

Pubblicato il 29/01/2025

N. 00138/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00043/2025 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 43 del 2025, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla
procedura CIG OMISSIS,;

contro

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

nei confronti

OMISSIS S.r.l.;

per l'annullamento

- della nota trasmessa dal Comune di Massafra, a mezzo pec prot. n. OMISSIS, del
06.12.2024 avente ad oggetto: "*comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 90 comma
1 lett. c)*";

- della determinazione dirigenziale R.G. n. OMISSIS del 5.12.2024 adottata dal Comune di Massafra avente ad oggetto: *“Aggiudicazione definitiva e impegno spesa procedura comparativa per l’affidamento del servizio di pronto soccorso veterinario h. 24, del servizio di assistenza veterinaria specialistica extra lea nonché trasporto, ricovero, mantenimento, cura e stallo per il tempo necessario di randagi (cani e gatti) non di proprietà privata, rinvenuti feriti e/o malati sul territorio comunale”* – C.I.G.: OMISSIS;
- della comunicazione della S.A. relativa alla seduta del 25.10.2024;
- dei verbali di gara nn.1 (datato 21.10.2024) e 2 (datato 25.10.2024) *in parte qua*, laddove non è stata determinata l’esclusione della società controinteressata;
- della determinazione n. OMISSIS del 27.06.2024, con la quale la Stazione appaltante ha approvato un avviso pubblico *“per manifestazione d’interesse per l’affidamento diretto, previa comparazione di offerte, del servizio di pronto soccorso veterinario h. 24, servizio di assistenza veterinaria specialistica extra L.E.A., nonché il servizio di trasporto, ricovero, mantenimento, cura e stallo per il tempo necessario di randagi (cani e gatti) non di proprietà privata – rinvenuti feriti e/o malati – sul territorio comunale trasporto, assistenza veterinaria ai randagi feriti e/o malati”*, nei limiti dell’interesse del presente ricorso;
- della determinazione n. OMISSIS del 25.09.2024, con la quale la Stazione appaltante ha indetto una procedura comparativa per l’affidamento diretto del servizio oggetto del presente contenzioso, *in parte qua* ha invitato anche l’operatore economico uscente;
- della lettera d’invito dell’1.10.2024, nei limiti dell’interesse del presente ricorso;
- ove occorra e nei limiti degli interessi dedotti dalla società ricorrente con il presente gravame, di tutti i provvedimenti adottati dal responsabile del procedimento e/o dalla stazione appaltante, ancorché, allo stato, non conosciuti nei loro estremi e contenuti, con riserva di motivi ulteriori;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto;

nonché per la dichiarazione di inefficacia e/o per l'annullamento, con conseguente caducazione, del contratto, ove medio tempore stipulato, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., come effetto consequenziale dell'annullamento degli atti impugnati, con espressa richiesta di subentro;

ed in quest'ultimo caso per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, ed in subordine, per equivalente (danno emergente, lucro cessante e danno curriculare) nella misura che sarà dimostrata in corso di causa nella denegata ipotesi di mancato subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Massafra e della OMISSIS S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2025 il dott. Nino Dello Preite e uditi per le parti i difensori come da verbale;

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

1. Premesso che:

- con il ricorso all'esame, la società ricorrente ha impugnato gli atti, in epigrafe indicati, con cui il Comune di Massafra ha aggiudicato in favore della controinteressata la procedura comparativa indetta per l'affidamento del servizio di pronto soccorso veterinario h 24, assistenza veterinaria specialistica, nonché trasporto, ricovero, mantenimento, cura e stallo per il tempo necessario di randagi (cani e gatti) non di proprietà privata, rinvenuti feriti e/o malati sul territorio comunale, per un importo di € 120.000,00 oltre IVA;

- in punto di fatto, ha esposto che il Comune di Massafra ha precedentemente affidato lo svolgimento dei medesimi servizi alla OMISSIS S.r.l., tramite una serie di

determinazioni dirigenziali ed integrazioni di spesa dal 2022 e fino a tutto novembre 2024;

- con determinazione n. OMISSIS del 27.6.2024 l'Amministrazione comunale ha pubblicato un avviso pubblico *“per manifestazione d'interesse per l'affidamento diretto, previa comparazione di offerte dei servizi”* de quibus e - con successiva determinazione n. 2282 del 25.9.2024 - ha indetto la relativa procedura comparativa, individuando gli operatori economici da invitare *“tra coloro che hanno chiesto di essere invitati a partecipare alla presente procedura con comparazione di offerte, in adesione alla manifestazione d'interesse...”*;

- la P.A. ha quindi trasmesso in data 1.10.2024, ai sensi dell'art. 50 co.1, lett. b) del D. Lgs. n. 36/2023, la lettera di invito sia alla società ricorrente, sia alla controinteressata, benché quest'ultima fosse già precedente affidataria del servizio, prevedendo quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basato su criteri qualitativi, secondo quanto disposto dall'art. 108, comma 5, del D. Lgs. n. 36 cit.;

- a seguito delle sedute di gara, la Stazione Appaltante, con la determinazione dirigenziale n. 2981/2024, in questa sede impugnata, ha aggiudicato la commessa in favore dell'operatore economico uscente, ossia nei confronti della OMISSIS, avendo quest'ultima conseguito un punteggio tecnico pari a 100 punti, a fronte del punteggio, pari a 81,794, attribuito alla ricorrente;

- avverso siffatta determinazione è insorta la ricorrente, deducendo, a sostegno del mezzo di gravame, i seguenti motivi di censura: I. *“Violazione e/o errata applicazione dell'art. 49 D.lgs. n. 36/2023. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Motivazione perplessa, illogica e contraddittoria. Erronea valutazione dei presupposti di fatto. Illegittimità derivata”*; II. *“Violazione e/o errata applicazione art. 108 co.4, D.lgs. n. 36/2023. Violazione e/o errata applicazione dei criteri di aggiudicazione. Violazione e/o errata applicazione degli artt.13 e 16 della lex specialis per errata applicazione dei punteggi di gara. Violazione e/o errata applicazione dell'art. 104 co.4 D.lgs. n. 36/2023 in combinato disposto*

con l'art. 10 ("avvalimento dei requisiti) della lex specialis. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Difetto di motivazione. Motivazione manifestamente illogica, perplessa e contraddittoria. Travisamento dei fatti. Erronea valutazione dei presupposti di fatto. Illegittimità derivata";

- si sono costituiti in giudizio il Comune di Massafra e la controinteressata, instando per la reiezione del ricorso;

- alla camera di consiglio del 27 gennaio 2025, fissata per la discussione dell'istanza cautelare proposta unitamente al ricorso, il Collegio ha riservato la decisione, previo avviso alle parti di possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata *ex art. 60 c.p.a.*;

2. Osservato preliminarmente che:

- l'art. 49, comma 2, del novellato Codice dei contratti pubblici stabilisce espressamente che *"In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico oppure nella stessa categoria di beni, oppure nello stesso settore di servizi";*

- per costante e condivisa giurisprudenza, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle asimmetrie informative (Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030), che potrebbero consentirgli di formulare un'offerta migliore rispetto ai concorrenti, specie nel contesto di mercati con un non elevato numero di operatori (Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292);

- la *ratio* sottesa al principio di rotazione risiede nella necessità di assicurare un'effettiva alternanza tra gli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento, al fine di prevenire che l'eccessiva discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nell'individuazione degli affidatari possa tradursi in uno

strumento per favorire determinati operatori economici o per eludere le regole della concorrenza; tale principio si pone, dunque, quale presidio fondamentale per la tutela dell'imparzialità, della trasparenza e della legalità amministrativa nel settore degli appalti pubblici;

- pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (*recte*, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale (così Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2019, n. 1524);

- inoltre, per quanto qui rileva, è stato a più riprese chiarito che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all'affidamento *“immediatamente precedente”* a quello di cui si tratti (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655) e che *“non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata”* (Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; *id.*, 2 luglio 2020, n. 4252; *id.*, n. 2655/2020 cit.);

- come già chiarito dalla giurisprudenza ed oggi espressamente previsto dall'art. 49, comma 4, del D. Lgs. n. 36/2023, il principio di rotazione non è regola preclusiva, senza eccezione, all'invito del gestore uscente e al conseguente suo rinnovato affidamento del servizio, potendo l'amministrazione derogarvi fornendo adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno a ciò indotta *“con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto”* (v., nel vigore del D. Lgs. n. 50/2016, Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; *Id.*, 31 marzo 2020, n. 2182; *Id.*, 3 aprile 2018, n. 2079);

3. Ritenuto, alla stregua delle suddette coordinate ermeneutiche, che sia fondato e dirimente il motivo di censura con cui la parte ricorrente lamenta la violazione del principio di rotazione degli affidamenti *ex art. 49 D. Lgs. n. 36/2023*, oltreché la carente istruttoria e motivazione da parte del Comune di Massafra nel valutare l'applicabilità del predetto principio e nell'estendere l'invito alla procedura *de qua* alla controinteressata, giacché:

a) risulta dimostrato *per tabulas* che la OMISSIS ha espletato a favore del Comune resistente i medesimi servizi oggetto della procedura in argomento, senza soluzione di continuità dal 2022 fino a tutto il mese di novembre 2024, mediante affidamenti diretti e determine di integrazione dell'impegno di spesa;

b) a fronte del chiaro disposto dell'art. 49, comma 4, D. Lgs. n. 36/2023, pur richiamato con clausola di stile all'interno della determinazione n. 2282 del 25.9.2024, l'Amministrazione non ha in alcun modo motivato – a supporto della scelta di invitare nuovamente il precedente affidatario del servizio – in merito alla (eventuale) insussistenza di alternative sul mercato (*circostanza, peraltro, contraddetta in concreto dalla partecipazione della società ricorrente alla procedura*) e alle caratteristiche qualitative della precedente prestazione ad opera della controinteressata;

c) né può essere utilmente invocato nella specie dalle difese resistenti il disposto del comma 5 dell'art. 49 D. Lgs. n. 36 cit., poiché tale disposizione derogatoria al principio di rotazione (*prevista dal legislatore per il caso dell'indagine di mercato effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata*) è praticabile esclusivamente “per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e)” dello stesso D. Lgs. n. 36/2023, ossia per le procedure negoziate senza bando, relative, rispettivamente, ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 150.000,00 ed inferiore a € 1.000.000,00 (lett. c), ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza europea (lett. d) e, infine, ad appalti

di servizi e/o forniture di importo pari o superiore a € 140.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza (lett. *e*); con la conseguenza che nessuna delle suddette ipotesi si attaglia alla fattispecie in esame, riguardante l'affidamento di un servizio avente come importo a base di gara la somma di € 120.000,00, ovvero assoggettato alla disciplina degli affidamenti di importo inferiore a € 140.000,00, *ex art.* 50, comma 1, lett. *b*), del D. Lgs. n. 36/2023 (in senso conforme, cfr. TAR Potenza, Sez. I, 21.12.2023, n. 738);

4. Considerato, pertanto, che, alla luce di quanto precede:

- il ricorso in esame deve essere accolto con riferimento al primo motivo formulato dalla parte, assorbite in tale dirimente profilo le ulteriori censure attoree, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato e degli ulteriori atti contestati, nella parte in cui la P.A. si è determinata ad invitare alla procedura *de qua* anche l'operatore economico uscente;
- con riferimento alle spese di lite, le stesse seguono il criterio della soccombenza e sono, pertanto, da porre a carico del Comune resistente e della controinteressata, nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato e gli ulteriori atti contestati, nella parte in cui la P.A. si è determinata ad invitare alla procedura comparativa, per cui vi è causa, anche l'operatore economico uscente.

Condanna il Comune resistente e la società controinteressata al pagamento in favore della ricorrente delle spese di lite, che sono liquidate in euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge, a carico del Comune di Massafra e in euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge, a carico della OMISSIS S.r.l.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Nino Dello Preite, Presidente FF, Estensore

Paolo Fusaro, Referendario

Tommaso Sbolgi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Nino Dello Preite

IL SEGRETARIO