

Pubblicato il 15/06/2020

N. 00235/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00154/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 154 del 2020, proposto da MASE LN Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Aldo Scipione e Luca Scipione, con domicilio eletto presso il loro studio in Formia (LT), via Marziale 3;

contro

Provincia di Latina, in persona del Presidente *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv. Claudia Di Troia, Carla Vani e Giulio Tatarelli dell'Avvocatura provinciale, con domicilio eletto presso la sede dell'ente in Latina, via A. Costa 1;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale della Provincia di Latina, Settore viabilità e trasporti, n.78 del 21 gennaio 2020, notificata a mezzo p.e.c. il successivo giorno 24, limitatamente alla parte in cui ha annullato la procedura di affidamento indetta con la determinazione dirigenziale n. 1043 del 5 novembre 2019, e cioè a dire la richiesta di offerta n. 2442380, provvisoriamente aggiudicata alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Latina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2020 il dott. Valerio Torano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La Provincia di Latina, con determinazione dirigenziale n. 1043 del 5 novembre 2019, ha approvato gli elaborati progettuali relativi all'accordo quadro per la manutenzione dei ponti con indagini strutturali relativo ai lotti dell'area Nord (CIG 80826772FEC) e Centro (CIG 8082692072), per un importo di euro 150.000,00 ciascuno. Con il medesimo provvedimento, l'ente locale ha anche indetto una procedura negoziata da espletarsi mediante richiesta di offerta sul portale MEPA – CONSIP s.p.a. e da aggiudicare con il criterio del minor prezzo *ex artt.* 36, comma 2, lett. c), 63, 95 e 97, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, determinato

mediante unico ribasso sull'importo dei lavori posti a base di gara. La succitata determinazione dirigenziale ha previsto l'invito alla procedura di almeno dieci operatori economici iscritti alla medesima piattaforma telematica MEPA – CONSIP s.p.a., aventi categoria minima SOA OG3, classifica 1 o superiore, oppure la capacità prevista dall'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

In data 11 novembre 2019, la procedura di affidamento in parola è stata avviata mediante richiesta di offerta (r.d.o.) n. 2442380 sul portale MEPA – CONSIP s.p.a., che ha individuato sedici operatori da invitare, dieci dei quali hanno poi effettivamente partecipato. Tra questi ultimi, MASE LN Costruzioni s.r.l. ha presentato un'offerta per il lotto dell'area Centro (CIG 8082692072) con un ribasso percentuale del 36,119% sul prezzo a base di gara. In relazione a detta offerta, il responsabile unico del procedimento, con nota prot. n. 4917 del 6 dicembre 2019, ha comunicato all'odierna ricorrente la proposta di aggiudicazione in suo favore e le ha chiesto giustificazioni per l'anomalia dell'offerta, ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 cit.; a tale richiesta MASE LN Costruzioni s.r.l. ha fornito riscontro con nota del 20 dicembre 2019.

Tuttavia, da un successivo controllo è emerso che tra i soggetti invitati erano presenti imprese già invitate alla precedente gara ristretta con le stesse caratteristiche e, pertanto, con determinazione dirigenziale n. 78 del 21 gennaio 2020, la Provincia di Latina, rilevando il mancato rispetto del principio di rotazione degli inviti prescritto dall'art. 36, d.lgs. n. 50 cit., ha disposto l'annullamento della procedura di affidamento anzidetta e della proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente.

2. – Avuto riguardo a ciò, con il ricorso all'esame, notificato il 21 febbraio 2020 e depositato il 4 marzo 2020, MASE L.N. Costruzioni s.r.l. ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe, lamentando i seguenti vizi di legittimità:

I) violazione dell'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, per omesso invio della comunicazione di avvio del procedimento di revoca della proposta di aggiudicazione;

II) violazione degli artt. 21-*quinquies*, 21-*octies* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990 e 36, comma 2, d.lgs. n. 50 cit., oltre a eccesso di potere per difetto di motivazione sul pubblico interesse, dal momento che il principio di rotazione negli inviti non opererebbe nel caso in esame e che non sussisterebbero comunque i presupposti per procedere all'annullamento in autotutela del provvedimento di indizione della procedura, frustrandosi l'affidamento precedentemente ingenerato;

III) violazione dell'art. 54, d.lgs. n. 50 cit., oltre a eccesso di potere per erroneità dei presupposti, non essendo applicabile il principio di rotazione previsto per gli affidamenti sotto-soglia *ex* art. 36, comma 2, d.lgs. n. 50 cit., all'aggiudicazione di appalti mediante stipula di accordo quadro;

IV) violazione dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 50 cit., essendo inapplicabile il principio di rotazione proprio degli appalti sotto-soglia alla procedura di scelta del contraente attraverso un'indagine di mercato esplorativa ovvero attraverso richiesta di offerta economica, giacché non sarebbero necessari il mancato invito o l'esclusione del precedente affidatario ove la procedura semplificata individui gli operatori economici in seguito alla pubblicazione di avvisi pubblici – in tal senso, la Provincia di Latina non ha scelto direttamente le imprese da invitare ma ha proceduto a un'esplorazione preliminare del mercato, richiedendo successivamente l'offerta economica a quelli ritenuti in grado di eseguire il contratto.

3. – Con memoria depositata il 16 aprile 2020 si è costituita in giudizio la Provincia di Latina, che ha argomentato nel merito l'infondatezza dei motivi di impugnazione proposti.

4. – Alla pubblica udienza del 10 giugno 2020 la causa è stata trattenuta per la decisione.

5. – Il ricorso è infondato.

5.1 Non è favorevolmente scrutinabile il primo mezzo di impugnazione, riguardante la violazione dell'art. 7, l. n. 241 cit., per omesso invio della comunicazione di avvio del procedimento di revoca della proposta di aggiudicazione.

Infatti, la proposta di aggiudicazione è un mero atto endoprocedimentale, come tale insuscettibile di attribuire una stabile posizione di vantaggio, per cui, ai fini dell'eventuale sua revoca, non sono applicabili le garanzie partecipative, come la comunicazione di avvio del relativo procedimento di secondo grado ovvero il preavviso di rigetto (Cons. Stato, sez. V, 25 settembre 2019 n. 6432; sez. III, 28 giugno 2019 n. 4461; sez. V, 14 dicembre 2018 n. 7056; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 marzo 2020 n. 3142; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° marzo 2019 n. 419).

5.2 Con il secondo ordine di censure è stata lamentata la violazione degli artt. 21-*quinquies*, 21-*octies* e 21-*nonies*, l. n. 241 cit. e 36, comma 2, d.lgs. n. 50 cit., oltre a eccesso di potere per difetto di motivazione sul pubblico interesse per l'ipotesi di assunzione di una determinazione in autotutela, dal momento che il principio di rotazione negli inviti non opererebbe nel caso in esame e che non sarebbero comunque ravvisabili i presupposti per procedere alla rimozione dell'atto di indizione della procedura, frustrandosi in tal modo l'affidamento ingenerato nel privato.

Anche il mezzo di impugnazione all'esame è infondato.

Infatti, gli atti endoprocedimentali come la proposta di aggiudicazione, avendo effetti instabili ed interinali, non sono idonei ad attribuire una posizione consolidata di vantaggio (e dunque un affidamento in ordine al suo mantenimento), con la conseguenza che sull'Amministrazione che intenda esercitare il potere di autotutela incombe un onere di motivazione fortemente attenuato circa le ragioni di interesse pubblico che lo hanno determinato, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi, in base ai quali si ritiene di non dare corso ulteriore al procedimento (TAR Campania, Napoli, sez. I, 25 marzo 2015 n. 1790; TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 marzo 2011 n. 1930; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 4 febbraio 2011 n. 210; TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 gennaio 2011 n. 20; TAR Sardegna, sez. I, 11 novembre 2010 n. 2582).

Nella specie, il riferimento operato dalla Provincia di Latina all'obbligo di rispettare un superiore principio di legge nell'articolazione della procedura negoziata costituisce motivazione sufficiente per sorreggere l'atto di ritiro della stessa e della proposta di aggiudicazione.

5.3 Con il terzo motivo di ricorso, la società MASE ha dedotto violazione dell'art. 54, d.lgs. n. 50 cit., oltre a eccesso di potere per erroneità dei presupposti, non essendo applicabile il principio di rotazione previsto per gli affidamenti sotto-soglia *ex art.* 36, comma 2, d.lgs. n. 50 cit., all'aggiudicazione di appalti mediante stipula di accordo quadro.

Anche il mezzo di impugnazione in esame non può trovare accoglimento.

L'accordo quadro, infatti, è un contratto tra un'Amministrazione e uno o più operatori economici, individuati con procedura di gara, in cui si definiscono le condizioni della fornitura, rimandando a successivi e specifici appalti l'approvvigionamento effettivo e l'art. 54, comma 1, d.lgs. n. 50 cit., stabilisce che: "*Le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro nel rispetto delle procedure di cui al presente codice*".

Considerata l'esplicita sottoposizione della conclusione di accordi quadro alle procedure ad evidenza pubblica disciplinate dal codice dei contratti pubblici, tra cui quelle relative agli affidamenti sotto-soglia, non si comprende la ragione per la quale la stipula di un accordo quadro avente un importo inferiore alla soglia di

rilevanza comunitaria sarebbe di per sé esente dall'applicazione di un principio generale dei contratti sotto-soglia, qual è quello di rotazione degli inviti e degli affidamenti posto dall'art. 36, d.lgs. n. 50 cit.

5.4 Con l'ultimo motivo di ricorso, MASE LN Costruzioni s.r.l. lamenta la violazione dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 50 cit., ritenendo inapplicabile il principio di rotazione proprio degli appalti sotto-soglia alla procedura di scelta del contraente attraverso un'indagine di mercato esplorativa ovvero attraverso richiesta di offerta economica, giacché non sarebbero richiesti il mancato invito o l'esclusione del precedente affidatario ove la procedura semplificata individui gli operatori economici in seguito alla pubblicazione di avvisi pubblici. Infatti, la Provincia di Latina non ha scelto direttamente le imprese da invitare ma ha proceduto a un'esplorazione preliminare del mercato, richiedendo successivamente l'offerta economica a quelli ritenuti in grado di eseguire il contratto.

Il motivo è infondato.

L'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 cit., prevede che: *“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. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50”*; il successivo comma 2, lett. c), dispone poi che: *“per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, 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 [...]”*.

L'obbligo per le stazioni appaltanti di applicare il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti negli appalti sotto soglia, come è noto, è sorretto dall'intento di evitare la formazione di rendite di posizione e di perseguire l'effettiva concorrenza, consentendo la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio e all'Amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2020 n. 2182).

Il principio di rotazione previsto dall' art. 36, d.lgs. n. 50 cit., non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2020 n. 875; TAR Sardegna, sez. I, 17 dicembre 2019 n. 892; TAR Liguria, sez. II, 30 ottobre 2018 n. 869).

Nel caso di specie, la procedura di affidamento di cui è causa è stata ristretta ai soli operatori economici iscritti alla piattaforma telematica di *e-procurement* del MEPA – CONSIP s.p.a. nella categoria *“lavori di manutenzione stradale, ferroviari ed aerei”* e rispondenti a determinati parametri di filtraggio, ai quali soltanto è stata indirizzata la richiesta di offerta e cioè il documento contenente le caratteristiche tecniche ed economiche dei lavori da aggiudicare che segna l'inizio della fase negoziale. In particolare, l'accesso alla procedura *de qua* è stato consentito ad imprese filtrate non soltanto per *“area merceologica”* (i.e. qualificate per la categoria di lavori OG3 sino a euro 150.000,00 e con classifica I SOA sino a euro 258.000,00), ma anche per sede di affari e sede legale limitate al territorio della Provincia di Latina, come si evince dalla lettura dei filtri applicati alla procedura, di cui a pag. 13 della r.d.o. n. 2442380 dell'11 novembre 2019, lanciata sulla piattaforma telematica *“acquistinretepa.it”*.

Pertanto, avendo la stazione appaltante operato una previa limitazione al numero di soggetti da invitare, deve ritenersi che il principio di rotazione degli inviti dovesse trovare applicazione alla procedura ristretta di cui è

causa.

6. – La circostanza che il provvedimento di autotutela sia stato adottato per ragioni sostanzialmente ascrivibili a un errore della stazione appaltante nell'applicazione della legge, oltre alla novità delle questioni giuridiche affrontate, consente di compensare integralmente le spese di giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. nella l. 24 aprile 2020 n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Roberto Maria Bucchi, Consigliere

Valerio Torano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valerio Torano

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO