



**PROCEDURE IN ECONOMIA,  
AFFIDAMENTO DIRETTO, ROTAZIONE  
DEGLI INVITI: orientamenti  
giurisprudenziali**

*A domanda Risponde Stefano USAI*

*11 marzo 2020 dalle ore 11.30 alle ore 12.30*

**Prossimo  
appuntamento:**

**25 marzo 2020,  
dalle ore 11.30 alle  
ore 12.30**

## - Il primo riferimento - 36 (Contratti sotto soglia)

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'ARTICOLO 35 avvengono nel rispetto (...) del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

(...)

# Articolo 35 del Codice dei contratti (soglie in vigore dal 1° gennaio 2020)

1. Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono:
  - a) euro 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
  - b) euro 139.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III ; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;

# Articolo 35 del Codice dei contratti (soglie in vigore dal 1° gennaio 2020)

c) euro 214.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;

d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Articolo 35 del  
Codice dei  
contratti  
(soglie in  
vigore dal 1°  
gennaio 2020)

- 2. Nei settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria sono:
  - a) euro 5.350.000 per gli appalti di lavori;
  - b) euro 428.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
  - c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

## Art. 63, comma 6 del Codice dei Contratti

- 6. Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. (...)

# Art. 157 ..incarichi di progettazione

...

- 2. Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di direzione dell'esecuzione, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'art. 36, c.2 lett. b); (...)

# IL PRIMO DECRETO CORRETTIVO dlgvo 56/2017

1. All'articolo 36 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole: "di cui all'articolo 30, comma 1, nonché del rispetto del principio di rotazione" sono sostituite dalle seguenti: "di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti" (...)

Parere  
782/2017  
Comm.  
Consiglio di  
Stato

- *ARTICOLO 36 (CONTRATTI SOTTO SOGLIA)*
- Viene modificato il comma 1 dell'art. 36, precisando che il "principio di rotazione" si riferisce propriamente agli "inviti"

Parere  
782/2017  
Comm.  
Consiglio di  
Stato

la prima parte della modifica intende definire la portata del principio di rotazione, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalle linee guida ANAC in materia e dal parere del Consiglio di Stato che le ha precedute.

- Il rilievo operativo della nuova regolamentazione proposta è evidente, **poiché coinvolge:**
  - l'attuazione dei principi di concorrenza,
  - di accesso al mercato delle piccole e micro imprese,
  - di semplificazione procedimentale per le stazioni appaltanti,
  - di prevenzione della illegalità.

Parere  
782/2017  
Comm.  
Consiglio di  
Stato  
(le perplessità)

- L'innovazione intenderebbe collocare la rotazione già nella fase in cui l'amministrazione si rivolge al mercato, per delineare, eventualmente, la successiva competizione tra gli operatori interessati all'affidamento.

Parere  
782/2017  
Comm.  
Consiglio di  
Stato  
(le perplessità)

Il meccanismo indicato, tuttavia, dovrebbe essere meglio chiarito. Semberebbe che l'intento sia quello di assicurare una piena turnazione degli inviti degli operatori che potrebbero aspirare al contratto.

- Dunque, in questa prospettiva, non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari. La precedente formulazione, invece, poteva intendersi nel senso che la turnazione si riferisse alla posizione di affidatario del contratto, legittimando la ripetizione di inviti alla stessa platea di operatori.

Parere  
782/2017  
Comm.  
Consiglio di  
Stato  
(le perplessità)

Si tratta di una soluzione che, astrattamente, amplia la base degli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento. Si deve osservare, però, che in tal modo, si pongono sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti. Sarebbe preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione.

In questo senso, resta ancora poco chiaro se sussista un vero e proprio dovere di non invitare il precedente affidatario del contratto, o se si tratti di una mera facoltà della stazione appaltante.

Parere  
782/2017  
Comm.  
Consiglio di  
Stato

Si osserva, poi, che, al fine di una corretta ed efficiente applicazione del principio di rotazione degli inviti, occorrerebbe prevedere la costituzione da parte delle stazioni appaltanti di elenchi (o albi) di operatori economici qualificati cui rivolgere a rotazione gli inviti, come già prospettato dall'ANAC.

Parere  
782/2017  
Comm.  
Consiglio di  
Stato

La Commissione, nel prendere atto dello sforzo compiuto dall'ANAC per fornire adeguato supporto alle stazioni appaltanti, mediante l'adozione di linee guida, peraltro prive di efficacia vincolante, sottolinea che la materia dei contratti sotto soglia, proprio per l'incidenza sul mercato delle piccole e micro imprese e il coinvolgimento di stazioni appaltanti di ridotte dimensioni (per esempio, gli istituti scolastici) richiederebbe regole più precise e univoche, pure nell'ottica di prevenzione del contenzioso.

## Il significato della rotazione

- Evita il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico

## Ma quali sono le procedure ad invito?

- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti(...)

## Ma quali sono le procedure ad invito?

- c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. (...)

## Ma quali sono le procedure ad invito?

- c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. (...)

# Ma quali sono le procedure ad invito?

- Anche le procedure *ex* articolo 63 del codice dei contratti
- Comma 6 ...
- (ad esempio)..... c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

La rotazione  
nell'affidamento  
diretto: ma  
quando è  
possibile  
l'affidamento  
diretto?  
Perché "puro"?

- Nell'ambito dei 40mila euro  
(affidamento diretto "puro")  
Lett. a) comma 2, articolo 36

La deroga alla rotazione (che è cosa diversa dalla "veicolazione/disciplina" della rotazione (LG/4) – LA MOTIVAZIONE -

- Il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti
- e degli inviti fa sì che l'affidamento o il re-invito del contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente

# La deroga alla rotazione (LG/4)

- *Il RUP motiva* (nella determinazione a contrarre o di affidamento) tale scelta in considerazione:
- A) della particolare struttura del mercato ;
- B) e della riscontrata **effettiva**  
(oggettiva) assenza di alternative,

## La deroga alla rotazione (LG/4)

- Il RUP deve tener altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

# La deroga alla rotazione (LG/4) - il re- invito

- La motivazione circa l'affidamento o il re-invito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto
  - - dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico
  - - dell'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.

## La rotazione

- La violazione del principio di rotazione può essere fatta valere già contro il provvedimento di ammissione dei concorrenti alla gara
- che non può essere considerato un mero atto endoprocedimentale - senza che sia necessario attendere il provvedimento definitivo di aggiudicazione.

E' questa la conclusione del Consiglio di Stato, sez. V, espressa con la sentenza del 17 gennaio 2019 n. 435.

## La rotazione

- L'affidamento temporaneo, effettuato nelle more dell'espletamento della gara e della individuazione dell'aggiudicatario, deve ritenersi una fattispecie – per la sua esiguità - a cui non è applicabile in modo “rigoroso” il principio della rotazione di cui all'articolo 36 del codice dei contratti.

In questo senso si esprime la recente sentenza del Tar Campania, Salerno, sez. I, n. 60/2019.

# La rotazione

- Il principio di rotazione deve ritenersi <<aggirato>> anche nel caso in cui i reiterati affidamenti – allo stesso appaltatore - lasciano intendere una dinamica di frazionamento delle commesse.
- Il criterio dell'alternanza degli affidatari, infatti, ha una intensità tale che <<travolge>>, in quanto illegittimo, anche l'eventuale "micro" affidamento puro (nel caso di specie di 40 giorni).
- In questo senso si esprime la sentenza del Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, del 12 aprile 2019 n. 813.

## La rotazione

La rotazione tra affidatari costituisce il criterio guida per il RUP già nella fase di consultazione del mercato e l'invito del pregresso affidatario – anche se tale per effetto di una gara pubblica – è eccezionale ed esige una adeguata motivazione. Inoltre, l'applicazione del criterio **non esige affatto una assoluta identità di prestazioni nei contratti** che si succedono ma, semplicemente, una "continuità" della prestazione principale.

In questo senso, la statuizione del Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 1524/2019,

Consiglio di Stato, sez. V  
sentenza n. 1524/2019

Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, **dovrà puntualmente motivare tale decisione**, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4).

Consiglio di Stato, sez. V  
sentenza n. 1524/2019

- In particolare, per effetto del principio di rotazione l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non ha più alcuna possibilità di vantare una legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (*ex multis*, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2007, n. 5854; V, 31 agosto 2017, n. 4142).

Ambito di  
applicazione -  
Linee guida  
rotazione e  
prestazione  
(successione  
dei contratti)

Le linee guida, entrate in vigore il 7 marzo 2018, puntualizzano che *“il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti” si applica “con riferimento all’affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi”.*

# Rotazione anche nei confronti dell'aggiudica- tario di un precedente contratto ad evidenza pubblica

- Il principio di rotazione deve essere applicato anche alle concessioni di servizio e nei confronti dell'affidatario in ogni circostanza e quindi anche nel caso in cui l'aggiudicatario sia risultato tale in seguito ad una procedura ad evidenza pubblica.
- E' questa la rigorosa interpretazione fornita dal Tar Toscana, Firenze, sez. I, con la sentenza del 2 gennaio 2018 n. 17. Tale statuizione – peraltro anche nelle linee guida ANAC n. 4 – ha trovato conferma, in tempi recentissimi, dal Tar Bolzano, sentenza n. 49/2020.

## Rotazione GIURISPRUDENZA

- Se la stazione appaltante non si “autolimita” nella fase relativa agli inviti a presentare l’offerta, consentendo quindi anche la partecipazione alla procedura negoziata (ai sensi dell’articolo 36 del codice dei contratti) della pregressa affidataria, non può più applicare il principio di rotazione.

E’ questa la sintesi dell’importante sentenza del Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, n. 492/2018.

## La rotazione

- La circostanza che il progressivo affidatario si sia “autocandidato” per partecipare alla procedura negoziata per l’affidamento dello stesso “tipo” di appalto, non svincola la stazione appaltante dall’obbligo di applicare il criterio della rotazione.

In questo senso, l’approdo definitivo del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 6 giugno 2019 n. 3831.

# La rotazione

- La circostanza che ogni impresa del territorio comunale sia stata invitata alla procedura di affidamento non esonera il RUP dall'obbligo di rispettare il principio di rotazione. Pertanto l'affidamento al pregresso affidatario è illegittimo. In questo senso il parere dell'ANAC n. 500/2019.

## Procedura aperta

### Tar Lombardia Brescia, Ordinanza 10/9/2019 n.332

..... considerato, infatti, che nel caso in esame la partecipazione alla procedura di gara non era soggetta ad alcuna limitazione del numero degli operatori economici ammessi, essendo la medesima, in base all'avviso di avvio procedura, accessibile a tutti "i fornitori iscritti alla categoria merceologica di interesse" (in tal senso l'impugnato decreto n. 42/2019);

# Procedura aperta

considerato, dunque, che il criterio di rotazione di cui all'art. 36 codice dei contratti pubblici non pare applicabile al caso di cui si discute proprio perché la procedura in esame (che, peraltro, contempla il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, che esclude ogni forma di discrezionalità), essendo aperta al mercato, non prevedeva alcuna limitazione alla partecipazione dei soggetti interessati e che, al contrario, una applicazione del suddetto criterio avrebbe potuto determinare una limitazione del principio di massima partecipazione e della tutela della concorrenza;

## Il diritto di rotazione

.... nella parte in cui non hanno previsto l'applicazione  
**del diritto di rotazione** ex art. 36  
del d.lgs. 50/2016 e/o non hanno motivato la scelta di  
non farvi ricorso (Tar Veneto, Venezia, sentenza del  
16 gennaio 2020 n. 10)



# DISCIPLINARE L'APPLICAZIONE DELLA ROTAZIONE

8 novembre 2018

## Disciplinare la rotazione

E' necessario che il RUP abbia ben presente la distinzione tra la possibilità di derogare alla rotazione (si pensi agli acquisti nell'ambito dei 5mila euro) che richiedono comunque una adeguata motivazione dalla situazione in cui per particolari motivazioni, tecnicamente, si ritiene di non applicare la rotazione/alternanza.

Infine, una "terza" ipotesi – un diverso livello di "tipo istruttorio", per il RUP, è dato dal caso in cui la stazione appaltante decida di disciplinare l'ambito pratico/applicativo della rotazione (in uno specifico regolamento)

La  
veicolazione/di  
sciplina della  
rotazione  
(LG/4)

- La stazione appaltante può  
disciplinare l'applicazione  
del principio di rotazione,  
escludendola, sia nel caso in cui  
"apra" alla partecipazione al mercato senza limiti

# La veicolazione/di sciplina della rotazione (LG/4)

- **sia** nel caso in cui, con uno specifico regolamento, introduca il sistema **delle fasce di importo**.
- In particolare, secondo l'ANAC il regolamento potrebbe essere **o quello di contabilità** oppure un **documento specifico che disciplini le procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori**.
- Da un punto di vista pratico, l'ultima soluzione pare quella più congeniale, considerato che gli aspetti da disciplinare, per dare omogeneità all'azione amministrativa contrattuale, sono in realtà diversi e l'esigenza di un atto regolamentare appare davvero fondata per evitare comportamenti eterogenei dei vari RUP.

# Le altre indicazioni per veicolare la rotazione (LG/4)

- La rotazione, pertanto verrebbe applicata <<solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia>> di importo relativamente allo stesso settore merceologico interessato.
- L'ANAC precisa l'esigenza che risulti effettiva una <<differenziazione tra forniture, servizi e lavori>> con adeguata motivazione <<in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce>>.



## Le altre indicazioni per veicolare la rotazione (LG/4)

- Già con l'albo dei fornitori/prestatori è possibile suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia.

Le altre  
indicazioni per  
veicolare la  
rotazione  
relazione AIR  
LG/4

Le fasce (proposte dall'ANAC) sono le sotto indicate:

- per servizi e forniture (*DA INDIVIDUARE PREVENTIVAMENTE?*):
  - 1) fino a 5.000 euro;
  - 2) da 5.001 euro fino a 20.000 euro;
  - 3) da 20.001 euro fino a 39.999 euro;
  - 4) da 40.000 euro fino a 143.999 euro;
  - 5) da 144.000 euro fino a 213.999 euro (dal 2020 per le amministrazioni sub-centrali);

# Le altre indicazioni per veicolare la rotazione relazione AIR

LG/4

- Per i lavori, i valori possono tenere conto delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori.

# Le altre indicazioni per veicolare la rotazione (LG/4)

- Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori
- deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce;
- detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori.

Le altre  
indicazioni per  
veicolare la  
rotazione  
(LG/4)

In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari;

- Evitare l'alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici (evitare lo schema impresa A, impresa B, impresa A..)



# Le altre indicazioni per veicolare la rotazione (LG/4)

- IL RUP DEVE EVITARE:
- - arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce;
- - ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto;

# Le altre indicazioni per veicolare la rotazione (LG/4)

- affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici.

## Il recente approdo della giurisprudenza

- Tar Sardegna, Cagliari con le sentenze, rispettivamente, **sez. I, sentenza n. 891/2019** e la **recentissima della sez. II, del 2 gennaio 2020 n. 8.**
- Dalle sentenze – al di là delle considerazioni/riflessioni ampiamente note – è possibile trarre (almeno) **due elementi istruttori** utilissimi al RUP nel momento in cui predispone/suggerisce la motivazione da inserire nella determina a contrarre e/o nella determinazione di affidamento.

## Il recente approdo della giurisprudenza

Le due sentenze affrontano la questione dell'applicazione o meno della rotazione nel caso in cui il RUP proceda tramite mercato elettronico (sia di Consip sia delle centrali regionali/soggetti aggregatori).

- Con la **prima sentenza** (n. 891/2019) – anche in questo caso, la doglianza si fonda sul mancato rispetto della rotazione – il giudice ribadisce l'approdo dell'ANAC (anche con le linee guida n. 4) in cui si ammette la possibilità di non tener conto della rotazione se la procedura, pur informale, è aperta ad ogni soggetto potenzialmente interessato.

## Il recente approdo della giurisprudenza

- (N.B.) L'operatore non può ignorare questo aspetto considerato che la pubblica amministrazione ha l'obbligo di ricorrere – nel sotto soglia, per forniture/servizi – al mercato elettronico a pena di nullità dell'atto (fatti salvi gli appalti di importo inferiore ai 5mila euro).

## Il recente approdo della giurisprudenza

Pertanto, il fornitore/prestatore se vuole concorrere per aggiudicarsi appalti con la PA **non può ignorare** tale obbligo e **non può sottovalutare l'importanza fondamentale di registrarsi ed abilitarsi nel mercato elettronico.**

Non si potrebbe, pertanto, legittimamente censurare la violazione della rotazione per il fatto che non tutti gli operatori economici vengono a conoscenza dell'avviso pubblico avviato utilizzando le piattaforme del mercato elettronico.

## Il recente approdo della giurisprudenza

- La conclusione dell'attento estensore nella sentenza citata è che "il ricorso al mercato elettronico corrisponde a un preciso obbligo normativo per le stazioni appaltanti pubbliche, non si vede come la necessità d'isciversi al principale portale informatico che ciò consente - cioè il M.E.P.A. - possa privare le relative procedure informatizzate di quel "carattere di apertura" che giustifica la deroga al principio di rotazione".

## Il recente approdo della giurisprudenza

- Con la più recente sentenza n. 8 del 2020, il giudice isolano introduce l'ulteriore elemento istruttorio che possiamo definire come dirimente/definitivo: la rotazione non opera (non costituisce proprio un vincolo) nel caso in cui gli operatori economici non vengano scelti discrezionalmente dalla stazione appaltante (dal RUP).

## Il recente approdo della giurisprudenza

- Se la partecipazione, quindi, pur in una procedura aperta nella sostanza, è libera ed è consentita a chiunque risulti in possesso dei requisiti, un problema di avvicendamento neppure si pone ed il pregresso aggiudicatario come anche i pregressi soggetti già invitati al precedente procedimento, **non solo possono prender parte alla competizione ma potrebbero risultarne, evidentemente, anche vincitori.**

## Il recente approdo della giurisprudenza

- Si ribadisce, in questa, che “in sostanza il principio di rotazione opera (e deve operare) nelle “procedure negoziate” in cui l’amministrazione appaltante “non” consente, alla fonte, la partecipazione da parte di “tutti” gli imprenditori alla gara, ma solo ad una parte “selezionata”, da essa stessa, tramite la scelta nell’individuazione dei soggetti da invitare (rosa di operatori discrezionalmente scelti)”.

## Il recente approdo della giurisprudenza

In queste situazioni, evidentemente, “la partecipazione, in tal caso, non è generale ma è consentita soltanto su invito”.

Nel caso dell’invito, la chiamata da parte del RUP “diviene espressione di discrezionalità della PA in ordine alla “scelta” di quali operatori da ammettere alla competizione per l’aggiudicazione del contratto pubblico. In tale contesto (e solo in tale contesto) la sussistenza di una “*selezione ristretta*” dei soggetti da invitare implica che , qualora nella rosa vi sia anche l’operatore uscente (con pretermissione di altri), scatta la tutela del principio di rotazione, per garantire l’avvicendamento. Il “persistente” invito rappresenta un “*favor*” nei confronti del precedente aggiudicatario, con *vulnus* degli interessi pubblici e privati. In tal caso opera il sistema di tutela della garanzia del principio di rotazione”.

## Il recente approdo della giurisprudenza

- Nel caso di specie trattato dal giudice, il RUP ha proceduto secondo gli atti classici del procedimento sotto soglia ovvero l'avviso a manifestare interesse con successivo invito rivolto a tutti i soggetti che ne hanno fatto richiesta. Ciò rende, secondo la giurisprudenza oramai consolidata (e la stessa posizione espressa dall'ANAC), il procedimento di acquisto aperto e, pertanto, immune dalle esigenze sottese alla rotazione.

## Il recente approdo della giurisprudenza

Il Comune” puntualizza il giudice, “non ha compiuto nè scelte, né sorteggi per delimitare la rosa dei partecipanti” in questo senso, “essenzialmente la gara ha assunto i connotati di procedura “aperta”, essendo rivolta a “tutti” i soggetti interessati (tramite Avviso pubblico). In tale specifico contesto fattuale-giuridico la pretesa “esclusione” (nda richiesta dal ricorrente) della controinteressata, in ritenuta applicazione del ‘principio di rotazione’, **determinerebbe, in realtà, una “significativa contrazione”, illegittima, del numero di imprese partecipanti, con lesione effettiva del principio di concorrenza”.**

## Il recente approdo della giurisprudenza

Si richiama il precedente dello stesso giudice isolano n. 493 del 22/05/2018 che sul tema ha avuto modo di puntualizzare che "Il principio di rotazione, (...) non può essere considerato una causa di esclusione dalle gare non codificata. Quando la stazione appaltante ricorre a strumenti di impulso al mercato, come avvisi pubblici per manifestazione di interesse, l'esclusione del c.d. gestore uscente non può tradursi in una irragionevole limitazione della concorrenza. Allorquando, proprio all'esito di una apertura totale al mercato, la stazione appaltante si trovi con un numero esiguo di soggetti interessati, come nel caso di specie, l'esclusione del gestore uscente non è una scelta automatica e obbligata come vorrebbe la ricorrente".

## Il recente approdo della giurisprudenza

- Infine, quindi, quando “la stazione appaltante non sceglie i soggetti da invitare ma apre al mercato anche nelle procedure negoziate, dando la possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha perciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, ma significa non favorirlo”.

## Il recente approdo della giurisprudenza

Non solo, “Questo sistema di scegliere i soggetti da invitare elimina in radice ogni discrezionalità dell'amministrazione nella individuazione degli operatori, individuazione che è lasciata al mercato. Quel che avviene nella realtà è che si tramuta la procedura negoziata in una modalità aperta di partecipazione alla gara con forme semplificate. (...) Quando la stazione **appaltante ricorre a strumenti di impulso al mercato, come avvisi pubblici per manifestazione di interesse, l'esclusione del c.d. gestore uscente non può tradursi in una irragionevole limitazione della concorrenza.**”

# Il recente approdo della giurisprudenza

- Allorquando, proprio all'esito di una apertura totale al mercato, la stazione appaltante si trovi con un numero esiguo di soggetti interessati, come nel caso di specie, l'esclusione del gestore uscente non è una scelta automatica e obbligata come vorrebbe la ricorrente”

## Il recente approdo della giurisprudenza

- L'aspetto ultimo che merita di essere segnalato è il "plauso" dei giudici al RUP che ha fatto proprio – nel riscontrare le perplessità manifestate dal dogliante (che come detto pretendeva di rilevare la violazione della rotazione) – le indicazioni espresse dall'ANAC e dalla giurisprudenza.

Tar Marche,  
Ancona, sez. I,  
707/2019  
(soffermarsi sotto  
il profilo pratico)

La motivazione sulla mancata applicazione della rotazione e, simmetricamente, dell'invito del pregresso affidatario non necessariamente deve essere espressa nella determinazione a contrattare ovvero nell'atto che avvia il procedimento di "gara".

# Tar Marche, Ancona, sez. I, 707/2019

Secondo questo giudice, <<le pertinenti norme del Codice dei contratti pubblici>> non <<stabiliscono che la decisione di invitare l'appaltatore uscente sia esternata nel primo atto della procedura (la deliberazione a contrattare o, al limite, la lettera d'invito), per cui la procedura non è di per sé illegittima se tale motivazione viene esternata nel provvedimento di aggiudicazione>>.

**Tar Marche,  
Ancona, sez. I,  
707/2019**

A supporto di quanto, secondo la sentenza, occorre considerare che <<la decisione di invitare l'appaltatore uscente non può essere assunta prima che la stazione appaltante abbia verificato quante manifestazioni di interesse o domande di invito siano state formulate>> .

# Consiglio di Stato, sez. III, del 4 febbraio 2020 n. 875

Il Consiglio di Stato, puntualizza quindi che nell'ipotesi in cui il procedimento pur semplificato risulti nella "sostanza" aperto ad ogni operatore interessato, ecco che i vincoli della rotazione vengono meno ed il RUP non è tenuto ad applicarli.

Il caso classico, è dato dall'avviso pubblico a manifestare interesse e/o a presentare direttamente l'offerta, pubblicata sul mercato elettronico con possibilità di partecipazione anche i soggetti non abilitati al mercato elettronico che ne ottengano l'iscrizione/abilitazione entro il termine per presentare la domanda di partecipazione (o presentare l'offerta o manifestare l'interesse alla successiva fase ad inviti).

# Consiglio di Stato, sez. III, del 4 febbraio 2020 n. 875

- In sentenza, sul punto si legge che l'applicazione del principio di rotazione deve ritenersi esclusa – come anche affermato dal giudice di prime cure - “laddove il nuovo affidamento avvenga, come nel caso di specie, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (v. §18 della sentenza n. 527/2019)”.

# Consiglio di Stato, sez. III, del 4 febbraio 2020 n. 875

- Il principio – si rammenta in sentenza - è stato di recente confermato dallo stesso Consiglio (sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539) sul rilievo che anche “alla stregua delle Linee guida n. 4 A.N.A.C., nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 (v. in part. il punto 3.6), deve ritenersi che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l’operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti”.

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie  
per  
la  
partecipazione!**