

TAR Abruzzo – Pescara, Sezione Prima, Sentenza n. 365 del 7 dicembre 2024

Appalti di servizi – Principio di rotazione – Disposizione imperativa – Deroga ammissibile in presenza di tutti i presupposti prescritti dalla norma

Pubblicato il 07/12/2024

N. 00365/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00192/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 192 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza Cuc di (...), Provincia di (...), non costituiti in giudizio;

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina del Responsabile del Servizio n. 78 del 3.5.2023 (Registro generale n. 295 del 6.5.2024), pubblicata sull'albo Pretorio del Comune di (...) il successivo 9.5.2024, con la quale è stata indetta la procedura negoziata, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e) del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 per l'affidamento del contratto di appalto relativo ai “servizi di cui al piano ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale “Valle Dell’Orta area pedemontana” – periodo dal 1 giugno 2024 al 31 dicembre 2025, nonché di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso e in particolare:

- 1) della proposta n. 380 del 3.5.2024;
- 2) dell'Elenco appositamente predisposto dal RUP contenente i riferimenti n. 10 imprese invitate alla procedura negoziata;
- 3) delle Lettere di invito nella parte in cui non è stata illegittimamente invitata la ricorrente;
- 4) di tutti gli atti di gara e del Capitolato.

Nonché

Per la declaratoria del diritto della (...) ad essere invitata alla procedura, nonché in via subordinata per l'annullamento dell'intera procedura di gara.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) il 21\08\2024:

PER L'ANNULLAMENTO

- Della determina di aggiudicazione dell'appalto dei servizi di cui al piano di ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale “Valle dell’Orta area Pedemontana”, nonché di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso e in particolare:

- 1) della determina del Responsabile del Servizio n. 127 del 16.7.2024 (Registro

generale n. 458 del 16.7.2024) con la quale sono stati nominati i componenti della commissione giudicatrice per la procedura negoziata sotto soglia per l'affidamento del contratto di appalto relativo ai “servizi di cui al piano ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale “Valle Dell'Orta area pedemontana” – periodo dal 1 giugno 2024 al 31 dicembre 2025; Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) il 02\09\2024:

PER L'ANNULLAMENTO

- Della determina del Responsabile del Servizio n. 158 del 28.8.2024 (Registro Generale n. 556 del 28.8.2024) pubblicata il 2.9.2024 con la quale il Comune di (...) ha affidato, tramite trattativa privata, alla (...) il servizio di cui al piano di ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale “Valle dell'Orta area Pedemontana”, nonché di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) il 04\09\2024:

PER L'ANNULLAMENTO

- Della determina del Responsabile del Servizio n. 78 del 3.5.2023 (Registro generale n. 295 del 6.5.2024), pubblicata sull'albo Pretorio del Comune di (...) il successivo 9.5.2024, con la quale è stata indetta la procedura negoziata, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e) del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 per l'affidamento del contratto di appalto relativo ai “servizi di cui al piano ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale “Valle Dell'Orta area pedemontana” – periodo dal 1 giugno 2024 al 31 dicembre 2025, nonché di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso e in particolare:

- 1) della proposta n. 380 del 3.5.2024;
- 2) dell'Elenco appositamente predisposto dal RUP contenente i riferimenti n. 10 imprese invitate alla procedura negoziata;
- 3) delle Lettere di invito nella parte in cui non è stata illegittimamente invitata la ricorrente;

4) di tutti gli atti di gara e del Capitolato.

PER L'ANNULLAMENTO

(Con riferimento al primo ricorso per motivi aggiunti)

- Della determina di aggiudicazione dell'appalto dei servizi di cui al piano di ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale "Valle dell'Orta area Pedemontana", nonché di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso e in particolare: 1) della determina del Responsabile del Servizio n. 127 del 16.7.2024 (Registro generale n. 458 del 16.7.2024) con la quale sono stati nominati i componenti della commissione giudicatrice per la procedura negoziata sotto soglia per l'affidamento del contratto di appalto relativo ai "servizi di cui al piano ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale "Valle Dell'Orta area pedemontana" – periodo dal 1 giugno 2024 al 31 dicembre 2025,

PER L'ANNULLAMENTO

(Con riferimento al secondo ricorso per motivi aggiunti)

Della determina del Responsabile del Servizio n. 158 del 28.8.2024 (Registro Generale n. 556 del 28.8.2024) pubblicata il 2.9.2024 con la quale il Comune di (...) ha affidato, tramite trattativa privata, alla (...) il servizio di cui al piano di ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale "Valle dell'Orta area Pedemontana", nonché di ogni altro atto prodromico, consequenziale e comunque connesso

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e della Società (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2024 il dott. Giovanni Giardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo, ritualmente notificato il 05/06/2024 e depositato il 30/08/2024, la (...), premesso di essere impresa operante nel settore economico della procedura di cui trattasi e, in quanto tale, di avere interesse all'indizione di una procedura pubblica di gara cui prendere parte, ha impugnato la determina del Responsabile del Servizio n. 78 del 3.5.2024 del Comune di (...) con cui è stata indetta la procedura negoziata, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e) del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, per l'affidamento del contratto di appalto relativo ai *“servizi di cui al piano ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale “Valle Dell'Orta area pedemontana”* – periodo dal 1 giugno 2024 al 31 dicembre 2025.
2. Con successivo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 20/08/2024 e depositato il successivo 21/08/2024, la (...) ricorrente ha adito nuovamente l'intestato Tribunale per l'annullamento della determina di aggiudicazione in favore della (...) dell'appalto dei servizi di cui al piano di ambito distrettuale sociale dell'ECAD 17 montagna pescarese per la zona di gestione sociale *“Valle Dell'Orta area pedemontana”*, previa adozione di idonee misure cautelari monocratiche e collegiali sia con riferimento ai provvedimenti impugnati in ricorso che nell'atto di motivi aggiunti.
3. Con Decreto cautelare n. 160/2024 del 22/08/2024 il Presidente di questo Tribunale ha accolto l'istanza di tutela monocratica della ricorrente nel senso di disporre *“un vincolo temporaneo in capo alla S.A. a non stipulare il contratto con l'aggiudicataria fino al 16.9.24, salve diverse determinazioni del Collegio nella camera di consiglio del 13.9.24”* ed ha fissato, per la trattazione collegiale della invocata misura cautelare, la camera di consiglio del 13/09/24.
4. Con successivo ulteriore ricorso per motivi aggiunti, notificato il 02/09/2024 e depositato in pari data, la (...) ha impugnato, previa adozione di idonee misure

cautelari monocratiche e collegiali, la determina del Responsabile del Servizio n. 158 del 28.8.2024 (Registro Generale n. 556 del 28.8.2024) pubblicata il 2.9.2024 con la quale il Comune di (...), assumendo che *“i servizi sociali sono essenziali per il funzionamento dell’Ente e che la mancata copertura del servizio causerebbe danno certo all’amministrazione”* ha affidato, tramite trattativa privata, alla società (...) il servizio di cui al predetto piano di ambito distrettuale sociale dell’ECAD 17 montagna pescarese.

5. Con Decreto cautelare n. 164/2024 del 03/09/2024 il Presidente di questo Tribunale ha accolto l’istanza di tutela monocratica della ricorrente dichiarando l’inefficacia della determina del Responsabile del Servizio n. 158 del 28.8.2024 di affidamento diretto temporaneo del servizio alla controinteressata società cooperativa sociale, per il periodo dal 1° settembre 2024 al 30 settembre 2024, con possibilità di proroga di un ulteriore mese per il periodo dal 1° ottobre 2024 al 31 ottobre 2024, ritenendo detto affidamento *“una manifestazione scolastica di (grave) elusione del decisum giurisdizionale e di abuso del processo, in contrasto con basilari principi di tutela ex art. 24 Cost.”*, ed ha fissato per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 13/09/24.

6. A causa di una irrituale notifica del secondo ricorso per motivi aggiunti alla controinteressata - in quanto notificato direttamente alla PEC della (...) anziché al domicilio digitale eletto nel presente giudizio - quest’ultima ha chiesto la revoca del Decreto cautelare 163/2024, poi intervenuta con successivo Decreto presidenziale n. 165 del 04/09/2024.

7. La società ricorrente ha quindi ritualmente notificato il secondo atto per motivi aggiunti in data 04/09/2024 reiterando la richiesta di misura cautelare anche monocratica.

8. Con Decreto cautelare n. 166/2024 del 05/09/2024 il Presidente di questo Tribunale, nel *“richiamare integralmente (con alcune precisazioni) i contenuti del proprio decreto di accoglimento 164/2024 poi revocato, trattandosi di fattispecie elusiva del decisum 160/24”*

ha accolto l'istanza di tutela monocratica della ricorrente ed ha fissato per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 13/09/24.

9. Con ordinanza cautelare n. 178/2024 pubblicata il 17/09/2024 questo Tribunale, ritenuto di recepire e ribadire in sede collegiale le determinazioni monocratiche sopra emarginate, al fine di mantenere la *res adhuc integra* in attesa delle decisioni di merito, ha sospeso gli effetti di tutti i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e con i ricorsi per motivi aggiunti ed ha vietato temporaneamente alla stazione appaltante di stipulare il contratto con la controinteressata. Inoltre ha dichiarato l'inefficacia/nullità della determina del Responsabile del Servizio n. 158 del 28.8.2024 di affidamento diretto temporaneo del servizio alla controinteressata. Con la medesima ordinanza è stata fissata per la trattazione di merito del ricorso introduttivo e dei ricorsi per motivi aggiunti l'udienza pubblica del 15 novembre 2024.

10. In punto di fatto la ricorrente, premesso di essere gestore uscente del servizio oggetto della procedura in discussione, espone che in data 9.5.2024 il Comune di (...) ha pubblicato sull'Albo Pretorio la determinazione del Responsabile del Servizio n. 78 del 3.5.2023, gravata con il ricorso introduttivo, con la quale ha indetto la procedura negoziata senza bando, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e), del d.lgs. 36/2023 per l'affidamento del contratto di appalto relativo ai “*SERVIZI DI CUI AL PIANO DI AMBITO DISTRETTUALE SOCIALE VALLE DELL'ORTA AREA PEDEMONTANA – PERIODO DAL 1° GIUGNO 2024 AL 31 DICEMBRE 2025*” per l'importo di euro 585.972,40 oneri fiscali esclusi. L'Amministrazione ha invitato alla procedura negoziata di che trattasi le imprese, pari a dieci, di cui all'Elenco predisposto dal responsabile unico del progetto, da considerare parte integrante e sostanziale della determinazione anche se non materialmente allegato per motivi di riservatezza.

Il gravame introduttivo, con cui la ricorrente lamenta di non essere stata invitata a

partecipare alla procedura negoziata, è affidato alla denuncia di due articolate doglianze con cui si deduce:

“I. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 128 del d.lgs. 36/2023.

“II. *Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 dell’Allegato II.1 al d.lgs. 36/2023; Violazione del principio del favor participationis e del principio di par condicio dei concorrenti*”.

11. Con il primo ricorso per motivi aggiunti, che si appunta sulla determina di aggiudicazione in favore della controinteressata (...) società cooperativa sociale a mutualità prevalente dell’appalto dei servizi in argomento e sulla determina di nomina dei componenti della commissione giudicatrice, vengono formulate le medesime censure articolate con il ricorso introduttivo.

12. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, che si appunta sulla determina di affidamento diretto, ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. a del D.Lgvo 36/2023, alla controinteressata (...) della gestione dei servizi socio assistenziali e educativi di che trattasi “*per il periodo dal 1 Settembre al 30 Settembre 2024 con possibilità di proroga per un’ulteriore mese per il periodo dal 1 Ottobre 2024 al 31 Ottobre 2024*”, viene postulata la violazione ed elusione del Decreto cautelare monocratico, che aveva disposto “*un vincolo temporaneo in capo alla S.A. a non stipulare il contratto con l’aggiudicataria fino al 16.9.24, salve diverse determinazioni del Collegio nella camera di consiglio del 13.9.24*” e, quindi, dei principi di trasparenza, correttezza e buona fede che devono guidare l’azione pubblica.

13. Si sono costituiti in resistenza al ricorso introduttivo ed ai ricorsi per motivi aggiunti il Comune di (...) e la controinteressata (...) instando per il loro rigetto in quanto inammissibili sotto vari profili e, comunque, privi di merito di fondatezza.

14. In prossimità dell’udienza di trattazione di merito le parti hanno depositato memorie e repliche ex art. 73 c.p.a. riportandosi alle conclusioni già rassegnate nei propri scritti difensivi e chiedendone l’integrale accoglimento.

15. All’udienza pubblica del giorno 15 novembre 2024, sentite le parti presenti, la causa è stata chiamata ed introitata per la decisione.

16. Il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti, che possono essere trattati congiuntamente vista la comunanza delle censure dedotte e delle argomentazioni difensive delle parti resistenti, non sono meritevoli di positivo apprezzamento per le ragioni appresso specificate.

17. Con il primo motivo la cooperativa ricorrente deduce che il mancato invito della stessa, da parte del Comune resistente, alla procedura negoziata per cui è causa trova fondamento nell'errato presupposto che la medesima cooperativa, in quanto gestore uscente, non poteva partecipare alla procedura sulla base del principio di rotazione.

La ricorrente postula, quindi, la violazione del nuovo Codice dei contratti pubblici che escluderebbe l'applicazione del principio di rotazione ai servizi sociali, quali quelli per cui è causa.

Segnatamente l'art. 128 del Decreto legislativo 31/03/2023, n. 36, nel dettare la disciplina per l'affidamento dei servizi alla persona (individuati nominativamente nel comma 2, nei “*a) servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; b) servizi di prestazioni sociali; c) altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative*”), afferma al comma 3 che “*l'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti*”. Per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d) (ovvero quelli inferiori alla soglia europea), il comma 8 della medesima disposizione normativa prevede espressamente che a detti affidamenti “*si applicano i principi e i criteri di cui al comma 3 del presente articolo*”.

Dalla formulazione testuale del citato comma 8, che opera un mero rinvio interno ai principi ed ai criteri di cui al comma 3 e non anche agli artt. 48 e ss., la ricorrente desume che il Legislatore avrebbe escluso dalla portata applicativa del principio di

rotazione le procedure per l'affidamento dei servizi sociali sottosoglia.

Tale approccio ermeneutico, secondo la tesi della ricorrente, sarebbe peraltro coerente con le indicazioni della Relazione illustrativa di accompagnamento al nuovo Codice degli appalti ove si afferma quanto segue *“Si segnala peraltro, per la sua attitudine innovativa, la previsione del comma 8, con la quale – relativamente agli affidamenti di servizi alla persona inferiori alla soglia europea – si è scelto di non richiamare, in prospettiva liberalizzante, la disciplina generale degli appalti sotto soglia, ma di imporre (attraverso il richiamo al comma 3) esclusivamente il rispetto dei principi (general) di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza, e gli obblighi di tenere conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati, e di promuovere il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. Si è inteso, con ciò, recepire le diffuse istanze degli operatori del settore, con particolare riferimento alla obiettiva criticità dell’attuazione, nei settori in questione, del principio di rotazione”*.

L’Amministrazione resistente ha pertanto escluso il gestore uscente dalla possibilità di partecipare alla nuova procedura indetta, in aperta violazione dei principi di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza, richiamati dall’art. 128 comma 3 del d.lgs. 36/2023 per gli affidamenti ai servizi alla persona. Tale scelta - a detta della ricorrente - sarebbe anche irragionevole in quanto la stessa ha svolto il servizio in maniera eccellente, ha utilizzato personale qualificato e rispettato i tempi stabiliti, dimostrando così affidabilità, puntualità e qualità nelle prestazioni.

Gli assunti di cui innanzi non meritano adesione.

All’esame della censura sottoposta all’attenzione del Collegio giova premettere il quadro normativo di riferimento.

17.1. L’articolo 48 del D.lgs. 36/2023 nel dettare la disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea stabilisce al comma 4 che *<ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice>*.

Dall’analisi della disposizione normativa testè indicata è possibile inferire che a

tutti i contratti sottosoglia si applicano, ove non derogate espressamente dalle disposizioni della parte I del libro II, oltre alle disposizioni specifiche inerenti ai contratti di importo inferiore alle soglie europee di cui alla medesima parte I del libro II, le altre disposizioni del Codice tra cui, per quanto di rilievo al caso di specie, l'art. 49 sul principio di rotazione, il cui comma 1 espressamente afferma che *“Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione”*. L'uso da parte del Legislatore dell'indicativo deontico *“avvengono”* sottende, secondo le regole di tecnica legislativa ed i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale, l'imperatività della norma traducendosi nell'obbligo generalizzato per la stazione appaltante di applicare il principio di rotazione a tutti gli affidamenti inerenti ai contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Come precisato nella relazione illustrativa di accompagnamento al nuovo Codice degli appalti il rispetto del principio di rotazione si impone già nella fase degli inviti, con lo scopo di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della commessa da realizzare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (Consiglio di Stato, sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943).

In attuazione del principio di concorrenza la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti è quella di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente. La rotazione costituisce un riferimento normativo *“inviolabile”* del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, così da evitare il consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292, e la giurisprudenza ivi citata).

Ai sensi dell'art. 49, comma 2 del Codice il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Un elemento di novità rispetto alla precedente normativa è contenuto nel comma 4 ove si statuisce che il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto sulla base di una motivazione "rafforzata" che tenga conto specificamente della "struttura del mercato" e della "effettiva assenza di alternative", nonché dell'"accurata esecuzione del precedente contratto". Ai fini della deroga al principio di rotazione, i predetti requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 a supporto dell'onere motivazionale che deve sorreggere la deroga a detto principio devono essere concorrenti e non alternativi tra loro.

In tal senso si è espressa la recente giurisprudenza amministrativa chiamata ad interpretare la disposizione normativa in argomento affermando che *"Dal tenore letterale della disposizione (e, in particolare, dalla congiunzione "nonché") si evince che la deroga alla regola generale del principio può operare solo a fronte della concorrente sussistenza dei requisiti indicati dalla norma e la relativa determinazione dell'amministrazione deve essere adeguatamente motivata sia in ordine alla concreta insussistenza di alternative sul mercato, sia in ordine alla precedente esecuzione del contratto."* (in tali termini, T.A.R. Catania, sentenza 11 aprile 2024 n. 1370).

17.2. Illustrato in questo modo il quadro normativo e giurisprudenziale in cui si innesta la presente controversia, si rivela infondata la tesi della ricorrente che sostiene l'inapplicabilità del principio di rotazione agli affidamenti inerenti ai servizi sociali sottosoglia in ragione dell'omesso rinvio interno ad opera dell'art. 128, comma 8 all'art. 49 del Codice, atteso che il principio di rotazione trova comunque ingresso nella disciplina degli affidamenti inerenti ai servizi sociali sottosoglia a prescindere da un espresso richiamo in forza della previsione generale di cui all'art. 49, comma 1 del Codice, che non è stata espressamente derogata

rispetto a tale tipologia di affidamenti. Qualora la volontà del Legislatore fosse stata quella di escludere l'applicazione del principio di rotazione agli affidamenti in questione, la disposizione di cui all'art. 128, comma 8 avrebbe dovuto essere formulata mediante una chiara ed espressa deroga al principio di rotazione come prescritto dal comma 4 dell'art. 48.

Vero è, piuttosto, che gli affidamenti relativi ai servizi alla persona sottosoglia soggiacciono ad una regolamentazione composita come risultante dalla combinazione della disciplina di carattere generale, comprensiva anche del principio di rotazione, e di quella di carattere speciale, contenuta nell'art. 128 del Codice.

Pertanto, l'interpretazione logico-sistematica del comma 8 dell'art. 128 impone che per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia europea, l'Amministrazione ben può derogare al principio generale di rotazione, previa adeguata motivazione, al fine di osservare i principi e i criteri di cui al comma 3, ovvero *<garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti>*.

Al riguardo la recente giurisprudenza ha avuto cura di rimarcare che *“la circostanza che l'art. 128 del codice, non richiama le regole “generali” degli affidamenti sotto-soglia di cui agli artt. 48 e seguenti del D.lgs. n. 36/2023 richiedendo l'applicazione dei “principi e i criteri di cui al comma 3°...”, non esonera l'ente affidatario dall'obbligo di motivare adeguatamente circa la modalità di affidamento prescelta che deve rispettare - oltre alle regole della contrattualistica pubblica e ai principi generali del codice dei contratti pubblici - anche gli speciali principi di cui al comma 3 dell'art. 128, secondo il quale “l'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle specifiche esigenze delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilità degli utenti”*.

E' stato altresì affermato in giurisprudenza che per l'affidamento dei servizi alla persona di importo inferiore alla soglia eurounitaria, la stazione appaltante può fare ricorso all'affidamento diretto, anche in deroga al principio di rotazione, ma ha l'obbligo di motivare con riferimento ai parametri indicati nel comma 3 dell'art. 128 cit., poiché argomentando diversamente si consentirebbe la reiterazione *ad nutum* dell'affidamento diretto al medesimo operatore, in aperta violazione del principio generale dell'accesso al mercato di cui all'art. 3 del D.lgs. n. 36/2023, mercato che rimarrebbe precluso ad altri operatori potenzialmente in grado di offrire i medesimi standard qualitativi e prestazionali di cui al citato art. 128, comma 3. (*ibidem*, T.A.R. Catania n.1370/2024).

Nel caso di specie la cooperativa ricorrente gestisce i servizi sociali di che trattasi a decorrere dal 1° gennaio 2015, in forza di affidamento diretto nelle more dello svolgimento di una procedura negoziata (Determinazione n. 133/R del 24 dicembre 2014). Espletata la gara, con determina n. 95/R del 22 settembre 2015, è risultata aggiudicataria per un periodo dal 1° ottobre 2015 al 30 settembre 2017. Successivamente, con Determinazione n. 56 del 21 marzo 2018 il Comune di (...) ha indetto un'ulteriore procedura negoziata, previo esperimento di un'indagine di mercato, per l'affidamento dei servizi alla persona previsti nel PSD 2017/2018 di cui al PSR 2016/18. Con determinazione n. 125/R del 21 settembre 2018, l'affidamento dei servizi sociali è stato aggiudicato in via definitiva nuovamente alla cooperativa (...) che continua a tutt'oggi a gestire tali attività in proroga giusta Determina n. 201 del 2 novembre 2023.

Il Comune resistente, avvalendosi della procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ex art. 50 comma 1 lett. e) D. L.gs n. 36/2023, ha ritenuto correttamente di non invitare la ricorrente, che ha gestito i servizi sociali per oltre un decennio, in stringente aderenza al principio di rotazione espressamente richiamato dall'art. 1, comma 1 dell'Allegato II.1 quale criterio volto ad individuare gli operatori economici da invitare alle procedure

negoziate per l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del codice.

Sulla base dell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta all'Amministrazione nella scelta delle imprese ammesse alla procedura negoziata, l'esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata in argomento appare coerente con il quadro normativo sopra richiamato ed è stata disposta proprio al fine di evitare la formazione di una illegittima rendita di posizione e per perseguire l'effettiva concorrenza.

Del resto l'affermazione giurisprudenziale circa il carattere relativo e non assoluto del principio in esame, secondo cui la rotazione deve essere intesa *“non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione”* del nuovo affidamento, ma solo nel senso *“di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza”* (Cons. Stato, Sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654), va correttamente riferita all'ipotesi – che non ricorre nel caso di specie – di affidamento di appalti sotto soglia con *“procedura aperta”*.

Nella citata sentenza il Consiglio di Stato ha confermato la decisione di primo grado nella parte in cui ha escluso l'applicazione del principio di rotazione in ragione della natura aperta della procedura oggetto d'esame, argomentando, anche sulla base delle Linee guida ANAC n. 4 (nella versione adottata con deliberazione in data 1 marzo 2018, n. 206), come segue: *“Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Peraltro, così come delineato dal richiamato articolo 36, detto principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali*

rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del favor participationis e della concorrenza. (...) detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica”.

Nella fattispecie, come quella in esame in cui la stazione appaltante ha fatto ricorso alla procedura negoziata senza bando, ex art. 50 comma 1 lett. e) D. Lgs n. 36/2023 individuando discrezionalmente gli operatori economici ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte, il principio di rotazione opera quale limite “inviolabile” a tutela della concorrenza, al fine di garantire un'effettiva concorrenzialità degli operatori del settore.

In definitiva, posto che la rotazione costituisce la regola, la scelta di escludere la ricorrente dalla procedura negoziata in argomento, in quanto volta ad evitare un'illegittima rendita anticoncorrenziale di posizione, non richiedeva una specifica motivazione che sarebbe stata invece necessaria qualora l'amministrazione avesse voluto derogare al principio di rotazione ed invitare alla procedura l'operatore uscente. In tal caso si imponeva una motivazione rafforzata (art. 49, comma 4) tenuto conto dei criteri e principi di cui al comma 3 dell'art. 128.

18. E' privo di pregio giuridico anche il secondo motivo con cui la ricorrente lamenta che il RUP avrebbe individuato arbitrariamente gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, senza, tuttavia, rendere noti i loro nomi, senza rispettare le regole di trasparenza e concorrenza e senza che siano stati specificati a monte i criteri da porre alla base della selezione delle imprese da invitare, in violazione dell'art. 50, comma 2, del d.lgs. 36/2023.

Gli assunti di cui innanzi non colgono nel segno.

La predisposizione di un proprio elenco da cui attingere per la scelta degli operatori da invitare alla procedura costituisce, ai sensi dell'art. 3, comma 1

dell'allegato II.1, una modalità alternativa all'indagine di mercato.

Nel caso di specie la determinazione a contrarre ha adeguatamente motivato in ordine alla scelta degli operatori ammessi alla procedura negoziata, nel rispetto dei criteri fissati dal citato art. 3 dell'Allegato II.1. Segnatamente la determinazione dà atto che i dieci operatori economici individuati sono stati scelti *“tra gli operatori economici inseriti nell'Albo delle Cooperative presso il Ministero dello Sviluppo Economico, disciplinato dal Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 23/06/2004 e successive integrazioni, in cui sono presenti tutte le cooperative che risultano regolarmente iscritte all'Albo alla data di consultazione, comprese le cooperative in stato di liquidazione”*.

Quanto ai rilievi concernenti la violazione delle regole di trasparenza in ordine ai nominativi delle imprese partecipanti alla procedura, deve osservarsi che la decisione dell'amministrazione di non ostendere detta informazione risulta conforme all'art. 35, comma 2 lett. b) del D. Lgs. n. 36/2023 che, in relazione alle procedure negoziate, consente il differimento dell'esercizio del diritto di accesso rispetto all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che le hanno presentate, fino alla scadenza del termine per la loro presentazione.

Scaduti i termini per la presentazione delle offerte, l'ente comunale ha infatti provveduto a pubblicare gli allegati alla gravata determina n. 78 del 3 maggio 2024, comprensivi dell'elenco nominativo dei soggetti partecipanti alla procedura negoziata.

19. In definitiva, assorbite le eccezioni preliminari formulate dalle resistenti, gli argomenti sopra svolti evidenziano l'infondatezza del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivi aggiunti.

20. Va invece dichiarata l'improcedibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti in quanto dal provvedimento con esso impugnato non può derivare alcuna lesione diretta ed attuale dell'interesse fatto valere dalla ricorrente, atteso che a norma dell'art. 100 c.p.c. la lesione all'interesse protetto che giustifica l'azione giudiziale

deve sussistere al momento della proposizione del ricorso e per tutta la durata del giudizio.

La sopravvenuta carenza di interesse è resa palese dalla natura temporanea (dal 1° settembre 2024 al 30 settembre 2024) dell'affidamento diretto del servizio alla controinteressata società cooperativa sociale a mutualità prevalente (...) e dalla circostanza che detta determina non ha prodotto (e non produrrà) alcun effetto a seguito dell'accertamento della sua inefficacia/nullità ad opera di questo Tribunale con l'ordinanza cautelare n. 178/2024.

Tutto ciò ha introdotto, sotto il profilo oggettivo, un mutamento della situazione di fatto che incide in via diretta sull'interesse al ricorso per motivi aggiunti in argomento, con conseguente improcedibilità dello stesso per sopravvenuto difetto di interesse, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a..

21. Da ultimo, le specifiche circostanze inerenti alla peculiarità del caso di specie costituiscono elementi che militano per l'applicazione dell'art. 92 c.p.c., come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a. e depongono per la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così statuisce:

- 1) respinge il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti;
- 2) dichiara l'improcedibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti;
- 3) compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Silvio Lomazzi, Consigliere

Giovanni Giardino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Giardino

IL PRESIDENTE

Paolo Passoni

IL SEGRETARIO