

Affidamento diretto e principio di rotazione

Affidamento diretto ai sensi dell'articolo 36 comma 2 lettera a) del Codice: deroga in caso di procedure aperte al mercato

Il Tar Toscana, Sez. I, 31/01/2023, n. 98, ribadendo quanto già affermato dalla precedente giurisprudenza, ha affermato che si può derogare al principio di rotazione soltanto nelle ipotesi in cui la stazione appaltante decida l'affidamento del servizio a mezzo di procedura aperta al mercato.

Numerose pronunce hanno individuato le ipotesi in cui, in via eccezionale, risultano possibili affidamenti in deroga al principio di rotazione, asserendo che *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) con l'ulteriore precisazione della necessità di far **riferimento nella motivazione**, in particolare, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso (Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche al riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4)
- nel caso in cui l'amministrazione decida l'affidamento del servizio a mezzo di **procedura aperta in quanto la sua applicazione è limitata alle procedure negoziate** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1421; V, 22 febbraio 2021, n. 1515; III, 25 aprile 2020, n. 2654; V, 5 novembre 2019, n. 7539; nello stesso senso, cfr. anche le Linee Guida n. 4 dell'ANAC, approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, da ultimo aggiornate con delibera n. 636 del 10 luglio 2019, spec. 3.6)" (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Con riguardo alla pronuncia in esame, la controversia discende dalla determinazione dirigenziale 18 luglio 2022, n. 1497, con la quale un Comune provvedeva all'affidamento ad una ditta., ai sensi dell'art. 36, 2° comma lett. a) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del servizio di "informazione pubblica e allertamento multiplatforma" per la durata di due anni.

L'affidamento era stato preceduto da "ricerca di mercato preliminare ufficiosa" tra sette imprese selezionate dalla Stazione appaltante (di cui solo quattro avevano manifestato interesse alla partecipazione alla procedura) ed avveniva in deroga al principio di rotazione, avendo ricoperto l'affidataria il ruolo di precedente gestore del servizio.

La deroga al principio di rotazione era giustificata dalla seguente motivazione: *"il RUP ha individua(to) l'operatore economico all'interno dell'Elenco degli O.E per i Servizi e le Forniture gestito dall'Ente e ha dichiarato che non è stato possibile osservare il principio di rotazione in quanto è stata interpellata anche la ditta uscente, che ha svolto il servizio in essere in modo diligente, professionale e affidabile, in quanto il mercato in esame è costituito da un numero limitato di prodotti*

e si rendeva altresì necessario un confronto tecnico economico del servizio attualmente in essere. Il Rup ha disposto tuttavia un'indagine esplorativa informale tra sette operatori economici, di cui solo 4 hanno partecipato. La ditta uscente ha presentato l'offerta più vantaggiosa per economicità ed efficacia in termini di prestazioni richieste come servizi”.

La determinazione di affidamento veniva impugnata dalla società ricorrente (che aveva partecipato alla ricerca di mercato preliminare ufficiosa) motivando, in particolare, il mancato rispetto del principio di rotazione.

Ad avviso del Tar Toscana, il generico riferimento presente nella determinazione impugnata al fatto che il precedente gestore abbia *“svolto il servizio in essere in modo diligente, professionale e affidabile”* **non viene ad integrare quel “particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale”** (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525) che, per la giurisprudenza sopra richiamata, permette di derogare al principio di rotazione, così come **insufficiente a giustificare detta deroga risulta il fatto che si trattasse dell'offerta più “più vantaggiosa per economicità ed efficacia in termini di prestazioni richieste come servizi.**

Inoltre - ad avviso del Tar Toscana— risulta manifestamente irrilevante il riferimento, contenuto negli atti del Comune, alla giurisprudenza che ha affermato l'inoperatività del principio di rotazione nelle ipotesi in cui la Stazione appaltante in cui l'amministrazione decida l'affidamento del servizio a mezzo di procedura aperta (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525; 28 febbraio 2022, n. 1421; 22 febbraio 2021, n. 1515; sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654; sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539), **risultando evidente come la procedura in questione non fosse per nulla aperta, ma limitata ai sette operatori selezionati dalla Stazione appaltante.**

Tar Toscana accoglie quindi l'azione di annullamento della determinazione di aggiudicazione e annulla l'affidamento: