

APPALTI - PRINCIPIO DI ROTAZIONE - PROCEDURE NEGOZiate - SELEZIONE DEGLI INVITATI - AVVISO PUBBLICO PER SELEZIONARE GLI INVITATI - ESCLUSIONE

Quando l'amministrazione procede all'individuazione degli operatori da invitare alle procedure negoziate attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici non trova applicazione il principio di rotazione, perché si è sostanzialmente fuori dalle procedure negoziate.

Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 5741 del 2024

Publicato il 28/06/2024

N. 05741/2024REG.PROV.COLL.

N. 06144/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6144 del 2023, proposto da [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura [REDACTED] rappresentata e difesa dagli avvocati [REDACTED] [REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

██████████ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ██████████, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente *pro tempore*;
Ministero della Giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*;
entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione Prima), 11 luglio 2023, n. 1019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio de ██████████ del Ministero della Giustizia, della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2023 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli ██████████, e l'avvocato dello Stato ██████████

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ██████████ ha partecipato alla procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, senza previa pubblicazione di un bando di gara, indetta dalla Procura della Repubblica di Crotone per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso gli Uffici giudiziari di Crotone, risultando aggiudicataria, per un importo complessivo di 743.000,00 euro, calcolato per una durata contrattuale di 24 mesi.

1.1. La società [REDACTED] seconda classificata, ha impugnato l'aggiudicazione innanzi al T.a.r. per la Calabria, sede di Catanzaro, che ha accolto la domanda cautelare per la violazione del principio di rotazione (essendo *Pol Service* appaltatore uscente, che non avrebbe dovuto essere invitato ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016).

1.2. La stazione appaltante ha ritenuto, quindi, di dover annullare in autotutela l'intera procedura di gara e avviare la procedura per l'indizione di una nuova gara. Anche il predetto annullamento d'ufficio è stato impugnato, con motivi aggiunti, dalla ricorrente [REDACTED].

1.3. Con sentenza 11 luglio 2023, n. 1019, il T.a.r. per la Calabria ha accolto i motivi aggiunti, annullando il provvedimento del 3 febbraio 2023 che aveva annullato in autotutela la gara; ha accolto, altresì, il ricorso principale e ha annullato il provvedimento di aggiudicazione del 5 dicembre 2022 per violazione del principio di rotazione, sull'assunto che [REDACTED] aveva eseguito l'appalto nel periodo immediatamente precedente la gara di cui trattasi.

2. La [REDACTED], rimasta soccombente, ha proposto appello, deducendo plurime censure avverso la sentenza di cui chiede la integrale riforma.

3. Resistono in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero della Giustizia, chiedendo che l'appello sia respinto.

4. Si è costituita in giudizio anche la società controinteressata [REDACTED] la quale ripropone i motivi non esaminati dal primo giudice, ai sensi dell'art. 101, comma 2, e conclude per la reiezione del gravame in quanto infondato.

5. All'udienza del 5 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Con il primo motivo (pp. 6-8 dell'atto di appello), la società appellante sostiene che il primo giudice avrebbe errato nel non rilevare l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse, posto che la ricorrente in primo grado ([REDACTED] [REDACTED]) doveva essere esclusa dalla procedura in applicazione del principio di

rotazione (essendo stata invitata a partecipare alle precedenti procedure di cui ai bandi del 2018 e del 2020) e non avrebbe avuto, pertanto, interesse a proporre analoga censura avverso l'invito alla procedura di ██████████

6.1. Il motivo, più che infondato, è inammissibile, considerato che l'appellante ██████████ (che ha rivestito il ruolo di controinteressata nel giudizio di primo grado) avrebbe dovuto far valere la censura con l'impugnazione incidentale del provvedimento di ammissione alla procedura di gara della società ██████████ deducendone l'illegittimità per la violazione del principio di rotazione. La mancata proposizione del ricorso incidentale in primo grado comporta, pertanto, la incontestabilità dell'ammissione alla gara della società appellata.

7. Con il secondo motivo (pp. 8-14 dell'atto di appello), la società appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per aver ritenuto applicabile alla fattispecie il principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 2 *cit.*, in quanto il mercato dei servizi di vigilanza privata non consentirebbe, in modo strutturale, la rotazione degli inviti e degli affidamenti nel senso richiesto da parte ricorrente, a meno di una grave distorsione dello stesso, che si risolverebbe – principalmente – in danno dell'amministrazione.

In secondo luogo, con riferimento alla precedente procedura negoziata, svolta nell'anno 2020, effettivamente aggiudicata a ██████████ rileva che essa aveva ad oggetto un servizio di vigilanza armata differente per tipologia e per durata rispetto a quello oggetto di gara, il quale comprenderebbe nuovi e più ampi servizi rispetto alla precedente procedura (come risulterebbe, in particolare, dal confronto tra l'art. 2 dell'invito del 2020, da un lato, e gli artt. 2 e 3 dell'invito del 2022, dall'altro).

Difetterebbe quindi il presupposto dell'omogeneità delle prestazioni, necessario affinché operi il principio di rotazione.

In terzo luogo, nel caso di specie il principio di rotazione non troverebbe applicazione, posto che tutti gli operatori economici del settore, autorizzati ad

operare sul territorio della provincia di ██████████, sono stati invitati a presentare un'offerta, per cui la procedura in esame è sostanzialmente assimilabile ad una procedura aperta.

Ribadisce che, nei cc.dd. “mercati chiusi”, quale quello dei servizi di vigilanza, il principio di rotazione troverebbe una sua naturale attenuazione in ossequio al principio di concorrenza, cui è strumentale, per cui la rigida applicazione del criterio di rotazione comporterebbe una distorsione della concorrenza, perché l'amministrazione finirebbe per dover affidare il servizio – a rotazione – a ciascuno degli operatori sul mercato, indipendentemente dalla qualità e dal prezzo offerti, eliminando il confronto concorrenziale.

Altro elemento derogatorio all'applicazione del criterio di rotazione sarebbe costituito, secondo l'appellante, dall'alto grado di soddisfazione maturato dall'amministrazione a conclusione del precedente rapporto contrattuale.

7.1. Il motivo è infondato in tutti i profili dedotti.

7.2. È bene precisare che l'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*, al comma 6 prevede l'applicazione del principio di rotazione anche alle procedure negoziate (come disciplinate dal medesimo art. 63), quale è quella oggetto della presente controversia («*Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. [...]»*), estendendo in tal modo anche a dette procedure le regole e i principi affermati in giurisprudenza sulla base normativa costituita dall'art. 36, comma 2, del codice dei contratti pubblici del 2016.

7.3. In particolare, per quel che rileva nel caso di specie, i punti fermi in tema di principio di rotazione possono essere così riassunti:

- il criterio va distintamente riferito agli inviti (ove si proceda all'affidamento con i sistemi di cui alle lettere b) e c) dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 o alle procedure negoziate di cui all'art. 63 cit.) o agli affidamenti (ove si proceda ad affidamento diretto, lettera a) dell'art. 36 cit.);
- il principio costituisce certamente attuazione del principio di concorrenza, tendenzialmente diretto a evitare che si costituisca un monopolio da parte del precedente affidatario il quale sarebbe nella condizione di utilizzare le informazioni derivanti dallo svolgimento del servizio per formulare un'offerta migliore e perpetuare la gestione o l'esecuzione, e quindi evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato;
- nei casi in cui il criterio di rotazione riguardi la fase degli inviti, l'amministrazione appaltante deve escludere dalla platea degli invitati i precedenti gestori o affidatari, a meno che non accerti che il numero di operatori economici individuati (o individuabili) sia inferiore al numero minimo richiesto dalla norma (lett. b) e lett. c) dell'art. 36; art. 63, comma 6); in tale ultimo caso, motivando specificamente sulla insufficienza del numero minimo di operatori, l'amministrazione può invitare anche gli operatori economici precedenti affidatari (immediatamente precedenti);
- peraltro, l'invito rivolto al gestore uscente non potrebbe essere giustificato esclusivamente sulla base di un giudizio positivo alla luce del grado di soddisfazione maturato nello svolgimento del precedente rapporto contrattuale, sia perché il testo dell'art. 36, comma 2, non contempla tale limite applicativo (mentre un riferimento alla «*accurata esecuzione del precedente contratto*», quale elemento che giustifica l'affidamento al precedente gestore, è attualmente contenuto nell'art. 49 del d.lgs. n. 36 del 2023), sia perché il criterio di rotazione prescinde, in linea di principio, dal merito professionale del precedente gestore, non è diretta a garantire che alla procedura partecipino i migliori offerenti ma che i migliori non diventino

anche i monopolisti di fatto di quel segmento di mercato (mentre, invece, può essere sufficiente a giustificare il mancato invito del precedente affidatario un eventuale giudizio negativo, anche se il numero di operatori reperibili sul mercato sia inferiore a quello di legge).

- per i soggetti invitati nelle precedenti procedure negoziate e non risultati affidatari, il criterio è sostanzialmente inapplicabile, ove si tenga conto che la rotazione degli inviti è finalizzata a escludere – fin dall'avvio della procedura – l'operatore economico gestore uscente, al fine di evitare che possa essere affidatario;

- infine, va segnalato come si è andato consolidando in giurisprudenza l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (cfr. Consiglio di Stato, V, 13 ottobre 2020, n. 6168; id., 22 febbraio 2021 n. 1515), per cui quando l'amministrazione proceda all'individuazione degli operatori da invitare attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è sostanzialmente fuori dalle procedure negoziate disciplinate dall'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016.

7.4. Applicando gli enunciati principi al caso di specie, deve escludersi, in primo luogo, che le caratteristiche del mercato dei servizi di vigilanza possa sottrarlo all'applicazione del principio di rotazione, non essendo dimostrato che dette caratteristiche strutturali rientrino in alcuno dei limiti normativamente individuati per l'applicazione di detto criterio.

7.5. In secondo luogo, non ricorre nel caso di specie nemmeno l'esclusione del criterio di rotazione per il fatto che – come sostenuto dall'appellante – tutti gli operatori economici del mercato dei servizi di vigilanza, atteso che le allegazioni dell'appellata e la stessa relazione della Procura della Repubblica di Crotona sullo svolgimento della procedura negoziata, datata 11 gennaio 2023 (depositata in

primo grado in data 23 gennaio 2023), dimostrano che non tutte le imprese potenzialmente interessate sono state invitate (nella relazione della Procura, a pag. 2, si legge: «alla data di fine maggio 2022, momento in cui si è avviata l'istruttoria della procedura negoziata, soltanto 4 erano le imprese calabresi presenti sul Mepa»). Per cui la procedura negoziata in questione non può, ai fini dell'applicazione del principio di rotazione, essere assimilata a una procedura aperta.

8. Con il terzo motivo (14-16 dell'atto di appello), la ██████████ impugna la sentenza anche nella parte in cui ha accolto i motivi aggiunti proposti da ██████████ avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio della procedura di gara.

Deduce, sotto un primo profilo, l'inammissibilità dei motivi aggiunti in primo grado, per difetto di interesse della società ██████████ che non rivestirebbe, per la sua qualità di mera partecipante alla procedura, una posizione di interesse differenziato e qualificato idonea a impugnare il suddetto provvedimento.

Sotto altro profilo, anch'esso incidente sull'interesse a impugnare l'annullamento d'ufficio, rileva come proprio i motivi dedotti col ricorso introduttivo proposto dalla società ██████████ (che, in particolare, aveva denunciato la violazione del principio d'imparzialità da parte della commissione aggiudicatrice per avere predisposto le griglie di valutazione successivamente all'apertura delle buste dell'offerta tecnica) avrebbero giustificato l'annullamento d'ufficio dell'intera gara adottato dalla stazione appaltante.

8.1. Le censure sono infondate.

8.2. Come condivisibilmente affermato dal primo giudice, la società ██████████ ha interesse non solo a ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di ██████████ ma anche alla eliminazione del provvedimento con il quale l'amministrazione appaltante ha annullato in autotutela l'intera procedura

negoziata, considerato che anche quest'ultima decisione le preclude il conseguimento del bene della vita cui aspira, ossia l'aggiudicazione del contratto.

8.3. Né vale rilevare la coincidenza tra una delle censure dedotte con i motivi aggiunti e la illegittimità addotta dalla Procura per annullare d'ufficio la procedura negoziata, considerata la totale estraneità dei due procedimenti (quello in cui si inseriscono i motivi aggiunti, di natura giurisdizionale, da un lato; e quello amministrativo, dall'altro lato).

9. Con il quarto motivo (pp. 16-17 dell'atto di appello) ripropone, inoltre, l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo per omessa impugnazione della determinazione n. 222 del 20 marzo 2023, di affidamento diretto alla ██████████ con contestuale stipulazione del contratto.

9.1 Il motivo è infondato, atteso che la determinazione richiamata dall'appellante si limitava a disporre un affidamento provvisorio in favore di ██████████ fino «*all'esito del giudizio di merito del TAR Calabria nella procedura n. R.G. 56/2023*», ossia al giudizio definito in primo grado con la sentenza qui appellata; pertanto la determinazione appare del tutto estranea al perimetro dell'interesse fatto valere in giudizio dalla società La Torpedine e la sua mancata impugnazione non incide sulla persistenza di tale interesse.

10. Con il quinto motivo (pp. 17-21 dell'atto di appello), l'appellante critica nel merito la sentenza, per aver accolto i motivi aggiunti e annullato il provvedimento di autoannullamento della gara, pur sussistendo tutti gli elementi idonei a individuare il vizio di legittimità della procedura di gara, mediante il rimando *per relationem* all'ordinanza cautelare dello stesso Ta.r. (n. 61/2023), dovendo quindi qualificarsi il provvedimento come annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

In secondo luogo, l'appellante sostiene che la decisione della stazione appaltante non integra una mera esecuzione del "giudicato cautelare", ma costituisce esercizio

del potere di autotutela basato sulla condivisione della motivazione del provvedimento giurisdizionale, che ha posto alla base dell'annullamento d'ufficio dell'intera procedura l'assunto che non fosse possibile rinnovare la procedura eliminando solo il vizio denunciato (il riferimento è alla violazione del principio d'imparzialità da parte della commissione aggiudicatrice per avere predisposto le griglie di valutazione successivamente all'apertura delle buste dell'offerta tecnica, vizio che sarebbe stato accolto anche dall'ordinanza cautelare sopra citata), ma occorresse annullare l'intero procedimento.

Quanto alla violazione delle garanzie partecipative nel procedimento in autotutela, rispetto a [REDACTED] l'omissione sarebbe giustificata dal fatto che l'annullamento della gara conseguiva ad una segnalazione della stessa [REDACTED] e all'accoglimento delle tesi di una delle censure formulate nel ricorso giurisdizionale proposto da quest'ultima.

Anche la rilevata mancanza della comparazione di interessi sarebbe frutto di una errata valutazione giuridica del primo giudice, che non si sarebbe avveduto del fatto che la primazia dell'interesse pubblico all'eliminazione degli effetti di una gara viziata sotto il profilo dell'imparzialità e della trasparenza emergeva *ictu oculi* rispetto ai contrapposti interessi dei privati.

10.1. Il motivo è infondato.

10.2. Correttamente il primo giudice ha sottolineato come l'annullamento d'ufficio della procedura negoziata, di cui al provvedimento della Procura della Repubblica il provvedimento n. 10/23-“P”- del 3 febbraio 2023, si discostasse sotto diversi profili dallo schema normativo delineato dall'art. 21- *nonies* della legge n. 241 del 1990.

10.3. In disparte le considerazioni critiche svolte dal giudice di prime cure, in termini del tutto condivisibili, in ordine al richiamo operato nel provvedimento di annullamento d'ufficio alla motivazione dell'ordinanza cautelare del T.a.r., per

confermare la decisione appellata è sufficiente rammentare l'omissione della previa comunicazione di avvio del procedimento (dovuta, posto che il procedimento avente per oggetto l'annullamento d'ufficio di un provvedimento illegittimo non è – come noto – un procedimento ad iniziativa di parte); nonché *«l'assenza di una qualsivoglia evidenziazione circa l'avvenuta considerazione degli interessi, anche privati, tra loro contrapposti, da cui ragionevolmente ritenere prevalente l'interesse alla caducazione della procedura di gara sin dall'emanazione del bando»* (punto 11.2.9 della sentenza), altro essenziale elemento della fattispecie costitutiva del potere di annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21- *nonies*.

11. In conclusione, l'appello va integralmente respinto.

12. I motivi riproposti in via subordinata dall'appellata ██████████ ai sensi dell'art. 101, comma 2 del c.p.a., sono conseguentemente improcedibili per il sopravvenuto difetto di interesse.

13. La disciplina delle spese giudiziali del grado di appello segue la regola della soccombenza per quanto concerne i rapporti tra l'appellante e l'appellata ██████████ nei termini di cui al dispositivo.

Vanno compensate tra l'appellante e le amministrazioni appellate.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante ██████████ al pagamento in favore della Società ██████████ delle spese giudiziali del grado di appello, liquidate in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre 15% spese generali e accessori di legge.

Compensa le spese tra l'appellante e le pubbliche amministrazioni appellate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO