

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 2946 del 28 marzo 2024

Appalti di servizi – Principio di rotazione – Non si applica se SA non limita il numero degli operatori da selezionare

Publicato il 28/03/2024

N. 02946/2024REG.PROV.COLL.

N. 03290/2023 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 3290 del 2023, proposto da (...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

(...), (...) s.p.a., non costituite in giudizio;

Ministero (...), 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

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), 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 (...) e di (...) 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 (...) 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 (...) ha aggiudicato la gara indetta sul portale MePA per l'affidamento del servizio di vigilanza attiva degli uffici giudiziari dei Comuni di (...) e (...), per il periodo di diciotto mesi, alla (...) 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 (...) 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 (...) s.r.l. con punti 91,3, mentre l'appellante seconda graduata con punti 83,42.

Con il ricorso di primo grado la (...) s.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione in favore della società (...) 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 (...) 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 (...) 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 (...) 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 (...) e la (...) 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 (...), ha partecipato anche la società (...), 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 (...) 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 (...) aveva partecipato alla precedente procedura selettiva del 2019, nella quale (...) 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

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO