

Appalti

Affidamento diretto, sulle incertezze applicative anche il giudice amministrativo è in difficoltà

di Roberto Mangani

27 Febbraio 2023

Da due recenti pronunce del Tar Friuli e del Tar Toscana emerge la difficoltà a dettare regole applicative chiare su questo istituto che, in ogni caso, si concilia poco con i principi di concorrenza, trasparenza, pubblicità

Due recenti sentenze del giudice amministrativo di primo grado emanate a distanza di pochi giorni hanno affrontato sotto diversi profili il tema dell'affidamento diretto e delle relative modalità di applicazione. Il Tar Friuli Venezia Giulia e il Tar Toscana si sono occupati da un lato delle modalità di comparazione delle offerte pervenute a seguito di un'indagine di mercato e, dall'altro, dei criteri applicativi del principio di rotazione. Le due pronunce vengono a definire un quadro composito, con affermazioni peraltro non sempre pienamente convincenti, che comunque denota la difficoltà di dettare regole chiare ai fini della corretta applicazione di questa particolare modalità di affidamento dei contratti, in cui gli eventuali profili procedurali devono essere valutati alla luce di una negoziazione che resta di natura diretta.

Tar Friuli: la comparazione tra le offerte [Stampa](#)

Con la sentenza [n.52 del 16 febbraio 2023](#) il Tar Friuli Venezia Giulia si è pronunciato in merito a un affidamento diretto del servizio di supporto per lo sviluppo delle comunità energetiche per un importo pari a 123mila euro operato ai sensi del Decreto legge n.76/2020 (Decreto semplificazioni) previa svolgimento di un'indagine di mercato. A fronte dell'intervenuto provvedimento di aggiudicazione uno dei concorrenti invitati all'indagine di mercato impugnava lo stesso davanti al giudice amministrativo. A fondamento del ricorso veniva contestato, in via pregiudiziale, che la procedura svolta, per come era stata strutturata, configurava in realtà non un affidamento diretto in senso proprio ma una vera e propria procedura negoziata, le cui regole quindi dovevano essere seguite integralmente. Così, ad esempio, doveva essere nominata una commissione giudicatrice in relazione al ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nei fatti utilizzato nel caso di specie. Ma il nucleo centrale del ricorso si incentrava su un altro aspetto. Il ricorrente lamentava infatti l'assenza di un'adeguata motivazione in relazione alla scelta dell'offerta aggiudicataria operata dall'ente appaltante, tenuto conto che quest'ultima recava un importo significativamente superiore a quello proposto dal ricorrente. Questa circostanza renderebbe la

decisione assunta dall'ente appaltante irragionevole e del tutto arbitraria, ponendosi in evidente contrasto con il principio di economicità, e non rinvenendosi negli atti alcuna valutazione comparativa che abbia tenuto conto dell'offerta economica – notevolmente inferiore – della ricorrente.

Il Tar ha accolto il ricorso, recependo in pieno la censura relativa al difetto di motivazione. Il provvedimento di affidamento del contratto, dopo aver dato evidenza delle tre offerte pervenute con i relativi importi, ha giustificato la preferenza accordata sulla base del fatto che l'offerente prescelto aveva presentato un preventivo congruo rispetto al valore stimato dell'appalto e alle risorse coinvolte nella relativa esecuzione. Secondo il giudice amministrativo si tratta di considerazioni che rendono del tutto indecifrabili le ragioni della scelta, e che peraltro si pongono in contrasto con i principi generali della contrattualistica pubblica e in particolare con il principio di economicità. Ricorda infatti il Tar che l'affidamento in questione, per espressa previsione del Decreto semplificazioni (articolo 1, comma 2, lettera a) del Decreto legge 76/2020), deve avvenire nel rispetto dei principi generali di cui all'articolo 30 del Dlgs. 50/2006, tra cui sono ricompresi i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Ed in particolare nel caso di specie rileva la violazione del principio di economicità, tenuto conto che nella documentazione che ha regolato l'iter procedurale (Avviso di indagine di mercato e Capitolato prestazionale) non vi è alcuna indicazione idonea a evidenziare le ragioni che potevano legittimare di privilegiare ai fini della scelta elementi diversi rispetto al prezzo più basso. Né tali indicazioni sono ricavabili dalla relazione interna redatta a supporto dell'affidamento. Tale relazione indica esclusivamente le ragioni in base alle quali l'offerta prescelta è stata ritenuta congrua, che fanno riferimento da un lato ai parametri economici contenuti nei tariffari delle professioni tecniche e legali, dall'altro al numero di persone ritenuto necessario per lo svolgimento delle prestazioni oggetto del contratto, alla durata contrattuale e all'estensione territoriale di dette prestazioni.

Ma la relazione non contiene alcuna comparazione, anche elementare, tra l'offerta prescelta e quella – di molto inferiore – presentata dal ricorrente. Tra l'altro, la stessa relazione è stata redatta successivamente all'intervenuto provvedimento di affidamento, per cui anche sotto questo specifico profilo non risulta documento idoneo a supportare la scelta effettuata. In definitiva, il provvedimento di affidamento, per i motivi indicati, non è assistito da adeguata motivazione e deve quindi ritenersi illegittimo. E tuttavia questa illegittimità non produce alcun beneficio diretto nella sfera del ricorrente, che viene nei fatti privato di ogni tutela sostanziale. Il giudice amministrativo infatti da un lato ha respinto la domanda del ricorrente volta a ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto e il subentro nello stesso, ritenendo prioritario l'interesse pubblico dell'ente appaltante a poter usufruire in tempi rapidi del servizio oggetto di affidamento. Dall'altro il giudice amministrativo ha negato anche il risarcimento per equivalente – cioè di una somma di denaro – in

quanto la ritenuta illegittimità del provvedimento di affidamento comporta l'obbligo per l'ente appaltante di rifare la procedura, senza quindi che il ricorrente possa rivendicare il mancato affidamento per invocare il risarcimento.

Il Tar Toscana: il principio di rotazione

Con la sentenza [n.98 del 31 gennaio 2023](#) il Tar Toscana ha affrontato l'annosa questione dell'applicazione del principio di rotazione a un'ipotesi di affidamento diretto. La questione ha avuto origine da un provvedimento di un ente locale di affidamento diretto del servizio di informazione pubblica, che era stato preceduto da un'indagine di mercato tra sette operatori, nell'ambito dei quali era stato ricompreso anche il precedente gestore del servizio, in deroga al principio di rotazione. Tale deroga era stata giustificata dall'ente appaltante in relazione alla ristrettezza del mercato che vedeva la presenza di pochi operatori e tenuto conto dell'elevato grado di soddisfazione che aveva caratterizzato le prestazioni del gestore uscente. La determinazione di affidamento a favore del gestore uscente veniva impugnata da uno degli operatori che aveva partecipato all'indagine di mercato, il quale contestava in primo luogo le motivazioni alla base della deroga al principio di rotazione, che avevano portato all'invito del gestore uscente.

Questa censura è stata accolta dal giudice amministrativo. Quest'ultimo ha in primo luogo richiamato la giurisprudenza consolidata che ha individuato le condizioni che, in via eccezionale, legittimano la deroga al principio di rotazione. Tali condizioni si sostanziano in un'adeguata e rigorosa motivazione delle ragioni sottostanti, che devono fare puntuale riferimento al numero circoscritto di operatori presenti sul mercato, all'elevato grado di soddisfazione – difficilmente replicabile – delle prestazioni rese dal precedente gestore e/o al peculiare oggetto dell'affidamento e alle specifiche caratteristiche proprie del mercato di riferimento. Ad avviso del Tar Toscana queste condizioni non ricorrono nel caso di specie. In primo luogo il fatto stesso che la stazione appaltante abbia invitato all'indagine di mercato sette operatori economici evidenzia che non siamo di fronte a quella ristrettezza del mercato che è elemento essenziale per derogare al principio di rotazione. Né può ritenersi sufficiente il riferimento al fatto che il precedente gestore abbia svolto il servizio in modo diligente e affidabile, poiché questa circostanza non integra quel grado di soddisfazione così elevato da essere considerato non facilmente replicabile.


Ne consegue che la deroga al principio di rotazione non poteva trovare spazio, con il conseguente divieto di invitare all'indagine di mercato il gestore uscente. Anche in questo caso l'annullamento del provvedimento di affidamento non comporta alcun vantaggio immediato e diretto in capo al ricorrente. Infatti, tanto il subentro nel contratto quanto il risarcimento per equivalente presuppongono che il ricorrente risulti automaticamente aggiudicatario a seguito dell'annullamento del provvedimento di affidamento. Ma questa circostanza non ricorre nel caso di specie, posto che da

nessun elemento si ricava che l'offerta del ricorrente, in quanto la più conveniente sotto il profilo del prezzo, doveva necessariamente considerarsi aggiudicataria. E ciò in quanto il confronto concorrenziale poteva svolgersi anche su elementi diversi da quello strettamente economico.

L'affidamento diretto e le zone d'ombra

Le due pronunce evidenziano ancora una volta come l'affidamento diretto – anche alla luce dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali – presenti delle zone d'ombra che ne rendono indefinite le modalità di applicazione. In particolare, si è andata consolidando un'interpretazione – specie dei giudici amministrativi di primo grado – che a fronte dello svolgimento di un'indagine di mercato tende a procedimentalizzare la modalità dell'affidamento diretto, fino ad assimilarla a una procedura negoziata. In realtà si deve ritenere – come pure affermato da altra parte della giurisprudenza – che l'affidamento diretto resta tale anche se è preceduto da un'attività procedimentale (indagine di mercato o altro).

Ciò non muta i caratteri propri di questa modalità di selezione del contraente, che resta caratterizzata da un'ampia libertà di forme e da un significativo grado di discrezionalità. Resta la questione del necessario rispetto dei principi generali (richiamati all'articolo 30 del D.lgs. 50) anche in caso di affidamento diretto. Si tratta di un tema molto sensibile, poiché alcuni di questi principi (libera concorrenza, trasparenza, pubblicità) non sembrano conciliarsi con la modalità dell'affidamento diretto. Appare tuttavia plausibile ritenere che non tutti i richiamati principi debbano trovare contestuale applicazione, con la conseguenza che in caso di affidamento diretto andrebbero privilegiati – tra quelli elencati all'articolo 30 – i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, maggiormente aderenti alle modalità proprie di questa modalità di selezione del contraente.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE