

## COMMENTI

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854, Pres. Carin-gella-Est. Perotti-Show Solutions c. comune di Trieste

*Il principio di rotazione, che deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare ed invitare a presentare le offerte, trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici non è elevato. Pertanto, anche al fine di evitare pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, l'invito del gestore uscente riveste carattere eccezionale.*

KLAUDIA KURCANI

### LA ROTAZIONE NEI CONTRATTI PUBBLICI SOTTO-SOGLIA: UN PRINCIPIO DAI CONFINI INCERTI

SOMMARIO: 1. Un breve cenno introduttivo. – 2. La vicenda. – 3. La rotazione come strumento volto all'affermazione dei principi di libera concorrenza e massima partecipazione. – 4. (Segue) E come garanzia dell'effettiva partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare d'appalto. – 5. I "lati oscuri" del principio di rotazione ed il conseguente affievolimento della sua portata. – 6. La presa di posizione dell'ANAC: un intervento chiarificatore? – 7. Una chiosa conclusiva.

#### 1. Un breve cenno introduttivo

Il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sulla centralità ed importanza del principio di rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia<sup>1</sup>. Tale

<sup>1</sup> Nello stesso senso si è pronunciato il Cons. St., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125. Più recentemente, Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2019, n. 2209; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; TAR Lazio, Roma, sez. I, 11 settembre 2018, n. 9268; TAR Veneto, sez. I, 21 marzo 2018, n. 320; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 22 gennaio 2018, n. 186. In senso contrario, TAR Campania, Salerno, sez. I, 10 gennaio 2019, n. 60, nella quale i giudici hanno ritenuto

principio distribuisce le opportunità, in capo a più operatori economici, di concorrere per ottenere l'aggiudicazione di un contratto d'appalto, evitando il consolidamento di rendite di posizione del gestore uscente, nonché delle imprese precedentemente invitate alla gara<sup>2</sup>.

La rotazione favorisce inoltre l'inserimento delle piccole e medie imprese nel mercato, consentendo loro di divenire parte attiva del tessuto economico del Paese, conformemente a quanto disposto a livello europeo e, di riflesso, nazionale.

Ogni regola, però, non è priva di limiti e la portata applicativa di tale meccanismo rotatorio ha subito una serie di attenuazioni, introdotte sia dai giudici, che dall'autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

## 2. La vicenda

Il principio di rotazione si pone al centro di un dibattito che può dirsi ormai avviato tra i giudici amministrativi. Tra le numerose pronunce che si sono registrate sul punto, emerge, per l'importanza che assume, quella in commento.

Prima di passare ad analizzare tale istituto, appare opportuno ricostrui-

legittimo l'affidamento al gestore uscente del medesimo servizio, in quanto il precedente «affidamento temporaneo ed in via d'urgenza non può essere assimilato a quello che consegue alla aggiudicazione di una gara d'appalto e che, di norma si protrae per un lungo lasso temporale».

<sup>2</sup> Più in generale, per un'analisi dell'istituto della rotazione, il cui tema viene affrontato con riferimento ai contratti sotto soglia, si segnalano, senza pretesa di completezza, i seguenti contributi: G. Santi, *Il criterio di "rotazione" degli affidamenti e degli inviti come principio informatore della contrattualistica sotto soglia*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, Bononia University Press, 2018, 479-505; G. Fonderico, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, Neldiritto editore, 2016, 261 ss.; F. Ciarcia, *Commento all'art. 36*; M.P. Santoro, *Linee guida n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici d'importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici*, in *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al Codice e alle linee guide ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, a cura di M. Protto e F. Caringella, Roma, Giuridica Editrice, 2017, 190 ss. e 1031 ss. Cfr. C. Nuzzo, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia (artt. 35-36)*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50*, a cura di M. Corradino e S.S. Damiani, Milano, Giuffrè, 2017, 114 ss.; R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici: appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017, 640 ss. S. Martino, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia, commento all'art. 36*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, Neldiritto editore, 2017, 724 ss.; A. Massari, *La disciplina delle procedure sotto soglia dopo il decreto correttivo*, in *Appalti e contratti*, 2017, n. 5, 14 ss.

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

re, per sommi capi, la vicenda che ha portato il Consiglio di Stato a pronunciarsi sulla questione.

La ditta Show Solutions ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale (TAR) Friuli Venezia Giulia per chiedere l'annullamento della determina del dirigente del comune di Trieste, con la quale era stata indetta una procedura negoziata *ex art. 36, c. 2, lett. b)*, d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di allestimento palchi e dei connessi servizi tecnici relativi alla manifestazione programmata, nonché della successiva determina, con la quale veniva aggiudicato il relativo servizio.

La ricorrente contestava due clausole introdotte dal comune; con la prima, veniva limitata la partecipazione alla gara alle sole imprese con le quali non erano sorte contestazioni per servizi svolti in precedenza, nel rispetto del principio di rotazione; con la seconda, la stazione appaltante consentiva, alle sole imprese operanti nelle regioni Friuli Venezia Giulia e Veneto, di partecipare alla procedura.

Per quanto qui di interesse, si evidenzia come l'impresa uscente avesse chiesto al comune di poter essere invitata alla gara, senza però ottenere nessun riscontro in merito.

Contestava, pertanto, che i provvedimenti adottati violassero gli artt. 70, c. 5, lett. c), nonché 83, c. 8, d.lgs. n. 50/2016, facendo altresì valere la nullità delle clausole di esclusione.

La ricorrente deduceva inoltre la violazione degli artt. 30 e 36, c. 1, nonché dei principi di pubblicità e trasparenza, buona amministrazione, correttezza e giusto procedimento, sostenendo che la stazione appaltante non avesse rispettato la sequela procedimentale strumentale all'aggiudicazione dell'appalto.

I giudici di primo grado hanno rigettato il ricorso, sull'assunto che, nel caso di specie, avrebbe dovuto trovare applicazione il principio di rotazione, ritenendo legittima la scelta del comune di non invitare l'impresa, precedente affidataria.

Quest'ultima decideva di appellare la sentenza, adducendo che i giudici di primo grado avessero interpretato (e di conseguenza applicato) il principio di rotazione, nonché tutti i principi ad esso interconnessi, in modo errato.

L'appellante sosteneva, infatti, che tale principio, non giustificasse, *ex se*, il mancato invito del gestore uscente, bensì obbligasse «l'amministrazione a consultare diversi operatori economici per acquisire molteplici offerte, assicurandosi il servizio migliore ed il naturale avvicendamento nella sua gestione».

Il Consiglio di Stato predilige, però, un'interpretazione diversa da

quella fatta valere dalla ricorrente. I giudici ritengono che la rotazione sia «finalizzata ad evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, in particolare modo nei mercati in cui il numero di agenti economici non è elevato», impedendo che il principio di libera concorrenza risulti compromesso.

Così agendo, si vuole evitare che gli affidamenti, ripetuti nel tempo nei confronti dello stesso operatore economico, ostacolino l'ingresso delle piccole e medie imprese, consentendo, al contempo, la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei ed interessati a partecipare.

Da ciò consegue che l'invito del precedente affidatario deve rivestire carattere eccezionale; sussiste una mera facoltà, per la stazione appaltante, di invitare il gestore uscente, previa motivazione dettagliata.

Nel caso di specie, dunque, la scelta dell'amministrazione di non invitare l'appellante appare del tutto legittima e conforme al principio di rotazione. L'impresa non può, infatti, vantare una legittima pretesa ad essere invitata alla gara, né può pretendere di risultare aggiudicataria della stessa.

I giudici si pronunciano altresì in merito alle due clausole di esclusione contestate dall'appellante, qualificandole entrambe come legittime.

### **3. La rotazione come strumento volto all'affermazione dei principi di libera concorrenza e massima partecipazione**

Il principio di rotazione, come si desume dalla pronuncia in analisi, è un istituto fondamentale della contrattualistica pubblica sotto soglia e rappresenta una declinazione dei più ampi principi di concorrenza e massima partecipazione<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> La disposizione di riferimento è l'art. 36, d.lgs. n. 50/2016; il c. 1 sancisce che «l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture devono avvenire 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»; tale principio viene nuovamente ripreso al c. 2, lett. b), art. 36. La legge delega fa riferimento, per la disciplina dei contratti sotto soglia, a «criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti», sempre salvaguardando i «principi di trasparenza e imparzialità alla gara» (art. 1, c. 1, lett. g) e ii), l. 28 gennaio 2016, n. 11). Il dibattito relativo ai contratti pubblici sotto soglia assume, da sempre, una dimensione secondaria rispetto a quelli sopra soglia. Per una loro maggiore disamina, si rinvia a F. Manganaro e R. Parisi, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guide n. 4 dell'ANAC*, in *Urb. app.*, 2018, 589 ss. Cf. A. Cincotti, *Gli affidamenti "sotto soglia" nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *italiappalti.it*, 24 luglio 2017. L. Patricelli e V. La Conca, *La disciplina dei contratti sotto soglia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 36 d.lgs. 50/2016)*, in *L'uf-*

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

La turnazione opera nei casi in cui la pubblica amministrazione decida di aggiudicare un appalto mediante procedura negoziata o affidamento diretto<sup>4</sup>.

Nel primo caso, la stazione appaltante rinuncia ad un mercato aperto a tutte le imprese, proprio delle procedure ordinarie<sup>5</sup>, creando, così, un mercato “artificiale”, all’interno del quale vengono inseriti ed operano solo determinati operatori economici.

Per questo motivo, al fine di garantire la concorrenza in un mercato che nasce già di per sé limitato, appare fondamentale utilizzare strumenti atti a tutelarla.

*fficio tecnico*, 2017, n. 4, 57 ss. Ed ancora F. Manganaro, *Soglie di rilevanza comunitaria nel Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 948 ss.; S. Usai, *Le procedure d’acquisto “semplificate” del nuovo codice degli appalti (prima parte)*, in *L’ufficio tecnico*, 2016, n. 10, 57 ss. e S. Usai, *Le procedure negoziate “semplificate” del nuovo codice degli appalti (seconda parte)*, in *L’ufficio tecnico*, 2016, n. 11-12, 66 ss.; S. Martino, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*, cit., 728-742. Più in generale, per una ricostruzione delle novità introdotte dalle direttive in materia di appalti pubblici, si rinvia a H. Caroli Casanova, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni, Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1135 ss.; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss. V. altresì G. Giovannini, *La disciplina degli appalti pubblici tra vecchio e nuovo codice*, 21 ss.; A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto della corruzione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 17-18-19 Settembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016, ivi 29 ss.; M.P. Chiti, *Le direttive 2014 dell’Unione Europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, ivi 89 ss.; M. Corradino, *Appalti pubblici, flessibilità, e semplificazione alla luce delle nuove direttive europee*, ivi 577 ss.

<sup>4</sup> In tal senso, si evidenzia il contributo di A. Clini, *Le novità in materia di massimo ribasso, procedura negoziata e affidamenti sotto soglia*, in *Urb. app.*, 2017, 756 ss. Cfr. R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 528-529, la quale evidenzia i rischi connessi alla semplificazione delle procedure di affidamento sotto soglia. Nello stesso senso, il Cons. St. comm. spec., 1° aprile 2016, parere n. 855, reso sul nuovo codice degli appalti, non ha nascosto i dubbi e le perplessità in merito all’obiettivo di semplificazione, che temeva potesse andare a discapito della concorrenza e partecipazione. Per una ricostruzione delle procedure negoziate, si rinvia a S. Usai, *La nuova direttiva appalti 24/2014: il favor verso la negoziazione ed una maggiore flessibilità nel procedimento per la scelta del contraente*, in *Appalti e contratti*, 2015, n. 5, 51 ss.

<sup>5</sup> Sono tali le procedure aperte e ristrette, così come definite all’art. 3, c. 1, lett. sss) e ttt), d.lgs. n. 50/2016. Il legislatore ha inoltre previsto la possibilità di indire procedure ristrette introducendo una riduzione (fondata su criteri di selezione oggettivi e non discriminatori) del numero di concorrenti rispetto a quelli che hanno risposto al bando presentando la loro domanda di partecipazione, motivando tale scelta sulla base di ragioni connesse alla «difficoltà o alla complessità dell’opera, della fornitura o del servizio oggetto di affidamento» (in questi termini, art. 90, d.lgs. n. 50/2016).

La rotazione rappresenta il giusto compromesso fra più principi, con cui si garantisce la concorrenza e massima partecipazione in un mercato che, per evidenti limiti strutturali dovuti alla predeterminazione del numero di operatori economici invitati a partecipare, non è aperto a tutti<sup>6</sup>. Questo principio è volto ad evitare che le scelte discrezionali effettuate dalla stazione appaltante si traducano in uno strumento di favoritismo nei confronti di un solo operatore economico<sup>7</sup>.

Qualora l'ente appaltante decida di ricorrere all'affidamento diretto, dove la procedura comparativa si riduce drasticamente, l'importanza della rotazione appare ancora maggiore ed in questi casi essa deve trovare la sua massima applicazione<sup>8</sup>.

La turnazione, dal momento che consente di mantenere attivi nel mercato "artificiale" una pluralità di operatori economici anche in assenza di

<sup>6</sup> *Ex multis* TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 20 giugno 2018, n. 153, nella quale si legge che la regola della rotazione è posta a presidio del principio di libera concorrenza. Ed ancora TAR Toscana, sez. II, 21 febbraio 2018 n. 288, nella quale i giudici ritengono che il principio di rotazione sia servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza e debba quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultima. La rotazione costituisce infatti un corollario del principio di non discriminazione, ha carattere oggettivo è diretta a garantire una concorrenza effettiva, onde evitare situazioni di esclusiva o monopolio nell'esecuzione dell'appalto; TAR Campania, Salerno, sez. I, 5 novembre 2018, n. 1574; negli stessi termini TAR Veneto, sez. I, 28 maggio 2018 n. 583; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 28 giugno 2012, n. 3089; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 14 dicembre 2011, n. 1730.

<sup>7</sup> In questi termini TAR, Friuli Venezia Giulia, sez. I, 21 maggio 2018, n. 166, il quale ritiene che «il principio di rotazione assicura l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici, evitando che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare, da parte dell'amministrazione, si traduca in uno strumento di favoritismo dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato». Interessante è la pronuncia del TAR Campania, Salerno, n. 1574/2018, il quale ha ritenuto che la turnazione deve intendersi «non nel senso di escludere chi abbia precedentemente lavorato correttamente con l'amministrazione bensì solo di non favorirlo, altrimenti risolvendosi in una causa di esclusione non codificata, in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è, invece, imperniato tutto il sistema degli appalti».

<sup>8</sup> Per un'analisi generale dell'istituto dell'affidamento diretto, si rinvia a S. Usai, *L'affidamento diretto nel nuovo codice degli appalti*, in *mediappalti.it*. V. anche L. Olivieri, *Gare sotto soglia: la motivazione "adeguata"? Solo una frase fatta*, in *La Gazzetta degli Enti locali*, 28 settembre 2016. L'autore effettua un'interessante ricostruzione critica dell'istituto dell'affidamento diretto. Cfr. S. Martino, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*, cit., 728-734.

Per una disamina relativa alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 56/2017, con riferimento all'affidamento diretto, si rinvia a L. Olivieri, *Correttivo codice appalti: tornerà ad essere diretto l'affidamento diretto*, in *Appalti e contratti*, 19 aprile 2017. Cfr. A. Clini, *Le novità in materia di massimo ribasso, procedura negoziata e affidamenti sotto soglia*, cit., 758-761.

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

gare, potrebbe in taluni casi forse apparire come una “pallida alternativa” alla concorrenza, limitandosi ad imitarne gli effetti.

Non è questa la sede opportuna, però, per addentrarsi in tale dibattito; ci si limiterà, quindi, ad esaminare il contenuto del meccanismo rotatorio.

Analizzando la *ratio* sottesa alla norma, e su alla base di quanto è stato affermato dal supremo consesso nella pronuncia in commento, si evince come tale principio sia finalizzato ad evitare l’instaurazione di un rapporto esclusivo tra la stazione appaltante e determinati operatori economici, impedendo così ad altre imprese (soprattutto di piccole e medie dimensioni) di poter fare il loro ingresso nel mercato e competere ad armi pari.

La rotazione deve, dunque, orientare gli enti appaltanti nella «fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte, evitando il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente»<sup>9</sup>.

Quest’ultimo potrebbe sfruttare le informazioni acquisite nel corso dell’esecuzione del precedente contratto per imporsi sul mercato ed ostacolare l’ingresso di altri operatori potenzialmente interessati alla gara<sup>10</sup>.

Con la turnazione, si evita, così, il verificarsi di quel fenomeno definito come asimmetria informativa; un dato comportamento si porrebbe palesemente in contrasto con il principio di libera concorrenza<sup>11</sup>.

Il Consiglio di Stato ha abilmente evidenziato come tale principio sia finalizzato a «riequilibrare ed implementare le dinamiche competitive del mercato»<sup>12</sup>.

L’instaurazione di un rapporto esclusivo con una sola impresa colliderebbe altresì con l’onere, incombente in capo all’ente appaltante, di selezionare il miglior contraente, essendo tale scelta orientata sempre nei confronti del medesimo operatore.

<sup>9</sup> Questo l’orientamento assunto dal Cons. St., VI, n. 4125/2017, ripreso e confermato nuovamente nella pronuncia in commento.

<sup>10</sup> Sul punto di delimitare l’ambito di applicazione della nozione di gestore uscente, si segnala la pronuncia del TAR Toscana, sez. I, 2 gennaio 2018 n. 17. «[...] il gestore uscente deve essere escluso a prescindere dal modo in cui ha ottenuto il precedente affidamento, ovvero anche quando sia risultato aggiudicatario a seguito di una (precedente) procedura ad evidenza pubblica (una procedura aperta)».

<sup>11</sup> Il Cons. St., comm. spec., 12 febbraio 2018, parere n. 368, reso sull’aggiornamento delle linee guida n. 4, aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 96, con delibera del Cons. 1° marzo 2018, n. 206, dell’ANAC, evidenzia tale aspetto. Questo rischio è massimo per il gestore uscente mentre perde d’intensità se riferito al concorrente precedentemente inviato ma non risultato aggiudicatario; in questi casi sarebbe più corretto parlare di reiterazione delle *chances* di partecipare ad una gara e risultare aggiudicatario della stessa, più che di asimmetria informativa.

<sup>12</sup> Con queste parole, Cons. St., comm. spec., parere n. 368/2018.

Appare evidente, dunque, l'importanza che assume tale istituto. Affinché la turnazione sia in concreto possibile l'amministrazione può, ad esempio, procedere alla redazione di elenchi di operatori qualificati, all'interno dei quali individuare coloro che verranno invitati a presentare le offerte<sup>13</sup>.

Al fine di rafforzare la portata dell'istituto, il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ne ha esteso l'ambito di applicazione non solo agli affidamenti, bensì anche agli inviti. La cerchia dei destinatari nei confronti dei quali opera il principio viene quindi ampliata e non comprende più solo il gestore uscente, ma anche le imprese meramente invitate alla precedente gara (e non risultate aggiudicatarie)<sup>14</sup>.

Preme evidenziare come, per gli invitati non affidatari, il rischio di consolidamento di rendite di posizione sia sicuramente minore, dal momento che essi non hanno instaurato nessun rapporto con la stazione appaltante e non hanno avuto accesso al bene della vita al quale aspiravano. Per evitare una limitazione sproporzionata delle loro pretese partecipative, la quale potrebbe, in casi estremi, tradursi in una causa non codificata di esclusione dalla partecipazione alla gara, si è ritenuto opportuno introdurre un'attenuazione al principio in commento. La stazione appaltante può, quindi, procedere al reinvitato degli operatori economici invitati alla precedente gara, previa motivazione fondata sulla «ragionevole aspettativa dell'idoneità dell'operatore», nonché nei casi in cui il numero dei concorrenti presenti sul mercato sia ridotto, al fine di garantire la massima partecipazione e di non limitare maggiormente la concorrenza<sup>15</sup>.

I giudici sostengono che la turnazione operi come regola generale ed abbia carattere cogente<sup>16</sup>; ogni regola, però, non è priva di eccezioni. L'ente

<sup>13</sup> Sul punto, si rinvia a L. Patricelli e V. La Conca, *La disciplina dei contratti sotto soglia*, cit., 61-63. Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare, reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente", sotto la sezione "bandi e contratti" o altre forme di pubblicità (art. 36, c. 7). S. Usai, *Le procedure negoziate*, cit., 70-74.

<sup>14</sup> Per una ricostruzione analitica delle novità introdotte dal d. lgs. n. 56/2017, con riferimento alle procedure sotto soglia, si rinvia a A. Massari, *La disciplina delle procedure sotto soglia dopo il decreto correttivo*, in *Appalti e contratti*, 2017, n. 5, 15 ss. Più in generale, per un'analisi delle modifiche introdotte al codice dal decreto correttivo, si rinvia a M.P. Chiti, *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 453 ss.

<sup>15</sup> Il Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, parere n. 782, reso sullo schema del decreto correttivo, ha evidenziato come appaia ragionevole differenziare la posizione dell'invitato non affidatario rispetto a quella del gestore uscente. L'onere di motivazione è sicuramente meno stringente rispetto a quanto previsto in caso di reinvitato del gestore uscente.

<sup>16</sup> Così, *ex multis*, TAR Campania, Salerno, 16 maggio 2017, n. 926 «[...] il carattere



## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

appaltante può, in modo discrezionale, decidere di invitare il gestore uscente o l'operatore economico precedentemente invitato, previa motivazione dettagliata.

Com'è stato più volte affermato dal Consiglio di Stato, dal momento che l'amministrazione è tenuta ad applicare il principio di rotazione, l'invito dell'affidatario uscente riveste carattere eccezionale<sup>17</sup>.

Il reinvito non è, quindi, escluso in modo assoluto, ma è subordinato ad un onere più stringente di motivazione incombente in capo alla stazione appaltante<sup>18</sup>.

La motivazione, elemento imprescindibile che caratterizza ogni provvedimento amministrativo, deve vertere su una serie di circostanze, quali il numero ridotto degli operatori presenti sul mercato, il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto, nonché le eventuali caratteristiche del mercato di riferimento<sup>19</sup>.

La conclusione alla quale sono giunti i giudici di primo grado, confermata poi da quelli di palazzo spada è, dunque, corretta. La ricorrente,

cogente del principio non richiede che esso sia necessariamente richiamato dalla disciplina della *lex specialis*».

<sup>17</sup> Sul punto, si rinvia a S. Usai, *L'intensità della motivazione che giustifica la deroga al principio di rotazione*, in *italiappalti.it*, 5 gennaio 2018. Per una ricostruzione critica del principio di rotazione e dell'obbligo di motivazione incombente in capo alla stazione appaltante si rinvia al contributo di L. Olivetti, *Principio di rotazione negli appalti: un paradosso giuridico*, in *Appalti e contratti*, 2017, 3; A. Massari, *La disciplina delle procedure sotto soglia*, cit., 16-17. Cfr. S. Martino e S. Martino, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*, cit., 724 ss. Anche i giudici si sono dibattuti sul punto; da ultimo, si veda la pronuncia del Cons. St., VI, n. 2209/2019, nella quale i giudici evidenziano come l'ente appaltante sia onerato di «un obbligo motivazione aggravato in caso di invito del gestore uscente». Nel parere 13 settembre 2016, n. 1903, reso sulle linee guida, il Consiglio di Stato segnala l'eccezionalità della reiterazione dell'invito del pregresso affidatario. Nel parere n. 782/2017 i giudici evidenziano come «resti 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». Dubbio ormai risolto grazie all'orientamento assunto dal Consiglio di Stato; da ultimo, si segnala la pronuncia del Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079, nella quale si legge che sussiste un obbligo, per la stazione appaltante, di non invitare il gestore uscente.

<sup>18</sup> La giurisprudenza sul punto è stata alquanto chiara; Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435; Cons. St., sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7024; Cons. St., V, n. 2079/2018. *Ex multis* Cons. St., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4142; TAR Campania, Salerno, I, n. 926/2017; TAR Campania, Napoli, 9 marzo 2017, ordinanza n. 390; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906; TAR Roma, Lazio, 1° luglio 2016, n. 7598. Negli stessi termini, si segnala il contributo di R. Mangani, *Sottosoglia, servono motivazioni solide per derogare alla rotazione degli incarichi*, in *Edilizia e Territorio*, 5-10 febbraio 2018.

<sup>19</sup> In tal senso, TAR Toscana, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 17; Cons. St., sez. VI, n. 4125/2017, n. 4125. Cfr. Linee guida n. 4 ANAC, § 3.7.

in quanto gestore uscente, non può vantare una legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova gara, dal momento che tale invito contrasterebbe con il principio di rotazione.

Sussiste una mera facoltà, e non un obbligo, di procedere al reinvito del gestore uscente, con la conseguenza che qualora l'ente appaltante decida di non farlo, una data decisione non può in alcun modo essere considerata come lesiva del principio di concorrenza e massima partecipazione.

#### **4. (Segue) E come garanzia dell'effettiva partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare d'appalto**

La turnazione rappresenta lo strumento per il tramite del quale la concorrenza si sostanzia ed afferma; accanto a questa funzione se ne affianca, però, un'altra.

Tale principio favorisce altresì l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese alle gare d'appalto, facendole divenire parte attiva ed integrante del tessuto economico del Paese.

L'art. 36, d.lgs. n. 50/2016 è una «norma pro competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti» qual è, per l'appunto, il mercato "artificiale" creato quando viene indetta una procedura semplificata<sup>20</sup>.

L'ulteriore obiettivo che si intende perseguire rappresenta una novità rilevante, sancita per la prima volta nel nuovo codice degli appalti, e riprende fedelmente le richieste, provenienti dal diritto dell'Unione Europea, di intervenire in tal senso<sup>21</sup>.

La partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese diviene possibile grazie agli strumenti disposti a livello europeo e, di riflesso, nazionale, con i quali esse vengono inserite nel mercato.

<sup>20</sup> Merita di essere evidenziata la pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, nella quale i giudici sottolineano l'importanza e la centralità del principio di libera concorrenza, giungendo ad affermare che «la funzione proconcorrenziale delle regole di evidenza pubblica ha assunto ancora maggiore rilievo ed è divenuta il baricentro del sistema».

<sup>21</sup> Nella pronuncia in questione i giudici romani evidenziano come il raggiungimento di tale obiettivo venga disposto dal diritto dell'unione europea. Riprendendo le loro parole «[...] la dir. 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio reca, tra i propri principi, il facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici». Meritano di essere segnalati il considerando n. 78 della dir. 2014/24/UE ed il considerando n. 124, il quale pone a base della revisione della normativa sugli appalti l'accrescimento dell'efficienza della spesa pubblica e la facilitazione dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

La turnazione rappresenta, dunque, lo strumento per eccellenza che favorisce e rende in concreto possibile un dato inserimento<sup>22</sup>.

Si ritiene che le piccole e medie imprese rappresentino “la spina dorsale” dell’economia dell’Unione Europea; da qui, il *favor* e la tutela che viene loro apprestata<sup>23</sup>. La loro presenza nel mercato aumenta la produttività del paese e questo obiettivo si eleva ad interesse pubblico che le stazioni appaltanti si pongono, impongono e perseguono in concreto<sup>24</sup>.

La matrice volta «[...] a garantire una più elevata possibilità che le piccole e medie imprese possano risultare aggiudicatrici di contratti pubblici, caratterizza tutta la normativa europea in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, il nuovo codice»<sup>25</sup>.

Appare opportuno evidenziare come la rotazione non operi solo a favore degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni stesse, le quali, così agendo, si impegnano a raggiungere e realizzare gli obiettivi che la turnazione persegue<sup>26</sup>.

Di talché, grazie alle due anime della turnazione, si manifestano due distinti, ma intrinsecamente connessi, obiettivi; tutela della concorrenza e

<sup>22</sup> R. Caranta, *La Corte di Giustizia bacchetta l’Italia sull’avalimento*, in *Urb. app.*, 2014, 149 ss., ed in particolare 152, il quale evidenzia l’importanza attribuita alle piccole e medie imprese dal diritto europeo. A tal proposito, sono stati adottati alcuni documenti finalizzati a promuovere il loro inserimento nel mercato, come il *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso alle piccole e medie imprese agli appalti pubblici* o il *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’unione europea in materia di appalti pubblici*. Per ragioni di completezza, è opportuno evidenziare come vi siano altri istituti con i quali si intende favorire la partecipazione delle PMI alle gare pubbliche, come, ad esempio, la suddivisione in lotti degli appalti. Sul punto, si rinvia alla pronuncia del Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123, § 4.1.

<sup>23</sup> Una tale ricostruzione viene effettuata da R. Caponigro nel suo contributo *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell’affidamento degli appalti pubblici*, in *italiappalti.it*, 10 aprile 2017.

<sup>24</sup> In questi termini, R. Caponigro, *ult. op. cit.*

<sup>25</sup> Queste le parole dei giudici del TAR Lazio, Roma, n. 1345/2017.

<sup>26</sup> R. Caranta, *La Corte di Giustizia bacchetta l’Italia*, cit., 151-152. C. giust. UE, sez. V, 10 ottobre 2013, causa C-94/12- Pres. von Danwitz - Rel. Svaby-Swm Costruzioni 2 S.p.A. c. provincia di Fermo, punto 34 della sentenza: «[...] l’obiettivo dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile viene perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici». L’avvocato generale osserva come «dell’obiettivo relativo all’apertura alla concorrenza più ampia possibile va tenuto conto non solo con riguardo all’interesse alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell’interesse stesso dell’amministrazione stessa, la quale disporrà così di un’ampia scelta circa l’offerta più vantaggiosa». Nello stesso senso TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 1345/2017.

rafforzamento della partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare pubbliche devono, quindi, essere perseguiti in contemporanea.

### **5. I “lati oscuri” del principio di rotazione ed il conseguente affievolimento della sua portata**

La rotazione deve essere analizzata tenendo in considerazione gli altri principi sanciti nel codice degli appalti e che animano l'azione amministrativa, in quanto è ad essi intrinsecamente connessa.

Tale strumento, se da un lato garantisce e tutela la concorrenza, dall'altro si pone in contrasto con il *favor participationis*, principio imperante dei contratti pubblici.

Da qui, la possibilità, per la stazione appaltante, di reinvitare il gestore uscente, nonché le imprese precedentemente invitate, previa motivazione.

Inoltre, esaminando in profondità tale meccanismo rotatorio, non si può non notare che la sua applicazione, limitando la partecipazione ad una cerchia ben individuata di soggetti, non consente di dare massima applicazione alla *par condicio competitorum*.

Il gestore uscente, nonché gli invitati non affidatari, non possono pretendere legittimamente di essere reinvitati a partecipare alla nuova procedura; non vengono, dunque, posti sullo stesso piano e trattati allo stesso modo degli altri operatori economici presenti nel mercato artificiale che non hanno partecipato alla precedente gara<sup>27</sup>.

Le loro pretese partecipative verrebbero vanificate e subirebbero una legittima limitazione, in vista dell'affermazione degli obiettivi perseguiti tramite la turnazione.

Ogni situazione implica un bilanciamento tra i vari interessi in gioco, ed ogni bilanciamento, a sua volta, presuppone un sacrificio.

Nel caso di specie, la *par condicio* viene sacrificata sull'altare della libera concorrenza ed effettiva partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare d'appalto. Bilanciare, ponderare e sacrificare alcuni principi, affinché altri possano vedere la luce, appare quindi necessario e quasi naturale.

<sup>27</sup> Tale aspetto viene altresì evidenziato dai giudici di palazzo Spada Cons. St., comm. spec., 12 febbraio 2018, parere n. 361, i quali, però, giustificano questo sacrificio sull'assunto che «la rotazione operi solo in relazione ad affidamenti nei quali la stazione appaltante, in ossequio a disposizioni di legge o per opzione, eserciti limitazioni al numero di operatori da invitare». Così, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, II-bis, n. 7598/2016 «[...] la negazione della sussistenza di un diritto, o comunque, di una valida pretesa in capo a qualsiasi operatore del settore ad essere invitato [...]».

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

È opportuno, inoltre, effettuare un'osservazione con riferimento al suesposto principio; la rotazione troverebbe la sua massima applicazione nei mercati "artificiali", all'interno dei quali operano numerosi operatori economici, dal momento che la stazione appaltante consentirebbe, di volta in volta, a tutte le imprese appartenenti alla lista di partecipare alla gara, distribuendo effettivamente le opportunità di vedersi aggiudicare un appalto in capo a loro.

Lo stesso non potrebbe dirsi qualora il numero di operatori economici presenti nel mercato non sia elevato o qualora alla gara partecipi una sola impresa.

In questi casi si assisterebbe, infatti, ad uno svuotamento del contenuto della rotazione, dal momento che la sua applicazione non produrrebbe alcun effetto ed esso perderebbe la sua ragione d'essere<sup>28</sup>.

Dallo stesso tenore letterale dell'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 si desume come la stazione appaltante debba consultare un numero minimo di operatori economici, «ove esistenti».

Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi, si è recentemente pronunciato il tribunale amministrativo regionale Veneto, il quale ha ritenuto che, se all'interno del mercato artificiale creato non è presente un numero minimo di imprese da invitare, «la concorrenza – ovvero l'esigenza di strutturare un procedimento concorrenziale – prevale sulle esigenze sottese alla rotazione», con la conseguenza che l'ente appaltante può invitare il gestore uscente, nonché gli operatori economici precedentemente invitati alla gara<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> In Italia operano numerose imprese; per una disamina sul punto, si rinvia al contributo di A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti*, cit., in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127, ed in particolare 1134-1135, il quale evidenzia come nel paese «ci sono trentaseimila imprese di costruzione qualificate per la partecipazione alle gare di importo inferiore a centocinquantamila euro e cinquantamila imprese di costruzione non qualificate perché sotto soglia di centocinquantamila euro». Sebbene ciò sia vero, non si può ignorare il fatto che vi sono alcuni settori, all'interno dei quali non operano numerosi operatori economici. Un determinato servizio potrebbe venire offerto da poche imprese, se non addirittura da una sola, con conseguente creazione di una nicchia specifica; in questi termini, si segnala la pronuncia del TAR Lombardia, Milano, 2 maggio 2018, n. 1181, nella quale si legge che «[...] l'operatore economico cui il servizio è stato assegnato è sostanzialmente l'unico sul mercato capace di fornire il prodotto richiesto dalla P.A.». M. Corradino, *Appalti pubblici*, cit., 579-580, evidenzia come le statistiche rilevino che «l'ottantacinque per cento dei contratti per l'affidamento di lavori pubblici viene aggiudicato senza gara e che ad una gara su tre si presenta un solo partecipante». È innegabile, dunque, che qualora si versi in queste ipotesi (pochi operatori economici presenti sul mercato, se non addirittura uno solo interessato a partecipare alla gara), il principio di rotazione faticherebbe a trovare la sua massima applicazione.

<sup>29</sup> In tal senso, TAR Veneto, sez. I, 26 maggio 2017, n. 515. Negli stessi termini Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906; TAR Campania, Napoli, sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336;

Curioso, ed al tempo stesso interessante, è invece un recente orientamento assunto dal TAR di Salerno, che desta qualche perplessità. Nella vicenda in questione, i giudici hanno ritenuto legittimo l'annullamento in autotutela di una gara alla quale aveva partecipato una sola impresa, precedente affidataria del servizio, dal momento che la stazione appaltante non aveva rispettato il principio di rotazione<sup>30</sup>.

Da questa pronuncia, potrebbe quindi evincersi che, la presenza di un solo partecipante, precedente affidatario del servizio, non vanificherebbe il contenuto del principio, il quale, pur in presenza di evidenti limiti applicativi dovuti alla realtà fattuale, dovrebbe vincolare le stazioni appaltanti.

Non si può negare, però, che la presa di posizione dei giudici apra la strada a numerosi dubbi ed interrogativi; ovvero, ci si chiede fin dove ci si possa spingere in nome della rotazione, soprattutto qualora alla gara voglia partecipare una sola impresa.

Un'applicazione rigida della turnazione rischierebbe infatti di tradursi in una causa non codificata di esclusione della partecipazione alla gara. Per questo motivo, sarebbe forse più ragionevole ritenere che in caso di oggettiva impossibilità applicativa del principio, dovuta, ad esempio, alla presenza di pochi operatori economici (se non, in casi estremi, di uno solo) interessati a partecipare, tra cui anche il gestore uscente, la rotazione perda, progressivamente, la sua coerenza.

La stazione appaltante, inoltre, non è tenuta al rispetto del principio in commento qualora indica una procedura ordinaria.

In questo caso, dal momento che, astrattamente, non è stata posta alcuna limitazione al mercato e tutti gli operatori economici potenzialmente interessati vengono messi nella condizione di poter partecipare, il fatto che alla gara partecipi una sola impresa, precedente affidataria, non inficerebbe l'esito della procedura e l'appalto potrebbe venire aggiudicato a quest'ultima.

Il risultato al quale si perviene è il medesimo; ciò che cambia è la strada percorsa per raggiungerlo. In entrambi i casi il contratto, però, l'aggiudicatario sarebbe il gestore uscente.

Per i suesposti motivi, sorgerebbe quindi spontaneo chiedersi se abbia realmente senso applicare il principio in commento in modo meccanicisti-

TAR Toscana, sez. II, 12 giugno 2017, n. 816 secondo cui «il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, sicché non può disporsi l'estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza». Cfr. TAR Toscana, sez. II, 22 dicembre 2017, n. 1665.

<sup>30</sup> Così, TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2018, n. 184; i giudici ritengono che l'annullamento in autotutela della gara, da parte della stazione appaltante, sia legittimo, dal momento che alla procedura aveva partecipato una sola impresa, precedente affidataria del servizio.

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

co, soprattutto nei casi in cui la sua applicazione non sortisca alcun effetto concreto.

In senso diametralmente opposto a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, si sono invece recentemente pronunciati i tribunali amministrativi regionali di Milano e Venezia, i quali hanno introdotto una considerevole attenuazione al principio di rotazione<sup>31</sup>.

I giudici sono giunti ad affermare che, sebbene la rotazione sia funzionale all'affermazione di alcuni principi imperanti in materia di appalti pubblici, tale strumento non abbia una valenza precettiva assoluta e non possa, di conseguenza, essere considerato una regola inderogabile, con la conseguenza che, dinanzi ad un contrasto tra vari interessi in gioco, si devono privilegiare i valori della concorrenzialità e massima partecipazione, non sussistendo alcun ostacolo all'invito del gestore uscente<sup>32</sup>.

Riprendendo le loro parole, «[...] in linea di massima, non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale»<sup>33</sup>. I tribunali amministrativi regionali si spingono al punto di ritenere che la rotazione debba considerarsi rispettata nei casi in cui la stazione appaltante abbia invitato più imprese alla gara, tra cui anche la precedente affidataria, ed abbia rispettato, nel corso dell'espletamento della procedura di aggiudicazione, i principi di trasparenza ed imparzialità<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 145 e TAR Veneto, sez. I, 9 febbraio 2018, n. 146. Una tale presa di posizione era già timidamente emersa nella pronuncia del TAR Campania, Salerno, sez. II, 8 febbraio 2017 n. 788, (prima ancora TAR Campania, Napoli, sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4981), per poi essere successivamente ribaltata dal TAR Campania, Napoli, II, n. 1336/2017.

<sup>32</sup> Sul punto, merita di essere segnalato il contributo di R. Mangani, *Appalti sottosoglia/2. Quando l'applicazione troppo rigida della rotazione fa male alla concorrenza*, in *Edilizia e Territorio*, 15 febbraio 2018, il quale evidenzia abilmente gli aspetti negativi della rotazione e prospetta un diverso modo di intenderla. Nello stesso senso, si veda anche la sentenza Cons. reg. sic., 12 aprile 2017, n. 188, nella quale i giudici evidenziano le ragioni di un'eventuale declinazione più morbida della rotazione («la regola della non candidabilità per il gestore uscente entrerebbe in rotta di collisione con i principi del trattato»), concludendo però che tale tesi è facilmente controvertibile e ritenendo che la turnazione introduca una «regola di non immediata (ri)candidabilità».

<sup>33</sup> TAR Lombardia, Milano, IV, n. 145/2018, in cui si legge che «[...] in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale. [...] La turnazione non introduce un divieto assoluto al reinvio, perché, se questa fosse stata la reale volontà del legislatore, il divieto sarebbe stato espresso in tal senso in modo assoluto (TAR Campania, Napoli, II, n. 4981/2016)». Nello stesso senso TAR Veneto, I, n. 146/2018.

<sup>34</sup> Questa statuizione si discosta *in toto* dalla pronuncia del Consiglio di Stato, VI, 31

È evidente come una tale presa di posizione si opponga all'orientamento assunto fino ad ora dal Consiglio di Stato, vanificando, in concreto ed *in toto*, il contenuto della rotazione, assistendosi, così, ad un suo totale svilimento.

## 6. La presa di posizione dell'ANAC: un intervento chiarificatore?

L'autorità nazionale anticorruzione è anch'essa intervenuta al fine di chiarire l'effettiva portata applicativa di tale meccanismo rotatorio, cercando di bilanciare i vari interessi in gioco ed introducendo ulteriori attenuazioni al principio in commento, anche a seguito delle numerose pronunce giurisprudenziali registratesi sul punto<sup>35</sup>.

La ratio posta a fondamento di questo intervento consiste nel ritenere che l'esclusione automatica del precedente affidatario risulterebbe talvolta controproducente, dal momento che l'ente appaltante potrebbe privarsi dell'offerta di un operatore economico che ha lavorato in maniera seria, corretta ed affidabile<sup>36</sup>.

n. 4125/2017, nella quale è stato affermato che «il principio di rotazione fa divieto – salve motivate eccezioni – di invitare il gestore uscente in occasione del primo affidamento della concessione [...]». Orientamento ripreso e confermato nella pronuncia in commento, nonché, da ultimo, nella pronuncia del Cons. St., V, n. 2079/2018. Sul punto, merita di essere segnalato il contributo di S. Usai, *Codice appalti: configurazione e applicazione del principio di rotazione nell'affidamento e negli inviti*, in *Appalti e contratti*, 2017, n. 4, 21 ss.

<sup>35</sup> Linee guida ANAC n. 4, d.lgs. n. 56/2017, con delibera del Consiglio n. 206 del 1° marzo 2018. Per un'analisi relativa al ruolo ed i compiti dell'autorità nazionale anticorruzione, si rinvia a B. Valcastelli, *Il nuovo ruolo dell'ANAC*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Milano, Giuffrè, 2016, 111 ss. Cfr. E. D'Alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss. Per una ricostruzione analitica del nuovo assetto dei contratti sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC si rinvia a F. Manganaro e R. Parisi, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC*, in *Urb. app.*, 2018, 589 ss.

<sup>36</sup> In tal senso, L. Savelli, *Appalti sottosoglia, obbligo di rotazione per le commesse identiche o analoghe*, in *Edilizia e Territorio*, 15-20 gennaio 2018. Cfr. S. Usai, *Le implicazioni negative dell'applicazione "integrale" del principio di rotazione*, in *Urb. app.*, 2017, 674 ss., il quale efficacemente evidenzia come «l'operatore economico, consapevole in partenza di non poter aspirare né ad una riconferma e neppure ad un invito al successivo affidamento avrebbe minori incentivi a un comportamento corretto». Lo stesso ragionamento può essere trasposto anche alla rotazione degli inviti. Nella sentenza TAR Lazio, Latina, sez. I, 6 marzo 2018, n. 105, i giudici hanno affermato l'adattabilità o relatività del principio di rotazione a seconda dell'appalto affidato. Nella fattispecie l'appalto riguardava un servizio scolastico di assistenza a studenti con disabilità e la stazione appaltante ha ritenuto di dover garantire una continuità del servizio.



## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

Per questo motivo, al punto 3.6 delle linee guida n. 4 ANAC, così come aggiornate, si chiarisce che la turnazione deve essere assicurata qualora i due affidamenti (ossia quello immediatamente precedente e quello oggetto della gara in corso) abbiano ad oggetto una commessa che rientra nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi<sup>37</sup>. Non si può negare che queste categorie siano a loro volta molto ampie e necessitino di una maggiore specificazione e questa necessità emerge soprattutto con riferimento agli appalti di servizi, (per servizio si deve intendere la prestazione o il macro riferimento?), meno per i lavori e le forniture. Se la stazione appaltante indice una procedura con una commessa diversa, il gestore uscente ben potrebbe vantare una legittima pretesa a partecipare alla nuova gara.

L'autorità nazionale anticorruzione precisa (forse in modo superfluo) che la turnazione non deve trovare applicazione qualora l'affidamento avvenga con procedure ordinarie o comunque aperte al mercato.

Ed ancora l'ANAC ritiene che la rotazione non si applichi qualora 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»<sup>38</sup>.

Quest'ultima statuizione solleva alcuni dubbi interpretativi, che sono stati in parte sopiti dai giudici, i quali hanno ritenuto che, nei casi in cui la competizione avvenga mediante avviso pubblico e non venga indicata alcuna limitazione alla partecipazione, il suesposto principio non possa trovare applicazione. La stazione appaltante, in questo modo, consentirebbe la partecipazione alla gara a tutti i soggetti che manifestano il loro interesse, senza discriminazione alcuna. La turnazione dovrebbe quindi operare solo nei casi di delimitazione del numero degli operatori invitati alla gara<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> In questi termini si è pronunciato il Cons. St., comm. spec., parere n. 361/2018 e l'ANAC ha accolto questa presa di posizione. Sul punto si segnala la pronuncia del TAR Friuli Venezia Giulia, I, n. 166/2018, nella quale viene rilevata la divergenza, sotto il profilo soggettivo e qualitativo, tra affidamenti pregressi e quello oggetto della nuova procedura («le caratteristiche della procedura, connotata da una maggiore latitudine dell'oggetto del contratto [...] forniscono adeguata garanzia ai principi di libera concorrenza [...] rendendo del tutto irragionevole il mancato invito della ricorrente»).

<sup>38</sup> Linee guida n. 4/2018 ANAC, § 3.6.

<sup>39</sup> Sul punto, si rinvia a TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 22 maggio 2018, n. 492, nella quale i giudici hanno ritenuto che «se la stazione appaltante non pone alcun limite agli inviti degli appaltatori che manifestano interesse a partecipare alla gara, senza specificare alcunché sulla rotazione, necessariamente non potrà far valere questo vincolo in fase di verifica delle offerte». In termini simili TAR Friuli Venezia Giulia, I, n. 166/2018, dove viene rilevata la divergenza, sotto

Un'ulteriore previsione particolarmente innovativa attiene alla possibilità, per l'ente appaltante, di suddividere gli affidamenti per fasce di valore economico, le quali vengono predisposte dal responsabile unico del procedimento (RUP) in un apposito regolamento.

Le fasce devono essere differenziate per forniture/servizi e lavori e i valori di riferimento devono essere adeguatamente motivati; una volta effettuata una tale suddivisione, la rotazione opera solo con riferimento ad una determinata fascia valoriale. Affinché una tale operazione possa considerarsi efficace è però necessario che ci sia un'effettiva differenziazione tra i vari valori e, per quanto concerne gli appalti di lavori, «essi possono tenere conto delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori»<sup>40</sup>.

Ampio potere viene quindi conferito alla stazione appaltante e viene devoluta alla sua potestà regolamentare, nonché alla discrezionalità tecnico-amministrativa che caratterizza il suo operato, l'onere di dettagliare il contenuto della previsione<sup>41</sup>.

La rotazione, infatti, com'è stato esplicitato dalla pronuncia in commento, ha come scopo precipuo quello di garantire pari opportunità, fra le varie imprese, di vedersi aggiudicare un contratto d'appalto; ma tale parità si ritiene che attenga ad una parità di valore delle *chances* che l'ente appaltante riconosce, di volta in volta, agli operatori economici<sup>42</sup>.

Da ciò consegue che ad un'impresa che ha già partecipato ad una gara di modico valore non possa essere preclusa la possibilità di partecipare ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto di importo più elevato. In questo modo, viene dettagliata la limitazione della *par condicio* che opera con la rotazione.

il profilo soggettivo e qualitativo, tra affidamenti pregressi e quello oggetto della nuova procedura. Cfr. Linee guida n. 4/2018 ANAC, relazione AIR, 17 ss., nella quale l'autorità evidenzia come la rotazione non opera se la stazione appaltante invita a presentare l'offerta tutti gli operatori che hanno manifestato interesse ad uno specifico appalto.

In senso contrario si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, V, n. 435/2019. Per un commento della sentenza de qua, si rinvia a D. Iollo, *Palazzo Spada cambia rotta e stringe le maglie delle deroghe al principio di rotazione*, in *quotidianopa.leggiditalia.it*. Ed ancora, TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354, nella quale si legge che «se la ratio del principio di rotazione è quella di escludere posizioni di rendita in capo al gestore uscente, l'invito di quest'ultimo alla gara lo violerebbe comunque, a prescindere dal numero di soggetti invitati tra quelli che hanno manifestato interesse a partecipare alla procedura ristretta e non aperta».

<sup>40</sup> Linee guida n. 4/2018 ANAC, § 3.6, Al medesimo paragrafo vengono prospettati alcuni casi nei quali il principio potrebbe venire aggirato.

<sup>41</sup> In questi termini, Cons. St., comm. spec., parere n. 361/2018.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

L'ANAC dispone inoltre che la rotazione non possa essere aggirata mediante «arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce, ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto, alternanza sequenziali di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici ed ancora mediante 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'art. 80, c. 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016» (tutte queste previsioni si riferiscono agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari)<sup>43</sup>.

Nelle linee guida n. 4 ANAC viene prevista un'ulteriore deroga alla turnazione per gli affidamenti di valore inferiore ai mille euro. Con riferimento a questi ultimi si ritiene infatti che, stante l'irrisorietà della somma, non abbia senso applicare la turnazione, dal momento che, in questi casi, il rischio che il gestore uscente possa sfruttare la sua posizione ed imporsi sul mercato verrebbe considerevolmente ridotto, fino a sparire totalmente. Per tale importo è solo sufficiente motivare sinteticamente la scelta di affidare o reinvitare il contraente uscente o di reinvitare il candidato precedentemente invitato.

Una tale previsione appare quindi ragionevole e giustificata, in considerazione altresì dei principi di proporzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Al punto 3.7 delle linee guida n. 4 ANAC viene nuovamente affermata l'eccezionalità dell'affidamento o del reinvito del contraente uscente e viene introdotta una distinzione a seconda dei casi in cui venga reinvitato il gestore uscente o l'invitato non affidatario.

Nel primo caso la motivazione deve vertere sulla particolare struttura del mercato e sulla «riscontrata effettiva assenza di alternative, nonché sul grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento»<sup>44</sup>; nel secondo caso, bisogna 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»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Linee guida n. 4/2018 ANAC, § 3.6.

<sup>44</sup> In questi termini si rinvia alla pronuncia del TAR Sardegna, I, n. 492/2018, nella quale si legge che «la decisione "a monte" di invitare alla gara (anche) il gestore uscente è stata espressamente ricollegata tanto all'elevato "grado di soddisfazione" riscontrato nella sua precedente gestione, quanto all'assenza di un numero sufficiente di offerte alternative».

<sup>45</sup> Linee guida n. 4/2018 ANAC, § 3.7.

L'ANAC si è inoltre recentemente pronunciata sulla possibilità di re-invito del gestore uscente che ha manifestato interesse alla candidatura a seguito di avviso pubblico ed è stato sorteggiato casualmente dall'ente appaltante, ritenendo che tale meccanismo non garantisce il rispetto del principio di rotazione. Questo orientamento restrittivo conferma l'incertezza che ancora ad oggi aleggia sull'applicazione e sui confini esatti entro i quali il principio in commento deve operare<sup>46</sup>.

Le linee guida n. 4/2018, infatti, è come se da un lato «smitizzassero la sacralità della rotazione» e dall'altro cercassero, paradossalmente, di riaffermarne l'importanza<sup>47</sup>.

Tali previsioni si pongono in contrasto con l'ultimo orientamento assunto dai TAR di Milano e Venezia, i quali ritengono che non sussista limitazione alcuna alla possibilità di poter procedere al reinvito del gestore uscente. Numerose questioni rimangono ancora in sospeso con riferimento alla reale portata applicativa della rotazione ed è quindi auspicabile, nonché necessario, un intervento maggiormente incisivo e chiarificatore sul punto.

## **7. Una chiosa conclusiva**

Alla stregua di quanto affermato dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, il principio di rotazione rappresenta uno strumento imprescindibile dell'agire pubblico, grazie al quale si afferma e tutela la concorrenza e si consente alle micro, piccole e medie imprese di entrare nel mercato e concorrere per l'aggiudicazione di un appalto.

Se questo è vero, non si può ignorare il fatto che i suoi confini stiano subendo mutamenti continui e che la sua portata applicativa si stia riducendo sensibilmente.

<sup>46</sup> ANAC, Faq n. 5 del 2018. In senso opposto si è invece recentemente pronunciato il TAR Campania, Salerno, I, n. 1574/2018, secondo cui «l'amministrazione ha reso nota, con avviso pubblico, la propria intenzione di acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l'affidamento del servizio e, poi, ha espletato una procedura idonea ad assicurare, mediante l'estrazione pubblica, l'imparzialità della scelta dei cinque operatori economici (tra gli undici interessati) da invitare a partecipare. Il gestore uscente, quindi, non solo ben potrebbe presentare la propria candidatura, ma anche partecipare al sorteggio casuale, venire estratto ed invitato ed eventualmente risultare aggiudicatario della commessa». Negli stessi termini si veda TAR Sardegna, I, n. 492/2018.

<sup>47</sup> Queste le parole di S. Usai, *L'intensità del principio di rotazione nelle nuove linee guida n. 4/2018*, in *Appalti e Contratti*, 2018, 6, 9 ss.

## la rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia

Da un lato, sia alcuni tribunali amministrativi regionali che l'autorità nazionale anticorruzione, hanno introdotto una serie di attenuazioni alla rotazione, rimodellandone l'ambito di applicazione e rendendolo incerto; dall'altro, il Consiglio di Stato continua a riaffermarne l'importanza.

La Corte dei conti, in alcune deliberazioni rese, ha proposto anch'essa per un'interpretazione flessibile ed elastica della rotazione. Il collegio ha infatti ritenuto possibile procedere alla redazione di elenchi «articolati in diversi settori di competenza» (questa previsione ricorda quanto introdotto recentemente nelle linee guida n. 4 ANAC), considerando altresì illegittima la fissazione di un numero massimo di iscritti<sup>48</sup>.

Le numerose, nonché differenti, prese di posizione susseguites nel corso del tempo con riferimento alla reale portata applicativa del principio, che ormai appare evanescente, hanno contribuito ad ingenerare numerosi dubbi e confusioni.

La questione che, ancora ad oggi, sembra essere irrisolta consiste nell'individuare i contorni esatti entro i quali la rotazione opera e si manifesta.

Appare opportuno comprendere se debba essere privilegiato un orientamento rigido e per nulla permissivo del principio in commento, oppure se sia preferibile propendere per un'interpretazione meno restrittiva, che ne vanifica però, almeno in parte, il contenuto e la portata.

La turnazione è un istituto che si presenta ancora in uno stato embrionale e fatica ad imporsi in maniera effettiva e completa.

Forse, volendo volgere lo sguardo oltre il principio in commento, si potrebbe notare come i nodi problematici finora evidenziati, siano, in realtà, sostanzialmente connessi alle difficoltà che affronta il principio di concorrenza nell'affermarsi, essendo la turnazione una mera declinazione di quest'ultimo.

Bisogna, dunque, attendere, per vedere quali saranno le conseguenze concrete che si produrranno nel futuro a seguito delle novità introdotte dall'ANAC e se l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato verrà nuovamente confermato e seguito dai tribunali amministrativi regionali; se sarà, quindi, possibile trovare un punto di equilibrio in questo disequilibrio.

<sup>48</sup> Per un'analisi più approfondita della posizione assunta dalla corte dei conti si rinvia alla deliberazione C. conti, sez. reg. contr. Emilia-Romagna, ad. 16 gennaio 2018, n. 4. Posizione riaffermata anche nelle successive deliberazioni: C. conti ad 13 febbraio 2018, n. 35; ad. 27 marzo 2018, n. 82..

*Abstract*

*The principle of rotation must guide the contracting authorities during the consultation phase with the different economic operators which have to be consulted and invited to submit their tenders. The rotation is based on the need to prevent the strengthening of the outgoing successful bidder's advantage position, especially in the markets where the number of economic operators is restricted.*

*Therefore, it is essential to avoid the award of a public procurement contract without competition, which may also hamper the entrance of micro, small and medium-sized enterprises in the market and to encourage the distribution of opportunities to take part to a tendering procedure between the economic operators concerned. For these reasons, the invitation both of the outgoing successful tenderer and the economic operator which has merely been invited on the previous public tender is exceptional and must be justified.*