

## **Ufficio Studi CODAU**

**"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"**

### **LE DEROGHE AL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NEGLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA. UN'OPERAZIONE DI "STERILIZZAZIONE"<sup>1</sup>**

#### **1. I fatti**

È certamente degna di nota la sentenza del Tar Venezia<sup>2</sup> che torna a statuire in merito al principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia e offre l'opportunità di approfondire tale tematica analizzando, in modo specifico, la sua applicabilità alle circostanze concrete nelle quali gli operatori del diritto si trovano ad operare. È utile capire, infatti, così da evitare di incorrere nel rischio di successivo annullamento degli atti della procedura, se nella prassi operativa si possa derogare al principio di rotazione, in quali occasioni e quali eventualmente possano essere le motivazioni a sostegno della scelta dell'amministrazione.

Prima di analizzare questi aspetti è utile ripercorrere la vicenda oggetto della pronuncia in esame.

La PA procedeva ad un affidamento diretto, previa richiesta di preventivi, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a) del D. Lgs. n. 50/2016, ed ai sensi dell'art. 1 commi 1 e 2 della Legge n.120 del 11 settembre 2020. Stabiliva che l'assegnazione della fornitura sarebbe stata effettuata a favore del miglior offerente, tenuto conto degli elementi economici e tecnici delle singole proposte e sulla base di una valutazione e di una proposta di aggiudicazione da parte di pool di esperti. Prevedeva una procedura con suddivisione di "offerta tecnica" e "offerta economica" e indicava chiaramente che l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata, a lotto unico, previa idoneità tecnico/qualitativa, secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lettera b) del D. Lgs. n. 50/2016. Si riservava però, a proprio insindacabile giudizio, la facoltà di non procedere all'aggiudicazione qualora non avesse ritenuto meritevole di

---

<sup>1</sup> HA collaborato alla stesura del presente documento Alessandra Ciccarelli Università di Camerino

<sup>2</sup> Si tratta della sentenza Tar Venezia, 19 gennaio 2022 n. 132.

approvazione e/o conveniente sotto il profilo tecnico-economico e/o organizzativo l'offerta presentata.

Durante lo svolgimento delle operazioni, la PA derogava effettivamente al criterio di scelta dalla stessa individuato e procedeva ad un affidamento in favore del contraente uscente giustificando tale scelta nel miglior rapporto qualità-prezzo dei prodotti di quest'ultimo sulla scorta di una serie di motivazioni di tipo tecnico.

Il Tar Venezia annullava il provvedimento e dichiarava inefficace il contratto sottoscritto con l'affidataria.

## **2. Il principio di rotazione**

L'art. 30 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni si svolga nel rispetto e nell'osservanza di una serie di importanti principi volti, tra le altre finalità perseguite dall'ordinamento, a tutelare la concorrenza e ad eliminare la corruzione.

Con particolare riferimento alla disciplina degli affidamenti sotto soglia, l'art. 36 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prescrive che "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. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50". Il successivo comma 2 dell'art. 36<sup>3</sup> concede alle Amministrazioni un'ampia discrezionalità nell'affidamento dei contratti a condizione che la stessa sia sempre bilanciata dall'applicazione dei principi perseguiti dall'ordinamento e, in particolare, del principio di rotazione, da intendersi applicato sia agli inviti che agli affidamenti.

Anche l'art. 63 che disciplina in merito alle procedure negoziate sopra soglia senza pubblicazione bando, al comma 6 dispone che "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 (...)".

---

<sup>3</sup> D. Lgs. n. 50/2016, art. 36, comma 2: "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria".

È evidente dunque che il principio di rotazione si applica sia negli affidamenti di contratti pubblici c.d. sotto soglia, sia negli affidamenti di contratti di valore superiore alle soglie comunitarie.

La giurisprudenza amministrativa in più di un'occasione ha avuto modo di pronunciarsi sul principio di rotazione intendendolo come un "necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha 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"<sup>4</sup>. È stato altresì specificato che "l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti, così garantendo i principi di cui all' art. 97 Cost., poiché l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi"<sup>5</sup>.

Sul principio di rotazione è tornata a pronunciarsi, anche recentemente, l'Anac<sup>6</sup> riproponendo sostanzialmente quanto contenuto nelle precedenti Linee Guida<sup>7</sup> e decretando, in applicazione del principio di rotazione, "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"<sup>8</sup>.

### **3. Deroghe all'applicazione del principio di rotazione**

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, 17.3.2021 n. 2292.

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 31.8.2017, n. 4125.

<sup>6</sup> Anac, Parere 27 ottobre 2021 n. 1.

<sup>7</sup> Si tratta delle Linee Guida n. 4 del 26 ottobre 2016. n. 1097.

<sup>8</sup> Continua Anac sostenendo che "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. (...). 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".

Interessante è a questo punto capire se esistano eccezioni alla ferrea applicazione del principio di rotazione e se dunque l'amministrazione possa procedere senza tener conto dei parametri sopra menzionati.

La giurisprudenza, di fronte alle differenti circostanze concrete, ha avuto modo di affermare che il principio di rotazione non sia assoluto ma possa essere derogato in casi e situazioni particolari, dovuti alla particolare struttura del mercato, all'assenza di operatori alternativi e altrettanto competitivi al precedente affidatario o a motivi di necessità e urgenza, ovviamente dimostrabili.

Il Consiglio di Stato ha infatti spiegato che il principio di rotazione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale. Non si può però escludere che la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo. In questo caso si richiede espressamente che la stessa motivi in maniera puntuale tale decisione, "facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento"<sup>9</sup>.

Sempre a detta del Consiglio di Stato "appare non sufficiente imporre un *"onere motivazionale più stringente"*, quando, invece, deve darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia della reiterazione dell'invito alla procedura sia del riaffido dell'appalto allo stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge"<sup>10</sup>.

In linea generale, pertanto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici trova due limiti di cui uno di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno di carattere particolare, 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"<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> In tal senso cfr. Cons. di Stato, 13 dicembre 2017 n. 5854.

<sup>10</sup> Cons. Stato, 13 settembre 2016 n. 1903.

<sup>11</sup> Cons. Stato, V, 2 luglio 2020, n. 4252; 27 aprile 2020, n. 2655; 5 novembre 2019, n. 7539; 12 giugno 2019, n. 3943.

#### **4. La “sterilizzazione” del principio di rotazione.**

Nell’odierna sentenza il Tar Venezia, ricorrendo al concetto di “sterilizzazione” del principio di rotazione, si riferisce ai casi in cui la PA decida di optare per la “procedura “aperta” alla partecipazione dei concorrenti interessati senza limitazioni soggettivi specifiche” individuando, nel contempo, dei criteri oggettivi e specifici per la scelta della migliore “offerta”. Questo perché il principio di rotazione, con valutazione da operare caso per caso, può, eventualmente, non trovare applicazione laddove la procedura si strutturi in modo sostanzialmente simile alla procedura ordinaria.

Anche nel caso oggetto della pronuncia, la PA aveva fatto ricorso all’affidamento diretto, previa richiesta di preventivi, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lettera a) del D. Lgs. n. 50/2016, e deciso che l’aggiudicazione sarebbe stata effettuata, a lotto unico, previa idoneità tecnico/qualitativa, secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell’art. 95, comma 4, lettera b) del D. Lgs. n. 50/2016. A detta del Tar Venezia, in situazioni di tal genere, non verrebbe semplicemente superata ma addirittura “depotenziata” la cogenza del principio di rotazione poiché viene individuato un criterio di scelta sotto il profilo economico molto chiaro ed oggettivo - il minor prezzo -, a fronte di una mera previsione di “idoneità” dell’offerta tecnica.

Nel caso di specie però l’amministrazione aveva dichiarato di riservare, a proprio insindacabile giudizio, la facoltà di non procedere all’aggiudicazione, qualora non avesse ritenuto meritevole di approvazione e/o conveniente sotto il profilo tecnico-economico e/o organizzativo l’offerta presentata nonché di annullare la procedura in qualsiasi momento, senza che l’offerente avesse potuto avanzare pretese di qualsiasi genere e natura, fatta salva, se richiesta, la motivazione.

Ebbene, l’affidamento del contratto sarebbe dovuto avvenire in favore della ricorrente, atteso il minor prezzo offerto da quest’ultima rispetto a quello offerto dal contraente uscente.

L’Amministrazione invece decideva di derogare al criterio di scelta da essa medesima individuato, attraverso il potere discrezionale del quale si era riservata l’esercizio, procedendo ad un affidamento in favore del contraente uscente sulla scorta di una motivazione insufficiente e non conforme agli stringenti requisiti indicati dalla giurisprudenza e giustificata, nello specifico, da una mera preferenza tecnica dei prodotti del contraente uscente.

Sulla scia della costante giurisprudenza il Tar Venezia non può che ribadire che tale giudizio non è sufficiente a derogare al principio di rotazione soprattutto perché la P.a. aveva a sua

volta derogato agli stessi limiti e criteri valutativi da essa imposti, favorendo in tal modo la contraente “uscente”.

Spiega il Tar che la legittimità di tale potere discrezionale, alla luce dei principi sanciti dall’art. 36 comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016 – in particolare, il principio di rotazione, nonché quello di par condicio e di affidamento – non poteva prescindere da un provvedimento di “aggiudicazione” della fornitura corredato da una “motivazione rafforzata idonea a giustificare l’inevitabilità della scelta di affidare la fornitura proprio all’operatore economico “uscente”.

Poiché l’Amministrazione non provvedeva ad individuare tali “radicali” ragioni derogatorie, il Tar accoglie il ricorso annullando il provvedimento di aggiudicazione.