

L'artificioso frazionamento della gara: la necessità di esternare ragioni idonee a giustificare il frazionamento dell'appalto su base temporale.

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 13-9-2021

E' illegittima la determinazione a contrarre che non contiene alcuna esternazione delle ragioni idonee a giustificare il frazionamento dell'appalto su base temporale, limitandosi a rappresentare la necessità del rispetto del principio di rotazione e di garantire la continuità del servizio.

Guida alla lettura

Con determinazione a contrarre della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Prato, è stata avviata una procedura negoziata mediante richiesta di offerta su MEPA per l'affidamento del servizio di vigilanza degli uffici giudiziari di Prato, dal 4 dicembre 2020 al 3 agosto 2022 (venti mesi), per un valore stimato dell'appalto pari ad € 738.528,00, pertanto al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria, di cui all'art. 35, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'allegato IX dove è contemplato, tra i vari, il servizio di vigilanza.

Coerentemente con quanto previsto dall'art. 36, comma 1 del citato D.Lgs. n. 50/2016, a seguito della determinazione a contrarre tramite procedura negoziata, ex art. 36, comma 2, lett. b) del Codice, la S.A. ha ritenuto di non invitare l'affidataria uscente del servizio, trovandosi poi a dover affrontare la stessa dinnanzi al T.A.R. Toscana per alcune censure presentate in sede di ricorso. In particolare, l'operatore economico uscente lamentava il fatto che la S.A. avrebbe determinato in venti mesi la durata del servizio di vigilanza per porsi appena al di sotto del valore della soglia di rilevanza comunitaria, pari a € 750.000,00, considerato che l'importo stimato dell'appalto è stato pari a € 738.528,00, con una differenza di circa 11.000,00 €.

Si tratta, secondo l'O.E., di un appalto frazionato, allo scopo di evitare una procedura aperta, poiché qualora la durata dello stesso fosse stata congegnata per due anni – e non venti mesi come previsto negli atti di gara – la S.A. avrebbe dovuto tener conto del superamento della soglia comunitaria e quindi aprire al mercato

Oltre alla mancata adozione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi, rilevata in sede di giudizio, il Giudice di primo grado ha ritenuto di non condividere la tesi proposta dal

ricorrente O.E., poiché “l'appalto di servizi di vigilanza è stato unitariamente considerato dalla Procura di Prato quanto al suo oggetto, mentre quanto a durata temporale, essa è addirittura superiore a quella del servizio in corso, stabilita in 12 mesi, prorogabili per un massimo di 6 mesi”, precisando, altresì, che tale attività rientra all'interno dell'esercizio della propria insindacabile discrezionalità della S.A.: pertanto, il periodo mediamente annuale di durata del servizio risponderebbe meglio alle proprie esigenze.

Con appello interposto nei confronti della sentenza del T.A.R. Toscana Sez. II, il ricorrente – gestore uscente del servizio, non invitato alla procedura negoziata in applicazione del principio di rotazione – ha reiterato le sue contestazioni, precisando che la S.A. avrebbe dovuto attivare una procedura aperta, anziché la negoziata, predeterminando immotivatamente la durata del servizio di vigilanza a venti mesi.

Sul punto, risulta importante chiarire che l'art. 35, comma 6 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede espressamente la possibilità di frazionare un appalto solo nel caso in cui “ragioni oggettive” dovessero giustificare tale attività.

Al contrario, la S.A., nella determinazione a contrarre - così come rilevato dal C.d.S., Sez. V - non ha esternato alcuna ragione idonea a giustificare il frazionamento dell'appalto su base temporale, limitandosi a rappresentare la necessità del rispetto del principio di rotazione e di garantire la continuità del servizio. Inoltre, il G.A. si sofferma anche sulla assenza della programmazione biennale ai fini degli acquisti di beni e servizi che, ancorché essa abbia carattere cogente per l'Amministrazione, riveste altresì carattere strumentale per un utilizzo razionale delle risorse, evitando eventuali frazionamenti degli affidamenti: in pratica, qualora la S.A. avesse previsto una programmazione dei beni e servizi e all'interno della stessa il servizio di vigilanza degli Uffici giudiziari (che agli atti parrebbe essere “*necessario e irrinunciabile in quanto funzionale al mantenimento di adeguati livelli di sicurezza pubblica*”), non ci sarebbe stata una limitazione temporale se non coerente con la citata programmazione biennale.

Conclude, pertanto, il giudice di II grado, accogliendo il ricorso e per effetto, riformando la sentenza appellata e annullando il provvedimento impugnato, “in assenza di motivazione sulle ragioni del frazionamento, l'artificialità del medesimo può essere dimostrata in via indiziaria; a tale dimostrazione concorre la prefissazione della durata del contratto a venti mesi, implicante il raggiungimento di un importo che lambisce la soglia comunitaria, non coerente con la programmazione biennale, e soprattutto con l'affermazione che i servizi di vigilanza sono necessari ed irrinunciabili in quanto funzionali al mantenimento di adeguati livelli di sicurezza pubblica ed all'ordinato svolgimento dell'attività giudiziaria, così da risultare illogica una durata limitata nel tempo, se non con lo scopo di non superare la soglia comunitaria, che appare, dunque l'obiettivo, non dichiarato *apertis verbis*, ma evidentemente strumentale, che domina la determinazione gravata”.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9833 del 2020, proposto da
Corpo Vigili Giurati s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Angelo Annibali e Marco Orlando, con domicilio digitale come da PEC
Registri di Giustizia;

contro

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Prato, non costituita in giudizio;
Ministero della giustizia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi,
12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sez. II, n. 1495
del 2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2021 il Cons. Stefano Fantini; nessuno è
comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Corpo Vigili Giurati s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 23 novembre
2020, n. 1495 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, che ha respinto il
suo ricorso avverso la determinazione a contrarre n. 139 del 2020 con la quale la Procura della
Repubblica presso il Tribunale di Prato ha avviato una procedura negoziata mediante richiesta

di offerta su MEPA per l'affidamento del servizio di vigilanza degli uffici giudiziari di Prato, posti in Piazzale Falcone e Borsellino, civico n. 8, per il periodo dal 4 dicembre 2020 al 3 agosto 2022 (e dunque per venti mesi).

Il valore stimato dell'appalto ammonta ad euro 738.528,00 e dunque si attesta subito al di sotto della soglia dei servizi di cui all'allegato IX del d.lgs. n. 50 del 2016, pari ad euro 750.000,00.

La società appellante è il gestore uscente del servizio e non è stata invitata a partecipare in applicazione del principio di rotazione; è venuta occasionalmente a conoscenza della gara, in data 7 ottobre 2020, e ha proposto istanza di riesame nell'assunto che l'amministrazione abbia posto in essere un artificioso frazionamento della gara, in assenza del quale sarebbe stato necessario il ricorso alla procedura aperta di valore superiore alla soglia, ma tale istanza è stata respinta dalla Procura della Repubblica in data 12 ottobre 2020.

Con il ricorso di primo grado la Corpo Vigili Giurati s.p.a. ha impugnato gli atti di gara deducendone l'illegittimità nell'assunto che la Procura della Repubblica avrebbe dovuto procedere con procedura aperta, anziché con la negoziata e contestando l'immotivata predeterminazione della durata del servizio di vigilanza a venti mesi, laddove solamente dieci giorni in più avrebbero comportato il superamento delle soglie, con conseguente esclusione del principio di rotazione, oltre che il difetto di un'adeguata programmazione biennale.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso, nella considerazione che *«l'appalto di servizi di vigilanza [...] è stato unitariamente considerato dalla Procura di Prato quanto al suo oggetto, mentre, quanto a durata temporale, essa è addirittura superiore a quella del servizio in corso, stabilita in 12 mesi, prorogabili per un massimo di 6 mesi»*, inferendone dunque come *«la stazione appaltante abbia ritenuto, nell'esercizio della propria insindacabile discrezionalità, il periodo mediamente annuale di durata del servizio, quello meglio rispondente alle proprie esigenze»*; in tale contesto la sentenza ha ritenuto inammissibili i residui motivi dedotti per carenza di interesse, in ragione del fatto che, in applicazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 2 del d.l. n. 76 del 2020, alla ricorrente era preclusa la partecipazione alla gara.

3.- Con l'appello la società Corpo Vigili Giurati ha dedotto l'erroneità della sentenza reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, attinenti all'assenza di programmazione ed all'artificioso frazionamento temporale che ha posto la base di gara strumentalmente al di sotto della soglia comunitaria, lamentando altresì l'omessa pronuncia sull'istanza istruttoria finalizzata alla produzione in giudizio dei provvedimenti riguardanti la programmazione e la progettazione della procedura di gara.

4. - Si è costituito in resistenza il Ministero della giustizia chiedendo genericamente la reiezione del ricorso in appello.

5. - All'udienza pubblica del 10 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello si articola in due punti; anzitutto viene dedotta l'assenza della programmazione biennale ai fini degli acquisti di beni e servizi (di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed agli artt. 6 e 7 del d.m. 16 gennaio 2018, n. 14) criticandosi la sentenza per omessa pronuncia al riguardo, tanto più rilevante in ragione dell'interrelazione tra assenza di programmazione e frazionamento della durata dell'appalto.

La censura è fondata.

Non sussiste una giurisprudenza consolidata sull'efficacia della programmazione degli acquisiti e dunque sulle conseguenze dell'assenza della medesima; è però indubbio che l'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 ne enuclea una portata obbligatoria, con un'evidente finalità di pianificazione e di trasparenza.

Anche a postularne un'efficacia di mera programmazione, di strumento di pianificazione della spesa, con carattere cogente nei soli confronti dell'amministrazione (in termini Cons. Stato, IV, 18 febbraio 2016, n. 651), non può negarsi l'incidenza della stessa sotto il profilo dell'impiego razionale delle risorse, e dunque, per coerenza, ammettersi che la carenza di programmazione possa riflettersi sulla frammentazione degli affidamenti. Almeno in questi termini il motivo appare dunque fondato, come pure in ragione della mancata indicazione delle ragioni che consentivano (a termini dell'art. 7 del d.m. n. 14 del 2018) di effettuare servizi e forniture non inserite nell'elenco.

2. - Maggiore pregnanza assume il sub-motivo con cui si deduce l'artificioso frazionamento temporale dell'appalto, con durata di soli venti mesi, onde rimanere al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria (per soli 11.000 euro), in violazione di quanto prescritto dall'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre sarebbero bastati dieci giorni in più per superare la predetta soglia; peraltro appare incoerente una siffatta durata con la programmazione biennale, in quanto non è consentito che nello stesso ambito programmatico possano coesistere due o più procedure per lo stesso servizio, ma "spezzettate". Per l'appellante, se il bisogno è biennale, la durata del contratto deve essere almeno biennale; in ogni caso, ai sensi dell'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, il frazionamento deve essere correlato a "ragioni oggettive", che non sono invece esternate nella deliberazione a contrarre.

La fondatezza del motivo appare evidente proprio nella prospettiva da ultimo evidenziata.

L'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che *«un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino»*. Nella fattispecie controversa la determinazione a contrarre non contiene alcuna esternazione delle ragioni idonee a giustificare il frazionamento dell'appalto su base temporale, limitandosi a rappresentare la necessità del rispetto del principio di rotazione e di garantire la continuità del servizio.

In assenza di motivazione sulle ragioni del frazionamento, l'artificialità del medesimo può essere dimostrata in via indiziaria; a tale dimostrazione concorre la prefissazione della durata del contratto a venti mesi, implicante il raggiungimento di un importo che "lambisce" la soglia comunitaria, non coerente con la programmazione biennale, e soprattutto con l'affermazione

che «i servizi di vigilanza degli Uffici giudiziari sono necessari ed irrinunciabili in quanto funzionali al mantenimento di adeguati livelli di sicurezza pubblica ed all'ordinato svolgimento delle attività giudiziarie», si da risultare illogica una durata limitata nel tempo, se non con lo scopo di non superare la soglia comunitaria, che appare dunque l'obiettivo, non dichiarato *apertis verbis*, ma evidentemente strumentale, che domina la determinazione gravata.

3. – L'accoglimento dello scrutinato motivo fa perdere di interesse alla disamina del terzo motivo, reiterativo di un'istanza istruttoria volta ad ottenere la produzione in giudizio dei provvedimenti adottati nella fase della programmazione e della progettazione della procedura.

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, nei limiti dell'interesse.

Va invece respinta la domanda di risarcimento del danno, in quanto posta in via subordinata, e comunque perché priva di qualunque allegazione e dimostrazione.

La natura della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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