

La rotazione – ultimi approdi giurisprudenziali e di prassi

A domanda Risponde Stefano USAI

9 dicembre dalle ore 15.00 alle 16.00

Quesiti

- VORREI CHIARIMENTI SULLA NECESSITA' (O MENO) DI ROTAZIONE IN UNA PROCEDURA APERTA: PUO' PARTECIPARE ANCHE IL GESTORE USCENTE (DI UNA CONCESSIONE)? E NEL CASO DI MANIFESTAZIONE DI INTERESSE APERTA? PUO' PARTECIPARE GESTORE USCENTE E POI ESSERE INVITATO?
- OBBLIGO DI ROTAZIONE PER IMPORTI INFERIORE **A 40000** EURO? QUANDO È CONSENTITO DEROGARE AL PRINCIPIO DI ROTAZIONE? CON CHE GIUSTIFICAZIONI NELLA DETERMINA A CONTRARRE?
- OBBLIGO DI ROTAZIONE **PER APPALTI INFERIORI 40.000€**. QUANDO È CONSENTITO NON PROCEDERE ALLA ROTAZIONE? CON CHE SPECIFICHE?

Quesiti

INCARICO PER RAPPRESENTANZA LEGALE E/O ESPRESSIONE PARERI: E' DA APPLICARE IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE? NEL CASO DI UNA LISTA SEMPRE APERTA ED AGGIORNABILE? **NEL CASO DI UN UFFICIO DI AVVOCATURA INTERNO?**

IL 31/12/2021 ANDRÀ A SCADERE L'AFFIDAMENTO SOTTOSOGLIA DECORRENTE DAL 2016 IN FAVORE DI UNA COOP PER LA GESTIONE DEL MUSEO, **DOPO UN AVVISO ESPLORATIVO ED UNA SERIE DI PROROGHE TECNICHE. POSSO PROCEDERE CON UN NUOVO AVVISO ESPLORATIVO O DEVO AVVIARE PROCEDURA APERTA?**

FORNITURE E SERVIZI INFRA 40.000 € E MICRO-ACQUISTI: È POSSIBILE, ADEGUATAMENTE MOTIVANDO, DEROGARE ALL'OBBLIGO DI ROTAZIONE ED EFFETTUARE RIPETUTI AFFIDAMENTI DIRETTI PURI SE IL FORNITORE HA EFFETTIVAMENTE IL PREZZO MIGLIORE?

quesiti

- E' POSSIBILE SOSTENERE LA MOTIVAZIONE "ESTETICA" PER OVVIARE IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE? AD ESEMPIO **PER ACQUISTARE IN 2 TRANCHE ARREDI D'UFFICIO. A VOLTE NON SI HANNO SUBITO LE DISPONIBILITÀ FINANZIARIE PER COMPLETARE L'AFFIDAMENTO IN UN SOLO PROCEDIMENTO.**
 - È POSSIBILE REITERARE UNA PROROGA PER IL **RESPONSABILE RSPP E MEDICO COMPETENTE SOLO SULLA SCORTA DI UN PREZZO MOLTO CONVENIENTE E UN SERVIZIO SVOLTO CON PUNTUALITÀ, PRECISIONE E PROFESSIONALITÀ?**
- CONCORSI: AFFIDAMENTO DIRETTO SERVIZIO DI ATTIVAZIONE DI UNA PIATTAFORMA PER LA RICEZIONE DELLE DOMANDE IN VIA TELEMATICA E GESTIONE PROVE SCRITTE DA REMOTO. **ADESSO DEVO AFFIDARE SOLO LA GESTIONE DELLE PROVE DA REMOTO. POSSO AFFIDARE ALLA STESSA DITTA?**

quesiti

- COME COMPORTARSI NEL CASO DI AFFIDAMENTO ANNUALE DEI PACCHETTI DI PROGRAMMI GESTIONALI CHE UTILIZZA L'ENTE (NEL NOSTRO CASO DITTA CHE GESTISCE TUTTO: ATTI AMMINISTRATIVI, PRESENZE, FINANZIARIA, ECC.) **NON POSSIAMO RUOTARE OGNI ANNO O 2 ANNI**

AFFIDAMENTO RELATIVI ALLA MANUTENZIONE E ASSISTENZA DEI SOFTWARE UTILIZZATI DAL COMUNE. COME PROCEDERE?

La questione della rotazione

Ilprincipio **pro-competitivo** di
rotazione, (...) preside agli affidamenti diretti
e costituisce il **necessario**
contrappeso alla notevole
discrezionalità riconosciuta
all'amministrazione **nel decidere quali**
operatori economici invitare in
caso di procedura negoziata (...)
conforto Cons. di St., V, 17.3.2021, n. 2292).

Quali sono le procedure semplificate?

- Le procedure di cui all'articolo 36 a) b) c) c-bis)
- Le procedure emergenziali art. 1, comma 2, lett. a) e b)
- Le prime derogabili e (ad eccezione lett. b) anacronistiche ...

Le seconde: da leggere anche con rispetto all'attuazione del PNRR

Il richiamo alla rotazione nelle procedure emergenziali (e perché sono anacronistiche le procedure art. 36 codice)

Nei casi di importo infra 139/150 mila euro..((tra parentesi periodo aggiunto in fase di conversione con legge 108/2021)

• **«In tali casi** la stazione appaltante **procede** all'affidamento diretto, **anche senza consultazione di piu' operatori economici**, ((fermi restando)) il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ((, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, **comunque nel rispetto del principio di rotazione**));»

Procedure
negoziate
emergenziali
(art. 1, comma
2, lett. b) legge
120/2020) –
rotazione
rafforzata -

.....procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, **nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti**, che tenga conto anche di **una diversa dislocazione territoriale** delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici

E' cambiata la tecnica legislativa

- perché anacronistiche? (tranne lett. b) art. 36)
- Obblighi o facoltà: questione ampiamente superata dalla riscrittura delle norme .-.
- Sulla rotazione nell'articolo 36 due livelli normativi: principio generale e norma specifica
- Nelle norme emergenziali direttamente le fattispecie ..riportano l'inciso
- Contrappeso Alla estrema «semplicità» procedurali ..istruttorie ...

Si tratta di una disciplina dettata specificamente per il periodo emergenziale (così la rubrica dell'articolo) connesso alla pandemia da Covid-19, che nondimeno, nel periodo finale, ribadisce la cogenza ("comunque nel rispetto") del principio di rotazione previsto in via ordinaria per gli affidamenti dei contratti sotto soglia (art. 36 comma 2 lett. b del D. Lgs. n. 50/2016).

Ciò posto, osserva il collegio come, secondo una costante giurisprudenza, la rotazione costituisca 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, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente (così, da ultimo, Cons. di St., V, 17.3.2021, n. 2292, e tutta la giurisprudenza ivi citata).

Tar Liguria Genova,
6/12/2021 n. 1052
..sull'articolo 1, comma 2,
lett. a) della legge 120/2021
(come modificato dalla legge
108/2021)

Tar Liguria Genova,
6/12/2021 n. 1052
..sull'articolo 1, comma 2,
lett. a) della legge 120/2021
(come modificato dalla
legge 108/2021)

Più in particolare, 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. di St., V, 27.4.2020, n. 2655; T.A.R. Calabria, I, 11.3.2021, n. 531), e che "non sono ostantive 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. di St., V, n. 2292/2021, § 4.2.9; id., 2.7.2020, n. 4252; id., 27.4.2020, n. 2655, ove la **precisazione che il principio di rotazione è inapplicabile soltanto nel caso di "sostanziale alterità qualitativa", ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell'attuale affidamento.**)

Tar Liguria
1052/2021

- *All'annullamento della aggiudicazione consegue la **dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a.***
- *Non ricorrono, infatti, i casi di gravi violazioni di cui all'art. 121 comma 1 lett. b) c.p.a., in quanto l'aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando, ma pur sempre nell'ambito dei casi consentiti dall'art. 1 comma 2 lett. a) del D.L. 16.7.2020, n. 76 (appalti di servizi di importo inferiore a 139.000 euro, al netto dell'IVA).*

Tar Liguria

La rilevata violazione del principio di rotazione ricade piuttosto negli altri casi di cui all'art. 122 c.p.a., che rimette al giudice di stabilire se dichiarare inefficace il contratto, "fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

*Nel caso di specie, il vizio riscontrato **impone l'indizione di una nuova procedura di affidamento, l'individuazione e le modalità della quale sono rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione, fermo soltanto, in caso di scelta per l'affidamento diretto e senza gara, il rispetto del principio di rotazione, con il conseguente divieto di assegnazione del servizio al gestore uscente***

Dove troviamo la
disciplina
sull'applicazione del
criterio

- *216/27 octies A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le **linee guida** di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.*

Linee guida ANAC n. 4

Linee guida ANAC n. 4 (il riferimento alla rotazione ricorre 20 volte ..in 17 pagine..)

- Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, tende ad evitare il «*consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico*»;
- 3.6 *Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, 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*

**Il divieto non
è assoluto
..ma non deve
essere
interpretato in
modo
«arbitrario»**

- Il principio di rotazione **comporta, di norma, il divieto di invito** a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del **contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.**
- (**eccezioni**) La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento **avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato**, nelle quali la stazione appaltante, in virtù **di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione**

Procedure
comunque
aperte ...

- Consiglio di Stato 2292/2021
- *Si è altresì precisato che tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare- nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) - **già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dall'integrazione postuma, in sede contenziosa.***

TAR Roma,
09.12.2020 n.
13184

Tale principio è applicabile negli appalti sotto soglia comunitaria, ove i potenziali partecipanti sono, per la maggior parte, piccole e medie imprese a carattere locale. L'applicazione di questo principio tutela l'avvicendamento (in primo luogo negli inviti e, conseguentemente, nell'aggiudicazione) fra i diversi operatori economici aspiranti. In sostanza il principio di rotazione deve trovare applicazione nelle procedure negoziate in cui **l'amministrazione appaltante non consente, a monte, la partecipazione da parte di tutti gli operatori economici** 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). La partecipazione, in tal caso, non è generale ma è consentita soltanto su invito. L'invito diviene espressione di discrezionalità della PA in ordine alla scelta di quali operatori ammettere alla competizione per l'aggiudicazione del contratto pubblico.

Linee guida 4

La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), **può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico**, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e 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

sentenza n. 125/2021 del Tar Basilicata.

- Nessun obbligo di rotazione se la stazione appaltante ha previsto la distinzione degli appalti per fasce di lavori e l'aggiudicatario si è aggiudicato un appalto di lavori analoghi ma di importo ricadente in una fascia di valore diverso.
- Questa possibilità è stata ribadita anche nell'ultimo schema di regolamento attuativo (il terzo), in particolare al comma 3 dell'articolo 11 (appositamente dedicato alla rotazione) in cui si legge che *«ai fini della rotazione, la stazione appaltante, con proprio provvedimento, può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e in relazione al settore merceologico e alle prestazioni principali. In questo caso la rotazione si applica con riferimento a ciascuna fascia e settore»*.

Linee guida n. 4

In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione **non può essere aggirata**, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; **alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici**; 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.

Possibilità di mutare l'approccio istruttorio in modo consapevole

- 3,7 Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che ***l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.***
- ***appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto 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.***

Dell'aspettativa di chi?

- *La motivazione circa l'affidamento o il reinvito 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 e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.*

Deroga con «sintetica» motivazione

- *Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro (leggasi 5mila), è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente.*

Art. 1, comma 130 legge 145/2018

- *Parere Consiglio di Stato 1312/2019*

Parere 1312/2019 CdS

5. Le ulteriori modifiche alle linee guida. Lo schema di linee guida trasmesso dall'Autorità prevede la modifica del punto 5.1 per adeguare le predette linee guida a quanto stabilito dall'articolo 1, comma 912, l. 145/2018 e del punto 3.7 per innalzare da € 1.000 ad € 5.000 l'importo degli affidamenti per i quali è consentito derogare al principio di rotazione con scelta sinteticamente motivata contenuta nella determina a contrarre o in atto equivalente.

In relazione alla modifica del punto 5.1 dello schema di linee guida, la Sezione reputa di non poter esprimere parere in considerazione del fatto che la disciplina è stata modificata dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32.

Reputa, invece, di poter condividere l'innalzamento della soglia entro la quale è possibile, con scelta motivata, derogare al principio di rotazione.

Prassi ANAC: anche nel sopra soglia ..se si opera con procedure urgenti...**(limitative delle concorrenza)**

- Parere ANAC funzione consultiva n. 1/2021 (del mese di novembre)
- *Il principio di rotazione si applica, quindi, sia negli affidamenti di contratti pubblici c.d. sotto soglia, sia negli affidamenti di contratti di valore superiore alle soglie comunitarie. Più in dettaglio, come anche chiarito dal giudice amministrativo «il rispetto del principio di rotazione non è previsto solo dall'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 per i contratti sotto soglia, **ma anche in ogni caso di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 63, comma 6, del medesimo d.lgs.»***
(TAR Lazio, Roma, n. 10016 del 16.10.2018)

Parere ANAC
N.1 -
11/11/2021

se la procedura di selezione del contraente è «preceduta **dall'individuazione discrezionale** dei soggetti partecipanti, essa va qualificata come procedura negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione (suscettibile peraltro di deroga espressamente motivata allorché l'equilibrio concorrenziale possa ragionevolmente recedere innanzi alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento);

Procedura negoziata in senso stretto ..e ..

- se invece la gara risulta preceduta da un avviso aperto a tutti gli operatori, come precisato dal Consiglio di Stato, **“si è fuori dalle procedure negoziate”**, “non deve applicarsi il principio di rotazione” **e non opera quindi alcun meccanismo preclusivo**, capace di impedire al gestore uscente l’accesso alla procedura, con la conseguenza che, in tale diversa situazione, la partecipazione di quest’ultimo non costituisce deroga al suddetto principio e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell’amministrazione» (in tal senso TAR Venezia, n. 389 del 26.03.2021).*

PROCEDURA NEGOZIATA IN SENSO STRETTO?

- Codice *«individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti»*
- (DL 76/2020) *«nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate»,....«Individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, ..»*
- (ma nel DL 76/2020) ***«Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali».***

Parere MIT 523/2021 ...

Procedura negozia urgente ...

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, con riguardo all'espletamento della procedura negoziata di cui all'art. 63, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016, che l'Autorità ha più volte osservato che «la procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisca una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e possa essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma, trattandosi di disciplina di stretta interpretazione. **La scelta di tale modalità di affidamento, in quanto derogatoria dell'evidenza pubblica, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza (Delibere Anac n. 346 del 22.4.2020, n. 447 del 27.5.2020, Linee guida n. 8 approvate con Delibera n. 950/2017)» (Delibera n. 268/2021).**

TAR Venezia, n. 389/2021

*Alla luce di tali premesse, si deve rilevare che la questione si impernia sull'individuazione dell'esatta natura della procedura di selezione del contraente: **se preceduta dall'individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti, essa va qualificata come procedura negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione (suscettibile peraltro di deroga espressamente motivata allorché l'equilibrio concorrenziale possa ragionevolmente recedere innanzi alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento); se invece la gara risulta preceduta da un avviso aperto a tutti gli operatori, come precisato dal Consiglio di Stato, "si è fuori dalle procedure negoziate", "non deve applicarsi il principio di rotazione" e non opera quindi alcun meccanismo preclusivo, capace di impedire al gestore uscente l'accesso alla procedura, con la conseguenza che, in tale diversa situazione, la partecipazione di quest'ultimo non costituisce deroga al suddetto principio e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell'amministrazione.***

Consiglio di Stato 7414/2021

Alla luce degli orientamenti descritti, cui il Collegio aderisce, la procedura in esame va senza meno qualificata come procedura aperta per aver il Comune di -Omissis-, con avviso pubblico, invitato tutti gli operatori del settore a presentare proprie manifestazioni di interesse, **senza dar luogo ad una selezione preventiva degli ammessi in gara (ché, anzi, tutti gli operatori che avevano manifestato il loro interesse sono stati puntualmente ammessi).**

Le **modalità di pubblicazione dell'avviso** – che l'appellante ritiene non adeguate a

diffondere l'informazione dell'indizione della gara tra gli operatori economici – **restano irrilevanti** poiché alla luce dei criteri di qualificazione prima detti non valgono a far dire ristretta la procedura: potrebbero limitare la conoscenza della (avvenuta indizione della) gara, **ma certo non ad impedire a chi l'abbia conosciuta di parteciparvi**; della violazione delle regole che le prevedono può lamentarsi l'operatore che non abbia potuto per tempo presentare la propria manifestazione di interesse, non chi vi abbia partecipato a pieno titolo.

Consiglio di
Stato
7414/2021

- Si aggiunga che, se non la pubblicazione **sul sito internet del Comune, certamente la pubblicazione sulla piattaforma SATER – Sistema acquisti telematici dell’Emilia Romagna garantisce sufficiente diffusione** dell’avvenuta indizione della gara tra gli operatori che di tale piattaforma si servono ordinariamente nella loro attività.

ANAC 666/2021 – no artificioso frazionamento

La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti relative alle soglie europee; *il valore dell'appalto, inoltre, deve essere quantificato al momento dell'invio dell'avviso di indizione della gara o del bando di gara o, nei casi in cui ciò non è previsto, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di affidamento del contratto.*

ANAC 666/2021 – no artificioso frazionamento

- *Nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro (come previsto dalla norma applicabile razione temporis), le stazioni appaltanti possono procedere mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici. Posto quindi che non è più necessario, in tali casi, che l'affidamento sia preceduto da un confronto concorrenziale e che è invece rimessa ad una diretta individuazione della S.A. la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto, non può tuttavia affermarsi che quest'ultima sia dotata di una integrale libertà di movimento, essendo comunque tenuta al rispetto dei principi specifici dettati, proprio con riferimento ai contratti sotto soglia, dall'art. 36, comma 1, del Codice, tra cui il principio di rotazione*

Consiglio di Stato 3999/2021

«la norma che impone l'applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall'art. 36 cit.); in queste ultime, il **principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare**. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), **quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate.**»

Tar Campania,
Salerno,
2321/2021
(servizio
mensa
scolastica)

- Il rilievo, effettivamente, persuade il giudice visto che la giustificata “deroga” alla rotazione – che ha portato la stazione appaltante a privilegiare l’affidamento diretto ad un soggetto già invitato alla pregressa procedura -, intesa in questo modo finisce per penalizzare solamente il pregresso affidatario. Mentre, si annota in sentenza, le stesse ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a derogare al criterio dell’alternanza (la particolarità del servizio mensa) ben avrebbero potuto essere utilizzare anche per far partecipare alla dovuta competizione anche il pregresso affidatario.

Tar Campania,
Salerno,
2321/2021
(servizio
mensa
scolastica)

Ciò emerge, conclude il giudice, dalle stesse indicazioni dell'ANAC contenute nelle linee guida n. 4 laddove si precisa che <<l'applicazione del principio di rotazione può essere motivatamente derogato, anche (in via eccezionale) con riferimento al precedente affidatario (cfr. punto 3.7 Linee Guida Anac)>> ed <<una siffatta valutazione, allo stato non effettuata con riguardo alla ricorrente, compete unicamente, in prima battuta, alla stazione appaltante (arg. ex art.34, co.2 cpa) chiamata a individuare, in ipotesi di utilizzo di una procedura non aperta al mercato, la platea degli operatori invitati>>. **In pratica, aver giustificato l'affidamento ad un soggetto precedentemente invitato <<allo scopo di giustificare l'affidamento diretto>> ha portato la stazione appaltante a riconoscere <<la sussistenza delle condizioni per derogare alla rigida applicazione del principio di rotazione>> e detta motivazione << nella sua impostazione ex lege, concerne tanto il precedente affidatario che il soggetto partecipante>>.**

MIMS parere 919/2021

il principio di rotazione delle imprese trova fondamento nella 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), specialmente nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato (cfr ex multis Cons. Stato Sez. V - sentenza 17 gennaio 2019 n. 435). Sul tema posto si richiama il parere di precontenzioso di ANAC n. 422 del 15 maggio 2019, secondo cui qualora la stazione appaltante decida di non estendere l'invito alla gara all'impresa aggiudicataria del precedente affidamento, l'eventuale partecipazione di quest'ultima, anche se nella veste di mandante di un R.T.I., si pone in contrasto con il principio di rotazione e, dunque, legittima l'esclusione dell'intero raggruppamento.