, tra l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli-Ufficio delle Dogane di Arezzo e la xxx s.r.l.

Condanna l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli alla corresponsione alla ricorrente della somma di € 3.000,00 (tremila/00), oltre a contributo unificato, IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Compensa le spese di giudizio nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati: [omissis]