

L'applicabilità del principio di rotazione e gli avvisi "aperti" preliminari di indagine di mercato. Ma cosa avviene per gli affidamenti diretti?

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 5-6-2024

E' esclusa l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non opera alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione, proprio perché tale condizione esclude, sul piano sostanziale, la configurabilità di una procedura negoziata.

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 3290 del 2023, proposto da Corpo Vigili Giurati s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9256491A03, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Tricamo, Antonietta Favale e Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Livorno, Consip s.p.a., non costituite 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;

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sez. II, n. 135 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e di Rangers s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2023 il Cons. Stefano Fantini; viste le conclusioni delle parti come da verbale;

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 10 febbraio 2023, n. 135 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, che ha respinto il suo ricorso avverso il provvedimento con il quale la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Livorno ha aggiudicato la gara indetta sul portale MePA per l'affidamento del servizio di vigilanza attiva degli uffici giudiziari dei Comuni di Livorno e Portoferraio, per il periodo di diciotto mesi, alla Rangers s.r.l.

Il procedimento è principiato con l'avviso pubblico in data 31 agosto 2021 per la presentazione di manifestazioni di interesse a partecipare alla procedura negoziata; detto procedimento è stato poi annullato in autotutela in data 28 marzo 2022, con previsione dell'indizione di una nuova procedura di gara alle stesse condizioni della precedente. In data 15 settembre 2022 la Procura della Repubblica ha indetto la nuova procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016; la lettera di invito è stata inoltrata a cinque operatori economici, tra cui l'appellante e la controinteressata, in particolare agli stessi operatori che avevano aderito all'avviso pubblico.

All'esito della procedura è risultata aggiudicataria la Rangers s.r.l. con punti 91,3, mentre l'appellante seconda graduata con punti 83,42.

Con il ricorso di primo grado la Corpo Vigili Giurati s.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione in favore della società Rangers deducendo la violazione del principio di rotazione degli inviti in

quanto l'impresa aggiudicataria era gestore uscente.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso, nella considerazione che la procedura di gara ha avuto inizio con l'avviso pubblico per la presentazione di manifestazioni di interesse a partecipare pubblicato il 31 agosto 2021, che non recava alcuna limitazione al numero di operatori da invitare alla fase successiva; la gara è dunque proseguita con l'invito di tutti gli operatori che avevano espresso il proprio interesse a partecipare e si è poi spostata nel MePA con la presentazione delle offerte; *«è poi intervenuto (a causa di un malfunzionamento del sistema MePA ed a seguito del pronunciamento cautelare da parte di questo Tribunale) il provvedimento della Procura di Livorno di revoca in autotutela del 28 marzo 2022, il quale però ha investito espressamente la lettera d'invito di cui al prot. 5378/2021 e tutti gli atti ad essa successivi, ma non gli atti antecedenti alla gara vera e propria costituiti dall'avviso pubblico e dalle manifestazioni d'interesse, che invece sono stati fatti salvi»*. Ha ritenuto la sentenza che non sia stato pertanto violato il principio di rotazione, in quanto il presupposto della sua applicazione è che vi sia un affidamento diretto o comunque ristretto, mentre nella fattispecie controversa non è configurabile una procedura negoziata ristretta, atteso che la Procura aveva nel 2021 pubblicato un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti prescritti, dovendosi escludere qualsiasi intervento dell'amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura.

3.- Con l'appello la società Corpo Vigili Giurati ha dedotto l'erroneità della sentenza reiterando, alla stregua di motivo di critica della sentenza, la censura di primo grado, attinente alla violazione del principio di rotazione degli affidamenti, nell'assunto della natura ristretta della procedura di affidamento *de qua*, conseguenza del fatto che la stazione appaltante ha inteso annullare la procedura nella sua interezza e non solo limitatamente alla lettera di invito.

4. - Si sono costituiti in resistenza il Ministero della giustizia e la Rangers s.r.l. eccependo l'inammissibilità del ricorso in appello per carenza di interesse atteso che alla procedura selettiva del 2019, conclusasi con l'aggiudicazione a Rangers, ha partecipato anche la società Corpo Vigili Giurati, che dovrebbe dunque anch'essa essere esclusa dalla gara, e comunque la sua infondatezza nel merito.

5. - All'udienza pubblica del 30 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è incentrato sulla contestazione della motivazione della sentenza di prime cure che ha ritenuto inapplicabile alla procedura il principio di rotazione, nel convincimento che la gara avesse natura aperta agli operatori economici e non già ristretta. Deduce l'appellante che l'annullamento (erroneamente indicato, nella sola intestazione, come revoca) in autotutela dell'avviso pubblico non avrebbe interessato solamente la lettera di invito del 2021 e gli atti ad essa successivi (ipotesi nella quale, come ritenuto dal primo giudice, sarebbero fatti salvi l'avviso pubblico e le manifestazioni di interesse, sì da giustificare l'invio del nuovo invito agli stessi operatori che avevano manifestato interesse nel 2021), ma la gara nella sua interezza; conseguentemente, la procedura oggetto della presente impugnazione dovrebbe intendersi a

tutti gli effetti come una nuova procedura, caratterizzata dal limitato e ristretto invito a partecipare ad alcuni operatori economici discrezionalmente stabiliti dalla stazione appaltante. Ciò in quanto l'annullamento in autotutela della procedura comporterebbe l'annullamento di tutte le fasi che la compongono, a partire dall'adesione manifestata dall'operatore economico all'avviso pubblico di indizione di una specifica gara, con la conseguenza che la nuova procedura indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 configurerebbe una procedura negoziata di natura ristretta, per la quale avrebbe dovuto trovare applicazione il principio di rotazione. Per l'appellante, tale soluzione troverebbe conferma anche nel portale MePA, da cui si evincerebbe che l'amministrazione ha selezionato la procedura ristretta.

L'appello è infondato.

Pur rinvenendosi nella parte motiva del provvedimento della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Livorno alcuni elementi di incertezza formale/definitoria, il dispositivo è invece chiaro nel disporre di «*annullare in via di autotutela la gara per la fornitura del servizio di sicurezza complementare mediante vigilanza privata armata presso gli Uffici giudiziari di Livorno per un periodo di 18 mesi, di cui al prot. 5378/2021*» (quest'ultimo corrispondendo alla lettera di invito e disciplinare di gara).

L'ambito oggettivo dell'annullamento è desumibile dal tenore complessivo del provvedimento e dunque, come *supra* osservato, dal dispositivo, ma anche dall'enucleazione dei profili di illegittimità posti a base del provvedimento in autotutela riguardanti problematiche del procedimento di gara essenzialmente attinenti alla fase di formulazione dell'offerta economica (per malfunzionamento della piattaforma del sistema MePA), sì che l'applicazione del generale principio di conservazione dei valori giuridici non richiede che l'annullamento retroagisca ad un segmento del procedimento antecedente a quello risultato viziato.

Ciò significa che, in coerenza con il criterio dell'*utile per inutile non vitiatur*, l'annullamento disposto con il provvedimento in data 28 marzo 2022 ha interessato il segmento procedimentale successivo alla fase aperta (e dunque la sola fase negoziata), senza inficiare la selezione introdotta, in assenza di alcuna limitazione in ordine al numero degli operatori da invitare, con l'avviso pubblico del 31 agosto 2021, al quale avevano fatto seguito le apposite manifestazioni di interesse. La conferma di ciò va ravvisata nel fatto che alla nuova procedura rinnovata sono stati invitati, in data 15 settembre 2022, gli stessi operatori che avevano manifestato, nel 2021, il proprio interesse alla gara.

E' costante la giurisprudenza nell'escludere l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, III, 4 febbraio 2020, n. 875), proprio perché tale condizione esclude, sul piano sostanziale, la configurabilità di una procedura negoziata.

2. - La reiezione nel merito dell'appello esime il Collegio dalla disamina della preliminare eccezione di inammissibilità (per carenza di interesse) del ricorso, svolta in primo grado e poi riproposta in questa fase di appello a mente dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., nella

considerazione che anche la società Corpo Vigili Giurati aveva partecipato alla precedente procedura selettiva del 2019, nella quale Rangers s.r.l. era risultata aggiudicataria e non poteva pertanto essere invitata proprio in applicazione del principio di rotazione.

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore delle parti resistenti, delle spese di giudizio, liquidate in euro tremila/00 (3.000,00) per ciascuna.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

Guida alla lettura:

La procedura contestata di cui alla sentenza oggetto del presente commento ha avuto inizio con l'avviso pubblico per la presentazione di manifestazioni di interesse a partecipare, che non recava alcuna limitazione al numero di operatori da invitare alla fase successiva; la gara è dunque proseguita con l'invito di tutti gli operatori che avevano espresso il proprio interesse a partecipare e si è poi spostata nel MePA con la presentazione delle offerte; «è poi intervenuto (a causa di un malfunzionamento del sistema MePA) il provvedimento di annullamento in autotutela, il quale però ha investito espressamente la lettera d'invito e tutti gli atti ad essa successivi, ma non gli atti antecedenti alla gara vera e propria costituiti dall'avviso pubblico e dalle manifestazioni d'interesse, che invece sono stati fatti salvi».

Il previgente art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 prevedeva che le stazioni appaltanti procedono *“per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all’articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante 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. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l’acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati”*.

A seguito di apposito avviso di indagine di mercato, la Stazione appaltante ha provveduto ad inoltrare a cinque operatori economici la lettera di invito.

All’esito della procedura, la seconda impresa concorrente ha impugnato l’aggiudicazione deducendo la violazione del principio di rotazione degli inviti in quanto l’impresa aggiudicataria era gestore uscente.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che non sia stato violato il principio di rotazione, in quanto il presupposto della sua applicazione è che vi sia un affidamento diretto o comunque ristretto, mentre nella fattispecie controversa non è configurabile una procedura negoziata ristretta, atteso che la S.A. aveva pubblicato un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti prescritti, dovendosi escludere qualsiasi intervento dell’amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura.

Effettivamente, per problemi informatici, la S.A. ha dovuto annullare la procedura indetta tramite MEPA, senza tuttavia fare alcun riferimento al procedimento connesso all’individuazione degli operatori economici di cui all’avviso di indagine di mercato pubblicato precedentemente, cristallizzando – pertanto – il numero e gli operatori economici ammessi alla fase di negoziazione.

Nel giudizio di secondo grado, il ricorrente ha contestato l’inapplicabilità alla procedura del principio di rotazione, sull’assunto che la gara avesse natura aperta e non già ristretta. Ha dedotto l’appellante che l’annullamento in autotutela dell’avviso pubblico non avrebbe interessato solamente la lettera di invito e gli atti ad essa successivi ma la gara nella sua interezza; conseguentemente, la procedura oggetto della impugnazione dovrebbe intendersi a tutti gli effetti come una nuova procedura, caratterizzata dal limitato e ristretto invito a partecipare ad alcuni operatori economici discrezionalmente stabiliti dalla stazione appaltante. Ciò in quanto l’annullamento in autotutela della procedura comporterebbe l’annullamento di tutte le fasi che la compongono, a partire dall’adesione manifestata dall’operatore economico all’avviso pubblico di indizione di una specifica gara, con la conseguenza che la nuova procedura indetta ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 configurerebbe una procedura negoziata di natura ristretta, per la quale avrebbe dovuto trovare applicazione il principio di rotazione.

Il giudice di secondo grado di cui alla sentenza in esame ha precisato tuttavia che il provvedimento di annullamento è stato chiaro e interessava solo il segmento procedimentale successivo alla fase aperta (e dunque la sola fase negoziata), senza inficiare la selezione introdotta con l'avviso pubblico, al quale avevano fatto seguito le apposite manifestazioni di interesse.

E' costante la giurisprudenza nell'escludere l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, III, 4 febbraio 2020, n. 875), proprio perché tale condizione esclude, sul piano sostanziale, la configurabilità di una procedura negoziata.

Si tratta di una procedura avviata ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016. In proposito, oltre ad effettuare una disamina della disposizione sotto il profilo connesso alla fattispecie in esame, risulta interessante anche condurre lo sguardo verso l'attuale Codice.

La sentenza in esame risulta interessante per effettuare un confronto rispetto all'attuale previsione normativa che, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 36/2023, prevede l'*"affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante"*.

Inoltre, l'art. 50, comma 1, lett. e) del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che le stazioni appaltanti possano procedere tramite *"procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14."*

L'attuale Codice quindi garantisce la consultazione di più operatori economici, individuati anche in base ad indagini di mercato. Tuttavia, l'art. 49, comma 5 del D.Lgs. n. 36/2023, riferendosi alle sole procedure negoziate senza bando (e non alle ipotesi degli affidamenti diretti), precisa che *"Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata"*.

Alla luce di quanto sopra, si evince quindi che per gli affidamenti diretti non è prevista una previa indagine di mercato per come previsto per le procedure negoziate, di cui all'allegato II.1 al Codice, ma una semplice consultazione di più operatori economici. Tuttavia, ai fini del rispetto del principio di rotazione degli affidamenti, l'art. 49 comma 2 del D.Lgs. n. 36/2023 stabilisce che è vietato **l'affidamento** (per quanto di interesse per il presente commento) o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella

stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.