



Rassegna giurisprudenziale SUL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

a cura di *Francesco Armenante* – consulente *FORMEZPA*

Formez  **PA**

TAR TOSCANA, SEZ. II – 12 giugno 2017 n. 816;

Sul principio di rotazione e sul criterio di anomalia in caso di concessione

Nelle gare di appalto, 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. Tale principio non può pertanto trovare applicazione ove all'avviso esplorativo abbiano fornito riscontro solo due operatori, di cui uno era il gestore uscente; in tal caso infatti, l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato.

TAR VALLE D'AOSTA 23 giugno 2017 n. 36 ;

Sul principio di rotazione

Il rispetto del principio di rotazione, espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva 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.

L'obbligo di rispettare i principi definiti dal richiamato 30, comma 1, del codice dei contratti (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), se da un lato esclude di riconnettere automaticamente la possibilità per le pubbliche amministrazioni di contrarre con uno specifico operatore economico senza procedure specifiche al solo dato oggettivo dell'importo economico, dall'altro implica che la motivazione può e deve essere costruita anche senza ricorrere all'acquisizione di una pluralità di preventivi atteso che la congruità di una proposta contrattuale può ricostruirsi anche *aliunde* (ad esempio, confrontandola con listini pubblici, quali i prezzi del MePa, o, ancora, con affidamenti di prestazioni analoghe di altre amministrazioni, dopo semplici ricerche in rete).

CONS. STATO, SEZ. VI - sentenza 31 agosto 2017, n. 4125

Sul principio di rotazione

Ai sensi dell'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in applicazione del principio di rotazione negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria la stazione appaltante **ha l'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.

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, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, 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 (in tal senso, v. le Linee guida n. 4 del 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Anac).

L'art. 36, d.lgs. 50 del 2016 non è contrario ai principi costituzionali: a) con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere "asimmetrico" del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti; b) quanto alla violazione dell'art. 41, in senso contrario 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; c) in relazione all'art. 97, l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

La mancata applicazione di tale principio può essere dedotta in sede giurisdizionale anche da chi ha partecipato alla gara, risultandone non vincitore e non solo dagli operatori economici pretermessi, e ciò in quanto la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 8 marzo 2017 n. 1336

Sul principio di rotazione negli appalti sotto-soglia

E' legittimo l'affidamento diretto di un servizio senza la consultazione del precedente gestore ai fini della indagine di mercato preliminare all'affidamento; infatti, anche se il combinato-disposto dagli artt. 36, 1° comma e 30, 1° comma del D.Lgs. n. 50/2016 pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, tuttavia, a meno di non volerne vanificare la valenza del principio di rotazione, esso privilegia indubbiamente l'affidamento a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio stesso, e ciò con l'evidente scopo di evitare la formazione di rendite di posizione e conseguire, così,

un'effettiva concorrenza (che sarebbe altresì frustrata dalla posizione di vantaggio in cui si trova l'operatore uscente, a perfetta conoscenza della strutturazione del servizio da espletare).

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 12 aprile 2017 n. 188

Sul principio di rotazione e sull'obbligo di motivare l'invito al gestore uscente

In base al principio di rotazione di cui all'art. 57, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 (v. ora l'art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, nella specie non applicabile *ratione temporis*), deve ritenersi illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto (nella specie per il servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei rifiuti solidi urbani prodotti all'interno del territorio comunale) al gestore uscente, nel caso in cui la necessità di invitare nuovamente il gestore stesso non sia stata adeguatamente motivata.