

## Procedura negoziata e criterio di rotazione: tra esigenza di celerità e principio del favor participationis.

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 18-2-2020

1. Consentire, come ritenuto dal giudice di primo grado, ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell'esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l'ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative. Se, dunque, si consentisse quel che il giudice di primo grado auspica, il numero degli operatori presenti in gara sarebbe destinato ad aumentare, teoricamente senza limiti, poiché non è preventivamente immaginabile quanti operatori possano venire a conoscenza della procedura ed avere interesse a prendervi parte, ed una procedura ipotizzata come di rapida conclusione finirebbe con il richiedere tempi (per l'esame dei requisiti di ammissione e delle offerte proposte, ma anche, è possibile pensare, per le eventuali contestazioni dell'operato della stazione appaltante) molto più lunghi di quelli preventivati; sicuramente, ad ogni modo, l'amministrazione non sarebbe più in grado di governare i tempi della procedura.

### Guida alla lettura

La questione è quella relativa alla possibilità che alla procedura disciplinata dall'art. 36 comma 2 del D.lgs. 50/2016 (di seguito "Codice") abbia titolo a partecipare anche un operatore economico che non sia stato invitato.

Il CGA ritiene che tale possibilità si ponga in contrasto con la ratio stessa delle procedure sottosoglia, che è quella di contemperare il principio di concorrenza con quello di celerità e di semplificazione del procedimento. Esso quindi sostiene che a tali procedure possano partecipare soltanto i soggetti che siano stati invitati dalla PA, in quanto aprire il procedimento anche ad operatori non invitati (i quali siano egualmente venuti a conoscenza del medesimo, attraverso le forme pubblicitarie previste per legge) significherebbe vanificare i principi di economicità e di proporzionalità, che non caso sono previsti dall'art. 30 comma 1 del Codice in posizione di pari rilevanza rispetto a quelli di concorrenza e di massima partecipazione (e non come subordinati a questi ultimi).

Si tratta di verificare se la soluzione adottata dal CGA si possa considerare effettivamente inattuabile.

Per quanto riguarda il comma 2 lett. b), la norma prevede la possibilità di "affidamento diretto

*previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. ... L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati."*

Il fatto che l'avviso sui risultati debba contenere l'elenco dei soggetti invitati dalla stazione appaltante, lascerebbe intendere che effettivamente vi sia poco spazio per eventuali operatori i quali abbiano fatto domanda di partecipazione senza essere stati formalmente invitati.

E' però anche vero che l'art. 36 comma 1 – nel prevedere il "rispetto del principio di rotazione degli inviti", il che conferma indubbiamente come le procedure sottosoglia siano caratterizzate dal potere della stazione appaltante di decidere chi invitare – stabilisce anche che tali procedure debbano essere gestite in modo tale da "assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese".

Ora, non è detto che tale partecipazione debba dipendere, solo ed esclusivamente, dalla scelta discrezionale della PA di invitare o meno.

Il Codice, per tutelare la partecipazione delle PMI, prevede diverse agevolazioni a favore di queste ultime: p. es., per le procedure gestite da centrali di committenza, si deve promuovere "un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e l'effettiva partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal Codice" (art. 41 comma 1); p. es. la suddivisione dell'appalto in lotti deve comportare che il valore dei singoli lotti sia idoneo a favorire l'accesso delle PMI (art. 51 comma 1); p. es. la norma in base alla quale l'offerta deve contenere, a pena di esclusione, l'impegno di un fideiussore per la garanzia definitiva, non si applica alle PMI (art. 93 comma 8).

In realtà, però, le norme sopra citate non possono essere utilizzate come argomenti per dimostrare che nelle procedure sottosoglia gli operatori possono chiedere di partecipare anche se non invitati.

Infatti: l'art. 41 comma 1 fa riferimento alle procedure gestite da centrali di committenza – quindi ad una particolare tipologia di appalti – ed in ogni caso fa salve le disposizioni del Codice, tra cui rientra quindi anche l'art. 36 comma 2 lett. b); l'art. 51 prevede che alla suddivisione in lotti la stazione appaltante possa anche derogare, fornendo una congrua motivazione; l'art. 93 comma 8 dice semplicemente che le PMI sono esonerate dall'obbligo della garanzia definitiva, ma ciò presuppone che esse siano state invitate (la norma parla di "offerta").

Probabilmente, allora, un appiglio potrebbe essere rappresentato dall'art. 29 comma 1 del Codice.

Questo prevede che vengano pubblicati sul sito dell'Ente "tutti gli atti" della procedura, senza distinzione alcuna tra procedure con inviti e procedure aperte.

La finalità di conoscibilità dell'attivazione di una determinata procedura deve essere garantita indistintamente a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla partecipazione. Se veramente la partecipazione di un operatore fosse subordinata, sempre e comunque, al previo invito della stazione appaltante, la norma avrebbe dovuto essere di questo tenore: "la pubblicazione sul sito è obbligatoria solo nelle procedure nelle quali la stazione appaltante non ha previamente selezionato gli operatori da invitare". Invece, l'art. 29 impone la pubblicità per tutte le procedure, anche per quelle in relazione alle quali la PA abbia preventivamente individuato i soggetti da invitare, segno che anche l'operatore (non invitato), il quale si accerti dell'avvio di una procedura di affidamento, avrà in tal modo la possibilità di presentare autonomamente la propria candidatura.

Non avrebbe senso prevedere la pubblicità, indistintamente di tutti gli atti di tutte le procedure, se non si desse poi, anche alle Imprese non invitate, la possibilità di partecipare: sarebbe un onere senza senso, ossia un adempimento privo di utilità concreta in quanto, da un lato, si darebbe a tutti gli operatori (nessuno escluso) la opportunità di conoscere le procedure in atto, ma, dall'altro lato, si sbarrerebbe la strada a quelli che la stazione appaltante ha scelto di non invitare.

Del resto proprio il citato adempimento pubblicitario è lo strumento mediante cui tutti gli operatori possono verificare il rispetto o meno del principio di rotazione: se un operatore, che fino a quel momento non è mai stato invitato dalla stazione appaltante, si accorge, visionando la Determina a contrarre, che la PA continua a non rispettare il criterio di rotazione degli inviti, egli ha il pieno diritto di segnalare tale violazione alla stessa PA, affinché questa provveda ad ampliare la cerchia degli invitati.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA**

**Sezione giurisdizionale**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 695 del 2019, proposto dal Comune di Ragusa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Boncoraglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Di Fil s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Impresa Scifo Giorgio non costituita in giudizio;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 1380/2019, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Di Fil s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 il Cons. Antonino Caleca e uditi per le parti l'avvocato Elisa Gullo su delega dell'avvocato Sergio Boncoraglio e l'avvocato Nazareno Pergolizzi su delega dell'avvocato Benedetta Caruso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Il Comune di Ragusa indiceva una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) per l'affidamento dei "lavori necessari per la messa in sicurezza dei solai dell'edificio scolastico Cesare Battisti" per un importo posto a base di gara pari a € 149.866,29 per lavori a misura, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

Pertanto il Comune sul profilo del committente del proprio sito web pubblicava la determinazione dirigenziale n. 251 del 09 ottobre 2018.

Tale determinazione aveva reso conoscibile l'intenzione del Comune di indire una procedura negoziata senza pubblicazione del bando. Nell'atto pubblicato venivano indicati l'importo dei lavori e la modalità di affidamento dei lavori (art. 36, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 50/2016).

A seguito della pubblicazione di tale determinazione non erano pervenute richieste di invito alla gara.

Pertanto il Comune con lettera prot. 113320 del 12 ottobre 2018 invitava a presentare offerta n. 20 imprese estrapolate dagli elenchi degli operatori economici per i lavori in economia del Comune e qualificate ad eseguire i lavori indicati nella precedente determina

Entro il termine di scadenza di presentazione delle offerte pervenivano n. 12 offerte tra le quali quella dell'impresa Di Fil s.r.l. pur non essendo stata invitata.

In data 29 ottobre 2018, nel corso della prima seduta di gara l'odierna appellata veniva esclusa perché non invitata e nel prosieguo la gara veniva aggiudicata all'impresa Scifo Giorgio in base al minor prezzo.

L'impresa esclusa chiedeva al Comune di adottare un provvedimento di annullamento della propria esclusione ma l'Amministrazione ribadiva la correttezza del proprio operato con nota del 7 novembre 2018 richiamando le modalità della procedura di gara che aveva scelto e valorizzando il profilo della segretezza dell'elenco dei soggetti invitati a partecipare alla gara stessa.

2. Avverso la suddetta nota, il verbale di esclusione del 29 ottobre 2018, la nota prot. n. 113320 del 12 ottobre 2018 con la quale venivano invitate 20 imprese, la determina a contrarre n. 251 del 9 ottobre 2018, "per l'affidamento dell'appalto sotto soglia comunitaria – aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando, proponeva ricorso l'odierna appellata, lamentando:

- la violazione degli artt. 36 e 63 d.lgs. 50/2016 e dei principi di *favor participationis*, di concorrenza e non discriminazione nelle gare pubbliche, non esistendo alcuna norma che faccia divieto ad un'impresa non invitata di partecipare ad una gara di appalto, allorché essa soddisfi tutti i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante.

- in subordine, l'illegittimità dell'intera procedura, avendo l'amministrazione fatto ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, in carenza dei presupposti di legge e di un'adeguata motivazione.

Con ricorso per motivi aggiunti, la Di Fil s.r.l. impugnava la determinazione dirigenziale n. 2086 del 4 dicembre 2018 di aggiudicazione definitiva nei confronti dell'impresa Scifo Giorgio.

3. Con la sentenza impugnata, la III Sezione del TAR Catania accoglieva il primo motivo di ricorso, previo assorbimento degli ulteriori profili di censura.

4. Ha proposto appello il Comune di Ragusa affidando le proprie doglianze a due motivi.

Con il primo si eccepisce la nullità della sentenza di primo grado per violazione dell'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 sostenendo che il Comune ha agito legittimamente escludendo dalle procedure di gara l'operatore economico non invitato.

Con il secondo motivo si denuncia la violazione del principio di segretezza dell'elenco dei soggetti invitati a presentare l'offerta poiché l'anonimato dei concorrenti risponde alla necessità di proteggere la competizione pubblica dai tentativi di accordi tra i partecipanti e proteggere gli stessi da minacce e intimidazioni.

5. Le parti hanno presentato memorie ribadendo i propri punti di vista.

6. Con provvedimento cautelare è stata sospesa l'efficacia della sentenza di primo grado.

7. All'udienza del 15 gennaio 2020 il ricorso è stato assunto in decisione.

8. L'appello è fondato.

La questione più rilevante e che merita preventivo scrutinio è quella relativa alla possibilità che alla procedura disciplinata dall'art. 36, comma 2, del codice dei contratti pubblici abbia titolo a partecipare anche un operatore economico che non sia stato invitato.

Sul punto si sono confrontati approcci teorici che hanno differentemente risposto al quesito alla stregua dell'interesse ritenuto prevalente: l'ampliamento della concorrenza da una parte e le esigenze di celerità dall'altra.

In realtà anche nella procedura relativa ai contratti sotto soglia la concorrenza viene adeguatamente garantita.

La procedura in oggetto rispetta i principi della concorrenza e della non discriminazione attraverso la rigida previsione del criterio della rotazione, sia che lo si ritenga applicabile fin dalla fase degli inviti sia che lo si invochi solo al momento dell'aggiudicazione. La rigidità del principio tempera il rischio del possibile arbitrio che potrebbe determinare il sorgere di rapporti "preferenziali" tra l'amministrazione e l'operatore economico.

Convincente e condivisibile è l'approdo giurisprudenziale cui è pervenuto il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 6160/2019, pubblicata il 12 settembre 2019:

"L'art. 36 (Contratti sotto soglia) comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che: "...le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: ...c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici".

E' prevista, dunque, una prima fase – di individuazione degli operatori tramite indagine di mercato ovvero consultazione di elenco di operatori economici precedentemente costituito – e una seconda fase, di vera e propria contrattazione, nella quale sono esaminate le offerte degli operatori precedentemente invitati a partecipare.

La procedura descritta si distingue, pertanto, dalle ordinarie procedure di affidamento per essere l'amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale a presentare la sua offerta e non, come normalmente accade, l'operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara.

Consentire, come ritenuto dal giudice di primo grado, ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell'esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la

sequenza descritta e ripristinare l'ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative.”

Le specifiche regole, continua la sentenza, “si giustificano perché la procedura – di valore inferiore alle soglie comunitarie (anche se, invero, non certo modesta in senso assoluto) – possa svolgersi più rapidamente; rapidità – inutile negarlo – che deriva anche dal numero, che si vuole limitato, dei partecipanti.

Se, dunque, si consentisse quel che il giudice di primo grado auspica, il numero degli operatori presenti in gara sarebbe destinato ad aumentare, teoricamente senza limiti, poiché non è preventivamente immaginabile quanti operatori possano venire a conoscenza della procedura ed avere interesse a prendervi parte, ed una procedura ipotizzata come di rapida conclusione finirebbe con il richiedere tempi (per l'esame dei requisiti di ammissione e delle offerte proposte, ma anche, è possibile pensare, per le eventuali contestazioni dell'operato della stazione appaltante) molto più lunghi di quelli preventivati; sicuramente, ad ogni modo, l'amministrazione non sarebbe più in grado di governare i tempi della procedura.”

Nel procedimento relativo agli affidamenti sotto soglia si riscontra, come detto, l'applicazione del criterio della rotazione. Solo per le gare sotto soglia vige tale principio che rimane estraneo a quelle sopra soglia. Il criterio è finalizzato a garantire la massima partecipazione e tende a tutelare gli operatori economici di medie e piccole dimensioni soddisfacendo le esigenze rappresentate più volte dalla giurisprudenza della Corte Europea.

Il motivo di appello pertanto è fondato ed assorbente di ogni ulteriore rilievo mosso con l'appello principale.

9. Per completezza deve ora scrutinarsi la censura mossa dalla parte oggi appellata con il ricorso introduttivo in primo grado riproposto, solo con memoria, in appello, avente ad oggetto la critica relativa alla mancanza del bando pubblico nell'esplicitarsi della gara in oggetto che, se accolta, avrebbe un effetto demolitorio.

Il motivo non è fondato.

Si è in presenza di un procedimento disciplinato nella sua interezza e scandito in fasi ben individuate.

Nel caso che ci occupa il Comune ha agito in modo corretto:

- ha richiamato esplicitamente l'art. 36, comma 2 lett. b) del codice degli appalti;
- ha rispettato tutte le fasi del procedimento dando conto delle ragioni della propria scelta, indicando le ragioni dell'urgenza, con motivazioni che devono definirsi scevre da censure;
- ha individuato le imprese da invitare, in numero superiore a quanto richiesto, estraendole dall'albo degli operatori economici del Comune;



Del resto la scelta di procedere nel suddetto modo segue il fatto che il primo invito pubblico avente ad oggetto i lavori in questione ed opportunamente pubblicato sul sito web del Comune non aveva sortito alcun effetto poiché nessun operatore economico aveva risposto, compresa l'odierna appellante.

Ecco allora la scelta di procedere con le modalità concretamente adottate ed il numero degli operatori invitati, superiore a quello imposto dalla norma, è tale da garantire la possibilità di una scelta giusta e conveniente per l'Amministrazione.

Rilevante, si precisa, è la circostanza che gli invitati siano stati estrapolati da un apposito elenco degli operatori economici del Comune che era stato stilato con modalità di evidenza pubblica.

Evidenzia parte appellante:

“Il Comune di Ragusa ha scelto la seconda opzione, ossia ha individuato i soggetti partecipanti dall'apposito elenco di operatori economici creato per scegliere i soggetti da invitare ad una determinata procedura negoziata, suddiviso per categorie merceologiche; l'albo è stato creato, a suo tempo, attraverso la pubblicazione di un avviso pubblico sul profilo del committente.”

A prescindere pertanto dalla denunciata assenza di un bando non vi è dubbio che nel caso che ci occupa siano stati rispettati i principi della pubblicità e della trasparenza, come richiamati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea non risultando violate le regole della concorrenza e non discriminazione tra gli operatori economici.

Non deve essere accolto, pertanto, il secondo motivo del ricorso proposto in primo grado dalla parte oggi appellata e riproposto solo con memoria.

10. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto ed in riforma dell'impugnata sentenza va respinto il ricorso di primo grado; per l'effetto rivivono i provvedimenti annullati dal Tar.

11. Le spese dei due gradi di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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



