

**Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 1524 del 5 marzo 2019**

*Appalto sottosoglia – Mancato invito per il vecchio gestore - Principio di rotazione dell'incarico - Legittimità*

**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 iscritto al numero di registro generale 5867 del 2018, proposto da

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avvocato ..... in Roma, piazza .....

***contro***

..... “.....” di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via .....

***nei confronti***

.....s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da Pec da Registri di giustizia;  
Benex s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 04541/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di .....s.r.l. e della ..... “.....” di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati ....., in dichiarata delega dell'avvocato ....., nonché ..... e, in dichiarata delega dell'avvocato ....., l'avvocato .....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Nel corso dell'anno 2017, la ..... “.....” di Napoli aveva indetto una procedura per l'affidamento del servizio di portierato/*reception* per le sedi di Napoli e di Portici, nonché del servizio di ronda per il laboratorio in via Punta S. Pietro n. 127 ad Ischia, per il periodo 17 luglio 2017 - 28 febbraio 2018, mediante un'unica gara da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

La gara era stata svolta previa pubblicazione di una “manifestazione di interesse” a tutte le imprese iscritte al Mepa, cui faceva seguito l'invito dei cinque concorrenti che avevano chiesto di partecipare (tra cui l'odierna appellante), da svolgersi – in ragione del numero di partecipanti – attraverso procedura negoziata.

Avverso gli atti della procedura ..... s.p.a. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, deducendo la violazione dell'art. 95 comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, stante l'obbligo, in caso di appalto per l'affidamento di servizi ad “alta densità di manodopera” (quale sarebbe stato quello in questione), di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; contestava inoltre la violazione dell'art. 51 del medesimo decreto, tenuto conto che la procedura di gara – sebbene riferita a servizi ontologicamente differenti – non era stata suddivisa in lotti.

A seguito di detta impugnativa la stazione appaltante, con determina del direttore generale n. 143 del 14 giugno 2017, annullava in autotutela il bando di gara, cui

faceva seguito, con sentenza n. 3593 del 2017 del Tribunale adito, la dichiarazione di sopravvenuta improcedibilità del ricorso.

Successivamente la medesima stazione appaltante indiceva una nuova gara, con procedura negoziata, individuando sempre come criterio di selezione quello del massimo ribasso, senza però invitare la ricorrente ..... s.p.a.

Quest'ultima proponeva allora un nuovo ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, deducendo in particolare la violazione degli artt. 50 e 95 del *Codice dei contratti pubblici*, avendo la stazione appaltante reiterato una illegittima determinazione del criterio di aggiudicazione, peraltro contraddittoria ed illogica rispetto alle precedenti determinazioni di far luogo a ritiro in autotutela della precedente gara.

Lamentava inoltre un eccesso di potere per sviamento, non essendosi proceduto alla pubblicazione dell'avviso ed essendosi fatto luogo – mediante inviti – ad una procedura negoziata in luogo di una procedura aperta; contestava quindi la decisione di non invitare la ricorrente (in qualità di attuale gestore dei servizi), non potendo trovare applicazione nel caso di specie il cd. principio di rotazione.

Lamentava poi che fosse stato reiterato, rispetto alla procedura poi annullata, un criterio illegittimo di aggiudicazione.

L'avviso di gara, inoltre, non sarebbe stato pubblicato sul sito *web* della stazione appaltante, né reso altrimenti visibile.

Si costituiva in giudizio la stazione appaltante, eccependo in primo luogo la tardività del gravame, in considerazione dell'avvenuta pubblicazione sul proprio sito *Internet* istituzionale, in data certa, sia della determina di bandire la gara, sia del provvedimento di aggiudicazione. Contestava quindi nel merito la fondatezza della domanda di annullamento, chiedendone la reiezione.

Anche .....s.r.l. si costituiva in giudizio, aderendo alle difese dell'amministrazione.

Successivamente ..... s.p.a. proponeva motivi aggiunti avverso elementi di cui sosteneva essere venuta conoscenza solo successivamente alla notifica del ricorso: in particolare, contestava il fatto che alla procedura negoziata non fossero state invitate almeno cinque ditte del settore, in quanto due degli operatori sarebbero stati solamente degli organismi di formazione professionale, che neppure avrebbero poi partecipato alla gara.

Con sentenza 9 luglio 2018, n. 4541, il giudice adito dichiarava irricevibile il ricorso per tardività, ritenendo dimostrata l'avvenuta pubblicazione, in data certa sul profilo della stazione appaltante, della determina a contrarre, della lettera di invito e del capitolato d'appalto.

Avverso tale decisione ..... s.p.a. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso;*
- 2) *erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittimo il mancato invito alla ricorrente;*
- 3) *erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato il difetto di interesse e l'infondatezza delle censure tese a contestare il criterio di aggiudicazione. Violazione degli artt. 50 e 95 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti, erroneità e ingiustizia manifesta. Illogicità. Contraddittorietà;*
- 4) *erroneità della sentenza laddove ha dichiarato inammissibili e irricevibili i motivi aggiunti. Violazione dell'art. 36 co. 2 D.Lgs. n. 50/2016.*

Si costituivano in giudizio sia la stazione appaltante che la controinteressata .....s.r.l., eccependo l'infondatezza del gravame e chiedendo che fosse respinto.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 14 febbraio 2019, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame delle preliminari questioni di carattere processuale dedotte nel primo motivo di appello – relative alla tempestività del ricorso introduttivo – stante l'infondatezza, nel merito, del gravame.

Con il secondo motivo di appello viene contestata, in particolare, la scelta dell'amministrazione di indire una procedura negoziata in luogo di una aperta e di non aver invitato ..... s.p.a. alla gara, sebbene quest'ultima fosse la precedente aggiudicataria del servizio, in virtù di una procedura aperta.

A tal riguardo, erroneo sarebbe il presupposto della sentenza di primo grado, secondo cui il precedente affidamento in favore di ..... sarebbe avvenuto sulla base di una procedura negoziata, non potendosi in alcun modo tener conto della determinazione n. 112 del 15 maggio 2017, poiché riferita ad una procedura di gara annullata *in itinere* dalla stessa amministrazione.

Sarebbero dunque inconferenti, per difetto di presupposti, i richiami contenuti in sentenza ai principi in tema di rotazione e di mancato invito del precedente gestore, atteso che detto principio non potrebbe trovare applicazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal *Codice dei contratti pubblici* ovvero dalla stessa amministrazione in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Più nello specifico, l'appellante sostiene che il principio di rotazione potrebbe trovare applicazione solo nel caso di invito del gestore uscente del servizio – aggiudicatario a mezzo affidamento diretto o procedura negoziata – ad una successiva procedura negoziata *ex art. 36 comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016*.

In ogni caso, la scelta dell'amministrazione di optare per una procedura negoziata sarebbe in controtendenza rispetto al suo precedente intendimento di garantire un

confronto concorrenziale aperto, avendo nel 2016 indetto una procedura aperta (aggiudicata a .....) e, nel 2017, una manifestazione di interesse a partecipare alla gara destinato a tutti gli operatori della vigilanza iscritti al Mepa.

Sotto un ulteriore profilo, l'appellante deduce che la decisione di escludere il precedente gestore invocando il principio di rotazione potrebbe essere ipotizzata solamente quando i servizi da appaltare siano esattamente gli stessi rispetto a quelli oggetto della precedente gara, laddove nel caso di specie tra la prima (poi annullata in autotutela) e la seconda gara sarebbe stato modificato (come confermato in giudizio dalla stessa stazione appaltante) l'oggetto della procedura.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Premesso infatti che quello in esame è un appalto sotto soglia e che la procedura su cui nello specifico si controverte non è aperta, bensì negoziata, va confermato il principio di carattere generale – su cui, da ultimi, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125 – in virtù del quale va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “sotto soglia”.

In particolare, il principio di rotazione è che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte è trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece – come ipotizzato dall'appellante – dalle modalità di affidamento, di tipo “aperto”, “ristretto” o “negoziato”), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione

tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (*recte*, negoziato), l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura.

Per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell’Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4).

Nel caso su cui si verte, dunque, la stazione appaltante aveva solo due possibilità: non invitare il gestore uscente o, in caso contrario, motivare attentamente le ragioni per le quali riteneva di non poter invece prescindere dall’invito.

La scelta di optare per la prima soluzione è dunque legittima, né in favore della soluzione contraria valgono considerazioni di tutela della concorrenza: invero, l’obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.

In particolare, per effetto del principio di rotazione l’impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non ha più alcuna possibilità di vantare una legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l’affidamento di un

contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (*ex multis*, Cons. Stato, V, 13 dicembre 20017, n. 5854; V, 31 agosto 2017, n. 4142).

Neppure può trovare accoglimento l'ulteriore profilo di censura secondo cui, nel caso di specie, il principio di rotazione non avrebbe potuto comunque trovare applicazione in ragione della non perfetta omogeneità tra le prestazioni oggetto dell'affidamento e quelle in precedenza rese da ..... s.p.a. in qualità di affidatario uscente.

Invero, la stessa circostanza che l'odierna appellante rivendichi la propria qualità di "gestore uscente" dà la misura dei limiti oggettivi di tale argomento, dal momento che in tanto può avere un senso spendere nel processo una tale circostanza, in quanto il nuovo affidamento nel quale si intende subentrare sia consustanziale al precedente.

In ogni caso, l'eccezione non è fondata. Non è infatti sostenibile, alla luce delle risultanze di causa, che l'affidamento su cui attualmente si controverte presenti una sostanziale alterità qualitativa (ossia afferente la natura delle prestazioni richieste) rispetto al precedente affidamento assegnato a ..... s.p.a. nel 2016, alterità che del resto neppure viene individuata, almeno nei suoi contenuti essenziali, dall'appellante. Al riguardo, non è pertinente il richiamo (a pag. 18 dell'atto di appello) fatto da ..... a quanto riportato nelle difese della stazione appaltante, per cui "*tra la prima e la seconda gara è stato modificato, cosa di non poco conto, l'oggetto della gara*", dal momento che le stesse non fanno riferimento ad un'eventuale differenza tra la gara del 2016 assegnata a ..... ed a quella su cui attualmente si verte – differenza che si sarebbe dovuto riscontrare, nell'ottica argomentativa dell'appellante – bensì attengono, quanto alla prima, alla procedura negoziata di cui alla determinazione n. 112 del 15 maggio 2017, del tutto irrilevante in quanto di lì a poco annullata in autotutela.

Sul punto, già nel corso del precedente grado di giudizio la ..... di Napoli aveva chiarito che con la determinazione n. 112 del 2017 era stata bandita una “*procedura negoziata per l’affidamento del servizio di portierato/reception per la sede di Napoli, la sede di Portici ed il servizio di ronda per il laboratorio in via Punta S. Pietro n. 127 – Ischia*”, poi annullata d’ufficio con determina n. 143 del 14 giugno 2017 in ragione, tra l’altro, della ritenuta contrarietà del bando con l’art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui la lettera di invito aveva inteso affidare, mediante lotto unico, sia i servizi di vigilanza che i servizi di portierato e *reception*, così precludendo l’accesso ai soggetti privi di licenza *ex art. 134 Tulp*s.

In ragione di ciò, con successiva determina n. 327 del 29 novembre 2017, la stazione appaltante bandiva una nuova gara con oggetto *quantitativamente ridotto* rispetto alla precedente – in ciò stava la differenza denunciata dall’appellante – in quanto limitata al servizio di portierato/*reception* per la sede di Napoli e Portici (con “stralcio”, dunque, del servizio di ronda per il laboratorio di Ischia).

La specifica contestazione non è pertanto conferente con l’oggetto della controversia.

Sulla questione deve comunque concludersi, in termini generali, che – se è corretto affermare che l’applicazione del disposto di cui all’art. 36, comma primo del d.lgs. n. 50 del 2016, proprio perché volta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, logicamente presuppone una specifica situazione di continuità degli affidamenti, tale per cui un determinato servizio, una volta raggiunta la scadenza contrattuale, potrebbe essere ciclicamente affidato mediante un nuova gara allo stesso operatore – ciò non implica però che i diversi affidamenti debbano essere ognuno l’esatta “fotocopia” degli altri.

In breve, ciò che conta è l’identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se

aventi contenuto tra loro non omogeneo) – che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime.

In questi termini di grandezza va dunque letta la norma di legge in precedenza richiamata, ad escludere cioè che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione – in tutto o in parte, e comunque nei suoi contenuti qualificanti ed essenziali – del rapporto contrattuale scaduto, dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione.

Con il terzo motivo di appello la sentenza di primo grado viene censurata nella parte in cui ha ritenuto ..... carente di interesse a denunciare il criterio di aggiudicazione adottato dall'amministrazione (ossia il massimo ribasso in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa), in quanto (legittimamente) non invitata alla gara. La società appellante, sul presupposto invece dell'illegittimità della propria esclusione, deduce che il criterio prescelto contrasterebbe con l'obbligo, sancito dall'art. 95, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, di affidare i servizi “*ad alta intensità di manodopera*” ex art. 50 del medesimo decreto mediante il diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (obbligo che, del resto, sarebbe stato assunto in precedenza a fondamento dell'esercizio dell'autotutela da parte della stessa stazione appaltante).

Il motivo è in primo luogo inammissibile, non sussistendo un interesse obiettivo ed attuale in capo all'appellante a proporre tale doglianza, una volta accertata la legittimità del suo mancato invito alla gara (e, dunque, della conseguente mancata partecipazione alla stessa).

Solo per completezza, va comunque detto che la censura non risulta neppure fondata nel merito, ove si ricordi che l'appalto aveva ad oggetto esclusivamente l'affidamento del servizio di portierato / *reception* per le sedi di Napoli e Portici, ossia

– come già accertato dal primo giudice – servizi per loro natura strettamente vincolati a precisi ed inderogabili *standard* tecnici o contrattuali, per i quali dunque non sorge un reale necessità di far luogo all’acquisizione di offerte differenziate.

Sul punto occorre rilevare che l’appellante non si sofferma a confutare, in modo oggettivo, quanto motivato nella sentenza di primo grado sulle caratteristiche concrete della prestazione oggetto di appalto. Per contro, la determina n. 327 del 29 novembre 2017 appariva chiara nel motivare la scelta di “*aggiudicare la gara in oggetto secondo il criterio dell’offerta del prezzo più basso, di cui all’art. 95 del D.Lgs. 50/2016, in quanto le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già ben definite nel capitolato d’oneri, in cui sono previste tutte le caratteristiche e condizioni della prestazione e, pertanto, il concorrente deve solo offrire il prezzo*”.

Sulla base di tale premessa va dunque fatta applicazione del principio (da ultimo, Cons. Stato, III, 13 marzo 2018, n. 1609, che supera il precedente di Cons. Stato, III, 2 maggio 2017, n. 2014) secondo cui per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi è alcuna ragione né utilità di far luogo ad un’autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, poiché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo *standard*, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese.

In tale ottica la tipologia di cui alla lett. b) del comma 4 dell’art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016 attiene ad un’ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall’appalto “*ad alta intensità di manodopera*” di cui all’art. 95 comma 3 lett. a), che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili; e sia da quelli caratterizzati da “*notevole contenuto tecnologico*” o di “*carattere innovativo*” di cui all’art 95 comma n. 4 lett. c) del *Codice dei contratti*, attinenti tipicamente a prestazioni di contenuto evolutivo.

Con il quarto motivo di appello la sentenza di primo grado viene infine impugnata nella parte in cui ha dichiarato irricevibili per tardività i motivi aggiunti – sul

presupposto della tardività del ricorso introduttivo – sia la loro inammissibilità, in quanto proposti da un concorrente legittimamente non invitato.

Nel merito della censura, l'appellante contesta la violazione dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, che impone di consultare, per affidamenti di servizi di importo pari alle soglie, almeno cinque operatori economici, laddove due delle imprese invitate – come risulterebbe dalle visure camerali – non avrebbero svolto servizi di portierato e *reception* e non potevano quindi essere qualificati come operatori del settore.

Neppure questo motivo è fondato, essendo stati smentiti in precedenza i relativi presupposti di ammissibilità (ossia, come già detto, l'illegittimità del mancato invito alla gara e la sussistenza di un interesse a tale specifica doglianza in capo ad un operatore economico che non abbia preso parte alla procedura).

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto. Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

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 al pagamento, in favore delle appellate ..... “.....” di Napoli e .....s.r.l., delle spese di lite dell'attuale grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00) ciascuna, oltre Iva e Cpa se dovute. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Valerio Perotti**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO