

Novità e approfondimenti di diritto
Videocommento del 24 agosto 2019

Principio di rotazione negli appalti: un esempio concreto di applicazione



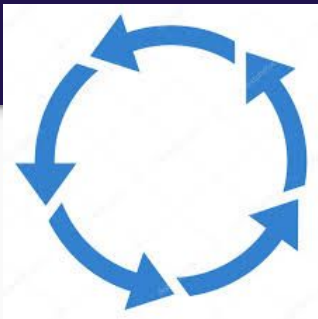
A cura di: **dott. Simone Chiarelli**
simone.chiarelli@gmail.com
Cell. +39 3337663638

Dlgs 50/2016 (Codice Appalti)

Art. 36. (Contratti sotto soglia)

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 [clausole sociali].

2. 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:



PRINCIPIO DI ROTAZIONE

Approfondimenti

Nelle gare pubbliche c.d. sotto soglia 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** e soprattutto che 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.

T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 12/04/2019, n. 813

Approfondimenti

L'obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia è volto 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. In particolare, per effetto del principio di rotazione l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio **non ha più alcuna possibilità di vantare una 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.

Cons. Stato Sez. V, 05/03/2019, n. 1524

Approfondimenti

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**, con la conseguenza che la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - 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.

Cons. Stato Sez. V, 17/01/2019, n. 435

Approfondimenti

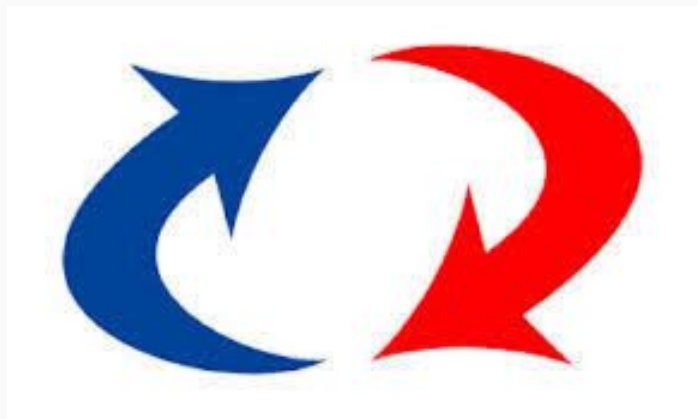
Nelle procedure di affidamento di contratti pubblici c.d. "sotto-soglia" la stazione appaltante gode di **un'ampia discrezionalità anche nella fase di individuazione delle ditte da consultare**; inoltre, nelle anzidette procedure semplificate, l'amministrazione non ha alcun obbligo di invitare l'operatore uscente, trattandosi di una mera facoltà di cui, proprio per i principi di massima partecipazione e di rotazione, in caso di esercizio effettivo di essa la stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno, essendo tenuta a illustrare le ragioni del mancato contrasto con il principio di rotazione della scelta di invitare il precedente gestore. L'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, disposizione speciale relativa alle gare "sotto soglia", nell'affermare il rispetto del principio di rotazione prevale sulla normativa sulle gare in generale e comporta che il precedente operatore debba essere normalmente escluso dall'affidamento. Negli appalti "sotto-soglia", il principio di rotazione **si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica**, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata.

T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 13/11/2018, n. 578

Approfondimenti

Il principio di rotazione degli affidamenti, stabilito per i contratti sotto soglia dall'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, deve considerarsi **servente e strumentale rispetto al principio di concorrenza e non può risolversi in un ostacolo ad esso, con la conseguenza che, dunque, il precedente aggiudicatario che ha ben operato potrà partecipare alla gara** se ciò rappresenta un'estensione della platea degli offerenti.

T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 05/11/2018, n. 1574



Approfondimenti

Ai sensi dell'art. 36, D.Lgs. 18 aprile 2018, n. 50, **se l'affidamento "sotto soglia" si svolge previa procedura comparativa**, l'applicazione del principio di rotazione è anticipata al momento della scelta dei soggetti da invitare. Ciò trova conferma nel confronto tra il c. 2, ove appunto si parla di **"rotazione degli inviti"**, e il c. 1, ove, invece, si parla di "rotazione degli inviti e degli affidamenti": questo diverso modo di operare del principio si spiega considerando che, nel suo complesso, l'art. 36 disciplina sia le procedure caratterizzate dal confronto tra più imprese invitate dalla stazione appaltante (al c. 2, lett. b), sia quelle con "affidamento diretto" (al c. 2, lett. a), cioè non precedute da alcun confronto concorrenziale (consentite per importi inferiori o pari a 40.000 euro), nelle quali la rotazione è, ovviamente, concepibile solo in relazione all'affidamento della commessa e non in relazione alla fase degli inviti, la quale, semplicemente, non esiste.

T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 22/05/2018, n. 492

Il mercato e la concorrenza

Oligopolio



5-10 imprese

Mercato
insufficiente



11-20 imprese

Libera
concorrenza



Oltre 20 imprese

Applicazione concreta del principio di rotazione

Allegato alla determinazione a contrarre

Ai fini della corretta applicazione del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti ... si prevedono i seguenti criteri:

1) In sede di determinazione a contrarre si definisce:

a) il numero minimo di operatori invitati alla procedura negoziata (**Limite A**)

b) numero massimo di manifestazioni di interesse per le quali si ritiene raggiunta la soglia minima di mercato (**Limite B**)

2) il Limite A corrisponde a **10 operatori** (considerato come limite minimo di mercato per la determinazione dell'esclusione dell'operatore uscente); il Limite B corrisponde a **20 operatori** (considerato come limite minimo di mercato per la determinazione dell'esclusione degli invitati alla precedente procedura negoziata);

3) In sede di verifica della regolarità delle manifestazioni di interesse pervenute, si procederà alla ammissione / non ammissione delle stesse.

Applicazione concreta del principio di rotazione

1-10 partecipanti

Uscente

Invitati

Nuovi

10-20 partecipanti

Uscente

Invitati

Nuovi

oltre 20 partecipanti

Uscente

Invitati

Nuovi

Applicazione concreta del principio di rotazione

Allegato alla determinazione a contrarre

- 4) Nel caso in cui sia superato il numero di richieste indicate come Limite A, si procederà alla **esclusione automatica dell'operatore uscente**, per procedere successivamente al sorteggio. Non si procederà al sorteggio se, dopo l'esclusione, il numero di richieste rimanenti è pari al Limite A.
- 5) Nel caso in cui sia superato il numero di richieste indicate come Limite B, si procederà alla **esclusione automatica dell'operatore uscente e degli operatori invitati** alla precedente procedura (anche aperta) che abbia avuto ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Si procederà successivamente al sorteggio. Non si procederà al sorteggio se, dopo le esclusioni, il numero di richieste rimanenti è pari al Limite A.
- 6) Nel caso in cui sia superato il limite di richieste indicate come Limite A e non sia superato il numero di richieste indicate come Limite B, si procederà alla esclusione automatica dell'operatore uscente ed al sorteggio fra i soggetti che hanno presentato valida manifestazione di interesse;
- 7) Nel caso in cui non sia superato il numero di richieste indicate come Limite A, si procederà all'invito di tutti i soggetti che hanno presentato valida manifestazione di interesse;

Applicazione concreta del principio di rotazione

Allegato alla determinazione a contrarre

CASO 1:

Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono **35 manifestazioni** di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 3 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 31 operatori nuovi (Z)



Si procede alla esclusione dell'operatore uscente (X) e dei 3 operatori invitati (Y) e si procede al sorteggio dei 31 operatori (Z) per la determinazione dei 10 operatori da invitare alla procedura negoziata

Applicazione concreta del principio di rotazione

Allegato alla determinazione a contrarre

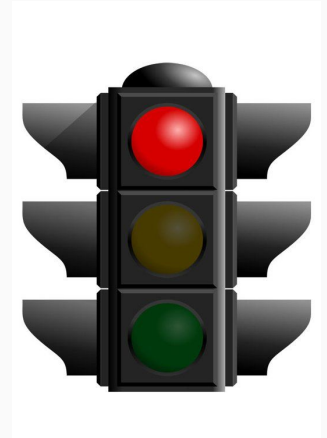
CASO 2:

Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono **21 manifestazioni** di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 10 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 10 operatori nuovi (Z)



Si procede alla esclusione dell'operatore uscente (X) e dei 10 operatori invitati (Y) e si procede alla individuazione automatica dei 10 operatori (Z) da invitare alla procedura negoziata

Applicazione concreta del principio di rotazione

Allegato alla determinazione a contrarre

CASO 3:

Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono **17 manifestazioni** di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 3 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 13 operatori nuovi (Z)



Si procede alla esclusione dell'operatore uscente (X) e si procede al sorteggio dei 16 operatori (Y+Z) per la determinazione dei 10 operatori da invitare alla procedura negoziata

Applicazione concreta del principio di rotazione

Allegato alla determinazione a contrarre

CASO 4:

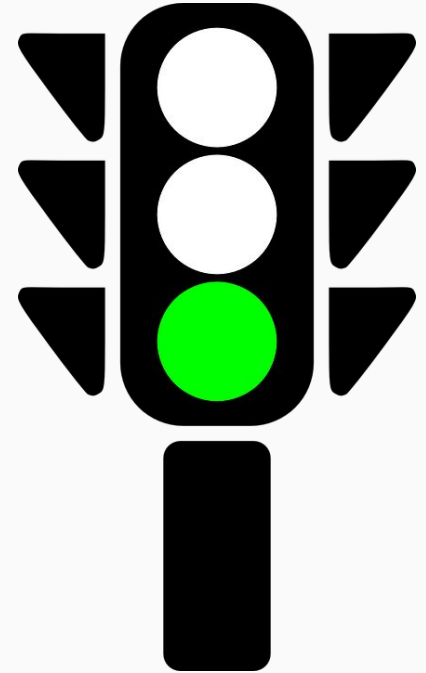
Limite A: 10 operatori

Limite B: 20 operatori

Pervengono **9 manifestazioni** di interesse di cui:

- operatore uscente (X)
- 3 operatori già invitati alla precedente procedura negoziata (Y)
- 5 operatori nuovi (Z)

Si procede all'invito a tutti gli operatori (X+Y+Z)



A presto!



Simone Chiarelli