

N. 01385/2024REG.PROV.COLL.

N. 09770/2023 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 numero di registro generale 9770 del 2023, proposto da Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8977335B31, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfonso Erra e Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Como, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Chiara Piatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore n.22;

***nei confronti***

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

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 2548/2023, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Como e di Zini Elio s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura negoziata tra cinque operatori economici – da selezionare previa manifestazione di interesse ed eventuale sorteggio - per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità post incidente nel proprio territorio, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta con determinazione 26 novembre 2021 dal Comune di Como.

2. Con nota 11 ottobre 2022 il Comune di Como ha presentato istanza di parere di precontenzioso all'Anac ai sensi dell'art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016 in merito alla

sussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio di rotazione e per la conseguente esclusione dalla procedura di gara della Sicurezza e Ambiente s.p.a. (di seguito: "SA"), risultata prima in graduatoria.

3. Con delibera n. 563 del 30 novembre 2022 l'Anac ha sostenuto nel proprio parere che:

- la procedura negoziata non è assimilabile ad una procedura aperta e che, pertanto, ricade nell'ambito di applicazione del principio di rotazione;
- la clausola dell'avviso va interpretata come riferita all'ultimo concessionario del servizio, a prescindere dalle modalità con cui lo stesso gli è stato affidato;
- se la ricostruzione prospettata dalla Zini Elio s.r.l. (di seguito: "Zini") è positivamente riscontrata dalla stazione appaltante, la rotazione opera nei confronti della SA che avrebbe dovuto essere esclusa dal campione oggetto del sorteggio dei candidati invitati a presentare offerta.

4. Con determina n. 864 del 6 aprile 2023 il Comune ha escluso dalla gara SA, in conformità a quanto affermato dell'Anac nel parere, ritenuto avere carattere vincolante, avendo la stazione appaltante, nell'istanza di precontenzioso, dichiarato di volersi attenere ad esso, ai sensi dell'art. 211 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016, e ha disposto l'aggiudicazione in favore della Zini.

5. Con ricorso al Tar Lombardia – Milano SA ha domandato l'annullamento del provvedimento di esclusione, unitamente alla nota di comunicazione della determina, alla delibera dell'Anac n. 563 del 30 novembre 2022, alla relazione del rup del 31 marzo 2023, all'avviso del 10 dicembre 2021, alla lettera d'invito del 28 dicembre 2021 e al capitolato.

6. Con motivi aggiunti SA ha formulato un'ulteriore censura poiché l'affidamento in via temporanea, nelle more dell'espletamento di una nuova gara d'appalto, di parte

delle prestazioni previste dalla concessione alla Aprica s.p.a., sarebbe stata occultata all'Anac ed escluderebbe che la ricorrente possa essere ritenuto gestore uscente.

7. Zini ha proposto ricorso incidentale avverso il provvedimento di esclusione di SA.

8. Il Tar, con sentenza 31 ottobre 2023 n. 2548, ha dichiarato il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti in parte irricevibili e in parte inammissibili e ha dichiarato il ricorso incidentale improcedibile.

9. La sentenza è stata appellata da SA con ricorso n. 9779 del 2023, nella parte in cui il giudice di primo grado ha dichiarato il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti in parte irricevibili e in parte inammissibili.

10. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti il Comune di Como e Zini.

11. All'udienza del primo febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

12. L'appello è fondato, dovendo quindi riformarsi la sentenza di rito pronunciata dal giudice di primo grado nella parte gravata, in cui il giudice di primo grado ha dichiarato il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti in parte irricevibili e in parte inammissibili.

Sono infondati i motivi riproposti in appello, dedotti in primo grado con il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, in quanto non esaminati dalla sentenza di rito qui gravata.

13. Con il ricorso l'appellante ha dedotto la ricevibilità del ricorso introduttivo, con conseguente riforma anche della statuizione di inammissibilità dei rimanenti motivi contenuti nel ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

13.1. Il Tar ha dichiarato il ricorso introduttivo tardivo rispetto alla delibera Anac n. 563 del 30 novembre 2022, avente *“portata immediatamente lesiva per la Sicurezza e*

*Ambiente s.r.l., essendosi il Comune di Como obbligato a conformarsi?”. La conseguenza è che l’impugnazione (in data 11.5.2023) di tale atto presupposto (notificato alla ricorrente in data 14.12.2022) è tardiva”, con la conseguenza che è “inammissibile per carenza di interesse la restante parte del ricorso e dei motivi aggiunti proposti avverso la consequenziale determinazione n. 864/2023, con cui il Comune ha disposto l’esclusione della ricorrente per i motivi affermati nel parere dell’Anac e senza effettuare alcuna ulteriore, autonoma, valutazione”.*

Il Tar ha inoltre dichiarato, con pronuncia non impugnata, *“improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale, dal cui ipotetico accoglimento la società controinteressata, avendo conservato l’aggiudicazione, non potrebbe conseguire alcuna utilità addizionale”.*

13.2. La sentenza (di rito) merita di essere riformata nella parte gravata con il ricorso in appello (il capo relativo all’improcedibilità del ricorso incidentale non è stato impugnato).

13.3. L’art. 211 dispone che *“su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l’Anac esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell’articolo 26 del codice del processo amministrativo”.*

Dal tenore di questa norma emerge che, in sede di precontenzioso, l’Anac può esprimere pareri vincolanti e pareri non vincolanti.

In merito agli effetti e all'impugnabilità della delibera Anac resa ai sensi dell'art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove vi abbia aderito solo una parte, nel caso di specie l'Amministrazione, si confrontano due orientamenti.

Secondo un primo orientamento, al quale si è conformato il Tar, la delibera Anac è immediatamente lesiva e quindi autonomamente impugnabile (senza attendere il conseguente provvedimento dell'Amministrazione). Ciò in quanto l'obbligo assunto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. n. 50 del 2016 rende il parere dell'Anac immediatamente lesivo anche per l'operatore che non vi abbia aderito, dal momento che la valutazione dell'Anac è destinata ad essere recepita dall'Amministrazione nelle proprie determinazioni. Il fondamento normativo della tesi è individuato nell'art. 211 del d.lgs. n. 50 del 2016, che non condiziona il carattere vincolante e l'impugnabilità del parere all'adesione di tutte le parti all'istanza di precontenzioso.

L'opposta tesi si rinviene in alcune pronunce della Sezione, la n. 2585 del 2021, la n. 1620 del 2022 e la n. 253 del 2024.

Con la prima pronuncia la Sezione ha rilevato che, nell'ambito della disciplina di cui all'art. 211 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, deve *“ritenersi che l'onere di immediata impugnazione previsto dalla disposizione in esame vada circoscritto alla sola ipotesi in cui tutte le parti interessate abbiano preventivamente prestato il consenso ad attenersi al parere dell'ANAC”* (Cons. St., sez. V, 29 marzo 2021 n. 2585). Anche con la terza pronuncia la Sezione ha ritenuto il parere di precontenzioso Anac *“non vincolante nel caso di specie, atteso che l'iniziativa era stata intrapresa non dalla stazione appaltante, bensì da operatori del mercato, non sussistendo, quindi, il presupposto del previo assenso alla sua efficacia vincolante da parte dei soggetti titolari di posizioni giuridiche confliggenti, tra le quali è insorta la questione giuridica oggetto dell'istanza di parere”* (8 gennaio 2024 n. 253).

La tesi poggia sull'art. 4 comma 1 del regolamento dell'Anac *“in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 Dlgs 50/2016”*, in base al quale quando *“l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante”*.

Con la seconda sentenza la Sezione ha ritenuto che *“il parere reso dall'ANAC ai sensi dell'art. 211 del D.Lgs. n. 50 del 2016 non è vincolante per le parti che non abbiano previamente acconsentito ad attenersi a quanto da esso stabilito, come avvenuto nell'ipotesi di specie, laddove solo il Comune [...] aveva previamente manifestato la volontà di volere aderire al parere dell'ANAC”* (n. 1620 del 2022). Il fondamento normativo si rinviene nell'art. 211 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove stabilisce che *“Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”*.

Il Collegio ritiene che, indipendentemente dall'orientamento da seguire, in ogni caso nel caso di specie il ricorso introduttivo non sia tardivo.

Ciò in quanto, se si concorda con la tesi già seguita dalla Sezione ritenendo il parere reso dall'Anac non vincolante in mancanza del consenso di tutte le parti o comunque vincolante solo la parte che vi ha aderito, il ricorso introduttivo, proposto nel rispetto del termine di decadenza decorso a partire dalla data del provvedimento comunale escludente, è tempestivo.

Se invece si ritiene di conformarsi alla tesi del Tar, ritenendo quindi che il ricorso dovesse essere presentato nel termine di decadenza da computare a partire dal parere Anac, deve comunque ritenersi applicabile l'istituto dell'errore scusabile.

*“La rimessione in termini per errore scusabile mira a evitare che le intervenute decadenze per decorso dei termini perentori possano danneggiare la parte che vi sia incorsa senza colpa; la sua concedibilità presuppone, pertanto, una situazione normativa confusa oppure uno stato di incertezza per*

*l'oggettiva difficoltà di interpretazione di una norma o, ancora, per contrasti giurisprudenziali esistenti o per il comportamento equivoco, contraddittorio o comunque non lineare dell'amministrazione, idoneo ad ingenerare convincimenti non esatti o, comunque, un errore non imputabile al ricorrente"* (Cons. st., sez. VII, 8 febbraio 2023 n. 1410)

Nel caso di specie, a fronte di una giurisprudenza non univoca, questa Sezione si è pronunciata nel senso che consente di ritenere il ricorso introduttivo tempestivo.

Posto che la giurisprudenza della Sezione ha deciso nelle predette occasioni nel senso di consentire al privato di attendere il provvedimento dell'Amministrazione successivo al parere Anac prima di presentare ricorso, la decisione della parte di attendere ad impugnare il parere Anac non è censurabile.

La stessa disciplina normativa e in particolare il regolamento dell'Anac hanno una portata di non agevole interpretazione, così come evidenziato anche dal parere reso dal Consiglio di Stato in sede di adozione dello stesso.

In base al regolamento Anac *ratione temporis* vigente, da un lato, si è già visto che l'art. 4 comma 1 stabilisce che il parere non è vincolante se l'istanza presentata da una parte singolarmente.

Dall'altro lato, è previsto che *"Quando l'istanza è presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso, il parere stesso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito"* (art. 5 comma 1). Sicché, disponendo che il parere sia vincolante per le parti che vi hanno acconsentito, può essere interpretato nel senso che possa esservi il caso in cui il parere sia vincolante (per le parti che hanno manifestato il consenso) anche se non tutte le parti vi hanno acconsentito.

In sede consultiva lo stesso Consiglio di Stato ha evidenziato che *"La formulazione letterale della disposizione primaria, secondo cui "Il parere obbliga le parti che vi abbiano*

*preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”, depone nel senso che l’efficacia vincolante si espliciti “solo nei confronti di quelle che hanno prestato il consenso”.*

Dall’altro lato, la Commissione speciale ha osservato che l’efficacia soggettiva variabile compromette, se non l’effetto di deflazione, la linearità del sistema, facendo riferimento al caso (analogo a quello qui controverso) della stazione appaltante che, *“sottoposta all’efficacia vincolante del parere, decida di adeguarsi ad esso”*: *“la parte che non è sottoposta alla forza vincolante del parere potrà limitarsi a dedurre l’inefficacia nei suoi confronti, con la conseguenza che – se sfavorevole – non sarà tenuta per tutelarsi a impugnarlo o a partecipare al giudizio da altri instaurato”* e tuttavia *“resterà pur sempre pregiudicata dal provvedimento adottato sulla base di tale parere, ragion per cui dovrà impugnarlo”*.

La giurisprudenza e la disciplina dell’istituto giustificano quindi il riconoscimento nel caso di specie dell’errore scusabile.

13.4. La sentenza merita pertanto di essere riformata nella parte in cui ha ritenuto tardivo il ricorso introduttivo avverso la delibera Anac n. 563 del 30 novembre 2022, e quindi *“inammissibile per carenza di interesse la restante parte del ricorso e dei motivi aggiunti proposti avverso la consequenziale determinazione n. 864/2023, con cui il Comune ha disposto l’esclusione della ricorrente per i motivi affermati nel parere dell’Anac e senza effettuare alcuna ulteriore, autonoma, valutazione”*.

14. Riformata in rito la statuizione avverso il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti debbono essere scrutinati i motivi di merito ivi contenuti e riproposti con il ricorso in appello.

15. Con il primo motivo l’appellante ha dedotto che la procedura indetta dal Comune è aperta al mercato e conseguentemente, in conformità alle Linee guida Anac e alla giurisprudenza, SA è legittimata a partecipare alla procedura in esame.

15.1. Il motivo è infondato.

15.2. La procedura in esame è una procedura negoziata ai sensi dell'art. 1 comma 2 lett. b) d.l. n. 76 del 2020 (così dall'avviso pubblico).

L'art. 1 comma 2 lett. b) d.l. n. 76 del 2020 ha ad oggetto una “*procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*”.

E' quindi la stessa disciplina legislativa a fare riferimento a una procedura a inviti.

Del resto, nella procedura qui controversa, a seguito della manifestazione di interesse da parte di dieci operatori del settore, ne sono stati invitati cinque a seguito di sorteggio (così la relazione del rup 31 marzo 2023).

La procedura qui controversa non è quindi aperta, non offrendo a chiunque sia interessato e abbia i requisiti di presentare l'offerta, ma solo a chi è invitato (così dalla determina 25 novembre 2021), indipendentemente dalla modalità con la quale sono scelti gli invitati, cioè dal sorteggio: il dato rilevante è costituito dal fatto che la procedura sia aperta, o meno.

Nel caso di specie non si riscontra quindi quella causa ostativa all'applicazione del principio di rotazione che è rappresentata dal fatto che la gara sia aperta. Nell'ipotesi della procedura aperta non ricorre infatti la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione, il quale, in attuazione del principio di concorrenza (nella dimensione temporale), ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato (Cons. St., sez. V, 24 maggio 2021 n. 3999).

Il precedente richiamato dall'appellante, la sentenza n. 3999 del 2021 di questa Sezione, si riferisce proprio a un caso in cui “*il procedimento di gara si è svolto sulla*

*piattaforma M.E.P.A., mediante richiesta di offerta rivolta a tutti gli operatori iscritti al portale telematico”.*

In ogni caso il riferimento legislativo alla necessità di rispettare il principio di rotazione non consente di optare per la soluzione che non ritiene applicabile al caso di specie detto criterio di gara.

16. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto che Anac e Comune avrebbero illegittimamente interpretato il punto 11 dell'avviso pubblico, così escludendo illegittimamente l'appellante. In particolare *“La clausola in questione veniva interpretata dall'ANAC e dal Comune nel senso di fondare l'esclusione anche di quegli o.e. come SA che avessero comunque svolto medio tempore il servizio”.*

16.1. Con ulteriore motivo (contenuti nei motivi aggiunti presentati al Tar) l'appellante ha dedotto che il criterio di rotazione avrebbe dovuto applicarsi ad Aprica s.p.a., ultimo operatore cui è stato affidato il servizio in gara. Sul punto ha altresì contestato che la circostanza non sarebbe stata resa nota ad Anac, né all'appellante.

16.2. In via pregiudiziale è infondata l'eccezione di inammissibilità dei suddetti motivi, o di parti di essi, fondata sulla violazione dell'art. 101 c.p.a., per generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado: atteso che la sentenza gravata pronuncia una decisione di rito le censure di merito non possono che essere riproposte nella formulazione iniziale.

16.3. Nel merito i motivi, che si esaminano congiuntamente in quanto connessi dal punto di vista oggettivo, sono infondati.

16.4. In seguito allo svolgimento di una procedura su Mepa, SA è risultata aggiudicataria della concessione di servizi di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse dal verificarsi di incidenti stradali (determinazione

dirigenziale n. 128 del 29 gennaio 2014), per un valore stimato pari ad €. 30.000,00 per tre anni, senza oneri a carico dell'Amministrazione comunale, con la specifica che i servizi resi sarebbero stati *“senza esborsi economici a carico dell'Amministrazione Comunale, in quanto i costi sono sostenuti dalle compagnie di assicurazione che coprono la Responsabilità Civile Auto (RCA)”*.

La concessione aveva ad oggetto non solo lo spazzamento e il recupero dei rifiuti su strada a seguito di incidente ma anche altre prestazioni, quali gli *“interventi standard”*, quali il ripristino della sicurezza stradale compromessa dal verificarsi di incidenti stradali che comportino l'aspirazione dei liquidi inquinanti versati e il recupero dei detriti solidi dispersi, gli *“interventi senza individuazione del veicolo responsabile”*, gli *“interventi perdita di carico”*, la *“messa in sicurezza del perimetro stradale”* attraverso il posizionamento di barriere provvisorie, cartellonistica, lampade atte a delimitare la zona interessata e segnalare la situazione di pericolo e la *“rimozione veicoli”*, servizio di rimozione, trasporto, demolizione, radiazione e cancellazione dal P.R.A. dei veicoli a motore o non, rinvenuti dalle Forze dell'Ordine, su aree pubbliche e proprie pertinenze e nelle aree private di uso pubblico, quando siano in stato di abbandono evidente.

In seguito alla scadenza dell'affidamento, dal 2017 al 2021, SA ha continuato a eseguire, di fatto, gli interventi di ripristino viabilistico post incidente (nota della polizia municipale 29 maggio 2023 n. 40088211).

A partire dal 29 marzo 2021, una parte delle prestazioni oggetto della precedente concessione (e, segnatamente, le sole prestazioni di spazzamento e recupero rifiuti) sono state affidate ad Aprica s.p.a., nell'ambito del (diverso) contratto di gestione del servizio di nettezza urbana, già in essere con la stessa (nota 17 febbraio 2022 e 27 maggio 2022).

Il capitolato speciale d'appalto del servizio di nettezza urbana in essere con la società Aprica s.p.a., infatti, al punto 5b, rubricato "Pulizia strade manuale" prevede, testualmente, tra l'altro di "intervenire quando necessario, anche in combinata con le spazzatrici, in caso di residui sversati sul suolo pubblico a seguito di incidenti".

Nel frattempo è stata bandita la procedura qui controversa, che ha ad oggetto servizi omogenei a quelli oggetto della precedente procedura del 2013 (eseguiti da SA), come all'art. 2 del capitolato speciale.

Le circostanze di fatto che hanno caratterizzato l'avvicendamento nell'erogazione del servizio non sono tali da far ritenere che il criterio della rotazione non dovesse applicarsi nel caso di specie nei confronti di SA.

Innanzitutto non rileva il fatto che negli ultimi tre anni (precedenti alla gara de quo) SA non si sia aggiudicata il servizio, quanto il fatto che il servizio sia stato svolto in precedenza.

Non depone in senso contrario la circostanza che nel punto 11 dell'avviso di manifestazione d'interesse si legga che "l'eventuale sorteggio degli operatori economici avverrà nel rispetto dei principi di concorrenza e rotazione degli inviti e degli affidamenti, in applicazione delle Linee Guida ANAC n. 4, [...] e che pertanto verranno esclusi dal campione oggetto di eventuale sorteggio i candidati che abbiano partecipato, in veste di concorrenti, all'ultima procedura di affidamento aggiudicata nel triennio antecedente la scadenza del termine per la presentazione di manifestazioni di interesse relative allo stesso servizio oggetto della presente concessione."

La disposizione va interpretata alla luce del principio di rotazione così come previsto dalla legge (nel caso di specie l'art. 1 comma 2 lett. b) d.l. n. 76 del 2020), non potendo ammettersi, a fronte di un obbligo legislativo, che la *lex specialis* vi deroghi.

E il principio di rotazione, per come interpretato dalla giurisprudenza, non ha riguardo al fatto che il precedente affidamento sia il risultato di un'aggiudicazione ottenuta nel periodo di riferimento, avendo piuttosto riguardo a chi ha svolto quel servizio in detto lasso di tempo, indipendentemente dal criterio utilizzato per scegliere il precedente affidatario.

La giurisprudenza ritiene infatti che “*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*” (Cons. St., sez. V, 2 luglio 2002 n. 4252).

La circostanza pertanto che la *lex specialis* faccia riferimento “*all'ultima procedura di affidamento aggiudicata nel triennio antecedente*” non va interpretata nel senso che deve essersi svolta la procedura di aggiudicazione nell'ultimo triennio ma che deve essere stato svolto il servizio in quel lasso temporale.

Che, altrimenti, un principio posto a tutela della concorrenza, come il principio di rotazione, andrebbe ad avvantaggiare i soggetti che hanno ottenuto il servizio senza gara.

Né il servizio svolto da Aprica s.p.a. nelle more della nuova gara costituisce elemento idoneo a ritenere inapplicabile a SA la rotazione.

L'appellante ha dedotto che “*al momento della pubblicazione dell'avviso, Aprica, e non SA, era il “gestore uscente”*”, pertanto, in tesi, la rotazione avrebbe dovuto riguardare detto operatore, non l'appellante.

A tal fine SA ha richiamato, per superare le obiezioni fondate sul fatto che Aprica s.p.a. ha svolto il servizio per soli otto mesi, limitato alle sole attività di spazzamento e recupero rifiuti e non esteso ai servizi aggiuntivi e ha effettuato 46 interventi dal marzo 2021 al giugno 2022 a fronte dei 476 interventi effettuati da SA, la

giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 17 marzo 2021 n. 2292 e 5 marzo 2019 n. 1524), che ritiene sufficienti ad applicare il principio di rotazione la continuità di settore merceologico e l'analogia di prestazioni, oltre alla posizione dell'Anac, espressa nel punto 3.6 delle Linee guida n. 4 (*“si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti”* e *“si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di 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?”*).

Al riguardo non può non rilevarsi che detta giurisprudenza, così come le Linee guida Anac, sono volti a individuare le condizioni di applicabilità del criterio della rotazione degli operatori, sicché essi sono interpretati, alla luce del principio di concorrenza che informa tutta la disciplina delle gare pubbliche e, in particolare, il criterio della rotazione, nel senso di ritenere sufficiente che sussistano le condizioni sopra richiamate.

Nel caso di specie le suddette regole ermeneutiche sono invece utilizzate al fine di scegliere fra gli operatori quello al quale applicare il criterio di rotazione.

Ebbene in tal caso, dove, nella prospettiva delineata dall'appellante, non si sta disquisendo in ordine all'*an* di applicazione dello stesso ma al come e al chi, la scelta fra i due operatori, l'appellante e Aprica s.p.a., depone nel senso di ritenerlo applicabile al primo.

In particolare, la scelta è fra il soggetto che ha gestito la concessione di servizi avente ad oggetto il ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse dal verificarsi di incidenti stradali, cioè un servizio pressoché sovrapponibile a quello in gara per quasi otto anni, con una breve interruzione finale, e Aprica s.p.a..

Quest'ultima società ha svolto un servizio non sovrapponibile a quello in gara.

Il servizio in gara infatti, così come quello svolto da SA, è una concessione di servizi di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse dal verificarsi di incidenti stradali, ha ad oggetto non solo lo spazzamento e il recupero dei rifiuti su strada a seguito di incidenti ma una tipologia di prestazioni più complesse, una durata diversa e un numero di prestazioni differenti.

Aprica s.p.a. ha svolto il servizio in quanto affidataria di un precedente contratto stipulato con il Comune per l'esercizio del (diverso) servizio di gestione del servizio di nettezza urbana (dalla nota 27 maggio 2022 si evince che lo svolgimento temporaneo del servizio è stato chiesto ad Aprica s.p.a. in quanto "*ditta, Aprica Spa, che gestisce la nettezza urbana*"), nell'ambito del quale è previsto (anche) il servizio di pulizia delle strade meccanizzata e manuale nonché, a richiesta, i servizi integrativi e aggiuntivi (art. 2 lett. f). Nell'ambito di detto contratto, qualificabile in termini di appalto, detto ultimo servizio non rappresenta un aspetto centrale dell'obbligazione assunta, ma assume una rilevanza marginale.

La diversità fra il contratto di concessione stipulato con SA nel 2014 (analogo a quello in gara) e quello stipulato con il Comune da Aprica s.p.a. è attestata anche dal fatto che detti contratti sono stati efficaci nello stesso periodo e pertanto, in mancanza di diversità fra gli stessi, uno dei due non avrebbe potuto che essere ultroneo.

Pertanto l'affidamento ad Aprica s.p.a. riguarda un contratto diverso e un settore diverso.

Quanto sopra consente anche di superare il profilo dell'asserita carenza di immediatezza fra il precedente rapporto contrattuale di SA con il Comune di Como e il contratto oggetto della gara controversa, atteso appunto che l'affidamento ad

Aprica s.p.a. è diverso da quello in gara. Detta diversità è resa ancor più evidente dal fatto (di per sé solo non determinante ma indicativo nel caso di specie in quanto si aggiunge alla riscontrata diversità) che le prestazioni di Aprica s.p.a. sono state nelle more della conclusione della procedura di gara e quindi in funzione della stessa, non determinando alcuna soluzione di continuità fra la fase di svolgimento del servizio da parte di SA e la gara, in quanto il relativo rapporto temporaneo ha piuttosto reso possibile l'espletamento della gara avente ad oggetto la concessione del più ampio servizio sopra delineato, avente ad oggetto non un appalto di nettezza urbana ma una concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e viabilità post incidente.

In detta prospettiva la stessa *ratio* proconcorrenziale dell'istituto impone di ritenere che debba essere sacrificata la posizione dell'operatore che ha consolidato la rendita di posizione nel triennio precedente all'indizione della nuova gara, cioè SA. Ciò in quanto la funzione del criterio di rotazione è quella di evitare che *“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”*, così prevalendo in ragione dell'asimmetria informativa sui concorrenti (Cons. St., sez. V, 17 marzo 2021 n. 2292): e nel caso di specie il patrimonio informativo non può ritenersi che sia appannaggio di Aprica s.p.a., interessata da un rapporto temporalmente e contenutisticamente limitato, di natura diversa (in quanto non concessoria) rispetto a quello in gara.

Del resto, l'Anac ha previsto, nelle Linee guida n. 4, che *“l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate*

*aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici"* (punto 3.6., ultimo periodo), così evidenziando la portata sostanziale dell'istituto.

Né in tale contesto, nel quale il criterio di rotazione è funzionale all'implementazione della concorrenza per il mercato, può agitarsi il principio del *favor participationis* al fine di interpretare in senso anticoncorrenziale il criterio stesso, così non applicandolo in un caso in cui si è consolidata, nei termini sopra illustrati, la rendita di posizione nello svolgimento del servizio.

Infine, circa il rilievo della mancata rappresentazione ad Anac della circostanza dell'affidamento del servizio ad Aprica s.p.a., si rileva che nella stessa delibera Anac si legge che, dopo il 29 marzo 2021, "una parte delle prestazioni (spazzamento e recupero rifiuti) sono state affidate ad un altro operatore nell'ambito di un altro contratto in essere". Il riferimento è evidentemente alla posizione di Aprica s.p.a.. Non può quindi ritenersi che l'Anac abbia deciso non conoscendo la suddetta circostanza.

Infine, neppure l'appellante è stato pregiudicando in ragione della tempistica di conoscenza di detto affidamento all'Anac, avendo potuto presentare i motivi aggiunti davanti al Tar.

17. In ragione di quanto sopra sono quindi infondati i motivi dedotti in primo grado a supporto della domanda demolitoria degli atti impugnati.

Ciò esime il Collegio dal valutare la domanda di tutela in forma specifica e di risarcimento per equivalente.

18. In conclusione, l'appello deve essere accolto nei termini di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere respinti il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

La particolarità e la novità delle questioni sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Sara Raffaella Molinaro**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO