

licato il 15/12/2020

N. 08030/2020REG.PROV.COLL.

N. 01012/2020 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 1012 del 2020, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Leonardo Limberti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariagiulia Giannoni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Masciocchi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che, tra altro, stabilisce ai commi 5 e 6, rispettivamente, che “*Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 31 luglio 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso*”, e che “*Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*”;

Visto l'art. 4 del d.-l. 30 aprile 2020, n. 28 (*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*), convertito dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, che dispone al comma 1, tra altro, che “*A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici [...]* In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza [...]”;

Relatore nell'udienza del giorno 16 luglio 2020 il Cons. Anna Bottiglieri;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

-OMISSIS- impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana gli atti della procedura negoziata indetta dal -OMISSIS- ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, per l'individuazione dell'operatore economico con cui stipulare un accordo quadro ex art. 54 dello stesso d.lgs. volto all'affidamento del servizio triennale per interventi di segnaletica stradale sulla viabilità comunale, conclusasi con l'aggiudicazione a -OMISSIS-.

La ricorrente lamentava la violazione del principio di rotazione [art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016], evidenziando che -OMISSIS-, quale precedente gestore del servizio, non avrebbe potuto essere invitata alla gara. Domandava pertanto l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti presupposti, ivi compresa la lettera di invito a presentare offerta a -OMISSIS-, la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato e il risarcimento in forma specifica con il subentro nel contratto.

Il -OMISSIS- si costituiva in resistenza.

Anche -OMISSIS- si costituiva in giudizio; formulate avverso il gravame eccezioni di rito e di merito, sosteneva altresì mediante ricorso incidentale l'inammissibilità del ricorso principale, affermando che -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per due ordini di ragioni: per la sussistenza a suo carico di due fatti rilevanti *ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016*, non dichiarati nel DGUE; in applicazione dello stesso principio di rotazione invocato dalla ricorrente principale.

L'adito Tribunale, con sentenza della Sezione prima n. -OMISSIS-, assorbita ogni altra questione, dichiarava inammissibile il ricorso principale di -OMISSIS- ritenendo la fondatezza del ricorso incidentale quanto alla sussistenza in capo alla medesima della causa di esclusione per mancata dichiarazione di fatti rilevanti *ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016*; compensava le spese del giudizio.

-OMISSIS- ha appellato la predetta sentenza, avverso cui ha dedotto: 1) Motivazione errata, insufficiente, illogica e contraddittoria; travisamento dei fatti in relazione all'obbligo dichiarativo nel DGUE del provvedimento del Demanio del 26 gennaio 2016; 2) Motivazione errata, insufficiente, illogica e contraddittoria; travisamento dei fatti in relazione al preteso obbligo dichiarativo della sentenza penale di condanna, non definitiva, a carico degli amministratori cessati.

Nel concludere per la riforma della sentenza impugnata con reiezione del ricorso incidentale di -OMISSIS-, -OMISSIS- ha riproposto il motivo del suo ricorso di primo grado [Violazione e falsa applicazione del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare di quelli di correttezza, non discriminazione, libera concorrenza; violazione della *par condicio* dei concorrenti; disparità di trattamento; eccesso di potere], e ha domandato l'accoglimento di tutte le domande demolitorie e risarcitorie ivi formulate.

Costitutosi in appello, il -OMISSIS- ha rappresentato di aver stipulato sia il contratto quadro che alcuni contratti attuativi; ha concluso per la reiezione del gravame, sostenendone l'infondatezza.

Anche -OMISSIS- si è costituita in resistenza; ha domandato la reiezione dell'appello perché infondato, anche previo accoglimento dell'eccezione di tardività del ricorso di -OMISSIS- e del suo secondo motivo di ricorso incidentale di primo grado, assorbiti dalla impugnata sentenza e riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

Con ordinanza n. 979/2020 questa Sezione del Consiglio di Stato ha dichiarato improcedibile, perché rinunziata, la domanda cautelare formulata dall'appellante.

Nel prosieguo, tutte le parti hanno affidato a memoria lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

In tale ambito, tra altro: -OMISSIS- e il -OMISSIS- hanno rappresentato che l'accordo quadro per cui è causa è ormai concluso essendo esaurito l'importo contrattuale massimo disponibile per i contratti applicativi, con conseguente sopravvenuta carenza di interesse ad agire di -OMISSIS-; -OMISSIS- ha esposto il suo perdurante interesse a veder riconosciuta la correttezza della dichiarazione resa in gara e l'illegittimità dell'aggiudicazione, anche in vista della proposizione con separato giudizio dell'azione risarcitoria *ex art. 30, comma 5, Cod. proc. amm.*

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 16 luglio 2020, svoltasi ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del d.-l. n. 18 del 2020, convertito dalla legge n. 27 del 2020, e dell'art. 4, comma 1, del d.-l. n. 28 del 2020, convertito dalla l. n. 70 del 2020, meglio indicati in epigrafe.

DIRITTO

1. Vanno prioritariamente esaminate, com'è d'uopo, le eccezioni preliminari spiegate dalle parti resistenti.

1.1. Il -OMISSIS- e -OMISSIS- hanno sostenuto la sopravvenuta carenza di interesse di -OMISSIS- alla decisione dell'odierno appello in quanto l'accordo quadro per cui è causa, *ex art. 54, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici*, tra essi stipulato dopo la sentenza di primo grado favorevole a -OMISSIS-, si è concluso nelle more dell'odierno giudizio di appello per l'esaurimento dell'importo contrattuale massimo disponibile per i contratti applicativi.

L'eccezione non è fondata.

La conclusione dell'accordo quadro non è idonea a far venir meno l'interesse di -OMISSIS- alla definizione della controversia, volta anche a ottenere l'eventuale riconoscimento, sotto il profilo morale e curriculare (Cons. Stato, IV, 31 marzo 2014, n. 1540), della legittimità della sua partecipazione alla procedura, e, sotto il profilo risarcitorio, della illegittimità dell'aggiudicazione della gara a favore di -OMISSIS-.

1.2. E' infondata anche l'eccezione di -OMISSIS- di tardività del ricorso quanto all'impugnazione della sua partecipazione alla gara all'esito di invito, perché conosciuta da -OMISSIS- ben prima dell'aggiudicazione.

E' principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa che l'interesse a ricorrere si sostanzia nell'utilità o nel vantaggio (materiale e morale) che il ricorrente può ricavare dall'accoglimento della domanda proposta in giudizio (Cons. Stato, V, 5 novembre 2019, n. 7539; III, 2 settembre 2019, n. 6414; V, 4 giugno 2019, n. 3753; 22 maggio 2019, n. 3318; III, 10 aprile 2017, n. 1678; 8 settembre 2016, n. 3829); esso presuppone una lesione attuale e concreta alla situazione soggettiva del privato ricorrente (Cons. Stato, III, 11 marzo 2019, n. 1636; V, 22 ottobre 2018, n. 6025; IV, 20 agosto 2018, n. 4969; VI, 26 luglio 2018, n. 4583).

Nel caso di una procedura per l'affidamento di appalto pubblico, salva l'esclusione ovvero l'impugnabilità del bando nei limiti fissati dalla giurisprudenza, la lesione della sfera giuridica del concorrente è concreta e attuale solo al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ad concorrente, non potendo l'interesse individuale - che legittima la proposizione del ricorso - coincidere con l'astratta aspirazione al ripristino della legalità violata dalla stazione appaltante in uno degli atti interni della procedura (Cons. Stato, VI, 14 gennaio 2019, n. 343), e dovendo, invece, ritenersi che l'utilità finale che l'operatore intende conseguire mediante il giudizio è pur sempre l'affidamento dell'appalto, che, a seguito di aggiudicazione ad altri, gli è definitivamente preclusa (Cons. Stato, V, n. 7539 del 2019, cit.; 16 luglio 2018, n. 4304).

Correttamente, pertanto, -OMISSIS- ha atteso il provvedimento di aggiudicazione definitiva per proporre ricorso avverso gli atti della procedura di gara, ivi compreso l'invito a -OMISSIS-.

2. Passando al merito della causa, si rileva che la sentenza impugnata ha ritenuto che -OMISSIS- andava esclusa dalla gara *ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016*, non avendo dichiarato nella domanda di partecipazione alla gara:

a) l'esclusione per errore professionale da una procedura indetta dall'Agenzia del demanio disposta nei suoi confronti con provvedimento 26 gennaio 2016, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, previgente Codice dei contratti pubblici applicabile *ratione temporis*.

b) la sentenza di condanna emessa il 15 dicembre 2018 dal Tribunale di Firenze nei confronti dei cessati presidente e vice-presidente della società per il reato di frode in pubbliche forniture.

3. In relazione alla fattispecie *sub a)*, il primo giudice ha respinto le difese di -OMISSIS-, che aveva evidenziato che la lettera di invito della gara per cui è causa era datata febbraio 2019 mentre il provvedimento di esclusione dell'Agenzia del demanio, riguardante un fatto risalente al 2011, era stato assunto il 26 gennaio 2016. Aveva quindi sostenuto l'inapplicabilità dell'interdittiva dal 27 gennaio 2019 per decorrenza del limite triennale di cui al comma 10 dello stesso art. 80, siccome novellato dall'art. 49, comma 1, lett. f), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, attuativo dell'art. 57, § 7 della direttiva 2014/24/UE (formulazione applicabile *ratione temporis*), invocando al riguardo anche le Linee guida ANAC n. 6 e il parere reso dalla Commissione speciale di questo Consiglio di Stato nell'Adunanza 23 ottobre 2018.

Il primo giudice, in particolare:

- ha osservato che la pretesa di -OMISSIS- era di calcolare il triennio di efficacia interdittiva facendolo decorrere dalla data di commissione del fatto (2011);

- ha ritenuto non chiaro se il predetto termine triennale dovesse decorrere “*dal fatto o dall'accertamento definitivo*”;

- sulla base del predetto dubbio, ha rilevato che -OMISSIS-, non dichiarando l'esclusione, aveva compiuto autonomamente la valutazione di competenza della stazione appaltante, impedendo l'esercizio delle facoltà discrezionali di questa.

4. L'avviso forma oggetto del primo motivo di appello di -OMISSIS-, che, nel sottoporre a critica il relativo percorso argomentativo e nel riproporre le difese già svolte in primo grado in ordine all'inapplicabilità nella fattispecie dell'interdittiva da illecito professionale, lamenta che il primo giudice, ai fini della decorrenza del triennio di rilevanza, non abbia ragguagliato l'“accertamento definitivo” menzionato dall'allora vigente formulazione del comma 10 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 al provvedimento di esclusione.

La doglianza merita favorevole considerazione.

4.1. Il primo giudice è incorso in due salti logici.

In primo luogo ha osservato che la pretesa di -OMISSIS- era di far decorrere il triennio di efficacia dell'interdittiva dalla data di commissione del fatto, mentre non vi è dubbio che la società lo ha ancorato sin da subito alla data di adozione dell'atto di risoluzione.

Inoltre, nell'esporre il dubbio di se il predetto termine triennale dovesse decorrere “*dal fatto o dall'accertamento definitivo*”, non ha specificato cosa dovesse intendersi per quest'ultimo, cosa che era invece necessaria in quanto nel caso di specie sia il “fatto” (del 2011) che l'“accertamento definitivo”, se riferito all'adozione dell'atto di risoluzione (26 gennaio 2016), erano anteriori al triennio in parola, da computarsi a ritroso dalla data del bando (febbraio 2019).

4.2. Tanto chiarito, rileva il Collegio che questa Sezione del Consiglio di Stato (V, 6 maggio 2019, n. 2895), nel provvedere all'interpretazione dell'allora vigente comma 10 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 in coerenza con il principio di proporzionalità che informa la fonte comunitaria da cui deriva, ha rilevato che il riferimento alla definitività dell'accertamento, peraltro inesistente nel disposto dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, dopo l'adozione del d.lgs. n. 56 del 2017, va inteso nel senso che il termine decorre da quando è stato adottato l'atto definitivo, cioè di conclusione del procedimento di risoluzione. Ha anche evidenziato come la Sezione (V, 21 novembre 2018, n. 6576) fosse pervenuta alla stessa soluzione anche prima del correttivo, sulla base della diretta applicazione della previsione comunitaria, munita di efficacia diretta e verticale nell'ordinamento interno. Nello stesso senso la sentenza della Sezione 5 marzo 2020, n. 1605.

Sicchè l'obbligo dichiarativo era insussistente, in quanto l'atto di risoluzione di cui trattasi, adottato il 26 gennaio 2016, era anteriore al triennio in parola. Questo infatti, come anticipato, va computato a ritroso dalla data del bando (Cons. Stato, V, n. 6576/2018, cit.), nella specie intervenuto nel febbraio 2019.

Di contro, non può considerarsi, come fanno il -OMISSIS- e -OMISSIS-, che il provvedimento di esclusione del 26 gennaio 2016 era stato impugnato dall'interessata e si è consolidato solo il 4 dicembre 2017, data di emissione della sentenza n. 5709 di questo Consiglio di Stato che ne ha definitivamente accertato la legittimità: a parere della Sezione, sarebbe infatti *“del tutto illogico ... prevedere un limite temporale di durata della causa di esclusione nel caso in cui la stessa sia stata oggetto di impugnazione”*, in caso decorrente dalla sentenza definitiva, anche perché, in tesi, una diversa decorrenza andrebbe prevista anche nell'ipotesi di mancata impugnazione, cosa che determinerebbe l'inammissibile effetto che *“la causa [di esclusione] possa operare a tempo indeterminato”* (Cons. Stato, V, n. 2895 del 2019, cit.).

5. In relazione alla fattispecie *sub b)*, relativa alla sentenza di condanna emessa il 15 dicembre 2018 dal Tribunale di Firenze, per gli stessi fatti di cui sopra risalenti al 2011, il primo giudice non ha considerato in alcun modo le difese di -OMISSIS-, che aveva evidenziato che la condanna penale era stata comminata nei confronti di soggetti (presidente e vicepresidente della società) da tempo cessati dalla carica, mentre la società era stata assolta *“perché il fatto non sussiste”*. Si è infatti limitato a osservare che *“il fatto, di estrema rilevanza, doveva essere portato a conoscenza della stazione appaltante, in modo di consentirle di valutare come il comportamento degli amministratori incida sull'affidabilità della concorrente”*.

6. Il punto forma oggetto del secondo motivo di appello di -OMISSIS-.

L'appellante, ribadito che il soggetto che ricopriva la carica di presidente è cessato dalla carica il 6 giugno 2011 e da quella di consigliere di amministrazione il 21 maggio 2014, e che il soggetto che ricopriva la carica di vice-presidente è cessato dalla stessa il 14 settembre 2015 e da quella di consigliere di amministrazione il 2 gennaio 2017, e che entrambi non ricoprono più, da allora, alcun ruolo all'interno della società, evidenzia che la condanna, anche laddove fosse definitiva (e non lo è), sfuggirebbe all'obbligo dichiarativo, ai sensi dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, che considera solo la posizione dei cessati nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara. Sostiene poi che la conclusione del primo giudice è contraria alla sentenza della Corte di Giustizia europea, IV, 20 dicembre 2017, causa n. C-178/2016, che, in riferimento alla incidenza della data entro la quale la sentenza di condanna non definitiva nei confronti degli *ex* amministratori può essere ritenuta idonea a determinare l'esclusione del concorrente, ha ritenuto la disciplina italiana conforme al principio di proporzionalità proprio perché prende in considerazione un arco temporale limitato, coincidente con il (solo) anno antecedente la data di pubblicazione del bando.

6.1. Il mezzo è fondato nei seguenti termini.

L'avviso del primo giudice, nella sua laconicità, sembra aderire alla rigorosa tesi giurisprudenziale secondo cui l'operatore economico deve portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione, ovvero è tenuto a dichiarare qualsiasi informazione astrattamente idonea a influire sulla sua affidabilità e moralità professionale, e ciò per consentire alla stazione appaltante di valutarne l'incidenza ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 (tra tante, Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; III, 29 novembre 2018, n. 6787).

La tesi può essere condivisa, a condizione, però, che, come chiarito dalla giurisprudenza più recente in rapporto al principio di proporzionalità, si individuino dei limiti di operatività di un obbligo dichiarativo così generalizzato, dato che l'ampia interpretazione anzidetta "*potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa*" (tra altre, Cons. Stato, V, 14 aprile 2020, n. 2389; 22 luglio 2019, n. 5171; 3 settembre 2018, n. 5142; VI, 6 luglio 2020, n. 4314).

Tale è la situazione riscontrabile nel caso di specie, considerato che la condanna non definitiva in parola (riguardante i medesimi fatti del 2011 che avevano dato luogo alla risoluzione del 2016 di cui al capo che precede) non ha riguardato la società appellante, che è stata assolta con formula piena, ed è riferita a due soggetti cessati da qualsiasi carica all'interno della medesima rispettivamente da oltre cinque e due anni antecedenti all'avvio della procedura di cui si discute. Sicchè, pur tenendo conto della prossimità dell'emanazione della sentenza non definitiva (dicembre 2018) rispetto all'avvio della procedura (febbraio 2019) e del titolo della condanna (frode in pubbliche forniture), deve ritenersi che essa sfugge al giudizio di integrità e affidabilità dell'operatore economico, che non può che rivestire carattere di attualità, e quindi riguardare l'assetto societario siccome delineato al momento della partecipazione alla gara od operante nel precedente lasso temporale annuale, indicato, ai fini della rilevanza della posizione dei cessati, dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, che era ampiamente decorso alla data della indizione della procedura.

7. La declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado di -OMISSIS-, pronunciata dalla sentenza impugnata su un presupposto - la ricorrenza a carico della medesima di due ipotesi rilevanti ex art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 - che non può essere qui confermato, va indi riformata.

Tale esito non conduce però all'accoglimento dello stesso ricorso, le cui censure, qui riproposte, vanno esaminate nel merito e si rivelano infondate.

8. -OMISSIS- ha sostenuto con un unico motivo di gravame la violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, evidenziando che -OMISSIS-, quale precedente gestore del servizio, non avrebbe potuto essere invitata alla gara.

9. L'art. 36, comma 1, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, impone alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del "*principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*".

Come anche di recente rilevato dalla Sezione (Cons. Stato V, 27 aprile 2020, n. 2655; 31 marzo 2020, n. 2182) il principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854).

Indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è dunque l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524).

10. Ciò posto, nel caso di specie tale omogeneità non è rilevabile.

Come emerge dal fascicolo di causa, l'affidamento a -OMISSIS- del 2016 è stato preceduto dallo svolgimento nel 2015 di una procedura negoziata relativa alle attività di servizio manutenzione strade nel periodo 2015/2018, servizio in quel momento affidato a -OMISSIS- e parcellizzato nel pronto intervento sulla segnaletica a pericolo e nella esecuzione di interventi di messa in sicurezza della rete viabile. Nell'ambito di tale procedura del 2015 pervenivano 40 manifestazioni di interesse e si procedeva all'invito di 10 operatori economici individuati tramite sorteggio; la gara andava però deserta. L'Amministrazione, nelle more della predisposizione di una nuova gara, formalizzava tre micro affidamenti, nel cui ambito -OMISSIS- era nuovamente affidataria dei servizi di pronto intervento segnaletica a pericolo e di messa in sicurezza della rete viabile (determina n. 830/2015).

Nel 2016, con determinazione n. 189, l'Amministrazione si attivava al fine di predisporre e formare un elenco di operatori economici qualificati in riferimento a specifiche categorie (SOA OG1/OG2/OG3/OG6/OS9/OS10 e OS24), nell'ambito del quale selezionare le imprese da invitare al confronto concorrenziale nelle successive procedure, anche negoziate, relative ad appalti rientranti nelle stesse categorie. Il relativo avviso era pubblicato il 10 marzo 2016; seguiva la redazione dell'elenco, contemplante, anche per la categoria di lavori di cui trattasi, tutte le imprese che avevano manifestato interesse all'iscrizione, approvato con atto n. 336/2016.

Con successiva deliberazione giuntale n. 62/2016 venivano approvati gli elaborati tecnico-contrattuali da porre a base della successiva procedura negoziata e i futuri affidamenti attuativi venivano qualificati come lavori, stante la valutazione previsionale di prevalenza degli interventi di realizzazione della segnaletica stradale *ex novo* a seguito di nuove esecuzioni di pavimentazioni stradali o loro riqualificazione, rispetto a quelli di ordinaria manutenzione della segnaletica stessa e pronto intervento, ricompresi ma stimati di misura minore. Le relative specifiche tecniche prevedevano che i servizi e le prestazioni fossero compensati a misura, sulla base dell'elenco dei prezzi unitari da porre a base di gara.

Seguiva indi la determina n. 658/2016 che riapprovava lo schema contrattuale adeguandolo alle nuove norme del d.lgs. n. 50 del 2016, e indicava la procedura negoziata, *ex art.* 36, comma 2, lett. c), dello stesso decreto legislativo. Tale schema riconfermava sia la prevalenza delle prestazioni riconducibili a lavori che il loro compenso a misura, sulle voci dei prezzi unitari offerti.

La stessa determina stabiliva di invitare tutte le imprese risultanti iscritte nell'elenco approvato con il precedente atto n. 336/2016 in possesso della necessaria categoria SOA.

La procedura, nel cui ambito veniva invitata e partecipava anche la -OMISSIS-, si concludeva con l'aggiudicazione a -OMISSIS-.

Quanto alla procedura per cui è causa, essa è stata preceduta dalla determinazione n. 792/2017 che ha confermato, per il triennio 2017/2019, l'elenco degli operatori economici qualificati da selezionare per l'affidamento di lavori pubblici mediante procedura negoziata già approvato nel 2016 (in totale 283 operatori, di cui 13 per la categoria qui di interesse), altresì stabilendo il suo costante aggiornamento con cadenza annuale sulla base di nuove istanze.

Con determina n. 49/2019 è stato indi approvato il progetto dell'accordo quadro, che ha mutato il precedente del 2016. In particolare:

- ritenuta la prevalenza, in via previsionale, delle esigenze di mantenimento in sicurezza della rete stradale, segnaletica, la relativa attività manutentiva è stata nuovamente ricondotta alla categoria dei servizi (come nel periodo anteriore alla procedura del 2016);
- per l'effetto, è stata stabilita una diversa modalità di compenso (a canone mensile a *forfait*, anziché a misura, come il precedente), salvo che per le prestazioni previste in maniera previsionale, da compensare ancora a misura sulla base degli eventuali futuri ordinativi;
- è stata innovativamente ricompreso nel previsto accordo quadro l'assistenza volta alla movimentazione di segnaletica mobile per deviazioni e chiusure alla circolazione, funzionali allo svolgimento di manifestazioni e fiere.

Le prestazioni previste nei due accordi quadro (del 2016 e del 2019) non sono pertanto coincidenti quanto alla natura delle prestazioni richieste, come attesta inequivocabilmente il differente paradigma sinallagmatico relativo al prezzo: -OMISSIS- non poteva indi giovare della posizione di vantaggio derivante dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento.

Di contro, non vale osservare, come fa l'appellante, che ai fini dell'operatività del principio di rotazione è sufficiente che i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi (Linee guida ANAC n. 4, punto 3.6.), in quanto *“ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) – che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime”* (Cons. Stato, V, n. 1524 del 2019, cit.): nel caso di specie vi è infatti proprio una chiara indicazione della prestazione principale dedotta nel rapporto (servizi), che si differenzia dall'analogha prestazione principale del precedente (lavori), e che trova una adeguata giustificazione nelle specifiche esigenze pubbliche considerate dall'Amministrazione nei provvedimenti sopra richiamati.

In altre parole, ricorre l'eccezione alla regola generale di applicabilità del principio di rotazione che la recente giurisprudenza identifica come *“sostanziale alterità qualitativa”* (Cons. Stato, V, 27 aprile 2020, n. 2655).

11. In ogni caso, poi, come sostiene l'Amministrazione resistente, rileva che la stessa, nell'ambito della procedura in esame, e come del resto era già avvenuto per la procedura del 2016, ha

predisposto gli inviti senza esercizio di alcuna discrezionalità, essendosi all'uopo limitata a utilizzare l'elenco, come sopra approvato, degli operatori economici in possesso della richiesta categoria OS, che nella specie erano tredici.

Pertanto, detti inviti, nel concretizzare il mero attingimento dall'elenco formato sulla esclusiva base delle manifestazioni di interesse degli operatori economici, si rivelano in quanto tali privi di quella discrezionalità che il principio di rotazione si propone di bilanciare.

Anche le già citate Linee guida ANAC n. 4 precisano (punto 3.6) che il principio di rotazione “*non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione*”.

12. Per tutto quanto precede, assorbita ogni altra questione, l'appello va respinto, con riforma della sentenza di primo grado nei sensi di cui sopra.

Sussistono giusti motivi, considerata la complessità e la peculiarità della controversia, per compensare tra le parti le spese di giudizio del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge, con riforma della sentenza impugnata e reiezione nel merito del ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio del 16 luglio 2020, svoltasi ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.-l. n. 18 del 2020, convertito dalla l. n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.