

Pubblicato il 11/07/2023

**N. 01019/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00056/2023 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 la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 56 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società La Torpedine a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Michele Damiani, Cristiano Olivieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Michele Damiani in Roma, via Antonio Mordini 14;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Catanzaro, domiciliataria ex lege in Catanzaro, via G. Da Fiore, 34;

Procura della Repubblica di Crotone, Presidenza del Consiglio dei

Ministri, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Pol Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Pitaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO:

del provvedimento del Procuratore della Repubblica di Crotona, prot. n. 90/2022 "I" del 5 dicembre 2022, di aggiudicazione, in favore della controinteressata Società Pol Service a r.l., della "procedura negoziata mediante Richiesta di Offerta su MEPA", indetta con Determinazione dirigenziale n. 82/2022 "I" del 27 ottobre 2022, "per l'affidamento del servizio di vigilanza uffici giudiziari di Crotona dal 01/01/2023 al 31/12/2024"

Per quanto riguarda i MOTIVI AGGIUNTI presentati da Società La Torpedine A.R.L. il 9/3/2023:

annullamento del provvedimento del Procuratore della Repubblica di Crotona, prot. n. 10/23 "I" del 3 febbraio 2023, di "annullamento in autotutela della procedura di gara indetta con RDO nr. 3265917", per "l'affidamento del servizio di vigilanza uffici giudiziari di Crotona dal 01/01/2023 al 31/12/2024"

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia e di Pol Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2023 il dott.

Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1- Con ricorso notificato il 4.1.2023 e depositato il 13.1.2023 la Società La Torpedine a r.l. ha esposto:

-) essa aveva partecipato alla gara indetta dalla Procura della Repubblica di Crotona con determina a contrarre prot. n. 41/2022 “I” del 30.5.2022 mediante RDO sul portale degli acquisiti pubblici ai sensi dell’art. 63 del d.lgs. 50/2016, per l’affidamento del servizio di vigilanza armata presso gli Uffici giudiziari di Crotona, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell’art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, letto in combinato disposto con l’art. 1 co. 3 D.L. 76/2020;

-) nonostante la lettera di invito prevedesse che la scelta dell’aggiudicatario dovesse avvenire “previa consultazione di almeno quindici operatori economici”, alla gara de qua sono stati invitati ed hanno partecipato soltanto i seguenti cinque operatori economici: - Cosmopol S.p.A.; - Sicurtransport S.p.A.; - La Torpedine S.r.l.; - Pol Service S.r.l.; - Istituto di Vigilanza Europol S.r.l.;

-) all’esito della procedura, è stata formulata la graduatoria che vedeva prima graduata la Pol Service srl (punti 100), seguita dalla ricorrente La Torpedine (punti 97), dalla Sicurtransport (punti 93) dalla Cosmopol S.p.A. (punti 89) e dalla Europol srl (punti 80);

-) la controinteressata aggiudicataria Pol Service S.r.l. è stata invitata a partecipare alla suddetta gara, nonostante sia l’operatore economico c.d.

“uscente”, già aggiudicatario della procedura negoziata espletata nell’anno 2020 nonché della procedura negoziata espletata nell’anno 2018 per l’affidamento dello stesso servizio di vigilanza armata presso gli uffici giudiziari di Crotone;

-) inoltre, in sede di valutazione delle offerte la Commissione giudicatrice, dopo aver esaminato le offerte tecniche dei concorrenti, avrebbe modificato i criteri di valutazione delle offerte stesse rispetto a quanto predeterminato dalla *lex specialis* a vantaggio della controinteressata risultata aggiudicataria.

1.1- Ritenendo pertanto illegittimo l’operato dell’Amministrazione, con l’epigrafato ricorso si chiede l’annullamento dell’aggiudicazione per i seguenti motivi:

1) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti; violazione e/o falsa applicazione degli articoli 36 e 63, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 1, comma 2, lett. b) e comma 3, del D.Lgs. 11 settembre 2020, n. 120; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3, della Legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per ingiustizia e illogicità manifeste, nonché per insufficienza della motivazione.

L’ammissione alla gara della Pol Service S.r.l., in quanto aggiudicataria uscente per lo stesso servizio -che attualmente sta espletando il servizio di vigilanza armata presso gli Uffici del Giudice di Pace di Crotone, essendo risultata aggiudicataria sia della precedente procedura negoziata bandita nell’anno 2018 sia della procedura negoziata bandita nell’anno 2020- avrebbe violato il principio di rotazione.

2) *In subordine. Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 77 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, comma 2, lett. b) e comma 3, del D.Lgs. 11 settembre 2020, n. 120; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per sviamento ed erroneità della motivazione.*

In subordine, parte ricorrente contesta la modificazione, da parte della Commissione giudicatrice, dei suddetti criteri di valutazione delle Offerte tecniche, predeterminati dalla *lex specialis*.

3) *In via ulteriormente subordinata. Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione degli articoli 36 e 63 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, comma 2, lett. b) e comma 3, del D.Lgs. 11 settembre 2020, n. 120; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, della Legge 7 agosto 1990, n. 241; violazione della Lex specialis del procedimento. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifeste, nonché per contraddittorietà ed insufficienza della motivazione.*

In via ulteriormente gradata la ricorrente contesta il provvedimento di aggiudicazione per violazione della *lex specialis* –consistente nella consultazione di n. 5 operatori economici in luogo dei n.15 previsti dalla legge di gara, cui l'Amministrazione si era autovincolata – con irragionevole restrizione della concorrenza.

2- Con atto depositato il 16.1.2023 si è costituito il Ministero della Giustizia per resistere al ricorso.

3- Con atto depositato il 16.1.2023 si è costituita la controinteressata Pol

Service s.r.l. per resistere al ricorso eccependo inammissibilità del primo motivo per carenza di interesse essendo la ricorrente destinataria di inviti alla controversa procedura e comunque infondato in merito, come parimenti inammissibile e infondato sarebbe il secondo motivo e infondato il terzo.

4- Alla camera di consiglio dell'1.2.2023, con ordinanza n. 61/2023 del 3.2.2023 è stata accolta l'istanza cautelare.

5- Successivamente, con atto notificato il 6.3.2023 e depositato il 9.3.2023 la ricorrente ha interposto motivi aggiunti, rilevando che, a distanza di poche ore dalla comunicazione della succitata ordinanza cautelare, il Ministero resistente (nella specie la medesima Procura della Repubblica) ha trasmesso il provvedimento n. 10/23-“I”- del 3.2.2023, con il quale, ritenuto di dover annullare in autotutela la gara a mezzo MEPA RDO nr. 3265917 - CIG 9256883D7F, al fine di provvedere tempestivamente e, comunque, nel più breve tempo possibile, ad avviare la procedura per l'indizione di una nuova gara ha revocato in autotutela la suddetta procedura.

5.1- Ritenendo illegittimo anche le sopraggiunte determinazioni dell'Amministrazione, ne chiede l'annullamento per i seguenti motivi:

1. Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3, 21-quinquies, 21-octies e 21-nonies, della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i. Eccesso di potere per assenza dei presupposti, carenza di istruttoria, nonché per perplessità manifesta ed insufficienza della motivazione.

Deduce la ricorrente:

-) perplessità nell'esercizio del potere non essendo agevole accertare se

il provvedimento impugnato sia annullamento d'ufficio, ai sensi dell'articolo 21-nonies, oppure come provvedimento di revoca, ai sensi all'articolo 21-quinquies, della Legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m.i.;

-) in ogni caso, il provvedimento impugnato non sarebbe qualificabile quale annullamento d'ufficio avendo l'Amministrazione omesso di individuare il vizio di legittimità che lo inficerebbe ma unicamente l'esistenza di un'ordinanza cautelare di accoglimento dell'istanza di sospensiva formulata dalla ricorrente;

-) non sussisterebbe neanche una revoca avendo l'Amministrazione omesso di determinare l'indennizzo per il pregiudizio subito dalla ricorrente ai sensi dell'art. 21-quinquies, legge 241/1990;

-) difetterebbe l'acquisizione e valutazione degli interessi pubblici e privati per come disposto in materia di autotutela.

2) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione degli articoli 24 e 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3, 21-quinquies, 21-octies e 21-nonies, della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., sotto un diverso profilo. Eccesso di potere per assenza dei presupposti, carenza di istruttoria, mancanza della motivazione.

Risulterebbero carenti ragioni di pubblico interesse a base dell'esercizio del potere di autotutela caducatoria, non esternati nell'atto impugnato e l'omissione di ponderazione comparativa tra l'eventuale interesse pubblico dichiaratamente perseguito dalla stessa Amministrazione ed i contrapposti interessi privati. Inoltre, la tempistica dell'autotutela vulnererebbe gli effetti del ricorso pendente.

3) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3, 21-

quinquies, 21-octies e 21-nonies, della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., sotto un diverso ed ulteriore profilo. Eccesso di potere per assenza dei presupposti, carenza di istruttoria, nonché per erroneità della motivazione, sotto un diverso ed ulteriore profilo.

La Stazione appaltante illegittimamente non si sarebbe avveduta che l'annullamento dell'intera procedura di selezione in esame è un effetto giuridico che non può essere eziologicamente ricondotto ad una pronuncia giurisdizionale di accoglimento dell'azione proposta dalla ricorrente.

4) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3, 21-quinquies e 21-nonies, della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., sotto un diverso profilo. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifeste, perplessità, nonché per erroneità della motivazione.

Si deduce contraddittorietà tra la dichiarata esigenza “di provvedere tempestivamente e, comunque, nel più breve tempo possibile, ad avviare la procedura per l'indizione di una nuova gara”, posta a base del provvedimento impugnato, con la fissazione del merito della controversia all'udienza del 21.6.2023.

5) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione degli articoli 24 e 97, della Costituzione; violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3, 7, 21-quinquies e 21-nonies, della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste, assenza dei presupposti, carenza di istruttoria e mancanza della motivazione.

L'Amministrazione avrebbe illegittimamente pretermesso la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo di

autotutela,

6- In data 31.3.2023 il Ministero della Giustizia ha depositato memoria per resistere ai motivi aggiunti.

7- Parimenti la controinteressata Pol Service s.r.l. con memoria del 3.4.2023 ha resistito ai motivi aggiunti, deducendo inammissibilità dell'atto di motivi aggiunti per carenza di interesse non rivestendo la ricorrente alcuna posizione di interesse differenziato e qualificato per impugnare il suddetto provvedimento. L'improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione della determina di affidamento diretto n. 20/2023 "I" del 20.3.2023 alla Pol Service con contestuale stipulazione del contratto il successivo 28.3.2023 e, nel merito, l'infondatezza del ricorso.

8- Alla camera di consiglio del 5.4.2023, con ordinanza cautelare n. 171/2023 pubblicata l'8.4.2023 è stata accolta l'istanza cautelare e disposta la sospensione del provvedimento gravato da motivi aggiunti.

9- È seguita la produzione di memoria da parte della Pol Service srl (5.6.2023) e di replica della ricorrente (10.6.2023).

10- All'udienza pubblica del 21.6.2021 la controversia è stata spedita in decisione.

DIRITTO

11- Viene scrutinato l'atto di motivi aggiunti.

11.1- Vengono anzitutto deliberate le eccezioni di rito.

11.1.1- Infondata è anzitutto l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per carenza di interesse, essendo evidente l'interesse della ricorrente, quale seconda classificata, a contestare l'illegittimità dell'ulteriore procedimento di revoca che le precluderebbe in radice ogni

possibilità di aggiudicarsi l'affidamento al quale aspira in virtù del ricorso principale.

11.1.2- Parimenti infondata è l'eccezione di improcedibilità dell'atto di motivi aggiunti per mancata impugnazione della determina prot. 222 del 10.2.2023 di autorizzazione all'acquisizione del servizio oggetto di causa con affidamento diretto senza consultazione di più operatori economici, della successiva determina prot. 20/2023 "I" del 20.03.2023 di affidamento diretto nei confronti dell'operatore economico Pol Service s.r.l. e del successivo contratto stipulato in data 28.03.2023 con data di avvio esecuzione all'1.4.2023.

Difatti, come già osservato in fase cautelare, l'affidamento temporaneo in favore della controinteressata si atteggia unicamente a strumento per garantire l'espletamento del servizio di vigilanza nelle more della trattazione del merito e non costituisce un ulteriore step successivo al gravato annullamento in autotutela e ad esso conseguenziale, come si evince dalla durata dell'affidamento e dalla sua sostanziale precarietà con riserva dell'esito dell'odierno giudizio contenzioso. Da ciò consegue che il ricorrente non ha alcun onere di impugnare i suddetti provvedimenti.

D'altronde, anche il contratto stipulato tra le parti dispone la sua cessazione al 29[^] giorno successivo alla data di irrevocabilità della sentenza che avrà definito il presente giudizio.

11.2- Quanto al merito, le doglianze, che possono essere esaminate congiuntamente in quanto interconnesse, sono fondate.

11.2.1- Si premette che il provvedimento quivi impugnato recita:

“Letta l’ordinanza cautelare n. 61/2023 (...) del 03.02.2023 di accoglimento della richiesta sospensiva del ricorso proposto dalla

Società “La Torpedine a R.L.” avverso il provvedimento di aggiudicazione prot. n. 90/22 del 05 dicembre 2022 (...);

Considerato che la motivazione espone argomenti nel merito, con il richiamo di consolidata giurisprudenza in materia e, pertanto, non appare prevedibile il suo superamento con la decisione di merito;

Ritenuto, alla luce della prevedibile argomentazione, di dover annullare in autotutela la gara a mezzo (...), al fine di provvedere tempestivamente e, comunque, nel più breve tempo possibile, ad avviare la procedura per l'indizione di una nuova gara;

Per questi motivi, REVOCA in autotutela la procedura di gara indetta con RDO nr. 3265917’.

11.2.2- Sviluppando considerazioni già espone nella provvisorietà della fase cautelare, si osserva anzitutto che dalla disamina del provvedimento impugnato non risulta immediatamente evincibile il potere concretamente esercitato in sede di autotutela, se cioè trattasi di annullamento, per come richiamato nel dispositivo, o revoca, per come richiamato nella motivazione.

11.2.3- Non di meno, anche accedendo alla linea difensiva dell'Amministrazione, che qualifica il provvedimento in termini di annullamento d'ufficio per violazione di legge, nel senso di mera presa d'atto della sussistenza di un vizio di legittimità del provvedimento annullato, scaturente da quanto affermato da questo Tribunale nell'ordinanza cautelare n. 61/2023 con conseguente applicazione delle previsioni di cui all'art. 21-*octies* e 21-*nonies* della l. n. 241/90 e non invece quale esito di un ripensamento sull'opportunità dell'atto ritirato o sugli interessi pubblici ad esso sotteso, l'assunto risulterebbe fallace.

11.2.4- È da osservare, infatti, che l'assunto per cui l'Amministrazione si

sarebbe meramente adeguata *al dictum* cautelare relativo al ricorso principale risulta sostanzialmente travisato, atteso che la precitata ordinanza cautelare n. 61/2023 si è limitata a disporre la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato nelle more della trattazione del merito, nell'ambito del quale vagliare le diverse doglianze di parte ricorrente anche alla luce della graduazione dei motivi da questa formulata.

Difatti, come aveva avuto modo di osservare in passato questa Sezione (sentenza n. 656 del 22.6.2009), se è vero che l'ordinanza cautelare del giudice amministrativo, esauriti o non esperiti i gravami acquista una immodificabilità per certi aspetti equiparabile al giudicato formale della cosa giudicata formale di modo che l'amministrazione non possa emanare, nelle more del giudizio, provvedimenti elusivi del cd. «giudicato cautelare», pur tuttavia tale obbligo non può essere dilatato fino a divenire un vincolo assoluto, riservato al giudicato di merito.

In altri termini, l'Amministrazione, nell'assumere le determinazioni conseguenziali all'ordinanza cautelare, non può non tener conto che le statuizioni rese in tale sede sono destinate ad essere assorbite nella statuizione definitiva del giudizio di merito e, a sua volta, tale statuizione non può non essere resa alla luce delle doglianze prospettate da parte ricorrente anche alla luce del principio dispositivo, in virtù del quale lo scrutinio del ricorso principale è destinato ad arrestarsi alla doglianza avverso l'esclusione della controinteressata Pol Service s.r.l. ove questa sia ritenuta fondata, come parimenti è stato prospettato nella predetta sede cautelare, senza dunque lo scrutinio delle ulteriori doglianze sottograduate.

11.2.5- D'altronde, l'ontologica provvisorietà della decisione cautelare –

e dunque l'inidoneità della stessa a fungere da base per un adeguamento contraddittoriamente asserito come "doveroso" - traspare dalla stessa motivazione del provvedimento di autotutela, laddove esso, nel riportarsi all'ordinanza cautelare stessa, osserva che, stante le argomentazioni ivi esposte e il richiamo a giurisprudenza consolidata, non appare prevedibile il suo superamento con la decisione di merito. Da tale argomentazione, infatti, traspare un autonomo apprezzamento dell'Amministrazione in termini di prognosi sulla futura conclusione del giudizio, dalla quale scaturisce ogni ulteriore determinazione che, in tale ottica, risulta riconducibile ad una scelta dell'amministrazione anche in termini di prognosi.

11.2.6- Ancora –si soggiunge per mera completezza- anche a considerare il sommario scrutinio del secondo motivo (che, si ripete, in sede di giudizio sconta la graduazione espressamente prospettata dal ricorrente) emerge con chiarezza come questo Tribunale non abbia preso specifica posizione sulle conseguenze nascenti dal vizio per come prospettato dal ricorrente, anche -e soprattutto- in ordine alla sussistenza dei presupposti per addivenire all'annullamento della gara *ab imis*, ossia sin dal suo bando, e non, eventualmente, da fasi ulteriori, ragion per cui ogni determinazione in merito alle conseguenze non può che essere considerata una scelta obbligata ma è frutto di un'autonoma valutazione scelta dell'Amministrazione.

11.2.7- Peraltro, anche il richiamo alla giurisprudenza evidenziata da questa Sezione in sede cautelare non collima con le conseguenze tratte dall'Amministrazione, giacché la pronuncia richiamata in sede cautelare attiene esclusivamente al primo motivo di ricorso, involgente la violazione del principio di rotazione.

11.2.8- Da ciò deriva, pertanto, che l'Amministrazione, nel ritenere –da un lato- prevedibile la conferma del succitato indirizzo giurisprudenziale in sede di merito e -dall'altro- doveroso l'annullamento in autotutela della procedura di gara sin dal suo bando, per un verso ha operato in termini intrinsecamente contraddittori e, per altro verso, ha travisato la portata delle statuizioni cautelari viziando il processo logico che ha portato l'Amministrazione ad assumere l'atto di autotutela.

11.2.9- A quanto ora esposto è da aggiungersi che il percorso seguito dall'Amministrazione resistente è fallace sotto un distinto, ma convergente, piano.

Difatti, è pur vero che *“La Stazione appaltante conserva, anche dopo l'aggiudicazione definitiva e addirittura dopo il conseguimento dell'efficacia di quest'ultima, il suo potere di autotutela rispetto alla procedura seguita nel caso in cui il rapporto risulti già viziato a monte, come stabilito dall'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50/2016; potere da esercitare ai sensi dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, all'esito di una puntuale ed approfondita istruttoria. Difatti, il potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa da parte della stessa Amministrazione procedente, deve riconoscersi alla stessa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124/2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, l. n. 241/1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa”* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez.

I, 22.12.2022, n.17331).

Non di meno, alla luce dell'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990, l'esercizio del potere di autotutela non risulta correttamente governato nel caso di specie sia per mancata attivazione delle garanzie partecipative ma anche per l'assenza di una qualsivoglia evidenziazione circa l'avvenuta considerazione degli interessi, anche privati, tra loro contrapposti, da cui ragionevolmente ritenere prevalente l'interesse alla caducazione della procedura di gara sin dall'emanazione del bando.

Tale carenza, peraltro, non può essere supplita dalle argomentazioni spese in sede processuale, atteso che le stesse, in assenza di adeguati addentellati da rinvenirsi in sede provvedimentoale, piuttosto che a mera esplicitazione di ragioni ivi contenute si attegga alla stregua di motivazione postuma.

11.2.10- Nei termini anzidetti va accolto l'atto di motivi aggiunti e va annullato il provvedimento di autotutela quivi impugnato, salvi gli ulteriori provvedimenti nel rispetto del vincolo conformativo delle pronunce giudiziali.

11.3- L'accoglimento dell'atto di motivi aggiunti, facendo rivivere la gara, consente di scrutinare il ricorso principale.

11.3.1- Il ricorso è fondato.

11.3.2- Preliminarmente il Collegio osserva che *“Nel giudizio impugnatorio di legittimità la parte ben può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, imotivie le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ex art. 34 comma 2, c.p.a., il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'autorità per legge competente; ciò in quanto il processo amministrativo è prevalentemente retto dal principio dispositivo, sicché la sua funzione è quella di dare*

soddisfazione all'interesse del ricorrente, nei termini voluti dal ricorrente stesso, che della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio può, entro certi limiti, disporre, ragion per cui alla parte è concesso di graduare imotividel ricorso; d'altra parte, anche in mancanza di espressa graduazione deimotivi, la soluzione prescelta dal giudice deve essere quella che meglio soddisfa l'interesse del ricorrente, perché la discrezionalità del giudice di organizzare le priorità nell'esamedella materia del contendere secondo un determinato ordine logico resta pur sempre correlata all'interesse di cui la parte ricorrente chiede tutela” (Consiglio di Stato sez. II, 09/01/2023, n.249).

Poichè parte ricorrente ha espressamente graduato l'ordine dei motivi nel ricorso, il Collegio procede allo scrutinio delle doglianze nell'ordine esposto dal ricorrente stesso.

11.3.3- Si esamina pertanto il primo motivo, avente ad oggetto la dedotta violazione del c.d. principio di rotazione.

11.3.3.1- Preliminarmente è da disattendersi l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, avendo la ricorrente interesse alla proposizione della doglianza, intendendo con essa allegare la doverosa esclusione della controinteressata aggiudicataria ed essendo essa collocata al 2° posto in graduatoria.

11.3.3.2- Nel merito, il motivo è fondato.

11.3.3.3- Negli appalti di servizi sotto soglia, ai sensi dell'art. 36, comma 2, d. lgs 50/2016, le procedure di affidamento sono due:

- per importi inferiori a 150.000 euro, affidamento diretto;
- per importi pari o superiori a 150.000 euro e fino alle soglie comunitarie - nella specie sino ad € 1.000.000,00 - procedura negoziata

senza bando, ai sensi dell'articolo 63 d. lgs 50/2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

L'individuazione dell'operatore economico da invitare, scelto a mezzo indagini di mercato o elenchi predisposti, non costituisce, tuttavia, una scelta pienamente discrezionale della Stazione appaltante, atteso che, ai sensi di quanto dell'art. 63, comma 1, d. lgs 50/2016, anche negli appalti sotto soglia comunitaria, sussiste l'obbligo del rispetto dei principi di cui agli artt. 30, comma 1, 34 e 42 d. lgs 50/2016, la cui *ratio legis* è di evitare artificiose elusioni della concorrenza, allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni tra gli operatori economici.

11.3.3.4- L'ANAC, nelle linee guida n. 4 di attuazione del d.lgs. n. 50 del 2016, approvate con delibera n. 1097 del 26.10.2016 e aggiornata, al § 3.6 ha evidenziato che *“Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite*

dal codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lettera m del codice dei contratti pubblici”.

11.3.3.5- La giurisprudenza ha chiarito che il principio di rotazione non è regola preclusiva (all'invito del gestore uscente e al conseguente suo rinnovato affidamento del servizio) senza eccezione, potendo l'amministrazione derogarvi fornendo adeguata, puntuale e rigorosa

motivazione delle ragioni che l'hanno a ciò indotta (nel caso in cui decida per l'affidamento mediante le procedure di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; V 31 marzo 2020, n. 2182, con l'ulteriore precisazione della necessità di far riferimento nella motivazione, in particolare, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la Delib. 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n.4), e comunque, è principio che non opera per il caso in cui l'amministrazione decida l'affidamento del servizio a mezzo di procedura aperta in quanto la sua applicazione è limitata alle procedure negoziate (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1421; V, 22 febbraio 2021, n. 1515; III, 25 aprile 2020, n. 2654; V, 5 novembre 2019, n. 7539; nello stesso senso, cfr. anche le Linee Guida n. 4 dell'Anac, approvate con Delib. n. 1097 del 26 ottobre 2016, da ultimo aggiornate con Delib. n. 636 del 10 luglio 2019, spec. 3.6).

11.3.3.6- Alla luce di quanto ora esposto l'operato dell'Amministrazione resistente non supera le censure di parte ricorrente.

11.3.3.7- Difatti, la Pol Service s.r.l. era l'affidataria uscente del servizio di vigilanza dei medesimi uffici giudiziari a seguito di gara bandita con procedura negoziata nel 2020 e, prima ancora, nel 2018, dunque il controverso appalto ha per oggetto lo stesso servizio e si pone senza

soluzione di continuità rispetto ai precedenti, ragion per cui –a meno di stabilire una deroga purchè motivata in termini stringenti– l'Amministrazione non avrebbe dovuto invitare la stessa Pol Service srl all'odierna procedura.

11.3.3.8- Le conclusioni ora rassegnate sono viepiù confermate dal raffronto con le deduzioni dell'Amministrazione e della controinteressata stessa.

11.3.3.9- Difatti, quanto all'eccezione non omogeneità degli affidamenti, rileva anzitutto la giurisprudenza che:

-) *“Il principio di rotazione non recede nemmeno nel caso in cui l'oggetto della procedura ponte sia diverso da quello della procedura definitiva. Se è vero che l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, in quanto teso a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, presuppone logicamente una specifica situazione di continuità degli affidamenti, è anche vero che ciò non implica che i diversi affidamenti debbano essere esattamente identici tra loro. È rilevante, infatti, la continuità, nel tempo, della prestazione principale o comunque, nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi, come nel caso di specie, contenuto tra loro omogeneo), che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o in parte, quelle del precedente contratto”* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 3.10.2022, n.6114);

- *“indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524)”* (Cons. Stato, n. 8030 del 2020, cit.); occorre, in

particolare, che l'oggetto presenti continuità fra i vari affidamenti in relazione alle prestazioni principali assegnate (cfr. Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524, che pone l'accento sulla "identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime"; Id., V, 17 marzo 2021, n. 2292)" (Consiglio di Stato, Sez. V, 28.2.2022m n. 1421);

-) ancora, "è stato a più riprese chiarito che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all'affidamento "immediatamente precedente" a quello di cui si tratti (Cons. di St., V, 27.4.2020, n. 2655; T.A.R. Calabria, I, 11.3.2021, n. 531), e che "non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata" (Cons. di St., V, n. 2292/2021, § 4.2.9; id., 2.7.2020, n. 4252; id., 27.4.2020, n. 2655, ove la precisazione che il principio di rotazione è inapplicabile soltanto nel caso di "sostanziale alterità qualitativa", ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell'attuale affidamento)" (T.A.R. Liguria, Sez. I, 6.12.2021, n.1051).

Ancora, "se è corretto affermare che l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, comma primo del d.lgs. n. 50 del 2016, proprio perché volta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, logicamente presuppone una specifica situazione di continuità degli affidamenti, tale

per cui un determinato servizio, una volta raggiunta la scadenza contrattuale, potrebbe essere ciclicamente affidato mediante un nuova gara allo stesso operatore - ciò non implica però che i diversi affidamenti debbano essere ognuno l'esatta "fotocopia" degli altri.

In breve, ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime.

In questi termini di grandezza va dunque letta la norma di legge in precedenza richiamata, ad escludere cioè che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione - in tutto o in parte, e comunque nei suoi contenuti qualificanti ed essenziali - del rapporto contrattuale scaduto, dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione” (Consiglio di Stato, Sez. V, 5.3.2019, n.1524).

11.3.3.10- Tanto chiarito, la procedura oggetto dell’odierno contenzioso:

-) ha come oggetto:“Affidamento dei servizi di vigilanza armata di Crotone”;

-) prevede che i servizi operativi siano suddivisi in:servizi di vigilanza fissa;servizi di vigilanza ispettiva;tele-sorveglianza con intervento presso l’obiettivo;tele-vigilanza con intervento presso l’obiettivo;gestione chiavi; gestione parcheggio;controllo accessi piano terzo-Procura della Repubblica-con servizio di portierato;servizi agli apprestamenti

tecnologici di sicurezza anticrimine (già esistenti e funzionanti ovvero offerti dall'aggiudicatario in fase di gara);

-) prevede un'offerta di base (piantonamento fisso) - minimo IV livello contrattuale - come attuale (Palazzo di Giustizia Piazza Calabresi e Giudice di Pace, secondo le indicazioni ivi menzionate) e prevede altresì l'obbligatoria implementazione di apparecchiatura di sicurezza costituita da n.1 metal detectors presso sede Giudice di Pace-Crotone e n.2 scanners portatili "metal detectors" presso Giudice di Pace-Crotone;

-) prevede prestazioni/dotazioni quali la previsione di centrale operativa in grado di poter intervenire sui luoghi di esecuzione del contratto in tempi congrui; coordinamento h/24 con individuazione di un referente; tre ispezioni notturne con 1 GPG a bordo della vettura, nel perimetro dei due fabbricati, con possibilità di ingresso nella sede principale e nella sede di piazza Umberto; dotazione mezzo/i di trasporto efficiente/i, in buono stato di manutenzione e adatto/i alle condizioni operative e territoriali di esecuzione dell'ispezione.

11.3.3.11- L'affidamento precedente, svolto previa procedura negoziata;

-) aveva ad oggetto l'affidamento del servizio di "Vigilanza armata per gli Uffici Giudiziari del Comune di Crotone" (Palazzo di Giustizia in P.zza L. Calabresi e Ufficio del Giudice di Pace Piazza Umberto I);

-) prevedeva la vigilanza armata, anche attraverso l'uso di apparecchiature elettroniche, per gli Uffici Giudiziari del Comune di Crotone, da svolgersi mediante G.P.G., da svolgersi con continuità tutti i giorni esclusivi i festivi, nei due plessi del Palazzo di Giustizia Piazza Calabresi e Ufficio Giudice di Pace e UNEP; - la vigilanza ispettiva di n. 2 vigilanze per notte;

-) indicava quali attività da svolgere: a) apertura e chiusura dell'immobile

nell'orario stabilito con tenuta chiavi; b) controllo movimenti di persone e/o cose in entrata e uscita dagli accessi disponibili, anche mediante impianti tecnologici di sicurezza anticrimine messi a disposizione dall'Amministrazione, per evitare l'introduzione di oggetti atti a offendere, procedendo all'identificazione con l'ausilio della forza pubblica; c) attivazione e disattivazione delle apparecchiature tecnologiche di sicurezza anticrimine e dei quadri elettrici; d) apertura, chiusura e controllo degli accessi (persone, merci e automezzi); e) rilevazione di fatti e situazioni potenzialmente compromettibili la pubblica sicurezza nonché eventuali ipotesi di reato; f) messa sotto controllo di comportamenti impropri da parte di quanti accedono alla struttura nonché l'intervento solo se necessario in caso di reato e la segnalazione immediata alle forze dell'ordine;

11.3.3.12- In sostanza, da quanto ora esposto si ricava che entrambi gli affidamenti ruotano attorno al servizio di vigilanza dei due plessi interessati, mentre l'unico elemento distintivo è dato dal fatto che l'appalto oggetto dell'odierna controversia prevede anche una dotazione tecnologica e un mezzo di trasporto adeguato.

Non di meno, la sola presenza di siffatte difformità non è in grado di comportare una disomogeneità, nel senso di sostanziale alterità qualitativa, dei due affidamenti, tenuto conto che, per un verso, entrambi gli affidamenti ruotano attorno alla vigilanza armata, di modo che anche la presenza di uno scanner o di metal detector, da utilizzare da parte della stessa affidataria tramite il proprio personale, si pone in termini di mera complementarietà, come tale inidonea a snaturare l'appalto da servizio di vigilanza a fornitura di scanner; del pari, il mezzo di trasporto previsto, da utilizzare a cura dell'affidataria nell'espletamento del servizio, si

pone in termini meramente complementari e funzionali al fulcro del servizio stesso, costituito appunto dal servizio di vigilanza.

Peraltro, anche i destinatari del servizio non mutano le modalità operative dei due affidamenti, né risulta, dal bando, che l'uso dei mezzi ora indicati postuli l'adibizione di personale dotato di specifiche professionalità, tali da dare un significativo *aliquid novi* rispetto al precedente affidamento.

11.3.3.13- Anche le ulteriori giustificazioni fornite dall'Amministrazione resistente non risultano efficaci.

11.3.3.14- Occorre infatti precisare che il principio di rotazione non ha carattere assoluto, bensì relativo, dato che in caso contrario esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara; si tratta quindi di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza, che deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo (in termini, T.A.R. Toscana, Sez. II, 11.12.2018, n. 1605).

Più specificamente, *“Il principio della rotazione delle imprese comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi”* (T.A.R. Liguria, Sez. II, 17.7.2020, n. 505).

Da ciò si ricava che il Ministero della Giustizia, qualora avesse ritenuto di addivenire alla -astrattamente possibile- deroga al principio di rotazione avrebbe dovuto fornire -ovviamente all'atto di assumere le determinazioni in ordine alla scelta degli operatori da invitare- una stringente motivazione a giustificazione di tale deroga, ma dalle

determinazioni di gara nulla risulta esplicitato sul punto dall'Amministrazione, ragion per cui anche le ulteriori puntualizzazioni in ordine al numero limitato di imprese operanti sul territorio e specializzate nel settore come pure l'apprezzamento sulle prestazioni fornite dalla controinteressata aggiudicataria si atteggia alla stregua di motivazione postuma.

11.3.3.15- Tanto chiarito, l'assunto difensivo per cui la Procura della Repubblica aveva dapprima richiesto alle Prefetture della Calabria l'elenco delle società autorizzate ad operare nella provincia di Crotona e quindi ha operato una ricerca delle imprese operanti in Calabria, abilitate allo strumento MEPA ed in possesso della certificazione UNI EN ISO 9001:2015, requisito previsto dal capitolato di gara, che risultavano essere soltanto in quattro, tra le quali la ricorrente e la controinteressata Pol Service s.r.l. e che, in aggiunta ad esse, l'invito è stato esteso anche a due operatori di nota fama nazionale del settore (Sicurtransport s.p.a. e Cosmopol s.p.a.) che, pur non avendo sede legale in Calabria, risultano provviste di autorizzazioni ad operare nella provincia di Crotona e degli ulteriori requisiti qualitativi per concorrere all'affidamento della commessa risulta fallace per due ordini di ragioni.

Anzitutto, si osserva che “ (...) *il principio di rotazione costituisce un bilanciamento, legislativamente previsto, al potere, riconosciuto alla stazione appaltante dagli artt. 36 comma 1 d. lgs. n. 50/16 e 1 comma 2 d.l. n. 76/2020, di limitare il numero degli operatori ammessi alla procedura negoziata. Se tale è la "ratio" della rotazione, essa non si applica laddove la stazione appaltante, nella sua autonomia (legittima secondo Cons. Stato n. 3999/21 che parla, in questi casi, di "procedura mista, ordinaria e negoziata"), ritenga di non prevedere alcun*

limite al numero degli operatori da invitare allaproceduranegoziata (...).Ne consegue che, qualora la stazione appaltante non operi alcuno sbarramento in ordine al numero degli operatori da invitare allaproceduranegoziatasuccessiva alla manifestazione d'interesse, ilprincipiodirotazione non ha ragione di essere applicato (Cons. Stato n. 3999/21,Cons. Stato n. 1521/21,Cons. Stato n. 7462/2020,Cons. Stato n. 2654/2020)” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20.5.2022, n.6581).

Pertanto, eventuali giustificazioni di tal fatta avrebbero dovuto essere contenute nel provvedimento con cui è stata avviata la gara ed individuate le ditte da interpellare.

In secondo luogo, dalle osservazioni ora esposte emerge che l'Amministrazione, nell'estendere l'invito ad alcune imprese notoriamente leader nel settore, avrebbe comunque operato –nell'ambito della procedura a trattativa privata- una selezione delle imprese da scegliere, circostanza che rende priva di adeguato riscontro l'ecceppita apertura della gara a tutti gli operatori del settore.

Peraltro, anche l'ulteriore assunto per cui l'esiguo numero di operatori economici presenti sul mercato possa derogare al criterio di rotazione non convince sia in quanto avrebbe dovuto essere esplicitato sin dall'avvio della gara, sia in quanto proprio la ridotta apertura del mercato di un settore costituisce un motivo in più per implementare l'applicazione del principio di rotazione.

11.3.3.16- In conclusione, la fondatezza del primo motivo di doglianze – stante la graduazione delle censure manifestata dal ricorrente immanente nel principio dispositivo– esime il Collegio dallo scrutinio delle ulteriori doglianze e comporta l'accoglimento del ricorso con annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata Pol

Service srl.

11.3.4- La mancata stipulazione del contratto rende superflua ogni statuizione in merito.

11.3.5- Le spese seguono la soccombenza e vanno poste per due terzi a carico del Ministero della Giustizia e per il rimanente a carico della controinteressata, per essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

-) accoglie l'atto di motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla il provvedimento prot. n. 10/23 "I" del 3.2.2023 di ritiro in autotutela della gara di cui in epigrafe;

-) accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento del Procuratore della Repubblica di Crotone prot. n. 90/2022 "I" del 5.12.2022, di aggiudicazione.

Condanna il Ministero della Giustizia e la controinteressata Pol Service s.r.l. alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidate in complessivi euro 6.000,00, oltre rimborso forfettario spese legali, IVA e CPA come per legge, ripartendone il carico in ragione di due terzi per il Ministero e del rimanente terzo per la controinteressata.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico Gaglioti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO