Delibera numero 421 del 13 maggio 2020

Richiesta di parere in merito all'applicazione del principio di rotazione ai contratti aventi ad oggetto il servizio di protezione dei dati personali (DPO).

Riferimenti normativi: Articoli 35 e 36 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m., Regolamento UE 2016/679; Linee guida sul Responsabile dei dati personali emanate dal Garante per la protezione dei dati individuali il 13/12/2016;

Parole chiave: Principio di rotazione – Applicazione agli affidamenti di servizi di protezione di dati personali (DPO) – Sussiste.

Massima: L'affidamento dei contratti aventi ad oggetto il servizio di protezione dei dati personali di importo inferiore alle soglie comunitarie deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione. I particolari requisiti e obiettivi di esperienza e stabilità nell'organizzazione del servizio, richiesti dalla normativa di settore, possono essere perseguiti dalla stazione appaltante, già in fase di programmazione dei fabbisogni e di progettazione del servizio da affidare, attraverso la previsione di una durata del contratto che sia congrua rispetto agli obiettivi individuati e alle prestazioni richieste al contraente.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 maggio 2020;

VISTA la richiesta di parere dell'Associazione Data Protection Officer, acquisita al prot. Autorità n. 30246 del 23/4/2020 con cui è stato chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla disciplina applicabile ai contratti aventi ad oggetto servizi di protezione dei dati individuali sottoscritti ai sensi dell'articolo 37, punto 6, del Regolamento UE 2016/679, con particolare riferimento al principio di rotazione e al rinnovo dei contratti.

VISTI gli articoli 35 e 36 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.;

VISTO il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche

con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE;

VISTE le Linee guida sul Responsabile della protezione dei dati emanate dal Garante per la protezione dei dati individuali in data 13 dicembre 2016;

DELIBERA

L'affidamento all'esterno del servizio di protezione dei dati personali si configura come un appalto di servizi e come tale soggiace alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, con conseguente obbligo di procedere alla selezione del contraente nel rispetto delle procedure ivi previste in ragione dell'importo del contratto.

Tale servizio è reso disponibile sui sistemi di e-procurement e, pertanto, ai sensi dell'articolo 26, comma 3, della legge 23/12/1999 n. 488 e dell'articolo 1 del decreto-legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012 n. 135 recante «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini», gli affidamenti che non siano effettuati attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip o dalle centrali di committenza regionali di riferimento sono affetti da nullità.

Ai sensi dell'articolo 36 del codice dei contratti pubblici, l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

I paragrafi 3.6 e 3.7 delle Linee guida n. 4/2016, offrono indicazioni di dettaglio sull'applicazione del principio di rotazione, specificando che lo stesso 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.

Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, delle citate Linee guida, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. Sono indicate quali ipotesi di deroga al principio in argomento circostanze attinenti alla particolare struttura del mercato e alla riscontrata effettiva assenza di alternative, che non sembrano ricorrere nel caso di specie.

Si ritiene, quindi, che le esigenze manifestate dall'istante in ordine alla necessità di garantire, nell'esecuzione del contratto, il perseguimento di requisiti e obiettivi raggiungibili soltanto a lungo termine, in conseguenza

della maturazione di solida esperienza circa la specifica organizzazione della PA di riferimento e circa le peculiarità dei processi di trattamento dei dati personali, non possano essere attuati attraverso l'esclusione del principio di rotazione.

Non si ritiene percorribile, neanche l'ulteriore alternativa, prospettata dall'istante, di disporre rinnovi dei contratti in scadenza nel caso in cui la durata degli stessi non sia risultata congrua rispetto al raggiungimento degli obiettivi dell'affidamento. Su tale aspetto si ricorda, infatti, che il rinnovo del contratto deve essere previsto come opzione già nel bando di gara e che l'importo riferito al rinnovo deve essere considerato nel calcolo del valore stimato dell'appalto (articolo 35 del codice dei contratti pubblici).

Si evidenzia, altresì, che la previsione di una durata del contratto inferiore a quella considerata congrua in relazione all'oggetto dell'affidamento potrebbe configurare un frazionamento artificioso dell'appalto volto ad eludere l'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici.

Si ritiene, invece, che gli specifici obiettivi di esperienza e stabilità nell'organizzazione del servizio, richiesti dalla normativa di settore, possano essere legittimamente perseguiti dalla stazione appaltante, già in fase di programmazione dei fabbisogni e di progettazione del servizio da affidare, individuando una durata del contratto che sia congrua rispetto alle prestazioni richieste al contraente.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

in data 19 maggio 2020