Pubblicato il 12/09/2019

**N. 06160/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 10312/2018 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 iscritto al numero di registro generale 10312 del 2018, proposto da

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Abruzzi Sonda del Comm. Geom. di Franco Lorenzo & C. s.a.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Scarpantoni, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Onorati Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Morgante, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) n. 00397/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Onorati Costruzioni Generali s.r.l. e di Abruzzi Sonda del Comm. Geom. di Franco Lorenzo & C. s.a.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Carlo Scarpantoni, Antonio Morgante e l'avvocato dello Stato Eugenio De Bonis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con lettera di invito del 2 agosto 2018, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Provveditorato interregionale alle opere pubbliche per il Lazio – Abruzzo e Sardegna avviava una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento dei lavori di consolidamento per il ripristino della transitabilità di un tratto della S.P. 49 di Valle Castellana.

1.2. La Abruzzi Sonda del Comm. Geom. Di Franco Lorenzo & C. s.a.s., in associazione temporanea con la Tre C Costruzioni s.r.l., non destinataria di lettera di invito della stazione appaltante, presentava, comunque, domanda di partecipazione alla procedura, formulando un'offerta secondo le prescrizioni della normativa di gara.

1.3. Nella seduta del 5 settembre 2018, la commissione giudicatrice non procedeva all'esame dell'offerta della Abruzzi Sonda s.a.s., in quanto impresa non invitata a

presentare offerta. La procedura di gara si concludeva con l'aggiudicazione a favore della Onorati Costruzioni Generali s.r.l..

2. La Abruzzi Sonda s.a.s. impugnava al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo l'aggiudicazione disposta a favore dell'A.t.i. Onorati Costruzioni Generali unitamente al verbale della commissione giudicatrice del 5 settembre 2018 con il quale la sua offerta era stata accantonata e non esaminata.

2.1. Si costituiva in giudizio il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la controinteressata Onorati Costruzioni s.r.l.; il giudizio si concludeva con la sentenza sez. I 24 ottobre 2018 n. 397, di accoglimento del ricorso e compensazione tra le parti delle spese di lite.

3. Propone appello il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; nel giudizio si è costituita la Abruzzi Sonda del Comm. Di Franco Lorenzo & C. s.a.s. e la controinteressata Onorati Costruzioni s.r.l.; quest'ultima ha concluso per l'accoglimento dell'appello proposto dal Ministero. Le parti hanno depositato memoria ex art. 73 Cod. proc. amm.

All'udienza del 20 giugno 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. La sentenza di primo grado ha accolto il ricorso proposto dalla Abruzzi Sonda del Comm. Di Franco Lorenzo & C. s.a.s. con la seguente motivazione:

- la disposizione di cui all'art. 36, comma 2, lett. c) d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 delinea una procedura speciale nella quale, pur nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, è rimessa alla sola amministrazione l'individuazione degli operatori economici astrattamente idonei ad eseguire la prestazione, che vengono, pertanto, invitati a presentare offerta;

- simile procedura è, dunque, ispirata ai principi di snellimento e celerità che, per essere derogatori dei principi di pubblicità e limitativi del principio di massima

partecipazione, devono essere interpretati restrittivamente pena la violazione del principio di concorrenza;

- in una precedente pronuncia (sentenza sez. V 28 giugno 2018, n. 3989, i cui passi salienti sono integralmente riportati), il Consiglio di Stato ha affermato che, se è vero, per le ragioni precedentemente esposte, che un operatore economico non può vantare alcun diritto ad essere invitato a partecipare a tale tipo di gara, non può negarsi che nel caso in cui sia venuto comunque a conoscenza della procedura e si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal bando di gara, possa presentare la sua offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicato nella lettera di invito) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara, determinando così un pregiudizio alle esigenze di snellezza e di celerità che sono a fondamento della procedura semplificata dell'art. 36 comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016.

5. Con un unico motivo di appello, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti censura la sentenza di primo grado per "*Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 comma 2 D.lgs 50/2016*".

5.1. L'appellante sostiene che il giudice di primo grado, ammettendo la partecipazione alla procedura di gara anche dell'operatore economico non invitato dall'amministrazione, abbia tradito la *ratio* ispiratrice della procedura negoziata di all'art. 36 comma 2 lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che è quella di consentire all'amministrazione, per il modesto valore dell'affidamento, di procedere alla scelta del contraente in maniera celere e semplificata; aggiunge l'appellante Ministero che la parità di trattamento, effettivamente comprimibile da una scelta discrezionale dell'amministrazione, sarebbe poi garantita dal principio di rotazione che assicura una turnazione negli inviti.

5.2. Il Ministero contesta anche la pertinenza alla vicenda oggetto del giudizio del precedente del Consiglio di Stato richiamato in sentenza per essere relativo ad un caso in cui era stato escluso dalla partecipazione alla procedura di gara un operatore economico presentatosi quale cessionario di ramo di azienda di un'impresa regolarmente invitata dall'amministrazione; rileva l'appellante che il cessionario, di avente causa già invitato alla procedura, non potrebbe essere considerato "*estraneo*", onde non vi sarebbe identità con la situazione ora esaminata.

6. Il motivo è fondato.

6.1. L'art. 36 (Contratti sotto soglia) comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che: "…*le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: …c) 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*".

E' prevista, dunque, una prima fase – di individuazione degli operatori tramite indagine di mercato ovvero consultazione di elenco di operatori economici precedentemente costituito – e una seconda fase, di vera e propria contrattazione, nella quale sono esaminate le offerte degli operatori precedentemente invitati a partecipare.

6.2. La procedura descritta si distingue, pertanto, dalle ordinarie procedure di affidamento per essere l'amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale a presentare la sua offerta e non, come normalmente accade, l'operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara.

Consentire, come ritenuto dal giudice di primo grado, ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell'esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l'ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative.

6.3. Le quali, poi, si giustificano perché la procedura – di valore inferiore alle soglie comunitarie (anche se, invero, non certo modesta in senso assoluto) – possa svolgersi più rapidamente; rapidità – inutile negarlo – che deriva anche dal numero, che si vuole limitato, dei partecipanti.

Se, dunque, si consentisse quel che il giudice di primo grado auspica, il numero degli operatori presenti in gara sarebbe destinato ad aumentare, teoricamente senza limiti, poiché non è preventivamente immaginabile quanti operatori possano venire a conoscenza della procedura ed avere interesse a prendervi parte, ed una procedura ipotizzata come di rapida conclusione finirebbe con il richiedere tempi (per l'esame dei requisiti di ammissione e delle offerte proposte, ma anche, è possibile pensare, per le eventuali contestazioni dell'operato della stazione appaltante) molto più lunghi di quelli preventivati; sicuramente, ad ogni modo, l'amministrazione non sarebbe più in grado di governare i tempi della procedura.

6.4. Le predette considerazioni inducono il Collegio a non condividere i principi affermati dal precedente di questo Consiglio di Stato ampiamente richiamato dal giudice di primo grado – ove si ritenga che ivi siano stati affermati principi generali applicabili anche oltre lo specifico caso esaminato – e per questo motivo: ammettere che l'operatore non invitato possa, comunque, presentare la sua offerta, e che, però, proprio allo scopo di salvaguardare l'esigenza di celerità cui è ispirata la procedura in esame, la stazione appaltante possa negare la partecipazione (*id est.* non esaminare l'offerta) se "*la partecipazione (…) comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e di celerità*

*che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato dall'art. 122, comma 7, e 57, comma 6 d.lgs. n. 163/2006*", dimostra che il principio generale che si è inteso affermare – l'apertura alla partecipazione di tutti gli operatori economici anche se non invitati – soffre un'eccezione – la possibilità di accantonare l'offerta dell'operatore non invitato qualora comporti un aggravio insostenibile – che contraddice il principio stesso poiché è *in re ipsa* che l'apertura a tutti gli operatori economici comporta maggior aggravio per la stazione appaltante anche se, per ipotesi, l'operatore aggiuntosi sia soltanto uno.

6.5. D'altronde l'orientamento che qui si avversa impone l'introduzione della predetta eccezione – il caso dell'aggravio insostenibile per la procedura che giustifichi l'accantonamento dell'offerta dell'operatore non invitato – pena il già descritto ribaltamento della procedura semplificata e il ripristino dell'ordinaria, certamente più complessa, sequenza per la scelta del contraente.

Né vale a modificare i termini della questione precisare che l'offerta dell'operatore non invitato è accantonata solo se l'aggravio che ne possa derivare alla procedura di gara sia "*insostenibile*", e ciò per due ragioni: in primo luogo, poiché è così introdotto un criterio di ammissione alla procedura di gara che risulta eccessivamente generico ed ampiamente discrezionale a fronte dell'effetto che la sua applicazione produce, vale a dire l'esclusione dell'operatore economico che avrebbe, nella ricostruzione data, il diritto a prendere parte alla procedura di gara.

In secondo luogo, perché l'aggravio che la partecipazione di altri operatori economici oltre a quelli invitati dall'amministrazione può comportare sulla procedura dipende inevitabilmente dal numero, ma di questo si è occupato il legislatore – con la previsione di un numero di operatore economici da consultare diverso per ciascuna procedura di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 50 – e così definendo una volta e per tutta il numero di partecipanti conciliabile con l'esigenza di celerità della procedura.

6.6. Contrasta con il *favor partecipationis* la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione e, tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitarie; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione.

6.7. Il principio di rotazione è l'unico principio espressamente richiamato per le procedure di gara relative ai contratti sotto soglia dal primo comma dell'art. 36, che, quanto agli altri principi, rinvia agli articoli 30, comma 1, 34 e 42 del medesimo codice e, per l'attuale formulazione, ha portata più ampia di quella della previgente norma.

E', infatti, ora previsto che la rotazione abbia ad oggetto "*gli inviti e gli affidamenti*"; si vuole, dunque, che l'alternanza tra gli operatori economici avvenga proprio e già al momento della scelta di coloro che dovranno essere invitati a partecipare alla procedura di gara.

Ricorre, dunque, nel sistema delineato dall'attuale codice dei contratti pubblici un adeguato bilanciamento tra potere di scelta delle amministrazioni degli operatori economici da invitare e rotazione degli inviti; l'introduzione dell'eccezione per l'operatore non invitato che sia, però, venuto a sapere della procedura e nutra interesse a prendervi parte, introdurrebbe una inevitabile distonia rispetto al descritto impianto normativo, e certo sarebbe elusa la necessaria rotazione degli operatori sin dalla fase dell'invito dei partecipanti.

6.8. Resta da precisare – a contrasto di un argomento speso dall'appellata nella memoria depositata – che l'esito descritto, di esclusione dell'operatore economico non invitato, non contrasta con il principio di parità di trattamento, che imporrebbe di considerare tutti gli operatori, invitati o meno, sullo stesso piano per

aver presentato un'offerta, per l'evidente ragione che le situazioni di partenza sono diverse: l'uno è stato scelto dall'amministrazione affinchè presentasse la sua offerta, l'altro si è insinuato nella procedura senza esservi stato chiamato.

6.9. In conclusione, l'operatore economico che, non invitato alla procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ne sia venuto a conoscenza e che abbia presentato la propria offerta, è legittimamente escluso dalla stazione appaltante.

7. L'appello va, dunque, accolto e la sentenza di primo grado riformata con il rigetto del ricorso introduttivo del giudizio proposto dalla Abruzzi Sonda del Comm. Geom. di Franco Lorenzo & C. s.a.s..

8. La peculiarità della questione giustifica la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, n. 397/18, respinge il ricorso di primo grado proposto da Abruzzi Sonda del Comm. Geom. di Franco Lorenzo & C. s.a.s..

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

**L'ESTENSORE**
**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**
**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO