



Nei contratti c.d. sotto-soglia, in applicazione dei principi di massima partecipazione e di rotazione, non sussiste alcun obbligo per la stazione appaltante di invitare l'operatore uscente.

Nelle procedure di affidamento di contratti pubblici c.d. sotto-soglia, l'amministrazione non ha obbligo alcuno di invitare l'operatore uscente, essendo la stessa, tutt'al contrario, in applicazione dei principi di massima partecipazione e di rotazione, onerata di un obbligo motivazionale aggravato in caso di invito del medesimo, a giustificazione della deroga ai menzionati principi; peraltro, l'art. 36, c.1, d.lgs. n. 50/2016, quale *lex specialis* di disciplina delle gare c.d. sotto soglia, laddove impone il rispetto del principio di rotazione, prevale sulla normativa sulle gare in generale e comporta che il precedente operatore debba essere normalmente escluso dall'affidamento.

Materia: appalti / disciplina

Publicato il 03/04/2019

N. 02209/2019REG.PROV.COLL.

N. 09644/2018 REG.RIC.

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 9644 del 2018, proposto dalla società Ma.Ca. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Caracciolo, Massimiliano Marsili e Luca Amedeo Melegari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sergio Caracciolo in Roma, Via Appia Nuova, n. 225;

contro

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, USR Lazio - Istituto Comprensivo Statale di "Isola del Liri", in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Ma.Di Service Soc. Coop, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Marano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Viale Parioli, n. 101/e;

Smeraldo S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giancarlo Viglione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 17;

Filcams Cgil Roma Lazio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo De Marchis Gomez, Maria Matilde Bidetti e Francesco Bronzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlo De Marchis Gomez in Roma, Viale Angelico, n. 38;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina, n. 578/2018, resa tra le parti e concernente:

I.) domanda di annullamento, previa sospensiva:

A) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1.) della nota prot. 539 del 29 gennaio 2018, con la quale l'Istituto resistente ha intimato alla ricorrente la restituzione delle chiavi del plesso scolastico a far data dal 1° febbraio 2018, quale conseguenza della scadenza del contratto relativo alla pulizia dei locali precedentemente stipulato con essa in attuazione della convenzione-quadro Consip relativa al lotto 5, id. 1201, risolta il 30 novembre 2017 e non suscettibile di proroghe;

2.) della nota prot. 1222 del 28 febbraio 2018, con la quale l'Istituto resistente ha ribadito alla società ricorrente la richiesta di restituzione delle chiavi di accesso alla scuola, intimandole di consegnarle dal 1° marzo 2018 alla società Ma.Di. Service, nuova affidataria del servizio di pulizia dei locali scolastici;

3) di tutti gli atti e verbali, ancorché non cognitivi, afferenti la procedura negoziata senza bando di gara relativi al servizio di pulizia e decoro attualmente gestito dalla ricorrente;

4) del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, non cognito, emesso in favore dell'odierna controinteressata Ma.Di. Service soc. coop.;

B) per quanto concerne i motivi aggiunti:

1.) della nota M.i.u.r. prot. 121 del 4 gennaio 2018, con la quale il Ministero, dopo aver premesso che *«anche per il periodo in oggetto (gennaio - agosto 2018) le istituzioni scolastiche destinatarie di accantonamenti nell'organico dei collaboratori scolastici potranno proseguire ad usufruire dell'erogazione del servizio di pulizia»*, ha erroneamente affermato che *«tale regola non trova applicazione nei lotti ove la risoluzione della convenzione sia avvenuta in un momento successivo alla data del 24 aprile 2017, come nel caso del lotto 5»*;

2.) della nota M.i.u.r. prot. n. 1107 del 22 gennaio 2018, in particolare nella parte in cui il Ministero ha affermato che *«l'articolo 1, comma 687, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), nell'estendere la validità dei contratti attuativi della Convenzione Consip relativa ai servizi di pulizia presso le Istituzioni scolastiche, ha escluso dal proprio campo di applicazione [...] il lotto 5»*, concludendo che *«i servizi di pulizia sono garantiti unicamente in virtù di una disposizione di natura transitoria e convenzionale»*, oltre che nella parte dispositiva, in cui afferma la necessità di avviare con urgenza una nuova procedura di gara a cura dello stesso M.i.u.r., invitando i singoli Istituti scolastici a garantire la continuità del servizio, mediante affidamenti diretti o procedure negoziate d'urgenza;

3.) della nota prot. n. 427 del 26 gennaio 2018, con la quale l'Istituto resistente ha conferito al M.i.u.r. delega per l'indizione di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto-quadro relativo ai servizi di pulizia dei locali scolastici;

4.) di tutti gli atti, anche contrattuali, ancorché non cognitivi, attuativi dei sopra richiamati provvedimenti;

5.) della nota prot. 1234 del 1° marzo 2018, con cui l'Istituto resistente ha revocato il contratto con Ma.Ca. s.r.l. relativo ai servizi di pulizia e a tutti i servizi connessi e correlati;

6.) della determina a contrarre per l'affidamento diretto del servizio esternalizzato di pulizia nelle scuole del lotto 5, CIG Z27226873F, a firma del dirigente scolastico dell'Istituto resistente, prot. n. 1110 del 20 febbraio 2018;

7.) dell'avviso MEPA e della relativa offerta datata 21 febbraio 2018 riguardante il predetto affidamento diretto del servizio di pulizia;

8.) del capitolato tecnico per l'affidamento dei servizi di pulizia e altri servizi, tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili;

9.) della nota M.i.u.r. prot. n. 19107 del 28 settembre 2017, non cognita;

10.) di ogni altro atto, ancorché non cognito, inerente all'affidamento diretto alla controinteressata del servizio di pulizia attualmente gestito dalla ricorrente;

II.) domande per:

A) la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. cod. proc. amm., ove nelle more stipulato tra l'Istituto resistente e la controinteressata, con diritto al subentro;

B) l'accertamento del diritto della ricorrente ad essere inclusa, sino alla data di effettiva attivazione della convenzione-quadro Consip, e comunque entro e non oltre il 30 giugno 2019, nel regime di proroga delle convenzioni risolte ovvero del contratto attuativo scaduto il 31 gennaio 2018, stipulato con l'Istituto scolastico resistente nell'ambito della Convenzione Consip - lotto 5, in applicazione del principio sancito dall'art. 64, commi 2 e 2-bis, d.-l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito nella l. 21 giugno 2017 n. 96, così come modificato dall'art. 1, comma 687, l. 27 dicembre 2017 n. 205;

C) la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento danni subiti e subendi dalla ricorrente a causa dell'ingiusta azione amministrativa, da quantificare in corso di causa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Gianluca Maria Esposito, per delega dell'avvocato Massimiliano Marsili, Luca Amedeo Melegari, Sergio Caracciolo, Anna Collabolletta dell'Avvocatura generale dello Stato, Massimiliano Marano e Santi Delia, per delega dell'avvocato Giancarlo Viglione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si premette che la sentenza, ai sensi dell'art. 120, commi 11, 10 e 6 cod. proc. amm., va redatta in forma semplificata.

2. Con ricorso n. 134 del 2018 (integrato da motivi aggiunti), incardinato dinanzi al T.a.r. per il Lazio - Sezione staccata di Latina, la Ma.Ca. S.r.l. – già affidataria, fin dal 2013, del lotto 5 (relativo al territorio provinciale di Frosinone e di Latina) della convenzione-quadro Consip «*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*», la quale in data 30 novembre 2017 era stata risolta dalla Consip ai sensi degli artt. 1453 e 1456 cod. civ. per grave inadempimento dell'affidataria (mancato pagamento delle maestranze impiegate nei servizi; violazione del divieto di utilizzo di conti correnti diversi da quello indicato per la tracciabilità dei flussi finanziari; violazione delle quote di esecuzione tra le imprese componenti del r.t.i.), avvalendosi della clausola risolutiva espressa di cui agli artt. 15 e 24 delle condizioni generali della Convenzione-quadro – impugnava gli atti meglio indicati in epigrafe. Nell'ambito di tale convenzione-quadro la Ma.Ca. aveva stipulato, con l'Istituto Comprensivo Statale di "Isola del Liri", un contratto attuativo della durata di quattro anni con scadenza 31 gennaio 2018.

Il T.a.r. adito, con la sentenza in epigrafe, pronunciava definitivamente sul ricorso della Ma.Ca. S.r.l., provvedendo come segue (per quanto qui rileva, tenuto conto dei limiti del *devolutum*):

(i) accoglieva l'eccezione preliminare sollevata dall'interveniente *ad opponendum* Smeraldo s.r.l. – mandante del r.t.i. capeggiato dalla Ma.Ca. s.r.l. – in ordine alla legittimazione della ricorrente ad agire anche in qualità di mandataria ed affermava che il ricorso di MA.CA. s.r.l. era da intendersi proposto unicamente in proprio e non anche nella qualità di mandataria del r.t.i., rispetto al quale l'odierna ricorrente era carente di legittimazione attiva, in quanto l'atto costitutivo del r.t.i. costituito tra MA.CA. S.r.l. (mandataria), Smeraldo S.r.l. (mandante) e Servizi Generali S.r.l. (mandante), rogato dal notaio Monica Giannotti in Roma il 19 settembre 2012, rep. 28393, racc. 10506, prevedeva, quale causa di scioglimento del r.t.i. in caso di aggiudicazione, «*il verificarsi di una delle cause di estinzione del contratto di appalto previste dal vigente ordinamento*», nelle quali rientrava anche la risoluzione per inadempimento, nella specie verificatasi di diritto essendosi la contraente Consip avvalsa della clausola risolutiva espressa, con conseguente cessazione del rapporto di mandato costitutivo del r.t.i.;

(ii) accoglieva l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa erariale, nella parte in cui investiva atti meramente interni, rispetto ai quali non sussisteva in capo a Ma.Ca. S.r.l. un interesse demolitorio

qualificato e differenziato, segnatamente con riferimento alla nota prot. n. 427 del 26 gennaio 2018, con la quale l'Istituto resistente, in coerenza con le istruzioni ricevute dal M.i.u.r. giusta nota prot. n. 1107 del 22 gennaio 2018, aveva conferito al predetto Ministero delega per l'indizione di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto-quadro, ritenendo che tale delega, quale atto meramente interno all'amministrazione della pubblica istruzione, fosse priva di idoneità lesiva autonoma della sfera giuridica della ricorrente, e dichiarava di conseguenza l'inammissibilità del quarto motivo del ricorso introduttivo e del quinto motivo aggiunto (oltre che, comunque, la relativa infondatezza nel merito);

(iii) respingeva il primo motivo di ricorso – con cui la ricorrente aveva dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 687, l. 27 dicembre 2017, n. 205, sostitutivo dell'art. 64, commi da 1 a 4, d.-l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito nella l. 21 giugno 2017 n. 96, sulla cui base la ricorrente rivendicava il diritto alla proroga *ex lege* del contratto in corso con l'Istituto resistente –, rilevando che:

- la situazione in cui versava la parte ricorrente non rientrava né nel comma 1 del riformulato art. 64 d.-l. n. 50/2017 (poiché la convenzione Consip relativa al lotto 5 era stata risolta il 30 novembre 2017, cioè dopo il 24 aprile 2017, ed i relativi contratti applicativi non erano ancora scaduti al 1° gennaio 2018, data di entrata in vigore della novella apportata dalla l. n. 205/2017), né nei successivi commi 2 e 2-bis che, facendo letteralmente riferimento alla «*acquisizione di cui al comma 1*», riguardavano le sole convenzioni-quadro risolte non oltre il 24 aprile 2017, ivi menzionate, ed i «*relativi contratti attuativi*» in scadenza dopo il 1° gennaio 2018;

(iv) respingeva il secondo motivo di ricorso – con cui la parte ricorrente si era dolta della decisione del M.i.u.r. di procedere, nelle more dell'approvazione di una nuova convenzione-quadro Consip, allo 'spacchettamento' dei servizi tra i singoli istituti, ritenendola contraria all'interesse pubblico per la sua disfunzionalità, oltre che preclusa dalle norme che imponevano alle scuole di ogni ordine e grado di approvvigionarsi presso la Consip (deducendo i vizi di: violazione e falsa applicazione degli artt. 1, comma 449, l. 27 dicembre 2006 n. 296, 26 l. 23 dicembre 1999 n. 488, 58 l. 23 dicembre 2000 n. 388, 2 d.-l. 7 aprile 2014 n. 58, convertito nella l. 5 giugno 2014 n. 87; violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento, imparzialità, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost. e alla l. 7 agosto 1990 n. 241; eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, illogicità, contraddittorietà manifesta e sproporzione) –, sulla base dei seguenti rilievi:

- in assenza di una convenzione-quadro Consip in corso di validità per l'approvvigionamento di un determinato servizio, l'obbligo per le pubbliche amministrazioni, tra cui le scuole di ogni ordine e grado, di acquisire quel medesimo servizio tramite il sistema Consip non poteva, ad

ogni evidenza, ritenersi operante, con conseguente inapplicabilità dell'invocata disciplina normativa;

- attesa la situazione di oggettiva urgenza venutasi a creare, da un lato, per effetto della risoluzione della convenzione-quadro Consip relativa al lotto 5, avvenuta in data 30 novembre 2017 e, dall'altro, quale conseguenza dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 2018, dell'art. 1, comma 687, l. n. 205/2017, non apparivano né irragionevoli né altrimenti viziate *sub specie* di eccesso di potere le decisioni assunte dal Ministero (*i.e.* indicazione di una gara centralizzata, invito alle singole scuole a provvedere nelle more mediante affidamento diretto), al fine di individuare una soluzione-ponte per consentire il regolare svolgimento delle attività didattiche in ambienti in cui fossero garantite idonee condizioni igienico-sanitarie, peraltro ad anno scolastico già iniziato;

(v) respingeva il terzo motivo di ricorso, diretto avverso la determinazione dirigenziale prot. 1110 del 20 febbraio 2018 con cui era stata disposta una procedura di affidamento semplificato del valore di euro 30.291,54 ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a), d.lgs. n. 50/2016 mediante l'utilizzo del portale "acquistinretepa" - Mepa - con il quale la ricorrente aveva censurato la mancanza dei presupposti di urgenza per l'affidamento diretto, il mancato invito alla nuova procedura in qualità di gestore uscente, oltre a carenze istruttorie e motivazionali nella scelta dell'amministrazione di procedere all'affidamento in via semplificata (deducendo i vizi di: violazione e falsa applicazione dell'art. 63, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per l'insussistenza delle ragioni di urgenza; eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria, contraddittorietà, violazione dei principi di economicità e buona amministrazione, difetto assoluto di motivazione; omessa applicazione dell'art. 106 d.lgs. n. 50/2016; omesso invito del gestore uscente; carenza dei presupposti di cui all'art. 63 d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 50 d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 64, comma 1, d.l. n. 50/2017) -, sulla base dei seguenti rilievi:

- la modalità 'ultra-semplificata' di affidamento dei contratti pubblici di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), d.lgs. n. 50/2016 integrava una fattispecie specifica di affidamento diretto, diversa (ed aggiuntiva) dalle ipotesi di procedura negoziata diretta disciplinate nel successivo art. 63 (che imponeva una puntuale motivazione), di guisa che, nel caso di affidamenti per importi inferiori a euro 40.000,00, non si poneva neppure il problema di coniugare l'affidamento diretto con l'esigenza di una adeguata motivazione, non essendo applicabili gli stringenti presupposti richiesti dall'art. 63, d.lgs. n. 50/2016 e non essendo necessaria una correlativa motivazione analitica;

- nella specie, l'onere motivazionale doveva ritenersi assolto dal richiamo, nelle premesse della determinazione impugnata, alla risoluzione della convenzione Consip relativa al lotto 5, all'art. 1, comma 687, l. n. 205/2017, oltre che alle note M.i.u.r. del 4 gennaio 2018 e del 22 gennaio 2018;

- non sussistendo un diritto della ricorrente alla proroga del precedente contratto *ex artt.* 1, comma 687, l. n. 205/2017, e 64, commi 1 ss., d.-l. n. 50/2017, per le ragioni già indicate in proposito del primo motivo di ricorso, nella specie non si poteva parlare propriamente di «*interruzione del servizio con il gestore uscente*» o di modifica di un contratto durante il periodo di efficacia (art. 106 d.lgs. n. 50/2016), venendo in rilievo vicende connesse a una proroga tecnica del contratto di appalto scaduto in connessione all'affidamento del servizio a un nuovo operatore;

- la prosecuzione del rapporto contrattuale con MA.CA. s.r.l. oltre il 31 gennaio 2018 doveva pertanto ritenersi avvenuta in regime di proroga negoziale agli stessi patti e condizioni per il tempo strettamente necessario a garantire la continuità del servizio nelle more dell'affidamento del servizio al nuovo operatore e quindi, sebbene la nota prot. 1234 del 1° marzo 2018 si riferisse letteralmente alla «*revoca*» del contratto in essere, essa in realtà aveva semplicemente fatto cessare il predetto regime di proroga tecnica, essendo il contratto *de quo* già scaduto dal 31 gennaio 2018, con conseguente inesistenza di un qualsivoglia affidamento del precedente gestore in ordine al mantenimento *sine die* dello stesso;

- nelle procedure di affidamento di contratti pubblici c.d. sotto-soglia la stazione appaltante godeva di un'ampia discrezionalità anche nella fase di individuazione delle ditte da consultare;

- nelle anzidette procedure semplificate, l'amministrazione non aveva alcun obbligo di invitare l'operatore uscente, trattandosi di una mera facoltà di cui, proprio per i principi di massima partecipazione e di rotazione, in caso di esercizio effettivo di essa la stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno, essendo tenuta a illustrare le ragioni del mancato contrasto con il principio di rotazione della scelta di invitare il precedente gestore;

- l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, disposizione speciale relativa alle gare c.d. sotto soglia, nell'affermare il rispetto del principio di rotazione prevaleva sulla normativa sulle gare in generale e comportava che il precedente operatore dovesse essere normalmente escluso dall'affidamento;

- negli appalti c.d. sotto-soglia, il principio di rotazione si applicava anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata;

- comportando l'applicazione del principio di rotazione l'esclusione di Ma.Ca. s.r.l. dall'affidamento semplificato *de quo*, ciò era sufficiente a privare la stessa dell'interesse ad agire con riguardo agli altri profili di censura, dal momento che, stante la predetta preclusione, nessuna

concreta utilità le deriverebbe per effetto di un loro eventuale accoglimento;

- inoltre, nella specie nessuna violazione degli artt. 50 d.lgs. n. 50/2016 o dell'art. 64 d.-l. n. 50/2017 poteva ritenersi sussistente con riguardo agli aspetti sociali dell'affidamento semplificato *de quo* in quanto, come pure era dato evincere dalla lettura dell'impugnata determinazione dirigenziale del 20 febbraio 2018, l'art. 4 del CCNL del settore pulizie e multiservizi del 31 maggio 2011 prevedeva che, in caso di cambio di appalto, l'impresa subentrante mantenesse i livelli occupazionali già garantiti dall'azienda cessante;

(vi) ribadiva il sopra svolto rilievo circa la carenza di interesse in ordine ai profili di censura inerenti alla procedura semplificata di affidamento (sotto il profilo che l'applicazione del principio di rotazione comportava comunque l'esclusione della ricorrente dalla procedura medesima) e dichiarava di conseguenza l'inammissibilità (e, comunque, anche l'infondatezza nel merito):

- del quinto motivo di ricorso (inerente all'omessa motivazione autonoma e/o motivazione apparente degli atti impugnati emessi dall'Istituto resistente);

- del primo motivo aggiunto, con il quale erano stati dedotti l'artificioso frazionamento del contratto affidato dall'Istituto resistente, che riguardava i soli servizi di pulizia e non anche gli altri servizi di decoro precedentemente assicurati dall'operatore uscente, nonché l'insufficienza del periodo di affidamento rispetto alle esigenze pubbliche connesse alla continuità del servizio di pulizia dei locali della scuola per tutta la durata dell'anno scolastico;

- del secondo motivo aggiunto, inerente alla violazione e falsa applicazione dell'art. 23, commi 15 e 16, d.lgs. n. 50/2016, in tema di contenuto di progettazione e costo del lavoro negli appalti pubblici, oltre che all'omessa specificazione degli oneri di sicurezza a base di gara e del costo della manodopera ed alla mancata esclusione dell'offerta per anomalia;

- del terzo motivo aggiunto, con il quale erano stati dedotti la violazione e falsa applicazione dell'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, l'insussistenza dei presupposti per revocare un contratto e il difetto assoluto di motivazione circa il mancato riconoscimento della proroga spettante *ex lege*;

- del quarto motivo aggiunto, sostanzialmente riproduttivo del terzo motivo di ricorso;

- del sesto motivo aggiunto, sostanzialmente riproduttivo del quinto motivo di ricorso;

- del settimo ed ultimo motivo aggiunto, con cui erano stati dedotti i vizi di eccesso di potere, di violazione della delega conferita al M.i.u.r. e di manifesta contraddittorietà con precedenti provvedimenti assunti dal medesimo Istituto scolastico;

(vii) a fronte dell'esclusione delle dedotte illegittimità provvedimentali, respingeva la domanda risarcitoria;

(viii) dichiarava le spese di causa interamente compensate tra tutte le parti.

3. Avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente, deducendo i seguenti motivi:

a) l'erroneità della statuizione *sub* 2.(i), per violazione dell'art. 37, comma 15, d. lgs. n. 163/2006 in relazione agli artt. 1704 e 1723 cod. civ.;

b) l'erroneità della statuizione *sub* 2.(iii), per violazione ed erronea interpretazione/applicazione degli artt. 1, comma 687, l. n. 205/2017 e 12 disp. prel. cod. civ.,

c) l'erroneità della statuizione *sub* 2.(iv), reiettiva del secondo motivo del ricorso di primo grado, per violazione degli artt. 1, comma 449, l. n. 296/2006 e 64, comma 3, d.-l. n. 50/2017 e ss.mm.ii., nonché dei principi di buon andamento, efficienza e imparzialità dell'azione amministrativa, oltre che per eccesso di potere sotto vari profili;

d) l'erroneità della statuizione *sub* 2.(v) e di quelle seguenti, nelle parti in cui erano stati respinti, rispettivamente dichiarati inammissibili i motivi di illegittimità dell'affidamento diretto in favore della controinteressata Ma.Di. Service.

4. L'originaria controinteressata, oltre a contestare la fondatezza dell'avversario appello, interponeva appello incidentale avverso le affermazioni dell'impugnata sentenza (in particolare, contenute nei punti 7.6., 7.7. e 7.8. della sentenza), con le quali era stato escluso l'effetto risolutivo automatico (e/o caducante), sul contratto attuativo intercorso con l'Istituto resistente, della risoluzione per grave inadempimento della convenzione-quadro Consip, chiedendone *in parte qua* la riforma, con ogni conseguenza di legge (anche in punto di inapplicabilità del regime di proroga *ex lege*).

5. Premesso che non risultano articolate censure specifiche avverso la statuizione d'inammissibilità *sub* 2.(ii), talché ogni relativa questione esula dal *devolutum* per l'effetto preclusivo scaturente dal giudicato interno formatosi al riguardo, si osserva che deve ritenersi fondato l'appello incidentale, mentre infondato è l'appello principale.

5.1. Destituito di fondamento è il motivo d'appello principale *sub 2.a*).

La declaratoria di carenza di legittimazione della Ma.Ca. S.r.l. ad agire anche in qualità di mandataria, in nome e per conto delle mandanti, di cui alla statuizione *sub 2.(i)*, non resta minimamente incrinata dall'invocato art. 37, comma 15, d.lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*, risalendo la stipula della convenzione in oggetto all'anno 2013) – secondo cui la revoca del mandato «*non ha effetto nei confronti della stazione appaltante*» –, trattandosi di previsione normativa che disciplina esclusivamente il rapporto delle imprese raggruppate nei confronti della stazione appaltante, unico soggetto legittimato a dedurre la correlativa eventuale violazione, e non anche i rapporti tra le imprese raggruppate, la cui fonte di disciplina è stata correttamente individuata dal T.a.r. nel relativo atto costitutivo, il quale, appunto, per il caso di estinzione del contratto dopo l'aggiudicazione ha previsto lo scioglimento del raggruppamento.

5.2. Premesso che, in via preliminare di merito, si impone l'esame della questione devoluta al presente grado con l'appello incidentale, con il quale si censurano le affermazioni contenute nell'impugnata sentenza, relative alla persistente efficacia, fino alla scadenza naturale del 31 gennaio 2018, del contratto stipulato con l'Istituto scolastico resistente nell'ambito della convenzione Consip relativa al lotto 5, pur dopo la sua risoluzione di diritto intervenuta il 30 novembre 2017, si osserva che la censura è fondata.

La convenzione-quadro Consip relativa al lotto 5 è stata risolta ai sensi degli artt. 1360, 1453 e 1456 cod. civ. per grave inadempimento dell'affidataria (mancato pagamento delle maestranze impiegate nei servizi; violazione del divieto di utilizzo di conti correnti diversi da quello indicato per la tracciabilità dei flussi finanziari; violazione delle quote di esecuzione tra le imprese componenti del r.t.i.), essendosi la Consip avvalsa della clausola risolutiva espressa di cui agli artt. 15 e 24 delle condizioni generali della convenzione (v. la nota Consip del 30 novembre 2017, alquanto articolata ed emessa in esito ad un ampio contraddittorio intercorso con l'affidataria Ma.Ca.).

Particolare rilevanza assume, in tale contesto, la violazione dell'obbligo di pagamento delle retribuzioni ai lavoratori – contemplato espressamente dall'art. 6 della convenzione e rientrante nell'ambito applicativo dell'art. 15, comma 1, della stessa convenzione che, in primo luogo, prevede il diritto di avvalersi della clausola risolutiva espressa «*in caso di inadempimento del Fornitore anche a uno solo degli obblighi assunti con la stipula della Convenzione che si protragga oltre il termine, non inferiore comunque a 15 (quindici) giorni, che verrà assegnato a mezzo di raccomandata A/R, dall'Amministrazione Contraente e/o dalla Consip S.p.A. [...]*» –, nella specie di particolare gravità, in quanto, oltre ad essere lesiva di un diritto costituzionalmente garantito (art. 36 Cost.), ha provocato «*una situazione di forte tensione a livello sociale sfociata in un continuo stato di agitazione dei lavoratori addetti, manifestazioni,*

*scioperi, mobilitazioni, sit-in, incontri istituzionali etc. [...], tale da richiedere l'intervento non solo delle organizzazioni sindacali competenti, ma anche del MIUR che ha richiesto al Ministero del lavoro apposita ispezione nei confronti del contraente», sino ad assumere «rilevanza in termini di sicurezza ed ordine pubblico, così come attestato dalla prefettura di Frosinone che, con apposita comunicazione del 16 novembre 2017, ha invitato la Consip e il MIUR ad assumere “ogni opportuna iniziativa (...) per una tempestiva risoluzione della suesposta problematica”, evidenziando come “tale circostanza sta determinando un forte stato di esasperazione tra le maestranze che potrebbero sfociare in possibili turbative per l'ordine e la sicurezza pubblica”» (v. così, testualmente, la nota Consip del 30 novembre 2017, sostanzialmente confermata dalla documentazione versata in giudizio dall'appellata Filcams Cgil Roma Lazio, che rappresenta gli interessi dei lavoratori dipendenti delle imprese di pulizie e di manutenzione nella regione Lazio, interveniente *ad opponendum* in primo grado; irrilevante è, ai fini che qui interessano, la reiezione, da parte del giudice del lavoro, del ricorso per condotta antisindacale presentato dalle organizzazioni sindacali nei confronti di Ma.Ca., divergendo gli elementi oggettivi e soggettivi richiesti dall'art. 28 l. n. 300/1970 dalla fattispecie del grave inadempimento contrattuale, unicamente rilevante nel presente contesto decisorio).*

Risulta palese l'idoneità oggettiva della condotta inadempiente dell'affidataria all'obbligo retributivo – la cui gravità ai fini risolutori risulta stabilita dalla clausola n. 15 attraverso il richiamo agli obblighi contrattuali, tra cui quello contemplato dalla precedente clausola n. 6 – ad incidere in senso alterativo sul sinallagma anche (se non soprattutto) dei contratti attuativi della convenzione (tra cui quello stipulato con l'Istituto “Isola del Liri”), risultando all'evidenza pregiudicata la corretta esecuzione del servizio e, al contempo, gravemente lesi gli interessi dell'utenza degli edifici scolastici in questione.

Quanto alla violazione della normativa antiriciclaggio – nella specie perpetrata attraverso l'utilizzo di strumenti di pagamento diversi dal conto corrente dedicato alla convenzione e comunicato dall'affidataria in sede di stipula della medesima (con particolare riferimento ai pagamenti effettuati alla mandante Smeraldo e, in sua surroga, in favore dei relativi dipendenti, attraverso i bonifici analiticamente specificati nella nota Consip del 30 novembre 2017) –, la stessa risulta espressamente qualificata grave ai fini risolutori dall'art. 24 della convenzione anche con riferimento ai singoli contratti attuativi.

A fronte della natura degli inadempimenti in questione, esplicante i propri effetti oggettivi pregiudizievoli, in via diretta e immediata, anche sull'esecuzione dei contratti attuativi, nonché tenuto conto del particolare collegamento funzionale (e non meramente occasionale) intercorrente tra convenzione-quadro e contratti attuativi, non può non concludersi nel senso che la vicenda risolutoria della convenzione-quadro – peraltro esplicantesi *ope iuris* in virtù della clausola risolutiva espressa – non

potrebbe non riflettersi anche sul contratto attuativo oggetto di causa, determinandone la risoluzione di diritto.

Né a tale conclusione osta il disposto del comma 4 dell'art. 15 della convenzione – secondo cui *«la risoluzione della Convenzione legittima la risoluzione dei singoli ordinativi di fornitura a partire dalla data in cui si verifica la risoluzione della Convenzione»* –, in quanto, in disparte l'equivocità della previsione circa la rimessione alla facoltà discrezionale dell'amministrazione contraente di risolvere il singolo contratto attuativo, il relativo esercizio deve comunque ritenersi limitato alle fattispecie concrete, diverse da quella *sub iudice*, nelle quali l'alterazione del sinallagma contrattuale sia oggettivamente limitata alla sola convenzione-quadro e non abbia inciso in via immediata e diretta anche sull'esecuzione del contratto attuativo.

Irrilevante è la circostanza che la risoluzione contrattuale di cui si è avvalsa la Consip sia stata contestata in sede giurisdizionale dinanzi al giudice civile (con giudizio tutt'ora pendente in primo grado), non versandosi nelle ipotesi di pregiudizialità necessaria delineate dall'art. 8, comma 2, cod. proc. amm., e conoscendo, per il resto, il giudice amministrativo, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relativi a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale.

Né, nel caso di specie, gli effetti della clausola risolutiva espressa di cui si è avvalsa la Consip risultano essere stati sospesi in sede cautelare civile, sicché neppure sotto tale profilo la pendenza della relativa causa ha inciso sulle sorti del presente giudizio.

Premesso che la presenza della clausola risolutiva espressa previene ogni indagine sulla gravità dell'inadempimento, ma non sulla sua sussistenza, si rileva che, per le considerazioni sopra svolte in ordine agli inadempimenti contestati all'odierna appellante, questo Collegio, in sede di vaglio incidentale nel senso sopra chiarito, non può che pervenire ad affermarne la sussistenza.

In accoglimento dell'appello incidentale deve, pertanto, pervenirsi alla conclusione che – contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r. – la risoluzione di diritto per grave inadempimento della convenzione-quadro con effetto dal 30 novembre 2017 abbia determinato *ope iuris* anche la contestuale risoluzione per grave inadempimento del contratto attuativo, il quale non ha dunque trovato regolare svolgimento fino alla scadenza naturale del 31 gennaio 2018.

La prosecuzione di fatto del rapporto dopo la data della risoluzione trova la sua fonte nei doveri accessori di collaborazione contrattuale sanciti dall'art. 15, comma 4, ultimo periodo, della convenzione-quadro, per cui l'affidatario, in caso di risoluzione, è tenuto *«a porre in essere ogni attività necessaria per assicurare la continuità del servizio e/o della fornitura in favore delle Amministrazioni contraenti»*, sicché non vi

possono essere connessi effetti ulteriori o diversi, neppure *sub specie* di creazione di un'eventuale situazione di 'legittimo affidamento', peraltro logicamente incompatibile con gli inadempimenti che hanno dato origine alla risoluzione contrattuale.

Sul piano processuale, giova precisare che la statuizione di accoglimento dell'appello incidentale e la riforma *in parte qua* dell'impugnata sentenza esplica il proprio effetto espansivo interno su tutti i capi di sentenza dipendenti.

5.3. Ebbene, posta la sopra accertata risoluzione di diritto, a far tempo dal 30 novembre 2017, sia della convenzione-quadro sia del contratto attuativo, destituita di fondamento è la tesi dell'odierna appellante principale circa l'applicabilità, alla fattispecie dedotta in giudizio, della proroga *ex lege* di cui all'art. 64 l. n. 50/2017 e ss. mm. ii., i cui commi 1, 2, 2-*bis* e 3, nella versione applicabile *ratione temporis*, con effetto dal 1° gennaio 2018, testualmente recitano:

«1. Al fine di consentire la regolare conclusione delle attività didattiche nell'anno scolastico 2017/2018 e il regolare avvio delle stesse per l'anno scolastico 2018/2019 in ambienti in cui siano garantite idonee condizioni igienico-sanitarie, nelle regioni ove sia stata risolta anteriormente alla data del 24 aprile 2017 o non sia mai stata attivata la convenzione-quadro Consip ovvero siano scaduti i relativi contratti attuativi, l'acquisizione dei servizi di pulizia e degli altri servizi ausiliari, nonché degli interventi di mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili adibiti a sede di istituzioni scolastiche ed educative statali, da parte delle medesime istituzioni, prosegue, con piena salvaguardia dei livelli occupazionali e salariali esistenti, con i soggetti già destinatari degli atti contrattuali e degli ordinativi di fornitura, sino alla data di effettiva attivazione della convenzione-quadro di cui al comma 3 e comunque non oltre il 30 giugno 2019.

2. Nelle regioni nelle quali la convenzione-quadro Consip sia stata risolta o non sia mai stata attivata, l'acquisizione di cui al comma 1 avviene nei limiti di spesa di cui all'articolo 58, comma 5, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e di cui all'articolo 1, comma 379, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, alle condizioni tecniche previste dalla convenzione-quadro Consip oggetto di risoluzione e alle condizioni economiche pari all'importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui non è intervenuta la risoluzione della convenzione-quadro Consip, da calcolare con riferimento alle sole regioni nelle quali la convenzione-quadro Consip era già attiva alla data del 24 aprile 2017.

2-bis. Nelle regioni nelle quali vengano a scadere i contratti attuativi della convenzione-quadro Consip, l'acquisizione di cui al comma 1 avviene nei limiti di spesa di cui all'articolo 58, comma 5, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9

agosto 2013, n. 98, e di cui all'articolo 1, comma 379, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, alle condizioni tecniche previste dalla convenzione-quadro Consip e alle condizioni economiche pari all'importo del prezzo di aggiudicazione della medesima.

3. La Consip S.p.A. provvede all'espletamento delle procedure di gara per l'affidamento dei servizi di pulizia e degli altri servizi ausiliari di cui al comma 1 mediante convenzione-quadro, da completare entro l'inizio dell'anno scolastico 2019/2020, prevedendo una suddivisione in lotti per aree geografiche. A tal fine il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, nell'ambito delle risorse disponibili nei pertinenti capitoli di bilancio dello stato di previsione del medesimo Ministero, comunica a Consip S.p.A. i fabbisogni, che tengano conto anche delle finalità di salvaguardia dei livelli occupazionali esistenti, con il relativo livello di aggregazione delle istituzioni scolastiche ed educative interessate. Gli aggiudicatari della procedura di cui al presente comma, al fine di garantire il livello occupazionale esistente, si impegnano ad assumere il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria».

Risulta, invero, palese che né la convenzione-quadro relativa al lotto 5, né il contratto attuativo oggetto del presente giudizio rientrano nell'ambito di applicazione dei primi due commi, che si riferiscono alla proroga dei contratti risolti per illecito *antitrust*, alle condizioni economiche pari all'importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui non è intervenuta la risoluzione della convenzione-quadro Consip.

Né ad essi è applicabile il comma 2-*bis*, trattandosi di contratto attuativo non più in vigore alla data del 1° gennaio 2018, dovendosi lo stesso per contro ritenere risolto di diritto alla data del 30 novembre 2017, contestualmente alla risoluzione per grave inadempimento della convenzione-quadro relativa al lotto 5, la cui eventuale proroga alle condizioni economiche pari all'importo del prezzo di aggiudicazione si porrebbe peraltro in contraddizione con ogni logica ordinamentale, in quanto verrebbe a 'legittimare', quanto meno nel periodo della *prorogatio*, la condotta inadempiente dell'affidatario (e la relativa persistenza).

Ne consegue l'infondatezza del motivo d'appello principale *sub* 3.b), con cui si assume l'applicabilità alla fattispecie *sub iudice* della proroga legale in oggetto.

5.4. Destituito di fondamento è, altresì, il motivo d'appello principale *sub* 3.c).

In primo luogo, inconferente è il richiamo al parametro normativo costituito dal comma 3 dell'art. 64 d.-l. n. 50/2017 – peraltro ormai abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2019, dall'art. 1, comma 761, lettere

a) e b), l. 30 dicembre 2018, n. 145 –, inapplicabile alla fattispecie dedotta in giudizio per le ragioni svolte sopra *sub* 5.3.

In secondo luogo, come correttamente rilevato dal T.a.r., in assenza di una convenzione-quadro Consip in corso di validità per l'approvvigionamento di un determinato servizio, l'obbligo per le pubbliche amministrazioni, tra cui le scuole di ogni ordine e grado, di acquisire quel medesimo servizio tramite il sistema Consip non poteva, ad ogni evidenza, ritenersi operante, con conseguente inapplicabilità dell'invocata disciplina normativa.

In terzo luogo, a fronte della situazione di oggettiva urgenza venutasi a creare, da un lato, per effetto della risoluzione della convenzione-quadro Consip relativa sui servizi di pulizia relativa al lotto 5, avvenuta in data 30 novembre 2017 e, dall'altro, quale conseguenza dell'entrata in vigore, con decorrenza dal 1° gennaio 2018, dell'art. 1, comma 687, l. n. 205/2017, non apparivano irragionevoli né altrimenti viziate *sub specie* di eccesso di potere le decisioni assunte dal Ministero (ossia, l'indizione di una gara centralizzata e l'invito alle singole scuole a provvedere nelle more mediante affidamento diretto), al fine di individuare una soluzione transitoria per consentire il regolare svolgimento delle attività didattiche in ambienti in cui fossero garantite idonee condizioni igienico-sanitarie, peraltro ad anno scolastico già iniziato.

5.5. In reiezione del motivo d'appello *sub* 3.d), è sufficiente rilevare che:

- a fronte dell'impellente situazione d'urgenza, deve ritenersi legittimo il ricorso alle modalità di affidamento di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), d.lgs. n. 50/2016, peraltro sorretto da adeguata motivazione attraverso il richiamo, nelle premesse della determinazione impugnata, alla risoluzione della convenzione Consip relativo al lotto 5, alla sopravvenienza normativa di cui all'art. 1, comma 687, l. n. 205/2017 e alle note M.i.u.r. del 4 gennaio 2018 e del 22 gennaio 2018 (meglio indicate in epigrafe);

- nelle procedure di affidamento di contratti pubblici c.d. sotto-soglia, l'amministrazione non ha obbligo alcuno di invitare l'operatore uscente, essendo la stessa, tutt'al contrario, in applicazione dei principi di massima partecipazione e di rotazione, onerata di un obbligo motivazionale aggravato in caso di invito del medesimo, a giustificazione della deroga ai menzionati principi;

- peraltro, l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, quale *lex specialis* di disciplina delle gare c.d. sotto soglia, laddove impone il rispetto del principio di rotazione, prevale sulla normativa sulle gare in generale e comporta che il precedente operatore debba essere normalmente escluso dall'affidamento;

- come, per giunta, correttamente rilevato dal T.a.r., l'esclusione di Ma.Ca. s.r.l. dall'affidamento semplificato in forza del principio della rotazione, priva la stessa dell'interesse ad agire con riguardo agli altri

profili di censura, dal momento che, stante la predetta preclusione, nessuna concreta utilità le deriverebbe per effetto di un loro eventuale accoglimento;

- infine, come altrettanto correttamente rilevato dal T.a.r., alcuna violazione degli artt. 50 d.lgs. n. 50/2016 o dell'art. 64 d.-l. n. 50/2017 è ravvisabile con riguardo agli aspetti sociali dell'affidamento semplificato *de quo*, prevedendo l'art. 4 del CCNL del settore pulizie e multiservizi del 31 maggio 2011 (come da impugnata determinazione dirigenziale del 20 febbraio 2018) che, in caso di cambio di appalto, l'impresa subentrante mantenga i livelli occupazionali già garantiti dall'azienda cessante.

5.6. Resta assorbita ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori.

6. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 9644 del 2018), provvede come segue:

- 1.) respinge l'appello principale;
- 2.) accoglie l'appello incidentale nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado (compresi i motivi aggiunti) *in parte qua* con diversa motivazione;
- 3.) conferma l'impugnata sentenza nel resto;
- 4.) dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernhard Lageder

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO