# Rotazione per gli affidamenti diretti sotto soglia e per le procedure negoziate di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia"

Consiglio di Stato - Sentenza 6 giugno 2019, n. 3831

*N. 3831/2019 Reg. Prov. Coll.*
*N. 5761 Reg. Ric.*
*ANNO 2018*

*REPUBBLICA ITALIANA*
*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 5761 del 2018, proposto da*

*Comune di Rho, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Tiziano Ugoccioni e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;*

*contro*

*Consorzio P. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Pulella, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Battaglia in Roma, piazza della Libertà, n. 20;*

*nei confronti*

*O. s.n.c. di D. M. e M. L., Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Rho, Solbiate Olona, Cesate, Solaro e Inveruno, non costituite in giudizio;*

*per la riforma*

*della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Milano, Sezione IV, n. 01430/2018, resa tra le parti;*

*Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;*

*Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio P. che ha spiegato anche appello incidentale;*

*Visti tutti gli atti della causa;*

*Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Paolo Caruso, su delega dell'avvocato Manzi, e Martini, su delega dell'avvocato Pulella;*

*Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.*

*FATTO*

*1.Il Comune di Rho (d'ora in avanti "il Comune"), tramite la Centrale Unica di Committenza (di seguito "CUC") costituita con i Comuni di Solbiate Olona, Cesate, Solaro e Inveruno, indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 del D.lgs. n. 50 del 2016, in modalità telematica, per l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di veicoli di proprietà comunale, comprensivo di fornitura e montaggio di pneumatici e di altri servizi connessi, per la durata di due anni e del valore di euro 60.000,00, oltre I.V.A., di cui euro 19.000,00 a titolo di costo della manodopera.*

*Pubblicato, in data 28 settembre 2017, l'avviso di manifestazione di interesse ed integrato l'elenco delle candidature presentate fino a dieci operatori economici (come consentito dalla lex specialis), la stazione appaltante invitava gli operatori medesimi a formalizzare la propria offerta entro il termine del 6 novembre 2017.*

*Presentavano offerta quattro operatori economici dei quali soltanto due, all'esito dell'esame della documentazione amministrativa, erano ammessi alle successive fasi, e precisamente O. s.n.c. di D. M. e M. L. (di seguito "O."), gestore uscente, e il Consorzio P. (di seguito "Consorzio").*

*2. Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, il Consorzio impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, la lettera di invito, gli altri atti di gara, il verbale della seduta del 9 novembre 2017 (con cui era stata formulata la graduatoria provvisoria, che vedeva collocato al primo posto O., ed erano stati rimessi gli atti al RUP per la verifica di congruità dell'offerta), lamentando "Violazione degli artt. 95, commi 3 e 4, D.Lgs. 50/2016 e 60 del D.Lgs. 56/2017. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta", in ragione dell'illegittimità del criterio di aggiudicazione individuato dalla lex specialis in quello del minor prezzo in luogo di quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa (applicabile, ad avviso della ricorrente, in relazione alla natura asseritamente tecnica e intellettuale del servizio da affidarsi); censurava, altresì, con autonomi motivi la violazione dell'art. 95, commi 4 e 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016 con riguardo al difetto di motivazione sulla scelta del criterio di aggiudicazione e l'importo messo a base d'asta per la voce costo del personale, perché potenzialmente violativo dei minimi retributivi e idoneo a favorire la presentazione di offerte anomale; si doleva, infine, dell'illegittimità della clausola che equiparava la partecipazione alla procedura all'accettazione incondizionata della lex specialis nella sua interezza, per gli effetti abdicativi sul diritto di difesa.*

*Il Consorzio chiedeva, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e il risarcimento del danno subito, in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.*

*Con motivi aggiunti il Consorzio insorgeva anche avverso l'aggiudicazione definitiva della procedura disposta in favore della concorrente O. (con determinazione n. 35 del 19 febbraio 2018), riproponendo le censure già formulate con il ricorso introduttivo e sollevando ulteriori profili di illegittimità relativi, in particolare, alla violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, stante l'invito a partecipare alla procedura rivolto anche al gestore uscente.*

*3. Il T.a.r. adito, con la sentenza in epigrafe, resa nella resistenza del Comune (che, costituitosi in giudizio, eccepiva preliminarmente l'inesistenza assoluta della notifica del ricorso introduttivo, la sua irricevibilità per tardività e quella dell'ultimo dei motivi aggiunti inerente l'asserita violazione del principio di rotazione, nonché la sua infondatezza nel merito), ha: a)dichiarato inammissibile il ricorso principale per carenza di interesse (ritenendo che le clausole che rispettivamente fissavano il criterio di aggiudicazione dell'appalto e il prezzo della manodopera non fossero autonomamente impugnabili, in quanto non immediatamente lesive dell'interesse della concorrente a partecipare alla procedura e, pertanto, suscettibili di impugnativa solo con l'aggiudicazione, e che tale interesse non fosse stato in concreto neppure leso dalla pur illegittimità clausola, contestata con il quarto motivo aggiunto, che equiparava la partecipazione alla procedura all'accettazione incondizionata della lex specialis); b) esaminate le questioni dedotte con i primi tre motivi aggiunti (legittimità del criterio di aggiudicazione del minor prezzo; difetto motivazionale su tale scelta e del costo della manodopera predeterminato per l'esecuzione del servizio), le ha respinte, ritenendole tutte infondate, l'una per la natura tendenzialmente ripetitiva e standardizzata degli interventi e delle prestazioni di manutenzione, la seconda per essere state chiaramente illustrate le ragioni dell'opzione e l'ultima per congruità della base d'asta in rapporto alle tabelle ministeriali, costituenti mero parametro di valutazione della sostenibilità dell'offerta; c) accolto, ritenendolo fondato, il quinto motivo del ricorso per motivi aggiunti, ritenendo tempestive e fondate le censure con cui era dedotta la violazione del principio di rotazione.*

*Il tribunale, pur annullando "nei limiti e con gli effetti di cui in motivazione", l'aggiudicazione impugnata, non ha disposto l'aggiudicazione della procedura, né il subentro nel contratto medesimo a favore del Consorzio ritenendo che la stazione appaltante dovesse solo riattivare la procedura, residuando poteri discrezionali non ancora esercitati.*

*4. Avverso tale sentenza ha proposto appello il Comune, deducendone l'erroneità e chiedendone la riforma per: "I) Error in iudicando. Errata pronuncia in relazione al quinto motivo introdotto con ricorso per motivi aggiunti. Travisamento dei presupposti di fatto e diritto (in punto di ritenuta sussistenza della violazione del principio di rotazione ex art. 36 D.Lgs. n. 50/2016). Violazione, falsa ed omessa applicazione dell'art. 36 D.Lgs. n. 50/2016; II) Error in iudicando. Errata pronuncia in relazione al quinto motivo introdotto con ricorso per motivi aggiunti. Travisamento dei presupposti di fatto e diritto (in punto di ritenuta tempestività della censura. Violazione, falsa ed omessa applicazione dell'art. 36 D.Lgs. n. 50/2016".*

*Ha resistito al gravame il Consorzio deducendo innanzitutto con apposite memorie l'inammissibilità (per violazione del principio di specificità delle censure ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm.) e l'infondatezza nel merito del gravame; ha poi spiegato anche appello incidentale avverso i capi ad esso sfavorevoli della sentenza di prime cure, censurandone, in via autonoma, l'erroneità per "error in procedendo e iudicando: violazione degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a. per mancata condanna all'aggiudicazione dell'appalto, omesso subentro nel contratto e mancata condanna al risarcimento dei danni subiti; 2. In via subordinata e condizionata" e, in via subordinata e condizionatamente all'accoglimento dell'appello principale, la manifesta erroneità ed illogicità nella parte in cui ha respinto i primi tre motivi del ricorso per motivi aggiunti (sostanzialmente riproponendo le doglianze con cui si contestava, rispettivamente, l'illegittimità del criterio di aggiudicazione prescelto, l'assenza di motivazione sulla scelta, l'erronea quantificazione del costo orario della manodopera sotto i profili del travisamento, del difetto di istruttoria e motivazione).*

*5. Con ordinanza n. 3912 del 30 agosto 2018 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata per insussistenza dei relativi presupposti.*

*6. Nelle memorie depositate per l'udienza di discussione il Comune ha evidenziato che nel corso delle verifiche effettuate all'esito della riattivazione della procedura (cui ha dato corso a seguito dell'ordinanza cautelare) sono emerse criticità sia con riguardo alla sede operativa del Consorzio (in quanto l'A. A. s.r.l., impresa consorziata indicata in offerta quale addetta alla manutenzione dei veicoli ha momentaneamente sospeso l'attività) sia con riferimento alla*

*sede sostitutiva (in quanto l'impresa S. S. s.n.c., nominata dalla controparte quale sostituta per l'esecuzione dei servizio, presenterebbe irregolarità contributive che ostano all'aggiudicazione definitiva).*

*7. All'udienza pubblica del 28 febbraio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.*

*DIRITTO*

*8. Può prescindersi dall'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione principale sollevata dal Consorzio, in quanto l'appello del Comune, che deve essere scrutinato prioritariamente, è infondato.*

*9. Con il primo mezzo di censura l'appellante principale contesta l'applicazione del principio di rotazione alla fattispecie in esame da parte del primo giudice: il fatto che qui venga in rilievo una procedura negoziata, condotta in via telematica e all'esito della pubblicazione di avviso pubblico di manifestazione di interesse ed espletamento di una preventiva indagine di mercato, metterebbe, ad avviso dell'appellante, al riparo da pregiudizi, anche solo potenziali, inferti ai principi di trasparenza, concorrenza, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa alla cui tutela è preordinato il principio di rotazione; quest'ultimo troverebbe, dunque, applicazione solo per gli affidamenti diretti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 50 del 2016, ma non per le procedure, negoziate e aperte, relative agli affidamenti di importo ricompreso fra le soglie di cui all'art. 35 dello stesso decreto nell'ambito delle quali, quindi, il gestore uscente ben potrebbe aggiudicarsi nuovamente il contratto.*

*9.1. La censura è infondata.*

*9.2. Giova anzitutto richiamare la norma di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale "l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese".*

*9.3. Alla luce del piano tenore letterale della norma non meritano condivisione le critiche appuntate alla sentenza appellata in quanto effettivamente il principio ivi affermato mira ad evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il precedente affidamento) e di rapporti esclusivi con determinati operatori economici, favorendo, per converso, l'apertura al mercato più ampia possibile sì da riequilibrarne (e implementarne) le dinamiche competitive.*

*9.4. Il principio di rotazione si riferisce propriamente non solo agli affidamenti ma anche agli inviti, orientando le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare per presentare le offerte ed assumendo quindi nelle procedure negoziate il valore di una sorta di contropartita al carattere "fiduciario" della scelta del contraente allo scopo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo (cfr. Cons. di Stato, III, 12 settembre 2014, n. 4661, ove si rilevava che il principio di rotazione non avesse ragion d'essere in rapporto alle concrete caratteristiche della procedura in cui l'ente appaltante, pur avendo fatto richiamo all'art. 125 del previgente codice dei contratti, aveva impostato la procedura come una gara vera e propria, in ragione dell'ampissima apertura al mercato e dell'elevatissimo numero di ditte invitate e, dunque, senza alcuna discrezionalità né alcuna negoziazione) e di assicurare l'avvicendamento delle imprese affidatarie.*

*Pertanto detto principio rotazione trova applicazione non solo per gli affidamenti diretti sotto soglia (come sostiene l'appellante), ma anche per le procedure negoziate di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia" (quale è quello in esame), rispetto alle quali il principio di rotazione è stato già ritenuto obbligatorio dalla giurisprudenza di questo Consiglio.*

*9.5. Anche a voler conferire rilievo al fatto che il gestore uscente non sia stato invitato alla procedura dalla stazione appaltante, ma abbia partecipato per adesione spontanea, il dato si infrange irrimediabilmente sul chiaro tenore testuale della norma citata che impone il rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito.).*

*9.6. Risultano condivisibili i rilievi mossi all'operato dell'Amministrazione comunale, nella misura in cui "non ha palesato le ragioni che l'hanno indotta a derogare a tale principio": ciò in linea con i principi giurisprudenziali per cui "ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo (il gestore uscente), 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 all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n.4)" (ex multis: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).*

*9.7. Nella fattispecie in esame, per vero, in disparte l'assenza di giustificazione sulla deroga al principio in questione, non ricorreva neanche l'ipotesi di un numero ridotto di operatori economici presenti sul mercato (avendo lo stesso Comune, per sua stessa ammissione, provveduto a implementare l'elenco dei partecipanti sino a dieci operatori, numero che tuttavia non costituiva indice di un'effettiva apertura al mercato tale da rendere non pertinente il richiamo alla rotazione), risultando pure irrilevanti, e comunque inidonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione (funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento), gli accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante (quali l'esperimento della procedura in via telematica attraverso la piattaforma digitale, la pubblicazione dell'avviso pubblico, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato). Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione.*

*9.8. A ciò si aggiunga poi che, come chiarito dalla giurisprudenza, la norma in oggetto da un lato non si pone in contrasto con i principi di cui all'art. 41 Cost. in quanto "in senso contrario è dirimente rilevare che l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti", dall'altro garantisce quelli di cui all'art. 97 Cost, poiché "l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi" (Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).*

*10. Il secondo motivo di appello è, invece, incentrato sulla pretesa tardività dell'impugnazione della censura inerente la violazione del principio di rotazione ex art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, censura che, pur conosciuta dal Consorzio sin dalla partecipazione del precedente aggiudicatario e dal momento in cui l'Amministrazione aveva formalizzato e pubblicato l'elenco degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, è stata proposta solo con il ricorso per motivi aggiunti ed oltre il termine di trenta giorni previsto dall'120 comma 2 bis c.p.a.: alla fallace conclusione di infondatezza dell'eccezione il giudice di prime cure sarebbe pervenuto ritenendo erroneamente che il principio di rotazione negli inviti non integrerebbe un requisito di partecipazione.*

*10.1. Anche tale motivo è infondato.*

*10.2. Il principio di rotazione non è un requisito soggettivo di partecipazione: invero ciò che si contesta non è certo la qualità di gestore uscente, nota sin dall'inizio alla ricorrente, né quindi il difetto del corrispondente requisito negativo soggettivo, bensì il mancato rispetto da parte della stazione appaltante di un principio, quello di rotazione, posto a presidio della trasparenza e della concorrenza nei pubblici affidamenti. La pretesa applicabilità della disciplina e dei termini di impugnazione del rito super-accelerato, in assenza dei presupposti di legge, non può dunque inferirsi dall'assunto di parte appellante, secondo cui la lesione dell'interesse degli altri operatori emergerebbe nella sua portata concreta già al momento dell'invio delle lettere di invito: tanto più poi che, nel caso di specie, il verbale del 9 novembre 2017 (recante l'aggiudicazione provvisoria a O.) risultava sprovvisto, come evidenziato, di qualsivoglia motivazione (secondo quanto invece richiesto ai fini del decorso dei termini dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.) in ordine all'invito e all'ammissione del gestore uscente.*

*10.3. Anche in relazione a tale profilo è pertanto corretta la motivazione della sentenza impugnata lì dove, muovendo dal carattere eccezionale del rito ex art. 120, comma 2 bis Cod. proc. amm. applicabile esclusivamente alle ipotesi ivi previste ovvero "le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali", conclude per la deducibilità della violazione del principio in esame, non integrante un requisito di partecipazione e soggetto all'ordinaria condizione dell'interesse ad agire, solo con l'atto conclusivo della procedura (id est: con l'aggiudicazione dell'appalto ad altra concorrente).*

*11. Parimenti non meritano favorevole considerazione le critiche appuntate e proposte in via autonoma dall'appellante incidentale avverso il capo della sentenza appellata che ha disposto la mera riattivazione della procedura e non l'aggiudicazione diretta in favore del Consorzio, in relazione all'esercizio di residui poteri discrezionali, che nella fattispecie ancora sussistono, dovendo la stazione appaltante provvedere ad effettuare la fase di verifica dei requisiti prima di procedere all'aggiudicazione definitiva: tale atto potrà essere adottato in presenza dei presupposti di legge e previa verifica, da parte della stazione appaltante, circa la sussistenza dei requisiti di capacità economica finanziaria e tecnico professionale in capo all'odierna appellata.*

*12. Corretta risulta poi la sentenza nella parte in cui non ha ritenuto riconoscibile alcun risarcimento del danno per equivalente monetario, ben potendo il Consorzio appellante incidentale ancora acquisire il bene della vita (l'aggiudicazione della procedura cui aspira): il Comune non ha infatti dato seguito nelle*

*more del giudizio di primo grado alla stipula del contratto con O..*

*13. Il rigetto dell'appello principale esime la Sezione dall'esame dei motivi del ricorso incidentale proposti in subordine, da ritenersi assorbiti, dovendo al riguardo osservarsi, per mera completezza, che le censure dedotte con tali mezzi risultano comunque infondate per le motivazioni già esposte nelle precedenti decisioni di questa Sezione (rese in casi analoghi su ricorso in appello dello stesso Consorzio odierno appellato) a cui integralmente si rinvia (Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1099; V, 24 gennaio 2019, n. 605) nelle quali si è affermata la legittimità del ricorso al criterio del prezzo più basso in gare analoghe stante la natura standardizzata delle prestazioni oggetto dell'appalto e non ricorrendo nella fattispecie neppure un servizio ad alta intensità di manodopera, risultando pure assolto l'onere motivazionale sulle ragioni della scelta di tale criterio.*

*14. Per le ragioni esposte, gli appelli, principale e incidentale, vanno entrambi respinti.*

*Sussistono giusti motivi, in considerazione del rigetto di entrambi i gravami, per compensare tra le parti le spese di giudizio.*

*P. Q. M.*

*Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede: a) respinge l'appello principale del Comune di Rho; b) respinge l'appello incidentale del Consorzio P..*

*Spese compensate.*

*Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.*

*Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:*

*Carlo Saltelli - Presidente*

*Umberto Realfonzo - Consigliere*

*Fabio Franconiero - Consigliere*

*Raffaele Prosperi - Consigliere*

*Angela Rotondano - Consigliere, Estensore*

*IL PRESIDENTE*
*Carlo Saltelli*

*IL CONSIGLIERE EST*
*Angela Rotondano*

*Depositata in Segreteria il 6 giugno 2019*