

Publicato il 28/03/2018
N. 01937/2018REG.PROV.COLL.
N. 06831/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6831 del 2017, proposto da:
Exitone s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Vinci e Federico
Tedeschini, con domicilio eletto presso lo studio Claudio Vinci in Roma,
viale Parioli, 59

contro

Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge
dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, 12

*per la riforma della sentenza del T.a.R. del Lazio, Sezione II-quater, n.
9528/2017*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dei beni e delle
attività culturali e del turismo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Tedeschini e l'avvocato dello Stato Del Gaizo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con bando del 24 aprile 2013, la Consip s.p.a. indiceva una procedura di gara aperta per un importo complessivo di euro 110.000.000,00, suddivisa con criterio geografico in sei lotti, per l'affidamento di una Convenzione avente ad oggetto i servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro presso le Pubbliche Amministrazioni.

In data 9 dicembre 2015, i Lotti n. 1 (Regioni Valle d'Aosta, Piemonte, Lombardia e Liguria), n. 4 (Regioni Lazio e Abruzzo) e n. 6 (Regioni Basilicata, Calabria e Sicilia) venivano aggiudicati in via definitiva al R.T.I. formato dalla Exitone s.p.a. (mandataria), odierna appellante, e dalla Studio Alfa s.r.l. (mandante); in data 3 marzo 2016, detto RTI e la Consip sottoscrivevano quindi la relativa Convenzione. Il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (d'ora in poi, per brevità, MIBACT), tuttavia, piuttosto che aderirvi manifestava l'intendimento di optare per un regime di proroga in favore del gestore uscente fino alla data del 31 dicembre 2016, nell'ottica della successiva indizione di una nuova ed autonoma procedura di gara.

La Exitone contestava la scelta ministeriale trasmettendo diverse missive al MIBACT (prot. n. EX/590/16 del 16 novembre 2016; prot. n. EX/687/16 del 19 dicembre 2016; prot. EX/038 del 3 febbraio 2017), con cui lo invitava a ritornare sulla sua valutazione e quindi ad aderire alla Convenzione stipulata dalla Consip; il Ministero rispondeva (rispettivamente, con nota n. 25539 del 16 novembre 201; nota 28 dicembre 2016 n. 2891; nota n. 3838 del 9 febbraio 2017) esternando le ragioni di convenienza economica che l'avevano indotto a non servirsi della stessa e la propria decisione di bandire una apposita procedura ad evidenza pubblica.

Nel frattempo, decorso il periodo di efficacia della proroga disposta in favore del gestore uscente, la Exitone presentava al MIBACT un'istanza

di accesso agli atti inerenti l'affidamento dei servizi già oggetto di detta Convenzione per l'annualità 2017, richiesta rimasta inevasa.

In data 28 marzo 2017 il MIBACT procedeva alla pubblicazione del bando di gara per l'affidamento dei servizi in questione; la Exitone provvedeva ad impugnarlo con ricorso n. 4087/2017 proposto innanzi al Tribunale amministrativo per il Lazio, Roma, segnalando, in particolare, l'obbligo delle amministrazioni pubbliche centrali di aderire alle convenzioni Consip.

Il Tribunale amministrativo, con sentenza *II-quater*, 4 settembre 2017, n. 9528, dichiarava inammissibile il ricorso ritenendo l'interesse del ricorrente ormai consumato in ragione della mancata tempestiva impugnazione delle dette note ministeriali.

La Exitone ha proposto appello con ricorso n. 6831/2017 per i seguenti motivi:

- error in iudicando per violazione e/o falsa applicazione degli articoli 100 c.p.c. come richiamato dall'articolo 39 c.p.a., difetto di motivazione, motivazione erronea carente e contraddittoria, eccesso di potere giurisdizionale;

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 26 della legge n. 488 del 1999, del d.m. 24.02.2000, dell'art. 1 comma 449 della legge n. 296 del 2006, dell'art. 2 comma 574 della legge 244 del 2007, dell'art. 11 del d.l. n. 98 del 2011, violazione dei principi di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa, eccesso di potere per difetto d'istruttoria, violazione di circolare, difetto di presupposti in fatto e in diritto, sviamento.

Con tali motivi l'appellante, in sostanza, contesta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto in prime cure e ne ripropone le doglianze con cui aveva sostenuto l'illegittimità del bando pubblicato dal MIBACT.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione appellata, la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

All'udienza del 18 gennaio 2018 la causa è stata rimessa in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla Exitone s.p.a., attiva nel settore della gestione dei servizi di sicurezza (la quale aveva partecipato alla gara per la stipula di una convenzione quadro Consip per i servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sul lavoro presso le P.A. e si era classificata al primo posto in

tre dei lotti di gara), avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio che ha respinto il suo ricorso avverso gli atti con cui il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (MIBACT) ha ritenuto che la convenzione-quadro aggiudicata all'appellante non fosse conveniente per le proprie esigenze e ha conseguentemente stabilito di indire un'autonoma gara al fine di procurarsi in via autonoma i medesimi servizi.

2. Con il primo motivo di appello la Exitone chiede la riforma della sentenza per avere ritenuto che essa avesse l'onere di impugnare tempestivamente le note ministeriali del 16 novembre 2016, del 28 dicembre 2016 e del 9 febbraio 2017. Con le note in parola il Ministero aveva manifestato "*con chiarezza ed in modo significativamente circostanziato*" (secondo quanto dedotto in sentenza) l'intendimento di non avvalersi della convenzione-quadro stipulata con l'appellante.

2.1. Il motivo è fondato: nonostante l'amministrazione avesse manifestato in più occasioni il richiamato intendimento di non avvalersi delle convenzioni-quadro stipulate con la Exitone, nondimeno le note con cui tale intendimento era stato rappresentato non assumevano valenza provvedimento, non risultavano concretamente lesive della sfera giuridica dell'appellante e non facevano conseguentemente sorgere in capo ad essa uno specifico onere di impugnativa.

E' vero che le note ministeriali dinanzi richiamate avevano manifestato in modo circostanziato le ragioni poste a base della scelta di procedere all'indizione di autonome procedure per l'acquisizione dei servizi per cui è causa, ed è vero che la serietà di quell'intendimento risulta confermata dal fatto che il Ministero abbia dipoi in concreto scelto di indire un'autonoma procedura per l'acquisizione di tali servizi. Ma la realizzazione concreta (*ex post*) del richiamato intendimento non può produrre, ai fini processuali, l'effetto di anticipare il momento della concreta ed effettiva violazione della sfera giuridica del soggetto interessato (e, in via mediata, l'onere della conseguente impugnativa da parte sua).

Al contrario, laddove la Exitone avesse impugnato le richiamate note ministeriali, deducendone l'illegittimità, l'impugnativa si sarebbe rivelata inammissibile in quanto rivolta avverso atti privi di immediata e concreta valenza lesiva.

Del resto, neppure può riconoscersi alle richiamate note ministeriali la qualificazione di atti prodromici o preparatori dell'autonoma serie

procedimentale della gara, trattandosi – piuttosto – di documenti estranei alla serie medesima e con i quali l'Amministrazione si limitava a prefigurare (sia pure con fermo intendimento) l'adozione de futuro di atti e provvedimenti.

2.2. Il ricorso di primo grado era dunque ammissibile in quanto tempestivamente rivolto avverso gli atti inditivi della procedura (*i.e.*: avverso gli atti con cui si era determinata una concreta ed attuale lesione della sfera giuridica dell'appellante, nella sua veste di aggiudicatario della convenzione-quadro e in quanto tale evidentemente leso dalla diversa scelta dal Ministero).

3. Gli argomenti prodotti dall'appellante a sostegno dell'illegittimità della procedura nel suo complesso devono quindi essere esaminati nel merito.

Gli argomenti sono sviluppati in particolare nell'ambito del secondo motivo di appello, con cui Exitone lamenta che, attraverso l'indizione di un'autonoma procedura per l'acquisizione dei servizi per cui è causa, il MIBACT avrebbe realizzato una grave violazione degli obblighi sulla stessa ricadenti in tema di adesione al programma di razionalizzazione degli acquisti della P.A. centrale demandato alla Consip s.p.a..

La pregnanza di tali obblighi risulterebbe rafforzata dall'articolo 11, comma 6 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (recante *'Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria'*), secondo cui *"Ove non si ricorra alle convenzioni di cui all'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, gli atti e i contratti posti in essere in violazione delle disposizioni sui parametri contenute nell'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale. Restano escluse dall'applicazione del presente comma le procedure di approvvigionamento già attivate alla data di entrata in vigore del presente provvedimento"*.

La società appellante sottolinea che la pregnanza dei richiamati obblighi è stata ribadita dalla circolare del Ministero dell'economia e delle finanze in data 25 agosto 2015 la quale ha sottolineato l'obbligatorietà per le amministrazioni statali del ricorso a tali convenzioni per qualunque categoria merceologica in relazione alla quale esse risultino attivate. Osserva inoltre che, nel caso in esame, la scelta del Ministero di sottrarsi ai richiamati obblighi avrebbe prodotto in proprio danno effetti particolarmente pregiudizievoli in

considerazione del fatto che la stessa aveva impostato la propria offerta su volumi di attività calcolati sul presupposto della totalitaria adesione 3.1. Il motivo è infondato.

Il punto nodale riguarda la possibilità per le amministrazioni centrali di indire autonome procedure per l'approvvigionamento di beni e servizi di proprio interesse, in deroga al generale obbligo di avvalersi delle convenzioni quadro di cui all'articolo 26, comma 3, della l. 23 dicembre 1999, n. 488.

Il Collegio osserva che, fermo il carattere di principio del dovere di cui al richiamato articolo 26, nondimeno permane la facoltà per le amministrazioni (ivi comprese le amministrazioni statali centrali e periferiche) di attivare in concreto propri strumenti di negoziazione laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro.

Risulta dirimente al riguardo la previsione di cui al quarto periodo del comma 1 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 (recante *'Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario'*), a tenore del quale *"la disposizione del primo periodo del presente comma [il quale sancisce la nullità dei contratti stipulati in violazione del richiamato articolo 26, n.d.E.] non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip s.p.a., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza"*.

Così come la disposizione in parola ammette (sia pure in via derogatoria) la stipula di contratti che esulano dagli obblighi di ricorso alle procedure centralizzate gestite dalla Consip, così anche la medesima disposizione legittima l'indizione di procedure miranti a conseguire razionalizzazione di spesa e risparmi maggiori rispetto a quelli conseguibili con l'adesione al programma di razionalizzazione di cui richiamato articolo 26.

La sussistenza del richiamato (e legittimo) rapporto fra regola ed eccezione è confermato dallo stesso articolo 26 della l. 488 del 1999 il quale

- al comma 3 stabilisce che “*le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per l’acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse (...)*”. La disposizione per un verso conferma (attraverso il ricorso alla modalità deontica “*possono*”) il carattere non pienamente vincolante del ricorso alle convenzioni-quadro e, per altro verso, consente la ricerca da parte delle amministrazioni di opzioni negoziali alternative (*scil.*: con il vincolo/limite dell’insuperabilità delle condizioni negoziali proprie delle convenzioni-quadro);

- al comma 3-*bis* obbliga le amministrazioni che abbiano deliberato di procedere in modo autonomo agli acquisti di proprio interesse di trasmettere le relative delibere alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l’esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo di propria competenza.

Le disposizioni appena richiamate (lette in combinato disposto con il richiamato articolo 1 del decreto-legge n. 95 del 2012) delineano un coerente quadro normativo il quale (al fine di assicurare in modo adeguato la razionalizzazione degli acquisti da parte delle PP.AA.)

- demanda alla Consip il cruciale compito di rinvenire, in sede di centralizzazione, le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle amministrazioni;

- consente (ma in via eccezionale e motivata) alle amministrazioni di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro;

- responsabilizza le amministrazioni che intendano procedere in modo autonomo fissando taluni vincoli *ex ante* (insuperabilità delle condizioni trasfuse nelle convenzioni quadro) e talune serie conseguenze *ex post* (nullità degli atti realizzati in violazione e responsabilità in capo ai funzionari che abbiano agito in violazione di legge e con ingiustificato dispendio di risorse pubbliche).

Il richiamato assetto normativo, tuttavia, non sanziona le amministrazioni per il solo fatto di aver attivato autonome procedure al fine di individuare condizioni migliorative rispetto a quelle offerte dalla Consip (confliggerebbe del resto con gli obiettivi di razionalizzazione della spesa sottesi al programma di centralizzazione e introdurrebbe nel sistema ingiustificabili profili di rigidità).

Al contrario, le serie conseguenze legali delineate dall'articolo 1 del decreto-legge n. 95 del 2012 sono attivabili solo laddove la singola amministrazione abbia travalicato le regole legali che sottendono al richiamato rapporto fra regola ed eccezione.

E' qui importante osservare che, nonostante il ripetuto richiamo dell'appellante al contenuto della circolare ministeriale del 25 agosto 2015, anche tale ultimo atto richiama in modo espresso la facoltà eccezionale di cui si è avvalso il Ministero (alla quale dedica l'intera Sezione 3), pur sottolineando i puntuali obblighi di motivazione che incombono sull'amministrazione che di tale facoltà intenda avvalersi.

4. Impostati in tal modo i termini generali della questione il Collegio rileva l'infondatezza dell'appello, laddove si consideri:

- che il Ministero appellato, dopo avere attivato (nella vigenza della precedente convenzione quadro - Ed. 2 -) i servizi attivi di gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro per le PP.AA. di cui alla medesima convenzione-quadro (e per tutto il territorio nazionale), aveva preferito procedere a una proroga tecnica del precedente affidamento piuttosto che procedere all'attivazione dei lotti disponibili nell'ambito della nuova Convenzione Consip (*i.e.*: della Convenzione Ed. 3 di cui era risultata aggiudicataria, fra le altre, l'odierna appellante), avendo ravvisato una maggiore convenienza nell'ambito del precedente affidamento;

- che, anche ad ammettere la sovrapposibilità fra i servizi oggetto della Convenzione Ed. 3 e quelli messi a gara attraverso gli atti impugnati in primo grado dal Ministero qui appellato (il quale sottolinea invece la maggiore ampiezza dei secondi rispetto ai primi), emerge comunque la complessiva convenienza economica della scelta di indire un'autonoma procedura su base nazionale. E' sufficiente rilevare che la sommatoria dei costi connessi all'eventuale affidamento all'appellante di tutti i lotti necessari a coprire il fabbisogno in ambito nazionale avrebbe comportato un esborso pari ad oltre 19,52 milioni di euro nel triennio, mentre l'importo a base d'asta per i servizi messi autonomamente a gara dal Ministero è stato pari a circa 14,33 milioni di euro (al lordo del ribasso d'asta);

- che, più in dettaglio, gli oneri connessi all'autonoma acquisizione dei servizi per cui è causa per il solo anno 2017 sono stati pari a circa 4,15 milioni di euro, mentre l'eventuale adesione alla Convenzione Consip (anche per i soli lotti assegnati all'appellante) avrebbe determinato

oneri per oltre 4,60 milioni di euro;

- che non risulta fondata la doglianza basata sul fatto che il Ministero non si sarebbe avvalso della facoltà legale di procedere a puntuali negoziazioni con gli aggiudicatari dei lotti. In senso contrario, il MIBACT ha dimostrato di aver negoziato la Convenzione Ed. 3 con gli aggiudicatari dei lotti già assegnati al momento in cui erano venuti in scadenza i precedenti affidamenti e di aver ravvisato ragioni di convenienza tali da indurla a disporre una proroga tecnica dei precedenti affidamenti. In questa fase storica (dicembre 2015) la Convenzione non risultava ancora attiva per i lotti aggiudicati all'appellante, il che giustifica la mancata negoziazione con essa;

- che la proroga tecnica disposta in favore dell'aggiudicatario della Convenzione Ed. 2 era stata limitata al tempo necessario per l'espletamento della nuova gara e che, comunque, l'affidamento aveva ottenuto la registrazione da parte della Corte dei conti nel marzo del 2017.

4.1. Risulta in definitiva adeguatamente dimostrata la maggiore convenienza connessa alla scelta del MIBACT di approvvigionarsi in modo autonomo dei servizi per cui è causa, in tal modo conformandosi in modo adeguato alle prescrizioni di cui al richiamato articolo 1 del decreto-legge n. 95 del 2012.

5. Per le ragioni esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto perché - per quanto il ricorso di primo grado fosse ammissibile - la domanda giudiziale è infondata nel merito.

Il Collegio ritiene che la peculiarità e parziale novità delle questioni trattate giustifichi l'integrale compensazione delle spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando nel merito sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere
Claudio Contessa, Consigliere, Estensore
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere

ESTENSORE
audio Contessa

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini