

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4432 del 17 maggio 2024

Appalti di lavori – Principio di rotazione – Stessa categoria merceologica affidamenti – Deroghe solo se puntualmente motivate

Pubblicato il 17/05/2024

N. 04432/2024REG.PROV.COLL.

N. 07171/2023 REG.RIC.



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 7171 del 2023, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

Comune di (...), non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 01055/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2023 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati (...), in sostituzione di (...), e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo per la Calabria - sede di Catanzaro - dopo aver concesso la richiesta tutela cautelare con ordinanza confermata dal Consiglio di Stato (cfr. ord., sez. V, n. 743 del 24 febbraio 2023) - ha accolto il ricorso della (...) S.r.l., seconda classificata nella procedura negoziata indetta, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) l. 120/2020, con invito rivolto a dodici operatori in possesso dell'attestazione SOA in categoria prevalente OG3, classifica IV, dal Comune di (...) per l'affidamento dell'appalto dei lavori di *“prolungamento lungomare viale Magna Grecia”*, nel tratto tra il -OMISSIS- e l'hotel -OMISSIS-, da aggiudicarsi secondo il criterio del maggior ribasso percentuale, per un importo di €.2.291.181,32 (oltre oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati, ovvero: i) la nota prot. -OMISSIS- del 3 novembre 2022 di individuazione degli operatori economici coi quali negoziare, nella parte in cui è stato disposto l'invito di -OMISSIS- (di seguito solo *“-OMISSIS-”*); ii) la determinazione dirigenziale -OMISSIS- del 4 novembre 2022 contenente determina a contrarre relativa all'appalto in questione nella sola parte in cui è stata ammessa la controinteressata -OMISSIS- nonché iii) la determinazione dirigenziale del Comune di (...) -OMISSIS- del 28 dicembre 2022 di aggiudicazione dell'appalto disposta a favore del predetto operatore economico.

2. In particolare, il Tribunale ha ritenuto fondate entrambe le censure formulate

coi motivi di ricorso che si appuntavano rispettivamente:

a) sulla violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016, in quanto il Comune non avrebbe dovuto invitare l'aggiudicataria -OMISSIS- che era stata affidataria uscente dei precedenti lotti funzionali relativi al medesimo intervento oggetto della controversa procedura (ossia il 3° lotto funzionale);

b) sulla violazione della disciplina normativa di cui all'art. 80, comma 5, lett f-*bis*) e c-*bis*) d.lgs. 50/2016 in materia di obblighi dichiarativi dei partecipanti alle pubbliche gare, in relazione a un grave illecito professionale commesso dall'operatore economico, il quale aveva dichiarato nel DGUE di non aver violato obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro, pur in presenza dei verbali di prescrizione e contravvenzione a carico del Presidente del C.d.A., direttore tecnico e socio, nonché del procuratore della società e di una sentenza del Tribunale Civile di differente tenore che aveva riconosciuto la responsabilità del predetto operatore economico in relazione a un infortunio con esito mortale per tre operai della ditta verificatosi il 5 aprile 2018 sul cantiere relativo al II ° lotto funzionale del medesimo intervento.

2.1. Con riferimento a quest'ultimo profilo, la sentenza ha esaminato le doglianze per completezza, riconoscendo che dalla violazione degli obblighi dichiarativi, come effetto conformativo, non poteva derivare alcun automatismo espulsivo, ma solo la riedizione del potere amministrativo per le valutazioni riservate alla stazione appaltante (che avrebbe dovuto pronunciarsi sull'affidabilità dell'operatore alla luce degli eventi occorsi nell'affidamento del c.d. lotto 2 ai fini della sua ammissione alla gara): tuttavia, tale effetto conformativo non ha avuto luogo, data la valenza assorbente dell'accoglimento delle censure sulla violazione del principio di rotazione, di per sé idonee a inficiare l'ammissione della controinteressata alla procedura e, quindi, l'aggiudicazione disposta a suo favore.

2.2. La sentenza ha quindi accolto la domanda risarcitoria in forma specifica nei

termini precisati in motivazione, stabilendo l'obbligo del Comune *“di aggiudicare l'appalto oggetto dell'odierna controversia alla ricorrente (...) srl, seconda classificata in graduatoria, salvo l'esito positivo delle verifiche di legge in ordine ai requisiti di quest'ultima, analogamente a quanto disposto in sede di aggiudicazione”*.

3. Contro la sentenza la società -OMISSIS- ha proposto appello, affidando la domanda di riforma a tre motivi con cui ha censurato la sentenza per aver dichiarato tardiva la documentazione depositata con la memoria di replica il 27 maggio 2023 e, nel merito, ne ha dedotto l'erroneità sia nella parte in cui ha riconosciuto la violazione del principio di rotazione che in quella in cui ha ravvisato, nei termini ivi precisati, la violazione degli obblighi dichiarativi da parte dell'operatore economico.

3.1. Il Comune, sebbene ritualmente evocato, non si è costituito in giudizio.

3.2. Si è invece costituita in resistenza l'originaria ricorrente, la quale ha domandato il rigetto dell'appello e ha altresì depositato in atti i provvedimenti con cui il Comune di (...), preso atto della sentenza, ha disposto l'esclusione dalla procedura di -OMISSIS- e aggiudicato i lavori alla seconda classificata (determinazioni dirigenziali -OMISSIS- del 2023 e -OMISSIS- del 2023), nonché il verbale di consegna dei lavori del III lotto e il contratto di appalto stipulato con la stazione appaltante il 23 ottobre 2023.

3.3. Con decreto presidenziale n. 3720 del 4 settembre 2023 è stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche *“ai soli fini della inibizione della stipulazione del contratto nelle more della definizione collegiale dell'incidente cautelare”* ed è stata fissata la camera di consiglio del 14 settembre 2023, all'esito della quale, con ordinanza n. 3786 del 15 settembre 2023, il Collegio, ravvisando la prevalenza dell'interesse pubblico all'avvio dell'opera, ha respinto l'istanza cautelare e ha fissato l'udienza di merito.

3.4. All'udienza del 14 dicembre 2023, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. L'appello è infondato.

5. Non può innanzitutto condividersi il primo motivo di appello, con il quale si sostiene la tempestività della documentazione allegata alla memoria depositata il 27 maggio 2023.

5.1. Osta all'accoglimento della doglianza - rivolta a contestare il capo di sentenza che, prendendo atto di un deposito documentale effettuato nel termine della memoria di replica (come eccepito dalla originaria ricorrente), lo ha dichiarato tardivo - il principio processuale generale secondo cui i termini fissati dall'art. 73 c.p.a. per il deposito in giudizio di memorie difensive e documenti (questi ultimi fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza) sono perentori in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico sostanziale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, con la conseguenza che la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi *tamquam non essent* (cfr. nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2023, n. 7359).

Di conseguenza, tali termini non possono essere superati neanche ove sussistesse accordo delle parti, essendo il deposito tardivo di memorie e documenti ammesso in via del tutto eccezionale nei soli casi di dimostrazione dell'estrema difficoltà di produrre l'atto nei termini di legge, come previsto dall'art. 54, comma 1, cod. proc. amm..

5.1.1. Tale assorbente considerazione rende irrilevante la censura, ancillare alla precedente, secondo cui nella formazione del proprio convincimento il primo giudice avrebbe omesso una completa valutazione delle emergenze processuali e di quanto argomentato circa la mancanza di omogeneità tra i due appalti, sulla base del raffronto tra i documenti (relazioni tecniche illustrative ed elaborati progettuali del 2° e del 3° lotto) già contenuti nella perizia prodotta dalla difesa della controinteressata il 16 maggio 2023 e nuovamente prodotti dalla stessa difesa il 27 maggio 2023.

5.1.2. Sotto tale profilo deve anzi rilevarsi come la doglianza – se tesa a sostenere

che si tratti di mera rinnovazione di un deposito già avvenuto - sia anche inammissibile per difetto di interesse in quanto, come riconosciuto dalla stessa appellante, i documenti in questione, prodotti il 27 maggio 2023, erano già parte del corredo documentale del giudizio.

5.1.3. Ad ogni modo, risulta dalla motivazione della sentenza che il Tribunale ha compiutamente valutato *“le ulteriori osservazioni nella replica del 27.5.2023, corredate da documentazione fotografica”*, ritenendole *“parimenti inefficaci”* e tali non aggiungere *“nulla di significativo a confutare la tesi avversa”*.

6. Con il secondo motivo l'appellante censura le statuizioni della sentenza che hanno ritenuto violato il principio di rotazione.

6.1. In linea generale, l'appellante deduce che la rotazione negli affidamenti degli appalti da affidarsi mediante procedura negoziata non troverebbe applicazione nelle ipotesi in cui la stazione appaltante abbia individuato, nella selezione degli operatori da invitare, criteri oggettivi che non lascino alcun margine di discrezionalità alla medesima stazione appaltante: quel che sarebbe appunto avvenuto nel caso di specie ove il Comune ha effettuato la scelta delle ditte da invitare attingendo dall'Albo dei propri fornitori nella fascia di importo superiore ad € 350.000,00, sulla base di una determinata categoria (OG3) e classifica (IV o superiore), mediante individuazione casuale, e il criterio di aggiudicazione della procedura è stato quello del prezzo più basso, con esclusione automatica delle offerte anomale.

6.1.1. Sul punto, l'appellante richiama le Linee Guida ANAC n. 4 approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 le quali hanno chiarito che (par. 3.6) *“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”*.

6.1.2. Difetterebbero altresì i presupposti per poter applicare il criterio di rotazione, in considerazione:

a) della sostanziale alterità delle opere, stante la disomogeneità – intesa come diversità qualitativa e funzionale - delle prestazioni oggetto dei due appalti, l'uno (quello del 2016) avente ad oggetto un intervento di riqualificazione urbana del litorale, l'altro concernente il prolungamento del lungomare cittadino; inoltre, la diversità delle lavorazioni (a prescindere dalla loro afferenza alla medesima categoria, alla quale il T.a.r. avrebbe erroneamente conferito assorbente rilievo) si evincerebbe dal raffronto dei rispettivi elaborati progettuali e dei computi metrici estimativi, nonché dalla perizia di parte depositata in atti, da cui risulta che la precedente commessa aveva ad oggetto solo la realizzazione di un muro di consolidamento, mentre l'affidamento controverso prevede plurimi e articolati lavori quali la realizzazione di tre parcheggi, di una rotonda, di una piazzola, di gabbioni, di un ponte, di bitumazione che incidono per il 35 per cento sul corrispettivo dell'appalto;

b) dell'assenza di continuità nell'esecuzione dei due appalti tra i quali sussisterebbe una completa cesura, essendo i lavori del tratto di lungomare affidati nel 2016 da tempo già ultimati (il 16 luglio 2021) e collaudati (il 27 luglio 2022) allorquando è stata avviata la procedura di affidamento dei lavori per cui è causa;

c) del decorso di un lungo intervallo temporale tra i due appalti (quello del 2022 è stato aggiudicato a distanza di oltre sei anni rispetto al precedente affidamento dei lavori per la realizzazione di parte del lungomare, risalente al 2016), laddove, invece, le linee guida ANAC, nell'intento di tutelare – oltre alla concorrenza - la libertà di impresa e il principio di massima partecipazione alle gare degli operatori economici, fisserebbero, ai fini dell'osservanza della rotazione negli affidamenti degli incarichi, un orizzonte temporale tra i due affidamenti limitato al triennio.

6.1.3. In ogni caso, il Comune avrebbe comunque operato correttamente, secondo il criterio di rotazione degli inviti, anche perché negli ultimi tre anni (dal 2020 in

poi) la -OMISSIS- ha avuto solo un invito a procedure negoziate (che è quello controverso) e due ad affidamenti diretti (l'ultimo peraltro risalente al mese di ottobre del 2020), mentre la (...) ha avuto ben quattro inviti ad affidamenti diretti (il più recente dei quali risale al settembre del 2021).

6.1.4. Su queste basi l'appellante sostiene che non risulterebbe qui violato il principio di rotazione né le regole della concorrenza alla cui tutela il principio è preordinato: la totale elisione di qualsiasi valutazione discrezionale della pubblica amministrazione nella scelta degli operatori economici da invitare così come nell'individuazione dell'aggiudicatario, l'alterità delle prestazioni e la discontinuità nell'esecuzione degli appalti avrebbe impedito di favorire nella formulazione dell'offerta la -OMISSIS-, la quale in concreto non avrebbe beneficiato di una posizione di favore in ragione del precedente affidamento.

6.2. I rilievi dell'appellante non sono condivisibili, mentre sono corrette le statuizioni della sentenza impugnata.

6.3. Giova anzitutto evidenziare che la procedura negoziata per cui è causa – per l'affidamento dei lavori di “*prolungamento del lungomare viale Magna Grecia*”, costituenti il III° lotto di un più ampio progetto di prolungamento del proprio lungomare – è stata indetta dal Comune di (...) (con determinazione -OMISSIS- del 4 novembre 2022) ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) della l. n. 120 del 2020.

6.3.1. Tale norma dispone:

“2. Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

b) 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, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese

invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati” (lettera così modificata dall'art. 51, comma 1, lettera a), sub. 2.2), legge n. 108 del 2021).

6.3.2. L'ANAC nelle linee guida n. 4 di attuazione del d.lgs. n. 50 del 2016, approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, al § 3.6 ha evidenziato che: *“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. 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. 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. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il*

provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, 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'art. 80, comma 5, lettera m del codice dei contratti pubblici”.

6.4. La norma sopra riportata richiama dunque, testualmente, il “rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”.

6.4.1. Come è stato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, il principio di rotazione costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 27 aprile 2020, n. 2655; 31 marzo 2020, n. 2182; V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha, infatti, 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 dell'appalto (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

6.4.2. In particolare, il principio di rotazione – che, per espressa previsione normativa, deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo “aperto”, “ristretto” o “negoziato”), soprattutto nei mercati in cui il numero di

operatori economici attivi non è elevato (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854).

6.4.3. Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (*recte*, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale (così Cons. Stato, V, 1524/2019 cit.).

6.4.4. Inoltre, per quanto qui rileva, è stato a più riprese chiarito che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all'affidamento “*immediatamente precedente*” a quello di cui si tratti (Cons. di St., V, 27 aprile 2020, n. 2655) e che “*non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata*” (Cons. di St., V, 17 marzo 2021, n. 2292; id., 2 luglio 2020, n. 4252; id., n. 2655/2020 cit.).

6.4.5. Deve poi precisarsi che il principio di rotazione è inapplicabile soltanto nel caso di “*sostanziale alterità qualitativa*”, ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell'attuale affidamento (Consiglio di Stato, V, 28 febbraio 2022 n. 1421; così anche Cons. Stato, n. 2655/2020 cit.).

6.4.6. Al riguardo, deve, tuttavia, anche rammentarsi che, come chiarito dalla giurisprudenza, il principio di rotazione non è regola preclusiva (all'invito del gestore uscente e al conseguente suo rinnovato affidamento del servizio) senza eccezione, potendo l'amministrazione derogarvi fornendo adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno a ciò indotta (nel caso in cui decida per l'affidamento mediante le procedure di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; V, 31 marzo 2020, n. 2182).

6.4.7. Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso: Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

6.5. Nel caso su cui si verte, dunque, la stazione appaltante aveva solo due possibilità: non invitare la società -OMISSIS- che era stata affidataria uscente dei precedenti lotti funzionali – il 1° aggiudicato all'esito di procedura aperta, con contratto stipulato il 10 ottobre 2013, cui aveva fatto seguito l'estensione dell'aggiudicazione al 2° lotto con determinazione-OMISSIS- del 7 ottobre 2016 e relativo contratto – relativi al medesimo intervento oggetto della controversa procedura (ossia il III lotto funzionale) o, in caso contrario, motivare attentamente le ragioni per le quali riteneva di non poter invece prescindere dall'invito.

6.5.1. In altri termini, il Comune di (...) avrebbe potuto, in astratto, derogare al principio di rotazione solo a condizione di fornire una stringente motivazione a giustificazione di tale deroga (*i.e.* sulle ragioni a base dell'invito dell'aggiudicataria dei precedenti lotti), ma ha ritenuto di non esercitarla e di non farne uso, come d'altronde specificato negli atti della procedura stessa.

6.5.2. Risulta, infatti, dagli atti che:

- i) con determina dirigenziale -OMISSIS- del 14 giugno 2013 -OMISSIS- era risultata aggiudicataria dei lavori di *"Riqualificazione urbanistica e ambientale del tratto Cimitero-Irto; realizzazione di un asse attrezzato per la fruizione turistica"* per un importo di € 1.320.534,77, comprensivo di oneri per la sicurezza, a seguito di gara pubblica;
- ii) a seguito di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando prot. -OMISSIS- del 3 agosto 2016, con determina dirigenziale-OMISSIS- del 7 ottobre

2016 alla medesima -OMISSIS- è stata affidata la *“Riqualficazione urbana litorale sud 2° stralcio”* (categoria OG3) per un importo complessivo di € 615.699, oltre IVA, ottenuto applicando ai prezzi di elenco il ribasso contrattuale previsto dalla stessa per il contratto principale e agli stessi patti e condizioni;

iii) con determinazione dirigenziale -OMISSIS- del 15 ottobre 2022 è stato approvato il progetto esecutivo del *“prolungamento del lungomare viale Magna Grecia”* di importo complessivo pari ad euro 3.075.000,00 e con successiva determinazione dirigenziale -OMISSIS- del 4 novembre 2022, costituente determinazione a contrarre, si è stabilito, tra l'altro: - di individuare il fine del contratto nella necessità di eseguire i lavori di prolungamento del lungomare cittadino di viale Gramsci, III lotto; - che, trattandosi di lavori di importo superiore ad € 1.000.000,00 ma inferiore alle soglia comunitaria (art. 35 d.lgs. n. 50 del 2016) si dovesse procedere alla scelta del contraente utilizzando la procedura negoziata prevista dall'art. 1, comma 2, lett. b) della legge n. 120/2020 s.m.i., con invito rivolto ad almeno dieci operatori economici; - di stabilire che gli operatori economici con i quali negoziare, identificati con nota prot. -OMISSIS- del 3 novembre 2022, parte integrante della determina quantunque non allegata perché non soggetta a pubblicazione, venissero selezionati dall'Albo dei propri fornitori nella fascia di importo superiore ad € 350.000,00, cat. OG3 classifica IV o superiore, nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e del criterio territoriale.

6.6. Tanto chiarito, i rilievi dell'appellante non scalfiscono le condivisibili conclusioni cui è pervenuto il primo giudice in merito alla non corretta applicazione nella fattispecie del principio di rotazione.

6.6.1. In primo luogo, non sussiste la sostanziale alterità qualitativa delle prestazioni.

Il controverso intervento, costituito dal *“prolungamento lungomare Via Magna Graecia”* (peraltro identificato indifferentemente come costituente lavori di prolungamento

del lungomare cittadino di viale Gramsci, III lotto), costituisce naturale prosecuzione dei primi due lotti del medesimo intervento, riguardanti le medesime categorie di opere, riconducibili al progetto concernente la ricostruzione, per stralci progressivi, del lungomare della città di (...).

Si tratta, in sostanza, di lavori consistenti nella costruzione, nel corso del tempo, di un'arteria stradale e relative opere connesse.

Come si è detto, i primi due lotti di lavori erano stati affidati alla -OMISSIS-, rispettivamente il primo a seguito di gara pubblica della quale quest'ultima era risultata aggiudicataria e il secondo, mediante ricorso alla trattativa privata diretta senza pubblicazione del bando, alle stesse percentuali di ribasso e patti del contratto principale.

6.6.2. Non è poi nemmeno riscontrabile la disomogeneità delle prestazioni asserita dall'appellante.

Al riguardo occorre richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale, che si intende ribadire, per cui se è vero che l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, in quanto teso a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, presuppone logicamente una specifica situazione di continuità degli affidamenti, è anche vero che ciò non implica che i diversi affidamenti debbano essere esattamente identici tra loro.

Quel che conta è, infatti, l'identità (e continuità), nel tempo, della prestazione principale o comunque, nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro omogeneo), che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o in parte, quelle del precedente contratto (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524).

6.6.3. In conformità alle sopra riportate coordinate ermeneutiche delineate dalla consolidata giurisprudenza, correttamente i primi giudici non hanno rinvenuto alcuna *“sostanziale alterità qualitativa”* delle prestazioni dei diversi lotti che

giustificherebbe l'esclusione di tale principio.

Difatti, come puntualmente evidenziato dalla sentenza, la commessa del contratto principale (per comodità, I lotto o stralcio) e dell'appendice aggiudicata a trattativa privata (II lotto o stralcio), anche in relazione all'oggetto (esecuzione di lavori di diversi tratti del lungomare di (...)), alla categoria dei lavori interessati (sempre OG3) e alla tempistica, si pongono in sostanziale ed evidente omogeneità -oltre che continuità- rispetto all'appalto oggetto dell'odierna controversia, che si riferisce alla stessa tipologia di intervento e alla medesima destinazione e finalità, ossia la prosecuzione di lavori di costruzione del lungomare.

In particolare, dalla tavola di raffronto tra le lavorazioni del II e del III lotto (doc. 1, All. D.9), prodotta dall'appellata, si evince che le opere, sebbene quantitativamente maggiori nell'ambito del III lotto, consistono, in entrambi i casi, in realizzazione di terrapieni, di una pista ciclabile, di opere di arredo urbano, di illuminazione pubblica, di marciapiedi.

Peraltro, anche la relazione illustrativa e tecnica allegata al progetto esecutivo dell'appalto oggetto di controversia precisa che *“Il terzo stralcio di intervento, qui specificamente descritto, è funzionalmente connesso agli interventi avviati dal “Programma interventi PISU – Linea 8.1.1.1_ Progetto integrato Lungomare costa sud Azione 1.s tratto Cimitero Irto: riqualificazione urbanistica e ambientale; realizzazione di un asse attrezzato per la fruizione turistica” che ad oggi sta vedendo il completamento di un primo stralcio funzionale; di tali interventi ne costituisce fisicamente la prosecuzione”*.

6.6.4. È stato poi ampiamente provato in giudizio che vi è una coincidenza di lavorazioni – qualitativamente omogenee - e di materiali che comporta una sostanziale sovrapposibilità dei due affidamenti; dal che la necessaria operatività del principio di rotazione.

In particolare, l'appellata ha dimostrato che dal raffronto tra i computi estimativi dei due lotti emerge che le voci presenti nel computo metrico del III lotto sono 113, rispetto alle quali, considerando quelle ripetute più volte ed utilizzate per

diverse macrocategorie, o anche quelle riducibili ad un'unica voce, ma suddivise per questioni di differenze di prezzo e non di tipologia, le voci coincidenti, o comunque qualitativamente accorpabili (per tipologia di lavorazione/fornitura), già presenti anche nel computo metrico del lotto II, risultano essere pari a 82 (cfr. tabella riportata nella memoria depositata in data 12 settembre 2023 a pagg. 13-14, ove alla prima colonna sono riportate le lavorazioni coincidenti, nella seconda i richiami ai singoli articoli riportati nel computo metrico estimativo del lotto II e nella terza i richiami ai singoli articoli riportati nel computo metrico estimativo del lotto III).

Si evince, così, come oltre il 72 per cento delle opere previste nel III lotto siano qualitativamente coincidenti con quelle del secondo lotto e che inoltre, per la parte residua (il 28 per cento delle voci rimanenti del terzo lotto), molte voci sono, in ogni caso, riconducibili alle lavorazioni del secondo, data l'omogeneità della tipologia di forniture e degli interventi (che rientrano nella medesima categoria OG3).

La medesima omogeneità tra le prestazioni oggetto dei due lotti si riscontra, oltre che sulle lavorazioni, anche sui materiali utilizzati per la realizzazione delle opere (consistenti in bitume, sottofondo, calcestruzzo e cemento); il che rende viepiù evidente – come dedotto dall'appellata – il possibile vantaggio conoscitivo dell'operatore uscente derivante dal pregresso affidamento.

6.7. Correttamente dunque il T.a.r., sulla base di una complessiva riflessione che non si è arrestata meramente alla riconducibilità dei lavori alla medesima categoria, come asserito dall'appellante, ha ritenuto non correttamente applicato il principio di rotazione, escludendo la sostanziale alterità qualitativa alla stregua di condivisibili considerazioni, non sovvertite dall'approccio metodologico dell'appellante fondato, per converso, sulla minuziosa individuazione di aspetti di dettaglio che non valgono a rendere disomogenee le prestazioni.

6.7.1. Infatti, deve ritenersi che le singole lavorazioni evidenziate dalla -OMISSIS-

nell'ambito dei diversi appalti - ossia la previsione di un ponte, di parcheggi, di una rotonda e una piazzetta nei lotti precedenti che richiederebbero materiali e opere distinti e i cui costi inciderebbero per il 35% sui costi complessivi, oltre a un muro di contenimento e una pista ciclopedonale per il solo lotto II – non danno luogo alla *“sostanziale alterità qualitativa”* delle prestazioni, mentre apodittica è l'asserita distinzione degli obiettivi dei lavori previsti nelle distinte commesse.

A quest'ultimo riguardo, non può che ribadirsi come l'obiettivo dell'intervento in entrambi i lotti (2° e 3°) sia costituito dalla realizzazione, per stralci progressivi, del lungomare della Città di (...), con attività che, nell'ambito dell'unica categoria, si adattino ai singoli tratti del sito (a prescindere dalla specifica orografia del terreno) senza, per ciò, mutarne l'oggettiva omogeneità.

6.7.2. Pertanto, correttamente il T.a.r. ha ritenuto che l'asserita peculiarità di talune lavorazioni risulti neutra e non ha riscontrato l'asserita diversità di opere strutturali nei due affidamenti, in termini tali da comportare un significativo mutamento qualitativo delle prestazioni.

6.7.3. In particolare, la sentenza si è compiutamente soffermata anche sugli aspetti di dettaglio e sulle risultanze della documentazione tecnica depositata dalle parti, specificando con passaggi argomentativi immuni da censure che:

- quanto ai muri di contenimento, dalle allegazioni di -OMISSIS- si evince che le differenze si sostanzino precipuamente nell'altezza dei pali (dipendente dalle specifiche dei tratti di suolo ove vanno installati) e in specifiche modalità tecniche di realizzazione, che, quantunque dipendano dalle caratteristiche del terreno, non mutano la consistenza oggettiva dell'opera;
- anche quanto ai parcheggi, non è dato rinvenire, dalla relazione tecnica, elementi dai quali inferire l'oggettiva diversità delle prestazioni, esaurendosi le evidenze in mere modalità specifiche di natura tecnica di realizzazione degli stessi, ma ininfluenti a fini di mutarne l'oggetto;
- anche dalla relazione tecnica non si evince una sostanziale differenza oggettiva,

poiché le differenze in realtà influiscono su aspetti di dettaglio, che tali restano nella loro oggettività e non danno luogo a opere qualitativamente diverse tra i diversi lotti;

- neanche dalle allegazioni in ordine ai computi metrici è dato rinvenire una significativa alterità delle lavorazioni, nel senso di ridondare in termini di significativa diversità;

- inoltre, la stessa riconducibilità dei lotti ad un progetto preliminare redatto a seguito di un unico concorso di progettazione corrobora, più che confutare, la tesi di un intervento concepito unitariamente e sviluppato in step progressivi;

6.7.4. Il complesso di tali considerazioni ha portato correttamente il primo giudice a concludere che le opere previste nel solo lotto III in realtà non comportano una complessiva modifica dell'oggetto dell'intervento di cui al secondo lotto, costituendo tali opere un'attività meramente complementare nell'ambito dei lavori che, come tali, si adattano alle specifiche dei tratti stradali ove vanno realizzati, ma non importano, in difetto di specifiche prescrizioni nella legge di gara, particolari accorgimenti che danno luogo ad alterazioni delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Difatti, le nuove lavorazioni risultano omogenee a quelle del precedente affidamento, sia perché riconducibili alla medesima categoria di lavori (OG3), sia perché riferibili a lavorazioni qualitativamente sovrapponibili (muri di contenimento, percorsi ciclopeditoni, parcheggi, opere di mitigazione), risultando irrilevanti sia le lavorazioni ulteriori, comunque ancillari a quelle principali, sia le concrete modalità di lavorazione, sia la metodologia di esecuzione delle opere, essendo tutte riferibili ad opere stradali.

Viene così in evidenza una continuità tra gli affidamenti – entrambi preordinati a completare il lungomare di (...) - al netto del differente nome attribuito ai rispettivi lotti.

6.7.5. Non sussiste poi l'asserita discontinuità temporale nell'esecuzione degli appalti.

L'appalto controverso si pone, infatti, in continuità con i precedenti affidamenti e, in particolare, con il secondo stralcio, atteso che i lavori affidati nel 2016 (per il c.d. "Il lotto") erano stati ultimati il 16 luglio 2021 e collaudati il 26 luglio 2022, ossia qualche mese prima dell'avvio delle procedure per il successivo lotto, oggetto dell'attuale controversia.

6.8. Sotto altro profilo, non rileva neanche l'asserita soluzione di continuità, dedotta dalla -OMISSIS-.

6.8.1. Posto che tale continuità va intesa in senso *funzionale* – tenendo cioè presente che l'ambito di applicazione del principio di rotazione non si riferisce a un preciso intervallo temporale bensì 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 nella stessa categoria di opere – deve ritenersi corretto il ragionamento del primo giudice, che l'ha ritenuta sussistente.

Infatti, per un verso, rileva l'inesistenza di altro affidamento omogeneo in termini di tipologia e di peso anche economico, idoneo ad inverare la "*soluzione di continuità*" nella quale si sostanzia il principio di rotazione, nel lasso di tempo tra l'affidamento del secondo lotto e l'avvio della procedura dei lavori relativi al terzo lotto (affidato allo stesso operatore economico con procedura negoziata); per altro verso non può dubitarsi che, seguendo una diversa prospettazione, sarebbe agevole eludere l'applicazione di detto principio che si sostanzia, essenzialmente, nel "*saltare un turno*" e non nella mera previsione di uno spazio temporale di non interpellabilità del precedente affidatario.

Non conduce ad opposte conclusioni neanche il differente valore dei lavori affidati nel 2016 rispetto a quelli oggetto dell'appalto controverso, tenuto conto che, come bene osserva parte appellata, lo stesso Comune, nel definire le fasce di valore economico relative agli affidamenti, ha individuato, quale ultima fascia di riferimento, quella dei lavori di valore superiore ad euro 350.000,00, ponendo così sullo stesso piano lavori che abbiano un peso economico di 800.000,00 euro (come

quelli relativi al lotto II) e lavori di valore pari a quello per cui è causa

6.9. Anche le vicende pregresse dell'affidamento (quali il già avvenuto smobilizzo del cantiere dei precedenti lavori) o, da ultimo, l'uso del criterio della media aritmetica con il taglio delle ali non assumono valenza alcuna nell'economia della controversia, essendo elementi neutri rispetto del principio di rotazione e della sua ratio.

6.9.1. Neanche giova all'appellante il rilievo per cui al controverso affidamento sarebbero susseguite tre procedure avviate con la medesima modalità di affidamento dell'art. 1 comma 2 lett. b) del d.l. n. 76/2020, per le quali è stato rispettato il principio di rotazione con esclusione sia della -OMISSIS- che della originaria ricorrente, atteso che il principio di rotazione considera, quale riferimento, l'intervento controverso e quello immediatamente precedente e a nulla rilevano distinte procedure successive.

6.9.2. Ancora, non risulta corretto il riferimento al triennio dall'affidamento dei lavori, avvenuto per il lotto II nel 2016, quale periodo di tempo utile per ritenere consumata l'applicazione del principio di rotazione.

Infatti, né la legge né il par. 3.6 delle linee guida ANAC n. 4 prevedono uno specifico lasso temporale massimo nel quale detto principio possa trovare applicazione, inquadrandosi, al più, il richiamo al triennio, contenuto nelle medesime linee guida, come riferimento temporale utile per verificare la sussistenza di un artificioso frazionamento delle procedure, circostanza che non è dato rinvenire nel caso concreto.

A conferma della considerazione che precede giova richiamare il parere del Consiglio di Stato n. 361 del 12 febbraio 2018, reso nell'Adunanza della Commissione Speciale del 26 gennaio 2018, avente ad oggetto le Linee Guida n. 4, che, a proposito del meccanismo derogativo di cui sopra, si è così pronunciato: *“Ne deriva che pienamente rispondente al principio di proporzionalità, oltre che al principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa, appare la previsione, recata dalle Linee guida*

di cui trattasi, della possibilità, per le stazioni appaltanti, di derogare motivatamente, per tali affidamenti, alla rotazione; ferma la necessità, rileva il Collegio, che la motivazione relativa dia esplicitamente conto della non ricorrenza nel singolo caso dell'ipotesi di un arbitrario ed elusivo frazionamento della commessa, assumendo a tal fine come riferimento un periodo pari a tre anni solari”.

6.9.3. Parimenti infondato è l'assunto tendente a ritenere comunque soddisfatte le esigenze sottese al principio di rotazione.

6.9.4. Invero, se la rotazione, che costituisce un bilanciamento, legislativamente previsto, al potere, riconosciuto alla stazione appaltante dagli artt. 36 comma 1 d. lgs. n. 50/16 e 1 comma 2 d.l. n. 76/2020, di limitare il numero degli operatori ammessi alla procedura negoziata non si applica laddove la stazione appaltante, nella sua autonomia, ritenga di non prevedere alcun limite al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata (cfr. sul punto Cons. Stato, V, 25 maggio 2021, n. 3999), tale ipotesi non ricorre nel caso di specie.

Infatti, l'assunto dell'appellante per cui le peculiarità della procedura in questione consentirebbero di derogare al principio di rotazione stride con le affermazioni contenute negli atti di gara per le quali l'Amministrazione ha inteso applicare detto principio e, in definitiva, con la natura stessa della procedura in questione, indetta per addivenire all'aggiudicazione del lotto in oggetto, la quale si sostanzia in una procedura negoziata ex art. 32, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, così come prevista dall'art. 1, comma 2, lett. b), legge n. 120/2020 e non aperta a tutti gli operatori economici

6.9.5. L'assenza di un'effettiva e reale apertura al mercato (*“non essendo surrogabile tale procedura finalizzata alla mera iscrizione all'Albo ad una procedura aperta per l'aggiudicazione di uno specifico appalto”* come bene chiarito nella sentenza impugnata) risulta confermata dal verbale di gara del 15 novembre 2022 il quale si riferisce unicamente ad una *“procedura negoziata, con invito rivolto a n. 12 operatori economici”* (sui 121 iscritti nell'elenco dei fornitori di fiducia dell'ente per la categoria e classifica

pertinente), peraltro nemmeno sorteggiati direttamente dalla piattaforma telematica, bensì *“scelti dal RUP (con nota ns. prot. -OMISSIS- del 03/11/2022” tra quelli “iscritti alla piattaforma telematica di ASMEL potenzialmente idonei ad eseguire l'appalto”.*

6.9.6. Al riguardo, meritano poi conferma le statuizioni della sentenza secondo cui generiche sono le affermazioni, contenute nella nota prot. -OMISSIS- del 3 novembre 2022, per cui *“la scelta delle ditte da invitare è stata effettuata tra le ditte inserite nell'elenco dei fornitori di fiducia dell'ente, nella fascia di importo superiore ad € 350.000,00, cat. OG3 classifica IV o superiore, nel rispetto del principio di rotazione degli inviti, per come previsto dall'art. 8 dell'Avviso per l'iscrizione al predetto elenco, mediante individuazione casuale, nel rispetto del vincolo sulla dislocazione territoriale dei concorrenti”.*

6.9.7. Ne consegue che i rilievi dell'appellante non consentono di sovvertire il corretto ragionamento della sentenza sul carattere ristretto della procedura.

Deve, infatti, concludersi per l'assenza, nella specie, di criteri realmente oggettivi, tali da assicurare che la scelta degli operatori da invitare così come la successiva individuazione del contraente si siano svolte in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale e dai quali poter desumere il rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità che consentano di ritenere sostanzialmente attuato il criterio di rotazione.

6.9.8. Infine, anche il precedente richiamato da parte appellante (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524), piuttosto che avvalorarne le deduzioni, conferma le tesi opposte.

Infatti, la menzionata decisione ha statuito che il principio di rotazione opera anche in caso di non assoluta identità delle prestazioni, ovvero anche se i servizi da appaltare non siano esattamente gli stessi rispetto a quelli oggetto della precedente gara.

In particolare, nel respingere il profilo di censura secondo cui il principio di rotazione non avrebbe potuto comunque trovare applicazione in ragione della non

perfetta omogeneità tra le prestazioni oggetto dell'affidamento e quelle in precedenza rese in qualità di affidatario uscente, la sentenza, dopo aver rilevato l'assenza, in quel caso, di una sostanziale alterità qualitativa dell'affidamento controverso rispetto al precedente affidamento assegnato alla medesima impresa aggiudicataria, ha chiarito, in termini generali, che *“se è corretto affermare che l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, comma primo del d.lgs. n. 50 del 2016, proprio perché volta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, logicamente presuppone una specifica situazione di continuità degli affidamenti, tale per cui un determinato servizio, una volta raggiunta la scadenza contrattuale, potrebbe essere ciclicamente affidato mediante un nuova gara allo stesso operatore ciò non implica però che i diversi affidamenti debbano essere ognuno l'esatta “fotocopia” degli altri”*.

6.9.9. In conclusione, con la sentenza appellata il Tribunale ha puntualmente preso in considerazione le deduzioni della originaria controinteressata nonché del Comune (costitutosi in primo grado), motivando correttamente sulle ragioni di fondatezza del ricorso.

7. Il rigetto delle censure sulla violazione del principio di rotazione articolate col secondo motivo ha carattere assorbente.

8. Tuttavia, per completezza, il Collegio rileva l'infondatezza anche del terzo motivo di appello.

8.1. Non possono infatti essere condivise le deduzioni dell'appellante la quale, nel contestare l'esistenza della violazione degli obblighi informativi ravvisata dalla sentenza in relazione a omissioni nelle dichiarazioni contenute nel DGUE, sostiene di aver offerto alla stazione appaltante, senza alcuna ambiguità, tutte le informazioni utili per valutare il grado di affidabilità professionale, rendendola edotta degli episodi in questione (dai quali sono scaturiti i procedimenti amministrativi, penali e civili) e ponendola nelle condizioni di compiutamente apprezzare l'integrità dell'operatore economico, non avendo per converso valenza alcuna la mancata indicazione della sentenza civile di condanna (peraltro oggetto di

appello), sia perché in base a tale decisione non potrebbe ritenersi accertata alcuna violazione delle norme in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, sia perché ciò non ha potuto in concreto influenzare o fuorviare le valutazioni della stazione appaltante la quale, essendo parte della causa civile conclusasi con quella sentenza, era perfettamente a conoscenza della pregressa vicenda professionale.

8.2. Sono invece corrette le statuizioni della sentenza che, conformemente ai principi giurisprudenziali in materia di adempimento degli obblighi dichiarativi dei partecipanti alle pubbliche gare (Cons. Stato, Ad. Plen. 28 agosto 2020, n. 16), ha ritenuto che la dichiarazione resa in sede di gara dalla -OMISSIS-, quantunque non sia falsa (in quanto l'impresa, in ordine alla sussistenza di gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c) del D.lgs 50/2016, ha comunque fatto riferimento alla pendenza di un procedimento penale relativo al D.lgs 81/08 per il quale è stato disposto il rinvio a giudizio a carico del legale rappresentante e di un suo procuratore), nondimeno – con riferimento alla violazione degli obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera a) del D.lgs. 50/2016 - è ambigua, se non propriamente reticente, e, in generale, non in linea con l'obbligo della onnicomprensività.

8.2.1. Infatti, i concorrenti di una pubblica gara sono tenuti a segnalare tutte le vicende afferenti la propria attività professionale senza alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, così da consentire alla stazione appaltante di apprezzarne compiutamente il disvalore nell'ottica dell'affidabilità dell'operatore ed espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza.

8.3. Invece, nel caso in esame, per un verso, il riferimento al procedimento penale – scaturente dalle contestazioni (...) – è praticamente soltanto accennato con il mero riferimento al numero di iscrizione del registro generale notizie di reato e un fugace rinvio al d.lgs. n. 81 del 2008, senza fornire ulteriori elementi idonei a consentire all'amministrazione di esprimere un giudizio sull'affidabilità del ricorrente, per altro verso, l'odierna appellante ha solamente dichiarato di essere

stata estromessa con ordinanza del GIP del Tribunale di (...) del -OMISSIS- dal procedimento penale (nel quale era stata citata quale responsabile civile), mentre nulla ha dichiarato in ordine alla sentenza civile di condanna risarcitoria, che, a prescindere dalla definitività o meno, costituisce un fatto non irrilevante nell'economia complessiva della questione.

8.4. In sostanza, l'assenza di un'adeguata e dettagliata descrizione degli elementi –peraltro limitatamente proprio alle vicende più direttamente incidenti sull'affidabilità professionale della -OMISSIS-in quanto riguardanti l'esecuzione di lavori di altro tratto dello stesso lungomare- fa sì che, in termini di volontà procedimentale, l'Amministrazione non abbia avuto modo di apprezzarne il disvalore e potersi compiutamente determinare circa l'affidabilità del concorrente, di modo che anche le conseguenziali determinazioni sono da considerarsi inficiate.

8.5. Le conclusioni della sentenza non sono scalfite dai rilievi dell'appellante in ordine all'assenza di alcun giudicato penale per fatti idonei a configurare una violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro e alla pendenza di un giudizio di appello avverso la sentenza civile che l'ha condannata al risarcimento dei danni.

8.6. Infatti, la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti professionali" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa e che le consenta di metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità, secondo un giudizio espresso non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria. Il concorrente, pertanto, deve compiutamente esporre le vicende professionali che potenzialmente lo hanno interessato, a prescindere delle successive vicende processuali, che peraltro ben possono essere specificate nella sede procedimentale come elementi a “discarico”.

8.7. A tal proposito, correttamente la sentenza ha richiamato la decisione di questo Consiglio di Stato (sez. V, n. 2963 del 12 aprile 2021), resa in vicenda analoga e per

la quale invece lo stesso Comune di (...) aveva ritenuto, diversamente, integrata siffatta violazione, della quale è utile riportare testualmente i seguenti passaggi:

"(...) Con i due verbali del Dipartimento di Prevenzione UOC-SPISAL dell'ASP di (...), datati 14 maggio 2018, sono state contestate - secondo l'esposizione contenuta nel provvedimento di revoca - le violazioni "dell'art. 96, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i., in connessione con allegato XV, punto 7, lett. b), dello stesso d.lgs., per aver omesso [...] di valutare tutti i fattori esterni, ovvero di adottare procedure complementari e di dettaglio migliorative rispetto al piano di sicurezza e coordinamento da apportare nel proprio piano operativo di sicurezza, [...] mettere in atto tutte le precauzioni atte a salvaguardare la sicurezza e la salute dei lavoratori dei rischi derivanti dall'attività esercitata; artt. 37,118 comma 2 del d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i., per aver omesso di formare adeguatamente gli operai in relazione ai rischi specifici cui gli stessi erano esposti [...], di provvedere al puntellamento del muro al fine di evitarne ribaltamento, [...] prevenire gli infortuni mortali e gravi di che trattasi". (...)

Tale essendo il contenuto del verbale, risulta evidente che l'omessa dichiarazione abbia riguardato "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro", fattispecie prevista dall'art. 80, comma 5, lett. a), del Codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016).

(...) Non coglie nel segno nemmeno il rilievo secondo cui le violazioni non sarebbero state "debitamente accertate", come richiesto dalla causa di esclusione da ultimo richiamata.

Detti verbali integrano, infatti, il predetto requisito normativo, posto che l'art. 80, comma 5, lett. a), richiede, appunto, che si tratti di una infrazione "debitamente accertata", e non "definitivamente accertata". Non è quindi necessario che le violazioni siano vagliate in sede giurisdizionale (né, tantomeno, come opina l'appellante, che siano state oggetto di una sentenza penale).

Come precisato in giurisprudenza (di recente cfr. Cons. St., V, 28 dicembre 2020, n. 8409; in precedenza Cons. St., III, 24 settembre 2020, n. 5564), con la notificazione del verbale - ai sensi del combinato disposto degli artt. 13 e 14 della legge n. 689 del 1981 - si produce l'accertamento della violazione amministrativa (mentre l'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 18 della medesima

legge consegue al contraddittorio procedimentale e costituisce espressione del potere dell'amministrazione competente di determinare l'importo dovuto per la violazione, ove sia ritenuto fondato l'accertamento, e di ingiungerne il pagamento all'autore). I verbali del Servizio prevenzione, igiene e sicurezza degli ambienti di lavoro, sono dunque suscettibili di integrare la fattispecie delle violazioni "debitamente accertate" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a), costituendo esplicazione del potere di accertamento demandato agli organi competenti ed esercitato nelle forme previste dalla legge.

Non è revocabile in dubbio nemmeno la connotazione delle infrazioni in termini di gravità, pur se l'accertamento non è definitivo, considerato che le condotte contestate hanno integrato la violazione di regole cautelari la cui specifica funzione è proprio quella di impedire i tragici eventi che hanno colpito i tre operai del cantiere".

8.8. Si osserva poi che il rilievo per cui le suddette vicende abbiano coinvolto il Comune di (...) (il quale in sede civile è stato condannato in solido con l'appellante a risarcire gli eredi delle vittime) non fa venir meno - in un'ottica di formazione della volontà procedimentale dell'Amministrazione- l'onere per il concorrente di versare, agli atti del procedimento di gara, tutte le informazioni senza svolgere alcuna selezione, basata sul criterio della supposta irrilevanza o della ritenuta conoscenza degli stessi da parte dell'Amministrazione (cfr. nello stesso senso Cons. Stato, V, 5 aprile 2024, n. 3151 che ha escluso possa assumere rilievo per escludere la falsità dichiarativa la personale soggettiva conoscenza da parte della stazione appaltante delle pendenze non dichiarate dall'operatore economico).

8.8.1. In ogni caso, tale rilievo non renderebbe meno censurabile l'operato del Comune stesso che, proprio in quanto a conoscenza di tali aspetti, avrebbe dovuto espletare un'adeguata istruttoria- che invece è del tutto mancata- in ordine all'ammissione dell'odierna appellante.

8.9. Infine, deve rilevarsi che la sentenza, nel ravvisare l'esistenza di violazioni dichiarative, altrettanto correttamente ha ritenuto che in ogni caso, in conseguenza dell'accoglimento del motivo di ricorso nei termini esposti, non sarebbe stato

predicabile a danno della società alcun automatismo espulsivo, ma soltanto l'obbligo del Comune di rivalutare l'affidabilità professionale del concorrente, precisando che tale effetto conformativo, tuttavia, non doveva aver luogo stante la fondatezza in via assorbente delle censure sulla violazione di principio di rotazione.

9. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante -OMISSIS- al pagamento delle spese di giudizio a favore della (...) S.r.l. che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società appellante e le persone fisiche menzionate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Angela Rotondano

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.