

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

Sezione I

Sentenza 31 gennaio 2023, n. 98

PRESIDENTE: PUPILELLA - ESTENSORE: VIOLA

FATTO E DIRITTO

Con determinazione dirigenziale 18 luglio 2022, n. 1497, il Comune di Lucca provvedeva all'affidamento alla Aperion s.r.l., ai sensi della previsione di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del servizio di "informazione pubblica e allertamento multiplatforma" (CIG derivato: 9324261F94) 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 la Aperion s.r.l. il ruolo di precedente gestore del servizio; in particolare, 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".

In data 1° settembre 2022, era pertanto formalizzato il relativo contratto di affidamento, attraverso lo scambio di due lettere commerciali, successivamente oggetto di registrazione.

La determinazione di affidamento era impugnata dalla società ricorrente (che aveva partecipato alla ricerca di mercato preliminare ufficiosa), unitamente agli atti meglio specificati in epigrafe, sulla base di censure di: 1) violazione dell'art. 14-*bis* del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, dell'art. 19 del d.l. n. 83/2012, del decreto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale 24 febbraio 2022 relativo al "piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2021-2023", violazione dell'art. 14 del regolamento AgID sul *cloud* della P.A. adottato con determinazione n. 628/2021 del 15 dicembre 2021, delle circolari n. 2 e 3 dell'AgID del 9 aprile 2018 e della determinazione n. 408/2018 del direttore generale dell'AgID; 2) violazione o falsa applicazione dell'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 in relazione al principio di

rotazione, eccesso di potere per insufficienza e contraddittorietà della motivazione; 3) violazione o falsa applicazione dell'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, in relazione ai principi di economicità, efficacia, libera concorrenza e non discriminazione, eccesso di potere per assenza e contraddittorietà della motivazione e per sviamento del potere dallo scopo; con il ricorso, erano altresì richiesti l'aggiudicazione della procedura, l'inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria ed il risarcimento per equivalente dei danni non risarcibili in forma specifica, successivamente quantificato, nella memoria conclusionale del 5 gennaio 2023, nell'11% dell'offerta.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione comunale di Lucca, controdeducendo sul merito del ricorso.

L'azione di annullamento risulta assolutamente fondata e deve pertanto essere accolta.

A questo proposito, risulta del tutto assorbente l'esame del secondo motivo di ricorso relativo alla violazione del principio di rotazione, espressamente richiamato dalla previsione di cui all'art. 36, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come limite generale all'affidamento dei contratti sotto soglia.

Come ampiamente noto, una giurisprudenza ormai sostanzialmente stabilizzata ha individuato le ipotesi in cui, in via eccezionale, risultano possibili affidamenti in deroga al principio di rotazione: "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. C.d.S., Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; 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: C.d.S., Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; 3 aprile 2018, n. 2079; Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delib. 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n. 4), e comunque, è principio che non opera per il 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. C.d.S., Sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1421; 22 febbraio 2021, n. 1515; Sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654; Sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539; nello stesso senso, cfr. anche le linee guida n. 4 dell'Anac, approvate con delib. n. 1097 del 26 ottobre 2016, da ultimo aggiornate con delib. n. 636 del 10 luglio 2019, spec. 3.6)" (C.d.S., Sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Nella fattispecie che ci occupa, il fatto stesso che la stazione appaltante abbia invitato alla procedura sette operatori economici esclude già in radice che possa essere ravvisata quella sostanziale limitatezza del mercato (ovvero un "numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato") che, per la giurisprudenza sopra richiamata, legittima la partecipazione alla procedura di gara del precedente gestore in violazione del principio di rotazione.

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 poi ovviamente ad integrare quel "particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale" (C.d.S., 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 vantaggiosa per economicità ed efficacia in termini di prestazioni richieste come servizi".

Al di là della sostanziale inidoneità delle nuove argomentazioni contenute negli atti defensionali ad integrare la motivazione dell'atto impugnato, manifestamente irrilevante risulta poi il riferimento, contenuto negli atti dell'Amministrazione comunale di Lucca, alla giurisprudenza che ha affermato l'inoperatività del principio di rotazione nelle ipotesi in cui l'amministrazione decida l'affidamento del servizio a mezzo di procedura aperta (C.d.S., 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 discorso non fosse per nulla aperta, ma limitata ai sette operatori selezionati dalla stazione appaltante.

Il secondo motivo di ricorso risulta pertanto fondato e deve essere accolto; in considerazione del suo carattere assorbente, non sussiste alcuna necessità di procedere all'esame delle ulteriori censure proposte da parte ricorrente, risultando evidente come l'applicazione del principio di rotazione non permettesse la partecipazione alla procedura della ricorrente ad alcun titolo.

L'accoglimento dell'azione di annullamento della determinazione di aggiudicazione importa poi anche la declaratoria del contratto tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria perfezionatosi, per scambio di corrispondenza commerciale, in data 1° settembre 2022.

Al contrario, non possono trovare accoglimento la domanda di tutela in forma specifica mediante aggiudicazione del contratto e la domanda risarcitoria per equivalente.

Ambedue le domande presuppongono, infatti, che la ricorrente risulti titolare del bene della vita costituito dall'aggiudicazione della procedura e le difese delle due parti in causa si sono polarizzate (soprattutto ai fini del terzo motivo di ricorso) sulla problematica relativa al valore economico dell'offerta della

ricorrente ed alla possibilità di considerarla, in qualche modo, "in seconda posizione" ai fini dell'aggiudicazione della procedura.

L'esame degli atti di indizione della "ricerca di mercato preliminare ufficiosa" indetta dall'Amministrazione comunale di Lucca (docc. 10 e 11 del relativo deposito) e tutta la documentazione relativa alla procedura non evidenziano però per nulla la fissazione del criterio dell'offerta più bassa come criterio di aggiudicazione della procedura; la sussistenza di un tale autovincolo non può poi neanche essere desunta, *a posteriori*, dall'atto di aggiudicazione che anzi evidenzia come l'affidamento alla controinteressata sia stata determinato da un *mix* tra la valutazione dell'economicità dell'offerta ed il "confronto tecnico economico" tra le offerte (qualcosa di simile al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Ed in effetti, l'intera discussione originata dal terzo motivo di ricorso, evidenzia come la convenienza dell'offerta della ricorrente dipenda anche da valutazioni in ordine alle prestazioni realmente oggetto di servizio e alle diverse componenti dell'offerta stessa e le stesse argomentazioni articolate dalla ricorrente in ordine al miglior contenuto tecnico della propria offerta (in virtù della presenza dei requisiti fissati dall'AgID) evidenziano assai plasticamente come il confronto concorrenziale tra le offerte non si possa restringere al solo elemento economico.

In definitiva, risulta pertanto evidente come la ricorrente non possa essere automaticamente considerata titolare del bene della vita costituito dall'aggiudicazione e come tale circostanza non possa che discendere dalla rinnovazione del procedimento di valutazione delle offerte nella logica ampiamente discrezionale che è propria degli affidamenti diretti.

Ne deriva l'impossibilità di accogliere le domande di aggiudicazione del contratto e di risarcimento per equivalente articolate dalla ricorrente e l'obbligo della stazione appaltante di rinnovare le operazioni di valutazione delle offerte e di concludere la procedura, senza considerare la precedente aggiudicataria.

La reciproca soccombenza in ordine alle azioni proposte giustifica poi la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, come da motivazione e, per l'effetto:

a) dispone l'annullamento della determinazione dirigenziale 18 luglio 2022, n. 1497 del Comune di Lucca;

b) dichiara l'inefficacia del contratto tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria perfezionatosi, per scambio di corrispondenza commerciale, in data 1° settembre 2022.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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