

Il divieto di più consecutivi affidamenti e il principio di rotazione quale presidio pro-concorrenziale

di Federico Muzzati

Data di pubblicazione: 8-4-2024

I “due consecutivi affidamenti” fanno, quindi, riferimento a quello da aggiudicare e a quello “immediatamente precedente”, con la conseguenza che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categoria di opere) e non – come ravvisato da parte ricorrente – il “terzo affidamento” da parte dell’operatore già affidatario di “due consecutivi affidamenti”, non rinvenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4 che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all’affidamento “precedente” e a quello “attuale”.

Peraltro, in tal caso, la norma avrebbe utilizzato il termine “abbiano avuto”, piuttosto che “abbiano”, tempo presente che “attualizza” la sequenza temporale al momento immediatamente precedente.

N. 01099/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01882/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1882 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Medi Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0009CE822, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonino Longo, Fiorella Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Ufficio Genio Civile Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Etnaeko S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Lo Presti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

-del verbale n. 4 del 1° settembre 2023 recante esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata senza

bando di gara avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori previsti nel "Piano di Azione e Coesione (programma Operativo interventi indifferibili ed urgenti da effettuarsi sul demanio idrico fluviale finalizzati alla riduzione di rischio idrogeologico -Progettazione- Riefficientamento del corso d'acqua Torrente Saracena nel Comune di Maniace (CT))"
CIG: A009CE822;

ove occorra,

-del verbale n. 5 del 13 settembre 2023;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- del verbale n. 6 del 15 novembre 2023 con il quale la Commissione di gara ha deciso di confermare l'esclusione della Medi Appalti sulla scorta del parere di precontenzioso ex art. 220 del D. Lgs. n. 36/2023, reso dall'ANAC in data 18.10.2023;

- della Determina n. 925 del 14 dicembre 2023, con la quale i lavori sono stati aggiudicati alla società Etna Eko;

ove e per quanto occorra,

- del parere n. 50/2023 reso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione

quanto al secondo ricorso per

motivi aggiunti:

-della determina di aggiudicazione definitiva n. 963 del 20 dicembre 2023 che ha annullato e sostituito la precedente determina n. 925 del 14.12.2023 già oggetto d'impugnazione del precedente ricorso per motivi aggiunti, conosciuta solo in data 24.01.2024, in conseguenza del deposito documentale effettuato da parte della controinteressata Etna Eko e identificata al n. 1 del foliaro

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, dell'Ufficio Genio Civile Catania e di Etnaeko S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2024 la dott.ssa Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente partecipava unitamente altri 5 operatori alla

procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, indetto dal Genio Civile di Catania con determina a contrarre n. 460 del 1° agosto 2023, per la realizzazione di interventi indifferibili ed urgenti da effettuarsi sul demanio idrico fluviale finalizzati alla riduzione di rischio idrogeologico - Progettazione - Riefficientamento del corso d'acqua Torrente Saracena nel Comune di Maniace (CT).

Nella seduta del 1° settembre 2023 (v. verbale n. 4), la Commissione rilevava che *“l’Impresa Medi Appalti risulta affidataria uscente di precedente contratto, stipulato con la medesima stazione appaltante il 09 agosto 2022 - CIG 9130370BAB- CUP G88H21000070001 - avente ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico e nella stessa categoria di opere. Pertanto, per il detto operatore economico potrebbe vigere il divieto di affidamento o di aggiudicazione di un appalto in quanto la sua posizione integra la fattispecie del contraente uscente, sanzionata dal divieto richiamato ed espressamente disposto dall’art. 49, comma 2° del D.lgs. 36/2023 (...).”*

Nella successiva seduta del 13 settembre 2023, la commissione *“dopo aver discusso e approfondito gli argomenti logici e sistematici che depongono a favore della*

decisione di escludere l'impresa Medi Appalti..." e previo richiamo alla norma dell'art. 49 del D.lgs. 36/2023 e alla relazione illustrativa al codice osservava quanto segue:

- "l'impresa Medi Appalti ha già avuto un affidamento per la categoria OG8 con determina di aggiudicazione del 15 luglio 2022 (lavori di pulizia idraulica del torrente S. venera nel Comune di Piedimonte etneo), la cui fine lavori è stata certificata dal RUP il 18 novembre 2022";

- "... dalla documentazione in possesso di questa amministrazione si rinviene un atto di sottomissione, registrato all'Agenzia delle Entrate di Giarre il 10 luglio 2023, per perizia di variante datata 26 giugno 2023, con il quale il RUP... ha regolarizzato la perizia di variante del 16 settembre 2022 (...);

- "...per parere unanime della commissione, un contratto integrativo comporta una ridefinizione degli accordi pattuiti dal contratto principale, con la formulazione di nuove diverse categorie di lavori e comportamento di nuovi prezzi".

La commissione - pur ritenendo che la posizione della ricorrente integrasse la fattispecie del contraente uscente - formulava apposito

quesito all'ANAC e
sospendeva la seduta.

Nella seduta del 15 novembre 2023 (v. verbale n.6) la commissione confermava l'esclusione della ricorrente ritenendo che anche alla luce dell'intervenuto parere ANAC *“l'impresa uscente, già affidataria ad un precedente contratto rientrante nella stessa categoria di opere e ancora in corso al momento dell'indizione della nuova procedura di affidamento non può essere invitata (e quindi non può partecipare) a tale procedura di affidamento, in ossequio al principio di rotazione...”*.

Con determina n. 925 del 14 dicembre 2023 la stazione appaltante aggiudicava in via definitiva i lavori alla società Etna Eko s.r.l.

Infine, la S.A. adottava la determina n. 963 de 20 dicembre 2023 con la quale annullava e sostituiva la precedente determina n. 925/2023 *“a seguito di correzione nel QTE rimodulato successivamente all'aggiudicazione”*.

Con ricorso introduttivo integrato da due ricorsi per motivi aggiunti, la società Medi Appalti ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe e ne ha chiesto l'annullamento contestando sia le ragioni della propria

esclusione, sia la legittimità dell'aggiudicazione disposta in favore di Etna Eko. In punto di prova di resistenza la ricorrente ha sostenuto che una volta riammessa in gara “*seguendo il metodo di calcolo della soglia di anomalia, previsto dall'art. 54, comma 2, D.lgs. n. 36/23 in combinato disposto con l'Allegato II.2, secondo il Metodo A, comma 2, l'offerta dell'odierna aggiudicataria, ossia la Etna Eko s.r.l., verrebbe senz'altro automaticamente esclusa poiché risulterebbe anomala in quanto sopra soglia*” (pagg. 26-27 del ricorso introduttivo).

Con riferimento al provvedimento di esclusione ha formulato un unico motivo di ricorso nel quale ha articolato censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023, errata applicazione del principio di rotazione ed eccesso di potere per difetto di istruttoria sostenendo, in sintesi, che:

1) la Medi Appalti non può configurarsi in termini di “ultimo affidatario” ovvero di “affidatario immediatamente precedente” poiché tra il precedente appalto aggiudicato alla ricorrente e quello per cui è causa la SA, con provvedimento di aggiudicazione del 12 aprile 2023, ha affidato ad un altro operatore economico, ossia la ditta Edile V.N.A. Soc. Coop., un appalto rientrante nella

categoria OG8, classifica I e pertanto, mancherebbe il requisito della “continuità” con il precedente appalto; parte ricorrente sostiene, al riguardo, che la norma laddove si riferisce ai “due consecutivi affidamenti” sembrerebbe alludere a “*due affidamenti consecutivi precedenti a quello in corso di affidamento che sarebbe, dunque, il terzo*” (ricorso introduttivo, pagg. 9-13 e primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, pagg. 10-14).

2) Inoltre, l’art. 49, comma 3° prevede che “La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6”. Quindi, secondo parte ricorrente, non potrebbe operare alcun divieto di rotazione in quanto il precedente appalto e quello per cui è causa, pur appartenendo le opere alla medesima categoria (OG8), sarebbero diversi in relazione alle classifiche richieste, rispettivamente I e III (ricorso introduttivo, pagg. 13-15 e primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, pagg.14-16).

3) L’atto di sottomissione è stato sottoscritto il 26 giugno 2023 solo per cause imputabili all’amministrazione e costituisce mera ratifica della variante “in toto redatta ed

interamente eseguita alla data del 22.11.2022”. La variante non ha, peraltro, comportato alcuna sostanziale variazione all'appalto e, quindi, non può ritenersi un nuovo ed autonomo contratto modificativo del precedente (ricorso introduttivo, pagg. 15-17 e primo ricorso per motivi aggiunti, pagg. 16-18).

4) L'amministrazione avrebbe “decontestualizzato” il parere reso dall'ANAC che fa espresso riferimento all'aggiudicazione immediatamente precedente mentre la cronologia dei fatti esclude tale circostanza (secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, pagg. 19-22)

Con riferimento al provvedimento di aggiudicazione parte ricorrente ha censurato:

1) la mancanza, in capo alla Etna Eko della qualificazione per la cat. OG8- III o superiore, in quanto ottenuta per effetto di una SOA di un'ausiliaria costituita da un consorzio cui l'aggiudicataria è estranea (terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, pagg. 22-26 e secondo ricorso per motivi aggiunti, pagg. 5- 10)

5) Parte ricorrente afferma, inoltre, che *“in ogni caso, la doverosa riammissione in gara dell'odierna ricorrente determina l'obbligo di procedere alla verifica di*

anomalia dell'offerta in ragione del numero di imprese partecipanti pari a 5" e, dunque, l'obbligo di procedere all'esclusione automatica della Etna Eko secondo il calcolo riportato alle pagg. 27-28 del ricorso per motivi aggiunti (v. anche secondo ricorso per motivi aggiunti pagg. 11-13).

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio per resistere al ricorso sostenendo la legittimità dell'esclusione della ricorrente in applicazione del principio di rotazione ed evidenziando che:

- con l'atto integrativo del contratto principale sottoscritto il 28 giugno 2023 le parti definivano nuove clausole contrattuali, ricollegabili ai risultati di una intervenuta perizia di variante del 16 settembre 2022 che aveva determinato "la necessità di eseguire alcune categorie di lavori non previsti nel contratto di appalto originario";
- solo dopo il rilascio del certificato di regolare esecuzione dei lavori, redatto dal RUP l'1 luglio 2023, la ricorrente ha emesso le relative fatture;
- l'affidamento del 12 aprile 2023, (lavori di somma urgenza per il ripristino argini ed efficienza idraulica di un tratto del fiume Gornalunga, nel Comune di Ramacca) erano stati, invece, ultimati in data 10

maggio 2023 (anteriore alla stipula del contratto integrativo sottoscritto con l'odierna ricorrente), senza alcun'altra appendice contrattuale integrativa;

- per tali ragioni, il "contraente uscente" per la stessa categorie di opere è stato individuato nell'odierna ricorrente;

- sarebbe inconferente il richiamo all'art. 49, comma 4° del D.lgs. n. 36/2003 dato che l'amministrazione non ha adottato alcun regolamento per la ripartizione degli affidamenti in fasce di importi.

Si è costituita anche la controinteressata che ha preliminarmente eccepito l'improcedibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione della determinazione n. 963 del 20 dicembre 2023 (che ha sostituito la determinazione n. 920 del 14 dicembre 2023 già impugnata con il ricorso per motivi aggiunti), rispetto alla quale sostiene che il termine di decadenza decorra dalla data di pubblicazione del provvedimento sul sito Internet dell'amministrazione (21 dicembre 2023).

Ha, inoltre, eccepito l'inammissibilità per carenza di interesse dei motivi riguardanti ritenuta mancanza dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria in caso di

mancato accoglimento
dell'impugnativa avverso
l'esclusione della ricorrente.

Ha, infine, chiesto il rigetto del ricorso sostenendo che *“la ricorrente non può non essere considerata come contraente uscente, atteso che l'affidamento ottenuto per lo stesso settore merceologico e per la stessa categoria di lavori OG8 con contratto del 9 Agosto 2022, si è protratto fino ad una data successiva alla celebrazione della gara, essendo stata definitivamente approvata una perizia di variante che ha prolungato il contratto fino all'approvazione definitiva da parte dell'Amministrazione avvenuta con decreto dirigenziale del 16 Ottobre 2023”*.

La ricorrente ha replicato all'eccezione di improcedibilità del ricorso sostenendo che la determina n. 963 del 20 dicembre 2023 è stata ritualmente impugnata con il secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 2 febbraio 2024, entro il termine di decadenza decorrente dall'effettiva conoscenza dell'atto conseguente al deposito documentale eseguito dalla controinteressata il 24 gennaio 2024; ha precisato, altresì, che la ricorrente “non ha conosciuto, né tantomeno avrebbe potuto conoscere il citato documento, posto che la gara de qua risultava chiusa e aggiudicata con l'adozione di

una determina di aggiudicazione, la n. 925/2023 qualificata dalla medesima amministrazione come definitiva ed efficace.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche e alla pubblica udienza del 13 marzo 2024, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso avverso il provvedimento di esclusione della ricorrente, alla stregua di quanto si esporrà, è complessivamente infondato e tale esito esonera il Collegio, per evidenti ragioni di economia processuale, dallo scrutinio dell'eccezione in rito sollevata dalla controinteressata.

L'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023 dispone che gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie avvengono nel rispetto del principio di rotazione e il successivo comma 2° specifica che, in applicazione del citato principio, *“è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”*. I “due consecutivi affidamenti” fanno,

quindi, riferimento a quello da aggiudicare e a quello “immediatamente precedente” con la conseguenza che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categorie di opere) e non - come dalla ravvisato dalla parte ricorrente (v. pag. 12- 13 del ricorso introduttivo) - il “terzo” affidamento da parte dell’operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti”, non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4 che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all’affidamento “precedente” e a quello “attuale”. Peraltro, in tal caso, la norma avrebbe utilizzato il termine “abbiano avuto”, piuttosto che “abbiano”, tempo presente che “attualizza” la sequenza temporale al momento immediatamente precedente.

2. Sgomberato il campo dall’individuazione del numero di affidamenti precedenti aventi ad oggetto la medesima prestazione occorre, allora, verificare se, nel caso in esame, la ricorrente sia stata affidataria di appalto di lavori nella medesima categoria immediatamente precedente a quello per cui è causa (come riscontrato dalla S.A.) ovvero

se - come sostenuto dalla difesa della ricorrente - la stessa sia stata aggiudicataria di precedenti lavori "*di natura totalmente differente e dunque non omogenei tra loro*" (pag. 13-14 del ricorso), non consecutivi (in ragione del successivo affidamento di lavori analoghi ad altro operatore) e rispetto ai quali l'atto di sottomissione non costituisce alcun contratto integrativo.

2.1 A tal fine è necessaria la schematica elencazione dei rispettivi provvedimenti, in ordine cronologico, per come ricavabili dalla documentazione in atti:

- con determina n. 262 del 24 aprile 2022 la SA ha aggiudicato alla ricorrente i "lavori urgenti di pulizia idraulica del torrente S. Venera in corrispondenza del ponte SP 59 (Presa - Montargano) e ripristino della sezione idraulica messa in sicurezza della viabilità nel Comune di Piedimonte etneo per l'importo netto contrattuale di € 134.967,32; tali lavori (opere fluviali di difesa, sistemazione idraulica e bonifica, cat. OG8 - class. I) prevedevano interventi di sfalcio/taglio della vegetazione, ricostruzione aree golenali, riparazione argini, pavimentazioni e collocazione di barriere di sicurezza;

- i lavori sono stati ultimati il 18 novembre 2022 come da

verbale sottoscritto dalle parti e depositato in atti;

- il 16 settembre 2022 il direttore dei lavori ha predisposto la relazione tecnica per una perizia di variante in corso d'opera che avrebbe trovato copertura finanziaria "dalla rimodulazione delle voci di cui al quadro economico del progetto originario" comportanti una variazione pari al 0,55 dell'importo originario a base d'asta;

-il 12 aprile 2023, la SA ha aggiudicato ad altro operatore economico lavori per la categoria OG 8- class. I per il ripristino argini ed efficienza idraulica di un tratto del fiume Gornalunga, nel Comune di Ramacca; tali lavori sono stati conclusi il 10 maggio 2023;

- il 28 giugno 2023 l'amministrazione e la ricorrente hanno sottoscritto atto di sottomissione e verbale concordamento nuovi prezzi per l'esecuzione di "alcune categorie di lavori non previsti nel contratto di appalto", descritti a pag. 2 della perizia di variante e finalizzati al ripristino di argini e di due briglie, per far fronte a circostanze emerse durante il corso dei lavori di cui all'aggiudicazione del 24 aprile 2022 con un incremento di spesa di € 7096,00 rispetto all'importo contrattuale originario;

- il 2 agosto 2023 la S.A. ha

comunicato l'invito a presentare l'offerta a 6 operatori economici tra cui l'odierna ricorrente per l'affidamento di lavori di "opere fluviali di difesa, sistemazione idraulica e bonifica, cat. OG8 - class. III (descritti in termini di consolidamento e ricostruzione degli argini e sistemazione delle aree di goleni);

- con D.R.S. n. 1647 del 16 ottobre 2023 è stata approvata in via definitiva la perizia di variante con contestuale liquidazione delle somme di cui alle fatture emesse dalla ricorrente il 12 luglio 2023.

2.2 Dagli atti sopra indicati emerge, quindi, l'immediata sequenza temporale tra la sottoscrizione dell'atto di sottomissione e l'invito alla procedura per cui è causa.

3. Parte ricorrente contesta, inoltre, l'identità delle prestazioni e afferma che l'affidamento precedente si riferiva a opere OG 8, classifica I, mentre quello in esame riguarda opere "OG 8 ma in classifica III e dunque appartenenti a differenti fasce di valori di cui alle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori" e da tale circostanza fa discendere che:

a) la differente classifica correlata al differente importo, in specie molto più elevato del

primo appalto ricevuto dalla ricorrente, muta totalmente l'entità e l'importanza dell'oggetto dell'appalto;

b) l'appartenenza a classifiche diverse comporta anche l'appartenenza "a fasce di valore economiche diverse", con conseguente operatività dell'art. 49, comma 3° che prevede che *"La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6"*.

Le censure sono infondate.

3.1 L'art. 49 cit. pone il divieto di affidamento della successiva commessa *"rientrate nella medesima categoria di opere"*, senza alcun riferimento alle classifiche e ai sottostanti importi, e anche questa previsione riproduce quanto era già indicato al paragrafo 3.6 delle Linee Guida ANAC, n. 4. costantemente interpretato dalla giurisprudenza come regola operante sia in caso di identità, sia in caso di analogia della commessa precedente, con la sola esclusione di lavori oggettivamente diversi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1421; 17 marzo 2021, n. 2292; T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. II, 20 aprile 2022, n. 1130). Nel caso in esame, le categorie di opere

sono le medesime (circostanza questa già sufficiente ad integrare il presupposto richiesto dalla norma) e, in ogni caso, tra i due lavori (quello aggiudicato alla ricorrente e quello per cui è causa) non si rinviene alcuna “sostanziale alterità qualitativa” delle prestazioni che giustificherebbe l’esclusione del principio di rotazione, in quanto entrambi hanno ad oggetto interventi sugli argini dei fiumi.

3.2 E’, inoltre, privo di rilevanza il richiamo di parte ricorrente al comma 3° dell’art. 49 cit. che si riferisce alla facoltà della stazione appaltante di ripartire gli affidamenti in fasce che - ove previamente esercitata - comporta il divieto solo per le medesime fasce; la norma, infatti, va letta unitamente all’allegato II.1 al Codice, all’art. 1, c. 3, lett. a) e b), che - regolamentando la conduzione delle indagini di mercato - stabilisce che *“Le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinate: a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione degli affidamenti; b) le modalità di costituzione e revisione dell’elenco, distinti per categoria e fascia di importo”*.

Nel caso in esame, tuttavia, non risulta adottato alcun regolamento per la ripartizione degli affidamenti in fasce di importo.

4. Parte ricorrente sostiene che, in ogni caso, l'atto di sottomissione (peraltro sottoscritto a ratifica di lavorazioni già eseguite) non può essere considerato come un "nuovo e autonomo contratto modificativo del precedente", trattandosi di prestazioni comportanti un aumento di spese di "appena" € 7096,00 inferiore al cd. "quinto d'obbligo".

Il motivo è infondato.

4.1 E' documentato in atti che le parti abbiano sottoscritto un atto di sottomissione per concordare la realizzazione di lavorazioni "non previste nel contratto di appalto", circostanza questa già sufficiente a far ravvisare la sopravvenienza di un nuovo contratto modificativo del precedente, mentre il richiamo al cd "quinto d'obbligo" (e alla giurisprudenza formatasi sulla diversa questione della "esigibilità" della prestazione contenuta in tale misura) non assume concreta valenza nell'economia della controversia, trattandosi di elemento neutro rispetto al principio di rotazione e alla sua ratio che, come già anticipato, è anche quella di evitare "rendite di posizione" in capo

all'operatore economico che avendo già "operato" con la medesima amministrazione, soprattutto nei mercati in cui il numero di concorrenti non è elevato, ha un'esatta cognizione delle necessità ed esigenze della stazione appaltante, tale da poter agevolmente prevalere sugli altri operatori economici.

4.2 Risulta, inoltre, irrilevante anche il richiamo alla ritenuta esiguità dell'importo dei lavori di cui all'atto di sottomissione posto che il relativo importo (€ 7096,00) è superiore alla soglia fissata dall'ultimo comma dell'art. 49 del D.lgs.36/2023 (*È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro*), oltre la quale l'applicazione del principio di rotazione risulta obbligatoria.

4.3 Alle argomentazioni che precedono consegue il rigetto del ricorso introduttivo e del primo motivo del ricorso per motivi aggiunti.

5. Quanto alle censure mosse avverso il parere ANAC (secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti) è sufficiente osservare che non si tratta di parere di precontenzioso (e di ciò ne dà chiaramente atto il parere medesimo in premessa), ma solo di atto endoprocedimentale avente natura di parere "consultivo"

recante illustrazione e interpretazione della norma, e come tale nemmeno suscettibile di diretta impugnazione.

6. Per tutto quanto sopra esposto l'esclusione della ricorrente dalla gara resiste alle censure formulate nel ricorso introduttivo e nel ricorso per motivi aggiunti e risulta conforme al principio di rotazione; inoltre, la ricorrente, legittimamente esclusa dalla procedura concorsuale, non ha un concreto interesse a contestare l'aggiudicazione della controinteressata per cui il ricorso per motivi aggiunti (limitatamente al terzo motivo) e il secondo ricorso per motivi aggiunti sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse (cfr. tra le tante: Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2021 n. 2521; 12 settembre 2019, n. 6159; 25 giugno 2018, n. 3923; 23 marzo 2018, n. 1849; 8 novembre 2017, n. 5161; 1560; Sez. III, 7 marzo 2018, n. 1461; TAR Sicilia -Catania, Sez. II, 15 giugno 2021, n. 1952).

7. La particolarità delle questioni esaminate e la complessiva evoluzione della vicenda giustificano la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione

staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso introduttivo;
- respinge, in parte, il ricorso per motivi aggiunti e per la rimanente parte lo dichiara improcedibile;
- dichiara improcedibile il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Agnese Anna Barone,
Presidente FF, Estensore

Giovanni Giuseppe Antonio
Dato, Primo Referendario

Calogero Commandatore,
Primo Referendario

Guida alla lettura

Il T.A.R. Sicilia (Prima Sez. di Catania) attraverso il pronunciamento della sentenza n. 1099/2024, pubblicata il 19 marzo u.s., ha compendiato alcuni interessanti spunti esegetico-interpretativi riferentisi all'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei Contratti Pubblici), che involge e cristallizza il c.d. principio di rotazione, e il divieto di più successivi affidamenti consecutivi in capo al medesimo Operatore economico.

Più in particolare, il “*punctum pruriens*” che il Collegio siciliano ha inteso dirimere, atteneva all’individuazione, alla perimetrazione e alla definizione del preciso limite previsto dalla suddetta disposizione normativa, la quale statuisce – “*claris verbis*” – come sia vietato “*l’affidamento o l’aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi*”.

Di talché, la pronuncia *de qua*, si prefigge, pertanto, di delucidare le ragioni per le quali, a mente dell’art. 49 del nuovo Codice, da leggersi sinergicamente, ed in combinato disposto, con le Linee Guida ANAC n. 4, i “due consecutivi affidamenti” poc’anzi menzionati siano pienamente da includersi e ricondursi nella sequenza procedimentale e temporale dell’affidamento da aggiudicarsi, e di quello immediatamente aggiudicato in precedenza.

Da ciò, ne consegue, evidentemente, come non sia possibile procedere a un “secondo affidamento consecutivo”, e non addirittura al “terzo”, in capo al già affidatario di due consecutivi affidamenti, come erroneamente, tendenziosamente e capziosamente tenta di sostenere Parte ricorrente nel giudizio *de quo*.

Una consimile ricostruzione e prospettazione impinge evidentemente con la *ratio* della testé citata disposizione codicistica (così come, inoltre, con il solo chiaro tenore letterale della disposizione di cui qui è causa), così come “chiarificata” e “colorita” dalle succitate Linee Guida ANAC n. 4 (cfr. punto 3.6), e finanche da un consolidato filone giurisprudenziale sedimentatosi sul punto.

All’uopo, e al fine di una migliore comprensione del principio di diritto offerto dal pronunciamento di cui in commento, appare d’utilità ricostruire, “*a latere*”, e in maniera estremamente sintetica e concisa i sottostanti fatti di causa.

Nell’ambito di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, indetta dal Genio Civile di Catania per la realizzazione urgente di interventi da effettuarsi all’interno del demanio idrico-fluviale (per ridurre il rischio idrogeologico) prendeva parte, unitamente ad altri Operatori, la Società ricorrente, la quale, successivamente, veniva poi esclusa, in quanto, la Commissione giudicatrice rilevava come questa risultasse essere già l’affidataria uscente di un precedente contratto stipulato (avente il medesimo oggetto) con la medesima Stazione appaltante.

Indi per cui, rientrando pienamente tale circostanza all’interno del più volte citato divieto di cui all’art. 49 del nuovo Codice, il seggio di gara confermava, dopo aver formulato, vieppiù, un apposito quesito sul punto ad ANAC, l’esclusione dalla testé descritta procedura di gara della Società, che, in ragione di ciò, adiva l’Ecc.mo T.A.R. di cui in epigrafe, articolando un unico motivo di diritto, ove si doleva – *in nuce* – del fatto che non si potesse configurare il divieto di cui *supra*, in quanto, tra il precedente appalto aggiudicato in suo favore, e quello oggetto della procedura in fase di svolgimento, l’Amministrazione aveva – *medio tempore* – affidato la commessa ad un altro Operatore rientrante nella medesima categoria, determinando, con ciò, evidentemente, l’insussistenza del necessario e richiesto requisito della “*consecutio*”.

L'adito Collegio, nella trattazione della questione postagli, esordiva evidenziando come il ricorso, e le statuizioni offerte da Parte ricorrente fossero – *ab imis e prima facie* – destituite di qualsivoglia fondamento, mediante il richiamo, *in primis*, al chiaro tenore letterale di cui al disposto dell'art. 49 del nuovo Codice, che si rimembra, prevede come sia “*vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi*”.

Dunque, sussumendo gli elementi di fatto e le circostanze del caso di specie di cui in commento, a quanto poco *ut supra* detto, “*in claris non fit interpretatio*”; un eventuale e ulteriore affidamento in capo al concorrente quivi correttamente escluso, avrebbe configurato appieno la fattispecie di un secondo consecutivo affidamento in capo al medesimo soggetto, in aperta violazione dell'*animus* del citato principio di rotazione.

Vieppiù, la generale limitazione di cui alla novella codicistica (art. 49), prescinde dal considerare ulteriori aspetti quali le classifiche di gara e gli importi da affidare, bastando solamente che i due affidamenti consecutivi abbiano ad oggetto la medesima categoria merceologica (a nulla rilevando altro).

Pertanto, nel caso *de quo*, gli affidamenti riguardavano interventi da realizzarsi sugli argini di fiumi, e, dunque, rientravano all'interno del medesimo ambito oggettivo.

Giacché, se ne inferisce come, la *ratio* del principio di rotazione sia quella di garantire e assicurare la piena concorrenza tra Operatori economici, mediante la turnazione degli stessi, al fine, di assicurare un servizio e/o un risultato finale di elevata qualità per la collettività, evitando che si possa creare un surrettizio ed esecrabile “monopolio (*melius*: oligopolio) *de facto*”.

Appare, però, corretto porre anche in luce come, la sentenza di cui in commento, rimembri, inoltre, come il nuovo Codice abbia previsto anche alcune mitigazioni al qui delucidato principio di rotazione, il quale non si applica, *sic et simpliciter*, in relazione ai c.d. microaffidamenti (quelli di importo inferiore ad Euro cinquemila), ovvero quando siano assenti differenti alternative, in ragione della struttura del mercato (la deroga deve essere adeguatamente motivata), e, infine, finanche quando l'Operatore affidatario uscente abbia accuratamente svolto l'esecuzione del contratto affidatogli.

In conclusione, per tutto quanto sin qui ricostruito, si può ben comprendere come il principio di rotazione trovi applicazione nei casi in cui la Stazione appaltante intenda “assegnare” la realizzazione di un *opus* (ovvero di un servizio) mediante il ricorso all'affidamento diretto, ovvero mediante procedura negoziata in cui la stessa individui i soggetti da invitare, e si debba necessariamente riferire alla procedura da affidarsi, e a quella immediatamente affidata precedentemente (all'interno del medesimo ambito e settore), salvo le deroghe tassative poco sopra indicate.

