

APPALTI - PRINCIPIO DI ROTAZIONE - VIOLAZIONE - IMPUGNAZIONE - TERMINI

In base al principio di rotazione è eccezionale l'invito o l'affidamento al gestore uscente, debitamente motivato, al fine di evitare rendite di posizione a favore di singole imprese. In caso di violazione, l'operatore può impugnare in via immediata l'ammissione del controinteressato in quanto direttamente lesiva della propria sfera giuridica.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 435/2019

Pubblicato il 17/01/2019

N. 00435/2019REG.PROV.COLL.

N. 03575/2018 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 in appello numero di registro generale 3575 del 2018,
proposto da:

Comune di Viadana, Centrale unica di committenza dei Comuni di Viadana, Commessaggio, Gazzuolo, San Martino dall'Argine, Unione di Comuni Lombarda Terre D'Oglio, Consorzio pubblico Servizio alla Persona, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Nadia Zanoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Grazia Tiberia Pomponi in Roma, via Pietro Borsieri, n.12;

contro

S. Lucia Società Cooperativa Sociale di Solidarietà Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Bertolani, Gianluca Contaldi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via G.P. da Palestrina, n.63;

nei confronti

Cooperativa Sociale L'Incontro Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Miniero, Giovanni De Vergottini, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Antonio Bertoloni, n.44;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 00354/2018, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S. Lucia Società Cooperativa Sociale di Solidarietà Onlus;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Soc. L'Incontro Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 25 ottobre 2018 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Nadia Zanoni, Gianluca Contaldi, Marco Petitto su delega dell'avv. Giovanni Vergottini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La S. Lucia Società Cooperativa Sociale di Solidarietà Onlus impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, gli atti della gara telematica negoziata “sotto soglia” riservata alle cooperative sociali di cui all’art. 1 lett. b della l. 8 novembre 1991 n. 381, bandita il 6 novembre 2017 dal Comune di Viadana per il tramite della Centrale unica di committenza di cui in epigrafe con la finalità di affidare, mediante la convenzione di cui all’art. 5 comma 1 della stessa legge, il servizio di pulizia degli immobili comunali per il periodo di due anni e sei mesi.

In particolare la ricorrente, conosciuti i concorrenti ammessi alla procedura e la graduazione delle relative offerte siccome comunicata dalla CUC, lamentava, quale seconda classificata, l’illegittimità dell’ammissione alla procedura della prima classificata Cooperativa Sociale L’Incontro Onlus, gestore uscente (dal 1° gennaio 2010), ritenendola violativa del principio di rotazione, operante sin dalla fase dell’invito a presentare offerta, anche perché priva di specifica motivazione in ordine alla mancata applicazione del principio stesso. Domandava indi l’annullamento degli atti gravati e il risarcimento del danno mediante l’aggiudicazione del contratto, o, in subordine, per equivalente.

2. Con sentenza 26 marzo 2018 n. 354, nella resistenza dell'Amministrazione comunale e della controinteressata, l'adito Tribunale delibava favorevolmente il ricorso nei seguenti termini.

La sentenza respingeva l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso spiegata dal Comune di Viadana sul presupposto del carattere endoprocedimentale degli atti gravati, ritenendo l'interesse all'impugnativa della ricorrente avverso l'atto di ammissione alla gara della controinteressata, nella sussistenza delle condizioni di cui all'art. 120 comma 2-*bis* del Codice del processo amministrativo.

Rilevava poi come nell'ambito della legge di gara la stazione appaltante, pur potendosi avvalere, alla luce degli specifici fini della convenzione, delle deroghe alla disciplina ordinaria in materia di contratti della pubblica amministrazione previste dall'art. 5 della l. n. 381 del 1991 - nell'ambito del quale non rinveniva comunque la facoltà di deroga al principio di rotazione, perché costituente uno dei precipitati del principio di non discriminazione richiamato nell'ultimo periodo del comma 1 - si fosse espressamente autovincolata alla conduzione della procedura secondo le regole ordinarie di cui all'art. 36 comma 2 del Codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, norma che richiama appunto il rispetto del principio di rotazione.

Escludeva infine che, come sostenuto dall'Amministrazione, l'applicazione del principio di rotazione dovesse ritenersi impedita nella fattispecie dalla determinazione di invitare alla gara, nell'ottica della concorrenzialità e della massima partecipazione, tutti i soggetti che

avevano manifestato interesse a parteciparvi. Tale argomentazione veniva ritenuta confliggente con la *ratio* del principio di rotazione di evitare posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, ulteriormente rilevandosi come l'equo temperamento del principio di concorrenza e del principio di rotazione sia rappresentato dall'obbligo di motivare l'invito alla partecipazione rivolto al gestore uscente, nella specie non assolto.

La sentenza in parola accoglieva indi la domanda demolitoria formulata in ricorso, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione, e respingeva di contro la domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, tenuto conto, rispettivamente, del fatto che la gara non era stata ancora aggiudicata e della mancata prova del danno subito dalla ricorrente.

3. Avverso la predetta sentenza il Comune di Viadana ha proposto l'odierno appello deducendo:

I. Sull'asserita sussistenza dell'interesse concreto e attuale a ricorrere, erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione degli artt. 35 comma 1 lett. b) e 120 comma 2-*bis* del d.lgs. n. 104/2010: contrariamente quanto ritenuto nella sentenza appellata, il caso di specie non rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 120 comma 2-*bis* del Codice del processo amministrativo, di talchè ogni questione relativa all'ammissione alla gara della controinteressata avrebbe dovuto essere proposta esclusivamente in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, non ancora intervenuta;

II. Erroneità della sentenza per violazione e principi del trattato dell'Unione europea, dell'art. 41 Costituzione, dell'art. 5 della l. 8 novembre 1991, n. 381 e per inosservanza delle Linee guida ANAC nn. 4/2016 e 32/2016: gli assunti della sentenza in tema di applicazione del principio di rotazione nella fattispecie si porrebbero in contrasto con i principi comunitari e costituzionali di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, libera iniziativa economica, nonché con l'art. 5 della l. 381/91, che per la selezione finalizzata, come nel caso in esame, all'affidamento di un servizio mediante stipula di una convenzione specificamente qualificata dal perseguimento di una particolare finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, consente la deroga alle regole ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti "sotto soglia" e non menziona il principio di rotazione. Tale principio, non essendo incluso tra quelli generali di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 né contemplato dal diritto comunitario, non potrebbe essere applicato se non espressamente richiamato. D'altra parte, la procedura negoziata in parola, improntata al pieno rispetto dei principi di cui al predetto art. 5, nell'invitare alla procedura tutti gli operatori che hanno chiesto di parteciparvi, tra cui il gestore uscente, si sarebbe attenuta ai canoni di non discriminazione e di garanzia di uguaglianza di informazioni e di opportunità di aggiudicazione;

III. Sul richiamo vincolante all'art. 36 del d.lgs. 50/2016, erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 36 stesso, delle Linee

guida ANAC n. 4/2016 e per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e illogicità e contraddittorietà della motivazione: la gara sarebbe stata svolta ai sensi del ridetto art. 5 della l. 281/91, in deroga alla disciplina generale in tema di contratti, e non ai sensi dell'art. 36 comma 1 del d.lgs. 50/2016, che sancisce il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, mai richiamato nei relativi atti e vieppiù introdotto successivamente alla pubblicazione dell'avviso di manifestazione di interesse. Per converso, il richiamo all'art. 36 comma 2 contenuto negli atti di gara sarebbe limitato all'indicazione della tipologia della procedura prescelta (negoziata e non ordinaria) e non implicherebbe l'applicazione del criterio di rotazione, non svolgente una funzione pro-concorrenziale e applicabile, nella fattispecie considerata, nelle sole ipotesi regolate dalle Linee guida ANAC n. 4/2016, punto 3.6 e, indi, non quando l'affidamento si realizzi - come nella specie, in cui sono state invitate a produrre offerta tutte le ditte che hanno manifestato interesse - tramite procedure in cui non opera alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra cui effettuare la selezione;

IV. Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 36 d.lgs. 50/2016 e per illogicità e contraddittorietà della motivazione: la sentenza appellata sarebbe erronea sia laddove ha ritenuto applicabile l'automatica esclusione del gestore uscente in virtù della posizione di vantaggio da questi goduta, non risultando alcuna prova di tale vantaggio e non essendo state considerate le motivazioni espresse nel documento con cui il RUP ha espressamente richiesto alla Centrale di committenza

di ammettere tutti i candidati, sia laddove ha stigmatizzato la mancata motivazione dell'ammissione del medesimo gestore, che non era dovuta, non essendosi l'Amministrazione avvalsa della potestà di operare limitazioni al numero di operatori tra cui effettuare la selezione.

La parte appellante ha indi domandato la riforma della sentenza gravata, con conseguente rigetto del ricorso di primo grado e conferma dei provvedimenti ivi impugnati.

4. Si è costituita in giudizio la Cooperativa S. Lucia, confutando tutti i motivi di appello e concludendo per il suo rigetto.

Nell'ambito delle articolate difese svolte, la parte resistente ha depositato la determinazione dirigenziale n. 299 del 16 maggio 2018, con cui l'Amministrazione, in considerazione della pendenza della controversia, ha sospeso la procedura selettiva, e la precedente determinazione n. 268 del 3 maggio 2018, con cui il servizio in parola è stato affidato in via diretta, per la durata di sei mesi, alla resistente medesima.

5. Si è costituita in giudizio anche la Cooperativa L'Incontro, concludendo per l'accoglimento dell'appello in adesione ai motivi dedotti dal Comune appellante.

6. Le parti hanno depositato memorie e repliche.

7. La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 25 ottobre 2018.

DIRITTO

1. L'atto di appello in esame è infondato.

2. Con il primo motivo di appello sostiene il Comune di Viadana che la sentenza appellata avrebbe errato ritenendo l'ammissibilità del ricorso di primo grado sulla base dell'art. 120 comma 2-*bis* del Codice del processo amministrativo, non vertendosi nelle fattispecie per le quali la disposizione prevede l'immediata impugnazione (*“esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”*): ogni questione relativa all'ammissione alla gara per cui è causa della Cooperativa Sociale L'Incontro Onlus avrebbe indubbiamente dovuto essere proposta, secondo le regole ordinarie, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, mentre il ricorso è stato rivolto avverso l'atto meramente endoprocedimentale costituito dalla comunicazione relativa agli esiti dei lavori e delle valutazioni della commissione giudicatrice, avverso cui non vi è interesse a ricorrere, vieppiù considerato che l'atto rappresentava che l'offerta della controinteressata sarebbe stata sottoposta a verifica di congruità.

2.1. Il motivo va respinto.

L'odierna appellante ha impugnato il provvedimento n. 749 del 28 novembre 2017 di ammissione della controinteressata alla procedura di affidamento c.d. “sotto soglia” di cui in fatto, contenuto in un provvedimento intitolato *“ammissione concorrenti”*, sostenendo che la medesima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in forza dell'applicazione del principio di rotazione.

L'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2018 n. 50, “Contratti sotto soglia”, stabilisce al comma 1 che *“L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di*

importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del 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'.

Negli affidamenti “sotto soglia” il principio, per espressa disposizione di legge, opera quindi già in occasione degli inviti.

In tema, questo Consiglio di Stato ha affermato che *“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”, con la conseguenza che “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” (Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

Laddove si lamenti la mancata applicazione del principio di rotazione, il concorrente può indi ricorrere già avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, che concreta a suo danno, in via immediata e diretta, la paralisi di quell’ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione che il principio di rotazione mira ad assicurare.

Diversamente opinando, ovvero se non vi fosse la possibilità di ricorrere avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, la specificazione operata dall’art. 36 comma 1 del Codice dei contratti pubblici che il principio di rotazione opera già nella fase degli inviti sarebbe priva di *ratio*.

In tal senso, pertanto, non può essere posto in dubbio il collegamento con l’impugnazione immediata delle ammissioni disciplinata dall’art. 120 comma 2-*bis* del Codice del processo amministrativo, rinvenuto dalla sentenza appellata.

Questa Sezione ha già messo in luce tale collegamento, rammentando che, per la giurisprudenza amministrativa, il principio di rotazione determina l’obbligo per le stazioni appaltanti, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, di non invitarlo nelle gare di lavori, servizi e forniture degli appalti “sotto soglia”, ovvero, in alternativa, di invitarlo previa puntuale motivazione in

ordine alle relative ragioni (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854; VI, n. 4125 del 2017, cit.), e riconoscendo, per l'effetto, la ritualità dell'immediata impugnazione dell'ammissione del concorrente per violazione del principio di rotazione, verificandosi *“la condizione prevista dall'art.120, comma 2-bis, c.p.a., il quale individua nella data di pubblicazione dell'atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, il dies a quo di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l'atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, introdotta dall'art.19 d.lgs. n. 56-2017”* (Cons. Stato, V, sentenza breve 3 aprile 2018 n. 2079).

3. Con altro motivo l'appellante sostiene che la sentenza appellata non avrebbe fatto buon governo dei principi comunitari e costituzionali di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, libera iniziativa economica, né della previsione di cui all'art. 5 della l. 8 novembre 1991 n. 381, ai sensi del quale è stata espletata la procedura per cui è causa, che, tenuto conto della particolare finalità di carattere sociale dell'affidamento, consente la deroga alle regole ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti c.d. “sotto soglia” e non menziona il principio di rotazione. A sostegno dell'assunto, l'appellante evidenzia che il principio di rotazione non è incluso tra quelli generali richiamati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 né contemplato dal diritto comunitario, con la conseguenza che esso non potrebbe essere applicato laddove non espressamente richiamato. Infine, afferma che la procedura negoziata in parola, improntata al pieno rispetto dei principi di cui al predetto art. 5,

nell'invitare alla procedura tutti gli operatori che hanno chiesto di parteciparvi, tra cui il gestore uscente, si sarebbe attenuta a principi di non discriminazione e di garanzia di uguaglianza di informazioni e di opportunità di aggiudicazione.

3.1. Le predette argomentazioni, tutte volte a concludere che nell'affidamento in esame, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381 del 1991, non trova applicazione il principio di rotazione, non possono essere condivise.

Per quanto qui di interesse, la l. 381 del 1981, recante “*Disciplina delle cooperative sociali*”, all'art. 5 stabilisce che “*Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza*”.

Dunque la norma facoltizza, e non impone, per la stipula delle convenzioni in parola, la deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione,

Sulla base di questo presupposto, fatto palese dalla lettera della legge, la sentenza appellata ha concluso per l'applicabilità alla procedura in esame del principio di rotazione in forza di due elementi.

Il primo, di carattere dirimente, è fondato sull'accertamento della circostanza che l'Amministrazione, nel regolare la procedura di affidamento in esame, non si è avvalsa, come pure avrebbe potuto fare, della possibilità di deroga prevista dal citato art. 5, come testimoniato dall'espresso richiamo da parte della *lex specialis* dell'art. 36 comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, prevedente, appunto, l'applicazione del principio di rotazione.

Il secondo, che assume nell'andamento argomentativo della sentenza un carattere incidentale, è la non rinvenibilità nell'art. 5 della l. n. 381 del 1991 della facoltà di deroga al principio di rotazione, perché costituente uno dei precipitati del principio di non discriminazione richiamato all'ultimo periodo del comma 1.

Il primo elemento è oggetto del successivo motivo di appello, il quale, per le ragioni di seguito espresse, non merita accoglimento.

Il secondo elemento costituisce invece oggetto di critica nel motivo in esame.

Ne deriva che, poiché quest'ultimo assume, come detto, carattere incidentale, anche l'eventuale accoglimento del motivo in parola non sarebbe idoneo a determinare la riforma della sentenza appellata. In altre parole, anche laddove dovesse convenirsi con la conclusione, cui tende l'intero motivo, che il principio di rotazione non potrebbe essere

applicato se non espressamente richiamato dalle disposizioni cui la procedura di affidamento si riferisce, dovrebbe pur sempre riconoscersi che di un siffatto approdo non può giovare il Comune appellante, che ha improntato la procedura per cui è causa alla previsione di cui all'art. 36 comma 2 del Codice dei contratti, che richiama il principio di rotazione.

Basti pertanto rilevare, per respingere il motivo, che l'affermazione della sentenza appellata secondo cui il principio di rotazione costituisce uno dei precipitati del principio di non discriminazione richiamato all'ultimo periodo del citato comma 1 della l. n. 281 del 1991 trova eco nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

E' stato infatti affermato che *“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”* (Cons. Stato, VI, n. 4125 del 2017, cit.; nello stesso senso, V, n. 2079/2018, cit.), principio nell'ambito del quale si pone decisamente il canone della non discriminazione richiamato dal ridotto art. 5 della l. 381/1991.

4. Con altro motivo il Comune di Viadana sostiene l'erroneità della sentenza appellata in quanto la gara sarebbe stata svolta ai sensi dell'art. 5 della l. 381/91, in deroga alla disciplina generale in tema di contratti pubblici, mentre l'art. 36 comma 1 del d.lgs. 50/2016, che sancisce il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, non sarebbe mai stato richiamato nei relativi atti e viepiù introdotto successivamente alla pubblicazione dell'avviso di manifestazione di interesse. Sostiene ancora

l'appellante la valenza non decisiva del richiamo da parte dell'atto di indizione della gara dell'art. 36 comma 2 lett. b), in quanto volto esclusivamente all'indicazione della tipologia della procedura prescelta (negoziata e non ordinaria) e pertanto non implicante l'applicazione del criterio di rotazione.

Il motivo deve essere respinto, in forza degli elementi di seguito esposti.

La gara è stata indetta con determinazione dirigenziale n. 680 del 6 novembre 2017.

Tale determinazione ha richiamato, tra altro, sia nel preambolo che nella conseguente determina l'art. 5 della l. 381 del 1991 e l'art. 36 comma 2 del Codice dei contratti pubblici.

Tale secondo richiamo non è stato corredato dall'indicazione di una delle lettere di cui si compone il comma 2. L'indicazione della lett. b) del comma 2 si rinviene invece all'interno dell'avviso di procedura negoziata.

Nell'atto di indizione della gara e nell'allegata lettera invito - disciplinare non vi è alcuna rappresentazione dell'intendimento dell'Amministrazione di derogare alle norme del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381 del 1991. E' detto esclusivamente, con intento chiaramente descrittivo della disposizione, che l'art. 5 della l. 381 del 1991 consente la deroga al Codice.

Nel descritto contesto, deve escludersi che il mero richiamo al predetto art. 5 possa avere la valenza derogatoria invocata dal Comune di Viadana, ciò che avrebbe necessitato la chiara esplicitazione della relativa determinazione e delle sottostanti motivazioni.

Ne consegue che lo stesso richiamo ha unicamente l'effetto di precisare la peculiare tipologia di selezione cui è preordinata la procedura, con esclusione della possibilità che tale precisazione possa influire sull'individuazione del meccanismo selettivo, che è stato inequivocamente ricondotto al comma 2 dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, il soddisfacimento della necessità di indicare il carattere negoziato della procedura risulta compiutamente realizzato dal riferimento, pure recato dal bando, alla *“procedura telematica negoziata ai sensi dell'art. 3, co.1, lett. uu) ... del d.lgs. 50/2016”*.

Alla luce di tutto quanto sopra, ben ha fatto la sentenza appellata a escludere che l'Amministrazione abbia manifestato l'intendimento di voler derogare alle previsioni di cui all'art. 36 del Codice e a incentrare la decisione del ricorso sulla disposizione del comma 2 dell'art. 36, restando indifferente che nella motivazione del punto sia stata riportata per esteso la relativa lettera c) anziché la lettera b), atteso che ambedue le previsioni richiamano il principio di rotazione: va ribadito, pertanto, in uno alla sentenza gravata, che il Comune si è autovincolato all'applicazione nella gara in esame del principio in parola, richiamato per il tramite di una delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici che espressamente lo contempla.

Né l'insorgenza di tale autovincolo richiedeva, come sembra ritenere l'Amministrazione appellante, il richiamo specifico del comma 1 dell'art. 36, che sancisce in via generale che gli affidamenti “sotto soglia” sono

retti anche dal principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, atteso che, come visto, lo stesso principio di rotazione è richiamato anche nel comma 2 indicato dal bando.

Inoltre, per la giurisprudenza, per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti “sotto soglia” è indubbia l’obbligatorietà del principio di rotazione (Cons. Stato, VI, n. 4125 del 2017, cit.; V, n. 5854 del 2017, cit.).

La chiara impostazione impressa, nei sensi appena esposti, alla disciplina della procedura, quale diretta conseguenza dell’applicazione della ivi richiamata normativa legale di riferimento, rende poi irrilevante ogni questione, pure introdotta dall’appellante, in ordine all’individuazione di quale sia la precipua funzione del criterio di rotazione e del suo ambito applicativo come delineato dall’ ANAC.

5. Va respinto anche l’ultimo motivo di appello.

La precipua tutela connessa al principio di rotazione negli affidamenti “sotto soglia” è quella, anticipata, mirante all’obiettivo di evitare che la gara possa essere falsata, a danno degli altri partecipanti, dalla partecipazione di un soggetto che vanta conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento. Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto nel motivo, l’esclusione del gestore uscente, ove l’Amministrazione, come nel caso di specie, non abbia motivato in ordine alla ricorrenza di specifiche ragioni a sostegno della determinazione di invitarlo comunque a partecipare alla gara, non richiede alcuna prova della posizione di vantaggio da questi goduta, che è presupposta direttamente dalla legge.

Né vale opporre, come fa il Comune, l'ampiezza della platea dei candidati cui è stato trasmesso l'invito a seguito della manifestazione di interesse espressa in esito all'avviso pubblicato dall'Amministrazione, o il documento con cui il RUP ha espressamente richiesto alla Centrale di committenza di ammettere tutti i candidati, ivi compreso il gestore uscente, che avessero chiesto di partecipare alla gara, e, più in generale, la circostanza che l'Amministrazione non si sia avvalsa della potestà di operare limitazioni al numero di operatori tra cui effettuare la selezione.

Difatti, anche in disparte l'evidente rilievo che la motivazione richiesta per derogare al principio di rotazione si incentra non su tutti i concorrenti, ma solo sul gestore uscente, e gli elementi di cui sopra non attengono a tale ambito, la sola considerazione dell'ampiezza della platea dei concorrenti non comporta la mancata applicazione del principio di rotazione, essendo, piuttosto e di contro, il numero eventualmente ridotto di operatori presenti sul mercato a rilevare in tema di deroga al principio (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

Deve ancora aggiungersi che la posizione del gestore uscente non può essere equiparata, quanto all'applicazione del principio di rotazione a esso specificamente rivolto, a quella di una impresa, quale l'appellata, che abbia, nel tempo, svolto lo stesso servizio, come evocato dal Comune.

6. Per tutto quanto precede l'appello in esame va respinto.

7. Le spese di lite del grado in parte seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, per il restante sono compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge. Condanna l'appellante Comune di Viadana alla refusione in favore dell'appellata S. Lucia Società Cooperativa Sociale di Solidarietà Onlus delle spese di lite, liquidate nell'importo pari a € 5.000,00 (euro cinquemila/00) oltre oneri di legge. Compensate le altre. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO