

Procedura negoziata senza bando e superamento del valore dei limiti di soglia comunitaria.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 6-9-2019

1. Appare condivisibile la pronuncia di primo grado secondo cui «in presenza del riferimento negli atti posti a base della procedura di gara all'esercizio del potere attribuito dall'art. 63, comma 2, lett. c), del D.lgs. n. 50 del 2016, non oggetto di alcuna contestazione negli atti di gravame, non possa ritenersi fondata la censura proposta solo con riferimento al superamento del valore dei limiti di soglia comunitaria, avendo l'Amministrazione superato tale limite, facendo applicazione di uno specifico potere attribuitole dall'ordinamento».

Guida alla lettura

Regola generale delle procedure di gara è costituita dal confronto concorrenziale tra i differenti partecipanti, così che la scelta della stazione appaltante possa avvenire secondo le più paritarie e trasparenti modalità.

Ne discende che **la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, disciplinata dall'art. 63 del Codice appalti, riveste carattere di eccezionalità, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente** (in termini cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2019, n. 2687).

Orbene, a parere dei Giudici di Palazzo Spada, un siffatto obbligo motivazionale risulta adeguatamente assolto nel caso di specie, ove è data chiara spiegazione delle ragioni del ricorso alla procedura negoziata, sussistendo i presupposti di cui all'art. 63, comma 2, lett. c) D.lgs. 50/2016.

Passando all'analisi del secondo motivo d'appello, poi, il quale critica la statuizione di carenza di interesse rispetto alla censura di violazione dell'art. 95, comma 10 *bis* del D.lgs. n. 50 del 2016, per avere la stazione appaltante previsto il superamento del tetto massimo per il punteggio economico, oltre il limite del trenta per cento, nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo lo stesso punteggio all'offerta tecnica ed a quella economica, la Corte lo ritiene del tutto infondato.

Al riguardo si afferma che l'art. 63, comma 6 cit. si limita a disporre che “*l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento dei contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione*”.

Appare dunque preclusa, e comunque altamente dubbia, **sul piano della *ratio legis*, ed in ragione del generico rinvio all'art. 95, l'applicabilità della disposizione di cui al comma 10 *bis* alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, caratterizzantesi in termini di urgenza**, finalizzata ad assicurare il servizio nelle more dell'espletamento della gara CONSIP.

REPUBBLICA ITALIANA

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 7651 del 2018, proposto da Istituto di Vigilanza dell'Urbe s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Sorrentino, Valeria Falconi e Fabio Altamura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Altamura in Roma, via Cicerone, 60;

contro

Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, Parco Archeologico del Colosseo, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

International Security Service Vigilanza s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Michele Guzzo ed Alice Volino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto

presso lo studio dell'avvocato Giorgio Fraccastoro in Roma, via Piemonte, 39;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 05554/2018, resa tra le parti;

FATTO

1.- L'Istituto di Vigilanza dell'Urbe s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 18 maggio 2018, n. 5554 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. Il quater, che ha respinto il suo ricorso (e quello allo stesso riunito proposto dall'Istituto di Vigilanza Privata della Provincia di Viterbo s.r.l.) avverso la procedura negoziata (di cui alla "richiesta di offerta-RDO n. 1886067" in data 6 marzo 2018) per l'individuazione dell'operatore economico per il "servizio di vigilanza armata e servizio di portierato" del Parco Archeologico del Colosseo, nonché avverso l'aggiudicazione disposta in favore della International Security Service Vigilanza s.p.a. pubblicata sul portale MEPA di CONSIP in data 10 aprile 2018.

Si tratta della procedura negoziata indetta dal Mi.B.A.C.T., nelle more del perfezionamento della gara a procedura aperta indetta da CONSIP in data 15 febbraio 2017 per l'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza, con ricorso al MEPA (mercato elettronico della pubblica amministrazione) per un appalto dal valore di euro 1.984.048,66, di cui euro 1.978.298,65 per il servizio di vigilanza armata ed il servizio di portierato a supporto dell'attività di vigilanza presso il Colosseo e l'area archeologica del Foro Romano Palatino ed euro 5.750,00 per il servizio di vigilanza mediante collegamento di impianto antintrusione dei locali interni della Domus Aurea e videosorveglianza con pronto intervento su allarme e servizio ispettivo a mezzo ronde perimetrali.

Alla gara hanno partecipato, tra gli altri, l'appellante, risultata seconda graduata con un punteggio complessivo di 78,56, e la International Security Service Vigilanza s.p.a. prima graduata con un punteggio complessivo di punti 79,60, ed in favore della quale è stata disposta l'aggiudicazione in data 10 aprile 2018.

2. - Con il ricorso in primo grado l'Istituto di Vigilanza dell'Urbe ha dedotto la violazione degli artt. 35, 36 e 59 del d.lgs. n. 50 del 2016, il difetto assoluto di attribuzione e la carenza di potere per avere la stazione appaltante fatto ricorso alla procedura negoziata mediante MEPA, consentita invece solamente per i contratti sotto-soglia (cioè fino a 144.000,00 euro), nonché la violazione dell'art. 95, comma 10-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 per essere stato erroneamente utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la previsione però che il rapporto qualità/prezzo sarebbe stato valutato attribuendo 50 punti all'offerta tecnica e 50 all'offerta economica, mentre la norma prevede che il punteggio economico non possa superare il limite del trenta per cento.

3. - La sentenza appellata, previa riunione, ha respinto i ricorsi (contenenti analoghe censure), rilevando che la procedura negoziata senza bando tramite il sistema MEPA è stata indetta ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, stante la necessità di assicurare

il servizio indifferibile della vigilanza armata del Parco Archeologico del Colosseo nelle more della conclusione della procedura CONSIP, facendo poi riferimento alle modalità indicate dall'art. 36 per la procedura tramite mercato elettronico; quanto poi al motivo di violazione dell'art. 95, comma 10-*bis*, la sentenza ha rilevato la carenza di un interesse attuale e concreto.

4.- Con il ricorso in appello la società Istituto di Vigilanza dell'Urbe ha dedotto l'erroneità della sentenza, reiterando, alla stregua di motivi di critica della medesima, le censure di primo grado.

5. - Si sono costituiti in resistenza il Mi.B.A.C.T. ed il Parco Archeologico del Colosseo, nonché l'International Security Service Vigilanza s.p.a. chiedendo la reiezione del ricorso in appello; quest'ultima ha altresì riproposto le eccezioni preliminari (di inammissibilità ed irricevibilità del ricorso) assorbite in primo grado.

6. - All'udienza pubblica del 7 marzo 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo l'Istituto Vigilanza dell'Urbe s.p.a. censura l'indizione di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 tramite MEPA, come si evince dal modello di dichiarazione sostitutiva allegato alla RDO, da altri atti della procedura ed anche dalla determina a contrarre, che l'ordinamento consente per gli appalti (di servizi) di importo inferiore alla soglia comunitaria (cioè sino ad euro 144.000,00), laddove il valore dell'appalto è di euro 1.984.048,66 al netto dell'IVA, con conseguente nullità od illegittimità degli atti impugnati. Contesta l'appellante l'assunto dell'Amministrazione secondo cui, come emergerebbe dalla "proposta procedurale" del RUP in data 25 gennaio 2018, sono stati esercitati i poteri di cui all'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, ed il riferimento all'art. 36 riguarda solo le modalità procedurali del mercato elettronico; ed invero la predetta nota del RUP (poi recepita dal C.d'A. del Parco Archeologico del Colosseo il successivo 26 gennaio) richiama l'art. 63 non già con riferimento alla gara, ma al solo affidamento in proroga e per un periodo limitato (due mesi) del servizio di vigilanza dell'attuale gestore.

Il motivo, pur con qualche elemento di criticità ermeneutica, è infondato.

La "proposta procedurale" del RUP del Parco Archeologico del Colosseo in data 25 gennaio 2018 premette che *«la procedura ad evidenza pubblica bandita dalla centrale di committenza Consip s.p.a. ed in corso di aggiudicazione [...] di fatto impedisce all'amministrazione di bandire procedure di gara aperta per l'affidamento dei servizi in questione, procedura richiesta in ragione dell'importo che supera anche la soglia di rilevanza comunitaria»*, rilevando come conseguentemente ricorrano i presupposti per negoziare con un operatore economico ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), e dell'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016, senza limiti di soglia, nelle more dell'aggiudicazione definitiva della gara CONSIP, *«in quanto i termini per l'espletamento delle procedure ordinarie non possono essere rispettati per ragioni non imputabili all'Amministrazione, nonché per contrarre con l'operatore economico che sta al*

momento espletando il servizio agli stessi patti e condizioni, nel tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente».

La "proposta procedurale" ha dunque effettivamente un doppio oggetto, concernendo l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 sia per la scelta del nuovo operatore provvisorio, sia per affidare il servizio all'attuale gestore nel tempo occorrente per l'espletamento della procedura concorrenziale attraverso il MEPA. Nonostante la non perspicuità di taluni passaggi argomentativi della "proposta procedurale", appare al Collegio corretto interpretare la predetta nota come riferita al doppio oggetto, e non dunque limitare il richiamo, che risulterebbe peraltro improprio, all'art. 63, comma 2, lett. c), ai soli fini della proroga del contratto con l'attuale gestore del servizio, anche nella considerazione che, altrimenti, sarebbe stata inutile la evocazione dell'art. 106, comma 11, che riguarda proprio la proroga tecnica del contratto, la quale deve essere limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente.

La determina a contrarre n. 11 in data 28 febbraio 2018 presenta una formulazione meno articolata, incentrata sul passaggio per cui *«vista la proposta procedurale del RUP del 25.01.2018 approvata dal C.d'A. del Parco nella seduta del 26.01.2018, con la quale si propone, nelle more del perfezionamento della procedura avviata da CONSIP s.p.a., di procedere con affidamento diretto ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 del servizio indefettibile di vigilanza per il tempo strettamente necessario alla preparazione e successivo espletamento della procedura concorrenziale attraverso MEPA con la quale selezionare l'operatore economico che dovrà espletare il servizio nelle more dell'aggiudicazione della gara indetta da CONSIP s.p.a., al fine di garantire la massima trasparenza delle scelte e del procedimento»*, così in prima approssimazione sembrando limitare, atecnicamente, il ricorso alla procedura negoziata ai soli fini della proroga del gestore. Peraltro questa stessa determina prende atto, recepisce la proposta procedurale nella sua integralità, anche se nella parte dispositiva si limita a disporre di *«procedere all'individuazione dell'operatore economico mediante procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, da selezionare avvalendosi della piattaforma del MEPA, e di utilizzare quale criterio di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. b), del Codice dei contratti pubblici»*.

Nel delineato contesto appare condivisibile la pronuncia di primo grado secondo cui *«in presenza del riferimento negli atti posti a base della procedura di gara all'esercizio del potere attribuito dall'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, non oggetto di alcuna contestazione negli atti di gravame, non possa ritenersi fondata la censura proposta solo con riferimento al superamento del valore dei limiti di soglia comunitaria, avendo l'Amministrazione superato tale limite, facendo applicazione di uno specifico potere attribuitole dall'ordinamento»*.

Il punto fondamentale è che la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle Amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il

confronto concorrenziale, sicchè la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687). Un siffatto obbligo motivazionale risulta adeguatamente assolto nel caso di specie, ove è data chiara spiegazione delle ragioni del ricorso alla procedura negoziata, sussistendo i presupposti di cui al comma 2, lett. c).

Puramente "strumentale" è dunque il rinvio all'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, che vale ad enucleare la procedura da seguire, prevista per i contratti sotto soglia, ed idonea, in quanto tale, a consentire il ricorso al mercato elettronico, secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 1, lett. bbbb), dello stesso Codice dei contratti pubblici, ma nell'ambito di un inquadramento più generale, che giustifica, in termini di sussistenza di presupposti, il ricorso alla procedura negoziata.

2. - Il secondo motivo critica poi la statuizione di carenza di interesse rispetto alla censura di violazione dell'art. 95, comma 10-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, per avere la stazione appaltante previsto il superamento del tetto massimo per il punteggio economico, oltre il limite del trenta per cento, nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo lo stesso punteggio all'offerta tecnica ed a quella economica. Deduce l'appellante l'erroneità della decisione, in quanto una procedura selettiva da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con una ripartizione del punteggio 70 tecnico e 30 economico sarebbe radicalmente diversa, giustificando l'interesse.

Il motivo è infondato.

Va anzitutto rilevato che la sentenza ha posto un argine all'interesse strumentale, mediante il ricorso alla prova di resistenza, evidenziando il difetto di qualsivoglia argomentazione in ordine alla possibilità che una differente modalità di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica avrebbe comportato il suo collocamento nella prima posizione in graduatoria; ciò tanto più considerando che l'appellante e l'aggiudicataria International Security Service Vigilanza s.p.a. hanno conseguito lo stesso punteggio per l'offerta tecnica (punti 34,60), mentre l'aggiudicataria ha ottenuto un punteggio più elevato per l'offerta economica (45 punti rispetto ai 43,96 dell'appellante).

Occorre aggiungere che l'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 si limita a disporre che *«l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento dei contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione»*.

Appare dunque preclusa, e comunque altamente dubbia, sul piano della *ratio legis*, ed in ragione del generico rinvio all'art. 95, la applicabilità della disposizione di cui al comma 10-*bis* alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, caratterizzantesi in termini di urgenza, finalizzata ad assicurare il servizio nelle more dell'espletamento della gara CONSIP.

3. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello, con l'unita domanda risarcitoria (in forma specifica, od, in subordine, per equivalente), va respinto.

La complessità ed i residui margini di opinabilità della controversia integrano le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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