

Publicato il 24/05/2021

N. 03999/2021REG.PROV.COLL.
N. 02835/2020 REG.RIC.



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 numero di registro generale 2835 del 2020, proposto da Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, Guardia di Finanza - Comando Generale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Lisci Giovanni, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione Prima, 17 dicembre 2019, n. 891, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Comando Generale Guardia di Finanza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176; e, preso atto delle note di passaggio in decisione, è data la presenza dell'avvocato Barbara Bari, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, come richiamato dall'art. 25, del citato decreto-legge n. 137 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Il *Consorzio Parts & Services* ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di riparazione e assistenza meccanica ed elettronica degli automezzi in dotazione al Comando Guardia di Finanza, Comando Regione Sardegna, da svolgersi tramite richiesta di offerta sul M.E.P.A., con il criterio del massimo ribasso, ai sensi degli artt. 36, comma 2, lett. *b*) e 95, comma 4, lett. *b*), del Codice dei contratti pubblici (d.lgs.18 aprile 2016, n. 50). All'esito delle operazioni di gara, la stazione appaltante ha aggiudicato il servizio all'Impresa Lisci Giovanni.

2. - Il Consorzio ha impugnato l'aggiudicazione con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, che - con sentenza 17 dicembre 2019, n. 891 – ha ritenuto infondate tutte le censure dedotte e in particolare:

- con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, ha rilevato che i costi della manodopera erano chiaramente desumibili dall'offerta economica dell'aggiudicataria (nel modulo, a fianco della colonna "*Sconto percentuale sul prezzo orario della manodopera euro 25*

- a base d'asta*”, era indicato il “Valore offerto” dall’aggiudicatario: “30% Trenta/00”, espressamente riferito al costo della manodopera);
- quanto alla violazione dell’art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, ha accertato che nessun soccorso istruttorio è stato attivato da parte della stazione appaltante, poiché l’integrazione del modulo dell’offerta economica presente sul portale MEPA è stata effettuata prima della pubblicazione della procedura;
 - in ordine alla lamentata violazione del principio di rotazione di cui all’art. 36 del Codice dei contratti pubblici, ha ritenuto che, trattandosi di procedura aperta, il principio di rotazione non sia applicabile.
3. - Il Consorzio soccombente in primo grado ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza sulla scorta dei medesimi motivi del ricorso in primo grado.
 4. - Resiste in giudizio il Ministero dell’Economia e delle Finanze, che ripropone l’eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo, il quale è stato notificato il 25 luglio 2019 mentre l’aggiudicazione è stata adottata con atto del 7 maggio 2019, pubblicato nel portale del M.E.P.A. il successivo 8 maggio; nel merito conclude per il rigetto dell’appello.
 5. - All’udienza dell’11 febbraio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.
 6. - Con il primo motivo, il Consorzio appellante deduce l’ingiustizia della sentenza per non aver rilevato l’illegittimità dell’offerta economica dell’aggiudicatario, per la violazione dell’art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, che impone all’offerente di indicare separatamente i propri costi della manodopera anche quando detti costi siano stati predeterminati dalla stazione appaltante, come nel caso di specie. Pertanto, l’offerta economica dell’aggiudicatario, che sul punto si basava unicamente sullo sconto offerto sul costo orario della manodopera predefinito dalla stazione appaltante in sede di gara, avrebbe dovuto essere esclusa.
 7. - Sotto altro profilo, proposto come terzo motivo d’appello ma strettamente connesso al primo, il Consorzio appellante ripropone anche la

violazione dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, sull'assunto che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito all'aggiudicataria l'integrazione dell'offerta economica mediante l'indicazione del costo della manodopera, integrazione vietata in quanto relativa a un elemento dell'offerta.

8. - Le censure esposte sono infondate.

8.1. - In linea di fatto, l'offerta economica presentata dall'aggiudicatario è stata strutturata secondo il seguente schema: da un lato, l'indicazione, da parte della stazione appaltante, del prezzo orario della manodopera posto a base d'asta (€ 25,00); dall'altro lato, l'indicazione del ribasso percentuale sulla predetta tariffa oraria.

Dall'offerta economica, pertanto, attraverso una mera operazione matematica, è possibile desumere il costo della manodopera dell'aggiudicataria, fermo restando il dovere della stazione appaltante di procedere, prima dell'aggiudicazione, alla verifica di congruità del costo del lavoro proposto (arg. art. 95, comma 10, ultimo periodo, del Codice dei contratti pubblici). Congruità che, peraltro, l'appellante non contesta.

8.2. - Quanto alla dedotta violazione dei limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio, dalla documentazione versata in giudizio non risulta esperito alcun soccorso da parte della stazione appaltante; e del resto, potendo risalire al costo del lavoro offerto, come si è già veduto, nessun soccorso istruttorio era necessario.

9. - Con il secondo motivo d'appello, il Consorzio lamenta l'ingiustizia della sentenza anche nella parte in cui ha ritenuto inapplicabile alla fattispecie il principio di rotazione di cui all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici. Secondo l'appellante, trattandosi di procedura negoziata, il principio di rotazione troverebbe sempre applicazione, non rilevando il fatto di aver preventivamente pubblicato un avviso rivolto a tutti gli operatori di riferimento, cui è seguito l'invito a tutti coloro i quali abbiano manifestato interesse a partecipare alla procedura. Il che avrebbe dovuto portare

all'esclusione dell'aggiudicatario, già affidatario uscente del servizio oggetto della procedura.

9.1. - Il motivo è infondato.

9.2. - E' ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente in tal senso Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168). L'art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò indica che la norma che impone l'applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall'art. 36 cit.); in queste ultime, il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate.

9.3. - Nel caso di specie, la procedura di gara non è riconducibile a una procedura negoziata ristretta. Il procedimento di gara si è svolto sulla piattaforma M.E.P.A., mediante richiesta di offerta rivolta a tutti gli operatori iscritti al portale telematico. Ciò delinea un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento dell'amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura.

Pertanto, seppure la procedura descritta presenti profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata), non ricorre la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale – in attuazione del principio di concorrenza – ha la

finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato (in tal senso si veda il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, sulle «Linee guida» dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017).

Essendo assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato, alla procedura in esame non è applicabile il principio di rotazione.

10. – L'appello, in conclusione, va respinto, con la conseguente conferma della sentenza.

11. – La disciplina delle spese giudiziali segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il Consorzio Parts & Services al pagamento delle spese giudiziali in favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00).

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO