



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 814 del 2019, proposto da Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Istituto Statale di Istruzione Superiore Campus dei Licei "Massimiliano Ramadù", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*contro*

Maca S.r.l. in proprio e quale Mandataria Ati, Ati - Servizi Generali S.r.l., Ati - Smeraldo S.r.l. non costituiti in giudizio;  
Ma.Ca. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Caracciolo, Luca Amedeo Melegari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sergio Caracciolo in Roma, via Appia Nuova, 225;  
Filcams Cgil Roma Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo De Marchis, Maria Matilde Bidetti, Francesco Bronzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

Team Service Scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10;

Servizi Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Maria Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia 11;

ad opponendum:

Usb Unione Sindacale di Base, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Pucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00021/2019, resa tra le parti, concernente l'annullamento degli atti di indizione della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per la conclusione di un contratto-quadro per l'acquisizione dei servizi di pulizia e servizi connessi di ausiliariato per le istituzioni scolastiche ed educative statali collocate nell'ambito territoriale corrispondente al lotto 5 della convenzione-quadro CONSIP risolta il 30 novembre 2017, del valore di euro 16.000.000,00;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ma.Ca. S.r.l. e di Filcams Cgil Roma Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2019 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Davide di Giorgio dell'Avvocatura Generale dello Stato, Sergio Caracciolo, Luisa Gobbi, Avilio Presutti e Gianluca Maria Esposito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con l'appello in esame il Ministero, odierna parte appellante, impugnava la sentenza n. 21 del 2019 con cui il Tar Lazio aveva accolto l'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalla impresa, odierna appellata, per l'annullamento dei provvedimenti comportanti esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di pulizia in taluni plessi scolastici a fronte di precedenti gravi inadempienze che determinarono la risoluzione del contratto pubblico di servizio.

All'esito del giudizio di primo grado il Tar accoglieva il ricorso sotto l'unico ed assorbente profilo, dedotto in termini di motivi aggiunti, della violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c), d.lgs. n. 50\2016, per illegittimità della clausola escludente contenuta nell'art. 2, comma 1, del decreto direttoriale prot. n. R.0001422 del 31 agosto 2018, con cui si invitano a presentare offerta soltanto “gli esecutori, in virtù di una convenzione non precedentemente risolta, di uno o più lotti oggetto della sopra menzionata procedura di gara ‘per l'affidamento dei servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli Istituti scolastici di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della pubblica amministrazione – ID 1201” e non anche gli operatori economici che abbiano contestato in giudizio l'atto di risoluzione adottato a loro carico, nel caso in cui le carenze loro addebitate non siano state oggetto di alcuna conferma in sede giurisdizionale, neppure di primo grado.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante formulava i seguenti motivi di appello:

- inapplicabilità della norma invocata al contesto di inviti alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ex art. 63 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50\2016 (d'ora in poi codice);
- violazione dell'art. 80 comma 5 lett c cit in quanto le previsione ivi citate hanno mera valenza esemplificativa;
- inammissibilità delle istanze ai sensi dell'art. 89 comma 7 del codice, avendo parte appellata comunque partecipato alla gara in avvalimento alla società servizi generali.

L'impresa appellata si costituiva in giudizio chiedendo la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto dell'appello.

Le imprese associate in raggruppamento con parte appellata presentavano atto di intervento ad opponendum, sostenendo le ragioni di rigetto dell'appello. All'opposto, intervento ad opponendum veniva proposto da un'associazione sindacale, a sostegno delle ragioni poste a base dell'appello.

Con ordinanza n. 734\2019 veniva accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

Alla pubblica udienza del 23\5\2019 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

1. L'appello è prima facie fondato, con conseguente applicabilità degli artt. 74 e 120 comma 10 cod proc amm.

2.1 In primo luogo, a fronte del carattere della procedura in questione, da cui l'originaria ricorrente lamenta nella sostanza l'esclusione, qualificabile in termini di procedura negoziata ex art. 63 del codice, assume rilievo dirimente la norma a tenore della quale "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”.

In proposito, in linea generale va ribadito 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, 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.

In materia, il Collegio fa proprio l'orientamento a mente del quale va condiviso 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. ad es. Consiglio di Stato Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125), così 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 (cfr. ad es. Consiglio di Stato Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854). Corollario del principio di rotazione è il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente (cfr., Consiglio di Stato sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125 e sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854). Il carattere di principio delle indicazioni predette ne comporta all'evidenza l'applicabilità in disparte delle peculiarità del caso in esame e delle relative contestazioni pendenti in sede esecutiva.

Nel caso di specie la determinazione contestata appare, oltre che coerente ai principi predetti rispetto al pregresso operatore, anche aderente alla complessa vicenda pregressa, compiutamente evidenziata sia in sede amministrativa che in quella giudiziale.

2.2 In secondo luogo, l'applicazione della norma in tema di esclusione per gravi illeciti professionali, come fatta propria dal Tar, appare non coerente sia alla ratio della norma che alla conseguente prevalente interpretazione.

L'indicazione delle specifiche fattispecie contenute all'art. 80, comma 5, lett. c) cit., anche nel testo previgente (applicabile *ratione temporis*, prima delle recenti modifiche apportate dal d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, non applicabili direttamente seppur contenenti rilevanti elementi di carattere ermeneutico) è stata ritenuta di carattere esemplificativo nei riguardi della stazione appaltante, nel senso che, pur agevolandone gli obblighi dimostrativi, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, salvo, in tal caso, un onere della prova più rigoroso a carico della stazione appaltante. In tale contesto, la semplificazione della riforma parrebbe derivare dalla eliminazione per la stazione appaltante di tale diverso e maggior onere motivazionale per le ipotesi diverse da quelle che, da esemplificative, assumono valenza autonoma (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591).

In ordine al contenuto della norma previgente, quindi, è stato attribuito alla stazione appaltante un potere discrezionale di valutare "i gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", in quanto rimette alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale, tale da metterne in dubbio la sua

integrità o affidabilità anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, le quali, dunque, hanno carattere esemplificativo.

Nel caso di specie la gravità del contenzioso in atto e delle contestazioni mosse all'impresa appaiono adeguatamente dare conto dell'esercizio della valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante.

2.3 Infine, seppur con valenza dirimente in termini di ammissibilità, è pacifico che l'impresa originaria ricorrente abbia partecipato alla procedura in questione in termini di avvalimento ad altra società, con conseguente necessaria applicabilità del principio di cui all'art. 89 comma 7 del codice, a mente del quale "In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, ....che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti".

3. Alla luce delle considerazioni che precedono, la fondatezza dell'appello ne impone l'accoglimento e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di prime cure.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti dell'appellata originaria ricorrente. Sussistono giusti motivi per compensare le spese nei confronti delle restanti parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna parte appellata Ma.ca al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio in favore di parte appellante, liquidate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila\00), oltre accessori dovuti per legge. Spese del doppio grado di giudizio compensate fra le restanti parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Bernhard Lageder, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Davide Ponte**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**