



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

MONOGRAFIA

redatta da Paolo Giovanni Niccolò Lotti¹

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NEGLI APPALTI PUBBLICI

1. Premessa.

Il principio di rotazione, dai contorni inizialmente poco netti e definiti, sembra avere oggi assunto una precisa connotazione sostanziale, configurandosi come regola puntuale di gara, la cui inosservanza, ove obbligatoria, da parte della stazione appaltante può produrre conseguenze tali da porre in discussione la legittimità della procedura di affidamento.

L'art. 36 d.lgs. n. 50-2016, prevede oggi 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”*.

Il principio di rotazione è richiamato altresì nell'art. 63, comma 6, del Codice, in riferimento alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, ai sensi del quale la stazione appaltante deve individuare *«gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e*

¹ Consigliere di Stato, Componente dell'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa. Pubblicato il 28 luglio 2020

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».

Gli interventi dell'ANAC e della giurisprudenza di questi ultimi anni hanno precisato l'ambito applicativo del principio e il legislatore, con il primo decreto correttivo (d.lgs. n. 56-2017), ha tentato di porre rimedio alle difficoltà interpretative emerse dalle Linee guida n. 4 del 7 marzo 2018 dell'ANAC.

La formulazione originaria del comma in esame si limitava, infatti, a prevedere il rispetto del principio di rotazione. Successivamente, con il decreto correttivo al Codice, si è richiesto, invece, il “rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti”, estendendo la regola della rotazione sin alla fase degli inviti.

Le Linee Guida n. 4 ANAC, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, infatti, avevano fornito un primo chiarimento circa la portata del principio di rotazione, affermando che tale principio trova applicazione nell'ambito “*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*”.

Pertanto il principio, secondo l'esegesi fatta propria dall'ANAC, si applica alle seguenti condizioni:

- che si tratti di affidamenti temporalmente conseguenti;
- che si tratti, inoltre, di affidamenti che abbiano ad oggetto la medesima categoria o settore.

Chiarivano già le prime Linee Guida che 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".

Tale principio, pertanto, implica un'evidente e forte limitazione alla discrezionalità della stazione appaltante.

Detto principio costituisce, infatti, necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (1).

Esso trova, peraltro, giustificazione nell'esigenza di tutelare la concorrenza in un settore nel quale si ritiene essere maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte degli operatori risultati in precedenza aggiudicatari (in particolare, nei contratti sottosoglia): di qui il divieto di ulteriore partecipazione alla procedura a carico del soggetto che sia stato già aggiudicatario ovvero che sia stato già invitato alla selezione precedente.

Profili problematici si evidenziano, tuttavia, con riguardo alla legittimità della estensione del divieto al concorrente che sia stato meramente invitato alla precedente selezione (e non risultato aggiudicatario) nonché, più in generale, con riguardo alla derogabilità del principio e al connesso onere motivazionale.

2. La rotazione quale principio giuridico.

Il concetto di rotazione tra più operatori economici esprime l'idea, già nel linguaggio comune, di un avvicinarsi tra gli stessi, così che tra i soggetti cui il meccanismo si applica si determini un susseguirsi l'uno all'altro nello svolgimento di un'attività ovvero un'alternanza nel ricoprire un certo incarico.

La rotazione non evoca quindi un giudizio di merito tra più opzioni, una scelta tra più aspiranti ad un certo risultato, bensì rappresenta un criterio di distribuzione che

consente di far beneficiare del risultato sperato, in tempi diversi, più soggetti aventi i relativi requisiti. L'ampliamento della platea dei beneficiari porta con sé la conseguenza che colui che ha fruito del beneficio lasci il passo ad altro aspirante, non potendo godere più volte consecutive del risultato positivo, pena la violazione del concetto stesso di rotazione.

Rapportando ciò alla disciplina dell'art. 36, d.lgs. n. 50-2016 (come modificato dal d.lgs. n. 56-2017), vuol dire avvicinarsi dei più operatori economici nella partecipazione alla selezione (rotazione degli inviti) ovvero nell'aggiudicazione del contratto (rotazione degli affidamenti), con ciò che ne segue nel senso di preclusione al nuovo invito a carico di chi abbia già partecipato alla precedente procedura di gara, nel primo caso, o preclusione a carico del solo aggiudicatario nella pregressa selezione, nel secondo caso.

Colta in tal senso l'essenza dell'istituto, risulta tuttavia chiaro che esso è ben difficilmente rapportabile al concetto di vero e proprio principio, come sopra delineato, giacché più che esprimere una direttiva valoriale avente una eccedenza di contenuto deontologico rispetto alle singole norme (per richiamare le espressioni utilizzate dall'Ad. Plen. n. 13-2013) (2), il "principio di rotazione" finisce per sostanziarsi in una vera e propria regola puntuale di gara, che preclude la ulteriore partecipazione alla procedura competitiva a carico di chi abbia già partecipato a precedente selezione o ne sia risultato aggiudicatario.

Per darne applicazione, infatti, la stazione appaltante non sarà chiamata ad esplicitare in quale regola iuris specifica si inveri il suddetto "principio", esercitando quindi una sorta di funzione nomogenetica, bensì dovrà semplicemente procedere secondo il significato proprio della rotazione a non invitare alla nuova procedura alcuni operatori economici che hanno già fruito di precedente partecipazione.

D'altra parte, più che un principio essa stessa, la rotazione costituisce espressione di altri principi, quale in specie quello di concorrenza e massima partecipazione alle gare.

In effetti, ragionare di principi generali nell'esperienza giuridica significa imbattersi in una categoria concettuale, quella dei principi appunto, tra le più indeterminate che esistano.

Sul piano dogmatico, infatti, i principi generali non hanno mai avuto una definizione scientifica, e nemmeno una sistematizzazione sicura all'interno della sfera del giuridico (3).

Le difficoltà definitorie inducono certa parte della letteratura a privilegiare un approccio casistico ai principi.

Così si abbandona il tentativo di dare alla categoria una nozione, di identificare il genus dei principi in un significato. Alla ricerca del senso si sostituisce il "censimento" dei principi, ossia la loro rilevazione nei diversi settori di disciplina (4).

Pertanto, anche per il principio di rotazione, in base a questo approccio di teoria generale, è preferibile optare per una sua ricostruzione casistica e relazionale, sottolineando che esso, più che un principio, costituisce espressione di altri principi con i quali si confronta nel concreto svolgersi delle procedure di gara, quali in specie quelli di concorrenza e di massima partecipazione.

Dunque la peculiarità della rotazione come regola disciplinare degli affidamenti sottosoglia non appare tanto collocarsi nel suo appartenere alla categoria dei principi generali (per quanto così evocata dal legislatore), dai quali invero si distanzia non poco, bensì in altri profili.

Innanzitutto, il riferirsi alla rotazione, che richiama un meccanismo tecnico preciso che è quello dell'avvicinarsi degli operatori economici, non è in sé autosufficiente sul piano operativo, abbisognando di ulteriori specificazioni (se per la sua applicazione è necessario che gli affidamenti che si succedono siano identici o meno, quanto dura il periodo di interdizione all'ulteriore invito, ecc).

In secondo luogo, e soprattutto, dalla interpretazione giurisprudenziale del "principio di rotazione" (anche riferita ad epoche anteriori al Codice del 2016) e dalle stesse linee

guida dell'ANAC è emersa l'idea che la rotazione imposta dall'art. 36 cit. abbia una portata non assoluta, che si tratti cioè di una previsione derogabile dalla stazione appaltante in ipotesi nelle quali il principio stesso non risulti applicabile o risulti comunque di inopportuna applicazione, così che la stazione appaltante stessa può non applicarlo, motivando sulle ragioni di questa scelta.

Si tratta di peculiarità che certo allontana dalla disciplina propria delle norme specifiche, che per la loro natura pubblicistica sono non derogabili e che rende singolare la configurazione della rotazione.

Si tratta, quindi, di un meccanismo tecnico indicato come ordinariamente applicabile dalle stazioni appaltanti, salva deroga motivata (avendo ANAC anche proceduto a normare alchene ipotesi di derogabilità).

La peculiarità è quindi tutta sul piano della efficacia della previsione normativa sulla rotazione, in generale imposta, ma derogabile in casi specifici e previa motivazione circa il ricorrere di particolari condizioni che giustifichino la sua non applicazione. Il c.d. principio di rotazione impone, in buona sostanza, una regola di avvicendamento tra le imprese (nella partecipazione alla gara o nell'aggiudicazione della stessa), ma tale regola non è inderogabile, potendo essere motivatamente superata dalla stazione appaltante.

3. La rotazione quale criterio metagiuridico di gestione del potere.

Deve ancora evidenziarsi che il concetto di rotazione è tipicamente connesso alla trattazione, tipicamente filosofica e politologica, dell'investitura nelle cariche pubbliche.

La sua menzione in questa sede è giustificata in quanto anche in quel settore esso si contrappone, o è funzionale, secondo altre letture, al principio di qualità e di buon governo.

Alcuni cenni di questo dibattito possono essere utili ad orientare, in chiave valoriale, epistemologica ed euristica, anche l'interprete nella materia degli appalti pubblici.

Nella filosofia politica, sia Platone ed Aristotele collegano il senso ultimo della cittadinanza alla rotazione del potere (5).

Il ragionamento si articola, in estrema sintesi, intorno a due parametri di valore, che rappresentano, se non i corni di un dilemma, almeno i due poli di un'oscillazione tra cui si muove l'ingegneria politica di Platone e Aristotele: il principio della rotazione delle cariche contro il principio della qualità dei governanti.

Si tratterebbe, in questa visione, di contrapporre al criterio «alto» (e piuttosto ovvio) di scegliere «i migliori» come garanzia di buon governo, il valore di prevenzione del criterio 'basso', usato nella democrazia ateniese con l'aleatorietà e il continuo ricambio degli incarichi per le posizioni di comando.

Supponendo che ben difficilmente si otterranno i governanti migliori possibili (mentre resta sempre aperta l'eventualità che siano i peggiori possibili), bisognerebbe allora preoccuparsi (come appunto gli Ateniesi facevano) di far sì che essi non siano in condizione di fare troppo danno, assumendo e mantenendo a lungo il potere.

La rotazione delle cariche sarebbe dunque una risposta strategica sostanziale, improntata a sana diffidenza per il potere: una risposta sensata all'obiezione di coloro che, come Platone, imputano alla democrazia l'assenza di criteri di valore e l'incapacità di selezionare una buona classe dirigente (6).

Nella sua celebre opera "La società aperta e i suoi nemici", Popper ha sostenuto che il vero problema della scienza politica non è posto dalla domanda «chi deve governare?». Infatti la risposta inevitabile a questa domanda non può che essere una sola: a governare devono essere i migliori.

Ma con ciò non si va molto avanti, perché ovviamente è qui che comincia il dissenso. Popper ha suggerito che un'autentica ingegneria costituzionale dovrebbe invece partire dal presupposto che i governanti non siano gli uomini migliori e, proprio per questo,

dovrebbe predisporre meccanismi capaci di impedire che essi commettano errori troppo gravi.

Il principio di rotazione si rivela decisivo per interpretare quel luogo cruciale di fondazione teorica (i primi tre capitoli del libro III della Politica di Aristotele) dove si definisce la cittadinanza: riconoscere determinati soggetti come membri di una comunità politica significa dichiararne l'uguaglianza e conferire loro poteri su base paritaria (quale che sia il criterio di ammissione alla cittadinanza).

Su questo punto, si innesta il confronto di Aristotele con la democrazia ateniese in un intreccio in cui debiti e critiche intervengono indissolubilmente.

La conseguenza è che Aristotele fa intervenire il principio di rotazione tutte le volte che si tratta di distribuire poteri (archai) che devono essere accessibili a tutti i cittadini perché essi siano tali, ma non possono essere esercitati da tutti contemporaneamente.

Traslando tali "alti" concetti al mondo degli appalti, sorge il dubbio legittimo che la rotazione, più che funzionale alla concorrenza, abbia la funzione precipua di prevenire i danni che realizza l'ossessiva ricerca dei migliori competitor, attuata attraverso una miriade di procedure di gara minuziosamente disciplinate, nella consapevolezza che tali procedure non sono in nessun modo funzionali a selezionare i migliori imprenditori sul mercato (al massimo i migliori "partecipatori" alle gare).

4. La rotazione nel Codice appalti e nelle Linee Guida Anac.

Come già accennato in premessa, l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, nell'attuale formulazione, prevede che "1. 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 possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50”.

Il comma 2 dell’art. 36 ribadisce tale principio secondo varie modalità calcolate in base a soglie predefinite (7).

L’art. 63, comma 6, relativo alle procedure negoziate, ribadisce 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, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione”.

Tale principio è ribadito con riferimento ai criteri di selezione delle offerte (art. 83, comma 2).

Anche i membri selezionabili per la Commissione di gara, ex art. 77, comma 3, sono soggetti al principio di rotazione.

Infatti: “I commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'articolo 78 e, nel caso di procedure di aggiudicazione svolte da CONSIP S.p.a, INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all'articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, tra gli esperti iscritti nell'apposita sezione speciale dell'Albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale. Essi sono individuati dalle

stazioni appaltanti mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione".

Lo stesso accade per la nomina degli arbitri ex art. 209, secondo cui "La nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione avviene nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione".

Infine, il principio di rotazione è richiamato nell'art. 157, comma 2 (Altri incarichi di progettazione e connessi).

Le Linee Guida n. 4, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1° marzo 2018, specificano ulteriormente il contenuto di detto principio.

L'ANAC, al punto 3.6 di detta delibera ha enucleato le regole applicative di tali principi.

Secondo l'ANAC:

- 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;
- 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;

- la stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia§;

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

- 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.

Secondo il successivo paragrafo 3.7 di dette Linee Guida, inoltre:

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

- la stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale

(esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento;

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

- 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;

- il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati;

5. Il principio di rotazione nella visione della dottrina.

Non è particolarmente ampia la trattazione dottrinale del principio di rotazione (8).

La dogmatica si concentra, in particolar modo, sul rapporto tra "regola" e "deroga".

Tale rapporto comporta che, se non vi è necessità di specifica motivazione circa l'applicazione della prima, viceversa si impone la esplicitazione delle ragioni che giustificano la non applicazione della regola e quindi la deroga alla prescrizione ordinaria. Si tratta di profilo significativo, giacché proprio nella necessità di motivazione della "deroga", e nella conseguente sindacabilità circa la sussistenza e pertinenza della motivazione, finisce per sostanziarsi la vincolatività giuridica della

“regola”, altrimenti ricondotta all’ambito delle buone pratiche prive di prescrittività giuridica”.

Per illustrare meglio tale concetto astratto, deve rilevarsi che, come confermato anche dalla giurisprudenza, mentre la regola (ovvero l'applicazione del principio di rotazione mediante la non aggiudicazione al precedente aggiudicatario o il non invito dello stesso) non necessita di motivazione, la deroga (che avviene quando la stazione appaltante decide di invitare il precedente aggiudicatario o di affidarli direttamente l'appalto) necessita di motivazione dovendo la stazione appaltante dar conto della scelta di non seguire la regola ordinaria alla luce della specifica situazione fattuale nella quale si trova ad operare.

In tal senso, si possono evidenziare alcune ipotesi tipo.

In una prima ipotesi, l’aggiudicazione avviene, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lettere a) e b), con “affidamento diretto” e la stazione appaltante, derogando alla rotazione, procede al rinnovo dell’aggiudicazione all’operatore economico già risultato in precedenza aggiudicatario.

In questo caso il principio di rotazione assume non solo un’evidente funzione pro-concorrenziale, ma costituisce l’unico baluardo normativo per evitare il cristallizzarsi di una posizione di vantaggio e quindi l’annientamento di ogni pluralismo concorrenziale.

Per questa tipologia di affidamenti, la deroga alla rotazione deve essere del tutto eccezionale e pur essendo "evidente che anche nella presente ipotesi può darsi che la stazione appaltante debba rinunciare ad un ottimo esecutore, con il quale sarebbe conveniente proseguire il rapporto contrattuale.

Questa evenienza, tuttavia, non appare sufficiente a giustificare il “riaffido”, essendo il costo imposto dall’affidamento diretto: la stazione appaltante sceglie con chi stipulate il contratto, anche senza confronto concorrenziale, ma deve necessariamente ruotare tra gli affidatari.

Unica eccezione plausibile pare qui essere la “riscontrata effettiva assenza di alternative”, cioè l’ipotesi in cui la stazione appaltante si trovi in presenza, per la peculiarità dell’oggetto del contratto o per la strutturazione del mercato, di situazione nella quale non risultano alternative praticabili al nuovo affidamento all’operatore economico uscente, ovvero le alternative possibili siano assolutamente illogiche o di non percorribilità economica.

La seconda ipotesi rientra negli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis), procedure negoziate, e riguarda il reinvito a partecipare alla procedura.

In questa ipotesi la rotazione ha una valenza pro-concorrenziale al fine di evitare che il precedente aggiudicatario, partecipando alla nuova selezione, si avvantaggi dell’asimmetria informativa che lo privilegia, quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un’esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze.

In questo caso, però, la rotazione assume una coerenza minore rispetto alla precedente ipotesi di affidamento diretto; infatti l’aggiudicazione è pur sempre il risultato di un confronto, seppur semplificato, tra più offerte, quindi, da un lato, l’operatore diverso dal precedente aggiudicatario ha sempre la possibilità di emergere, anche senza la rotazione, e, dall’altro lato, si impone con la rotazione il sacrificio alla stessa esigenza concorrenziale, consistente nel perdere l’offerta dell’aggiudicatario uscente, per quanto in ipotesi fosse la migliore.

Qui non può escludersi che la motivazione del “reinvito” sia motivata, oltre che con riferimento alla ristrettezza del mercato, anche valorizzando la particolare competitività del prezzo offerto, inferiore alla media di mercato, o alla ottimale esecuzione della pregressa prestazione, che giustifica un riammettere l’operatore stesso al nuovo concorso semplificato.

Una terza ipotesi, infine, riguarda il reinvito a partecipare a procedura negoziata rivolto ad un operatore che abbia già partecipato a precedente confronto competitivo, senza però risultarne aggiudicatario.

In questo caso il «reinvito» perderebbe la connotazione strettamente eccezionale, essendo lo stesso possibile anche sulla base di una meno stringente motivazione, essendo sufficiente che il reinvito non vada a discapito di altri operatori che non risultino mai nemmeno invitati.

In siffatta ipotesi, dunque, il fatto che siano comunque ammessi alla selezione gli operatori economici interessati non precedentemente invitati, può bastare a giustificare anche l'invito al già precedentemente invitato; risulterebbe precluso in tale ottica, e in presenza di un amplissimo numero di operatori di settore, soltanto il reinvito del già invitato a discapito dell'invito di nuovi operatori economici pretermessi dalla precedente selezione.

6. Il principio di rotazione in giurisprudenza.

In giurisprudenza il concetto illustrato in dottrina è espresso collegandolo al parlando carattere relativo e non assoluto del principio.

Si veda, in termini, **Tar Toscana, sez. II, 11 dicembre 2018, n. 1605** secondo cui il principio di rotazione non ha carattere assoluto ma relativo, altrimenti esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara; si tratta di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo.

La giurisprudenza si è interrogata sul rapporto tra “principio di rotazione” e logica concorrenziale, affermandone spesso a chiare lettere la compatibilità ed anzi, ancor più radicalmente, evidenziando che il “principio di rotazione” sia espressione della tutela della libera concorrenza, costituendone modalità di attuazione.

Così, anche se l'art. 30, del d.lgs. n. 50-2016 (rubricato “principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni”) non lo prevede espressamente, è stato

affermato che “anche nell’art. 30, 1 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione” (**Consiglio di Stato, sez. VI, 32 agosto 2017, n. 4125 e Consiglio di Stato. Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079**).

Dunque nessuna contraddizione tra rotazione e libera concorrenza, ma anzi un rapporto di derivazione dell’un principio dall’altro in considerazione della sua finalizzazione a soddisfare l’esigenza della maggiore apertura del mercato (cfr. **Tar per la Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454 e Tar per l’Abruzzo – L’Aquila, 9 giugno 2016, n. 372**).

La rotazione, se posta quale regola governante l’aggiudicazione dei contratti pubblici di importo più contenuto, esprime la volontà di un coinvolgimento più esteso possibile degli operatori economici nell’affidamento negoziale, e rappresenta quindi un istituto pro-concorrenziale.

Tuttavia essa coglie solo un profilo del più complesso rapportarsi tra rotazione e libera concorrenza, come risulta evidente se si tenga conto che la rotazione medesima, può risultare in contrasto con la logica volta alla individuazione dell’operatore economico più idoneo, per ragioni di qualità dell’offerta o di prezzo, ad essere selezionato come contraente della p.a., che ben può essere l’operatore uscente.

Il Consiglio di Stato nella sentenza della sezione V 5 marzo 2019, n. 1524 ha chiarito l’ambito di applicazione del principio di rotazione, in particolare spiegando che l’invito alla procedura all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Il principio di rotazione, infatti, “deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte” in modo tale da non generare una sorta di posizione di vantaggio in capo al soggetto uscente, che risulterebbe favorito proprio dalle conoscenze acquisite durante il precedente affidamento.

Per tali ragioni il principio in questione comporta che “ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (recte, negoziato), l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale”

Le Linee guida ANAC chiariscono inoltre, che detto principio non si applica nel caso in cui l’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.

Alcuni casi concreti aiutano a definire al meglio la portata di tale norma.

Secondo il Tar Emilia Romagna - Bologna n. 519-2018 si esclude l’applicazione del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante proceda con la pubblicazione di un avviso per manifestazione d’interesse.

Nella stessa direzione la pronuncia del Tar Calabria - Catanzaro n. 1457-2019, la quale prevede che “l’Amministrazione nella specie ha emanato l’avviso pubblico per ottenere manifestazioni di interesse da imprese del settore, così indagando l’interesse del mercato per il servizio da espletare”.

Anche in assenza di un richiamo esplicito, tuttavia, il **Consiglio di Stato, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079** ha ritenuto il principio di rotazione quale principio *«implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione»*; e difatti tutta la giurisprudenza sul punto non fa che richiamare la finalità essenzialmente pro-concorrenziale di quello che, di fatto, appare come un limite alla partecipazione.

Salvo quindi diverse indicazioni di dettaglio (il comma 7 dell’art. 36 rinvia, per la disciplina di dettaglio delle procedure sottosoglia, e delle specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti, al regolamento di cui all’art. 216, comma 27-octies, nelle more dell’emanazione del quale trovano applicazione le Linee guida

dell'ANAC) e ferma restando la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti devono applicare il principio di rotazione nelle seguenti procedure:

– affidamento diretto previsto per contratti di importo inferiore a 40.000 euro (art. 36, comma 2, lett. a) nonché per contratti di lavori di valore compreso tra 40.000 e 150.000 euro e per contratti di servizi e forniture nella fascia di importo compresa tra 40.000 euro e le soglie comunitarie (art. 36, comma 2, lett. b);

- procedura negoziata (art. 63 del Codice), che si svolge previo invito degli operatori economici, nel numero indicato dalla norma, a presentare un'offerta, oggetto di valutazione specifica, e l'aggiudicazione in favore dell'operatore così selezionato.

- più in generale per tutti gli altri affidamenti diretti privi di confronto competitivo, in cui il principio di rotazione viene in considerazione come «rotazione degli affidamenti» nel senso che la stazione appaltante sarà tenuta a ruotare gli operatori economici cui affidare direttamente il contratto (Cfr. **Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 12 aprile 2019, n. 813**, in cui “l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento”).

7. In particolare: rotazione degli affidamenti e rotazione degli inviti.

L'ambito applicativo del principio della rotazione degli inviti è stato oggetto di controverse interpretazioni giurisprudenziali, sia per quanto attiene al tema della rilevanza del previo confronto competitivo (che sottoporrebbe comunque l'affidatario precedente alla concorrenza) sia per quanto riguarda la posizione dell'operatore economico precedentemente invitato e risultato non aggiudicatario.

Da un lato, il Consiglio di Stato, ha confermato l'obbligo di applicazione del principio di rotazione alle procedure negoziate sottosoglia, evidenziandosi come l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio (di importo inferiore alle soglie di

rilevanza comunitaria) non possa vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento dello stesso servizio, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (Consiglio di Stato n. 3943-2019).

Da ciò deriva che è del tutto legittima la scelta da parte della Stazione Appaltante di non invitare il contraente uscente, senza che quest'ultimo possa dolersi della violazione del principio della concorrenza, poiché la rotazione ha lo scopo preminente di ampliare la concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche sotto-soglia comunitaria.

Diversa fattispecie è quella della rotazione degli inviti, propria dei casi in cui l'affidamento avvenga mediante procedura negoziata, su invito.

La rotazione non può qui certamente legittimare eventuali soggetti non invitati, che vengano a conoscenza della procedura, a presentare la propria offerta: il numero limitato degli inviti e quindi la presentazione dell'offerta da parte dei soli operatori economici invitati è principio tipico e non irragionevole nelle procedure sotto soglia comunitarie, come ha chiarito la giurisprudenza del Consiglio di Stato (**Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160**)

La rotazione consente però di orientare la scelta tra gli invitati che deve essere operata dalla stazione appaltante.

La finalità pro concorrenziale risiede nella volontà di evitare che il precedente aggiudicatario, invitato alla procedura negoziata, possa sfruttare, nella nuova procedura, la situazione di asimmetria informativa, di cui di fatto gode, a proprio vantaggio; e, prima ancora, nel fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, favorendo, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei.

Tale finalità appare tuttavia controvertibile in relazione a talune fattispecie concrete, in cui la rotazione avrebbe paradossalmente l'effetto di comportare una limitazione della concorrenza tra operatori.

Con riferimento alla diversa posizione dell'aggiudicatario uscente, il Consiglio di Stato ha dichiarato manifestamente infondata la censura di costituzionalità dell'art. 36, d.lgs. n. 50/2016, alla luce dell'art. 41 Cost., osservando che è dirimente rilevare 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»; una tal conclusione è più difficile da sostenere in relazione al mero partecipante alla competizione, cui si può solo opporre l'altra osservazione del Consiglio di Stato, secondo cui «l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors “esterni” (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

Più in particolare, fini della applicazione del principio di rotazione, secondo il Consiglio di Stato, rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico e non la circostanza che lo stesso scaturisca da una procedura di tipo aperto o di altra natura.

Secondo gli orientamenti più rigorosi, invece, non è consentito il «reinvito» dell'aggiudicatario uscente benché la procedura selettiva precedente abbia garantito l'ampia partecipazione degli operatori interessati.

Questo filone giurisprudenziale si mostra pertanto contrario al «reinvito» dell'aggiudicatario uscente benché la procedura selettiva abbia a monte garantito ampia partecipazione degli operatori interessati.

Secondo il **Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354**, “posto che il principio di rotazione è stato affermato allo scopo di evitare posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, se esso dovesse essere inteso nel senso che quest'ultimo possa sempre e comunque essere invitato, la previsione non avrebbe alcun senso. Né sarebbe idoneo ad attribuirgli significato il mero fatto di invitare altri soggetti, oltre ad esso (il

che è frutto del diverso principio per cui non può esservi l'affidamento diretto senza almeno un confronto concorrenziale), per cui l'interpretazione che potrebbe rappresentare l'equo temperamento dei due principi (rotazione e massima concorrenza) pare essere quella che ammette l'invito anche del gestore uscente, purché ciò trovi motivazione nella presenza di particolari condizioni che debbono essere esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare”.

Dall'altro lato, si è affermato che, nel caso di «reinvito» a partecipare a procedura negoziata, indetta ai sensi dell'art. 36, rivolto ad operatore che sia stato già aggiudicatario di precedente procedura selettiva, la rotazione assumerebbe cogenza minore rispetto alla ipotesi di affidamento diretto; infatti l'aggiudicazione sarebbe qui pur sempre il risultato di un confronto, seppur semplificato, tra più offerte, quindi si dà sempre ad eventuali nuovi operatori la possibilità di partecipare e di emergere.

Il principio di rotazione degli inviti, in altri termini, non potrebbe trovare applicazione fino al punto di ledere i principi di massima partecipazione e concorrenza.

Significativamente, secondo il **Tar Toscana, sez. II, 11 dicembre 2018, n. 1605**, il principio di rotazione non ha carattere assoluto ma relativo, altrimenti esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara; si tratta di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo.

Anche secondo il **Tar Veneto, sez. I, 26 maggio 2017, n. 515** il principio di “rotazione” degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50-2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti; la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale.

Questa giurisprudenza evidenzia che il principio in oggetto non sarebbe affatto violato quando l'aggiudicatario uscente o il soggetto non aggiudicatario già invitato venga invitato nuovamente insieme a tutte le imprese che ne abbiano fatto richiesta, non essendoci motivo per pretenderne l'estromissione.

Per il **Tar Liguria, sez. II, 22 ottobre 2019, n. 805**, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, non trova applicazione nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia fatto precedere l'invito da un'indagine di mercato volta ad acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l'affidamento del servizio in questione e, successivamente, abbia invitato tutti quegli operatori economici (tra cui il precedente affidatario) che avevano manifestato interesse, senza operare alcuna selezione e/o limitazione; una diversa interpretazione altrimenti opererebbe – paradossalmente rispetto alla ratio legis – in senso anti-concorrenziale.

Deve essere rilevato l'orientamento in senso opposto del **Consiglio di Stato n. 3943-2019**.

Il **Consiglio di Stato con la sentenza 5 novembre 2019, n. 7539** è intervenuto nuovamente sul tema, confermando la sentenza del **Tar del Lazio, Roma, n. 535-2018**.

In tale sentenza, il Consiglio di Stato ha confermato il principio per cui il gestore uscente del servizio non può essere invitato a presentare offerta in una nuova procedura negoziata di gara, ma deve “saltare il primo affidamento successivo”.

Nel caso di specie sono stati per questo annullati gli atti di gara per violazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

In altra pronuncia, il **Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160**, trattando proprio delle procedure negoziate previste dall'art. 36 del Codice per gli appalti sotto soglia, ha affermato che *“contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione e tuttavia, il sacrificio*

della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione”.

Esso, infatti, 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 (cfr. **Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755**).

In quest'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 (**Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854**).

Inoltre, per la citata sentenza del **Consiglio di Stato 5 novembre 2019, n. 7539**, se è vero che l'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50-2016 rimette alle Linee guida ANAC di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e che le Linee guida n. 4 nella versione adottata con delibera 1° marzo 2018 n. 206 e, per ultimo, aggiornate con Delibera ANAC 10 luglio 2019, n. 63, prevedevano (al punto 3.6) 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”, non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante

una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti.

Infatti, il **Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875** ha ribadito che Il principio di rotazione delle imprese partecipanti ad una gara non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Diversamente opinando, stridente ed inconciliabile sarebbe il contrasto contenuto nel medesimo paragrafo delle citate Linee Guida, laddove è precisato che “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”.

In conclusione, deve ragionevolmente ammettersi che il fatto oggettivo del precedente affidamento che impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l’invito anche all’operatore uscente.

8. In particolare: ipotesi derogatorie e obbligo di motivazione

Dottrina e giurisprudenza convergono sulla portata relativa – non già assoluta – del principio di rotazione, che ben può essere derogato dalla stazione appaltante.

La deroga è consentita, tuttavia, solo previo assolvimento di un obbligo di motivazione da parte della stazione appaltante.

Quando la stazione applica il principio di rotazione naturalmente non è richiesta alcuna giustificazione o motivazione, trattandosi di un obbligo previsto dal Codice (art. 36 cit.): la mancata aggiudicazione diretta al precedente aggiudicatario o il mancato invito dello stesso (o dell’operatore già invitato) non è atto che richiede motivazione.

Laddove si intenda, invece, derogare alla rotazione, è fatto obbligo alla stazione appaltante di individuare valide argomentazioni a sostegno della deroga.

L'ANAC, nelle Linee Guida n. 4 cit., ha provveduto a normare alcune ipotesi di derogabilità.

La deroga alla rotazione è innanzitutto consentita per gli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, richiedendo l'ANAC, in tal caso, una motivazione sintetica, da inserirsi nella determinazione a contrarre o in atto equivalente.

Per gli altri casi, l'Autorità richiede un onere motivazionale stringente. La stazione appaltante dovrebbe, in particolare, far riferimento alla particolare struttura del mercato e alla «riscontrata effettiva assenza di alternative», per cui non risultano alternative praticabili al nuovo affidamento all'operatore economico uscente, ovvero le alternative possibili siano assolutamente illogiche o di non percorribilità economica.

Nella motivazione del «reinvito» al precedente contraente si dovrebbe, inoltre, secondo l'ANAC, far riferimento al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti): per poter aspirare al riaffido l'appaltatore deve aver eseguito le pregresse prestazioni in modo ineccepibile secondo le prescrizioni del contratto. Un altro fattore rilevante a fini motivazionali per l'Autorità è la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Per quanto riguarda la motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, l'ANAC invita le stazioni appaltanti a 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.

Pertanto, la stazione appaltante che non applica il principio di rotazione ha l'obbligo di motivare tale scelta; la mancanza di motivazione può comportare l'esclusione del

precedente affidatario o l'annullamento della nuova aggiudicazione a favore di quest'ultimo.

La giurisprudenza più rigorosa richiede (**Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854**), analogamente, una stringente motivazione, basata sulla presenza di particolari condizioni che vanno necessariamente esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare. In mancanza di motivazione, l'invito del gestore uscente, opportunamente contestato dall'interessato, comporta l'esclusione dello stesso dalla nuova procedura: il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante – osserva il Consiglio di Stato – non richiederebbe in questo caso alcuna prova della posizione di vantaggio in concreto goduta dall'uscente, in quanto la stessa è presupposta direttamente dalla legge (cfr. **Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435**).

Il principio di rotazione, come detto, si riferisce propriamente non solo agli affidamenti ma anche agli inviti, orientando le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare per presentare le offerte ed assumendo quindi nelle procedure negoziate il valore di una sorta di contropartita al carattere “fiduciario” della scelta del contraente allo scopo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo.

Il fatto di andare in deroga ad un criterio fondante nei procedimenti sottosoglia non può trovare una giustificazione implicita: la fase dell'invito al pregresso affidatario (e a chi sia già stato invitato) deve trovare una chiara motivazione anche a tutela degli altri appaltatori (che potrebbero contestarla fin dall'avvio del procedimento).

La stazione appaltante che intenda comunque procedere all'invito il gestore uscente dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Anche nell'adeguamento delle Linee guida cit., l'ANAC ha ribadito che il principio di rotazione, di norma, si applica sia al pregresso affidatario sia ai soggetti, pur non affidatari, già invitati al procedimento amministrativo per l'aggiudicazione di un appalto avente lo stesso oggetto, la stessa commessa o una commessa riconducibile allo stesso settore.

L'affidamento diretto o il reinvito all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, e non affidatario, deve essere motivato.

In questo contesto si è da più parti evidenziata – del tutto condivisibilmente – l'irragionevolezza della limitazione circa il «reinvito» a partecipare a procedura negoziata a carico dell'operatore che abbia già partecipato a precedente confronto competitivo, senza però risultarne aggiudicatario, senza quindi conseguire alcuna posizione di vantaggio tale da poter prevalere in un successivo confronto.

Si dovrebbe quanto meno in questi casi richiedere alla stazione appaltante una motivazione blanda, dovendosi ritenere sufficiente a giustificare anche l'invito al già precedentemente invitato il fatto che si siano comunque chiamati a partecipare alla selezione gli operatori economici interessati non precedentemente invitati, oltre a quello già invitato.

Si tratta infatti di situazioni che non possono porsi sullo stesso piano giuridico: da un lato il concorrente risultato aggiudicatario; dall'altro quello meramente invitato alla precedente procedura.

Se nel primo caso, al fine di evitare il ripetuto affidamento, quasi una sorta di rinnovo illegittimo, al di fuori di ogni confronto, è ragionevole pretendere l'applicazione rigida della rotazione; nel secondo caso (il reinvito a chi non sia risultato aggiudicatario) si ha una situazione del tutto diversa: il soggetto meramente invitato non beneficia infatti di nessuna rendita di posizione, ad eccezione dei dati/informazioni che può aver acquisito per il fatto di aver partecipato alla procedura e che non possono per ciò stesso penalizzarlo.

Appare dunque necessario che il nuovo regolamento attuativo, richiamato dall'art. 36 del Codice, si faccia carico di distinguere i rapporti tra rotazione e reiterazione dell'aggiudicazione e tra rotazione e reinvio del soggetto che abbia solamente partecipato alla gara (abbia solamente avuto la chance di partecipare) senza conseguire l'aggiudicazione.

9. Considerazioni conclusive.

L'intensità del condizionamento posto dal principio di rotazione sembra destinata a variare a seconda, non solo del procedimento di affidamento scelto, ma anche delle modalità utilizzate per individuare i potenziali contraenti.

Nel caso dell'affidamento diretto, secondo indicazioni praticamente unanimi della giurisprudenza, del parere espresso dal Consiglio di Stato e dalla stessa ANAC, la reiterazione dell'assegnazione deve avere una adeguata e persuasiva motivazione.

Nel caso dell'utilizzo delle procedure negoziate semplificate si tratta di verificare se gli inviti avvengono sulla base di un precostituito elenco di fornitori o attraverso un avviso pubblico su cui poi - a seconda delle richieste pervenute - andrà ad innestarsi il sistema di scelta vera e propria, si pensi al pubblico sorteggio quale strumento in grado di assicurare una completa trasparenza.

Nel caso della scelta dall'albo/elenco fornitori, la rotazione è, sia consentito, una "regola del gioco" nel senso che chi richiede l'iscrizione è ben consapevole che gli inviti - e quindi l'affidamento - avverranno sulla base di una costante articolazione e differenziazione. Almeno fino ad esaurimento dello stesso elenco.

Nel caso dell'avviso pubblico occorre distinguere l'ipotesi della reiterazione, l'ipotesi che lo stesso contenga precise e giustificate preclusioni che inibiscano il progresso affidatario anche dal richiedere di essere invitato al procedimento.

Nel caso in cui l'avviso - in seguito a scadenza del pregresso appalto - venga reiterato ovvero costituisca dinamica costante della stazione appaltante quella di espletare

l'indagine sempre attraverso una "richiesta" pubblica, ben potrebbe tollerare (l'avviso e lo stesso appaltatore) l'apposizione di clausole di rotazione nel senso che i soggetti invitati al pregresso procedimento verranno per ciò stesso estromessi dalla possibilità di un nuovo invito.

Ma questo dovrà ben essere chiarito nell'avviso pubblico con una motivazione che può essere, in questo caso, anche stereotipata con riferimento al rispetto della rotazione.

Assolutamente differente è l'ipotesi in cui l'avviso consegua alla intervenuta scadenza del contratto aggiudicato con procedure ordinarie.

In questa circostanza sembra ben difficile poter impedire al pregresso affidatario di aderire alla richiesta di essere invitati al procedimento (salvo specifiche situazioni di irrituali comportamenti o gestione dell'esecuzione del pregresso contratto).

Se poi la stazione appaltante procede con il sorteggio ed il pregresso affidatario venisse estratto ben difficilmente questi potrà non essere invitato con un semplice riferimento alla necessità di rispettare la rotazione.

Il mancato invito, in questo caso, dovrà trovare motivazione in precedenti provvedimenti negativi adottati o in situazioni similari a pena di vedersi caducati gli atti del procedimento.

E' evidente, in conclusione, che la rotazione costituisca un criterio giuridico di selezione degli operatori (a monte o a valle dell'invito, come si è precisato) di tipo flessibile, che necessiti di una accurata ed approfondita analisi del mercato, del tipo di affidamento, del prodotto o del servizio richiesto e delle contingenze legate a precedenti affidamenti, in modo da evitare che esso si risolva in un mero criterio formale di alternanza nel ruolo di contraente con la pubblica amministrazione (mutuando il canone aristotelico di rotazione contrapposta a governo dei migliori), ma assurga a criterio sostanziale, pro-concorrenziale, che determini un reale beneficio per il mercato e, in ultima analisi, per l'acquisizione di beni e servizi, da parte dell'Amministrazione, che siano rispondenti alla migliore qualità e al minor prezzo.

Ed è altrettanto evidente che la rotazione possa funzionare in questi termini soltanto laddove l'Amministrazione svolga un serio ed articolato ragionamento (articolato in modo pertinente alle singole tipologie e fattispecie di gara) in modo tale da motivare, nei casi in cui si è detto è necessaria la motivazione, le ragioni sottese al suo utilizzo (rectius: mancato utilizzo).

NOTE:

(1) Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160.

(2) Secondo il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 maggio 2013, n. 13, *“Per effettuare in modo compiuto tale distinzione tra principi generali e disposizioni, non può trascurarsi di rilevare che i principi non sono soltanto quelli che il codice definisce, di massima nelle sue parti iniziali (v. in specie l’art. 2), come principi generali di una data materia, nel senso di superprincipi o valori o finalità teleologiche del sistema.*

Come è infatti noto, l’aspetto rilevante di un codice, anche nel senso ristretto della nuova codificazione moderna secondo codici di settore, è la sua aspirazione ad essere un “sistema”; il sistema consente di spostare l’attenzione anche su principi, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti.

I principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di

valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme.

Sotto tale profilo, sulla base di quanto dispone l’art. 30, non potrebbe sostenersi l’applicabilità di tutte le disposizioni del codice, in quanto tutte le norme di dettaglio costituiscono una più o meno immediata applicazione di principi generali.

E’ evidente, tuttavia, che i principi generali comunitari o di rilievo nazionale, secondo gli articoli 2 e 30 del codice dei contratti pubblici, abbisognano anche di declinazioni in disposizioni specifiche legislative, che trovano la propria ratio immediata nei medesimi principi, sia pure calati rispetto ad esigenze più particolari e che a loro volta si caratterizzano, questo è il punto centrale, per essere tradizionalmente considerati principi generali della specifica materia (nella specie, dei contratti pubblici)”.

(3) Su questi temi esiste letteratura copiosa, si segnalano in particolare: F. ORESTANO, Ancora dei «principi generali di diritto», in Riv. intern. fil. dir., 1924, pag. 273; N. BOBBIO, v. Principi generali di diritto, in Noviss. dig. it., 1968, vol. XIII, p. 891; S. BARTOLE, v. Principi del diritto (dir. cost.), in Enc. del dir., vol. XXXV, 1986, pag. 509-511 e 518; F. SANTORO-PASSARELLI, Intervento, in I principi generali del diritto, atti del convegno (Roma, 27-29 maggio 1991), Accademia dei Lincei, 1992, Roma, p. 7; R. GUASTINI, Principi di diritto, in Glossario, Trattato di diritto privato a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 339-352; G. ALPA, I principi generali, in Trattato di diritto privato, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006, cap. I; A. PIZZORUSSO, Delle fonti del diritto, Art. 1-9, in Commentario del codice civile SCIALOJABRANCA, a cura di F. GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2011, pag. 674-683.

(4) È l’impostazione seguita da N. BOBBIO, v. Principi generali di diritto, cit., p. 894. Si tratta di un’operazione pensata con finalità di studio, per costruire una teoria dei principi generali. Cosa ben diversa dal tentativo di codificazione. Con questo tipo di indagine si vorrebbe costruire una sorta di inventario enucleato a partire dai principi rintracciabili nel materiale giurisprudenziale, principi che pertanto trovano diretta e

concreta applicazione nella soluzione delle controversie che involgono le più disparate sfere del diritto. E del pari si vorrebbe così ottenere la base per comporre una catalogazione ordinata secondo taluni criteri classificatori, che corrispondono ai principali aspetti della discussione sui principi generali. Tra i criteri rientrano la materia, l'estensione della portata vale a dire il grado di generalità, la funzione. E ciascuno di essi si scompone in sottocriteri. Un'opera siffatta, che poi equivale ad una sistematizzazione dei principi generali effettivamente utilizzati, se giungesse a compimento, forse renderebbe effettivamente più agevole lo studio dei diversi tipi di principi raggruppati. Probabilmente permetterebbe di farsi un'idea più precisa della fisionomia dei principi. Poi, una classificazione fondata sull'opera della giurisprudenza presenterebbe un duplice vantaggio. Da un lato, l'autorità della fonte. Dall'altro lato, la rilevanza giuridica effettiva degli elementi selezionati.

(5) Cambiano, G. (2016). *Come nave in tempesta. Il governo della città in Platone e Aristotele*, Roma-Bari, Laterza e Cambiano, G. (1988). *I filosofi e la costrizione a governare nella «Repubblica» platonica*, in G. Casertano (ed.), *I filosofi e il potere nella società e nella cultura antiche*, Napoli, Guida Editore, 43-58.

(6) De Luise, F. (2016). *La scienza del potere ovvero il potere dei tecnici: la questione dei "migliori" tra Repubblica e Politico*, in id., *Legittimazione del potere, autorità della legge. Un dibattito antico*, Trento, Edizioni del Dipartimento di Lettere e Filosofia, 75-105.

Maffi, A. (2016). *Il principio di maggioranza nella prassi politico-giuridica della Grecia classica e nella critica aristotelica*, in F. de Luise (ed.), *Legittimazione del potere, autorità della legge. Un dibattito antico*, Trento, Edizioni del Dipartimento di Lettere e Filosofia, 109-151.

Hansen, M. (2003). *La democrazia ateniese nel iv secolo a. C.* (1991), tr. it., Milano, LED.

(7) L'art. 36, comma 2, stabilisce che:

“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;

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

(8) In dottrina si segnalano, in particolare, i contributi specifici di:

- R. Giani, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici* in *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali* (a cura di) G.M. Caruso, D. D'Alessandro, D. Pappano, Torino, 2019, pp. 55-76.

- P. Del vecchio, *Le novità in tema di sottosoglia*, in M.A. Sandulli-M. Lipari-F. Cardarelli (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 119-135.

- S. Vinti, *L'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 257-381.

- M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297.

- L. Presutti, *Decorrenza del termine di impugnazione e principio di rotazione nella gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 1, 83.

- S. Usai, *Le implicazioni negative dell'applicazione "integrale" del principio di rotazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 5, 674.

- S. Deiana, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 678.