Pubblicato il 17/03/2021

N. 02292/2021REG.PROV.COLL.

N. 00927/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 927 del 2020, proposto da

Zini Elio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Provincia di Massa Carrara, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (sezione prima) 22 gennaio 2020, n. 86, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sicurezza e Ambiente s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Stefanelli e Napolitano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Zini Elio s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, distinta in epigrafe, con cui su ricorso della Sicurezza e Ambiente s.p.a. sono stati annullati gli atti della procedura negoziata indetta dalla Provincia di Massa Carrara (di seguito *"la Provincia"*) con determinazione n. 781 del 19 aprile 2019, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), per l'affidamento *"del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, viabilità e bonifica post sinistro stradale"* nel territorio provinciale, per la durata di tre anni ed un valore stimato di 90.000,00 euro.

1.1. La sentenza appellata, nella resistenza della Provincia e della controinteressata, ha ritenuto, nello specifico, fondato il primo motivo di ricorso e illegittima - per violazione del principio di rotazione degli inviti scolpito, per gli affidamenti sotto soglia di rilevanza europea, dall'art. 36 del *Codice*- la partecipazione alla gara della Zini Elio, poi risultata aggiudicataria, perché già affidataria in precedenza dello stesso servizio.

2. Con il presente appello quest'ultima contesta la violazione di legge ritenuta dalla sentenza, con unico articolato motivo di doglianza rubricato *"erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto applicabile il principio della rotazione degli inviti ex art. 36 lett. b)*

nella procedura in esame nonché sul presunto difetto di motivazione da parte della stazione appaltante".

2.1. Si è costituita in resistenza l'originaria ricorrente Sicurezza e Ambiente, con memoria con cui ripropone ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. i motivi di impugnazione assorbiti in primo grado.

2.2. Con ordinanza n. 991 del 28 febbraio 2020 la Sezione, rilevato che i profili di *fumus* necessitassero di approfondimento nel merito e che fosse comunque carente il presupposto del *periculum in mora*, ha respinto l'istanza cautelare formulata dall'appellante.

2.3. All'udienza pubblica del 22 ottobre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

3. Come esposto in fatto, La Zini Elio censura la sentenza di primo grado che, in accoglimento del ricorso della seconda classificata, ha annullato l'aggiudicazione della gara indetta dalla Provincia per l'affidamento *"del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e della reintegrazione delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali mediante bonifica ed eventuale manutenzione della piattaforma stradale e delle sue pertinenze"*, per avere applicato al caso di specie il principio di rotazione degli inviti previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b), del codice dei contratti, sulla base del precedente servizio di ripristino della sicurezza stradale e dei luoghi danneggiati a seguito di incidenti stradali svolto dall'appellante, senza considerare che il precedente affidamento era stato disposto dalla Provincia (con determinazione n. 2216 del 19 dicembre 2018) in via sperimentale e d'urgenza, per un periodo inizialmente limitato a sei mesi, allo scopo di integrare l'insufficienza di mezzi dell'amministrazione e fronteggiare così specifiche esigenze organizzative, salvo poi bandire la procedura di gara in contestazione nel presente giudizio dopo circa quattro mesi.

3.1. L'appellante aggiunge che quest'ultima è stata indetta dopo un'indagine di mercato presso gli operatori economici del settore di riferimento, che avevano partecipato alle gare svolte da enti pubblici limitrofi, ed ha caratteristiche oggettive diverse dal servizio precedentemente svolto, perché non limitato al *"ripristino della sicurezza stradale e dei luoghi danneggiati in seguito a incidenti stradali"*, ma comprendente "*la reintegrazione delle matrici ambientali"* e la *"bonifica ed eventuale manutenzione della piattaforma stradale e delle sue pertinenze"*, che avrebbero peraltro una rilevanza maggiore rispetto all'unica prestazione di cui al primo limitato affidamento.

3.2. Sulla base delle descritte caratteristiche nell'appello si contesta quanto ritenuto dalla sentenza di primo grado e cioè che ostasse alla partecipazione della Zini Elio al nuovo affidamento il vantaggio competitivo da questa conseguito per avere precedentemente svolto lo stesso servizio. Secondo l'appellante, infatti, anche a voler ritenere la sostanziale assimilabilità dei due affidamenti, il servizio in precedenza svolto sarebbe risultato effettivamente idoneo all'acquisizione di un congruo bagaglio di esperienze e conoscenze, solo ove si fosse protratto per un ragionevole lasso di tempo, mentre non sarebbe violato il principio di rotazione nei casi in cui il precedente affidamento sia stato disposto solo nelle more della definizione della procedura ordinaria di evidenza pubblica, per qualificate ragioni di urgenza e per un tempo estremamente limitato.

3.3. Sotto un distinto profilo l'appellante censura la sentenza per il fatto di non avere considerato che la procedura negoziata è stata preceduta da una consultazione di mercato tra gli operatori economici del settore e che la Provincia avesse poi in effetti invitato tutti i soggetti previamente individuati dalla sua indagine (che avevano manifestato interesse alla partecipazione), senza limitare il numero degli operatori economici tra i quali effettuare la selezione, per cui il principio di rotazione degli inviti non sarebbe applicabile nel caso di specie. Qualora la stazione appaltante ricorra a strumenti d'impulso del mercato, l'esclusione del c.d. gestore uscente si

tradurrebbe, sempre ad avviso dell'appellante, nella irragionevole limitazione della concorrenza, laddove il principio di rotazione non può essere svincolato dalla sua effettiva finalità, di assicurare la massima partecipazione nelle gare pubbliche. Pertanto, ove la procedura sia svolta in maniera concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, compreso il gestore uscente, e siano rispettati i principi di trasparenza e imparzialità, potrebbe dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che *"non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente"* (così T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 380, richiamata dall'appellante).

3.4. La Zini Elio assume, dunque, che la sentenza, pur muovendo da premesse condivisibili sulla *ratio* del principio di rotazione degli inviti e affidamenti di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) D.Lgs. n. 50/2016, non avrebbe affatto considerato le peculiarità della gara in esame né le motivazioni poste alla base dell'invito all' "operatore uscente".

3.5. La sentenza avrebbe quindi errato nel ritenere che il gestore andasse in ogni caso escluso dalla procedura a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento e dalle sue effettive caratteristiche, senza aver verificato in concreto l'effettivo consolidarsi di una "posizione di rendita" in capo all'odierna appellante né considerato che non vi era "piena corrispondenza" tra i due servizi, oggetto delle procedure bandite dalla Provincia, neanche in relazione alla durata temporale.

3.6. Infine, la sentenza avrebbe anche erroneamente ritenuto non adeguatamente motivate le ragioni poste a fondamento della deroga all'invito dell'odierna appellante: le circostanze rappresentate nella determina di indizione alla gara potevano, invece, pienamente integrare quelle situazioni di urgenza connesse alla preparazione e definizione delle gare, costituenti eccezione al divieto di invito all'affidatario uscente.

4. I motivi così sintetizzati sono infondati.

4.1. Trovano pieno ingresso nella fattispecie oggetto di giudizio i principi affermati dai recenti arresti della giurisprudenza, senza che rilevino in senso opposto le peculiari caratteristiche della procedura in esame individuate dall'appellante.

4.2. In particolare, la giurisprudenza ha da ultimo (Cons. Stato, sez. 31 marzo 2020, n. 2182) affermato che il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara e ha altresì chiarito che il citato art. 36, comma 1, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Detto principio costituisce, infatti, necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha 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.

4.2.1. La giurisprudenza ha, quindi, evidenziato che *"l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti"*, così garantendo i principi di cui all' art. 97 Cost., poiché *"l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi"* (Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

4.2.2. In quest'ottica non è causale 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 delle 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 l'offerta e, così, posti in competizione tra loro.

4.2.3. Tale principio comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso cfr. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n.4). La giurisprudenza ha poi esteso dette considerazioni alle concessioni di servizi, giacché l'art. 164, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36).

4.2.4. Si è altresì precisato che tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare- nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) - già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dall'integrazione postuma, in sede contenziosa.

4.2.5. Sul piano processuale, è stato altresì chiarito che la violazione del rispetto del principio di rotazione deve essere dedotto unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione e non con il provvedimento di ammissione alla gara, non

attenendo ai requisiti di ordine soggettivo, la cui verifica era assoggettata al regime dell'impugnazione immediata di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, Cod. proc. amm. (Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182; nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831).

4.2.6. La giurisprudenza ha altresì evidenziato che il chiaro tenore testuale della norma citata *"…impone il rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito.)"* (Cons. Stato, V, n. 3831/2019 cit.).

4.2.7. È stato così affermato da questo Consiglio di Stato (Sez. V, n. 3831/2019 cit.) che risultano pure irrilevanti, e comunque inidonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione (funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento), alcuni accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante, tra i quali, per quanto di interesse, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato. Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione.

4.2.8. In conclusione, la giurisprudenza afferma in modo costante (da ultimo: Cons. Stato, V, 2 luglio 2020, n. 4252; 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 citata disposizione del codice dei contratti pubblici 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. 4.2.9. 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.

4.3. Tanto premesso, il Collegio qui rileva come la sentenza appellata si sia conformata ai su riportati principi giurisprudenziali, facendone coerente e corretta applicazione.

4.3.1. La sentenza ha, infatti, bene ritenuto che è principio generale quello secondo cui, per tutte le procedure semplificate (come quella in oggetto), la rotazione costituisce un riferimento normativo inviolabile del procedimento amministrativo, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

4.3.2. Sono, dunque, corrette e meritano conferma le statuizioni della sentenza appellata laddove, sulla base della *ratio* e finalità della norma in argomento, hanno affermato che la Provincia avrebbe avuto l'alternativa di non invitare senz'altro il

gestore uscente o, in caso contrario, di motivare adeguatamente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

4.4. Il Collegio ritiene, pertanto, che gli elementi e le risultanze in atti depongano nel senso della ritenuta violazione del principio di rotazione.

4.5. In primo luogo, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, non è dirimente il fatto di aver svolto il precedente servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e dei luoghi danneggiati da sinistri nelle more e per il tempo necessario alla definizione della successiva procedura.

4.5.1. Non esime invero dall'applicazione della rotazione né il carattere sperimentale né la limitata durata temporale del precedente affidamento. A ciò si aggiunga che, in applicazione dei riportati principi affermati dalla giurisprudenza, la Provincia avrebbe dovuto comunque indicare già negli atti impugnati la limitatezza temporale e il carattere sperimentale, stante la rammentata impossibilità di strutturare una motivazione *a posteriori* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182 cit.).

4.5.2. Ad ogni modo e a prescindere dal su indicato onere motivazionale, qui non assolto, tali aspetti comunque non escludono l'acquisizione di quel vantaggio competitivo in capo all'impresa appellante che il principio di rotazione mira ad evitare, considerata anche la particolare natura del servizio, tale da non richiederne lo svolgimento per un notevole lasso di tempo affinché il precedente gestore potesse acquisire un *Know-how* e un bagaglio di adeguate conoscenze ed informazioni (a titolo esemplificativo, del territorio sul quale esso doveva svolgersi e della rete viaria, con punti e orari critici), spendibili anche nella successiva commessa.

4.6. Inoltre, anche le suggestive deduzioni dell'appellante, tese a sottolineare le differenti caratteristiche dei due servizi, che ne escluderebbe la piena ed assoluta corrispondenza sotto il profilo oggettivo e temporale, non possono essere condivise.

4.6.1. Dette argomentazioni si infrangono, per vero, contro l'inoppugnabile dato dell'obiettiva sovrapponibilità del servizio e delle relative prestazioni, destinato ad

essere svolto con la stessa organizzazione produttiva e la stessa capacità tecnica maturata.

4.6.2. Al riguardo, va infatti evidenziato che, se è vero che l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, proprio perché volta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, logicamente presuppone una specifica situazione di continuità degli affidamenti, è anche vero che ciò non implica che i diversi affidamenti debbano essere ognuno l'esatta fotocopia degli altri, ovvero che essi siano esattamente identici.

4.6.3. Ciò che conta è, infatti, 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, come nel caso di specie, contenuto tra loro omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, quelle del precedente contratto.

4.6.4. Come, infatti, chiarito anche dalle Linee Guida ANAC n. 4 al punto 3.6 *"si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello su cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi"*.

4.6.5. Tale è il caso di specie, posto che le prestazioni dedotte nel nuovo affidamento triennale sono largamente sovrapponibili a quelle del primo affidamento diretto ed appartengono allo stesso settore merceologico di servizi.

4.6.7. Pertanto, la sentenza di primo grado ha correttamente ritenuto irrilevante l'obiezione relativa ad un'asserita differenza tra le prestazioni dedotte nel primo e nel secondo affidamento, rilevando come al di là di una più accurata descrizione del servizio nel secondo affidamento, risulta, infatti, evidente come il servizio posto a base delle due procedure sia, in sostanza, lo stesso e, come, pertanto, il *"ripristino dei luoghi danneggiati a seguito degli incidenti stradali"* fosse da ritenersi già comprensivo di

quell'obbligo successivamente meglio descritto di procedere alla rimozione *"dei residui materiali sul sedime stradale che possono costituire condizioni di pericolo per la fluidità del traffico, per l'ambiente o la salute pubblica"*.

4.6.8. Insomma, fin dall'inizio, il c.d. *"ripristino delle matrici ambientali"* era pertanto da ritenersi rientrante in una più ampia e complessiva prestazione di *"ripristino dei luoghi danneggiati a seguito degli incidenti stradali"*, ricostruita alla luce dei normali criteri di correttezza contrattuale.

4.6.9. Del resto, la diversa opzione ermeneutica prospettata dall'appellante si presterebbe ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza e delle concrete finalità della norma di legge in precedenza richiamata, volta ad escludere che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione- in tutto o in parte, e comunque nei suoi contenuti qualificanti ed essenziali- del rapporto contrattuale scaduto, a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524).

4.7. A fronte delle descritte circostanze sarebbe stato, pertanto, onere dell'amministrazione provinciale 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 ovvero della sostanziale ed effettiva diversità dell'oggetto e delle caratteristiche dei due affidamenti, 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 l'amministrazione si è invece sottratta, dal momento che la determinazione a contrarre, sopra menzionata, con cui è stata indetta la procedura negoziata, non reca alcuna precisazione al riguardo.

4.7.1. I provvedimenti gravati non recano, infatti, alcun cenno di motivazione in ordine alle specifiche ragioni a fondamento dell'invito al gestore uscente.

4.7.2. In particolare, le motivazioni in questione non potevano affatto evincersi dalla lettura della determina di indizione della gara né risiedevano nel carattere sperimentale e temporaneo del primo affidamento, occorrendo una motivazione esplicita- e non meramente ricavabile- non solo sulle ragioni dell'urgenza sottesa all'indizione della prima procedura, quanto sulla sussistenza delle specifiche condizioni per derogare al principio di rotazione (relative, come detto, al numero ridotto di concorrenti e alla soddisfazione per l'operato del gestore uscente).

4.7.3. Al contrario, nel caso di specie, l'esame della precedente determinazione di affidamento del servizio alla controinteressata (la determinazione dirigenziale 19 dicembre 2018, n. 2216 della Provincia) non evidenzia per nulla elementi che possano portare a concludere per una caratterizzazione in termini d'urgenza dell'affidamento, risultando, invece, evidenziate altre motivazioni (quali il carattere sperimentale dell'esternalizzazione del servizio e la proposta proveniente dallo stesso affidatario) che, come bene rilevato dal primo giudice, risultano essere stati determinanti della scelta amministrativa.

4.8. Anche i precedenti giurisprudenziali di primo grado richiamati da parte appellante (che hanno escluso che possano assumere validità, ai fini dell'applicazione del principio di rotazione, affidamenti determinati da ragioni qualificate di urgenza e che abbiano avuto svolgimento *"per un tempo estremamente limitato"*) non sovvertono le ragionevoli e corrette conclusioni cui è pervenuto il primo giudice, che appaiono conformi al prevalente indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato secondo il quale ciò che rileva non sono le modalità con le quali il gestore uscente è stato immesso nel primo servizio, ma il fatto di averlo gestito sotto soglia, potendo così maturare quella rendita di posizione che il principio di rotazione tende a scongiurare.

La sentenza ha infatti correttamente rilevato come il suddetto principio è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a

livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

4.8.1. Peraltro, come pure evidenziato dalla sentenza di prime cure, la previsione dell'art. 36, 2 comma lett. b), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non prevede letteralmente esclusioni dell'operatività del principio di rotazione derivanti dalla durata del precedente affidamento o dalle ragioni giustificative dello stesso, né dalla necessità di non pregiudicare eccessivamente chi si sia reso disponibile ad affidamenti d'urgenza.

4.8.2. Quanto sopra rilevato in ordine alla formulazione letterale della norma richiamata porta poi, anche sotto tale concorrente profilo, a ritenere irrilevanti le deduzioni di parte appellante relative al carattere sperimentale del primo affidamento, alla sua durata ed all'importanza delle prestazioni eseguite durante il periodo di vigenza contrattuale.

4.9. Infine, anche l'affermazione secondo cui la rotazione non si applica nel caso in cui venga avviata una procedura che, seppure non ordinaria, risulti comunque aperta al mercato, non coglie nel segno.

La Provincia non solo non ha pubblicato l'avviso pubblico a manifestare interesse (risulta dagli atti che l'iter procedimentale conclusosi con l'affidamento diretto scaturiva dall' *"offerta di proposta di attivazione sperimentale del servizio denominato Area Sicura proposta dall'impresa Zini Elio"*), ma ha condotto una indagine di mercato particolarmente ristretta, rivolta esclusivamente a quegli operatori che avessero già svolto il servizio *de quo* nei comuni limitrofi alla stazione appaltante.

5. Ne discende che, come correttamente ritenuto dalla sentenza appellata, l'aggiudicazione, disposta in favore proprio del gestore uscente, risulta viziata dalla irrituale modalità di selezione della platea dei competitori e va, perciò, annullata,

unitamente alla determinazione di indizione 19 aprile 2019, n. 781, nella parte relativa all'ammissione alla procedura della società appellante.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve, in definitiva, essere respinto, con conferma di tutte le statuizioni della sentenza di primo grado anche in relazione alle domande risarcitorie, in forma specifica e per equivalente, formulate dall'originaria ricorrente.

7. Nondimeno, le spese di giudizio possono essere compensate in ragione della natura della causa, nonché della particolarità e parziale novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Angela Rotondano	**Fabio Franconiero**

IL SEGRETARIO