

IL MANCATO INVITO ALLA PROCEDURA NEGOZIATA SI GIUSTIFICA AGEVOLMENTE CON L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE.

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 17-12-2016

1. Servizio effettuato negli anni precedenti - mancato invito alla procedura - legittimità - osservanza principio di rotazione.
2. Principio di rotazione - art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 - norma speciale relativa alle gare sotto soglia - prevalenza sulla normativa sulle gare in generale.
3. Obbligo per la Stazione appaltante di invitare il gestore uscente - insussistenza - mera facoltà - motivazione - necessità.

Guida alla lettura

La decisione del TAR salentino riguarda l'affidamento diretto di un contratto di servizio d'informatizzazione comunale in favore di un operatore del settore impugnato dal precedente gestore del servizio che aveva ininterrottamente il servizio informatico del Comune resistente.

La ricorrente sosteneva che il Comune, avendo deciso di procedere attraverso il modulo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, avrebbe dovuto invitare la ricorrente a presentare la propria offerta, atteso che non era mai stata contestata dal Comune l'inadeguatezza del servizio dalla stesso reso e che l'offerta della società affidataria non era migliorativa della propria offerta.

Il ricorso è stato respinto in quanto il Comune aveva deciso di avvalersi della facoltà di scelta dell'affidamento in relazione alla previsione dell'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016 che, al comma 2, così dispone " ... le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture ... di importo inferiore a 40.000 euro mediante affidamento diretto ...".

Inoltre, il fatto che la ricorrente avesse effettuato il servizio negli anni precedenti giustificava il mancato invito ad un'eventuale procedura in ragione dell'applicazione del principio di rotazione, il cui rispetto è previsto proprio dall'art 36, comma primo, d.lgs. 50/2016, il quale costituisce una norma speciale relativa alle gare sotto soglia, prevalendo sulla normativa sulle gare in generale (cfr. Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 4 ottobre 2016, n. 419).

Al contempo, il Collegio si è riportato alla giurisprudenza che esclude l'obbligo della S.A. di invitare l'operatore uscente atteso che "Non può configurarsi, in linea di principio, alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare, ad una gara informale ... il gestore uscente, ma una mera

facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione" (cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 9 giugno 2016, n. 372).

Sul tema, peraltro, si rammentano le Linee guida dell'ANAC n. 4/2016 in tema di affidamenti sotto soglia, di cui alla deliberazione n. 1097/2016, in base alla quale *"Il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente"*, potendo la stazione appaltante motivare tale scelta in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.

Secondo l'ANAC, quindi, l'onere motivazionale, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese.

Pertanto, "l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

In conclusione, le contestazioni mosse dalla ricorrente circa l'offerta dell'aggiudicataria del servizio non potevano avere alcun rilievo data la scelta di affidamento diretta effettuata legittimamente dal Comune resistente.

Pubblicato il 15/12/2016

N. 01906/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01462/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1462 del 2016, proposto da:
XXX ... Srl, in persona del legale rappresentante p.t., ...

contro

Comune di YYY, in persona del legale rappresentante p.t., ...

nei confronti di

ZZZ Srl, in persona del legale rappresentante p.t., ...

per l'annullamento

- della delibera di Giunta Comunale n. 113 del 14.7.2016, pubblicata sull'Albo pretorio del Comune in data 12.9.2016, con la quale il Comune di YYY ha approvato la proposta di Parsec 3.26 Srl relativa ai servizi di informatizzazione del Comune;

- ove occorra, del parere reso dall'Amministratore di Sistema, Dr. ..., sulla offerta di ZZZ;

- della determinazione I Area Funzionale n. 154 del 8.9.2016, pubblicata sull'Albo pretorio del Comune in data 12.9.2016, con la quale il Dirigente dell'area ha disposto l'affidamento del servizio di gestione del sistema informativo comunale alla società ZZZ Srl;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di affidamento dei servizi informatici intercorso tra il Comune di YYY e la ZZZ Srl, ove previsto e, nelle more, stipulato, con espressa istanza di subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune YYY e della Parsec ZZZ Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2016 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi l'avv. L. Sticchi, per la ricorrente, l'avv. R. De Blasi, in sostituzione dell'avv. D. Mastrolia, per il Comune, e l'avv. F.sco Cantobelli per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La società ricorrente, premesso di aver gestito ininterrottamente il servizio informatico del comune di YYY , ha impugnato gli atti con i quali il Comune ha disposto l'affidamento del servizio di gestione del sistema informativo comunale alla società ZZZ.

La ricorrente sostiene: che il Comune, avendo deciso di procedere attraverso il modulo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, avrebbe dovuto invitare la ricorrente a presentare la propria offerta, che non è mai stata contestata dal Comune l'inadeguatezza del servizio da lei reso; che l'offerta della ZZZ non è migliorativa della propria offerta.

Alla camera di consiglio, avvertire le parti ex art. 60 c.p.c, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

È da rilevare anzitutto che il Comune non ha provveduto attraverso la procedura negoziata ma ha deciso di scegliere l'affidamento diretto, come d'altronde si rileva chiaramente anche dalla delibera del 14 luglio 2016 impugnata con il presente ricorso nella quale si legge <<visto l'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016 che, al comma 2, così dispone " ... le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture ... di importo inferiore a 40.000 euro mediante affidamento diretto ...>>.

Posto ciò, è da osservare che, avendo la ricorrente effettuato il servizio negli anni precedenti, il mancato invito alla procedura si giustifica agevolmente con l'applicazione del principio di rotazione.

Infatti, trova applicazione alla fattispecie l'art 36, comma primo, d.lgs. 50/2016, il quale prevede espressamente il "rispetto del principio di rotazione", e, trattandosi di una norma speciale relativa alle gare sotto soglia, essa prevale sulla normativa sulle gare in generale (cfr. Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 4 ottobre 2016, n. 419).

"Non può configurarsi, in linea di principio, alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare, ad una gara informale ... il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve

dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione" (Tar Aquila, sez. I, 9 giugno 2016, n. 372).

In sostanza, il mancato invito risulta legittimo e conforme alla legge di gara, a nulla rilevando la questione delle preve contestazioni, posto che il tipo di gara in questione, sotto soglia, determina l'applicazione del principio di rotazione.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che si liquidano in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, a favore del Comune ed euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, a favore della controinteressata.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Claudia Lattanzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Claudia Lattanzi

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo