

## Il principio di rotazione, le procedure negoziate e l'opzione di escludere l'affidatario uscente

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 3-8-2022

È ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione alle procedure negoziate o comunque a quelle in cui la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione, prefigurandosi nel sistema degli affidamenti disciplinato dal Codice dei contratti pubblici una chiara contrapposizione tra procedure aperte, da un lato, e procedure negoziate e affidamenti diretti, dall'altro (anche a seguito delle modifiche di cui all'art. 51 del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021), che impone il rispetto del principio di rotazione soltanto per tali ultime modalità di scelta del contraente.

Tuttavia, se è infatti condivisibile l'affermazione giurisprudenziale che l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata non necessita di specifica motivazione, non può dubitarsi del fatto che il provvedimento impugnato debba comunque contenere (o anche soltanto logicamente presupporre) l'adozione di detta opzione da parte della stazione appaltante.

Con apposito provvedimento del 4 marzo 2021, la Stazione Appaltante, in attuazione della Delibera del Consiglio Comunale del 24 febbraio 2021, ha determinato di indire una gara, mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 36 e 60 del D.Lgs. n. 50/2016, sul Mercato Elettronico MePA tra gli operatori economici presenti nella categoria merceologica "Servizio di trasporto e noleggio".

Successivamente, con determina del 15 marzo 2021, la stessa Stazione Appaltante ha determinato l'affidamento ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016 *"sussistendone tutti i presupposti di legge, sia riguardo al valore dell'appalto, sia in relazione al fatto che l'affidamento del servizio è stato effettuato per il tempo strettamente necessario all'indizione di una procedura aperta per l'affidamento pluriennale e, soprattutto, vi era urgenza di garantire la continuità, l'efficienza e la sicurezza di un servizio pubblico essenziale"*.

Preliminarmente, dalla verifica delle determinazioni, risulta che la S.A. abbia indetto una procedura di gara aperta ai sensi dell'art. 60 del Codice dei contratti pubblici, prevedendo di adoperare il portale MePA e ritenendo sussistente il presupposto dell'urgenza, ai fini della riduzione dei termini della procedura. Successivamente, la stessa S.A. ha pubblicato un avviso aperto a tutti gli O.E. del settore merceologico, tramite il portale MePA, con richiesta agli iscritti al portale di inviare una offerta, avviando pertanto una trattativa ma escludendo dalla stessa trattativa l'O.E. affidatario del servizio uscente, senza tuttavia prevedere alcuna motivazione in merito alla scelta operata.

In proposito, il Giudice di primo grado, con la sentenza n. 415/2021 (Tar Lazio, Sezione staccata di Latina I, 30 giugno 2021, n. 415), ha focalizzato l'attenzione al c.d. "principio di rotazione" in sede di gara, ex art. 36, comma 1, del Codice dei Contratti, precisando che esso costituisce un necessario "contrappeso" alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; ciò con l'obiettivo di evitare la formazione di "rendite di posizione" al fine di dare luogo a una effettiva concorrenza, consentendo la turnazione tra i diversi operatori e non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura, anche per evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nelle precedenti gestioni, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta (Cons. Stato, Sez. V, 15.12.20, n. 8030 e 2.7.20, n. 4252).

Con tale sentenza, il Giudice di primo grado in ordine al principio di rotazione, ha posto attenzione sul fatto che la S.A., secondo pacifica giurisprudenza, può procedere ad affidare il servizio ad un gestore uscente, soltanto attraverso un onere motivazionale assai stringente tale da giustificare la scelta operata nel provvedimento di affidamento; da ciò, si desume che, per la procedura negoziata, l'invito all'O.E. uscente risulta una circostanza eccezionale, discrezionale tale per cui occorre una motivazione obbligatoria.

Di conseguenza, secondo il giudice di primo grado, non necessita di specifica motivazione l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione.

Tuttavia, l'affidatario del servizio uscente (escluso dalla procedura negoziata) ha proposto appello innanzi al Consiglio di Stato per la riforma della citata sentenza di primo grado.

La V sezione del Consiglio di Stato, esaminando la fattispecie e quando statuito dal TAR, ha rilevato preliminarmente un contrasto tra la prima determina a contrarre rispetto all'effettivo comportamento della S.A. che ha – in concreto – adottato una procedura negoziata, ristretta a due operatori economici, che – all'epoca – risultavano iscritti al MePA nel settore merceologico "Servizi di trasporto e noleggio", escludendo tuttavia l'Operatore uscente.

Con particolare riferimento al principio di rotazione, il Giudice di II grado ha precisato che è ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione alle procedure negoziate o comunque a quelle in cui la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione, prefigurandosi nel sistema degli affidamenti disciplinato dal Codice dei contratti pubblici (e dalle sue recenti integrazioni/modificazioni col d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, nonché col d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021) una chiara contrapposizione tra procedure aperte, da un lato, e procedure negoziate e affidamenti diretti, dall'altro (anche a seguito delle modifiche di cui all'art. 51 del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021), che impone il rispetto del principio di rotazione soltanto per tali ultime modalità di scelta del contraente.

Tuttavia, secondo la V sezione del Consiglio di Stato, *“Dal momento che il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all’amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare, esso non trova applicazione quando l’amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto (cfr. anche le linee-guida dell’ANAC n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), come originariamente deliberato nella procedura de qua con la determina n. 87 del 2021”*.

Fatta tale premessa, il Giudice ha precisato tuttavia che, malgrado i profili di assoluta peculiarità che hanno contraddistinto la procedura di gara (indetta con una modalità e svolta sostanzialmente con un’altra), non risulta affatto che l’amministrazione comunale abbia ritenuto applicabile il principio di rotazione ovvero ne abbia presupposto l’applicabilità.

Pertanto, l’O.E. uscente risulta escluso non tanto per assicurare il principio di rotazione – come stigmatizzato dalla difesa della S.A. e ripreso nella sentenza del giudice di primo grado – ma poiché esso non risultava – all’epoca – iscritto al portale MePA e la stessa S.A., in coerenza con la prima determina, ha indetto la procedura di gara proprio sulla piattaforma MePA e per il settore merceologico “Servizi di trasporto e noleggio”, richiedendo una offerta solo gli Operatori iscritti nella piattaforma stessa.

Inoltre, il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, compie un ulteriore passaggio: negli atti della procedura non si evince in alcun modo: né che l’O.E. sia stato escluso per assicurare il rispetto del principio di rotazione; né tanto meno alcuna chiara motivazione, in merito all’esclusione dello stesso O.E. sul presupposto che Esso non fosse iscritto sulla piattaforma MePA.

Come evidenziato col primo motivo di appello, la determina n. 100/2021 (seconda determina della S.A. che, tra l’altro, illegittimamente ha “convertito” la procedura da aperta – come previsto nella determina del 4 marzo 2021 - in affidamento diretto con trattativa) individua la ragione dell’esclusione dall’invito dell’Impresa uscente nella circostanza che essa non fosse iscritta al portale MePA (oltre che priva di regolarità contributiva), in coerenza quindi con la scelta effettuata dalla stazione appaltante di rivolgere l’invito a partecipare agli operatori economici iscritti alla piattaforma MePA nel settore merceologico “Servizi di trasporto e noleggio” (prima determina della S.A.).

Ne consegue la fondatezza della censura di integrazione postuma della motivazione, atteso che, non solo il principio di rotazione non è stato richiamato dalla stazione appaltante, ma esso risulta addirittura incompatibile con le ragioni esplicitate proprio nel provvedimento impugnato.

Se è infatti condivisibile l’affermazione giurisprudenziale che l’opzione di escludere l’affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata non necessita di specifica motivazione, non può dubitarsi del fatto che il provvedimento impugnato debba comunque contenere (o anche soltanto logicamente presupporre) l’adozione di detta opzione da parte della stazione appaltante.

**LEGGI LA SENTENZA**

Cons. Stato, Sez. V, 24 Marzo 2022 n. 2160

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7562 del 2021, proposto da Mancini Pietro s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Manfellotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Cervaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Di Sotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Ini Bus di Ini Gaetano & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00415/2021, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cervaro e di Ini Bus di Ini Gaetano & C. S.a.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e viste le conclusioni delle parti come da verbale.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla società Mancini Pietro s.r.l. contro il Comune di Cervaro e nei confronti della controinteressata INI Bus di Ini Gaetano & C. s.a.s. ("INI Bus") avverso le determinazioni dirigenziali n. 87 del 4 marzo 2021 e n. 100 del 15 marzo 2021, concernenti l'esternalizzazione del servizio di trasporto pubblico locale per il periodo transitorio (dal 15 marzo 2021 al 31 dicembre 2021), fino al trasferimento alle "Unità di rete", e la relativa delibera a contrarre, n. 9 del 24 febbraio 2021, come adottati dal Comune di Cervaro che individuava come affidataria la INI Bus, peraltro unica offerente.

1.1. La sentenza - dopo avere premesso che la ricorrente aveva gestito il servizio dal 2003 al 31 dicembre 2018, oltre le proroghe disposte fino al 2020, e che l'invito al gestore uscente, in ragione del c.d. principio di rotazione in sede di gara ex art. 36, comma 1, del Codice dei Contratti, è *"una circostanza eccezionale, discrezionale e, in tal caso, da motivarsi obbligatoriamente"* - ha affermato che *"<nel caso di specie, evidentemente, la stazione appaltante ha ritenuto di procedere al "principio di rotazione", riscontrando discrezionalmente l'assenza di motivi idonei a motivare un nuovo affidamento alla ricorrente, sia pure fino al subentro dell' "Unità di rete">".*

1.2. Di qui l'applicazione dei principi giurisprudenziali dell'impossibilità in capo al gestore uscente di vantare una legittima pretesa ad essere invitato alla nuova procedura di gara e della non necessità dell'apposita motivazione dell'esclusione del gestore uscente dagli inviti per la nuova procedura, quindi l'affermazione della carenza di interesse in capo alla Mancini Pietro s.r.l. all'impugnazione dei detti provvedimenti e degli atti della procedura di affidamento in sé considerata, perché la società ricorrente non avrebbe potuto prendervi parte.

1.3. Dichiarata inammissibile anche la domanda risarcitoria, le spese processuali sono state poste a carico della ricorrente e liquidate, in totale, nell'importo di € 4.000,00, oltre accessori, da rifondere in parti uguali alle altre due parti costituite.

2. Avverso la sentenza la società Mancini Pietro s.r.l. ha proposto appello con due motivi e riproposizione dei motivi non esaminati in primo grado.

2.1. L'amministrazione comunale e la società INI Bus si sono costituite per resistere all'appello.

2.2. All'udienza pubblica del 17 febbraio 2022 la causa è stata assegnata a sentenza, previo deposito di memorie di tutte le parti.

3. I motivi di gravame vanno trattati congiuntamente poiché, sebbene il secondo sia proposto come subordinato al primo, contengono censure connesse.

3.1. Col primo motivo l'appellante premette che il provvedimento impugnato si esprime nei seguenti termini in merito alla non ammissione alla gara della società: *“Riscontrato che la ditta Mancini Pietro srl [...] è risultata non iscritta al portale MEPA e altresì con DURC non regolare in quanto con scadenza al 26.12.2020 come da nota prot. n. INAIL 23578957”*; quindi sottolinea che soltanto con la memoria di costituzione per la fase cautelare il Comune di Cervaro ha introdotto l'argomento del “principio di rotazione”, poi utilizzato dal T.a.r. per dichiarare inammissibile il ricorso.

Richiamata la giurisprudenza in tema di inammissibilità dell'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo impugnato (Cons. Stato, VI, 2 gennaio 2020 n. 28 ed altre successive conformi), l'appellante deduce, non solo che l'ente, attraverso gli scritti difensivi, avrebbe prospettato una motivazione “a sorpresa”, ma anche che il T.a.r. ha ritenuto fondata l'argomentazione sul “principio di rotazione” travisando il contenuto della determina n. 87 del 4 marzo 2021, perché ha affermato che se ne desumerebbe *<<il coinvolgimento dell'intero impianto normativo di cui all'art. 36 cit., tra cui quello del comma 1 e del “principio di rotazione”>>*, mentre, secondo l'appellante, il Comune aveva indetto una procedura aperta, non a trattativa.

3.2. Col secondo motivo di gravame viene ribadita l'inapplicabilità dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare del principio di rotazione, perché il primo giudice non avrebbe considerato che fu indetta una procedura aperta, tanto è vero che, col ricorso introduttivo, la Mancini non aveva reclamato alcuna precedenza o conferma del precedente contratto, ma soltanto che la dedotta urgenza e l'accelerazione della procedura ne avevano di fatto impedito la partecipazione.

A riscontro di tale assunto, l'appellante evidenzia che l'amministrazione, dopo aver indetto la procedura aperta, fece un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici del settore merceologico, svolgendo il procedimento sulla piattaforma MePA con richiesta di offerta agli iscritti al portale, e sostiene che la circostanza che, in sede di aggiudicazione, l'amministrazione abbia poi dato corso ad una trattativa non muterebbe i termini della questione, poiché come rilevato dal Consiglio di Stato in un caso analogo (Sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999), si potrebbe tutt'al più configurare una sorta di procedura mista (ordinaria e negoziata), per la quale non ricorrerebbe la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione.

3.3. I motivi sono fondati.

In merito al contenuto degli atti impugnati giova evidenziare che:

- con la delibera del Consiglio comunale del 24 febbraio 2021, n. 9 si confermò *“la esternalizzazione del servizio di TPL, già attuata in precedenza, ad operatore economico esterno in possesso dei requisiti di legge, mediante procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto della relazione ex art 34 comma 20 del dl 179/2012, per la fase transitoria fino al 31 dicembre 2021 e comunque fino al trasferimento della gestione del trasporto pubblico locale alle unità di rete, come indicato dalla Regione Lazio nella nota del 04 dicembre 2019, prot. n. 11375”*;

- in attuazione della deliberazione di procedere ad affidamento mediante “procedura ad evidenza pubblica”, la determina 4 marzo 2021 n. 87 reca il seguente oggetto: “*Determina a contrarre per indizione di gara, mediante procedura aperta ai sensi dell’art. 36 e 60 del d.lgs. n. 50/2016, con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell’art. 95, comma 4, per l’affidamento del trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Cervaro (FR) – CIG 8628769D6D*”; sebbene nella premessa si richiami la disposizione dell’art. 1, comma 2, lett. a), del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, nel prosieguo si afferma di ritenere, tra l’altro, “*di dover procedere con urgenza all’attivazione di tutte le procedure per l’affidamento del suddetto servizio*” e si dà atto che “*la scelta del contraente sarà effettuata con gara ad evidenza pubblica, mediante procedura aperta sul Mercato Elettronico MePA tra gli operatori economici presenti nella categoria merceologica “Servizio di trasporto e noleggio”, ai sensi dell’art. 36, comma 9 bis, del D.Lgs. n. 50/2016, come modificato dal D.L. n. 32/2019 (cd. Sblocca cantieri) conv. in legge n. 55/2019 e dell’art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e [...] stante l’urgenza e la necessità di provvedere la continuità del servizio di trasporto pubblico locale*”; coerentemente con tale motivazione, il dispositivo della determina a contrarre è di “*procedere all’espletamento della procedura aperta in oggetto tramite portale telematico MePA mediante il criterio del minor prezzo di cui agli artt. 36, comma 9-bis e 95, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016*”, nonché “*di dare atto che per il presente affidamento è stato richiesto il seguente CIG [è]: 8628769D6D*”;

- la determina 15 marzo 2021 n. 100 reca, a sua volta, il seguente oggetto: “*affidamento e impegno di spesa per il servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Cervaro per il periodo dal 15.03.2021 al 31.12.2021. CIG 8628769D6D*”; essa espressamente “*conferma*” la determina n. 87/2021, salvo poi a disporre “*ad integrazione e modifica*” della precedente determinazione “*che l’affidamento del servizio deve intendersi effettuato in modo diretto ai sensi dell’art. 36 del d.lgs. 50/2016 sussistendone tutti i presupposti di legge, sia riguardo al valore dell’appalto, sia in relazione al fatto che l’affidamento del servizio è stato effettuato per il tempo strettamente necessario all’indizione di una procedura aperta per l’affidamento pluriennale e, soprattutto, vi era urgenza di garantire la continuità, l’efficienza e la sicurezza di un servizio pubblico essenziale*”; di qui l’affidamento diretto a INI Bus.

3.3.1. Dato quanto sopra, è da ritenere che, con la prima determinazione, il Comune di Cervaro abbia indetto una procedura di gara aperta ai sensi dell’art. 60 del *Codice dei contratti pubblici*, prevedendo di adoperare il portale MePA e ritenendo sussistente il presupposto dell’urgenza, ai fini della riduzione dei termini della procedura.

L’esplicito riferimento alla procedura aperta contenuto nella prima determina a contrarre comporta che sia fondata la critica rivolta dall’appellante al passaggio della motivazione della sentenza di primo grado, laddove questa valorizza il richiamo all’art. 36, comma 9 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, di cui alla determina n. 87 del 4 marzo 2021, per farne derivare “*il coinvolgimento dell’intero impianto normativo di cui all’art. 36*” del *Codice dei contratti pubblici*.

Il dato testuale della determina n. 87/2021 è invece nel senso che venne indetta una procedura aperta, per la quale, mediante il richiamo dell’art. 36, comma 9 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, si individuava soltanto il criterio di aggiudicazione della gara (minor prezzo), non la modalità del suo svolgimento.

La circostanza poi che il richiamato art. 36, comma 9 bis, si riferisca “*all’aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo*” sta a significare che esso consente di derogare al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa di cui all’art. 95 (fatto salvo il terzo comma) per i contratti sotto-soglia, ma non è norma che intervenga sulle modalità di affidamento di questi ultimi, così come invece disciplinate dal comma 2 dello stesso art. 36.

Questione diversa è quella dell’ammissibilità del ricorso alle procedure ordinarie per i contratti sotto-soglia dopo le modifiche apportate proprio all’art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 dall’art. 1, comma 2, del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020 (con la soppressione dell’inciso “*e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie*”, contenuto nel testo del Codice): tuttavia si tratta di questione che, nei termini appena esposti, è rimasta estranea al presente giudizio.

3.3.2. Piuttosto agli argomenti sopra detti, in merito all’indizione di una procedura aperta, la controinteressata e l’amministrazione comunale oppongono che sarebbe stata in concreto seguita una (sorta di) procedura negoziata, ristretta ai due operatori economici che all’epoca risultavano iscritti al MePA nel settore merceologico “Servizi di trasporto e noleggio”, e che il procedimento, per come si desumerebbe dalla determina n. 100/2021, avrebbe comunque dato luogo ad un affidamento diretto, del quale sussisterebbero tutti i presupposti, di guisa che le censure in tema di modalità di svolgimento della procedura sarebbero prive di rilevanza e troverebbero applicazione le norme e il principio sull’affidamento diretto.

L’assunto non merita favorevole apprezzamento.

Proprio il contenuto della determina n. 100/2021 e della richiamata precedente determina n. 87/2021 dimostra un *modus operandi* dell’amministrazione che non consente di applicare alla gara la disciplina dell’affidamento diretto.

La fattispecie è analoga a quella oggetto della sentenza di questa Sezione V, 24 maggio 2021, n. 3999, richiamata nell’atto di appello, con la differenza che - mentre nel caso oggetto di quest’ultima la procedura era stata indetta ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo quanto risulta dall’esposizione in fatto - la procedura di gara oggetto del presente contenzioso è stata espressamente indetta come “procedura aperta” ai sensi dell’art. 60 del *Codice dei contratti pubblici*, e comunque negli atti di gara non vi è alcun riferimento alla procedura negoziata senza bando di cui agli artt. 36, comma 2, lett. b) e/o all’art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Pertanto va ribadita la considerazione, contenuta nella sentenza n. 3999/2021, secondo cui ne è risultato delineato “*un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento dell’amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura*”.

Una volta escluso che la procedura sia stata indetta e che si sia svolta, almeno nella sua parte iniziale, secondo la disciplina dell’affidamento diretto, non rileva che questo, come pure obiettano le difese del Comune e della controinteressata, fosse possibile alla stregua della

normativa vigente, in particolare ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a), del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, e/o ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1977 (ovvero, ancora, ai sensi dell'art. 19, comma 2 ter, della legge regionale n. 30 del 1998).

Invero, l'amministrazione comunale, pur avendo tale opzione, non risulta averla presa in considerazione al momento di indire la gara: con la deliberazione consiliare n.9/2021 si è fatto esplicito riferimento alle procedure ad evidenza pubblica; con la determina n. 87/2021 si è optato per la procedura aperta, anche se con termini ridotti per asserite ragioni di urgenza (sulle quali si tornerà).

Il cambiamento di indirizzo si riscontra nell'adozione della determina n. 100/2021, con la quale - senza alcun atto formale di revoca della precedente determinazione, anzi mantenendo invariato il codice CIG della procedura, a conferma dell'unicità della gara - la modalità dell'affidamento è stata "convertita" in affidamento diretto, ribadendo le ragioni di "*urgenza di garantire la continuità, l'efficienza e la sicurezza di un servizio pubblico essenziale*" (punto n. 2 del dispositivo della determina n. 100/2021).

3.3.3. Contrariamente a quanto eccipisce la difesa comunale, da ultimo con la memoria depositata in appello ai sensi dell'art. 73 Cod. proc. amm., la determina n. 100 del 15 marzo 2021 è stata impugnata dalla Mancini Pietro s.r.l. sia, unitamente alla precedente (n.87/21), sotto il profilo dell'illegittimità del riferimento al presupposto dell'urgenza, sia, quale vizio suo proprio, sotto il profilo dell'illegittima "conversione", effettuata in sede di aggiudicazione, della gara da procedura aperta ad affidamento diretto a trattativa, senza alcun atto formale né giustificazione (motivo n. 7 del ricorso introduttivo, riproposto in appello ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.).

3.3.4. Rinviando a quanto appresso si dirà a proposito dell'insussistenza del presupposto dell'urgenza, le considerazioni fin qui svolte inducono a ritenere, in accoglimento del secondo motivo di gravame, che, nella procedura *de qua*, non è nemmeno configurabile la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

E' ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione di tale principio alle procedure negoziate o comunque a quelle in cui la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione (cfr., oltre a Cons. Stato, V, n. 3999/21 su citata, anche Cons. Stato, V, 5 novembre 2019, n. 7539; id., III, 4 febbraio 2020, n. 875 e id., V, 13 ottobre 2020, n. 6168), prefigurandosi nel sistema degli affidamenti disciplinato dal *Codice dei contratti pubblici* (e dalle sue recenti integrazioni/modificazioni col d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, nonché col d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021) una chiara contrapposizione tra procedure aperte, da un lato, e procedure negoziate e affidamenti diretti, dall'altro (anche a seguito delle modifiche di cui all'art. 51 del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021), che impone il rispetto del principio di rotazione soltanto per tali ultime modalità di scelta del contraente.

Dal momento che il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare, esso non trova applicazione quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico

aperto (cfr. anche le linee-guida dell'ANAC n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), come originariamente deliberato nella procedura *de qua* con la determina n. 87 del 2021.

3.4. Tale conclusione trova riscontro negli atti impugnati. Invero, malgrado i profili di assoluta peculiarità che hanno contraddistinto la procedura di gara (indetta con una modalità e svolta sostanzialmente con un'altra), non risulta affatto che l'amministrazione comunale abbia ritenuto applicabile il principio di rotazione ovvero ne abbia presupposto l'applicabilità.

Come evidenziato col primo motivo di appello, la determina n. 100/2021 individua la ragione dell'esclusione dall'invito della Mancini Pietro s.r.l. nella circostanza che essa non fosse iscritta al portale *MePA* (oltre che priva di regolarità contributiva), in coerenza quindi con la scelta effettuata dalla stazione appaltante di rivolgere l'invito a partecipare agli operatori economici iscritti alla piattaforma *MePA* nel settore merceologico "Servizi di trasporto e noleggio".

3.4.1. Ne consegue la fondatezza della censura di integrazione postuma della motivazione, atteso che, non solo il principio di rotazione non è stato richiamato dalla stazione appaltante, ma esso risulta addirittura incompatibile con le ragioni esplicitate proprio nel provvedimento impugnato.

Se è infatti condivisibile l'affermazione giurisprudenziale che l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata non necessita di *specifica* motivazione, non può dubitarsi del fatto che il provvedimento impugnato debba comunque contenere (o anche soltanto logicamente presupporre) l'adozione di detta opzione da parte della stazione appaltante.

Questa determinazione evidentemente non è stata presa nel caso di specie, avendo il Comune di Cervaro escluso la Mancini per ragioni diverse dal fatto (peraltro contestato, ma estraneo ai provvedimenti impugnati) che la società avesse gestito il servizio a far data dal 2003, ininterrottamente fino all'attualità.

3.4.2. Quest'ultima considerazione consente di superare anche l'obiezione della controinteressata secondo cui l'assenza di motivi idonei a rivolgere un invito al gestore uscente potrebbe essere valutata d'ufficio dal giudice, così come è stato fatto dal T.a.r., perché sarebbe inerente ad una condizione dell'azione, specificamente all'interesse a ricorrere.

In disparte la controvertibilità dell'affermazione qualora non risulti che l'amministrazione abbia compiuto, anche soltanto per implicito, la relativa valutazione discrezionale (arg. ex art. 34, comma 2, c.p.a., che impedisce al giudice di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non esercitati), è dato di fatto accertato nella presente controversia che, come detto, altre sono state le ragioni di esclusione dagli inviti del gestore uscente.

3.5. Entrambi i motivi di appello vanno quindi accolti, sia perché la stazione appaltante non ha escluso la Mancini Pietro s.r.l. in applicazione del principio di rotazione, sia perché

quest'ultimo non sarebbe stato comunque applicabile.

4. All'accoglimento dei motivi d'appello conseguono la riforma della sentenza e la necessità di esaminare i motivi riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

4.1. Col primo di tali motivi (rubricato "*surrettizia affermazione dell'urgenza. Motivazione apparente: falsa applicazione dei criteri giustificativi dell'urgenza di provvedere*") la società appellante deduce che tutti gli atti impugnati si fondano su un'urgenza "del tutto surrettizia" perché motivata dal fatto che il contratto con la Mancini era scaduto il 31 dicembre 2018 e, pur essendo proseguito in via di fatto, il servizio sarebbe stato discontinuo, cosa non vera.

In ogni caso, ad avviso dell'appellante - in disparte la circostanza che la determina del 15 marzo 2021 annota che l'inefficienza sarebbe stata accertata il 12 marzo 2021, quindi a gara già indetta - la scadenza del precedente affidamento al 31 dicembre 2018 e la pretesa inefficienza del servizio di fatto non costituirebbero una situazione necessitata, ma provocata dalla stessa amministrazione poiché dovuta alla precedente scarsa considerazione della scadenza del contratto ed alla sottovalutazione dell'esercizio di fatto del servizio da parte della Mancini, "tollerato" per due anni ed *ex abrupto* considerato non soddisfacente. In definitiva, non si tratterebbe di evento imprevedibile per la stazione appaltante e tale da rendere applicabili le disposizioni in tema di urgenza - la quale per la normativa comunitaria deve essere "eccezionale" (art. 9 dir. 305/1971), "imperiosa" o "estrema" (art. 6 dir. 36/1993) - come interpretate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (cfr. CG UE sez. I, 2 giugno 2005, in C- 394/02), nonché dall'AVCP (det. 5/4/2000 n. 18) e dall'ANAC (parere n. 159 del 20 dicembre 2017).

La dimostrazione che, nel caso di specie, l'urgenza sarebbe solo "un pretesto" si avrebbe, secondo la Mancini Pietro s.r.l., in alcuni passaggi della delibera del consiglio comunale del 24 febbraio 2021, da cui si desumerebbe piuttosto una presa di posizione "politica", pur essendovi il riconoscimento dello svolgimento del servizio da parte della Mancini "*senza alcuna contestazione di inadempienza, né di arbitrario svolgimento*".

4.2. Preliminarmente va detto delle eccezioni di inammissibilità dell'originario ricorso riproposte dalla controinteressata con la memoria di costituzione in appello, perché la società ricorrente non sarebbe stata iscritta al portale *MePA*, quindi non avrebbe potuto partecipare (così come non ha partecipato) alla procedura selettiva rivolta soltanto agli operatori economici iscritti e comunque sarebbe stata priva del prescritto requisito di regolarità contributiva alla data del 13 marzo 2021.

L'eccezione è infondata sotto entrambi i profili, tenuto conto della censura sopra riportata, laddove, dal punto di vista formale, lamenta la motivazione soltanto apparente riguardo al presupposto dell'urgenza e, dal punto di vista sostanziale, deduce che, proprio a cagione di tale surrettizio presupposto, che avrebbe consentito all'amministrazione di contrarre i tempi della procedura, le sarebbe stata preclusa la partecipazione alla gara.

In sintesi, non si può affatto escludere che, come argomenta la difesa dell'appellante, se fossero stati rispettati i termini della procedura ordinaria, la società Mancini Pietro s.r.l. avrebbe

potuto effettuare una regolare iscrizione al portale del MePA e sanare eventuali posizioni contributive irregolari, in tempo utile per partecipare alla procedura selettiva.

Il motivo è perciò ammissibile.

Esso è anche fondato e va accolto, per le ragioni che seguono.

4.2.1. In punto di fatto, va premesso che sono fondati i rilievi dell'appellante circa il fatto che la delibera del consiglio comunale n. 9 del 24 febbraio 2021 non evidenzia significative ragioni di urgenza, se non nella prospettiva di una migliore programmazione ed esecuzione del servizio, pur essendo emerso dal dibattito consiliare che questo era svolto dalla Mancini Pietro s.r.l., anche se in via di fatto (essendo scaduto il contratto il 31 dicembre 2018 e non essendo stato successivamente né rinnovato né prorogato), ma senza che, all'epoca, fossero emerse discontinuità o inadempienze.

Queste non risultano nemmeno dalla determinazione n. 87 del 4 marzo 2021 ed ivi la motivazione sull'urgenza è del tutto generica (*"ritenuto ... di dover procedere con urgenza all'attivazione di tutte le procedure per l'affidamento del suddetto servizio"* e *"[...] stante l'urgenza e la necessità di provvedere la continuità del servizio di trasporto pubblico locale"*).

Soltanto con la determina di aggiudicazione n. 100 del 14 marzo 2021 si afferma che *"vi era urgenza di garantire la continuità, l'efficienza e la sicurezza di un servizio pubblico essenziale"* e si dà atto che *"l'area "V" Polizia Locale ha eseguito le suddette verifiche e con nota prot. n° 3773 del 12.03.2021 ne ha relazionato sulle risultanze, dichiarando che il servizio de quo viene svolto dalla ditta Mancini Pietro srl in modo incompleto e discontinuo e segnalando altresì ulteriori mancanze descritte nella nota citata e pertanto occorre provvedere con urgenza e immediatezza all'affidamento a terzi del servizio garantendo la continuità dello stesso"*.

In proposito, è corretto il rilievo dell'appellante che trattasi di motivazione sopravvenuta allo svolgimento della procedura, quando oramai l'affidatario era stato individuato nell'unica offerente INI Bus, essendo per di più sopravvenuta all'indizione della procedura di gara anche l'attività di accertamento oggetto della citata relazione della Polizia locale (che è del 12 marzo 2021, mentre la determina a contrarre è del 4 marzo 2021).

Escluso perciò che le risultanze dell'accertamento sopravvenuto possano giustificare la contrazione dei termini di svolgimento della procedura - che risulta essersi svolta nell'arco temporale compreso tra il 6 marzo, data di pubblicazione del bando, ed il 15 marzo 2021, data del provvedimento di aggiudicazione, con termine per la presentazione delle offerte all'11 marzo 2021 - l'urgenza si dovrebbe ravvisare, secondo le deduzioni difensive del Comune, perché il contratto con la Mancini era scaduto il 31 dicembre 2008 ed il servizio sarebbe stato comunque inefficiente.

Nessuna di tali due evenienze, tuttavia, dà luogo alla situazione di urgenza che avrebbe consentito la riduzione dei tempi procedurali.

4.2.2. Intanto, l'art. 60, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 richiede che le ragioni di urgenza

siano “*debitamente motivate dall’amministrazione aggiudicatrice*”, con esplicitazione del tutto mancante nei provvedimenti impugnati (salvo quella, “tardiva”, del 15 marzo 2021).

Comunque le ragioni di urgenza che consentono di ridurre i termini della procedura non possono consistere in una situazione che, pur irregolare, sia in corso da diverso tempo, per di più ben nota ed accettata dall’amministrazione.

Inoltre, nel settore del trasporto pubblico locale - per come si evince dall’art. 5, comma 5, del Regolamento (CE) n.1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo *ai servizi pubblici di trasporto dei passeggeri su strada e per ferrovia*, nel quale è disciplinata la situazione di emergenza “*nel caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione*”- l’urgenza, anche se non coincidente con l’emergenza, non può che essere connotata dall’imprevedibilità della situazione nella quale si sia venuta a trovare l’amministrazione rispetto all’ordinaria attività di gestione del servizio da parte del gestore attuale.

4.2.3. Nel caso di specie è corretta la deduzione dell’appellante che la situazione che ha dato luogo alla procedura di gara in contestazione, oltre ad essere nota al Comune di Cervaro, fosse a questo imputabile e comunque tale da consentire il rispetto dei termini per la procedura di evidenza pubblica prescelta.

4.3. Il primo motivo del ricorso introduttivo, riproposto in appello, va quindi accolto e, poiché esso è relativo ad un vizio inerente l’indizione e lo svolgimento della procedura selettiva, determina l’annullamento degli atti impugnati, con conseguente assorbimento dei motivi restanti.

5. Poiché le ragioni della decisione comportano l’obbligo di rinnovare la gara, non rileva – contrariamente a quanto assume il Comune – che la ricorrente, qui appellante, non abbia formulato domanda di subentro nel contratto.

Il contratto stipulato tra il Comune di Cervaro e la società INI BUS di INI Gaetano & C. s.a.s. in data 14 maggio 2021 - tuttora in esecuzione a seguito della proroga di cui appresso - va infatti dichiarato inefficace per la caducazione dell’aggiudicazione a causa del vizio originario degli atti di indizione della procedura di gara.

5.1. La società ricorrente ha inoltre avanzato domanda risarcitoria per equivalente, subordinata all’eventualità che la “*decisione di merito di accoglimento del ricorso intervenisse in tempi non più utili alla ripetizione della gara e alla partecipazione della Mancini*” (cfr. il ricorso introduttivo del primo grado, pag. 13).

Si tratta di condizione la cui impossibilità di avveramento non è ancora certa, atteso che, per come dedotto e dimostrato dalla difesa civica, è stata adottata la determinazione 29 dicembre 2021, n. 502 di “*differimento al 28 -2- 2023 dell’affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio del Comune di Cervaro in scadenza il 31.12.2021*”.

La necessità di proseguire la gestione del trasporto pubblico locale a cura del Comune, a

causa del differimento dell'entrata in esercizio delle Unità di rete, comporta che non vi è luogo a provvedere allo stato sulla domanda di risarcimento per equivalente.

Quest'ultima, formulata in primo grado con richiesta di quantificazione "*nella misura del presumibile mancato utile di impresa, da calcolarsi sul corrispettivo base di gara*" (cfr. ricorso introduttivo, pag. 13 cit.), dovrà infatti essere delibata in fase esecutiva soltanto nell'eventualità del mancato rinnovo della procedura di affidamento.

5.2. Le statuizioni consequenziali all'accoglimento dell'appello smentiscono *per tabulas* l'eccezione della controinteressata di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse.

6. Le spese dei due gradi si compensano per giusti motivi, considerate le difficoltà interpretative ed applicative poste dalla normativa sul trasporto pubblico locale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso proposto dalla Mancini Pietro s.r.l. ed annulla gli atti impugnati, con le statuizioni consequenziali specificate in motivazione.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere