

Il principio di rotazione negli appalti pubblici.

di Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 27-5-2018

1. Il rispetto del principio di rotazione non è previsto solo dall'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 per i contratti sotto soglia, ma anche in ogni caso di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 63, comma 6, del medesimo d.lgs.

2. Corollario del principio di rotazione è il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente. Ne consegue che non necessita di specifica motivazione l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che si esplica consentendo ad operatori diversi, da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili.

GUIDA ALLA LETTURA

1. Il principio di rotazione trova la sua fonte nell'Ordinamento dell'Unione Europea, sia a livello di Trattato (laddove vengono enunciati i noti principi di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, in quanto ancillari rispetto ai precedenti, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza), sia a livello di coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti, ove lo stesso tenore letterale delle Direttive (si veda, in proposito, il considerando n. 2 della direttiva 2014/24) pone a base della revisione della normativa sugli appalti l'accrescimento dell'efficienza della spesa pubblica e la facilitazione dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

All'interno del nuovo Codice degli appalti il principio di rotazione è previsto sia dall'art. 36 che dall'art. 63, comma 6.

1.1. Nello specifico, l'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016, relativo agli appalti c.d. "sotto-soglia", stabilisce che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel 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>>. Tale norma, tuttavia, attribuisce alle stazioni appaltanti il potere di

avvalersi delle procedure ordinarie per gli affidamenti in esame ovvero di procedere secondo le seguenti modalità:

- per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a) [\[1\]](#).

1.2. L'art. 63, comma 6, del D. Lgs. n. 50/2016, afferente invece all'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, stabilisce che *<<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. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione>>*.

2. La *ratio* sottesa al criterio di rotazione è quella perfettamente colta dal TAR Lazio, con la sentenza n. 5621/2018, ossia evitare la c.d. "asimmetria informativa" nel libero mercato derivante dal consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente, la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento.

Al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetute nel tempo in favore dello stesso operatore economico, rivelatesi particolarmente restrittive dell'accesso al mercato delle micro, piccole e medie imprese, e così favorire il più possibile la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori economici potenzialmente idonei ad

eseguire il contratto, il Legislatore, attraverso il principio di rotazione, ha conferito carattere eccezionale all'invito all'affidatario uscente.

E' stato, dunque, nella consapevolezza di ciò che, con la sentenza n. 5621/2018, il TAR Lazio ha stabilito che << non necessita di specifica motivazione l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che si esplica consentendo ad operatori diversi, da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili>> (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 maggio 2018, n. 5621 cit.).

Così pronunciandosi, il TAR capitolino si è allineato all'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui l'invito all'affidatario uscente, rivestendo, come detto, carattere eccezionale, deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Tra le più recenti pronunce dello stesso segno di quella in esame merita di essere ricordata la sentenza del Consiglio di Stato n. 2079 del 3 aprile 2018, a sua volta conforme alle precedenti decisioni del medesimo Consesso nn. 5854/2017, 4125/2017 e 4142/2017, la quale ha ribadito che il principio di rotazione deve essere inteso in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia", al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), specie nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

Ancorché vertente su affidamenti sotto-soglia, la suindicata sentenza del Consiglio di Stato n. 2079/2018 enuclea un principio generale, che poi è quello ripreso ed ulteriormente corroborato dal TAR Lazio, certamente estendibile a fattispecie alla stregua di quella oggetto della sentenza n. 5621/2018 in commento. Principio consistente, come già detto, nella necessità di <<tutelare le esigenze della concorrenza>>, soprattutto in settori ove <<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>> (cfr. C.d.S., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079 cit; nello stesso senso C.d.S., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854 cit.; C.d.S., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125 cit.).

In buona sostanza, la regola della rotazione ha il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti.

Nondimeno appare ragionevole differenziare, come già rilevato dal Consiglio di Stato nel

parere n. 782/2017 reso sullo schema di “decreto correttivo” del Codice, il trattamento dell’invitato non affidatario rispetto a quello riservato al gestore uscente; e ciò in quanto le semplici occasioni di partecipazione alla selezione si risolvono, per l’operatore economico, in un mero contatto con la stazione appaltante e non rappresentano certo una occasione per il sorgere o il consolidarsi di legami contrattuali e professionali con la struttura della stessa stazione appaltante.

Sotto tale versante prospettico si rivela dunque logica ed equilibrata la previsione di un regime meno rigoroso con riferimento alla posizione dell’operatore economico che, già invitato per una precedente selezione dalla stazione appaltante, non sia risultato aggiudicatario della stessa.

La necessità di una mitigazione del criterio della rotazione degli inviti in siffatte condizioni è stata per vero già colta da Anac, la quale, nella bozza delle Linee Guida di poi approvate dal Consiglio dell’Autorità con la deliberazione n. 1097/2016 (*i.e.* le “Linee Guida n. 4), ha previsto “possibilità del reinvito” previa “motivazione della stazione appaltante”, fondata sulla “ragionevole aspettativa dell’idoneità dell’operatore”; sì che quest’ultima assurge in tal caso ad elemento base della valutazione dell’Amministrazione, laddove, come s’è visto, per il contraente uscente essa resta comunque subordinata alla necessaria, preliminare, considerazione delle caratteristiche del mercato di riferimento.

Appare poi altrettanto congruo e razionale il ripristino, in capo ai soggetti non reinvitati, della posizione paritaria con gli altri operatori alla prima gara successiva a quella “saltata”.

Si rivela infatti preminente la necessità di assicurare comunque nel mercato, per lo meno nel medio periodo, una volta soddisfatte le esigenze sottese al principio di rotazione, i principii della libertà di impresa e di concorrenza nell’approvvigionamento di beni e servizi in favore della Pubblica Amministrazione; ciò anche tenuto conto dell’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principii di trasparenza e, appunto, rotazione (cfr. sul punto gli artt. 83, comma 2, 2, comma 1 e 4 del Codice).

3. In linea generale, il principio della rotazione, sì come espresso dal TAR Lazio, costituisce regola di assoluto pregio, giacché, come più volte detto, ispirata all’esigenza di garantire massime partecipazione, imparzialità e trasparenza nelle procedure ad evidenza pubblica.

Nei fatti, tuttavia, tale principio disvela quello che, a modesto avviso dello scrivente, è uno dei più frequenti *gap* del nostro Ordinamento, ossia il preconetto, oserei dire “ancestrale”, secondo cui ogni qualvolta un operatore economico instaura un rapporto contrattuale con la P.A. è certo e/o comunque elevatissimo il rischio che, a lungo andare, tra i due soggetti possano realizzarsi forme di connivenze finalizzate ad alterare il mercato o a porre in essere favoritismi in frode alla legge.

Sintomatico di ciò è il forte irrigidimento del principio della rotazione che rischia, ove ulteriormente enfatizzato, di generare effetti paradossali, quali ad esempio il restringimento dell’accesso al mercato. Rischio che, invero, almeno sulla carta, è proprio quello che il Legislatore ha voluto evitare con l’introduzione della regola in esame.

Dire, infatti, che la rotazione deve essere riferita agli inviti significa dire che un soggetto invitato a partecipare ad una procedura avente valore di € 1000,00 non potrà in seguito essere invitato dalla medesima stazione appaltante a partecipare ad un'altra gara avente valore di € 5.000.000,00.

Altri esempi della imprevedibilità del principio di rotazione in termini assoluti sono:

- l'inconciliabilità delle alternanze sequenziali con la possibilità *ex lege* ammessa, sia pure a certe condizioni, delle modifiche dei RTI.

-il rischio della proliferazione di offerte anomale. Se, infatti, ad un dato operatore economico è consentito partecipare solo una volta, o ad essere più precisi, non è consentito partecipare due volte di fila ad una gara avente a base d'asta la stessa commessa, sicuramente quell'operatore si giocherà il tutto e per tutto per ottenerla, arrivando finanche a formulare fortissimi ribassi.

In buona sostanza, l'exasperazione della regola della turnazione potrebbe comportare il "sacrificio sull'altare della massima partecipazione" dell'ugualmente degno di nota interesse affinché l'appalto pubblico venga affidato al soggetto sì proponente l'offerta più conveniente, ma davvero in grado di eseguirla a regola d'arte.

Non solo. La mancata considerazione delle imprese già invitate alle gare precedenti per successivi inviti potrebbe, specie nel caso di elenchi non molto lunghi, rendere prevedibile il nominativo degli operatori economici da invitare nelle successive gare a detrimento del principio dell'anonimato e quindi della massima concorrenza.

Che la regola della rotazione, sì come disciplinata dal nuovo Codice, sia destinata (come per vero gran parte delle regole contenute nel medesimo Codice) ad accendere dibattiti sia fuori che soprattutto dentro le aule di giustizia è dimostrato dal repentino avvicendamento di pronunce giurisdizionali di segno opposto.

Alle sopra ricordate pronunce del Consiglio di Stato nn. 2079/2018, 5854/2017 e 4125/2017, a cui si è uniformata la sentenza del TAR Lazio n. 5621/2018, si oppongono decisioni di tutt'altro segno. E' questo, ad esempio, il caso della sentenza del TAR Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, in base alla quale il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, sicché non può disporsi l'estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza. Ed ancora la sentenza del TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515, secondo cui: <<...per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di rotazione degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale>>.

A fronte di questo divario giurisprudenziale, il TAR Brescia, sez. II, con la sentenza n. 354 del 26.3.2018 ha fatto notare come *<<posto che il principio di rotazione è stato affermato allo scopo di evitare posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, se esso dovesse essere inteso nel senso che quest'ultimo possa sempre e comunque essere invitato, la previsione non avrebbe alcun senso. Né sarebbe idoneo ad attribuirgli significato il mero fatto di invitare altri soggetti, oltre ad esso (il che è frutto del diverso principio per cui non può esservi l'affidamento diretto senza almeno un confronto concorrenziale), per cui l'interpretazione che potrebbe rappresentare l'equo contemperamento dei due principi (rotazione e massima concorrenza) pare essere quella che ammette l'invito anche del gestore uscente, purché ciò trovi motivazione nella presenza di particolari condizioni che debbono essere esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare>>* (cfr. TAR Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354 cit.).

Di sicuro, quello *de quo* è un tema assai caldo, che certamente sarà oggetto di vivaci discussioni sia dentro le aule giudiziarie che fuori da queste ultime.

Che sia l'ennesima problematica in materia di contratti pubblici su cui dovrà pronunciarsi il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria?

Non resta che seguire l'evoluzione giurisprudenziale, non senza escludere pronunciamenti anche da parte della Corte di Giustizia Europea, già in passato interpellata per dipanare questioni aventi, come quella in esame, un forte impatto sulle regole imposte dalla disciplina comunitaria alle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

[1] Cfr. art. 95, comma 4, lett. a), D. Lgs. n. 50/2016, s.m.i., *<< Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, la stessa ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'articolo 97, commi 2 e 8>>*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13381 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Romeo Gestioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Felice Laudadio, Domenico Laudadio e Alberto Saggiomo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Felice Laudadio in Roma, via G.G. Belli n. 39;

contro

Senato della Repubblica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Italproim sr.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della nota prot. UGC – 1030 del 12.12.2017, in parte qua, con cui il Vice Segretario Generale del Senato della Repubblica comunica che:

- si è “nelle more dell'espletamento” di non meglio precisate “procedure in corso”;
- la scadenza, per il prossimo 31.12.2017, della “proroga tecnica dell'ordinativo principale di Fornitura” (Servizi di Facility Management per i palazzi in uso al Senato della Repubblica);
- l'immediato recesso dal contratto di proroga tecnica “all'identificazione di nuovo contraente” e la richiesta di disponibilità ad una nuova proroga tecnica per il periodo “1/01/2018 - 30/06/2018 per il servizio di manutenzione degli elevatori e per il periodo 1/01/2018 - 28/02/2018 per tutti gli altri servizi ricompresi nel citato ordinativo principale”;

b) di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente ivi compresi:

b.1) la lettera di invito prot. P.T./2017.5241 del 15.9.2017, di indizione della procedura negoziata ex art. 63 D.lgs 50/16 “per il servizio di manutenzione degli impianti di sicurezza del Senato della Repubblica” (Procedura CIG 72019125CA), anche perché non inviata alla ricorrente;

b.2) tutti gli atti costituenti la lex specialis della procedura negoziata ex art. 63 d.lgs. 50/16 (Capitolato Tecnico - Piano minimo degli interventi di manutenzione programmata - piano

controlli sugli impianti e relativa strumentazione necessaria), ove da interpretare in senso restrittivo degli interessi della ricorrente, e alla prosecuzione del servizio e alla partecipazione alla procedura negoziata;

b.3) i verbali tutti della procedura de qua, in uno all'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara;

nonché per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto di appalto, ai sensi dell'art. 121 e ss. d.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'aggiudicataria in via definitiva alla gara.

Con motivi aggiunti presentati il 18/1/2018:

per l'annullamento

della delibera n. 481/XVII del 22.12.2017, con la quale il Collegio dei Senatori Questori ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Società Italproim s.r.l.;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Senato della Repubblica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2018 il cons. Anna Maria Verlengia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso, spedito per la notifica il 29 dicembre 2017 e depositato in pari data, la Romeo Gestioni s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI formato con il Consorzio Romeo Facility Services 2010, impugna gli atti meglio descritti in epigrafe con i quali il Senato della Repubblica ha disposto l'avvio di procedura negoziata alla quale non è stata invitata la ricorrente ed il recesso dalla proroga con quest'ultima "all'identificazione di nuovo contraente".

Espone la ricorrente quanto segue:

- è affidataria dell'appalto integrato di "Servizi di Facility Management" per i palazzi in uso al Senato della Repubblica (Lotto 8), giusta contratto prot. 3923 stipulato il 31.10.2012, all'esito di gara europea istruita da Consip, in adesione alla Convenzione FM 3;

- alla scadenza del periodo contrattuale il Senato della Repubblica disponeva, in favore del RTI

ricorrente, una proroga tecnica degli effetti contrattuali, fino alla data del 31.12.2017;

- con nota impugnata del 12/12/2017 il Vice Segretario Generale del Senato della Repubblica chiedeva la disponibilità, “(n)elle more dell'espletamento delle procedure in corso, alla luce del parere ANAC n. AG 33/13 del 16 marzo 2013 (...) ad una proroga tecnica del contratto OPF-4000 citato in oggetto e connessi atti aggiuntivi successivi, per il periodo 1/01/2018 - 30/06/2018 per il servizio di manutenzione degli elevatori e per il periodo 1/01/2018 - 28/02/2018 per tutti gli altri servizi ricompresi nel citato ordinativo principale” e comunicava che “(a)ll'identificazione di nuovo contraente, questa Amministrazione provvederà immediatamente a recedere dal contratto di proroga tecnica dandone comunicazione a codesto RTI con un preavviso di almeno trenta giorni rispetto alla data di operatività del recesso stesso. Alla data di efficacia del recesso, codesto RTI dovrà interrompere l'esecuzione delle prestazioni contrattuali e avrà diritto al solo pagamento del corrispettivo relativo alle prestazioni regolarmente eseguite fino a quel momento, senza diritto al riconoscimento di ulteriori somme a qualsiasi titolo per le prestazioni non ancora eseguite”;

- a seguito di ulteriori verifiche ha appreso che per il riaffidamento di due dei servizi ricompresi nel lotto n. 8 del Facility Management – cioè dei servizi di “minuto mantenimento edile dei palazzi in uso al Senato della Repubblica” e di “manutenzione degli impianti di sicurezza del Senato della Repubblica” (oggetto della presente impugnativa) – sono state indette due diverse procedure negoziate ex art. 63 del d.lgs. 50/16, alle quali il RTI Romeo Gestioni non è stato invitato a presentare offerta.

Avverso gli atti sopra descritti la ricorrente articola i seguenti motivi di doglianza:

1) violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, dei principi di buon andamento, imparzialità, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, di cui al combinato disposto dell'art. 97 Cost. e della legge 241/90, violazione e falsa applicazione delle Linee Guida di ANAC, di cui alla Delibera 21 settembre 2016 n. 1005, eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, illogicità, contraddittorietà manifesta e sproporzione, da cui sarebbe affetta la decisione di frazionare i servizi ricompresi nel Facility Management, salvo poi riaccorparli una volta attivata la convenzione FM4, benché lo stesso parere ANAC 33 del 2013, richiamato nella nota impugnata del 12/12/2017, legittimi anche l'opzione della proroga tecnica in favore del gestore uscente di un servizio integrato “per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova procedura (...) ed avviare l'esecuzione da parte del/i nuovo/i ; aggiudicatario/i”, se tanto determina convenienza e vantaggi per il pubblico interesse. Sarebbe poi illegittimo, alla luce delle norme e dei principi citati, nonché del parere Anac citato, interrompere la proroga tecnica non per avviare una nuova gara, bensì per attivare una procedura d'urgenza prima dell'indizione della gara pubblica, atteso peraltro che la procedura negoziata è ammessa solo in casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili. L'Amministrazione, inoltre, non avrebbe valutato la convenienza del frazionamento dei servizi, né il pubblico interesse a fronte dei maggiori costi che saranno sostenuti dalla P.A. e degli inconvenienti derivanti dalla discontinuità nel servizio. Illegittima sarebbe inoltre anche la scelta del criterio di assegnazione prescelto del massimo ribasso, trattandosi di appalto di servizi ad alta intensità di manodopera per il quale non risulta allegata dalla Stazione Appaltante la riconducibilità del servizio a prestazioni standardizzate;

2) violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, dei principi di buon andamento, imparzialità, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa di cui al combinato disposto dell'art. 97 Cost. e della legge 241/90, eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, illogicità, contraddittorietà manifesta e sproporzione, in quanto non avere invitato alla "gara ponte" un operatore che ha sempre prestato un lodevole servizio è scelta irrazionale, atteso che l'esperienza maturata in tale attività avrebbe consentito alla Romeo Gestioni di formulare una offerta maggiormente competitiva e conveniente. Trattandosi, peraltro, di appalto sopra soglia, la Stazione Appaltante non avrebbe potuto in via automatica omettere l'invito del precedente Gestore, tanto più che la giurisprudenza ha evidenziato che, "a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione", vanno privilegiati i valori della concorrenzialità e massima partecipazione per cui, in linea di massima, non sussisterebbero ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale;

3) violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, dei principi di buon andamento, imparzialità, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, di cui al combinato disposto dell'art. 97 Cost. e della legge 241/90, eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, illogicità, contraddittorietà manifesta e sproporzione, in quanto la P.A., consapevole della scadenza del contratto, avrebbe potuto ricorrere ad una procedura aperta per tempo, con conseguente insussistenza del presupposto per l'avvio della procedura negoziata che nella nuova disposizione di cui all'art. 63 del Codice Appalti contiene una disciplina improntata a maggiore rigore nel configurare detta procedura quale sistema eccezionale di scelta del contraente.

L'11 gennaio 2018 si è costituito il Senato della Repubblica che con memoria, depositata in pari data, resiste nel merito ed eccepisce il difetto di interesse della ricorrente ad impugnare gli atti della gara in quanto priva della legittimazione ad essere invitata alla gara.

Il 18 gennaio 2018 la Romeo Gestioni s.p.a. deposita motivi aggiunti con cui impugna, per illegittimità derivata dai vizi dedotti con il ricorso introduttivo del giudizio, la delibera n. 481/XVII del 22.12.2017, con la quale il Collegio dei Senatori Questori ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Italproim s.r.l. ed articola ulteriori censure avverso gli atti già impugnati.

In particolare, avverso tali ultimi atti deduce:

- la violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, dei principi di buon andamento, imparzialità, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, di cui al combinato disposto dell'art. 97 Cost. e della legge 241/90, violazione e falsa applicazione delle Linee Guida di ANAC, di cui alla Delibera 21 settembre n. 1005, eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, illogicità, contraddittorietà manifesta, disapplicazione di precedente atto amministrativo, sproporzione, atteso che, con le delibere n. 416/XVII, 417/XVII, 418/XVII e 419/XVII del 29.6.2017, il Collegio dei Senatori Questori disattendendo, senza motivazione, il criterio stabilito dal Consiglio di Presidenza, faceva ricorso al criterio del minor prezzo "in considerazione dell'urgenza e della durata limitata dell'appalto", non avendone la competenza, in violazione della deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 107 del 10

maggio 2017 ed in carenza dei presupposti che consentono il ricorso al criterio del maggior ribasso. L'indizione della procedura negoziata sarebbe poi illegittima ove richiama il parere dell'ANAC del 21/6/2017, atteso che quest'ultimo si è limitato a riconoscere la legittimità di ricorrere a nuova procedura concorsuale "eventualmente valutando di procedere anche con procedura negoziata", nulla indicando in merito all'utilizzo del criterio del maggior ribasso.

Alla pubblica udienza del 9 maggio 2018 il ricorso viene trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è, in parte, infondato e, in parte, improcedibile.

Con il gravame in trattazione la società Romeo Gestioni impugna gli atti con i quali il Senato della Repubblica ha disposto una procedura negoziata, in attesa di avviare la procedura ristretta o, in alternativa, di aderire alla nuova convenzione Consip FM4, per due dei servizi attualmente gestiti dalla ricorrente ricompresi nel lotto 8 del Facility Management ("*minuto mantenimento edile dei palazzi in uso al Senato della Repubblica*" e "*manutenzione degli impianti di sicurezza del Senato della Repubblica*").

Con i motivi aggiunti viene impugnata l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Italproim s.r.l.

Con il primo e terzo motivo del ricorso introduttivo la ricorrente denuncia l'illegittimità dell'indizione della procedura negoziata, deducendo l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016 ovvero delle ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili. Si contesta, altresì, la scelta del Senato di frazionare l'originario appalto integrato e l'individuato criterio di aggiudicazione del massimo ribasso anziché dell'offerta economicamente più vantaggiosa (primo motivo).

Deve innanzitutto rappresentarsi che l'Ordinativo Principale di Fornitura (OPF-4000), stipulato con decorrenza 1° novembre 2012 dal Senato della Repubblica nei confronti del RTI formato da Romeo Gestioni S.p.A. (mandataria) e Consorzio Romeo Facility Services 2010 (d'ora in poi anche solo Romeo Gestioni S.p.A.), aggiudicatario della Convenzione Consip "Servizi di Facility Management per gli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni, adibiti prevalentemente ad uso ufficio" (cd. "FM3") del lotto n. 8, di cui si tratta, scadeva il 31 ottobre 2016.

Nel giugno 2016, prima della scadenza, il Consiglio di Presidenza del Senato, con deliberazione n. 88/2016 del 28 giugno 2016, aveva autorizzato il Collegio dei Senatori Questori a verificare la convenienza economica dell'adesione alla nuova Convenzione Consip per il facility management, in corso di aggiudicazione (cd. "FM4"), alla scadenza dell'OPF-4000 sopra menzionato, per un periodo massimo di sei anni.

Atteso che la procedura di gara per l'aggiudicazione dei lotti della Convenzione FM4 indetta da Consip non si concludeva nei tempi previsti, il Collegio dei Senatori Questori, sulla scorta del Parere ANAC 33/13, autorizzava la proroga tecnica dell'OPF-4000 per il periodo 1° novembre

2016 - 28 febbraio 2017, successivamente prorogata al 30 giugno 2017, sempre nell'attesa della prossima adesione alla nuova convenzione Consip.

Protraendosi l'incertezza sui tempi di aggiudicazione della Convenzione Consip FM4, con deliberazione 107/2017 del 10 maggio 2017, il Consiglio di Presidenza del Senato autorizzava l'Amministrazione "ad espletare una o più procedure ristrette da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'appalto dei servizi di facility management già oggetto della Convenzione FM3"; dava "mandato al Collegio dei Questori di valutare la convenienza di aderire alla Convenzione Consip FM4 se aggiudicata prima del completamento della o delle procedure citate"; autorizzava, "fino alla stipula del contratto o dei contratti conseguenti alla procedura o alle procedure ristrette di cui [sopra] ovvero all'adesione alla Convenzione Consip FM4 [...], l'Amministrazione [...] a chiedere la proroga tecnica dell'Ordinativo Principale di Fornitura del 31/10/2012 rep. 1277/C/16 con il quale ha aderito alla Convenzione FM3".

Con delibera n. 408/XVII del 21 giugno 2017 si dava attuazione alla citata deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 107/2017, autorizzando l'Amministrazione ad effettuare le procedure ristrette per l'affidamento in appalto, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di manutenzione impianti elettrici, termo idraulici, reti speciali, impianti di sicurezza nonché di minuto mantenimento edile e supporto audio-video della sala regia, dei servizi di pulizia, disinfestazione e smaltimento rifiuti speciali e del servizio di facchinaggio e magazzinaggio per la durata di tre anni.

Con parere del 21 giugno 2017 il Presidente dell'ANAC, in riscontro ad una richiesta del Presidente del Senato, rappresentava la necessità di ridurre al minimo possibile il protrarsi della proroga, ritenendo che le Amministrazioni possano valutare di procedere anche con procedura negoziata ai sensi dell'articolo 63 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, senza disporre ulteriori proroghe, salvo che queste siano motivate da ragioni di urgenza e per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova procedura di gara.

Nelle more la stampa riportava notizie di una istruttoria avviata dall'AGCM nei confronti delle imprese che avevano partecipato alla gara per la convenzione Consip FM4, per accertare l'intervenuta violazione dell'art. 101 TFUE per avere posto in essere una intesa restrittiva della concorrenza.

Questi, in base alla documentazione allegata agli atti, i fatti che hanno preceduto la nota impugnata, e la decisione di avviare la procedura negoziata di cui all'art. 63 del d.lgs. 50/2016.

L'art. 63 citato, al comma 2, prevede che:

“la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata

(...)

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da

eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici."

La prima questione da sottoporre a scrutinio è se i fatti sopra rappresentati siano compatibili con una ragione di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice quando i termini per le procedure aperte o ristrette o competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Nel caso di specie il Senato della Repubblica è incorso nel ritardo nella stipula della nuova Convenzione Consip, inizialmente prevista in prossimità della scadenza del contratto FM3, e successivamente per il secondo trimestre del 2017, salvo l'ulteriore sospensione, da maggio del 2017, di ogni avviso sulla sua definizione.

Il ritardo nella stipula della Convenzione Consip non è imputabile all'Amministrazione Aggiudicatrice, emergendo per tabulas che detto ritardo non poteva essere previsto dall'Amministrazione, la quale già nel giugno 2016 confidava nella prossima adesione a detta Convenzione.

Per tempo, infatti, a fronte della scadenza fissata il 30 ottobre 2016, con delibera del 28 giugno 2016, il Consiglio di Presidenza del Senato, ritenendo opportuno proseguire l'acquisizione di beni e servizi attraverso il sistema centralizzato di gestione della spesa che la Consip assicura alle pubbliche amministrazioni, aveva autorizzato il Collegio dei Senatori Questori a verificare la convenienza economica dell'adesione alla nuova Convenzione Consip per il facility management, in corso di aggiudicazione (cd. "FM4"), alla scadenza dell'OPF-4000 sopra menzionato, per un periodo massimo di sei anni.

A maggio 2017, in base a quanto si legge nella delibera del Consiglio di Presidenza del 10 maggio, il Consiglio di Presidenza, "considerato che la procedura della citata gara ancora non si è conclusa e che pertanto, fermo restando l'intendimento di verificare la convenienza economica dell'eventuale adesione alla Convenzione Consip "Facility Management 4" adottato con la propria delibera n. 88/2016", riteneva "opportuno avviare una o più procedure ad evidenza pubblica per l'acquisizione dei servizi di facility management indicati al comma 4 della citata delibera".

Il Consiglio di Presidenza, pertanto, autorizzava l'amministrazione ad espletare una o più procedure ristrette da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dando mandato al Collegio dei Senatori Questori di valutare la convenienza di aderire alla Convenzione Consip FM 4 se aggiudicata prima del completamento della o delle procedure citate, e nelle more autorizzava l'Amministrazione a chiedere la proroga tecnica dell'Ordinativo Principale di Fornitura del 31/10/2012.

Con delibera n. 408/XVII del 21 giugno 2017 si dava attuazione alla citata deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 107/2017, autorizzando l'Amministrazione ad effettuare le procedure ristrette, per l'affidamento in appalto con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa.

La Stazione Appaltante, nelle more della preparazione e dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica ovvero dell'eventuale adesione alla nuova Convenzione FM4", autorizzava una ulteriore proroga tecnica.

Il richiesto parere dell'ANAC del 21 giugno 2017 induceva quindi l'Amministrazione ad avviare una procedura negoziata per contenere l'utilizzo delle proroghe del contratto, scaduto già dal 31 ottobre 2016, per garantire la continuità del servizio fino alla conclusione delle gare avviate con la delibera n. 408/XVII del 21 giugno 2017 ovvero fino all'adesione alla nuova convenzione Consip, ove la sua definizione dovesse intervenire prima dell'espletamento della procedura ristretta.

Legittimamente, poi, a fronte di quattro proroghe tecniche, a far data dal 1° novembre 2016, a favore della ricorrente, precedente gestore dei servizi integrati, per una durata complessiva di circa un anno e mezzo, l'Amministrazione resistente ha optato, ricorrendone i presupposti, per l'avvio di una procedura negoziata in coerenza con il principio di rotazione "che governa l'aggiudicazione degli appalti nell'ipotesi del ricorso alla procedura negoziata" (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 31-08-2017, n. 4125), evitando la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti (v. Cons. Stato Sez. V, 13-12-2017, n. 5854).

Corollario del principio di rotazione è il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente (cfr., Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Consiglio di Stato, sez. V, 13/12/2017, n. 5854), la cui mancanza è impugnata con il terzo motivo di ricorso.

Ne consegue che non necessita di specifica motivazione l'opzione di escluderlo dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) (C.d.S., VI, 31 agosto 2017, n. 4125), e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che, nella fattispecie, si esplica consentendo ad operatori diversi, da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili.

Di tale eccezionale situazione la società ricorrente si è avvantaggiata per circa un anno e mezzo e non ha, pertanto, oggi titolo a dolersi di una scelta che offre analoga opportunità ad altro operatore, posto che ciò non comporta alcun giudizio in merito al servizio svolto dalla Romeo Gestioni.

Inoltre, il rispetto del principio di rotazione non è previsto solo dall'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 per i contratti sotto soglia, ma anche in ogni caso di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 63, comma 6, del medesimo d.lgs.

Il Consiglio di Presidenza, peraltro, ha indicato il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa non per la scelta del contraente nell'ambito della procedura negoziata, bensì per le procedure di evidenza pubblica poi autorizzate dal Collegio dei Questori con la delibera 408/XVII del 21 giugno 2017.

E' con quest'ultima delibera che il Collegio dei Questori ha dato conforme esecuzione alla delibera del Consiglio di Presidenza autorizzando le procedure ristrette per l'affidamento in appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

E' invece con la delibera n. 418 del 29 giugno 2017 che vengono autorizzate le procedure negoziate qui gravate per i vari servizi sulla scorta anche del conforme parere dell'ANAC.

I motivi con i quali si denuncia l'illegittimità della procedura negoziata e il mancato invito della società ricorrente sono pertanto da respingere, poiché infondati.

Attesa la legittimità della scelta di indire una procedura negoziata e del mancato invito del gestore uscente, i restanti motivi di doglianza (in tema di frazionamento dei servizi e di criterio di aggiudicazione) sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, non potendo la ricorrente ricavare alcuna utilità dall'accoglimento delle suddette censure. Tra l'altro, la scelta di frazionare l'originario appalto integrato rientra nel merito dell'amministrazione, sindacabile solo per manifesta contraddittorietà, illogicità e irrazionalità, nella specie non sussistenti come si evince da quanto esposto in precedenza nelle considerazioni in diritto.

Per quanto sopra osservato il ricorso, integrato da motivi aggiunti, va respinto in parte e va dichiarato improcedibile per il resto.