

# L'EVOLUZIONE DEL «PRINCIPIO» DI ROTAZIONE NEL CODICE DEI CONTRATTI

*Avv. Carmine Podda*  
*24.05.2023*

## LA ROTAZIONE NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA SECONDO IL D.LGS. 50/2016

Art. 36 D.Lgs. 50/2016: «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 all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.»

**1) Nelle procedure negoziate il principio di rotazione va applicato tassativamente con riferimento all'affidatario uscente?**

A) TAR Friuli Venezia Giulia n. 419/2016: legittimo il mancato invito di una ditta ad una procedura negoziata attivata in applicazione dell'art. 36 c. 2, lett. b) nel caso in cui si tratti dell'operatore economico che nell'anno precedente aveva svolto lo stesso servizio oggetto della gara (richiesta di partecipazione a RDO su Mepa non riscontrata da SA) «*trattandosi di una norma speciale relativa alle gare sotto soglia, prevale sulla normativa sulle gare in generale*»

- B) TAR Puglia Lecce n. 1514/2016: l'esclusione del precedente affidatario dalla successiva RDO deve essere sorretta da una motivazione particolare (grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedente contratto o illecito professionale) in quanto *«il privato che ha precedentemente svolto presso l'amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata, in relazione alla quale censura il mancato invito, si trova... in una posizione peculiare, che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'amministrazione ed assume la natura e consistenza dell'interesse legittimo tutelabile dinanzi al GA»*
- C) Linee Guida Anac 4/2016: no obbligo di esclusione affidatario uscente *«In caso di affidamento all'operatore economico uscente, è richiesto un onere motivazionale più stringente, in quanto la stazione appaltante motiva la scelta avuto riguardo al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione*

D) TAR Toscana, sez. II, n. 816/2017: *«Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo. Nel caso di specie, all'avviso esplorativo hanno fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente, e pertanto l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato. La censura basata sul difetto di motivazione dell'invito (anche) al gestore uscente a partecipare alla procedura appare quindi infondata poiché è ricavabile dagli atti della gara»*  
Interpretazione del combinato disposto degli artt. 36 (congiunzione «nonchè») e 30 c.1: la congiunzione nonché confermerebbe l'accessorietà del principio di rotazione rispetto a quelli di concorrenza, non discriminazione etc

D.Lgs. 56/2017 (Decreto Correttivo): 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 ... 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

Parere CdS n. 782/2017 sullo schema di Decreto Correttivo: secondo il CdS il senso della modifica legislativa sembrerebbe quello di «*collocare la rotazione già nella fase in cui l'amministrazione si rivolge al mercato, per delineare, eventualmente, la successiva competizione tra gli operatori interessati all'affidamento ... In questa prospettiva, non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari ... resta 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*»

**Consiglio di Stato sez. VI 31/8/2017 n. 4125:** «*Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.*

*Pertanto ... il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero 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...*

*Deve quindi concludersi che, anche nel caso di specie, si imponesse a carico della stazione appaltante la seguente alternativa: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito. (...) In definitiva, l'invito e l'affidamento al contraente uscente avrebbe richiesto un onere motivazionale più stringente. Per contro, la documentazione di gara non reca alcuna motivazione in ordine alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore. Le affermazioni dell'appellante - secondo cui vi sarebbero pochi operatori interessati all'affidamento - sono rimaste del tutto indimostrate»*

## 2) E' possibile derogare all'applicazione del principio di rotazione?

- A) Linee Guida Anac 4/2016 emendate 2018: *«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»*
- B) Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3831/2019: *«...tenore testuale della norma citata che impone il rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto ... non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito»*

Sul motivo per il quale una indagine di mercato a mezzo di avviso a manifestare interesse non possa essere considerata di derogare alla rotazione (in difformità rispetto alle Linee Guida Anac)

Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2292/2021: *«... risultano pure irrilevanti, e comunque inidonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione ... alcuni accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante, tra i quali, per quanto di interesse, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato. Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione»*

C) Di senso contrario Tar Marche, Ancona, n. 385/2020:

*«Lo scopo della norma è quello di evitare il consolidarsi di rendite di posizione, nel caso in esame non si è proceduto ad un affidamento diretto al contraente uscente, bensì ad una gara ristretta ma estesa a ben 19 operatori del settore che, come riferisce l'amministrazione resistente, costituivano i partecipanti alla precedente procedura negoziata (svolta attraverso avviso pubblico di manifestazione di interesse) oltre a nuovi operatori individuati autonomamente dalla stessa stazione appaltante al fine di invitare più operatori possibili.*

*Anche se non è stata quindi avviata una procedura aperta (nell'ambito della quale il principio di rotazione risulterebbe inapplicabile), si può tuttavia ritenere che l'ampia diramazione di inviti abbia comunque garantito un effetto concorrenziale sostanzialmente equivalente...*

*Per le stesse ragioni deve considerarsi accettabile anche la motivazione specifica dell'invito esteso al gestore uscente; motivazione rafforzata dal fatto che esso aveva comunque fornito una prestazione ritenuta accettabile, quindi una garanzia di affidabilità, che costituisce anche giustificazione plausibile secondo le linee guida ANAC n. 4 (punto 3.7)»*

Terza casistica: esclusa rotazione in caso di «procedura bifasica» con fase procedurale aperta seguita da fase ristretta previo sorteggio

Tar Catania, Sez II 1130/22 e Tar Lazio, Roma, n.13184/2020: *«Nel caso in esame, la Città Metropolitana di ... ha indetto, per l'affidamento dei lavori in questione, una procedura mista, poiché l'individuazione dei concorrenti da ammettere alla procedura negoziata senza bando era dipendente da un sorteggio aperto a tutte le imprese del settore che avessero manifestato il proprio interesse a partecipare.*

*Vi era, quindi, una fase procedurale aperta (a tutti), seguita da una, invece, ristretta... Nel caso di specie, la procedura di gara non è riconducibile propriamente ad una procedura negoziata ristretta, poiché il procedimento prevedeva una richiesta di offerta rivolta a tutti gli operatori del settore, (tanto è vero che le domande di partecipazione erano oltre un centinaio). Ciò delinea un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato che esclude qualsiasi intervento dell'amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura. Donde, la non violazione del principio di rotazione.»*

Ad ogni buon conto l'indirizzo ad oggi prevalente è quello che vede nella procedura aperta l'unica possibilità di deroga alla rotazione e dunque in «*un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento dell'amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura*» (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3999/2021)

Tar Toscana, Sez I, n.98/2023 : l'affidamento era stato preceduto da “ricerca di mercato preliminare ufficiosa” tra sette imprese selezionate dalla Stazione appaltante tra cui il contraente uscente poi risultato aggiudicatario.  
«*Nella fattispecie che ci occupa, il fatto stesso che la Stazione appaltante abbia invitato alla procedura sette operatori economici esclude già in radice che possa essere ravvisata quella sostanziale limitatezza del mercato (ovvero un “numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato”)* che legittima la partecipazione alla procedura di gara del precedente gestore in violazione del principio di rotazione.

*Il generico riferimento presente nella determinazione impugnata al fatto che il precedente gestore abbia “svolto il servizio in essere in modo diligente, professionale e affidabile” non viene poi ovviamente ad integrare quel “particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale” (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525) che, per la giurisprudenza sopra richiamata, permette di derogare al principio di rotazione, così come insufficiente a giustificare detta deroga risulta il fatto che si trattasse dell’offerta più “più vantaggiosa per economicità ed efficacia in termini di prestazioni richieste come servizi”. Al di là della sostanziale inidoneità delle nuove argomentazioni contenute negli atti defensionali ad integrare la motivazione dell’atto impugnato, manifestamente irrilevante risulta poi il riferimento, contenuto negli atti..., alla giurisprudenza che ha affermato l’inoperatività del principio di rotazione nelle ipotesi in cui la Stazione appaltante in cui l’amministrazione decida l’affidamento del servizio a mezzo di procedura aperta (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525; 28 febbraio 2022, n. 1421; 22 febbraio 2021, n. 1515; sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654; sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539), risultando evidente come la procedura in discorso non fosse per nulla aperta, ma limitata ai sette operatori selezionati dalla Stazione appaltante.»*

### 3) Obbligo di rotazione in caso di «alterità qualitativa» tra due appalti consecutivi?

La rotazione non ha ragion d'essere in caso di diversità tra le prestazioni oggetto degli affidamenti in successione, cioè di “sostanziale alterità qualitativa” delle prestazioni oggetto delle due commesse (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030)

La rotazione deve, cioè, essere intesa “non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione” del ‘nuovo’ affidamento, ma solo nel senso “di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza” (cfr. Cons. Stato n.2654/2020).

*Consiglio di Stato, sez V, n.7794/2022: «Nel caso di specie, deve convenirsi che i due affidamenti fossero contenutisticamente distinti, posto che ... la precedente commessa aveva ad oggetto solo il servizio di gestione e consegna degli atti depositati presso lo sportello comunale dai messi comunali, da altri enti e dagli ufficiali giudiziari e la registrazione delle PEC (trattandosi, con ciò, di una mera attività di ricezione degli atti, con smistamento ai destinatari ...*

*... il nuovo servizio prevedeva una serie di articolate, più complesse e del tutto nuove attività, che andavano dalla registrazione delle istanze di accesso agli atti, alla ricerca in archivio dei documenti, all'aiuto e assistenza degli utenti durante tutta la fase di consultazione dei documenti medesimi, alla compilazione dei moduli telematici.*

*Inoltre, per alcune di tali attività (ricerca in archivio e assistenza nella compilazione dei moduli telematici), rispetto alla commessa precedente era significativamente richiesta la presenza di personale laureato...*

*Deve perciò, escludersi – a dispetto del tentativo dell'appellante di operare una parcellizzata assimilazione sostanziale – la possibilità di sovrapporre prestazioni obiettivamente diverse, destinate ad operare secondo una diversa logistica e con personale dotato di un diverso grado di specifica professionalità...*

*Si conferma, in definitiva, l'inapplicabilità del principio di rotazione, in assenza di continuità tra le prestazioni contrattuali (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1421).»*

## LA ROTAZIONE SECONDO IL D.LGS. 36/2023

- 1) Contrariamente alla precedente previsione «rotazione degli inviti e degli affidamenti», dal 01.07 la rotazione riguarderà solo gli affidatari.
- 2) Viene esplicitato nella nuova norma il concetto di «alterità qualitativa»

*Art. 49 c. 2: «In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.»*

- 3) La rotazione si dovrà applicare solo in caso di affidamenti rientranti nella medesima fascia (valore economico)

*Art. 49 c. 3: «La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6»*

## LA ROTAZIONE SECONDO IL D.LGS. 36/2023

Deroga 1: recepita la linea di indirizzo ANAC e dunque possibilità di reinvito dell'affidatario uscente (o del ri-affidamento diretto) previa adeguata motivazione attestante a) la scarsità di alternative nel mercato di riferimento b) l'accurata esecuzione del precedente rapporto contrattuale

*Art. 49 c. 4 «In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto»*

**N.B.:** come confermato nella relazione illustrativa al Codice, i requisiti previsti dal comma 4 devono essere concorrenti e non alternativi tra loro

Deroga 2: il principio di rotazione non si applica nel momento in cui la stazione appaltante avvia un'indagine di mercato prodromica alla successiva procedura negoziata senza porre sbarramenti al numero di soggetti da invitare a quest'ultima

## LA ROTAZIONE SECONDO IL D.LGS. 36/2023

Art. 49 c. 5 «I contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata

Deroga 3: Le stazioni appaltanti (art. 49 c. 6) potranno decidere di non ricorrere all'applicazione del principio di rotazioni per affidamenti diretti di importo inferiore ad € 5.000,00 (innalzato il precedente limite di € 1.000,00)

In questo modo si uniforma il limite di importo in deroga a quello previsto per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico per gli acquisti sottosoglia di beni e servizi.