



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1046 del 2021, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati S .D. e N. D. F. , con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati S. C., L.T., F.T. , con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) non costituito in giudizio;

per l'annullamento

– della deliberazione n. 1434 del 12/08/2021 della Azienda (...), avente ad oggetto l'aggiudicazione della procedura “Affidamento diretto, previa richiesta di preventivi per la Fornitura di Biberon e Tettarelle – ID SINTEL 136162166 – CIG 8675901BFC”.

– e di ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto, ancorché non conosciuto;

per la dichiarazione di inefficacia

- del contratto di fornitura *medio tempore* stipulato tra la l'Azienda (...) e la società (...).;

per la condanna

- dell'Amministrazione resistente al ristoro dei danni *patiti e patiendi* conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti, in forma specifica, mediante aggiudicazione a favore della ricorrente, e/o per equivalente pecuniario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 18 marzo 2021 Azienda (...) Sezione "Servizi e beni economici" (...) ha indetto un'indagine di mercato finalizzata all'affidamento diretto, previa richiesta di preventivi, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 2, l. 11 settembre 2020, n. 120. (...) ha indetto, quindi, una procedura di gara a lotto unico, di durata triennale, con un importo complessivo a base d'asta pari ad € 73.000,00, in modalità telematica attraverso la piattaforma "Sintel".

Hanno partecipato, tra le altre, la società (...) e l'affidatario uscente, la società (...).

Con deliberazione n. 1434/2021, comunicata via PEC in data 19 agosto 2021, la fornitura è stata aggiudicata a Cair.

(...) ritenendo irrituale ed errata la modalità di aggiudicazione, con PEC del 10 settembre 2021 ha richiesto l'annullamento in autotutela della stessa.

(...) quindi, con PEC del 24/09/2021 ha respinto l'istanza in considerazione dell'ampia discrezionalità caratterizzante la procedura dell'affidamento diretto e in quanto nel bando non era stata prevista l'indicazione del criterio del minor prezzo quale criterio di aggiudicazione.

Con ricorso depositato in data 1 ottobre 2021 (...) ha impugnato i provvedimenti indicati epigrafe chiedendone l'annullamento e insistendo, altresì, per la declaratoria di esclusione di (...) dalla procedura, nonché per la condanna al risarcimento in forma specifica, mediante dichiarazione di aggiudicazione in favore di (...), con conseguente stipula del contratto di fornitura o, in subordine, al risarcimento per equivalente pecuniario.

A fondamento del ricorso (...) ha dedotto le seguenti ragioni:

a. la Stazione appaltante avrebbe errato in quanto, una volta acquisito il giudizio di idoneità da parte della commissione tecnica, non avrebbe potuto prendere in considerazione elementi di valutazione diversi da quelli meramente economici indicati nel bando di gara, pur a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla Stazione appaltante dall'art. 36, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 50/2016, tenuto conto, in particolare, dell'autovincolo dall'Amministrazione imposto in sede di bando e del rispetto del principio del legittimo affidamento;

b. secondo parte ricorrente, poi, la procedura di gara risulterebbe anomala anche per la violazione del principio di rotazione degli inviti ex art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto detta norma, pur non vietando in modo assoluto di invitare l'affidatario uscente, attribuirebbe un carattere meramente eccezionale a tale scelta, al fine di prevenire il consolidamento di rendite di posizione a discapito della libertà di concorrenza, laddove, nel caso di specie, i prodotti di (...) sono stati utilizzati da (...), per otto anni, sin dal 2013.

Si è costituita in giudizio (...) contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno depositato memorie difensive.

1. In via preliminare: in ordine alle eccezioni processuali sollevate da parte resistente.

1.1. L'amministrazione ha eccepito, in primo luogo, che il ricorso depositato, allegato al modulo di deposito previsto dalle specifiche tecniche del PAT, non recherebbe alcuna sottoscrizione, né analogica, né digitale.

L'eccezione risulta infondata in quanto dall'esame delle specifiche dell'atto digitale depositato risulta che lo stesso sia stato firmato con firma digitale.

1.2. In secondo luogo, la P.a. ha contestato l'invalidità della procura alle liti per asserita mancanza di regolare asseverazione di conformità della copia per immagine prodotta, in quanto l'asseverazione infatti non sarebbe stata inserita nel documento informatico che contiene la copia per immagine, ma è parte integrante dell'immagine acquisita con lo scanner, scritta a penna sul foglio che reca la procura.

Al riguardo, risulta documentalmente un'asseverazione sia pure scritta a penna sull'originario documento informatico (procura), ma risulta comunque essere stata apposta firma digitale, sicché deve ritenersi soddisfatto il requisito di cui all'art. 8, D.P.C.M. n. 40/2016 e all'art. 22, comma 2, del CAD.

2. Nel merito.

2.1. Premessa.

Ai sensi dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50.

Ai sensi del comma 2, lett. a, <<fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta>>.

In forza del comma 17 dell'art. 36, <<fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa>>.

L'art. 36, comma 2, lett. a), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riconosce alle Amministrazioni un'ampia discrezionalità nell'affidamento dei contratti, la quale deve essere bilanciata dall'applicazione puntuale dei principi di cui al comma 1 sopra ricordati e, in particolare, del principio di rotazione, da intendersi sia degli inviti che degli affidamenti.

Il principio di rotazione, in particolare, <<costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854). Indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è dunque l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524)>> (Cons. Stato V, 27 aprile 2020, n. 2655; 31 marzo 2020, n. 2182)>>.

Come ricordato anche recentemente dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato sez. V, 17/03/2021, (ud. 22/10/2020, dep. 17/03/2021), n.2292), la giurisprudenza ha da ultimo (Cons. Stato, sez. 31 marzo 2020, n. 2182) affermato che il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara e ha altresì chiarito che il citato art. 36, comma 1, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

La giurisprudenza ha, quindi, evidenziato che <<l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti", così garantendo i principi di cui all'art. 97 Cost., poiché "l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi" (Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125)...In quest'ottica non è causale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza delle strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare l'offerta e, così, posti in competizione tra loro.... Tale principio comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso cfr. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4) La giurisprudenza ha altresì evidenziato che il chiaro tenore testuale della norma citata "...impone il rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in

ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito.)" (Cons. Stato, V, n. 3831/2019 cit.).... È stato così affermato da questo Consiglio di Stato (Sez. V, n. 3831/2019 cit.) che risultano pure irrilevanti, e comunque inidonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione (funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento), alcuni accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante, tra i quali, per quanto di interesse, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato. Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione...In conclusione, la giurisprudenza afferma in modo costante (da ultimo: Cons. Stato, V, 2 luglio 2020, n. 4252; 27 aprile 2020, n. 2655; 5 novembre 2019, n. 7539; 12 giugno 2019, n. 3943) che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione. 4.2.9. La stessa giurisprudenza precisa che, invece, non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere inviato a concorrere per il affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata>>.

Il principio di rotazione, peraltro, può essere “sterilizzato”, laddove la stazione appaltante in concreto strutturi una procedura “aperta” alla partecipazione dei concorrenti interessati senza limitazioni soggettive specifiche, e individui dei criteri oggettivi e specifici per la scelta della migliore “offerta”.

In altre parole, laddove la procedura venga a strutturarsi in modo sostanzialmente simile alla procedura ordinaria, il principio di rotazione, con valutazione da operare caso per caso, può, eventualmente, non trovare applicazione.

Diversamente, laddove la P.a. non strutturi in modo aperto e rigidamente vincolato nei criteri di scelta la procedura di affidamento ovvero si avvalga comunque di un potere discrezionale “derogatorio”, fondato sull'art. 36, d.lgs. n. 50 del 2016, degli stessi criteri individuati nella disciplina “di gara” dalla stessa approntata, inevitabilmente tornano ad essere applicabili gli insegnamenti giurisprudenziali sopra ricordati inerenti il principio di rotazione, anche solo nella fase dell'affidamento, di talché la sua deroga può essere legittima solo entro i limiti tracciati e precedentemente richiamati.

A tale ricostruzione non osta l'art. 1, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, nella versione vigente dal 31 luglio 2021, a seguito delle modifiche operate da ultimo dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni da l. 29 luglio 2021, n. 108, ai sensi del quale, <<2. Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando

il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione>>.

2.2. Nel caso di specie, con l'atto propulsivo della procedura in contestazione (...) resistente ha, tra le altre cose:

- puntualizzato di procedere all'affidamento diretto, previa richiesta di preventivi, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a) del D. Lgs. n. 50/2016, ed ai sensi dell'art. 1 commi 1 e 2 della Legge n.120 del 11 settembre 2020;

- premesso che l'assegnazione della fornitura sarebbe stata effettuata a favore del miglior offerente, tenuto conto degli elementi economici e tecnici delle singole proposte e sulla base di una valutazione e di una proposta di aggiudicazione da parte di esperti dell'Azienda (...);

- precisato, a più riprese, che, trattandosi di affidamento diretto ai sensi dell'art. 36 comma 2, lettera a) del D.Lgs. 50/2016, la Stazione Appaltante sarebbe rimasta investita del più ampio potere discrezionale in ordine all'acquisto di cui trattasi;

- previsto una procedura con suddivisione di "offerta tecnica" e "offerta economica";

- indicato che l'aggiudicazione sarà effettuata, a lotto unico, previa idoneità tecnico/qualitativa, secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lettera b) del D. Lgs. 50/2016;

- ulteriormente precisato di riservarsi, a proprio insindacabile giudizio, da un lato, la facoltà di non procedere all'aggiudicazione, nel caso in cui non ritenga meritevole di approvazione e/o conveniente sotto il profilo tecnico-economico e/o organizzativo l'offerta presentata, ai sensi dell'art. 94 comma 2 e dell'art. 95 comma 12 del D.Lgs. 50/2016; dall'altro lato di annullare la procedura in qualsiasi momento, senza che l'offerente possa avanzare pretese di qualsiasi genere e natura, fatta salva, se richiesta, la motivazione;

- ancora, precisato di riservarsi la facoltà di non aggiudicare nel caso in cui pervenga un'unica offerta o nel caso in cui al termine delle valutazioni tecnico/economica permanga un'unica offerta.

2.3. La P.a., quindi, ha certamente superato il problema dell'applicazione del principio di rotazione nella fase degli "inviti", aprendo la procedura sostanzialmente a tutti gli interessati.

Non solo, ma avrebbe anche, teoricamente, "depotenziato" la cogenza del principio di rotazione individuando un criterio di scelta sotto il profilo economico molto chiaro ed oggettivo - il minor prezzo -, a fronte di una mera previsione di "idoneità" dell'offerta tecnica.

Infatti, come accennato, il provvedimento recante "affidamento diretto, previa richiesta di preventivi" prevedeva all'art. 6 ("svolgimento della procedura) che <<l'aggiudicazione sarà effettuata, a lotto unico, previa idoneità tecnico/qualitativa, secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lettera b) del D. Lgs. 50/2016>>.

Nel caso di specie, ciò avrebbe determinato, pacificamente, l'affidamento del contratto in esame in favore della ricorrente, atteso il minor prezzo offerto da quest'ultima rispetto a quello offerto dall'odierna controinteressata.

D'altronde, l'Amministrazione ha inteso derogare lo stesso criterio di scelta da essa medesima individuato, attraverso quel potere discrezionale del quale, come visto, si era riservata l'esercizio, procedendo ad un affidamento in favore dell'odierna controinteressata, contraente uscente, sulla scorta di una motivazione che, d'altronde, non rispecchia gli stringenti requisiti indicati dalla giurisprudenza che precede.

Infatti, la valutazione del gruppo di lavoro datata 26 maggio 2021 si limita a sottolineare che <<alla nostra valutazione sono risultate idonei sia i prodotti della ditta (...) sia quelli della ditta (...). Esprimiamo, però, una preferenza per i prodotti della ditta (...) perché rappresenta la migliore proposta per rapporto qualità/prezzo sulla base delle seguenti motivazioni: - il biberon della ditta (...) presenta una doppia scala graduata (italiana e anglosassone) che non è richiesta e potrebbe creare confusione, la prima tacca del biberon è a 10 ml, inoltre il biberon non è trasparente come è invece quello della ditta (...); - nella scheda tecnica delle tettarelle della ditta (...) non è specificato il livello di sterilità (non è dato sapere se sia equivalente alla sterilità ottenuta tramite ossido di etilene ovvero 10 alla -6 UFC/ml come invece è specificato nelle schede dei biberon); i flussi delle tettarelle della ditta (...) sono poco visibili, le tettarelle sono di materiale più rigido rispetto a quelle della ditta (...) Italia, la scala graduata della capsula di protezione della tettarella (...) non è visibile, per cui preclude l'alimentazione a bicchierino o la misurazione di piccole quantità di liquidi>>.

Si tratta, quindi, di una mera preferenza tecnica, un giudizio che, come tale, non è sufficiente a derogare al principio di rotazione, tanto più, come detto, alla luce degli elementi di "autovincolo" imposti dalla stessa Amministrazioni, dovendosi peraltro garantire il rispetto dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti.

Ciò che rileva, infatti, nel caso di specie, in modo certamente dirimente, è il fatto che il soggetto affidatario è in concreto risultato non una terza impresa concorrente, ma proprio il fornitore uscente, di talché deve certamente essere garantito il rispetto dei principi sanciti al comma 1 dell'art. 36, non avendo l'Amministrazione resistente fatto buon governo degli stessi.

La P.a., infatti, derogando agli stessi limiti e criteri valutativi da essa imposti, così favorendo la contraente "uscente", ha esercitato un potere discrezionale per la cui legittimità, alla luce dei principi sanciti dall'art. 36 comma 1 d.lgs. n. 50 del 201 (in particolare, il principio di rotazione), nonché quello di par condicio e di affidamento, il provvedimento di "aggiudicazione" della fornitura avrebbe dovuto essere assistito da una motivazione rafforzata idonea a giustificare l'inevitabilità – fondata su circostanze oggettive particolarmente rilevanti – della scelta di affidare la fornitura proprio all'operatore economico "uscente".

Poiché l'Amministrazione non ha individuato tali "radicali" ragioni derogatorie né nell'ambito della motivazione del provvedimento impugnato, né nel presente giudizio, certamente il ricorso deve essere accolto e la deliberazione n. 1434 del 12/08/2021 dell'Azienda (...) deve essere annullata, dovendosi ritenere inefficace il contratto *medio tempore* eventualmente sottoscritto con la controinteressata, e dovendo l'Amministrazione procedere alle determinazioni di competenza alla luce dei criteri sopra esposti.

In tal senso, la domanda di risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente, formulate da parte ricorrente, non possono essere accolte: la prima (implicante la condanna dell'Amministrazione alla stipula del contratto con la società ricorrente) permanendo in capo alla P.a. il potere – dovere di rideterminarsi sulle "offerte" delle imprese in "gara" e, quindi, sull'affidamento del contratto, con conseguente applicazione dell'art. 34, comma 2, cpv, c.p.a.; la seconda in quanto parte ricorrente non ha, comunque, allo stato, dedotto e dimostrato i danni subiti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, in conformità al d.m. n. 55 del 2014 e ss.mm.ii.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e per le ragioni sopra esposte e, per l'effetto, annulla la deliberazione n. 1434 del 12/08/2021 dell'Azienda (...);

respinge le domande risarcitorie formulate da parte ricorrente;

condanna parte resistente a rifondere a parte ricorrente le spese del presente giudizio che si liquidano in Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Nasini

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1046 del 2021, proposto da Lifetech Care S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Dell'Osa e Nico Di Florio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ulss 8 Berica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Cocco, Laura Tedeschi, Francesco Toscan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cair Italia S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

– della deliberazione n. 1434 del 12/08/2021 della Azienda Ulss n. 8 Berica, avente ad oggetto l'aggiudicazione della procedura “Affidamento diretto, previa richiesta di preventivi per la Fornitura di Biberon e Tettarelle – ID SINTEL 136162166 – CIG 8675901BFC”.

– e di ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto, ancorché non conosciuto;

per la dichiarazione di inefficacia

- del contratto di fornitura medio tempore stipulato tra la l'Azienda ULSS n. 8 Berica e la società Cair Italia S.r.l.;

per la condanna

- dell'Amministrazione resistente al ristoro dei danni patiti e patienti conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti, in forma specifica, mediante aggiudicazione a favore della ricorrente, e/o per equivalente pecuniario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ulss 8 Berica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 18 marzo 2021 Azienda ULSS n. 8 Berica - Sezione “Servizi e beni economici” (d’ora in poi Ulss 8) ha indetto un’indagine di mercato finalizzata all’affidamento diretto, previa richiesta di preventivi, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, e ai sensi dell’art. 1, commi 1 e 2, l. 11 settembre 2020, n. 120. Ulss 8 ha indetto, quindi, una procedura di gara a lotto unico, di durata triennale, con un importo complessivo a base d’asta pari ad € 73.000,00, in modalità telematica attraverso la piattaforma “Sintel”.

Hanno partecipato, tra le altre, la società Lifetech Care Srl (d'ora in poi Lifetech) e l'affidatario uscente, la società Cair Italia S.r.l. (d'ora in poi Cair).

Con deliberazione n. 1434/2021, comunicata via PEC in data 19 agosto 2021, la fornitura è stata aggiudicata a Cair.

Lifetech, ritenendo irrituale ed errata la modalità di aggiudicazione, con PEC del 10 settembre 2021 ha richiesto l'annullamento in autotutela della stessa.

Ulss 8, quindi, con PEC del 24/09/2021 ha respinto l'istanza in considerazione dell'ampia discrezionalità caratterizzante la procedura dell'affidamento diretto e in quanto nel bando non era stata prevista l'indicazione del criterio del minor prezzo quale criterio di aggiudicazione.

Con ricorso depositato in data 1 ottobre 2021 Lifetech ha impugnato i provvedimenti indicati epigrafe chiedendone l'annullamento e insistendo, altresì, per la declaratoria di esclusione di Cair dalla procedura, nonché per la condanna al risarcimento in forma specifica, mediante dichiarazione di aggiudicazione in favore di Lifetech, con conseguente stipula del contratto di fornitura o, in subordine, al risarcimento per equivalente pecuniario.

A fondamento del ricorso Lifetech ha dedotto le seguenti ragioni:

a. la Stazione appaltante avrebbe errato in quanto, una volta acquisito il giudizio di idoneità da parte della commissione tecnica, non avrebbe potuto prendere in considerazione elementi di valutazione diversi da quelli meramente economici indicati nel bando di gara, pur a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla Stazione appaltante dall'art. 36, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 50/2016, tenuto conto, in particolare, dell'autovincolo dall'Amministrazione imposto in sede di bando e del rispetto del principio del legittimo affidamento;

b. secondo parte ricorrente, poi, la procedura di gara risulterebbe anomala anche per la violazione del principio di rotazione degli inviti ex art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto detta norma, pur non vietando in modo assoluto di invitare l'affidatario uscente, attribuirebbe un carattere meramente eccezionale a tale scelta, al fine di prevenire il consolidamento di rendite di posizione a discapito della libertà di concorrenza, laddove, nel caso di specie, i prodotti di Cair sono stati utilizzati da ULSS n. 8, per otto anni, sin dal 2013.

Si è costituita in giudizio l'Ulss. 8 contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno depositato memorie difensive.

1. In via preliminare: in ordine alle eccezioni processuali sollevate da parte resistente.

1.1. L'amministrazione ha eccepito, in primo luogo, che il ricorso depositato, allegato al modulo di deposito previsto dalle specifiche tecniche del PAT, non recherebbe alcuna sottoscrizione, né analogica, né digitale.

L'eccezione risulta infondata in quanto dall'esame delle specifiche dell'atto digitale depositato risulta che lo stesso sia stato firmato con firma digitale.

1.2. In secondo luogo, la P.a. ha contestato l'invalidità della procura alle liti per asserita mancanza di regolare asseverazione di conformità della copia per immagine prodotta, in quanto l'asseverazione infatti non sarebbe stata inserita nel documento informatico che contiene la copia per immagine, ma è parte integrante dell'immagine acquisita con lo scanner, scritta a penna sul foglio che reca la procura.

Al riguardo, risulta documentalmente un'asseverazione sia pure scritta a penna sull'originario documento informatico (procura), ma risulta comunque essere stata apposta firma digitale, sicché deve ritenersi soddisfatto il requisito di cui all'art. 8, D.P.C.M. n. 40/2016 e all'art. 22, comma 2, del CAD.

2. Nel merito.

2.1. Premessa.

Ai sensi dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50.

Ai sensi del comma 2, lett. a, <<fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta>>.

In forza del comma 17 dell'art. 36, <<fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa>>.

L'art. 36, comma 2, lett. a), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riconosce alle Amministrazioni un'ampia discrezionalità nell'affidamento dei contratti, la quale deve essere bilanciata dall'applicazione puntuale dei principi di cui al comma 1 sopra ricordati e, in particolare, del principio di rotazione, da intendersi sia degli inviti che degli affidamenti.

Il principio di rotazione, in particolare, <<costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854). Indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è dunque l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello

svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524)>> (Cons. Stato V, 27 aprile 2020, n. 2655; 31 marzo 2020, n. 2182)>>.

Come ricordato anche recentemente dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato sez. V, 17/03/2021, (ud. 22/10/2020, dep. 17/03/2021), n.2292), la giurisprudenza ha da ultimo (Cons. Stato, sez. 31 marzo 2020, n. 2182) affermato che il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara e ha altresì chiarito che il citato art. 36, comma 1, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

La giurisprudenza ha, quindi, evidenziato che «l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti», così garantendo i principi di cui all'art. 97 Cost., poiché "l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi" (Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125)...In quest'ottica non è causale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza delle strutturazioni del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare l'offerta e, così, posti in competizione tra loro.... Tale principio comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso cfr. ex multis: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4) La giurisprudenza ha altresì evidenziato che il chiaro tenore testuale della norma citata "...impone il rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito.)" (Cons. Stato, V, n. 3831/2019 cit.).... È stato così affermato da questo Consiglio di Stato (Sez. V, n. 3831/2019 cit.) che risultano pure irrilevanti, e comunque inidonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione (funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento), alcuni accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante, tra i quali, per quanto di interesse, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato. Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non

rende affatto superflua la rotazione...In conclusione, la giurisprudenza afferma in modo costante (da ultimo: Cons. Stato, V, 2 luglio 2020, n. 4252; 27 aprile 2020, n. 2655; 5 novembre 2019, n. 7539; 12 giugno 2019, n. 3943) che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione. 4.2.9. La stessa giurisprudenza precisa che, invece, non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere inviato a concorrere per il affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata>>.

Il principio di rotazione, peraltro, può essere "sterilizzato", laddove la stazione appaltante in concreto strutturi una procedura "aperta" alla partecipazione dei concorrenti interessati senza limitazioni soggettive specifiche, e individui dei criteri oggettivi e specifici per la scelta della migliore "offerta".

In altre parole, laddove la procedura venga a strutturarsi in modo sostanzialmente simile alla procedura ordinaria, il principio di rotazione, con valutazione da operare caso per caso, può, eventualmente, non trovare applicazione.

Diversamente, laddove la P.a. non strutturi in modo aperto e rigidamente vincolato nei criteri di scelta la procedura di affidamento ovvero si avvalga comunque di un potere discrezionale "derogatorio", fondato sull'art. 36, d.lgs. n. 50 del 2016, degli stessi criteri individuati nella disciplina "di gara" dalla stessa approntata, inevitabilmente tornano ad essere applicabili gli insegnamenti giurisprudenziali sopra ricordati inerenti il principio di rotazione, anche solo nella fase dell'affidamento, di talché la sua deroga può essere legittima solo entro i limiti tracciati e precedentemente richiamati.

A tale ricostruzione non osta l'art. 1, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, nella versione vigente dal 31 luglio 2021, a seguito delle modifiche operate da ultimo dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni da l. 29 luglio 2021, n. 108, ai sensi del quale, <<2. Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione>>.

2.2. Nel caso di specie, con l'atto propulsivo della procedura in contestazione l'Ulss resistente ha, tra le altre cose:

- puntualizzato di procedere all'affidamento diretto, previa richiesta di preventivi, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a) del D. Lgs. n. 50/2016, ed ai sensi dell'art. 1 commi 1 e 2 della Legge n.120 del 11 settembre 2020;

- premesso che l'assegnazione della fornitura sarebbe stata effettuata a favore del miglior offerente, tenuto conto degli elementi economici e tecnici delle singole proposte e sulla base di una valutazione e di una proposta di aggiudicazione da parte di esperti dell'Azienda Ulss 8 Berica;

- precisato, a più riprese, che, trattandosi di affidamento diretto ai sensi dell'art. 36 comma 2, lettera a) del D.Lgs. 50/2016, la Stazione Appaltante sarebbe rimasta investita del più ampio potere discrezionale in ordine all'acquisto di cui trattasi;

- previsto una procedura con suddivisione di "offerta tecnica" e "offerta economica";

- indicato che l'aggiudicazione sarà effettuata, a lotto unico, previa idoneità tecnico/qualitativa, secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lettera b) del D. Lgs. 50/2016;

- ulteriormente precisato di riservarsi, a proprio insindacabile giudizio, da un lato, la facoltà di non procedere all'aggiudicazione, nel caso in cui non ritenga meritevole di approvazione e/o conveniente sotto il profilo tecnico-economico e/o organizzativo l'offerta presentata, ai sensi dell'art. 94 comma 2 e dell'art. 95 comma 12 del D.Lgs. 50/2016; dall'altro lato di annullare la procedura in qualsiasi momento, senza che l'offerente possa avanzare pretese di qualsiasi genere e natura, fatta salva, se richiesta, la motivazione;

- ancora, precisato di riservarsi la facoltà di non aggiudicare nel caso in cui pervenga un'unica offerta o nel caso in cui al termine delle valutazioni tecnico/economica permanga un'unica offerta.

2.3. La P.a., quindi, ha certamente superato il problema dell'applicazione del principio di rotazione nella fase degli "inviti", aprendo la procedura sostanzialmente a tutti gli interessati.

Non solo, ma avrebbe anche, teoricamente, "depotenziato" la cogenza del principio di rotazione individuando un criterio di scelta sotto il profilo economico molto chiaro ed oggettivo - il minor prezzo -, a fronte di una mera previsione di "idoneità" dell'offerta tecnica.

Infatti, come accennato, il provvedimento recante "affidamento diretto, previa richiesta di preventivi" prevedeva all'art. 6 ("svolgimento della procedura) che <<l'aggiudicazione sarà effettuata, a lotto unico, previa idoneità tecnico/qualitativa, secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lettera b) del D. Lgs. 50/2016>>.

Nel caso di specie, ciò avrebbe determinato, pacificamente, l'affidamento del contratto in esame in favore della ricorrente, atteso il minor prezzo offerto da quest'ultima rispetto a quello offerto dall'odierna controinteressata.

D'altronde, l'Amministrazione ha inteso derogare lo stesso criterio di scelta da essa medesima individuato, attraverso quel potere discrezionale del quale, come visto, si era riservata l'esercizio, procedendo ad un affidamento in favore dell'odierna controinteressata, contraente uscente, sulla scorta di una motivazione che, d'altronde, non rispecchia gli stringenti requisiti indicati dalla giurisprudenza che precede.

Infatti, la valutazione del gruppo di lavoro datata 26 maggio 2021 si limita a sottolineare che <<alla nostra valutazione sono risultate idonei sia i prodotti della ditta Lifetech Care SRL sia quelli della ditta CAIR Italia. Esprimiamo, però, una preferenza per i prodotti della ditta CAIR Italia perché rappresenta la migliore proposta per rapporto qualità/prezzo sulla base delle seguenti motivazioni: - il biberon della ditta Lifetech Care SRL presenta una doppia scala graduata (italiana e anglosassone)

che non è richiesta e potrebbe creare confusione, la prima tacca del biberon è a 10 ml, inoltre il biberon non è trasparente come è invece quello della ditta CAIR Italia; - nella scheda tecnica delle tettarelle della ditta Lifetech Care SRL non è specificato il livello di sterilità (non è dato sapere se sia equivalente alla sterilità ottenuta tramite ossido di etilene ovvero 10 alla -6 UFC/ml come invece è specificato nelle schede dei biberon); i flussi delle tettarelle della ditta Lifetech Care SRL sono poco visibili, le tettarelle sono di materiale più rigido rispetto a quelle della ditta CAIR Italia, la scala graduata della capsula di protezione della tettarella Lifetech Care SRL non è visibile, per cui preclude l'alimentazione a bicchierino o la misurazione di piccole quantità di liquidi>>.

Si tratta, quindi, di una mera preferenza tecnica, un giudizio che, come tale, non è sufficiente a derogare al principio di rotazione, tanto più, come detto, alla luce degli elementi di “autovincolo” imposti dalla stessa Amministrazioni, dovendosi peraltro garantire il rispetto dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti.

Ciò che rileva, infatti, nel caso di specie, in modo certamente dirimente, è il fatto che il soggetto affidatario è in concreto risultato non una terza impresa concorrente, ma proprio il fornitore uscente, di talché deve certamente essere garantito il rispetto dei principi sanciti al comma 1 dell'art. 36, non avendo l'Amministrazione resistente fatto buon governo degli stessi.

La P.a., infatti, derogando agli stessi limiti e criteri valutativi da essa imposti, così favorendo la contraente “uscente”, ha esercitato un potere discrezionale per la cui legittimità, alla luce dei principi sanciti dall'art. 36 comma 1 d.lgs. n. 50 del 201 (in particolare, il principio di rotazione), nonché quello di par condicio e di affidamento, il provvedimento di “aggiudicazione” della fornitura avrebbe dovuto essere assistito da una motivazione rafforzata idonea a giustificare l'inevitabilità – fondata su circostanze oggettive particolarmente rilevanti – della scelta di affidare la fornitura proprio all'operatore economico “uscente”.

Poiché l'Amministrazione non ha individuato tali “radicali” ragioni derogatorie né nell'ambito della motivazione del provvedimento impugnato, né nel presente giudizio, certamente il ricorso deve essere accolto e la deliberazione n. 1434 del 12/08/2021 dell'Azienda Ulss n. 8 Berica deve essere annullata, dovendosi ritenere inefficace il contratto medio tempore eventualmente sottoscritto con la controinteressata, e dovendo l'Amministrazione procedere alle determinazioni di competenza alla luce dei criteri sopra esposti.

In tal senso, la domanda di risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente, formulate da parte ricorrente, non possono essere accolte: la prima (implicante la condanna dell'Amministrazione alla stipula del contratto con la società ricorrente) permanendo in capo alla P.a. il potere – dovere di rideterminarsi sulle “offerte” delle imprese in “gara” e, quindi, sull'affidamento del contratto, con conseguente applicazione dell'art. 34, comma 2, cpv, c.p.a.; la seconda in quanto parte ricorrente non ha, comunque, allo stato, dedotto e dimostrato i danni subiti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, in conformità al d.m. n. 55 del 2014 e ss.mm.ii.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e per le ragioni sopra esposte e, per l'effetto, annulla la deliberazione n. 1434 del 12/08/2021 dell'Azienda Ulss n. 8 Berica;

respinge le domande risarcitorie formulate da parte ricorrente;

condanna parte resistente a rifondere a parte ricorrente le spese del presente giudizio che si liquidano in Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Nasini

IL PRESIDENTE

Alessandra Farina

IL SEGRETARIO