

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 5561 del 27 luglio 2021

Procedura negoziata - Mancata programmazione biennale degli acquisti - Art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 – Illegittimo frazionamento temporale dell'appalto per evitare il sopra soglia

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 9833 del 2020, proposto da s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Prato, non costituita 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;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sez. II, n. 1495 del 2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2021 il Cons. Stefano Fantini; nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 23 novembre 2020, n. 1495 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. II, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione a contrarre n. 139 del 2020 con la quale la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Prato ha avviato una procedura negoziata mediante richiesta di offerta su MEPA per l'affidamento del servizio di vigilanza degli uffici giudiziari di Prato, posti in Piazzale Falcone e Borsellino, civico n. 8, per il periodo dal 4 dicembre 2020 al 3 agosto 2022 (e dunque per venti mesi).

Il valore stimato dell'appalto ammonta ad euro 738.528,00 e dunque si attesta subito al di sotto della soglia dei servizi di cui all'allegato IX del d.lgs. n. 50 del 2016, pari ad euro 750.000,00.

La società appellante è il gestore uscente del servizio e non è stata invitata a partecipare in applicazione del principio di rotazione; è venuta occasionalmente a conoscenza della gara, in data 7 ottobre 2020, e ha proposto istanza di riesame nell'assunto che l'amministrazione abbia posto in essere un artificioso frazionamento della gara, in assenza del quale sarebbe stato necessario il ricorso alla procedura aperta di valore superiore alla soglia, ma tale istanza è stata respinta dalla Procura della Repubblica in data 12 ottobre 2020.

Con il ricorso di primo grado la s.p.a. ha impugnato gli atti di gara deducendone l'illegittimità nell'assunto che la Procura della Repubblica avrebbe dovuto procedere con procedura aperta, anziché con la negoziata e contestando l'immotivata predeterminazione della durata del servizio di vigilanza a venti mesi, laddove solamente dieci giorni in più avrebbero comportato il superamento delle

soglie, con conseguente esclusione del principio di rotazione, oltre che il difetto di un'adeguata programmazione biennale.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso, nella considerazione che *«l'appalto di servizi di vigilanza [...] è stato unitariamente considerato dalla Procura di Prato quanto al suo oggetto, mentre, quanto a durata temporale, essa è addirittura superiore a quella del servizio in corso, stabilita in 12 mesi, prorogabili per un massimo di 6 mesi»*, inferendone dunque come *«la stazione appaltante abbia ritenuto, nell'esercizio della propria insindacabile discrezionalità, il periodo mediamente annuale di durata del servizio, quello meglio rispondente alle proprie esigenze»*; in tale contesto la sentenza ha ritenuto inammissibili i residui motivi dedotti per carenza di interesse, in ragione del fatto che, in applicazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 2 del d.l. n. 76 del 2020, alla ricorrente era preclusa la partecipazione alla gara.

3.- Con l'appello la società ha dedotto l'erroneità della sentenza reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, attinenti all'assenza di programmazione ed all'artificioso frazionamento temporale che ha posto la base di gara strumentalmente al di sotto della soglia comunitaria, lamentando altresì l'omessa pronuncia sull'istanza istruttoria finalizzata alla produzione in giudizio dei provvedimenti riguardanti la programmazione e la progettazione della procedura di gara.

4. - Si è costituito in resistenza il Ministero della giustizia chiedendo genericamente la reiezione del ricorso in appello.

5. - All'udienza pubblica del 10 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello si articola in due punti; anzitutto viene dedotta l'assenza della programmazione biennale ai fini degli acquisti di beni e servizi (di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed agli artt. 6 e 7 del d.m. 16 gennaio 2018, n. 14) criticandosi la sentenza per omessa pronuncia al riguardo, tanto più rilevante in

ragione dell'interrelazione tra assenza di programmazione e frazionamento della durata dell'appalto.

La censura è fondata.

Non sussiste una giurisprudenza consolidata sull'efficacia della programmazione degli acquisiti e dunque sulle conseguenze dell'assenza della medesima; è però indubbio che l'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 ne enuclea una portata obbligatoria, con un'evidente finalità di pianificazione e di trasparenza.

Anche a postularne un'efficacia di mera programmazione, di strumento di pianificazione della spesa, con carattere cogente nei soli confronti dell'amministrazione (in termini Cons. Stato, IV, 18 febbraio 2016, n. 651), non può negarsi l'incidenza della stessa sotto il profilo dell'impiego razionale delle risorse, e dunque, per coerenza, ammettersi che la carenza di programmazione possa riflettersi sulla frammentazione degli affidamenti. Almeno in questi termini il motivo appare dunque fondato, come pure in ragione della mancata indicazione delle ragioni che consentivano (a termini dell'art. 7 del d.m. n. 14 del 2018) di effettuare servizi e forniture non inserite nell'elenco.

2. - Maggiore pregnanza assume il sub-motivo con cui si deduce l'artificioso frazionamento temporale dell'appalto, con durata di soli venti mesi, onde rimanere al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria (per soli 11.000 euro), in violazione di quanto prescritto dall'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre sarebbero bastati dieci giorni in più per superare la predetta soglia; peraltro appare incoerente una siffatta durata con la programmazione biennale, in quanto non è consentito che nello stesso ambito programmatorio possano coesistere due o più procedure per lo stesso servizio, ma "spezzettate". Per l'appellante, se il bisogno è biennale, la durata del contratto deve essere almeno biennale; in ogni caso, ai sensi dell'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, il frazionamento deve essere correlato a "ragioni oggettive", che non sono invece esternate nella deliberazione a contrarre.

La fondatezza del motivo appare evidente proprio nella prospettiva da ultimo evidenziata.

L'art. 35, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che *«un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino»*. Nella fattispecie controversa la determinazione a contrarre non contiene alcuna esternazione delle ragioni idonee a giustificare il frazionamento dell'appalto su base temporale, limitandosi a rappresentare la necessità del rispetto del principio di rotazione e di garantire la continuità del servizio.

In assenza di motivazione sulle ragioni del frazionamento, l'artificiosità del medesimo può essere dimostrata in via indiziaria; a tale dimostrazione concorre la prefissazione della durata del contratto a venti mesi, implicante il raggiungimento di un importo che "lambisce" la soglia comunitaria, non coerente con la programmazione biennale, e soprattutto con l'affermazione che *«i servizi di vigilanza degli Uffici giudiziari sono necessari ed irrinunciabili in quanto funzionali al mantenimento di adeguati livelli di sicurezza pubblica ed all'ordinato svolgimento delle attività giudiziarie»*, sì da risultare illogica una durata limitata nel tempo, se non con lo scopo di non superare la soglia comunitaria, che appare dunque l'obiettivo, non dichiarato *apertis verbis*, ma evidentemente strumentale, che domina la determinazione gravata.

3. – L'accoglimento dello scrutinato motivo fa perdere di interesse alla disamina del terzo motivo, reiterativo di un'istanza istruttoria volta ad ottenere la produzione in giudizio dei provvedimenti adottati nella fase della programmazione e della progettazione della procedura.

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, nei limiti dell'interesse.

Va invece respinta la domanda di risarcimento del danno, in quanto posta in via subordinata, e comunque perché priva di qualunque allegazione e dimostrazione.

La natura della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO