

L'applicazione del principio di rotazione negli appalti alla luce della recente giurisprudenza



Vincenzo Giangreco

Simone Chiarelli



<https://formazione.omniavis.com/>

PRINCIPIO DI ROTAZIONE

DIRITTO COMUNITARIO

Il principio di rotazione non fa parte (esplicita) dei principi comunitari e non è ricompreso nelle direttive comunitarie n.23, 24, 25 in materia di appalti

NORMATIVA NAZIONALE

- Art.36 contratti sotto soglia
- Art.157 incarichi di progettazione
- Art. 63 procedure negoziate senza pubblicazione bando
- Art. 164 comma 2 contratto di concessione

**Rotazione degli
affidamenti**

**Rotazione degli
inviti**

NORMATIVA NAZIONALE - d.lgs 50/16 e s.m.i.

Art. 36 co 1 (Contratti sotto soglia) L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all' articolo 35 avvengono **nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del 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.

NORMATIVA NAZIONALE - d.lgs 50/16 e s.m.i.

Art. 157 co 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 comma 2, let. b); l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei **nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti**

NORMATIVA NAZIONALE - d.lgs 50/16 e s.m.i.

Art.63 co 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.

D.L. 76/20 conv.in L.120/20

ART 1 CO 2 Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

LETT. A affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro;

LETT. B 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

ANAC - LINEE GUIDA ANAC N.4



AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ANAC - LINEE GUIDA ANAC N.4

Attraverso il **principio di rotazione** si vuole garantire il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico..

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 **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.

ANAC - LINEE GUIDA ANAC N.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..

3.7 Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente

GIURISPRUDENZA



GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 17.03.2021 n. 2292

Lo strumento della **manifestazione di interesse**, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione agli operatori economici da invitare, **non rende affatto superflua la rotazione**. L'eventuale disapplicazione necessita di puntuale e rigorosa motivazione.

4.2.2. In quest'ottica non è causale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione **già nella fase dell'invito degli operatori** alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza delle strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare l'offerta e, così, posti in competizione tra loro.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 17.03.2021 n. 2292

4.2.3. Tale principio comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, **salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione** delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento)

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 17.03.2021 n. 2292

4.2.7. È stato così affermato da questo Consiglio di Stato (Sez. V, n. 3831/2019 cit.) che risultano pure **irrilevanti**, e comunque **inidonei** a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione (funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento), **alcuni accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante**, tra i quali, per quanto di interesse, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato. Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 17.03.2021 n. 2292

4.2.8. In conclusione, la giurisprudenza afferma in modo costante (da ultimo: Cons. Stato, V, 2 luglio 2020, n. 4252; Cons. Stato, V, 27 aprile 2020, n. 2655, 5 novembre 2019, n. 7539, 12 giugno 2019, n. 3943) che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici **trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta**, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione.

GIURISPRUDENZA

TAR Campobasso, 12.02.2021 n. 125

Rotazione in caso di elenco dei fornitori suddiviso per fasce d'importo

Non può essere accolto il primo motivo di impugnazione, **con il quale è stata dedotta la violazione del criterio della rotazione degli inviti**, atteso che con l'art. 3 dell'Avviso pubblico della Centrale Unica di Committenza [...] per la formazione dell'Elenco telematico aperto degli operatori economici, interessati ad essere invitati alle gare per l'affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture, indette dalla CUC, **gli appalti di lavori sono stati suddivisi "per categoria di iscrizione e fasce di importo, così come riportate nell'Allegato A", il quale distingue gli appalti di lavori superiori a € 150.000,00 fino alla soglia comunitaria di € 5.225.000,00 in 7 fasce [...]**.

Pertanto, deve ritenersi che, nella specie, **il principio di rotazione non è stato violato**, perché l'importo a base di gara della procedura negoziata per i lavori di adeguamento sismico, efficientamento energetico e abbattimento delle barriere architettoniche dell'Istituto scolastico [...] aveva l'importo a base di gara era di € 524.955,18, mentre l'importo a base di gara della procedura negoziata di cui è causa è di € 1.95.769,15...

A riprova di ciò, va sottolineato che l'ANAC nel punto 4.1.6 delle Linee Guida, attuative dell'art. 36, comma 7, D.Lg.v. n. 50/2016, approvate con Deliberazione n. 1097 del 26.10.2016, ha precisato che le stazioni appaltanti possono "individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti", previo avviso pubblico, indicante "la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le eventuali categorie e fasce di importo in cui l'Amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo".

TAR Puglia, 04.02.2021 n. 193

2.3. Sul punto, premette il Collegio che, per condivisa giurisprudenza amministrativa, “il principio di rotazione di cui all' art. 36, comma 1, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 , costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755). In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro” (C.d.S, V, 15/12/2020 , n. 8030)

TAR Puglia, 04.02.2021 n. 193

2.4. Tanto premesso, e venendo ora al caso di specie, rileva il Collegio che l'impresa uscente (Euroglobal Multiservice soc. coop.) e quella entrante (Soc.Coop. Euroglobal a r.l.) hanno lo stesso indirizzo e recapito telefonico registrato su Consip (Foggia, Via Piave n. 10), nonché lo stesso numero telefonico. Inoltre, i legali rappresentanti dell'affidatario uscente e di quello entrante sono persone coniugate tra loro, nonché conviventi risiedenti nell'unico luogo

2.5. Alla luce di tali elementi documentali, è evidente che le due società, seppur formalmente diverse (in quanto dotate di diversa P. IVA), sono sostanzialmente riconducibili ad un unico centro di interesse, rappresentato dai coniugi conviventi, nonché legali rappresentanti dell'una e dell'altra società

... Alla luce di tali considerazioni, in accoglimento del ricorso, va disposto annullamento dell'atto impugnato.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 15.12.2020 n. 8030

...Di contro, **non vale osservare**, come fa l'appellante, che **ai fini dell'operatività del principio di rotazione** è sufficiente che i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi (Linee guida ANAC n. 4, punto 3.6.), in quanto **“ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) – che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime”** (Cons. Stato, V, n. 1524 del 2019, cit.): nel caso di specie vi è infatti proprio una chiara indicazione della prestazione principale dedotta nel rapporto (servizi), che si differenzia dall'analoga prestazione principale del precedente (lavori), e che trova una adeguata giustificazione nelle specifiche esigenze pubbliche considerate dall'Amministrazione nei provvedimenti sopra richiamati. **In altre parole, ricorre l'eccezione alla regola generale di applicabilità del principio di rotazione che la recente giurisprudenza identifica come “sostanziale alterità qualitativa”** (Cons. Stato, V, 27 aprile 2020, n. 2655).

GIURISPRUDENZA

T.A.R. Valle d'Aosta Aosta Sez. Unica, 16/09/2020, n. 42

Nelle procedure di affidamento degli appalti di servizi "sotto soglia", le stazioni appaltanti procedono mediante affidamento diretto, previo invio dell'invito a partecipare ad almeno cinque operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti il quale rappresenta il "contrappeso" all'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione aggiudicatrice nella scelta dei soggetti da invitare e, realizza un avvicendamento fra i vari operatori economici, perseguendo l'effettiva concorrenza tra di essi.

GIURISPRUDENZA

T.A.R. Liguria Genova Sez. II, 17/07/2020, n. 505

Il principio della rotazione delle imprese comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi, quali ad esempio il numero circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato ovvero il peculiare oggetto e le specifiche caratteristiche della categoria merceologica. Una simile motivazione, in base ai principi generali, deve risultare già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dalla integrazione postuma, in sede contenziosa.

GIURISPRUDENZA

Cons. Stato Sez. V, 02/07/2020, n. 4252

Negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti

GIURISPRUDENZA

T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 01/07/2020, n. 7418

La mancata motivazione della stazione appaltante, in ordine all'eccezionale possibilità di invitare o meno alla procedura il precedente gestore, in deroga al principio di rotazione negli affidamenti ex art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, comporta l'illegittimità della partecipazione di quest'ultimo alla procedura e che l'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato, rispetto al quale non è stata evidenziata nel corso del procedimento e del successivo giudizio alcuna idonea causa ostativa.

GIURISPRUDENZA

T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 17/06/2020, n. 675

E' legittima la scelta della PA di optare per la soluzione di non invitare il gestore uscente, non determinando tale decisione alcun pregiudizio per la concorrenza, posto che il principio di rotazione è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti cd. sotto soglia, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio

GIURISPRUDENZA

Cons. Stato Sez. V, 27/04/2020, n. 2655

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; è applicabile il principio di rotazione solamente nel caso di sostanziale alterità qualitativa, ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell'attuale affidamento.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 31.03.2020 n. 2182

*la qualità di precedente affidatario del contratto (in base alla quale – nel caso di procedura negoziata indetta ai sensi dell’art. 36, comma 2 lettera b) – **è reso operativo il “principio di rotazione”**), non rappresenta un requisito di idoneità professionale, la cui accertata carenza costituirebbe “motivo di esclusione” ai sensi dell’art. 80 cit., ma solo una **forma di limitazione** (neppure assoluta, essendo possibile giustificarne il superamento con adeguata motivazione) della libertà della stazione appaltante nella individuazione della platea dei soggetti da invitare alla gara*



UN ESEMPIO DI APPLICAZIONE

DETERMINAZIONE

ALL. 1

“Applicazione del principio di rotazione alle procedure negoziate di cui art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016”

Ai fini della corretta applicazione del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, relativamente alle procedure negoziate previste dall'art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 di competenza dell'Amministrazione, si prevedono i seguenti criteri:

- 1) In sede di determinazione a contrarre si definisce:
 - a) il numero minimo di operatori invitati alla procedura negoziata (Limite A)
 - b) numero massimo di manifestazioni di interesse per le quali si ritiene raggiunta la soglia minima di mercato (Limite B)
- 2) il Limite A corrisponde a 10 operatori (considerato come limite minimo di mercato per la determinazione dell'esclusione dell'operatore uscente); il Limite B corrisponde a 20 operatori (considerato come limite minimo di mercato per la determinazione dell'esclusione degli invitati alla precedente procedura negoziata);
- 3) In sede di verifica della regolarità delle manifestazioni di interesse pervenute, si procederà alla ammissione / non ammissione delle stesse.

DETERMINAZIONE

- 4) Nel caso in cui sia superato il numero di richieste indicate come Limite A, si procederà alla esclusione automatica dell'operatore uscente, per procedere successivamente al sorteggio. Non si procederà al sorteggio se, dopo l'esclusione, il numero di richieste rimanenti è pari al Limite A.
- 5) Nel caso in cui sia superato il numero di richieste indicate come Limite B, si procederà alla esclusione automatica dell'operatore uscente e degli operatori invitati alla precedente procedura (anche aperta) che abbia avuto ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Si procederà successivamente al sorteggio. Non si procederà al sorteggio se, dopo le esclusioni, il numero di richieste rimanenti è pari al Limite A.
- 6) Nel caso in cui sia superato il limite di richieste indicate come Limite A e non sia superato il numero di richieste indicate come Limite B, si procederà alla esclusione automatica dell'operatore uscente ed al sorteggio fra i soggetti che hanno presentato valida manifestazione di interesse;
- 7) Nel caso in cui non sia superato il numero di richieste indicate come Limite A, si procederà all'invito di tutti i soggetti che hanno presentato valida manifestazione di interesse;

DETERMINAZIONE

A maggior chiarimento, si forniscono i seguenti esempi:

CASO 1:

Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono 35 manifestazioni di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 3 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 31 operatori nuovi (Z)

Si procede alla esclusione dell'operatore uscente (X) e dei 3 operatori invitati (Y) e si procede al sorteggio dei 31 operatori (Z) per la determinazione dei 10 operatori da invitare alla procedura negoziata

DETERMINAZIONE

CASO 2:

Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono 17 manifestazioni di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 3 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 13 operatori nuovi (Z)

Si procede alla esclusione dell'operatore uscente (X) e si procede al sorteggio dei 16 operatori (Y+Z) per la determinazione dei 10 operatori da invitare alla procedura negoziata

DETERMINAZIONE

CASO 3:

Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono 21 manifestazioni di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 10 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 10 operatori nuovi (Z)

Si procede alla esclusione dell'operatore uscente (X) e dei 10 operatori invitati (Y) e si procede alla individuazione automatica dei 10 operatori (Z) da invitare alla procedura negoziata

DETERMINAZIONE

CASO 4:

Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono 9 manifestazioni di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 3 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 5 operatori nuovi (Z)

Si procede all'invito a tutti gli operatori (X+Y+Z)

CORSO APPALTI

Approfondimenti

Dott. Chiarelli

CORSO APPALTI

13 LEZIONI

on-line

BASE





GRUPPO DI STUDIO

GR 010



Codice dei contratti pubblici
Procedure di affidamento
Novità normative e esempi



10 incontri online di 1 ora

Dott. Vincenzo Giangreco

“Seguimi anche su ...”

<https://community.omniavis.it>

Vincenzo Giangreco



“Seguimi anche su ...”

<https://www.youtube.com/user/simonechiarelli>

<https://www.facebook.com/simonechiarelli.pagina>

<https://libro.omniavis.com/>



Simone Chiarelli