



Comune di Ribera
Libero Consorzio Comunale di Agrigento
Ufficio del Segretario Generale

Al Sindaco
Ai Componenti della Giunta Comunale
Ai Dirigenti
Alle Posizioni di Elevata Qualificazione
Ai Responsabili di Servizio

Loro Sedi

La “rotazione” nel nuovo Codice degli appalti (d.lgs n. 36/2023). Direttiva.

Nel perseguimento di obiettivi di imparzialità e trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità il legislatore ha scelto di formalizzare e di dare pieno riconoscimento giuridico al principio di rotazione, già contemplato dalla pregressa disciplina codicistica all’art. 36, comma 1 del dlgs n. 50/2016 (la cui declinazione attuativa era stata affidata alle Linee Guida ANAC n. 4, punti 3.6 e 3.7), dedicandogli l’articolo 49.

Il principio di rotazione nel d.lgs n. 50/2016

Il principio di rotazione “degli inviti e degli affidamenti”, di cui all’art. 36 del Codice, ormai abrogato, atteneva alle procedure di affidamento sotto la soglia comunitaria ed era stato introdotto dal legislatore al fine di garantire il rispetto della concorrenza e della massima partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Nel Codice del 2016, il principio di rotazione veniva soltanto enunciato, trovando, invece, una più compiuta disciplina nelle Linee Guida ANAC n. 4 del 2019, nel parere n. 1, del 27 ottobre 2021 e per mezzo delle pronunce giurisdizionali susseguitesesi nel tempo.

Il suddetto principio, regolato dalle Linee Guida ANAC prevedeva, nel caso di commessa rientrante nello stesso settore merceologico, “(...) 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[va] laddove il nuovo affidamento [fosse avvenuto] 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 [avesse operato] alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. (...)”.

La “rotazione” nel nuovo Codice degli appalti (d.lgs n. 36/2023)

L’art. 49 del codice degli appalti 2023 riprende, in parte, le previsioni di cui alle citate linee guida, innovando, tuttavia, su taluni profili significativi in relazione ai quali si è ritenuto di calibrare diversamente l’operatività del principio precisandone la portata con riferimento ad ambiti rivelatisi critici.

L'art. 49 recita :

- 1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte (contratti di importo inferiore alle soglie europee) avvengono nel rispetto del principio di rotazione.*
- 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 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.*
- 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.*
- 5. Per 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.*
- 6. E' comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.*

Il principio di rotazione si applica, agli affidamenti diretti e alle procedure negoziate senza bando dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie europee operati con le seguenti modalità previste dall'articolo 50 del nuovo Codice di seguito riportate.

Si può procedere all'affidamento diretto:

- per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (art. 50, comma 1, lett. a);
- per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (art. 50, comma 1, lett. b);

Si procede, invece, con procedura negoziata senza bando:

- per appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (art. 50, comma 1, lett. c);
- per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14: previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del codice, previa adeguata motivazione (art. 50, comma 1, lett. d);
- per appalti di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14 (Euro 215.000) previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (art. 50, comma 1, lett. d).

Applicazione del principio di rotazione

In applicazione del principio di rotazione è, dunque, 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.

La relazione illustrativa sottolinea che *“in continuità con la disciplina pregressa e con le previsioni delle linee guida ANAC n. 4 (v. punto 3.6, n.d.r.) si impone il rispetto del principio di rotazione già nella fase degli inviti, con lo scopo di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della commessa da realizzare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (Consiglio di Stato, sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943)”*. In proposito si ricorda che, nella richiamata sentenza, il Consiglio di Stato statuisce che *“l’obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.*

E', pertanto, vietato:

- un nuovo affidamento diretto al contraente uscente;
- l'invito alla procedura negoziata del contraente uscente.

Contrariamente alle indicazioni fornite da ANAC nelle linee guida n. 4 del 2019, nelle prescrizioni di cui all'art. 49 la rotazione si avrà solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione/affidamento essendo stati eliminati, invece, dal divieto gli operatori soltanto invitati alla procedura negoziata ma non aggiudicatari.

L'obiettivo del legislatore è stato quello di escludere la rotazione a carico del mero invitato poiché in tale circostanza *“la contrazione del principio concorrenziale non risulta in alcun modo giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario”* (v. relazione illustrativa e relazione tecnica agli articoli e allegati).

L'art. 49 non pone, quindi, limitazioni all' (re) invito di operatori economici già invitati in precedenza ma non risultati aggiudicatari.

Per quanto attiene il' (re) invito dell'aggiudicatario occorre segnalare l'assenza di riferimenti temporali, in mesi o anni, essendo previsto soltanto l'obbligo di *“saltare un turno”*.

Pertanto, il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente nei casi in cui i due affidamenti (consecutivi) abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, o ancora, nello stesso settore di servizi.

Deroghe all'obbligo di rotazione

Ripartizione degli affidamenti in fasce in base al valore economico.

Ai fini della rotazione la stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e applicare la rotazione con riferimento alla medesima fascia (comma 3, art. 49).

Trattasi di uno strumento utile, indispensabile per limitare l'obbligo di *“esclusione preventiva”* ad affidamenti di importo non equiparabile (essere estromessi da una procedura da 100 mila euro per essersene aggiudicata una di 10 mila non risulterebbe ragionevole né giusto). Un significativo passo avanti rispetto al passato.

Tale possibilità era già prevista dalle Linee guida ANAC n. 4, le quali precisavano che « *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.*»

Va da sé che è vietato il frazionamento artificioso di un medesimo affidamento o l'ingiustificato accorpamento al fine di aggirare il principio di rotazione.

A tal proposito si ritiene opportuno specificare, allo scopo di contrastare prassi di abuso, che l'applicazione del principio di rotazione non può e non deve essere aggirata per effetto di:

- 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”.

Si richiama in particolare l'attenzione sulla necessità di evitare, in maniera ingiustificata, l'alternanza di affidamenti o inviti agli stessi operatori (ad es., si affida l'appalto X all'operatore economico Alfa, quindi si riaffida il nuovo appalto X all'operatore Beta, quindi di nuovo ad Alfa, poi a Beta, e così via).

In altri termini, la circostanza che la rotazione possa comportare la perdita di un turno di competizione non può legittimare, in assenza di valide ragioni, pratiche di elusione del principio, che verrebbe piegato a sostegno di pratiche anticoncorrenziali e di privilegio a beneficio di pochi o degli stessi operatori affidatari anziché pro-concorrenziali di apertura al mercato.

Procedure aperte al mercato

Già L'ANAC, con delibera del 10 luglio 2019 n. 63, aveva previsto (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.*»

Il nuovo codice (art. 49, comma 5) riprende le indicazioni fornite dall'Anac prevedendo che « *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*», testo che apre alla possibilità di derogare nel caso di procedure svolte con una richiesta di manifestazione di interesse seguita dall'invito di tutti i candidati ovvero alle RDO aperte.

Pertanto, se il procedimento di gara si svolge sulla piattaforma Mepa mediante richiesta di offerta rivolta a tutti gli operatori iscritti al portale telematico si 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.

Nel caso, seppure la procedura descritta presenti profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata), non ricorre la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale – in attuazione del principio di concorrenza – ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato (*cf. sul punto anche parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, sulle "Linee guida" dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017*).

Essendo assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato, alla procedura in esame non è applicabile il principio di rotazione.

Sul punto vale la pena precisare che, a fronte della disciplina contenuta all'articolo 50, comma 1, lett. d del d.lgs. n. 36/23, risulta che per i sotto-soglia sia ammesso il ricorso alle procedure ordinarie in luogo

di quelle più snelle previste per gli affidamenti di importi sotto-soglia, solamente, previa adeguata motivazione, per i lavori di importo compreso tra 1 milione di euro e la soglia di rilevanza europea.

In concreto, dunque, la deroga al principio di rotazione sopra descritta, si può ritenere applicabile alle procedure negoziate senza bando in cui non sia posto alcun limite al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla procedura negoziata seppure svolta secondo le procedure previste per i sotto-soglia (*gr. art. 49, comma 5 e art. 50*).

Effettiva assenza di alternative

Oltre alla totale apertura degli inviti le stazioni appaltanti possono derogare alla rotazione “*in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto*” da parte del contraente uscente.

Il quarto comma dell'articolo 49 prevede che il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto soltanto in casi motivati dalla sussistenza di precisi requisiti:

- *struttura del mercato;*
- *effettiva assenza di alternative;*
- *accurata esecuzione del precedente contratto.*

La Relazione illustrativa precisa che i richiamati requisiti debbano essere concorrenti e non alternativi tra loro.

Pertanto, non è possibile derogare al principio di rotazione motivando unicamente con l'accurata esecuzione del precedente contratto, bensì dovranno contemporaneamente sussistere motivazioni legate alla struttura del mercato e all'effettiva ed assoluta assenza di alternative concorrenziali.

Anche questa norma recepisce l'orientamento ANAC (Linee Guida 4) che ha previsto che “la stazione appaltante deve motivare, in modo stringente, l'affidamento o il reinvito al contraente uscente 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” ;

Purtroppo, pur apprezzando il tentativo dell'ANAC, neanche sfruttando i suggerimenti e gli esempi utilizzati nell'ambito delle Linee Guida si riesce a superare il formalismo dell'onere motivazionale richiesto alla stazione appaltante.

L'Anac nel prevedere un onere motivazionale “stringente” fa riferimento a concetti del tutto generici e difficilmente sfruttabili di seguito analizzati:

- **la particolare struttura del mercato:** tranne in particolari casi, legati a beni e servizi di “nicchia” ovvero a realtà geografiche dove effettivamente si fatica a reperire fornitori, nella maggior parte dei casi le procedure vengono eseguite senza una preventiva (strutturata) analisi del mercato di riferimento sia per ragioni di speditezza che di economicità; del resto si tratta di procedure “semplificate”, di basso valore;

- **al fine di riscontrare la effettiva assenza di alternative** si potrebbe ricorrere alla preventiva indagine di mercato volta alla raccolta delle manifestazioni di interesse in esito alla quale il RUP potrebbe farsi un'idea della struttura del mercato e della effettiva presenza di soggetti interessati alla erogazione della prestazione ma certamente questa procedura non può essere generalizzata se non a scapito della efficienza, economicità e speditezza dell'azione amministrativa;

- **relativamente al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale**, al netto dell'utilizzo di questionari di gradimento e di soddisfazione da somministrare all'utenza (strumento certamente più attagliato al settore dei servizi), appare difficile poter motivare una deroga normativa ricorrendo ai concetti enunciati dall'ANAC di “*esecuzione a regola d'arte e qualità della*

prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti”, se non ricorrendo, di fatto, ai contenuti insiti nelle ordinarie attestazioni di corretta esecuzione strumentali al pagamento delle prestazioni e comuni a tutti quegli affidamenti in cui non siano state applicate penali in corso di esecuzione.

Per effetto di ciò viene resa assolutamente residuale e difficilmente percorribile l'ipotesi di un affidamento diretto al precedente affidatario per effettiva assenza di alternative.

Affidamenti diretti per importi inferiori ad € 5.000,00

Occorre infine precisare che il principio di rotazione non si applica per gli affidamenti diretti inferiori a 5.000 euro.

Si tratta dei c.d. “affidamenti diretti puri” per i quali nel Codice previgente era previsto un limite di appena 1.000 euro; tale innalzamento è dovuto ad una mera esigenza di coordinamento con l'obbligo di acquisto tramite Mepa, che è appunto previsto per gli affidamenti di importo superiore a 5.000 euro.

Nulla vieta che per affidamenti inferiori ad € 5.000,00 la Stazione appaltante possa in ogni caso applicare il principio di rotazione allorché lo ritenga opportuno.

I metodi di selezione degli operatori da invitare: divieto di sorteggio

Per completezza espositiva, si rammenta che l'articolo 50, comma 2, precisa che i metodi di selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate consistono nel ricorso ad elenchi e indagini di mercato le cui modalità di applicazione sono demandate all'Allegato II.1 al Codice. Tale allegato, al pari di tutti gli altri previsti dal nuovo Codice, doveva essere sostituito, entro il 28 settembre 2023, da un decreto ministeriale.

L'articolo 50, comma 2, prevede, inoltre, un espresso divieto di ricorso al metodo del sorteggio o ad altro metodo di estrazione casuale dei nominativi al fine di individuare gli operatori economici da invitare.

Lo scopo di tale norma è quello di precludere che la selezione degli operatori economici da invitare avvenga tramite criteri randomizzati.

Una deroga a tale divieto è ammessa solo qualora le stazioni appaltanti non siano in grado di individuare un altro metodo alternativo al sorteggio e, dunque, previa adeguata motivazione.

Ad esempio, qualora ci si trovi in un settore con molti operatori economici, l'utilizzo del sorteggio potrebbe essere invocato al fine di rispettare i tempi di conclusione previsti per la procedura (cfr. art. 17, comma 3 dell'allegato I.3 al Codice).

Il sorteggio opera, dunque, in questo caso come *extrema ratio* al fine di garantire il rispetto, tra gli altri, del principio del risultato di cui all'articolo 1 del Codice.

Ed infatti, il principio del risultato, che permea l'intera disciplina dei contratti pubblici, richiede che venga garantita massima tempestività all'affidamento e all'esecuzione dello stesso e, soprattutto, prevede che la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale al conseguimento del risultato.

Infine, per garantire la corretta applicazione del principio di rotazione, nonché i corollari di trasparenza e *par condicio*, è necessario che, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, la Stazione Appaltante provveda alla pubblicazione sul proprio sito istituzionale dei nominativi degli operatori consultati (cfr. comma 2, ult. periodo, art. 50).

Va da sé che tale elenco di nominativi, qualora non sia rispettoso del principio di rotazione, nei termini sopra esposti, potrebbe essere contestata da altri operatori economici pretermessi dalla competizione.



Il Segretario Generale
Dott. Leonardo Misuraca