

Derogabilità del principio di rotazione

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 20-7-2020

1. *La giurisprudenza afferma in modo costante che negli affidamenti sotto – soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione.*

2. *La stessa giurisprudenza precisa che invece non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata.*

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna il Collegio ha valutato la sussistenza della violazione del principio di rotazione nelle ipotesi in cui da una parte, la stazione appaltante non abbia motivato sulla necessità di derogare allo stesso a causa del numero eccessivamente ristretto di operatori di operatori economici e dall'altro, nell'ipotesi in cui il servizio assegnato non sia identico a quello precedentemente assegnato al gestore uscente.

Il Collegio, confermando la giurisprudenza maggioritaria in materia, ha stabilito che, affinché possa esservi una deroga all'operatività del principio di rotazione, è necessario che la stessa sia motivata dalla stazione appaltante in ragione del numero eccessivamente esiguo di operatori. Inoltre, la Sezione ha precisato che le modalità con cui il servizio è stato assegnato, le caratteristiche dello stesso e la durata non ostano all'operatività del principio di rotazione.

Per comprendere le statuizioni della Sezione è opportuno enunciare brevemente il principio di rotazione.

Il principio in parola è fissato, dall'art. 36 del Codice dei Contratti, e previsto relativamente alle procedure di affidamento sotto soglia comunitaria.

Ciò che si intende stigmatizzare attraverso tale principio, è la formazione di rendite a favore di alcuni operatori economici, che si porrebbero in violazione con i principi di concorrenza e

trasparenza amministrativa, nonché di favorire l'inserimento nel mercato degli operatori economici.

Inizialmente, il principio di rotazione era previsto esclusivamente per gli affidamenti diretti. Principio poi esteso dal correttivo al codice del 2017, anche agli inviti.

Prima del correttivo, infatti, erano emersi due distinti orientamenti giurisprudenziali relativi alla estensione del principio di rotazione con riferimento agli inviti nelle procedure negoziate.

Più precisamente, una parte della giurisprudenza, sosteneva che il divieto di invito dovesse essere riferito sia agli operatori economici precedentemente invitati e risultati non aggiudicatari, sia del precedente affidatario.

Per altra parte della giurisprudenza, al contrario, doveva ritenersi legittimo un nuovo invito degli operatori precedentemente invitati, compreso l'aggiudicatario.

Gli aspetti problematici generati dal predetto principio, sono stati affrontati nelle Linee Guida ANAC n. 4, che hanno offerto numerosi chiarimenti.

In particolare, per quanto di interesse ai fini in discorso, è stato chiarito che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti debba essere applicato alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, con la conseguenza che il principio in parola opera con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti.

Precisano, inoltre, le Linee Guida Anac, sciogliendo i dubbi interpretativi emersi sul punto, che il rispetto del principio di rotazione fa sì che l'affidamento o il reinvido al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.

Le eccezioni che giustificano il reinvido e la conseguente compressione della concorrenza, devono essere individuate in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di riferimento.

Conseguentemente, il principio in oggetto non trova applicazione nelle sole procedure aperte, in quanto non idonee a compromettere la concorrenza tra gli operatori e la trasparenza delle operazioni.

Chiarito l'ambito di operatività del principio di rotazione, la pronuncia in rassegna si pone in linea di continuità con le linee guida Anac e con la giurisprudenza formatasi a seguito delle stesse. Infatti, come sopra precisato, la stazione appaltante nell'affidare l'appalto ha omesso l'obbligo motivazionale relativo alla esiguità degli operatori economici per il servizio da affidare. Ne consegue che, in assenza di adeguata motivazione il principio di rotazione non possa essere derogato.

La statuizione relativa all'operatività del principio di rotazione anche nelle ipotesi in cui l'affidamento differisca per modalità e durata dal precedente, conferma la latitudine del principio di rotazione. Infatti, affinché lo stesso operi, non è necessario che il servizio affidato sia identico, ma che appartenga alla medesima categoria merceologica del precedente affidamento, pur potendo mutare le caratteristiche delle lavorazioni richieste. Nella fattispecie oggetto della sentenza il servizio merceologico oggetto di affidamento era rappresentato dalla manutenzione del verde pubblico, come nel precedente. Ciò che mutava erano le tipologie di lavorazioni da effettuare e le modalità organizzative. Ne deriva che, in questo caso l'invito del gestore uscente avrebbe rappresentato un *vulnus* sulla tutela della concorrenza e che, conseguentemente doveva trovare piena applicazione il principio di rotazione come sopra delineato.

In coerenza, quindi, con il principio di rotazione e con l'esigenza di tutelare la concorrenza, la Sezione ha stabilito che: *"La giurisprudenza afferma in modo costante che negli affidamenti sotto – soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione. La stessa giurisprudenza precisa che invece non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata".*

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 9869 del 2019, proposto da Società Agricola Maremma Etrusca soc. coop.va a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare Costa, con domicilio digitale p.e.c. tratto da registri di giustizia;

contro

Omnia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Nigro e Giovanni Sicari, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

nei confronti

Comune di Montalto di Castro, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sede di Roma (sezione seconda), n. 12614/2019, resa tra le parti, concernente la procedura negoziata indetta dal Comune di Montalto di Castro per l'affidamento in appalto del servizio manutenzione del verde pubblico per la macro area 1) (Montalto capoluogo – Montalto Marina – aree limitrofe e zona artigianale);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Omnia s.r.l.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 20 dicembre 2019, n. 6354;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 4 giugno 2020, tenutasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), il consigliere Fabio Franconiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sede di Roma, integrato da motivi aggiunti, la Omnia s.r.l., che aveva partecipato alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, indetta dal Comune di Montalto di Castro (con determinazione a contrarre n. 1874 del 14 agosto 2018) per l'affidamento in appalto del servizio manutenzione del verde pubblico per la «*Macro Area 1) Montalto capoluogo – Montalto Marina – aree limitrofe e zona artigianale*», risultando destinataria della proposta di aggiudicazione, impugnava il successivo annullamento d'ufficio di tale provvedimento, adottato dall'amministrazione comunale per supposta violazione del principio di rotazione (determinazione n. 243 del 5 aprile 2019). Con motivi aggiunti la medesima Omnia impugnava l'aggiudicazione conseguentemente disposta a favore della concorrente successivamente classificata Società Agricola Maremma Etrusca soc. coop.va a r.l. (determinazione n. 264 del 29 aprile 2019).

2. L'impugnazione era accolta con la sentenza in epigrafe

3. Respinto il ricorso incidentale dell'aggiudicataria, con cui si era dedotto che la Omnia aveva violato il divieto di subappalto stabilito dalla lettera di invito, era invece accolto il motivo proposto dalla stessa società in via principale contro l'annullamento d'ufficio della proposta di aggiudicazione in proprio favore, e diretto a contestare che nella partecipazione alla procedura di gara impugnata si fosse determinata una violazione del principio di rotazione, invece ipotizzato dal Comune di Montalto di Castro (e suffragato da un parere legale appositamente acquisito) per il fatto che la ricorrente principale era stata precedentemente affidataria del medesimo servizio di manutenzione del verde pubblico nelle more della procedura di gara e, inoltre, con altri atti di affidamento, dell'analogo servizio per «*l'area 2 - Pescia Romana e zona industriale*».

4. Per la riforma della sentenza di primo grado ha proposto appello Società Agricola Maremma Etrusca. La controinteressata censura entrambe le statuizioni di cui si compone tale pronuncia.

5. Si è costituita in resistenza all'appello l'originaria ricorrente Omnia.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la società cooperativa Maremma Etrusca ripropone il motivo del proprio ricorso incidentale diretto a sostenere che la Omnia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione del divieto di subappalto previsto dalla normativa di gara ed in particolare dall'art. 9 della lettera di invito, che la medesima appellante assume prevalente sulla contraria disposizione del capitolato speciale d'appalto (art. 9), e a sua volta conforme ad una facoltà di divieto di subappalto consentita in base all'art. 105 del codice dei contratti pubblici. Secondo la Maremma Etrusca la sentenza avrebbe invece errato nel ritenere che il divieto di subappalto violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 83, comma 8, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Il motivo è infondato (e cioè consente di soprassedere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità riproposta dalla Omnia).

3. Può convenirsi con l'appellante in ordine al fatto che il principio di tassatività delle cause di esclusione richiamato dalla sentenza di primo grado non è pertinente al caso di specie, poiché esso si riferisce agli adempimenti formali posti dalla normativa di gara in (non consentita) aggiunta a quelli di legge a carico degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici (si rinvia al riguardo a Cons. Stato, III, 7 luglio 2017, n. 3352; V, 23 agosto 2019, n. 5828). Nondimeno, in presenza di una facoltà di subappalto da un lato vietata dalla lettera di invito ma dall'altro lato consentita dal capitolato speciale d'appalto si genera una situazione di ambiguità derivante dalle modalità con cui la normativa di gara è stata confezionata che non può essere fatta ricadere sull'operatore ad essa partecipante con la sua esclusione, ma al più con il divieto della facoltà di subappalto. La partecipazione alla gara del concorrente deve invece ritenersi consentita anche in presenza di una dichiarazione di subappalto vietata, se il medesimo sia in proprio qualificato per l'esecuzione del servizio, profilo in ordine al quale l'appellante non deduce alcunché.

4. Con il secondo motivo la società cooperativa Maremma Etrusca censura la sentenza per avere ritenuto che l'invito alla gara della Omnia non violasse il principio di rotazione ex art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, sul presupposto che i servizi di manutenzione del verde urbano precedentemente svolti da quest'ultima sarebbero consistiti in affidamenti temporanei attribuiti dal Comune di Montalto di Castro nelle more della definizione della procedura di gara oggetto del presente giudizio e, in altri casi, relativi a differenti zone comunali. Secondo l'appellante il principio di rotazione è di applicazione generalizzata, a prescindere dalle caratteristiche dei precedenti affidamenti, e l'amministrazione avrebbe pertanto dovuto motivare in modo espresso il nuovo invito a favore del proprio affidatario.

5. Il motivo è fondato.

6. La giurisprudenza afferma in modo costante (da ultimo: Cons. Stato, V, 27 aprile 2020, n. 2655, 5 novembre 2019, n. 7539, 12 giugno 2019, n. 3943) che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione. La stessa giurisprudenza precisa che invece non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere inviato a concorrere per il affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata.

7. Contrariamente a quanto affermato dalla sentenza appellata non è quindi dirimente il fatto che la Omnia abbia svolto il servizio di manutenzione del verde pubblico oggetto della procedura di affidamento impugnata nel presente giudizio per il tempo necessario alla definizione di quest'ultima (in virtù della determinazione del 25 ottobre 2018, n. 660). Inoltre, il principio di rotazione risulta ulteriormente violato per avere la stessa Omnia svolto lo stesso servizio non solo per l'area 1 («*Montalto capoluogo – Montalto Marina – aree limitrofe e zona artigianale*»), ma anche per un'area diversa in cui è stato suddiviso il territorio del Comune di Montalto di Castro, ovvero l'area 2 «*Pescia Romana e zona industriale*» (in virtù di determinazioni nn. 239 del 20 aprile 2018 e 465 del 25 ottobre 2018).

Le opposte deduzioni difensive della controinteressata al riguardo, tese a sottolineare le «*caratteristiche molto differenti*» dal punto di vista agronomico delle due aree, si infrangono contro l'inoppugnabile dato dell'obiettiva identità del servizio, destinato ad essere svolto con la stessa organizzazione produttiva di mezzi materiali e personali, e la stessa capacità tecnica maturata, pur nella contingente diversità dalle caratteristiche delle lavorazioni richieste in relazione alle caratteristiche delle aree verdi da mantenere.

8. A fronte delle descritte circostanze sarebbe pertanto stato onere dell'amministrazione comunale indicare le ragioni per cui il principio di rotazione non poteva nel caso di specie essere osservato, a causa della ristrettezza *ab origine* degli operatori economici del settore, in linea con l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato. All'onere di motivazione richiesto

dal principio sancito dal citato art. 36, comma 1, del codice dei contratti pubblici la stessa amministrazione si è invece sottratta, dal momento che la determinazione a contrarre n. 1874 del 14 agosto 2018, sopra menzionata, con cui è stata indetta la procedura negoziata, non reca alcuna precisazione al riguardo.

9. In accoglimento dell'appello, nei termini sopra esposti, della società cooperativa Maremma Etrusca ed in riforma della sentenza di primo grado il ricorso della Omnia va dunque respinto.

Per l'effetto va anche dato atto che l'affidamento a quest'ultima del servizio in contestazione nel presente giudizio, disposto dal Comune di Montalto di Castro con determinazione n. 3 del 10 gennaio 2020, in esecuzione della sentenza di primo grado, non sospesa da questa Sezione con l'ordinanza cautelare in epigrafe del 20 dicembre 2019, n. 6354, deve intendersi automaticamente caducato, con la contestuale reviviscenza dell'aggiudicazione in origine disposta a favore dell'odierna appellante. Non vi è pertanto luogo a provvedere alla domanda di quest'ultima di subentro nel medesimo affidamento disposto in mera esecuzione della pronuncia di primo grado qui riformata.

10. La natura delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi espressi in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso della Omnia s.r.l.;

compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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