

Pubblicato il 07/09/2022

N. 07794/2022REG.PROV.COLL.
N. 00816/2022 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 numero di registro generale 816 del 2022, proposto da
Omniadoc S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Caruso e Luca Mazzeo, con
domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio dell'avvocato Luca Mazzeo in Roma, alla via Eustachio Manfredi, n. 5;

contro

Comune di Bergamo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Vito Gritti e Silvia Mangili, con domicilio digitale come
da registri di Giustizia;

nei confronti

Mediagroup98 soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Grazzini, con domicilio digitale
come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la
Lombardia – sezione staccata di Brescia, sez. I, n. 10042021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bergamo e di Mediagroup98 soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2022 il Cons. Giovanni Grasso, uditi per le parti gli avvocati Caruso e Grazzini e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, depositata in atti dall'avvocato Mangili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determina a contrattare in data 25 agosto 2021, prot. n. 1894-21, il Comune di Bergamo avviava una procedura negoziata sottosoglia *ex art. 36*, comma 2, lett. *b*), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e per una durata di trenta mesi, del “*servizio di ricerca nell'archivio comunale, di registrazione accessi agli atti, di assistenza agli utenti [...], di sportello e di registrazione della corrispondenza analogica*”, rientrante tra gli appalti di servizi elencati nell'allegato IX, d.lgs. 502016, nella categoria merceologica CPV 75110000-0 (“*Servizi pubblici generali*”).

L'oggetto della gara, così come individuato e specificato nella relazione tecnico-illustrativa e nel capitolato speciale descrittivo e prestazionale, consisteva nella: *a*) registrazione delle istanze di accesso; *b*) ricerca nell'archivio comunale; *c*) assistenza agli utenti nella compilazione dei moduli telematici necessari per la richiesta di accesso documentale e di altri servizi comunali. Occasionalmente era previsto anche il servizio di sportello e di registrazione e scansione dei documenti analogici pervenuti all'Ufficio Protocollo, mentre era espressamente esclusa la “*registrazione delle PEC*” e la “*gestione documentale in generale (controllo del sistema e smistamento,*

ecc.)”, che restavano affidate direttamente ed esclusivamente al personale del Comune.

Alla competizione, da svolgersi mediante invito ai soli operatori economici qualificati nella Piattaforma SINTEL per la categoria merceologica di riferimento, prendevano parte, presentando, all’esito degli inviti, la propria proposta negoziale, Omniadoc s.p.a. e Mediagroup98 soc. coop.

All’esito del confronto comparativo delle offerte, con determinazione 30 settembre 2021, prot. n. 2235-21, la gara veniva aggiudicata a Mediagroup98, che aveva riportato il punteggio di 80 punti all’offerta tecnica e 20 all’offerta economica, laddove la concorrente Omniadoc aveva conseguito 72,39 punti per offerta tecnica e 19,42 punti per l’offerta economica).

2.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia – sede di Brescia, Omniadoc s.p.a. impugnava l’aggiudicazione, contestando – con unico, articolato mezzo – la violazione del principio di rotazione, sull’assunto che Mediagroup98 non avrebbe dovuto essere invitata, in quanto precedente affidataria di altra e diversa commessa, avente ad oggetto il servizio di *“gestione e consegna degli atti depositati presso la casa comunale e di registrazione delle PEC della casella istituzionale del protocollo”*, CPV 75100000-7 *‘Servizi di pubblica amministrazione’*.

3.- Con sentenza n. 1004 del 2 dicembre 2021, resa in forma semplificata nel rituale contraddittorio delle parti, il TAR respingeva il ricorso, ritenendo inapplicabile, nel caso di specie, il principio di rotazione in quanto:

a) trattavasi di *“procedura sostanzialmente aperta”*, aggiudicata secondo criteri oggettivi, pubblicizzata sul sito del Comune di Bergamo ed aperta ad ogni operatore, al segno che la ricorrente aveva potuto partecipare a dispetto della non iscrizione nella Piattaforma SINTEL nella categoria merceologica di riferimento;

b) i servizi oggetto della precedente e della nuova commessa non fossero omogenei, appartenendo a differenti categorie merceologiche.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Ommiadoc s.p.a. impugnava la ridetta statuizione, di cui lamentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Nella resistenza del Comune di Bergamo e di Mediagroup soc. coop., alla pubblica udienza del 19 luglio 2022 la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

2.- Con il primo motivo di censura, l'appellante si duole che la sentenza impugnata abbia erroneamente ritenuto "*sostanzialmente aperta*" la procedura di gara e, conseguentemente, inapplicabile l'invocato principio di rotazione, essendo, a suo dire, all'uopo irrilevante: *a)* che gli operatori fossero stati, in concreto, selezionati mediante "*elenchi ufficiali*"; *b)* che la procedura fosse stata pubblicizzata sul sito del Comune; *c)* che essa stessa fosse stata invitata dietro espressa richiesta, pur se non iscritta nella Piattaforma SINTEL nella categoria merceologica di riferimento.

2.1.- Il motivo non è persuasivo.

Importa premettere, in fatto, che la determina a contrarre prevedeva che la procedura si sarebbe dovuta svolgere mediante "*invito rivolto ad operatori economici qualificati per la categoria merceologica 75110000-0 'Servizi pubblici generali'*" che fossero "*presenti in Sintel*".

Peraltro, all'esito della richiesta formulata dalla stessa appellante – che aveva chiesto di essere invitata pur non possedendo il requisito della iscrizione su Sintel per la categoria merceologica di riferimento – la stazione appaltante, con il dichiarato intendimento di "*favorire*

la concorrenza", ne aveva accettato la partecipazione, con ciò, di fatto, oltrepassando il filtro selettivo della iscrizione nel ridetto elenco.

In concreto, la prefigurata sequenza procedimentale della procedura semplificata *ex art. 36, comma 2, lett. b)*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che prevede l'"*affidamento diretto*" previa valutazione "*di almeno cinque*

operatori”, individuati o *“sulla base di indagini di mercato”* ovvero, come nella specie, *“tramite elenco di operatori economici”* e *“nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”* – è stata superata dalla scelta, proconcorrenziale, di accettare richieste di invito provenienti da altri operatori economici: di fatto ampliando, senza potenziali limiti, la partecipazione, previo invito, a tutti gli operatori economici che ne avessero fatto richiesta.

In tale prospettiva, la circostanza che solo Omiadoc s.p.a. abbia inteso approfittare della apertura della selezione è un dato non rilevante, sia perché frutto di una mera contingenza, sia perché ciò che rileva, nella logica di una *“sostanziale”* apertura concorrenziale, è la potenzialità della partecipazione non ristretta, non potendo la stazione appaltante (avendovi, di fatto, rinunciato con comportamento autovincolante) impedire la eventuale partecipazione di un numero indefinito di operatori.

Deve, per tal via, ribadirsi, anche in relazione alla vicenda in esame, il principio per cui *“consentire [...] ad ogni operatore economico, non invitato dall’amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza [...] dell’esistenza di una procedura, di presentare la propria offerta significa [...] ripristinare l’ordinarietà”*, sicché, in tal modo, *“il numero degli operatori presenti in gara”* è *“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”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160; C.G.R.S., 30 gennaio 2020, n. 83).

D’altra parte, in diverso senso non rileva, come vorrebbe l’appellante, che le modalità pubblicitarie utilizzate non fossero conformi ai canoni indittivi di cui dall’art. 72, d.lgs. 502016: e ciò in quanto l’avvenuta pubblicazione sul sito del Comune, l’indicazione puntuale dell’oggetto negoziale, l’espressa dicitura che si trattava di un *“bando di gara”*, sia pure a partecipazione programmaticamente ristretta, rappresentano elementi idonei a rendere pienamente conoscibile al mercato l’esistenza della procedura.

D'altra parte, si è, in vicenda contermine, ritenuto che le modalità di pubblicazione dell'avviso *“non valgono a far dire ristretta la procedura”* e potrebbero solo *“limitare la conoscenza della (avvenuta indizione della) gara”*, ma certo non impedire *“a chi l'abbia conosciuta di parteciparvi”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2021, n. 7414).

In definitiva, con la pubblicazione dell'avviso, l'Amministrazione ha *“demandato al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta”*, restando irrilevante che abbia poi manifestato interesse a partecipare soltanto un'unica impresa.

In tale situazione, appare corretta la decisione appellata, che ne ha tratto il corollario (di per sé assorbente) della (concreta) inapplicabilità del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 2 lett. *b*) del d. lgs. n. 502016, in coerenza con il principio, desumibile dalle esposte premesse, che nei casi in cui la procedura presenti *“profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata, che si colloca al di fuori di quelle tipiche previste dalla legge)”* non ricorra *“la ratio che caratterizza il principio di rotazione degli inviti”*, tanto che –essendo la procedura *“assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato”* – il relativo limite non è applicabile (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999; id., sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1515).

Vale, invero, rammentare che il principio *de quo*, con la scandita regola operativa del divieto, nelle procedure sottosoglia, di invitare il precedente affidatario nell'affidamento delle nuove commesse, trae fondamento (di per sé non assoluto) nell' *“esigenza di evitare rendite di posizione in capo al gestore uscente”*, la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, e perseguire quindi *“l'effettiva concorrenza”*, garantendo la *“turnazione di diversi operatori”* nella realizzazione del *“medesimo servizio”* (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030; id., sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654).

3.- Con il secondo motivo di doglianza, l'appellante censura la sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto che le prestazioni oggetto della precedente e della nuova commessa non fossero obiettivamente omogenee, sì da sterilizzare, sotto distinto e concorrente profilo, la regola di rotazione.

3.1.- Il motivo non è fondato.

Non è, beninteso, in discussione il principio per cui, *in astratto*, la rotazione non abbia, evidentemente e per definizione, ragion d'essere in caso di diversità tra le prestazioni oggetto degli affidamenti in successione, cioè a dire di *“sostanziale alterità qualitativa”* delle prestazioni oggetto delle due commesse (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030; Id., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524). La rotazione deve, cioè, essere intesa *“non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione”* del 'nuovo' affidamento, ma solo nel senso *“di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza”* (cfr. Cons. Stato n.26542020, cit.).

Nel caso di specie, deve convenirsi che i due affidamenti fossero contenutisticamente distinti, posto che – laddove la precedente commessa aveva ad oggetto solo il servizio di gestione e consegna degli atti depositati presso lo sportello comunale dai messi comunali, da altri enti e dagli ufficiali giudiziari e la registrazione delle PEC (trattandosi, con ciò, di una mera attività di ricezione degli atti, con smistamento ai destinatari – il nuovo servizio prevedeva una serie di articolate, più complesse e del tutto nuove attività, che andavano dalla registrazione delle istanze di accesso agli atti, alla ricerca in archivio dei documenti, all'aiuto e assistenza degli utenti durante tutta la fase di consultazione dei documenti medesimi, alla compilazione dei moduli telematici.

Inoltre, per alcune di tali attività (ricerca in archivio e assistenza nella compilazione dei moduli telematici), rispetto alla commessa precedente era significativamente richiesta la presenza di personale laureato, trattandosi di

prestazioni che richiedevano un diverso grado di conoscenza del personale impiegato.

Deve perciò, escludersi – a dispetto del tentativo dell'appellante di operare una parcellizzata assimilazione sostanziale – la possibilità di sovrapporre prestazioni obiettivamente diverse, destinate ad operare secondo una diversa logistica e con personale dotato di un diverso grado di specifica professionalità.

D'altra parte, è un fatto che la categoria merceologica non fosse la stessa: nel primo caso trattandosi di “*Servizi di pubblica amministrazione*” (CPV 75100000-7), nel secondo caso di “*Servizi pubblici generali*” (CPV 75110000-0).

Si conferma, in definitiva, l'inapplicabilità del principio di rotazione, in assenza di continuità tra le prestazioni contrattuali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1421).

4.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere complessivamente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che quantifica in complessivi € 4.000,00, oltre accessori di legge, a favore del Comune di Bergamo e in € 4.000,00, oltre accessori, a favore della Mediagroup98 soc. coop.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO