

APPALTI - PROCESSO - PRINCIPIO DI ROTAZIONE - AFFIDATARIO USCENTE - NATURA GIURIDICA - VIOLAZIONE - DEDUZIONE PROCESSUALE - IMPUGNAZIONE AGGIUDICAZIONE

La qualità di precedente affidatario del contratto non rappresenta un requisito di idoneità professionale - la cui carenza comporterebbe, nei limiti della disciplina transitoria, l'immediata impugnazione ai sensi dell'art. 120, c. 2 bis e 6 bis c.p.a. - e, di conseguenza, la violazione del principio di rotazione deve essere dedotta unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2182/2020

Publicato il 31/03/2020

N. 02182/2020REG.PROV.COLL.

N. 04868/2019 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 numero di registro generale 4868 del 2019, proposto da Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Sandulli e Benedetto Cimino, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

L'Eco della Stampa S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuzza, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Martinez in Roma, alla via Alessandria, n. 130;

nei confronti

Data Stampa S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, sez. II, n. 7062/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di L'Eco della Stampa S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2020 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Cimino e Moscuzza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1.- Con determina a contrarre in data 21 dicembre 2018, Cassa depositi e prestiti s.p.a. indiceva una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2 lettera *b*) del d. lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del “*servizio completo di rassegna stampa, ad uso dei propri uffici e delle società del gruppo*”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 80 punti per il merito tecnico dell'offerta e di 20 punti per l'offerta economica e per un valore complessivo di € 216.000,00 oltre IVA (pari al canone mensile, soggetto a ribasso, di € 9.000 per la durata dell'appalto, fissata in 24 mesi).

Entro il termine fissato dalla lettera di invito – inoltrata agli operatori di settore all'esito di apposita indagine effettuata nell'Albo fornitori – pervenivano solo due offerte da parte de L'Eco della Stampa s.p.a. e di Data Stampa s.r.l..

All'esito della ammissione e della successiva valutazione comparativa delle proposte, la Commissione, all'uopo designata, riteneva largamente più vantaggiosa,

sia sul piano tecnico che su quello economico, l'offerta di Data Stampa s.r.l., a cui favore pertanto con provvedimento in data 14 marzo 2019 veniva disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, con pedissequa sottoscrizione in data 17 aprile 2019 del contratto e affidamento del servizio.

2.- Con rituale ricorso presso il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'agenzia L'Eco della Stampa s.p.a. impugnava gli atti di gara, lamentando – con unico, articolato motivo di doglianza – violazione del principio di rotazione degli affidamenti scolpito, per gli affidamenti sotto la soglia di rilevanza europea, dall'art. 36 del *Codice*.

Assumeva infatti che Data Stampa S.r.l. non avrebbe potuto essere invitata a partecipare alla selezione, in quanto già affidataria del servizio negli anni precedenti.

3.- Con la sentenza distinta in epigrafe, resa in forma semplificata nel rituale contraddittorio delle parti, il primo giudice accoglieva il ricorso, sull'argomentato e concorrente assunto:

a) che, in punto di rito, il ricorso – per quanto non preceduto dalla tempestiva impugnazione del provvedimento di ammissione in gara dell'aggiudicataria controinteressata – dovesse ritenersi ammissibile, posto che il rispetto del principio di rotazione non atteneva ai requisiti di ordine soggettivo, la cui verifica era assoggettata al regime della impugnazione immediata di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* cod. proc. amm.;

b) che, nel merito, il ridetto principio avrebbe imposto alla stazione appaltante l'alternativa o di non invitare senz'altro il gestore uscente ovvero, in caso contrario, di motivare adeguatamente le ragioni per le quali avesse ritenuto di non poter prescindere dall'invito: motivazioni, nella specie, fornite solo – ed inammissibilmente – in corso di giudizio e non nel corso della procedura amministrativa;

c) che, quanto agli effetti della decisione, la conformazione al giudicato avrebbe imposto il subentro della ricorrente, in conseguenza dello scorrimento della graduatoria;

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. impugnava la ridetta statuizione, di cui lamentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, invocandone l'integrale reiezione.

Si costituiva in giudizio, per resistere al gravame, L'Eco della Stampa s.p.a..

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2020, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con un primo motivo di doglianza l'appellante lamenta violazione dell'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm., nella formulazione vigente *ratione temporis*.

A suo dire, il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, in quanto – incentrandosi la contestazione sul rilievo *che l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere, in tesi, né invitata né ammessa alla gara* – la doglianza avrebbe dovuto essere fatta valere mediante tempestiva impugnazione del provvedimento di ammissione, nella specie deliberata all'esito della seduta pubblica del 21 gennaio 2019, con provvedimento pubblicato sul profilo committente in data 23 gennaio 2019: l'omessa impugnazione di tale provvedimento avrebbe dovuto far ritenere, per tal via, preclusa la contestazione della “*illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento*”, come, appunto, previsto dall'art. 120, comma 2 *bis* cit..

2.1.- Il motivo non è persuasivo.

Il Collegio non ignora il difforme orientamento ancora di recente espresso, sul punto, da Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2949 e condiviso da Id., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435: nondimeno, *re melius perpensa*, osserva che il rito c.d.

superspeciale di cui all'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. – oggi abrogato per effetto dell'art. 1, comma 22, lett. a), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ma applicabile ai processi in corso, in virtù della disciplina intertemporale di cui all'art. 1, comma 23 – va considerato applicabile esclusivamente con riguardo ai provvedimenti (di esclusione e di ammissione degli operatori economici, adottati “*all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*” necessari per la partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539).

In particolare, i *requisiti soggettivi (o generali o morali)* si differenziano dai *requisiti tecnici ed economici (c.d. speciali)* in quanto attengono esclusivamente a *caratteristiche soggettive e/o personali degli operatori economici*, essendo sempre identici per ogni procedura evidenziale.

Essi sono individuati *in negativo* dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (applicabile anche ai settori speciali, in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 136, nonché ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in virtù del richiamo di cui all'art. 36, comma 5) attraverso l'elencazione (tassativa: cfr. art. 83, comma 8) di corrispondenti “*motivi di esclusione*”.

Si tratta dei requisiti inerenti la “*idoneità professionale*” degli operatori economici (cfr. art. comma 1 lettera a) del *Codice*), che, complessivamente, si sostanziano: a) nella *capacità giuridica* ad instaurare rapporti contrattuali; b) nella *integrità e correttezza professionale*; c) nella *affidabilità morale*.

Orbene, la qualità di precedente affidatario del contratto (in base alla quale – nel caso di procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2 lettera b) – è reso operativo il “*principio di rotazione*”), non rappresenta un *requisito di idoneità professionale*, la cui accertata carenza costituirebbe “*motivo di esclusione*” ai sensi dell'art. 80 cit., ma solo una forma di limitazione (neppure assoluta, essendo possibile giustificarne il superamento con adeguata motivazione) della libertà della

stazione appaltante nella individuazione della platea dei soggetti da invitare alla gara.

Ne discende l'inapplicabilità del regime di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, in ragione del carattere speciale, derogatorio e pertanto di stretta interpretazione della disposizione normativa (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173).

3.- Con il secondo motivo di censura l'appellante lamenta violazione dell'art. 36 del d. lgs. n. 50/2016 e degli artt. 3 e 21 *octies* della l. n. 241/1990.

In proposito premette che il primo giudice ha ritenuto:

a) che la gara in contestazione fosse soggetta al principio di rotazione, in quanto sotto soglia e con procedura negoziata, *“potendovi partecipare soltanto gli operatori economici iscritti nell'albo fornitori della Cassa Depositi e Prestiti che avevano ricevuto lettera d'invito”*;

b) che anche in tali casi fossero ammissibili deroghe, ma subordinatamente ad un onere di motivazione rafforzato, nella specie non rispettato (o, comunque, implausibilmente valorizzato solo in sede giudiziale);

c) che, per l'effetto, la violazione del principio di rotazione, sostanziatosi non nell'invito del precedente affidatario a prendere parte alla gara, ma nella omessa puntuale motivazione della decisione assunta, fosse idoneo a travolgere la pedissequa aggiudicazione, con conseguente obbligo di procedere allo scorrimento della graduatoria.

Ciò posto, assume criticamente che il primo giudice avrebbe errato:

a) anzitutto nel ritenere la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio di rotazione, in concreto asseritamente non ricorrenti;

b) quindi nel postulare la necessità di una specifica motivazione nell'invito in contestazione, non sussistente e, comechessia, emergente *ex actis*;

c) infine nel ritenere esaurito il potere dell'amministrazione, quando avrebbe dovuto, al più, disporre un *remand* per consentire alla stazione appaltante di rivalutare la sussistenza dei presupposti per l'invito del gestore uscente.

4.- Osserva il Collegio che l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del "*principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*".

Detto principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione *già nella fase dell'invito* degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, *possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici* pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; Id., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; Id., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

Tale principio, *comporta perciò, di norma, il divieto di invito* a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento (Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539), salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento, al numero eventualmente circoscritto e non

adeguato di operatori presenti sul mercato; al particolare, idiosincratico e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; cfr, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943).

Tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare – nel rispetto del qualificato canone di *trasparenza* che orienta la gestione delle procedure evidenziali (cfr. art. 30, comma 1 d. lgs. n 50/2016) – già dalla decisione assunta all’atto di procedere all’invito, e non può essere surrogata dalla integrazione postuma, in sede contenziosa.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, che ha optato per inoltrare l’invito al gestore uscente, non ha evidenziato nella determina a contrarre e nei successivi atti di gara le ragioni per le quali aveva ritenuto di non poter prescindere dall’invito (peraltro rivolto in modo generalizzato a tutti i fornitori iscritti all’Albo).

Ne discende, come correttamente ritenuto dalla sentenza appellata:

a) che l’aggiudicazione, disposta in favore proprio del gestore uscente, risulta viziata dalla irrituale modalità di selezione della platea dei competitori e va, perciò, annullata;

b) che – *fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela, nei casi consentiti dalle norme vigenti (cfr. art. 32, comma 8 d. lgs. n. 50/2016)* – l’estromissione della prima graduata importa, con la salvezza delle verifiche di legge, lo scorrimento delle graduatoria, a favore dell’appellante (dovendo escludersi – proprio nella impossibilità di strutturare una motivazione *a posteriori* – la mera ratifica, in prospettiva conformativa, degli esiti della gara).

5.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l’appello deve, in definitiva, ritenersi infondato.

Le particolarità della fattispecie giustificano l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO