

## **Il principio di rotazione nell'affidamento diretto**

*di Maria Nappo*

*Data di pubblicazione: 11-2-2025*

*Nel merito parte ricorrente richiama la norma di cui al 5° comma dell'art. 49 del nuovo codice dei contratti pubblici, la quale esclude la necessità di rotazione allorché la selezione avvenga nella forma della procedura negoziata e sia stata preceduta – come in fattispecie - da indagine di mercato senza limite al numero di operatori.*

*La deroga alla regola generale del divieto di duplice consecutivo affidamento, posta dalla suddetta norma, rende illegittima la disposta esclusione.*

Publicato il 07/01/2025

**N. 00028/2025 REG.PROV.COLL.**

**N. 02450/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2450 del 2024, proposto da Habitat 2.0 – Studio Tecnico Associato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, via XX Settembre 8;

Bi.Ma s.r.l., Chirò s.n.c. di Caterina Cavenago e Raffaella Geremia, Istituto Oikos s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Alberto

Salvadori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

A.T.S. della Città Metropolitana di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Simona Falconieri e Paolo Garavaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Powergun s.n.c. di Andrea Ranzani & C., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

del provvedimento di esclusione dalla procedura del 22.8.2024;

del provvedimento di aggiudicazione del 27.8.2024 disposto in favore della controinteressata e del verbale n.71 del 26.8.2024;

del "secondo" allegato A, recante i requisiti di partecipazione, alla procedura, nonché di tutti gli atti annessi e conseguenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.T.S. della Città Metropolitana di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2024 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Il raggruppamento ricorrente è stato affidatario del servizio di controllo faunistico dei cinghiali fino al 2023, a conclusione di procedura selettiva indetta da ATS della Città Metropolitana di Milano. Con il presente gravame contesta l'esclusione dal rinnovo della procedura di affidamento, disposta da ATS ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 36/2023. Altresì contesta l'aggiudicazione del servizio alla Powergun s.n.c., in quanto priva di esperienza pregressa.

ATS, costituita in giudizio, eccepisce la carenza d'interesse al ricorso e contesta nel merito le

deduzioni di parte ricorrente.

Le parti hanno presentato memorie conclusionali.

All'udienza del 4 dicembre 2024 la causa è passata in decisione

Il ricorso è fondato.

Innanzitutto va respinta l'eccezione pregiudiziale, laddove l'interesse ad agire è *ictu oculi* evidente nella richiesta di annullamento dell'esclusione dalla gara e dell'aggiudicazione della medesima alla controinteressata.

Nel merito parte ricorrente richiama la norma di cui al 5° comma dell'art. 49 del nuovo codice dei contratti pubblici, la quale esclude la necessità di rotazione allorché la selezione avvenga nella forma della procedura negoziata e sia stata preceduta – come in fattispecie - da indagini di mercato senza limite al numero di operatori.

La deroga alla regola generale del divieto di duplice consecutivo affidamento, posta dalla suddetta norma, rende illegittima la disposta esclusione.

Non rilevano le considerazioni riportate da ATS nelle sue memorie, sia perché introducono elementi nuovi non contenuti nella motivazione dell'atto di esclusione (con riferimento ad asserita inadeguatezza dei soggetti raggruppati, i quali peraltro hanno già svolto lo stesso servizio appaltando), sia perché erroneamente qualificano l'appalto affidamento diretto; laddove l'invito alla procedura di affidamento del servizio di tutti gli operatori che hanno manifestato interesse – contenuto nella delibera d'indizione n. 705 dell'8.8.2024 – la qualifica come procedura negoziata nel rispetto della disciplina codicistica, ovvero gara competitiva per la necessità di consentire l'esame comparativo dell'offerta del raggruppamento ricorrente illegittimamente escluso.

Il ricorso va dunque accolto con il conseguente annullamento degli atti impugnati e l'obbligo per ATS di valutare in comparazione l'offerta di parte ricorrente, ferma la precedente fase della manifestazione d'interesse riguardo alla quale non è sviluppata alcuna contestazione.

L'annullamento dell'aggiudicazione a Powergun e l'obbligo di esame comparativo delle offerte consente di ritenere superato in termini d'interesse il motivo riferito alla sua idoneità al servizio.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini premessi.

Per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati e dispone l'obbligo di esame comparativo delle

offerte dei soggetti invitati alla gara, con prosecuzione della stessa.

Condanna ATS a corrispondere alla parte ricorrente la somma di euro 2.000,00 (duemila/00) per le spese processuali, oltre oneri di legge e rimborso del contributo unificato versato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente, Estensore

Alberto Di Mario, Consigliere

Federico Giuseppe Russo, Referendario

## **Guida alla lettura**

Viene all'attenzione del Collegio, nella sentenza in commento, il provvedimento di esclusione dalla procedura di affidamento del servizio di controllo sulla fauna selvatica, motivato sulla base dell'attuazione del principio di rotazione, emesso nei confronti del ricorrente, affidatario del servizio di controllo faunistico sino al 2023, a conclusione di una procedura selettiva indetta dall'ATS.

Decorso il termine di vigenza dell'affidamento del servizio, la PA ha disposto il rinnovo della procedura, escludendo dallo stesso parte ricorrente sulla base dell'**art. 49, comma 5 del Dl.gs. n. 36/2023**, ovvero della qualificazione della fattispecie come affidamento diretto, anziché come procedura competitiva. Il Tar ha accolto il ricorso, valorizzando la motivazione del provvedimento e giudicandola contraria al disposto normativo. Infatti, **l'esclusione trova la sua giustificazione di supporto nell'invocazione del principio di rotazione**, che, come noto, **preclude l'affidamento diretto a favore del gestore uscente**. Il principio di rotazione è congeniale a un procedimento carente di connotazione competitiva e costituisce il **momento concorrenziale nell'ambito della procedura di affidamento diretto**. La sua *ratio* è **evitare il consolidamento di rendite di posizione a favore del gestore uscente**, che potrebbe realizzarsi qualora consecutivamente si rendesse affidatario di una commessa.

Tanto premesso, il rigetto del ricorso si basa sulla **valorizzazione della impossibilità di sussunzione della vicenda portata all'attenzione del Collegio nel novero dell'affidamento diretto**, con la **conseguenziale inoperatività del principio di rotazione**. Infatti, secondo il ricorrente, **l'art. 49, comma 5 del Dlgs n. 36/2023 esclude la necessità della rotazione quando la selezione avvenga nelle forme della procedura negoziata e sia stata preceduta, come nella fattispecie, da un'indagine di mercato senza limiti al numero degli operatori**.

Come stabilito nella Relazione Illustrativa al nuovo codice degli appalti, quando vi sia stata un'indagine di mercato senza limiti al numero di operatori, **non si pone il rischio di consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente ed è completamente vanificata la *ratio* di operatività del principio di rotazione**. Secondo l'elaborazione della giurisprudenza, **la rotazione assume un carattere relativo e non assoluto nell'ipotesi di affidamento di appalti sotto soglia con procedura aperta**. In tal caso infatti si ritiene che essa **non si risolva in una causa di esclusione** dalle gare non codificata, in totale contrasto con il principio della concorrenza, ma solo nel senso di **canone operativo che impone alla pubblica amministrazione di non favorire il gestore uscente**. Invece, **nell'ipotesi in cui la stazione appaltante proceda discrezionalmente nell'individuazione di operatori economici a cui rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte, il principio di rotazione opera quale limite invalicabile a tutela della concorrenza, al fine di garantire concorrenzialità degli operatori del settore**, evitando il consolidarsi di disposizioni di vantaggio in capo ai singoli operatori che abbiano beneficiato dell'affidamento nelle precedenti gestioni. **Un provvedimento amministrativo che valorizzasse invece il principio di rotazione al di fuori dal contesto al quale esso è congeniale, sarebbe evidentemente sorretto da una motivazione irragionevole oltreché da un'evidente violazione di legge**.

La sentenza in commento si apprezza per l'enunciazione di un principio generale, in forza del quale **ove sia stato formulato l'invito a tutti gli operatori nella procedura di affidamento, l'esatta qualificazione della fattispecie non può essere nel senso di affidamento diretto ma di procedura negoziata**. Occorre chiarire che **l'affidamento diretto non può essere qualificato una gara anche quando è impuro, cioè preceduto da una consultazione di mercato o da un interpello**. Esso è certamente un procedimento, ma regolato dalla legge n. 241/90, inteso come **concatenazione di atti che deve essere improntata a garanzia di trasparenza e di imparzialità**. Nell'affidamento diretto si esprime la scelta amministrativa di concludere il contratto omettendo la gara, quante volte la competizione risulti essere un inutile aggravio, al lume dell'esiguo valore dell'appalto. La **determinazione ex art 49 del D.lgs n. 36/2023 è completamente priva di autovincoli e di criteri comparativi**, restando allo stadio di decisione pura, ancorché procedimentalizzata. Riflette tale connotazione la struttura della motivazione di sostegno, la quale non deve recare traccia di valutazione comparativa. Più in particolare, deve trattarsi di un atto che consideri l'offerta dell'aggiudicatario in modo atomistico, in ragione della sua congeniale preordinazione al soddisfacimento dell'interesse pubblico e del bisogno della stazione appaltante.

La parte conformativa della sentenza in commento, che si condensa nell'ordine di valutazione in comparazione, riflette il **distinguo concettuale ricorrente tra affidamento diretto e gara**. La qualificazione come procedura comparativa accertata dal TAR costituisce titolo per l'imposizione della considerazione dell'offerta del ricorrente in comparazione con le altre offerte. La PA, infatti, nella scelta di invito senza limiti, si è posta un'autovincolo, che è costituito dall'espletamento di una procedura a connotazione comparativa. Tale **autovincolo è logicamente incompatibile con la successiva autodeterminazione di affidarsi al principio di rotazione**, il quale ovviamente è **congeniale alla procedura atomistica di affidamento diretto**.