

Principio di rotazione e interesse a ricorrere

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 17-11-2019

1. 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. Nel caso di una procedura per l'affidamento degli appalti pubblici, salva l'esclusione ovvero l'impugnabilità del bando nei limiti fissati dalla giurisprudenza, la lesione della sfera giuridica del concorrente è concreta ed attuale solo al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva all'altro contraente, 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 stessa 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 .

2. L'art. 36, comma 1, d.lgs 18 aprile 2'16, n. 50 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 necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata, al fine di evitare la formazione di rendite di posizione e tutelare la concorrenza, consentendo la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio.

Guida alla lettura

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza in rassegna, ha ribadito l'orientamento consolidato in giurisprudenza in relazione all'operatività del principio di rotazione nelle procedure negoziate, di cui all'art. 36 del D.lgs 50/2016 e ha chiarito, il momento in cui si sostanzia l'interesse a ricorrere in capo all'impresa non aggiudicataria nelle ipotesi di violazione del principio di rotazione, in applicazione delle coordinate fornite dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018.

Per comprendere appieno le statuizioni del Collegio, giova ripercorrere brevemente la vicenda oggetto della pronuncia in commento.

Il Comune di Sabaudia indiceva una procedura negoziata ex art. 36 del D.lgs 50/2016, per l'affidamento del servizio di pulizia, custodia e manutenzione del Cimitero comunale, nonché del servizio di gestione delle operazioni cimiteriali.

All'esito della procedura, il servizio veniva affidato all'impresa cui era stato assegnato anche negli anni precedenti.

Il provvedimento di aggiudicazione veniva impugnato innanzi al TAR competente dalla concorrente non aggiudicataria, *in primis* in relazione all'offerta presentata, poiché superava l'importo posto a base d'asta e *in secundis* per violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 del D.lgs 50/2016, poiché gestore uscente dal precedente affidamento.

Il Giudice di prime cure accoglieva il ricorso e per l'effetto annullava l'aggiudicazione.

La società aggiudicataria impugnava la sentenza di primo grado innanzi al Consiglio di Stato, affidando l'appello a due motivi.

In primo luogo, l'appellante ha ritenuto che il ricorso proposto in primo grado dovesse essere dichiarato tardivo, posto che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare la delibera di ammissione alla gara e non il provvedimento di aggiudicazione.

La Sezione, non ha ritenuto che nell'ipotesi di specie vi fosse un onere di immediata impugnazione, e ciò in applicazione dei criteri dettati sul punto dalla già richiamata Adunanza Plenaria n. 4/2018. In particolare, l'Adunanza Plenaria n. 4/2018, confermando il consolidato orientamento formatosi sul punto ha stabilito che le clausole del bando che non rivestano portata escludente devono essere impugunate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugunate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Infatti, l'onere di immediata impugnazione sussiste esclusivamente per le clausole che rivestano carattere escludente, cioè tali da non consentire la partecipazione dell'operatore alla gara, mentre le clausole che consentano comunque la partecipazione, devono essere impugunate unitamente al provvedimento di aggiudicazione, che rappresenta l'atto idoneo a ledere l'interesse del ricorrente.

In altri termini, l'interesse a ricorrere è rappresentato dall'utilità o dal vantaggio che il ricorrente può trarre dall'impugnazione, nel caso di specie ottenere l'aggiudicazione.

Conseguentemente, l'onere di impugnazione immediata sussiste nelle sole ipotesi in cui il ricorrente, per effetto delle clausole lesive, non sia posto nella condizione di essere un potenziale destinatario del provvedimento che conferisce un vantaggio.

Nell'ipotesi sottoposta al vaglio della Sezione, il ricorrente ha ricevuto la lesione dalla mancata aggiudicazione e non dalla violazione delle regole procedurali da parte della Stazione appaltante.

Di conseguenza, è solo con il provvedimento di aggiudicazione che sorge l'interesse a ricorrere, essendo leso l'interesse legittimo della ricorrente, come risulta dalla motivazione della sentenza in rassegna: *"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. Nel caso di una procedura per l'affidamento degli appalti pubblici, salva l'esclusione ovvero l'impugnabilità del bando nei limiti fissati dalla giurisprudenza, la lesione della sfera giuridica del concorrente è concreta ed attuale solo al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva all'altro contraente, 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 stessa 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”.

Stabilita, pertanto, la tempestività del ricorso per le motivazioni sopra riassunte, la Sezione ha scrutinato il secondo motivo di appello concernente la asserita legittimità dell'invito formulato dalla Stazione appaltante alla società aggiudicataria, ritenendo che il principio di rotazione non trovi applicazione nelle ipotesi in cui la stazione appaltante abbia proceduto all'affidamento mediante procedure ordinarie o aperte al mercato nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione, non risultando in tali ipotesi leso il principio di concorrenza.

Il Collegio, nel rigettare il motivo di appello ha perimetrato il principio di rotazione, ritenendo che nel caso di specie lo stesso dovesse trovare applicazione, posto che nell'ipotesi in oggetto la stazione appaltante ha invitato le imprese a partecipare alla procedura negoziata.

Il principio di rotazione, in aderenza alle linee guida ANAC n. 4, non trova applicazione nelle ipotesi in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti, circostanza non verificatasi nel caso di specie.

E' opportuno, per la migliore comprensione delle statuizioni, definire il principio di rotazione.

Il principio in parola è fissato, come sopra anticipato, 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.

Nel caso sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato si trattava di una procedura ad inviti, pertanto contemplata dall'art. 36 del D.lgs 50/2016 relativamente all'operatività del principio di rotazione.

La statuizione in rassegna, appare pertanto coerente con il principio di rotazione. Si legge, infatti che *Se è vero che l'art. 36, comma 7, d.lgs 50 cit rimette alle Linee guida ANAC di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e che le Linee guida n. 4 nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 prevedevano che " La 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", non può dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti.*

In definitiva, nell'ipotesi in oggetto, trattandosi di una procedura negoziata ad inviti, la stazione

appaltante avrebbe dovuto osservare il principio di rotazione evitando di invitare il gestore uscente, salve le ipotesi eccezionali sopra descritte.

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 10427 del 2018, proposto da Funeral Service Sabaudia s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Mora e Michele Notarantonio, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Ercolani Group s.r.l.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Camillo Federico, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Comune di Sabaudia, non costituito in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina. Sezione Prima, n. 00535/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per

le parti gli avvocati Perrone, su delega dell'avvocato Andrea Mora, e Romano, su delega dell'avvocato Camillo Federico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale 9 giugno 2017, n. 103, il Comune di Sabaudia indiceva una procedura negoziata ex art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento del servizio di pulizia, custodia e manutenzione del Cimitero comunale, nonché del servizio di gestione delle operazioni cimiteriali, per il periodo compreso tra il 1° maggio 2018 ed il 30 aprile 2019.

La procedura era avviata dalla pubblicazione di avviso esplorativo finalizzato alla raccolta delle manifestazioni di interesse; sette operatori economici aderivano dichiarandosi interessati.

1.1. Con determinazione 30 marzo 2018, n. 47/Q.U. il Comune di Sabaudia approvava il Capitolato prestazionale e lo schema delle lettere di invito da inviare agli operatori economici interessati; dei due servizi costituenti il contenuto dell'appalto da affidare, solo il primo veniva contabilizzato, con importo a base d'asta di € 27.000,00 oltre Iva, sul quale i concorrenti avrebbero dovuto indicare il ribasso che intendevano praticare.

Per la seconda tipologia di servizio era predisposto un piano tariffario con precisazione dell'importo per ogni singola operazione, comprensivo dei costi dell'operazione stessa e non soggetto a ribasso.

1.2. Inviata le lettere di invito, solo tre operatori presentavano offerta, tra i quali la Ercolani Group s.r.l.s. che offriva un ribasso del 18% e la Funeral Service Sabaudia s.r.l. che offriva un ribasso del 44%.

Con determinazione dirigenziale 20 aprile 2018, n. 58/Q.U. l'appalto era provvisoriamente aggiudicato alla Funeral Service Sabaudia.

1.3. Verificata la congruità dell'offerta ex art. 97, comma 1, d.lgs. n. 50 cit., con determinazione dirigenziale 14 maggio 2018, n. 62/Q.U., l'appalto era definitivamente aggiudicato alla Funeral Service Sabaudia.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sezione staccata di Latina - la Ercolani Group s.r.l.s. impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva deducendo:

a) erronea valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria: la stazione appaltante non avrebbe considerato che le giustificazioni prodotte dalla Funeral Service Sabaudia in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta determinavano un'offerta economica del tutto diversa da quella originariamente proposta, addirittura con la previsione di un corrispettivo maggiore rispetto a quello (di € 27.000,00) posto a base d'asta, con la conseguenza che l'offerta dell'aggiudicataria finiva con l'essere in rialzo e non in ribasso rispetto al prezzo a base d'asta;

b) violazione dell'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: in applicazione del principio di rotazione la Funeral Service Sabaudia non sarebbe dovuta essere invitata alla gara quale gestore uscente del servizio, svolto in via continuativa dal 2011.

2.1. Il Comune di Sabaudia e la controinteressata, benché regolarmente intimati, non si costituivano in giudizio.

2.2. L'adito tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, accoglieva il ricorso e conseguentemente annullava gli atti di gara.

In particolare il tribunale riteneva fondato il secondo motivo di ricorso: la Funeral Service Sabaudia, in quanto gestore uscente del servizio, non poteva essere invitata a presentare offerta nella nuova procedura di gara, ma avrebbe dovuto "*saltare il primo affidamento successivo*"; gli atti di gara, pertanto, andavano annullati per violazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

3. Propone appello Funeral Service Sabaudia s.r.l.; nel giudizio si è costituita la Ercolani Group s.r.l.; il Comune di Sabaudia, ancora una volta regolarmente intimato, non si è costituito in giudizio. Funeral Service Sabaudia s.r.l. ha presentato memoria ex art. 73 Cod. proc. amm.

All'udienza del 18 luglio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Con il primo motivo di appello si lamenta "*Violazione di legge (art. 204 d.lgs. 50/2016) – Irricevibilità e/o improcedibilità per tardività della proposizione del ricorso*": secondo l'appellante infatti il ricorso di primo grado sarebbe dovuto essere dichiarato irricevibile in quanto tardivamente preposto. Sostiene in particolare l'appellante che la sua partecipazione alla procedura era stata consentita dalla determinazione 30 marzo 2018, n. 47/Q.U., e nota era la circostanza che essa espletava i servizi cimiteriali sin dal 2011, per cui dalla data di pubblicazione della predetta determinazione decorreva il termine dei trenta giorni (di cui all'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016) per la proposizione del ricorso.

Il motivo è infondato.

4.1. 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 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6414; V, 4 giugno 2019, n. 3753; V 22 maggio 2019, n. 3318; III, 10 aprile 2017, n. 1678; nonché molto chiaramente, Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2016, n. 3829); esso presuppone una lesione attuale e concreta alla situazione soggettiva del privato ricorrente (Cons. Stato, sez. 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 degli appalti pubblici, salva l'esclusione ovvero l'impugnabilità del bando nei limiti fissati dalla giurisprudenza, la lesione della sfera giuridica del concorrente è concreta ed attuale solo al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva all'altro 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 dei degli atti interni della procedura stessa (Cons. Stato, sez. 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 (in tal senso, anche per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione nella vigenza del richiamato comma 2-bis dell'art. 120 Cod. proc. amm., Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2018, n. 4304).

4.2. Correttamente, pertanto, Ercolani Group ha atteso il provvedimento di aggiudicazione definitiva per proporre ricorso avverso gli atti della procedura di gara, ivi compresa la determinazione con la quale erano individuati gli operatori economici da invitare.

Né potrebbe trovare applicazione il termine previsto dal comma 2 -bis dell'art. 120 a mente del quale *"Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11"*.

Detto termine, infatti, è applicabile in caso di impugnazione di provvedimento di ammissione o esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, espressamente indentificato nel provvedimento assunto dalla stazione appaltante all'esito della verifica della documentazione amministrativa relativa ai requisiti di partecipazione; la determinazione dirigenziale 30 marzo 2018, n. 47/Q.U. non era un provvedimento di ammissione di operatore economico alla procedura di gara, per essersi la stazione appaltante limitata ad individuare gli operatori da invitare alla procedura di gara che avevano precedentemente manifestato il loro interesse all'affidamento del servizio, senza compiere alcun accertamento sulla documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura. La determinazione citata, pertanto, non era impugnabile ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis Cod. proc. amm.. (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435; V, 3 aprile 2018 n. 2079, che, in vicende analoghe, hanno, sia pure con sfumature diverse, individuato l'oggetto dell'impugnazione nel *"provvedimento di ammissione"*).

5. Con il secondo motivo di appello si lamenta *"Violazione di legge (art. 36 d.lgs. 50/2016) – Travisamento dei fatti"*; sostiene l'appellante che il giudice di primo grado avrebbe ritenuto sussistente la violazione del principio di rotazione senza tener conto che esso, secondo quanto chiarito dalle Linee guida A.N.A.C. n. 4, non trova applicazione qualora la stazione appaltante abbia ritenuto di procedere al (nuovo) affidamento mediante *"procedure ordinarie o comunque aperte al mercato nelle quali la stazione appaltante...non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione"*.

Nel caso di specie - conclude l'appellante - si era verificata proprio tale situazione per aver l'amministrazione deciso di invitare ben sette soggetti operanti nel settore proprio al fine di assicurare la massima partecipazione; d'altra parte, a voler seguire il ragionamento del giudice di primo grado, il principio di rotazione sarebbe d'ostacolo al principio di concorrenza,

poiché configurerebbe una causa di esclusione non prevista per uno dei concorrenti (cioè il precedente gestore).

Il motivo è infondato.

5.1. L'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 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 necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160 in cui, trattando proprio delle procedure negoziate previste dall'art. 36 cit. per gli appalti sotto soglia, è stato affermato: "*Contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione e tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione*"); 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 (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. 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, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

5.2. Se è vero che l'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50 cit. rimette alle Linee guida A.N.A.C. di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e che le Linee guida n. 4 nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 prevedevano (al punto 3.6) che "*La 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*", non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti.

Diversamente opinando, stridente ed inconciliabile sarebbe il contrasto contenuto nel medesimo paragrafo delle citate Linee Guida laddove è precisato che "*Il principio di rotazione*

comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento".

In conclusione deve ragionevolmente ammettersi che il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente

6. Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello va respinto.

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio.

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 in causa le spese del presente grado del giudizio.

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