

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 2576 del 2017, proposto dalla s.p.a. Supermatic, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ivan Marrone e Dario Rigacci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ivan Marrone in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

La s.r.l. CDA Vending, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Paoletti in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, n. 118;

nei confronti di

Il Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca – Convitto Nazionale 'Cicognini' di Prato, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sez. II, n. 454 del 2017;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.r.l. CDA Vending e del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – Convitto Nazionale 'Cicognini' di Prato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti l'avvocato Ivan Marrone, l'avvocato Matteo Spatocco e l'avvocato dello Stato Maria Pia Camassa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.– Il Convitto nazionale 'Cicognini' di Prato, con determina a contrarre 30 giugno 2016, ha indetto una procedura di gara per l'affidamento triennale «della concessione del servizio di erogazione di bevande fredde, calde, snack/merende, mediante distributori automatici».

All'esito delle operazioni di gara – alla quale erano stati invitati a partecipare sette concorrenti, ma solo tre presentavano l'offerta – la concessione è stata aggiudicata alla s.p.a. Supermatic, precedente gestore del servizio, la quale aveva offerto prezzi inferiori del 50% rispetto ad altre due sole concorrenti ed un contributo di oltre € 17.000 (più del triplo di quanto offerto dalla seconda classificata).

1.1.– La s.r.l. CDA Vending – classificatasi al secondo posto della graduatoria – ha impugnato l'atto di aggiudicazione n. 6673 del 25 novembre 2016, nonché tutti gli atti di gara ad essa connessi e presupposti, lamentando la violazione - dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle linee guida n. 4 dell'ANAC, in relazione al principio di

rotazione; - degli artt. 97 e 164 del d.lgs. n. 50 del 2016; - dell'art. 167 del d.lgs. n. 50 del 2016; del principio di trasparenza, in quanto l'apertura delle buste recanti l'offerta era avvenuta in seduta riservata.

L'istante chiedeva altresì la tutela risarcitoria in forma specifica mediante aggiudicazione della procedura in suo favore o subentro nel contratto eventualmente stipulato.

2.– Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, con sentenza n. 454 del 2017, ha accolto il primo motivo di ricorso, concernente la violazione del principio di rotazione, essendo l'aggiudicataria la precedente concessionaria del servizio. Le restanti censure sono state dichiarate assorbite, stante la necessità di procedere alla rinnovazione della gara a partire dalla presentazione degli inviti. La domanda di subentro è stata conseguentemente respinta.

3.– Avverso la predetta sentenza, la s.p.a. Supermatic ha proposto appello, chiedendo in sua riforma il rigetto del ricorso di primo grado.

L'appellante, in particolare, lamenta: - il mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di legittimazione e di interesse del ricorrente; - nel merito, la distorta applicazione del principio di rotazione, il quale si sarebbe potuto ipotizzare solo qualora fossero stati previamente individuati gli aspiranti concorrenti e l'ente concedente avesse inteso invitare alla gara un numero di operatori inferiore a quello degli aspiranti concorrenti; - l'erroneità della sentenza per mancata remissione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità dell'art. 36, comma 2, lettera *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016 per violazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione; - l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 34, comma 2, del c.p.a.

3.1.– Dopo la proposizione dell'appello principale è stato notificato un primo appello incidentale da parte della stazione appaltante, la quale, con motivi

complementari a quelli formulati dall'appellante principale, conclude anch'essa per la riforma della sentenza impugnata e per la reiezione del ricorso di primo grado.

3.2.– La s.r.l. CDA Vending ha proposto a sua volta appello incidentale avverso la sentenza, censurando l'erroneità della statuizione del giudice di prime cure nella parte in cui ha lasciato insoddisfatto il suo interesse primario a conseguire l'aggiudicazione, e riproponendo le altre censure dichiarate assorbite (segnatamente, essa si duole del fatto che: l'offerta della Supermatic, poiché non produttiva di alcun utile, era anomala; il bando di gara non indicava alcun valore della concessione; l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica si era svolta in seduta riservata; il bando di gara non prevedeva la presentazione da parte dei concorrenti del piano economico finanziario).

4.– All'esito dell'udienza del 6 luglio 2017, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

5.– L'appello principale della s.p.a. Supermatic e quello incidentale del MIUR devono essere integralmente respinti.

5.1.– L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto «del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese».

La disposizione, in particolare, attribuisce alle stazioni il potere di avvalersi delle procedure ordinarie per gli affidamenti in esame ovvero di procedere secondo le seguenti modalità: «b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno

cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti».

5.2.– Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4).

5.3.– Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, l'art. 164, 2 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36), sulla base di una valutazione di compatibilità.

Del resto, anche nell'art. 30, 1 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione.

5.4.– Deve quindi concludersi che, anche nel caso di specie, si imponesse a carico della stazione appaltante la seguente alternativa: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

6.– In ragione dell'ampia premessa svolta, non può accogliersi il primo motivo di gravame, con il quale l'appellante principale lamenta l'erroneità della sentenza per mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di legittimazione e di interesse del ricorrente.

L'appellante principale ha dedotto che il principio di rotazione potrebbe essere fatto valere solo dagli operatori economici pretermessi e non da chi ha partecipato alla gara, risultandone non vincitore.

La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti – il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore – amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione.

7.– Poiché il principio di rotazione fa divieto – salvo motivate eccezioni – di invitare il gestore uscente in occasione del primo affidamento della concessione, è infondato anche il secondo motivo di appello, secondo cui il medesimo principio sarebbe inoperante in mancanza di un indagine di mercato. Del resto, come affermato dai giudici di prime cure, l'invito ad un numero di operatori economici (sette) maggiore di quello minimo (cinque) previsto dall'art. 36, 2 comma, lettera *b*), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 escluda che possa essere ravvisata, nella fattispecie, l'ipotesi della presenza di un numero ridotto di operatori sul mercato.

8.– La questione di costituzionalità dell'art. 36 del d.lgs. 50 del 2016 – dedotta peraltro in termini generici – con il terzo motivo di appello è manifestamente infondata in relazione a tutti i parametri indicati, atteso che:

- con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere "asimmetrico" del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti;

- quanto alla violazione dell'art. 41, in senso contrario è dirimente rilevare che l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale – salvo motivate eccezioni – si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti;

- in relazione all'art. 97, l'aumento delle *chances* di partecipazione dei *competitors* "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

9.– Con riguardo all'ultimo motivo di appello principale, non sussiste alcuna violazione dell'art. 34, 2 comma, c.p.a.

Tale disposizione inibisce al giudice amministrativo di approntare una tutela "preventiva" dell'interesse legittimo, anticipata cioè rispetto all'esplicazione della funzione amministrativa da parte dell'autorità competente. Nella specie, il TAR si è limitato a segnalare ai fini conformativi della pronuncia di annullamento le modalità di attuazione del principio di rotazione in sede di riedizione.

10.– Il MIUR, nel proprio atto di appello incidentale, ha sostenuto la tesi secondo cui l'applicazione del principio di rotazione porrebbe al più un problema di motivazione nel caso di vittoria del gestore uscente.

Ai fini del rigetto della censura, è dirimente rilevare come l'art. 25, comma 1, lettera a), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, abbia ulteriormente chiarito che il principio di

rotazione si riferisce alla fase «degli inviti e degli affidamenti» e non alla fase della aggiudicazione.

L'infondatezza del gravame consente di assorbire, in base al principio della "ragione più liquida", l'eccezione di tardività dell'appello, perché notificato in data 14 giugno 2017.

11.– In definitiva, l'invito e l'affidamento al contraente uscente avrebbe richiesto un onere motivazionale più stringente. Per contro, la documentazione di gara non reca alcuna motivazione in ordine alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore. Le affermazioni dell'appellante - secondo cui vi sarebbero pochi operatori interessati all'affidamento - sono rimaste del tutto indimostrate (vedi sul punto quanto già dedotto al paragrafo 7 della motivazione). Correttamente il TAR, avendo ravvisato la violazione dell'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione.

11.1.– Sennonché, il TAR ha ritenuto che l'accoglimento del primo motivo di ricorso, comportasse la necessità di rinnovare la procedura a decorrere dalla fase degli inviti alla gara, con conseguente rigetto della domanda di tutela in forma specifica mediante aggiudicazione della procedura di gara proposta dalla ricorrente.

11.2.– Il Collegio, in accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale, ritiene invece che sussistono i presupposti per disporre l'aggiudicazione della procedura in capo alla seconda classificata. La mancata motivazione della stazione appaltante, in ordine all'eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore, comporta l'illegittimità della partecipazione di quest'ultimo alla procedura. L'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato (la s.r.l. CDA Vending), rispetto al

quale non è stata evidenziata nel corso del procedimento e del successivo processo alcuna idonea causa ostativa.

L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., è condizionata alla dichiarazione di inefficacia del contratto: tuttavia, nella specie, tale dichiarazione non può essere adottata, poiché non consta l'avvenuta stipulazione del contratto.

11.3.– I restanti motivi di appello incidentale possono assorbirsi, avendo già la s.r.l. CDA Vending ricavato dal processo la massima utilità conseguibile.

12– Per le ragioni che precedono, vanno respinti l'appello principale e quello incidentale dell'Amministrazione, mentre va accolto l'appello incidentale della s.r.l. CDA Vending, nei limiti sopra evidenziati.

12.1.– Le spese del secondo grado del giudizio seguono la soccombenza come di norma. Di essa è fatta liquidazione nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando:

- RESPINGE l'appello principale e quello incidentale del MIUR;
- ACCOGLIE il primo motivo dell'appello incidentale promosso dalla s.r.l. CDA Vending e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, ordina alla stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione in favore della s.r.l. CDA Vending;
- CONDANNA la s.p.a. Supermatic e il MIUR, in solido tra loro, al pagamento delle spese del secondo grado di lite in favore della CDA VENDING SRL, che si liquidano in € 4.500,00, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere
Oreste Mario Caputo, Consigliere
Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Dario Simeoli

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8198 del 2016, proposto da:

Due Torri soc. coop. cons., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Della Rocca, con domicilio eletto presso lo studio Studio Acdlex in Roma, via Emilio De Cavalieri, n. 11;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nonché Anas s.p.a. - Compartimento della viabilità per l'Abruzzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata presso i propri uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Cogema s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA, SEZIONE I n. 00372/2016, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di sgombraneve e di supporto per la gestione della manutenzione invernale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e di Anas s.p.a. - Compartimento della viabilità per l'Abruzzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Alfonso Celotto su delega dell'avvocato Sergio Della Rocca, nonché l'avvocato dello Stato Paolo Marchini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che l'ANAS s.p.a. aveva esperito – e successivamente aggiudicato, ex art. 125 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*) – un'indagine di mercato con invito a presentare offerte per il servizio di sgombraneve e di supporto per la gestione della manutenzione invernale in relazione alle strade statali nn.16, 81, 84 e 714.

La società Due Torri, su presupposto di essere il gestore uscente del medesimo affidamento, impugnava il suddetto affidamento al Tribunale amministrativo dell'Abruzzo, lamentando che la procedura fosse stata intrapresa in assenza dei presupposti giustificativi stabiliti dalla legge e, comunque, senza che la medesima società fosse stata invitata.

Avverso il suddetto provvedimento articolava quattro motivi di gravame, di seguito così sintetizzabili:

Violazione dell'art. 125 comma 10 del d.lgs. n.163 del 2006 e dell'art. 330 del relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, d.P.R. n.207 del 2010 – Difetto del presupposto – Difetto di motivazione – violazione degli artt. 11ss. del d.lgs. n.163 del 2006 nonché dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenzialità e massima partecipazione.

Ad avviso della ricorrente, la procedura intrapresa, finalizzata all'acquisizione di servizi in economia ex art. 125 d.lgs. n.163 del 2006, difettava dei presupposti di legge, mancando innanzitutto l'atto generale di predeterminazione delle fattispecie in cui l'ANAS può ricorrere alla speciale procedura semplificata, come richiesto dal comma 10 dell'art. 125 (“ipotesi specificate in regolamenti o in atti amministrativi generali di attuazione emanati da ciascuna stazione appaltante con riguardo alle proprie specifiche esigenze, ai sensi dell'articolo 125, comma 19 del codice”, ex art. 330 del d.P.R. n.207 del 2010).

Violazione artt. 1 e segg. L. n.241/90 – violazione art. 97 Cost. – Violazione dell'affidamento del privato – Difetto del presupposto - Difetto di motivazione.

L'indagine di mercato esperita dall'ANAS – in costanza di rapporto con la ricorrente – aveva ad oggetto la gestione invernale dei medesimi tratti di strada interessati da una precedente procedura di acquisizione in economia: la società ricorrente era infatti risultata aggiudicataria, a seguito di gara aperta, del servizio triennale 2014-2017, comprensivo di sgombraneve e trattamento antighiaccio su varie tratte di strade statali di competenza dell'ANAS s.p.a. - Compartimento della viabilità per l'Abruzzo, tra i quali quelli ricompresi nella procedura successivamente impugnata. Con ciò facendo, però, l'ANAS avrebbe vanificato la precedente procedura, non essendovi del resto necessità di acquisire i servizi oggetto dell'avviso, in quanto già nella disponibilità dell'ANAS. Il che, tra l'altro, avrebbe altresì violato l'affidamento della ricorrente.

Violazione degli artt. 1 e ss. legge n. 241 del 1990 – violazione art. 97 Cost. Violazione dell'affidamento del privato – Difetto di motivazione – sviamento di potere.

L'ANAS esperiva la gara informale il 18 dicembre 2015 ed il successivo 24 dicembre recedeva dal primo rapporto (con la ricorrente), adducendo di aver avviato un programma di efficientamento eseguendo in amministrazione diretta i servizi in argomento, circostanza però non corrispondente al vero, posto che i servizi venivano invece affidati all'esterno;

Violazione e falsa applicazione art. 125 d.lgs. n.163 del 2006 – Difetto di motivazione e sviamento di potere.

In ogni caso, la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere dalla nuova procedura di gara il gestore in corso, che non era stato, in realtà, neppure invitato; la posizione soggettiva della ricorrente, invero, era ancor più qualificata rispetto a quella di un gestore “uscente”, trattandosi piuttosto del gestore “attuale” che ha subito l'interruzione del rapporto, in ragione del sopravvenuto affidamento.

Si costituiva in giudizio l'ANAS, chiedendo il rigetto del ricorso poiché infondato.

Con sentenza 9 giugno 2016, n. 372, il Tribunale amministrativo dell'Abruzzo respingeva il ricorso, rilevando come “*la Stazione appaltante non avesse alcun obbligo di invitare il gestore uscente né di motivare il mancato invito rivolto allo stesso; le imprese invitate sono state, infatti, solo tre e l'invito rivolto anche alla ricorrente, gestore uscente, avrebbe vieppiù limitato la già limitata apertura al mercato*”.

Avverso tale decisione la Due Torri soc. coop. cons. interponeva appello, deducendo con un unico ed articolato motivo di impugnazione la violazione e falsa applicazione dell'art. 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre a difetto di motivazione e sviamento di potere.

Si costituiva in giudizio l'ANAS s.p.a., controdeducendo ai rilievi di parte appellante ed insistendo per il rigetto del gravame.

All'udienza del 27 giugno 2017, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

DIRITTO

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, ritiene il Collegio che l'appello sia fondato.

Oggetto centrale della vertenza, assorbente ogni ulteriore questione procedurale o di merito sollevata dall'appellante, è infatti la sussistenza o meno, nel caso di specie, dei presupposti di legge per l'istituto della cd. "rotazione" tipico della gestione cd. "in economia", gestione attuabile nel caso di specie in virtù di quanto espressamente previsto dall'art. 3, lettera c) del Regolamento ANAS, che include il servizio di manutenzione ordinaria "sgombero neve" fra quelli affidabili, appunto, in economia.

Ai sensi dell'art. 125, comma 11 del d.lgs. 163 del 2006, *"Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento"*.

Il base al principio di rotazione, la stazione appaltante ha la possibilità di escludere dall'invito un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa amministrazione. In particolare, consente di escludere dall'invito coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare, così da escludere la possibilità di reiterati affidamenti al medesimo operatore, con frustrazione del principio di tutela della concorrenza.

Come evidenziato dal precedente di Cons. Stato, III, 12 settembre 2014, n. 4661, richiamato nella sentenza appellata, *"nel contesto dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici il principio della "rotazione", imposto con riferimento alla procedura di "cottimo fiduciario", appare*

concepito dal legislatore come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere sommario e “fiduciario” della scelta del contraente.

Ed invero, il “cottimo fiduciario” è definito dallo stesso art. 125 come «una procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque operatori economici». Nel pensiero del legislatore, dunque, il cottimo fiduciario non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata (si veda anche l'art. 3, comma 40, dello stesso codice, che contiene la definizione del termine “procedura negoziata”), quindi una scelta ampiamente discrezionale. Tale discrezionalità si esercita in (almeno) due momenti: primo, l'individuazione delle cinque ditte da “consultare”; secondo, la scelta del contraente fra le ditte consultate. La discrezionalità è temperata, ma non eliminata, da alcuni principi, quali la “trasparenza” (che implica il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri della scelta, etc.) e, appunto, la “rotazione” (per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo)”.

Da quanto sopra emerge la *ratio* dell'istituto, consistente nell'evitare il possibile consolidarsi di posizioni “di rendita” non concorrenziale a favore di singole imprese, scelte dalle stazioni appaltanti al di fuori delle ordinarie regole dell'evidenza pubblica: ciò vale, *in primis*, per quegli operatori economici che siano già stati destinatari di un affidamento diretto, che dunque, ben possono essere esclusi a priori dalle successive aggiudicazioni dello stesso genere, proprio per evitare il possibile formarsi di posizioni di privilegio.

In un'ottica più attenuata, il principio potrebbe applicarsi anche agli affidatari a seguito di procedure ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto convenzionale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente prorogare (se non rinnovare) il relativo rapporto al di fuori delle regole di legge.

Nel caso di specie, però, non risulta integrata alcuna delle suddette ipotesi.

Da un lato, infatti, la Due Torri soc. coop. cons. si era inizialmente assicurata la gestione del servizio di cui trattasi non a seguito di procedura di affidamento diretto, bensì all'esito di una regolare gara in procedura concorrenziale aperta.

Dall'altro, comunque, l'affidamento in favore della Due Torri soc. coop. cons. – che avrebbe dovuto avere durata triennale (2014-2017) – non era giunto a naturale scadenza, in quanto risolto unilateralmente dall'amministrazione con nota del 24 dicembre 2015 per ragioni di opportunità.

La stazione appaltante, infatti, dichiarava di voler provvedere direttamente, da quel momento in poi, all'erogazione del servizio in questione, ricorrendo a procedure in economia.

Non ricorrono dunque – nel caso di specie – i presupposti per il ricorso alla rotazione (in danno dell'odierna appellante), dal momento che questa non era stata in precedenza destinataria di un affidamento diretto e, comunque, non aveva potuto eseguire per intero il servizio inizialmente affidatole.

In questo secondo caso, quindi, l'eventuale affidamento diretto non avrebbe comunque avuto, come possibile conseguenza, l'eventuale rinnovo *de facto* del precedente contratto alla scadenza, in violazione del generale divieto in tal senso contenuto nella normativa di settore, proprio perché il contratto a monte non era giunto a naturale scadenza (essendo anzi stato risolto dopo appena un terzo della sua durata).

Non può quindi dirsi integrata la posizione di vantaggio (anticoncorrenziale) in cui deve venirsi a trovare il precedente aggiudicatario, ai fini dell'esclusione.

L'appello va dunque accolto. La particolarità delle questioni trattate e la loro sostanziale novità giustificano peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento dei provvedimenti oggetto dell'originario ricorso.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO