



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NELLA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DIRETTO DEL SERVIZIO DI MODICO VALORE ECONOMICO

La valutazione discrezionale della P.A. di invitare nuovamente l'operatore economico uscente per la partecipazione alla procedura di affidamento diretto di servizi di modico valore economico, di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), senza ricorso alla rotazione dello stesso operatore, deve emergere dalla motivazione del provvedimento di affidamento.

di Francesco Orabona

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Sabato 15 Febbraio 2020

Abstract (ita): Il presente contributo affronta la delicata problematica dell'applicabilità del principio di rotazione, di cui all'art. 36, comma 1, del D.Lgs. 18-4-2016 n. 50, nell'ambito delle procedure di affidamento diretto di servizi (art. 36, comma 2, lett. a)) con particolare riferimento alle procedure di valore economico non superiore ad € 5.000,00. Il punto cruciale della questione è quello di individuare il limite tra l'eccessiva discrezionalità amministrativa della P.A. consistente nella scelta di invitare alla procedura di affidamento un numero ristretto di imprese ivi compreso l'operatore economico uscente e l'interesse di quest'ultimo a prendere ancora parte alla gara pur avendo rispettato gli obblighi contrattuali derivanti dal precedente servizio ed in presenza del possesso dei requisiti soggettivi previsti dal Codice dei contratti pubblici. Sul punto sono emersi numerosi orientamenti della giurisprudenza di merito tra loro a volte contrastanti anche se pare che il supremo Organo di giustizia amministrativa abbia voluto recentemente fornire un indirizzo chiaro ed univoco nel senso che la Stazione appaltante possa evitare 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.

Abstract (eng) This contribution addresses the delicate issue of the applicability of the rotation principle, referred to in art. 36, paragraph 1, of Legislative Decree 18-4-2016 n. 50, as part of the direct service award procedures (art. 36, paragraph 2, letter a)) with particular reference to the procedures of economic value not exceeding € 5,000.00. The crux of the matter is to identify the limit between the excessive administrative discretion of the P.A. consisting in the choice of inviting a restricted number of companies to the awarding procedure, including the outgoing economic operator and the latter's interest in taking part in the tender despite having respected the contractual obligations deriving from the previous service and in the presence of possession of the subjective requirements of the Public Contracts Code. On this point, numerous orientations of jurisprudence of merit emerged, sometimes conflicting even if it seems that the supreme administrative justice body has recently wanted to provide a clear and univocal address in the sense that the contracting authority can avoid inviting the outgoing manager, unless it gives adequate reasons for the reasons which led, notwithstanding the general principle of rotation, to send the invitation also to the outgoing operator

Sommario: 1. I termini della questione; 2. Nozione del principio di rotazione: posizione della giurisprudenza; 3. La ratio della norma di cui all'art. 36, comma 1 e comma 2 lett. a) del Codice degli appalti; 4. Obbligo di motivazione...?; 5. ...o eccessiva discrezionalità della P.A.?; 6. L'indirizzo giurisprudenziale più recente; 7. Spunti di riflessione sul caso concreto.

1. I termini della questione

Con il presente contributo si focalizzerà l'attenzione sulle possibili implicazioni del principio di rotazione, contemplato dall'art. 36, comma 1, del D.Lgs. 18-4-2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici), nell'ambito delle procedure di affidamento diretto di servizi (art. 36, comma 2, lett. a)) allorquando esse abbiano un valore economico non superiore ad € 5.000,00.

Ebbene, nella fattispecie da esaminare, un Ufficio periferico della P.A. ha la necessità di rinnovare il servizio di manutenzione degli impianti elettrici della sede lavorativa in vista della scadenza contrattuale del servizio con il precedente operatore economico (durata tre anni e valore economico non superiore ad € 5.000,00 escluso IVA). In tal caso, la precedente gara era stata espletata con affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016.

Fermo restando che la gestione della gara è ripartita tra la competente Struttura centrale dell'Amministrazione e l'Ufficio periferico di quest'ultima con riferimento alle fasi di interpello delle Ditte concorrenti inserite nell'elenco del ME.PA. e di stipula del relativo contratto con la Ditta scelta, l'Ufficio periferico dell'Amministrazione, previa individuazione di un numero ristretto di Ditte, -inserite in apposito elenco MEPA ivi compreso l'operatore economico (uscente) del precedente contratto-, ha proceduto ad inviare a cinque Ditte, scelte sul territorio dal citato elenco, inviti informali (cioè tramite posta elettronica ordinaria) informando le stesse circa la volontà dell'Amministrazione di indizione della procedura con tutte le prescrizioni tecniche necessarie per il servizio da espletare e richiedendo di far pervenire i preventivi entro un determinato termine.

Tutte le Ditte interpellate hanno trasmesso i preventivi di spesa del servizio che sono stati poi esaminati dal competente Ufficio dell'Amministrazione.

Tra le offerte presentate, la Stazione appaltante ha provveduto ad accettare il preventivo di spesa economicamente più conveniente per l'importo di € 5.000,00 e, con apposito provvedimento, ha direttamente affidato il servizio allo stesso operatore economico del precedente contratto.

Contestualmente l'Amministrazione ha avviato con l'operatore economico la Trattativa Diretta MePA attraverso la piattaforma del Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, conformemente a quanto previsto dall'art. 1 c. 450 della L. n. 296 del 27/12/2006, così come modificato dall'art. 7 c. 2 del D.L. n. 52 del 07/05/2012, come sostituito dalla Legge di conversione n. 94 del 06/07/2012 e dal comma 130 dell'art. 1 della L. n. 145 del 30/12/2018.

Infine, tra l'Amministrazione e la stessa Ditta uscente viene stipulato il relativo contratto per un valore di € 5.000,00 ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. a), del D.Lgs. 50/2016 attraverso il portale del Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione.

2. Nozione del principio di rotazione: posizione della giurisprudenza

Posta la questione in termini fattuali, resta il problema di carattere giuridico ovvero se si chiede se l'Amministrazione fosse tenuta a rispettare la rotazione delle Ditte evitando, in fase di interpello informale delle stesse, di invitare lo stesso operatore economico del precedente contratto, operatore che poi è risultato affidatario del medesimo servizio in ragione dell'offerta economicamente più conveniente.

L'art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici) prevede che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo sotto soglia comunitaria avvengono non solo nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e dei criteri fissati dal medesimo Codice ma anche tenendo conto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti in modo tale che venga garantita l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Le stazioni appaltanti, fermo restando la possibilità del ricorso alle procedure ordinarie, possono procedere all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie in cinque casi:

affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta (affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro) -art. 36, comma 2, lett. a) del Codice. 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 (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 del Codice per le forniture e i servizi) -art. 36, comma 2, lett. b) del Codice. procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara 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 (affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro) - art. 36, comma 2, lett. c) del Codice. procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara 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 (affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro) - art. 36, comma 2, lett. c bis) del Codice degli appalti. procedure aperte di cui all'articolo 60 del Codice, fatta eccezione la fattispecie di cui all'articolo 97, comma 8 del Codice (affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice) - art. 36, comma 2, lett. d) del Codice. Premesso ciò, appare opportuno chiarire il significato del principio di rotazione.

Il ricorso al principio in questione^[1] fa sì che le Amministrazioni possano affidare il contratto pubblico ad un operatore economico diverso dal soggetto che ha ottenuto l'ultimo affidamento, e ciò al fine di garantire la massima apertura al mercato nel rispetto del principio della libera concorrenza e del principio di imparzialità dell'azione amministrativa^[2]

Esso, in linea generale, si riferisce agli affidamenti sotto-soglia comunitaria ed ha una portata precettiva che sarebbe diversificata a seconda del tipo di procedura in concreto prescelta dalla Stazione appaltante.

La ratio^[3] di tale principio risiede nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo ai singoli operatori economici che abbiano beneficiato della posizione di vantaggio derivante dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento. Funzione della rotazione è quella di non favorire l'operatore che abbia già lavorato con la Pubblica amministrazione e non quella di escludere tale operatore tout court.

Sussistono diversi orientamenti sulla portata precettiva del principio di rotazione in materia di appalti pubblici.

Secondo un primo orientamento, il principio di rotazione non sarebbe immediatamente applicabile, in quanto l'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 avrebbe una portata meramente programmatica^[4].

L'art. 36, comma 7, del citato D.Lgs., infatti, prevede che “con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabilite le modalità relative alle procedure di cui al presente articolo, alle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Nel predetto regolamento sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista”.

L'art. 216, comma 27-octies del Codice degli appalti, prevede, tra l'altro, che nelle more dell'adozione del nuovo Regolamento, rimangono in vigore le disposizioni delle precedenti linee guida dell'ANAC.

Il rinvio alle disposizioni dell'ANAC contenuto nella norma citata ha lasciato pensare che, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti e l'adozione delle linee guida, il principio di rotazione non potesse trovare applicazione, in quanto non sarebbero stati fissati i parametri di dettaglio entro i quali avrebbe dovuto operare.

Secondo tale impostazione ermeneutica, l'art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 avrebbe una portata programmatica con la conseguenza che non potrebbe imporre alle stazioni appaltanti di escludere dalla gara il contraente uscente senza le disposizioni di dettaglio dell'ANAC che ne disciplinerebbero espressamente i casi.

Per un secondo orientamento^[5], invece, una siffatta impostazione non sarebbe condivisibile, poiché il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 deriverebbe da altri principi comunque vigenti, con la conseguenza che avrebbe una portata immediatamente precettiva e non necessiterebbe di disposizioni di dettaglio per la sua applicazione.

Del resto, la ratio di tale previsione risiede nella esigenza di evitare che in capo al gestore uscente si consolidino condizioni di vantaggio derivanti dal pregresso affidamento, a garanzia di un'effettiva tutela del principio di parità di trattamento, con riguardo ad operatori economici che si trovino in una situazione di asimmetria informativa rispetto ad altri.

3. La ratio della norma di cui all'art. 36, comma 1 e comma 2 lett. a) del Codice degli appalti

Secondo la norma di cui all'art. 36, comma 1, del Codice, "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore" alla soglia comunitaria "avvengono nel rispetto ... del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti"; mentre il comma 2 riporta il seguente passaggio: "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 ...".

Ebbene, dal combinato disposto dei suddetti commi, se ci si vuole attenere al senso letterale della disposizione normativa, sembra che il principio in esame possa trovare

applicazione, in ogni caso, anche alle procedure di affidamento di importo inferiore a € 40.000 e, quindi, gli inviti vanno inviati solo ai nuovi operatori economici e non a quello uscente dal precedente contratto. Pertanto la gara andrebbe affidata ad una delle nuove Ditte partecipanti migliore offerente e qualora sia in possesso dei prescritti requisiti di legge.

Peraltro, operando una diversa lettura della norma di cui al comma 1 nella parte in cui si legge “l'affidamento ... di lavori, servizi e forniture ... avvengono nel rispetto ... del principio di rotazione degli inviti”, la stessa pare debba essere intesa nel senso che non si ponga a carico della Stazione appaltante alcun obbligo di attenersi alla rotazione dell'operatore uscente dal precedente contratto bensì sia prevista in capo alla medesima Stazione la valutazione discrezionale di scegliere se invitare anche il precedente operatore già affidatario della precedente servizio.

A ciò si aggiunga che anche per tale tipo di affidamento va considerata la possibilità del ricorso al Mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni.

A tal riguardo, si è ritenuto che il principio di rotazione possa trovare applicazione nelle procedure MEPA nel caso in cui l'Amministrazione decida di invitare tutte le imprese inserite in apposito elenco Mepa” (nella categoria/settore merceologico oggetto della procedura indetta)^[6]. In tal caso non si verificherebbe una situazione di concorrenza “pura” in ragione del fatto che le imprese non iscritte nel citato elenco non hanno potuto partecipare alla procedura elettronica in discorso^[7].

Se si considera il par. 3.6 delle linee guida approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n.206 del 1 marzo 2018, il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratta, va applicato 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. Peraltro, detto principio comporta 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.

4. Obbligo di motivazione...?

Ci si è chiesti se l'inclusione dell'uscente e/o dei precedenti invitati non aggiudicatari debba imporre all'Amministrazione un'adeguata motivazione nel provvedimento di scelta e/o affidamento dell'operatore economico.

In merito a tale aspetto, si è ritenuto che la decisione di escludere l'operatore uscente non necessita di un particolare onere di motivazione da parte della stazione appaltante, perché il principio di rotazione avrebbe portata generale^[8].

Secondo altro indirizzo, la stazione appaltante, al contrario, ha un preciso onere di fornire adeguata motivazione^[9] nel caso in cui decida di invitare alla procedura negoziata l'operatore uscente^[10].

Alla luce di quanto sopra, con particolare riferimento alle procedure di affidamento diretto (art. 36, comma 2, lett. a), si ritiene che in assenza di o con previa indagine di mercato, opera il principio di rotazione nei confronti dell'uscente e dei precedenti invitati non affidatari. Si deve pertanto adeguatamente motivare - pur con diversa intensità nei confronti delle due categorie di destinatari - l'ipotesi di reinvito. In tal caso è corretto se la Stazione appaltante affida direttamente l'appalto senza contattare l'uscente^[11].

Sotto il profilo penale, è stata esclusa la configurabilità del reato di cui all'art. 353 c.p. a fronte di affidamenti diretti ex art. 36, comma 2, lett. a) del Codice degli appalti in quanto "non vi è gara in mancanza di forme procedimentali [nello specifico precisi criteri di selezione], nel senso che, pur in presenza di un interpello, se non è stabilito alcun meccanismo selettivo di competizione e di concorrenza tra gli offerenti, vi è solo una comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, pur attraverso un esame contestuale delle stesse"^[12].

In alcuni casi è stata addirittura ritenuto che la richiesta di preventivo non integri una vera e propria procedura negoziata^[13]

Nelle linee guida ANAC n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" si legge che "il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente". Ciò significa che la stazione appaltante - o meglio, il RUP - nel momento in cui propone al dirigente/responsabile del servizio l'affidamento, è tenuta/o ad indicare la motivazione di tale scelta "in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del 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".

Allo stesso modo, nel parere del Cons. Stato n. 1329/2016 - espresso sullo schema di linee guida relative all'affidamento nel sotto soglia comunitario - si legge che "ben diverso è il caso dell'affidamento all'operatore economico uscente (par. 3.3.2), dove, ad avviso del Collegio, appare non sufficiente imporre un "onere motivazionale più stringente", quando, invece, dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale (...) il 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 (art. 36, comma 1). Assai spesso, del resto, è proprio negli affidamenti all'operatore uscente che il fenomeno corruttivo si annida nella sua dimensione meno facilmente accertabile".

Sembra chiaro che se il principio di rotazione tende ad evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico, il RUP non potrà continuamente proporre l'invito al progresso affidatario ma neppure degli stessi soggetti già invitati.

Ma questo dipende dalle dinamiche seguite nella fase della scelta dei potenziali contraenti. Se l'avviso di partecipazione ad una predisponenda procedura di gara informale viene reiterato ogni anno, gli inviti dovrebbero ruotare ovvero l'avviso stesso dovrebbe contenere una clausola specifica che inibirà la stazione appaltante dalla possibilità di reiterare gli inviti sempre agli stessi appaltatori. Salvo, appunto, la dimostrata carenza di alternative.

5. ...o eccessiva discrezionalità della P.A.?

In altre occasioni è stato stabilito che la Stazione appaltante abbia ampia discrezionalità nell'individuazione delle ditte da invitare: pertanto, stante una mera facoltà di invitare l'uscente in capo alla P.A.^[14] va negata la sussistenza di un diritto, in capo a qualsiasi operatore del settore, ad essere invitato alla procedura^[15].

Del resto, se il procedimento per l'individuazione del contraente si svolge in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può considerarsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto^[16]

Ancora è stato rilevato che nell'ambito della procedura negoziata caratterizzata da una pluralità di inviti, la stazione appaltante non avrebbe alcun obbligo di invitare il pregresso affidatario ma semplicemente una mera facoltà "di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione"^[17].

Occorrerebbe comunque distinguere tra affidamento diretto e procedure negoziata semplificata.

L'affidamento diretto, ovvero senza un ricorso al mercato, risulta da sempre ancorato a rigorosi presupposti identificabili, semplificando, nella (relativa) irrisorietà dell'importo oppure adeguatamente motivato e giustificato da contingenze peraltro ben delineate dal legislatore e dalla giurisprudenza

Il procedimento dell'affidamento diretto - secondo il codice degli appalti - risulta consentito, al netto delle ipotesi di urgenza e necessità non ricorrenti nell'ambito dei 40 mila euro ed impone specificatamente, per ciò che qui interessa trattare, oltre al rispetto dei principi classici, il rispetto della rotazione negli affidamenti ed una adeguata motivazione.

La rotazione, in questo caso, impone di evitare gli affidamenti reiterati allo stesso affidatario salvo che il RUP abbia presidiato una procedura oggettiva, anche informale^[18], di indagine di mercato che faccia emergere che l'offerta del pregresso affidatario è dal punto di vista tecnico/economico la migliore sul mercato.

Non a caso, l'adeguatezza della motivazione risulta essenzialmente fondata sulla necessità di confrontare preventivi e quindi diverse (almeno 2) "offerte"^[19]

6. L'indirizzo giurisprudenziale più recente

La recente giurisprudenza del Consiglio di Stato^[20], pur ribadendo che l'art. 36, comma 1, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 imponga espressamente alle stazioni appaltanti, nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia, il rispetto del "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti", ha stabilito che detto principio costituisca necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata^[21]: in tal modo si eviterebbe la formazione di rendite di posizione e di perseguire l'effettiva concorrenza,

poiché la medesima rotazione consentirebbe la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio^[22].

Secondo l'impostazione recente appare evidente che il legislatore abbia previsto il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara al fine 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^[23].

In definitiva sembra confermato il principio secondo cui la Stazione appaltante possa evitare 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.

7. Spunti di riflessione sul caso concreto

Come anticipato in premessa, è stata indetta una procedura di affidamento diretto di un servizio con interpello informale di cinque Ditte tra le quali è stata invitata anche quella affidataria del precedente contratto scaduto. E, proprio, su questo punto ci si pone la questione se l'Amministrazione abbia proceduto legittimamente ad invitare anche la ditta uscente dal precedente affidamento senza rispettare la rotazione di cui all'art. 36, comma 1, del Codice dei contratti e di conseguenza ad affidare il servizio alla ditta stessa.

Per fornire un riscontro equilibrato alla questione, a parere dello scrivente, occorre prendere in considerazione sia gli interessi dell'Amministrazione sia le esigenze dell'impresa cui affidare il servizio ed operare, di conseguenza, un bilanciamento delle contrapposte posizioni in campo tra le parti onde evitare che l'Amministrazione medesima possa incorrere nella violazione di tale fondamentale principio e che uno degli operatori non affidatari possa intentare un potenziale contenzioso.

Infatti, l'interesse dell'Amministrazione, sia in fase di scelta degli operatori economici da invitare ivi compresa la ditta uscente (esercizio della discrezionalità amministrativa), sia in fase di affidamento del servizio a quest'ultima che ha proposto un'offerta economicamente più conveniente, è quello di avere un'effettiva garanzia del servizio già reso analogamente a quanto avvenuto nel triennio precedente ed alle medesime condizioni e prescrizioni tecniche del pregresso contratto e di ottenere un maggior risparmio della spesa in considerazione di un'offerta economica più bassa con prestazioni ritenute più idonee e convenienti rispetto agli altri operatori. In particolare, l'Amministrazione, ha

valutato il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.

Tali elementi assumo grande rilevanza se si considera che la procedura in discorso è stata indetta a distanza di tre anni.

Ovviamente va valutata a cura dell'Amministrazione procedente la situazione soggettiva dell'operatore economico uscente dal precedente affidamento: e cioè la correttezza e serietà dell'operato dell'impresa che sotto la vigenza del precedente contratto ha reso il servizio nel rispetto delle condizioni contrattuali e nei termini stabiliti dal Codice, la presenza costante sul mercato per il medesimo settore merceologico nell'ambito di altre Amministrazioni, la qualità delle prestazioni rese, ecc..

A parere di chi scrive, dunque, per valutare se l'operato della Amministrazione nel corso delle fasi di scelta del contraente ed affidamento del servizio sia legittimo, occorrerebbe andare a verificare se nel provvedimento di affidamento stesso siano state esplicitamente ed adeguatamente evidenziate le ragioni, che sopra si sono riportate, che hanno indotto l'Amministrazione, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente. Quindi, sembra configurarsi anche in questo caso l'ipotesi dell'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, in mancanza della quale, se ci si vuole attenere a quanto statuito di recente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato^[24], il provvedimento potrebbe essere affetto da vizi di legittimità per violazione di legge.

Note e riferimenti bibliografici

[1] M. Alesio, Principio di rotazione e gestore uscente: finalmente una boccata d'aria fresca, in D&G, 2017, 113, 2; M. Alesio, Il 'peccato originale' del gestore uscente alla luce del principio di rotazione : analisi degli attuali orientamenti, in D&G, 2016, 7, 2

[2] C. Nuzzo, Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia, in M. Corradino - S. Sticchi Damiani (a cura di), I nuovi appalti pubblici, Milano, 2017, 125

[3] T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 26 marzo 2018, n. 354, in Foro amm., 2018, 3, 477.

[4] Presutti L., decorrenza del termine di impugnazione e principio di rotazione nelle gare per l'affidamento di contratti pubblici, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 1, 83.

[5] Presutti L., op. ult. cit., 1, 83

[6] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1412; Id., 4 settembre 2018, n. 1322, su cui v. G. Sorrentino, Il principio di rotazione nelle RDO Mepa: soluzioni operative a confronto alla luce della sentenza T.A.R. Puglia, 4 settembre 2018, n. 1332, in *App.&contr.*, 2018, 10, 9 ss. Contra: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 23 luglio 2018, n. 4883.

[7] Zingale Margherita Amitrano, Il principio di rotazione in materia di appalti pubblici, in *Urbanistica e appalti* 1/2019, 100.

[8] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11 settembre 2018, n. 9268, in *Foro amm.*, 2018, 9, 1517: “Corollario del principio di rotazione è il carattere eccezionale dell’invito all’affidatario uscente. Ne consegue che non necessita di specifica motivazione l’opzione di escludere l’affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell’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) e dell’applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che, nella fattispecie, si esplica consentendo ad operatori, diversi da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili”.

[9] Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125, in *Guida dir.*, 2017, 39, 84.

[10] T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 14 maggio 2018, n. 1007, in www.giustizia-amministrativa.it: “Al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd sotto soglia comporta in linea generale che l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale e debba 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”

[11] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906; T.A.R. Toscana, Firenze,

Sez. II, 3 ottobre 2018, n. 235.

[12] Cass. pen., Sez. VI, 16 ottobre 2018, n. 52209.

[13] T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 26 ottobre 2018, n. 1801

[14] T.A.R. Latina (Sez. I, 13 novembre 2018, n. 578); T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 73; E. Cavalleri, *L'interpretazione rigida del principio di rotazione : esso opera anche se il gestore uscente è stato individuato mediante procedura aperta*, in *giurisprudenzappalti.it*, 13 novembre 2018.

[15] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, n. 788/2017.

[16] T.A.R. Campania, Napoli, II, con sentenza del 27 ottobre 2016, n. 4981.

[17] T.A.R. Aquila, Sez. I, 9 giugno 2016, n. 372

[18] È il caso dell'indagine immediata nell'ambito delle "proposte" presenti nel mercato elettronico che consente un immediato riscontro sugli aspetti tecnici e sui valori economici e quindi un confronto

[19] Questo è quanto emerge dalla Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 contenente le Linee Guida n. 4, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" l'onere motivazionale può dirsi assolto "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" circostanza, evidentemente, che implica una analisi/ricerca pur informale sul mercato oppure la motivazione può - in modo più esplicito - "essere soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici".

[20] Cons. Stato Sez. V, 05-11-2019, n. 7539.

[21] Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160

[22] ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755

[23] Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; V, 5 marzo 2019, n. 1524.

[24] Cons. Stato., 05-11-2019, n. 7539, cit.
