

La non applicazione del principio di rotazione in assenza della discrezionalità selettiva della stazione appaltante

di Rosaria Russo

Data di pubblicazione: 17-3-2025

La natura aperta della procedura, non sussistendo in capo alla stazione appaltante alcuna discrezionalità nel selezionare gli operatori economici ammessi alla gara, esclude l'applicazione del principio di rotazione.

Pubblicato il 17/01/2025

N. 00366/2025REG.PROV.COLL.

N. 02035/2024 REG.RIC.

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 2035 del 2024, proposto da BdM Banca s.p.a. (già Banca Popolare di Bari s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG ZED36CCADC, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Matteo Ferrario, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Arpal Puglia – Agenzia Regionale per le politiche attive del lavoro, non costituita in giudizio;

nei confronti

Banca Popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Clarizia, con domicilio digitale come da

PEC Registri di Giustizia;
Innovapuglia s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sez. III, n. 254 del 2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Banca Popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a. e l'appello incidentale dalla stessa proposto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2024 il Cons. Stefano Fantini; preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli Avv.ti Ferrario e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La BdM Banca s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 1 marzo 2024, n. 254 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sez. III, che ha accolto sia il suo ricorso principale (allora, quale Banca popolare di Bari s.p.a.), sia il ricorso incidentale della Banca popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a., per l'effetto confermando l'esclusione dalla gara della ricorrente principale.

L'odierna appellante ha impugnato in primo grado il provvedimento con cui l'ARPAL Puglia-Agenzia regionale per le politiche attive del lavoro ne ha disposto l'esclusione dalla procedura di gara, gestita attraverso la piattaforma di *e-procurement* EmPulia, per l'affidamento del servizio di tesoreria e cassa, di durata triennale, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo. Detta procedura era stata preceduta da un avviso pubblico per la consultazione preliminare di mercato, pubblicata sul profilo della ARPAL, sul Sistema informativo telematico del MIT, nonché sulla piattaforma EmPulia, al fine di consentire che più operatori possibili manifestassero il proprio interesse alla gestione del servizio. alcuna limitazione è stata apposta alla partecipazione degli operatori economici, prevedendosi che *«la stazione appaltante inviterà alla gara tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti che abbiano presentato regolare richiesta di partecipazione all'avviso pubblico per la consultazione preliminare di mercato»*.

In riscontro all'avviso hanno manifestato interesse cinque operatori economici, venendo tutti invitati a presentare l'offerta; di questi la hanno presentata solamente l'appellante BdM e la Banca popolare di Puglia e Basilicata.

Nella seduta del 21 novembre 2022 la Commissione ha deliberato l'esclusione della BdM, gestore uscente, avendo indicato, nell'offerta economica, un valore pari a zero in relazione alla voce "C3" (così esprimendo una rinuncia al corrispettivo per la voce "*commissione bonifici su altra banca*"); ciò nell'assunto dell'illegittimità della rinuncia che priverebbe l'offerta di un elemento essenziale.

Con il ricorso in primo grado la società BdM Banca ha impugnato il provvedimento di esclusione, deducendo che la *lex specialis* non recava alcuna preclusione alla formulazione di un'offerta pari ad euro "0,00" per una soltanto delle componenti del servizio, e che la rinuncia al compenso per una parte dei servizi è ricorrente nelle procedure per l'aggiudicazione (della concessione) del servizio di tesoreria e cassa; ha altresì impugnato l'aggiudicazione in data 24 novembre 2022 in favore della Banca popolare di Puglia e Basilicata.

2. – La controinteressata Banca di Puglia e Basilicata, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della BdM allegando la violazione del principio di rotazione, che avrebbe dovuto impedirle la partecipazione alla procedura di gara quale gestore uscente del servizio.

3. - La sentenza appellata ha accolto sia il ricorso principale che quello incidentale, «*con l'effetto di confermare l'esclusione dalla gara della Banca popolare di Bari s.p.a., ricorrente principale e gestore uscente del servizio*». In particolare, con riguardo al ricorso principale, ha ritenuto dirimente la circostanza per cui il bando non vietava l'indicazione dello zero nella formula considerata. Quanto al ricorso incidentale, la sentenza ha affermato che l'ammissione alla gara della BdM sia avvenuta in violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, che impedisce al gestore uscente di essere invitato e di rendersi nuovamente affidatario del medesimo servizio, fruendo di indebite asimmetrie informative, conseguenti all'esatta conoscenza delle necessità ed esigenze della stazione appaltante; tale regola è stata ritenuta cogente vertendosi al cospetto di una procedura di affidamento diretto del servizio di cassa (ex art. 1, comma 3, del d.l. n. 76 del 2020), preceduto da un'indagine di mercato per la selezione degli operatori da invitare, e dunque in assenza di una gara ordinaria.

4.- Con il ricorso in appello la BdM Banca s.p.a. ha dedotto l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'assunto che si tratti di una procedura aperta e che comunque sussistevano le ragioni per la deroga alla rotazione, essendo previsto un criterio di aggiudicazione (quello del prezzo più basso) privo di discrezionalità ed avendo l'amministrazione espressamente dato atto della pregressa positiva esperienza.

5. - La Banca popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a. ha proposto appello incidentale avverso la statuizione di accoglimento del ricorso principale (avente riguardo all'esclusione dell'offerta della BdM Banca in relazione alla voce "C3"), lamentando, tra l'altro, una motivazione generica ed assertiva.

6. - Entrambe le parti resistono agli appelli avversari chiedendone la reiezione.

7. -All'udienza pubblica del 19 settembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Principiando dalla disamina dell'appello principale, BdM Banca s.p.a. critica l'applicazione, in suo danno, da parte del primo giudice, del principio di rotazione, a suo dire non conferente con il carattere aperto della procedura, priva di ogni discrezionalità nella selezione dei partecipanti, e rispetto alla cui operatività la stazione appaltante aveva comunque diffusamente motivato la sussistenza delle condizioni per derogarvi. Sotto il primo profilo, allega l'appellante che l'avviso pubblico per la consultazione preliminare di mercato, all'art. 8, prevedeva l'invito alla presentazione dell'offerta economica in favore di tutti gli operatori che avessero manifestato interesse ed in possesso dei requisiti di ammissione. E comunque la procedura in questione evidenzia assenza di discrezionalità anche in considerazione del fatto che è stato adottato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. In subordine, ove si ritenga comunque applicabile il principio di rotazione, per l'appellante, erronea è la sentenza ove ha ritenuto insussistenti i presupposti per procedere all'invito della BdM Banca, non tenendo in considerazione quanto esposto nell'atto dirigenziale n. 810 del 4 ottobre 2023 in ordine al difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del rapporto con l'operatore uscente.

L'appello principale è fondato e va dunque accolto.

E' opportuno, in breve, per meglio definire la natura della gara, premettere che l'avviso pubblico per la consultazione preliminare di mercato sul portale telematico Empulia adottato da ARPAL-Puglia in data 15 giugno 2022, con finalità dichiaratamente esplorativa (indagine conoscitiva volta a favorire la partecipazione e la consultazione di operatori economici) precisa chiaramente, all'art. 8 ("procedura di gara"), che *«l'Amministrazione, tramite piattaforma Empulia, provvederà ad invitare -alla fase successiva di presentazione dell'offerta economica- gli operatori che abbiano utilmente formulato la manifestazione di interesse e rispettino i requisiti di ammissione»*. Tale concetto risulta confermato nel successivo art. 9 dell'avviso pubblico, prevedente che *«successivamente la Stazione Appaltante inviterà alla gara tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti che abbiano presentato regolare richiesta di partecipazione all'avviso pubblico per la consultazione preliminare di mercato»*.

L'avviso pubblico in esame, dunque, non contiene limitazioni alla presentazione delle manifestazioni di interesse ed inoltre dispone chiaramente la automatica partecipazione alla successiva procedura di tutti gli operatori, in possesso dei requisiti, che abbiano formulato la manifestazione di interesse.

Dalle descritte caratteristiche si desume la natura aperta della procedura, non sussistendo in capo alla stazione appaltante alcuna discrezionalità nel selezionare gli operatori economici ammessi alla gara.

Tanto è vero che hanno presentato la manifestazione di interesse cinque operatori e tutti sono stati invitati da ARPAL a presentare la propria offerta; in riscontro a detto invito solamente due la hanno presentata (le odierne appellanti, principale ed incidentale).

Né è ravvisabile discrezionalità nel criterio di aggiudicazione, avendo previsto la lettera di

invito, all'art. 9, quello del *“minor prezzo offerto mediante ribasso sul compenso annuo per il servizio in oggetto”*.

In tale contesto, appare al Collegio non condivisibile l'assunto di primo grado secondo cui si imponeva la rotazione ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, con esclusione dalla partecipazione del gestore uscente BdM Banca, vertendosi al cospetto di una procedura *«volta all'affidamento diretto del servizio di cassa ex art. 1, comma 3, del d.l. n. 76/2020, preceduto da un'indagine di mercato per la selezione degli operatori da invitare ma senza una gara ordinaria»*; ciò nella considerazione ulteriore che *«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»*.

La giurisprudenza prevalente afferma, invero, al riguardo, che il principio di rotazione delle imprese partecipanti ad una gara non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3999). Nella fattispecie controversa si ha una “peculiare” consultazione preliminare di mercato sul portale telematico Empulia senza limiti di partecipazione, prodromica non già ad una procedura negoziata ristretta (come sovente accade all'esito di indagini preliminari di mercato), ma, al contrario, idonea a delineare un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento della stazione appaltante nella fase di selezione o individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura. Per tale ragione non appare al Collegio rinvenibile il fondamento stesso del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, che, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle asimmetrie informative (Cons. Stato, V, 15 dicembre 2020, n. 8030), che potrebbero consentirgli di formulare un'offerta migliore rispetto ai concorrenti, specie nel contesto di mercati con un non elevato numero di operatori (Cons. Stato, V, 17 marzo 2021, n. 2292).

Si tratta, all'evidenza, di una situazione diversa rispetto a quella in cui la preventiva indagine di mercato non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva non vincolante, tesa all'individuazione di operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata (nel quale caso lo strumento della manifestazione di interesse non rende affatto superflua la rotazione : Cons. Stato, V, 6 giugno 2019, n. 3831).

Essendo assimilabile ad una procedura aperta al mercato, nella vicenda in esame non è applicabile il principio di rotazione; né osta a tale conclusione la circostanza per cui ARPAL abbia posto a base della gara l'art. 1, comma 2, lett. a), del d.l. n. 76 del 2020, disposizione emergenziale la cui efficacia era stata prorogata sino al 2023, in quanto ARPAL ha comunque inteso, *“ultra legem”*, garantire la massima apertura al mercato, con l'avviso al pubblico per la manifestazione di interesse e con la successiva automatica partecipazione di tutti gli operatori economici risultati in possesso dei requisiti richiesti, laddove la norma consentiva l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici (ovviamente, in tale caso, nel rispetto del principio di rotazione).

Si aggiunga, in conclusione, la considerazione che, con riguardo al criterio di aggiudicazione, la lettera di invito, all'art. 9, ha previsto il criterio del minore prezzo offerto mediante ribasso sul compenso annuo per il servizio in oggetto di cui all'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, e dunque un criterio automatico, «*in quanto trattasi di affidamento di servizi aventi caratteristiche standardizzate, secondo quanto definito da AgiD e non costituisce un servizio ad alta intensità di manodopera*»; anche sotto tale profilo (dell'apprezzamento delle offerte), dunque, risulta esclusa qualsivoglia discrezionalità in capo alla stazione appaltante. Il criterio di scelta del prezzo più basso è un criterio di carattere oggettivo, che assicura l'imparzialità di giudizio della stazione appaltante anche rispetto agli operatori economici che hanno già svolto il servizio (Cons. Stato, III, 25 aprile 2020, n. 2654).

2. – Procedendo ora alla disamina dell'appello incidentale proposto dalla Banca popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a., lo stesso si incentra sulla statuizione di accoglimento del ricorso principale avverso l'esclusione dalla gara della BdM, motivata dal Rup con riguardo al valore, pari a zero, dalla stessa banca offerto per la voce "C3-commissione bonifici su altra banca" (di cui all'art. 9 della lettera di invito). In particolare, la sentenza di prime cure ha ritenuto dirimente, ai fini del decidere, la circostanza per cui «*il bando non vietava l'indicazione dello zero nella formula considerata; sicché illegittimamente il concorrente è stato escluso su tali basi*».

La Banca popolare di Puglia e Basilicata deduce che legittimamente BdM è stata esclusa dalla gara per avere presentato un'offerta economica con una quotazione pari a zero per la voce C.3; al contrario, lamenta il difetto motivazionale della statuizione di primo grado impugnata e comunque la sua erroneità, nell'assunto che il valore zero offerto non consentiva di effettuare i calcoli secondo la formula prevista dalla *lex specialis*. L'appellante incidentale sostiene che si tratterebbe di un'offerta simbolica parziale, tale da vanificare l'operatività della formula matematica (del minor prezzo inversamente proporzionale) per l'attribuzione del punteggio. Se infatti l'offerta più bassa con valore simbolico pari a zero ottiene il punteggio massimo, tutte le altre offerte, avendo al numeratore il suddetto valore zero, non potranno ottenere altro punteggio che zero. Pur dunque non vietando la *lex specialis* l'indicazione dello zero, per l'appellante, tale valore offerto deve ritenersi precluso perché incompatibile con l'applicazione della formula matematica prevista ai fini del punteggio da assegnare.

L'appello incidentale, pur evidenziando delle problematiche applicative nell'assegnazione del punteggio, conseguenti all'offerta con valore zero per la voce C.3, è infondato e va dunque respinto.

Va anzitutto precisato che il vizio di motivazione della sentenza (salvo che nel caso di difetto assoluto, nel caso di specie non ravvisabile) non comporta la rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105 cod. proc. amm., potendo essere emendato in sede di appello in virtù dell'effetto devolutivo (in termini Cons. Stato, III, 9 aprile 2020, n. 2349; Ad. plen., 30 luglio 2018, n. 11).

Ciò chiarito, va considerato che la lettera d'invito ha previsto il criterio del minor prezzo offerto mediante ribasso sul compenso annuo per il servizio. La Sezione, già in sede cautelare (ord. 24 febbraio 2023, n. 761), ha rilevato come la formula di interpolazione lineare mira a premiare

in modo deciso il ribasso, non potendosi dunque escludere un'offerta pari a zero (equivalente a mancata offerta, nel senso di rinuncia ad alcun corrispettivo per le operazioni bancarie di bonifico su altri istituti di credito) per una voce di un'offerta composta da più voci, a condizione che sia complessivamente affidabile e seria (ma questo profilo, se del caso, avrebbe imposto una verifica di anomalia).

Né può dirsi che l'offerta a valore zero determini l'inapplicabilità della formula matematica per il computo del relativo punteggio, quanto piuttosto ne condiziona il risultato comparativo, fermo restando che tale "non offerta", per singole voci, era consentita a ciascun partecipante alla gara.

Va, del resto, considerato che l'eventuale incoerenza della formula matematica elaborata per tradurre in algoritmo il criterio di assegnazione del punteggio non può prevalere sul criterio, e cioè sullo scopo perseguito; come è stato affermato in giurisprudenza, seppure in una diversa fattispecie, "*è l'algoritmo che deve adeguarsi alla norma e non la norma cedere all'inidoneo algoritmo*" (Cons. Stato, V, 22 agosto 2022, n. 7357). Ciò significa anche che la formula matematica va applicata con ragionevolezza, salvaguardando l'interesse dell'amministrazione (anche disponendo minime correzioni quantitative dell'offerta ricevuta) senza dare luogo ad inammissibili (in quanto non previste dalla *lex specialis*) esclusioni dalla gara, fermo restando anche, in casi estremi, l'eventuale esercizio del potere di autotutela.

3. – Alla stregua di quanto esposto, l'appello principale va accolto, mentre l'appello incidentale va respinto; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado della BdM Banca s.p.a., con conseguente annullamento della disposta esclusione, declaratoria di inefficacia della convenzione per la gestione triennale del servizio di cassa stipulata in data 21 marzo 2024 da ARPAL Puglia con la Banca popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a. e subentro nel servizio della BdM Banca s.p.a.

Le spese del doppio grado 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, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado della BdM Banca s.p.a., con conseguente annullamento della disposta esclusione, declaratoria di inefficacia della convenzione del servizio di cassa stipulata da ARPAL Puglia con la Banca popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a. e subentro nel servizio della BdM Banca s.p.a.

Condanna la Banca popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a. alla rifusione, in favore della BdM Banca s.p.a., delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in euro quattromila/00 (4.000,00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato ribadisce quanto già rilevato dalla giurisprudenza prevalente (tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999) in ordine alla **non applicazione del principio di rotazione** delle imprese partecipanti ad una gara laddove il **nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione al numero di operatori economici da invitare**.

E ciò è quanto cristallizzato oggi nell'art. 49 del d.lgs. n. 36/2023 ove, al comma 5, per i contratti affidati con le procedure negoziate senza bando, recita che: *"... 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"*.

Nella fattispecie in esame, il Consiglio di Stato evidenzia la "peculiare" consultazione preliminare di mercato sul portale telematico Empulia senza limiti di partecipazione, prodromica non già ad una procedura negoziata ristretta (come sovente accade all'esito di indagini preliminari di mercato), ma, al contrario, idonea a delineare un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento della stazione appaltante nella fase di selezione o individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura.

Infatti, la selezione era volta all'affidamento diretto del servizio di cassa ex art. 1, comma 3, del d.l. n. 76/2020, preceduto da un'indagine di mercato con la successiva automatica partecipazione di tutti gli operatori economici risultati in possesso dei requisiti richiesti, nonostante la norma consentisse l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici: in questo caso, però, nel rispetto del principio di rotazione.

Pertanto, nella fattispecie esaminata, per il Consiglio di Stato neanche si configura il fondamento stesso del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti che è volto a prevenire rendite di posizione per il gestore uscente in procedure negoziate ristrette o dirette

ove l'amministrazione sceglie gli operatori economici da invitare.

La sentenza stabilisce l'inapplicabilità del principio di rotazione in procedure strutturate su automatismi di partecipazione evidenziando il concetto secondo cui **il principio serve solo quando è necessaria una tutela aggiuntiva**, ovvero nelle **negoziazioni con discrezionalità selettiva**, in quanto esso «*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), con lo scopo di **evitare la formazione di rendite di posizione**, consentendo la realizzazione dell'effettiva concorrenza, attraverso la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione della prestazione oggetto dell'affidamento.