

Il principio di rotazione

Jacopo Recla

T.A.R. MARCHE, Ancona, sez. I, 20 novembre 2019, n. 707 – Pres. Conti; Est. Capitanio – Consorzio P. & S. (*Avv. ti Battaglia, Arceri, Cavallaro*) c. C. di S.B.d.T. (*Avv. Di Concetto*) e O.M.T.M. (*Avv. Ortenzi*)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Procedura negoziata – Principio di rotazione – Obbligo di non invitare l'affidatario uscente – Insussistenza – Invito dell'affidatario uscente – Obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante – Motivazione esternata nel provvedimento di aggiudicazione – Legittimità

Il principio di rotazione non può tradursi in una ulteriore causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica e, pertanto, il suddetto principio non impone alla stazione appaltante il divieto assoluto di invitare alla nuova gara l'affidatario uscente. La decisione di invitare l'affidatario uscente non deve essere necessariamente resa nota nel primo atto della procedura di evidenza pubblica, di talché la procedura non è di per sé illegittima laddove la motivazione sia esternata dalla stazione appaltante nel provvedimento di aggiudicazione.

FATTO E DIRITTO

Omissis

4. Come si è visto nell'esposizione in fatto, il Consorzio ricorrente principale censura l'operato del C. sotto due profili (ciascuno dei quali presenta poi diverse articolazioni):

- da un lato, per la violazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti. Le censure in argomento concernono sia il fatto che il Comune ha invitato il gestore uscente (con ciò violando frontalmente l'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, il quale, secondo la giurisprudenza prevalente, si applica a prescindere sia dal tipo di procedura utilizzata dalla stazione appaltante sia dalle modalità con le quali il gestore uscente si era aggiudicato la gara originaria), sia la circostanza che, seppure si volesse ritenere che il principio di rotazione non imponga in assoluto l'esclusione dell'appaltatore uscente, nella specie il Comune non ha motivato in alcun modo circa la opportunità di invitare la ditta T. (tale motivazione, aggiunge il ricorrente principale, avrebbe peraltro dovuto essere esposta nel primo atto della procedura e non già, come è invece accaduto, nel provvedimento di aggiudicazione definitiva);

- dall'altro lato, per non avere la stazione appaltante accertato che la ditta T. non è in possesso di tutti i requisiti tecnici richiesti dalla normativa di settore e della *lex specialis* per lo svolgimento del servizio oggetto della presente gara.

5. Le censure inerenti l'asserita violazione del principio di rotazione sono infondate in relazione a tutti i profili dedotti. Ed infatti:

- la pur doverosa applicazione del principio di rotazione non può dar vita ad una ulteriore causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica e dunque il principio in parola non impone alla stazione appaltante il divieto assoluto di invitare alla nuova gara l'appaltatore uscente;

- né le pertinenti norme del Codice dei contratti pubblici stabiliscono che la decisione di invitare l'appaltatore uscente sia esternata nel primo atto della procedura (la deliberazione a contrattare o, al limite, la lettera d'invito), per cui la procedura non è di per sé illegittima se tale motivazione viene esternata nel provvedimento di aggiudicazione;

- peraltro, come correttamente eccepito dalla difesa comunale, la tesi di parte ricorrente implicherebbe, in contrasto frontale con l'art. 53, comma 2, let. b), del d.lgs. n. 50/2016, che gli altri partecipanti conoscerebbero in anticipo l'identità di uno dei concorrenti. I vari (e non sempre univoci) principi che presidiano le gare ad evidenza pubblica vanno letti ed applicati in maniera coordinata e coerente, in modo da evitare che la pedissequa applicazione di uno di essi metta in crisi gli altri;

- va inoltre considerato che la decisione di invitare l'appaltatore uscente non può essere assunta prima che la stazione appaltante abbia verificato quante manifestazioni di interesse o domande di invito siano state formulate, perché, come meglio si dirà nell'alinea seguente, in questo senso si deve anzitutto verificare quale sia lo stato del mercato di riferimento (cfr. art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, in cui è più volte ripetuto l'inciso "...ove esistenti..."). In questo senso rileva sia il numero assoluto di operatori del settore (elemento che, nel caso di specie, avrebbe potuto indurre la stazione appaltante a ritenere applicabile il principio di rotazione, visto che le officine attrezzate per svolgere il servizio *de quo* sono migliaia e dunque "c'è mercato"), sia il numero di quelli che hanno chiesto di partecipare alla specifica gara (sul punto si rimanda all'alinea successivo);

- anche a non voler condividere tali argomenti di ordine generale, nel caso di specie il mancato invito della ditta T. avrebbe implicato la presentazione di una sola offerta, la quale, come si è visto *supra*, era peraltro nettamente superiore a quella dell'aggiudicatario. Il principio di rotazione, che non è disciplinato nelle c.d. direttive appalti (essendo un istituto del diritto interno, specifico delle gare sotto soglia), si deve dunque coordinare con alcuni principi costituzionali ai quali la P.A. è tenuta ad ispirare la propria azione. Vengono in particolare in rilievo i principi di cui all'art. 97 Cost., nella parte in cui esso impone alle amministrazioni pubbliche di concorrere all'obiettivo del pareggio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. (e dunque al contenimento della spesa pubblica) e di agire in modo da garantire il buon andamento;

- nella specie, dunque, bene ha fatto il Comune ad invitare tutte le ditte che avevano presentato la manifestazione di interesse, perché questo ha imposto agli operatori interessati di formulare offerte competitive ed ha consentito all'amministrazione di ottenere un risparmio cospicuo;

- quanto alla motivazione che il Comune ha esposto in merito all'invito dell'appaltatore uscente, la stessa appare adeguata, avendo la stazione appaltante richiamato l'elevato livello di soddisfazione del committente pubblico maturato nel corso del precedente rapporto contrattuale, dovuto al rispetto dei tempi di esecuzione dei servizi, all'affidabilità e alla disponibilità dimostrate dall'operatore, ed alla crescente qualità delle prestazioni fornite. Si tratta in effetti di profili valorizzati dalla stessa giurisprudenza citata dal ricorrente principale (T.A.R. Brescia, n. 599/2019, con cui è stato accolto analogo ricorso proposto dal Consorzio P. & S. Il Collegio ovviamente non condivide le conclusioni a cui il Tribunale lombardo è pervenuto, specie laddove ha escluso la rilevanza del fatto che anche in quella gara erano pervenute solo due offerte).

Omissis

T.A.R. LOMBARDIA, Brescia, sez. I, 20 novembre 2019, n. 993 – Pres. Gabbricci; Est. Garbari - Consorzio P. & S. (Avv. Bari) c. A.S.S.T. d. G. (Avv. Bezzi) e A. F. B. s.r.l., C. F. s.n.c., B. e T. s.n.c. (nn.cc.)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Principio di rotazione – Ratio – Procedure aperte – Inapplicabilità – Obbligo di non invitare l'affidatario uscente – Insussistenza – Invito dell'affidatario uscente – Obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante.

Contratti della p.a. - Art. 36, comma 2 del d.lgs. 50/2016 – Principio di rotazione – Obbligo di motivazione rafforzato

Il principio di rotazione intende evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo all'affidatario uscente, specie nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato, e consente di limitare la significativa discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento diretto o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (procedura negoziata). Pertanto il principio di rotazione non si applica qualora la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica. (1)

Il principio di rotazione non deve essere inteso come obbligo di escludere dalla selezione l'affidatario uscente, bensì soltanto di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non codificata e in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza, su cui è imperniato l'intero sistema degli appalti. L'onere di motivare l'invito all'affidatario uscente grava sulla stazione appaltante solo in caso di procedura ristretta ove si deroghi al principio di rotazione, mentre non si configura in presenza di una procedura aperta al mercato, rispetto alla quale il principio di rotazione non trova applicazione. (2)

DIRITTO

1. Consorzio P. & S. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione dei tre lotti della procedura per l'affidamento del servizio di riparazione ordinaria di tipo elettrico/elettronico degli automezzi aziendali di proprietà dell'ASST del G., denunciandone l'illegittimità per violazione del principio di rotazione e per difetto di motivazione, lamentando che i vincitori per tutti tre gli ambiti corrispondono ai gestori uscenti già affidatari dei medesimi servizi per le stesse aree.

2. Il ricorso è infondato per le motivazioni di seguito illustrate.

3. L'art. 36, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che "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 (...)". Il successivo comma 2 dispone che le stazioni appaltanti procedono "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" (lett. a).

4. Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'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 progressivo affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

5. Peraltro, così come delineato dal richiamato art. 36, detto principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del *favor participationis* e della concorrenza.

6. In conformità a tale lettura le Linee guida di ANAC n. 4 (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) prevedono (punto 3.6) che per l'affidamento di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, "si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, 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", specificando peraltro 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".

7. Sia l'art. 36 del Codice appalti sia le Linee guida di ANAC fanno riferimento alla rotazione degli inviti e degli affidamenti; pertanto detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica.

8. La rotazione, infatti, "pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906; T.A.R. Napoli, sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336; T.A.R. Lazio, sez. II, 11 marzo 2016, n. 3119" (T.A.R. Veneto, sez. I, 26 maggio 2017, n. 515); pertanto, "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto 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 dirsi 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" (T.A.R. Napoli, sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4981)" (T.A.R. Veneto, 515/2017 cit.).

9. Come evidenziato anche dal T.A.R. Sardegna (sez. I, 22 maggio 2018, n. 493) del resto, "il principio di rotazione non può essere trasformato in una non codificata cau-

sa di esclusione dalla partecipazione alle gare. Allorquando la stazione appaltante non sceglie i soggetti da invitare ma apre al mercato anche nelle procedure negoziate, dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, ma significa non favorirlo".

10. La rotazione pertanto deve essere intesa non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell'affidatario bensì, soltanto, 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 su cui è imperniato l'intero sistema degli appalti (T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 31 ottobre 2019, n. 263).

11. Il Collegio è ben consapevole dei diversi orientamenti interpretativi registrati nella materia di cui è questione e delle opposte conclusioni sostenute dall'indirizzo cui aderiscono le pronunce richiamate nelle memorie di parte ricorrente. Ritiene, peraltro, che il sindacato sul rispetto del principio generale sancito dall'art. 36 del Codice appalti non possa prescindere dall'esame in concreto delle modalità di scelta del contraente utilizzate dalla stazione appaltante e da una loro specifica valutazione nell'ambito delle coordinate ermeneutiche più sopra richiamate.

12. Con riferimento alla procedura oggetto dell'odierno giudizio va evidenziato che ASST G. ha pubblicato l'avviso dell'indizione della procedura sul proprio sito istituzionale e non ha effettuato un affidamento diretto (che pure sarebbe stato legittimo, dato l'importo del servizio) né ha rivolto un invito ad alcuni operatori economici discrezionalmente selezionati, ma ha invece demandato al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta per la prestazione del servizio, senza prevedere limiti numerici o filtri selettivi.

13. La procedura negoziata si è svolta quindi con una modalità aperta, atteso che l'amministrazione ha invitato tutti i soggetti che avevano manifestato il loro interesse, senza esclusioni o vincoli in ordine al numero massimo di operatori ammessi alla procedura. Gli operatori economici erano unicamente tenuti ad effettuare l'accesso e l'iscrizione alla piattaforma telematica Sintel, che non prevedono alcuna istruttoria o a selezione da parte dell'amministrazione.

14. Pertanto nella specie il principio di rotazione non trova applicazione, in quanto esso "deve considerarsi servente e strumentale rispetto al principio di concorrenza su cui è imperniato tutto il sistema degli appalti, ed opera dunque soltanto nel caso in cui l'amministrazione abbia selezionato o comunque limitato il numero degli operatori cui attingere per gli inviti" (T.A.R. Liguria, sez. II, 22 ottobre 2019, n. 805).

15. Ad ulteriore conferma delle suesposte considerazioni va evidenziato che il criterio di scelta degli aggiudicatari è stato individuato nel prezzo più basso e quindi in un criterio di carattere oggettivo, che assicurava l'imparzialità di giudizio della stazione appaltante, anche rispetto agli operatori economici che avevano già svolto il servizio.

16. Per le considerazioni premesse non può essere favorevolmente apprezzata la seconda censura del ricorrente, che assume violato, da parte dell'ASST, l'obbligo di motivare l'invito a partecipare alla procedura negoziata rivolto agli operatori "uscanti" e l'aggiudicazione ai medesimi della commessa, richiamando il principio, ribadito anche dalle citate Linee ANAC, secondo cui "il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente".

17. Un simile onere motivazionale rileva, infatti, solo nel caso di deroga al principio di rotazione quando si tratti di procedura ristretta, mentre non si configura in pre-

senza di una procedura - come nel presente caso - aperta al mercato, rispetto alla quale il principio di rotazione non trova applicazione.

18. In conclusione il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Commento

Premessa

Le due pronunce in commento consentono di fare il punto sui recenti orientamenti giurisprudenziali che si sono formati con riferimento al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, introdotto per i contratti sottosoglia dall'art. 36, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 e successivamente modificato dal d.lgs. 56/2017⁽¹⁾.

Prima di soffermarci sulle diverse questioni di diritto che sono state affrontate nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa, si ritiene utile ripercorrere brevemente i fatti di causa che sono stati posti all'attenzione del T.A.R. Marche e del T.A.R. Lombardia, Brescia. Trattandosi di fattispecie sostanzialmente analoghe, le stesse possono essere analizzate congiuntamente, in quanto in entrambi i casi si discuteva dell'applicabilità o meno del principio di rotazione in due procedure di evidenza pubblica che erano state indette dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 36, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016⁽²⁾ e per le quali era stato previsto dalla *lex specialis* di gara lo svolgimento in via telematica, tramite, rispettivamente, la piattaforma Me.P.A. e quella SINTEL.

Ebbene, atteso che in entrambe le procedure di evidenza pubblica risultava aggiudicatario il gestore uscente, il ricorrente impugnava l'aggiudicazione stessa, lamentando la violazione del principio di rotazione, in quanto, *in primis*, le stazioni appaltanti avevano invitato e affidato il servizio al gestore uscente.

In secondo luogo, le censure fatte valere nei ricorsi introduttivi si incentravano sulla portata dell'onere motivazionale che grava in capo alla stazione appaltante allorché decida di derogare al principio di rotazione (deroga che, come è noto, è eccezionalmente ammessa

.....

(1) Nell'originaria formulazione l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva genericamente che, in caso di contratti sottosoglia, le procedure di affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture dovessero avvenire nel rispetto del principio di rotazione, senza precisare se il suddetto principio dovesse operare soltanto nella fase degli affidamenti ovvero anche in quella precedente in cui la stazione appaltante decideva quali operatori economici invitare a partecipare. Sul punto, si veda il parere del Consiglio di Stato n. 782 del 2017, il quale rileva che la scelta del legislatore del correttivo di imporre la rotazione già nella fase in cui la stazione appaltante si rivolge al mercato ha di fatto posto sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti.

(2) In particolare, la procedura di evidenza pubblica sottoposta all'esame del T.A.R. Lombardia era stata indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, mentre quella che ha dato origine al giudizio incardinato dinanzi al T.A.R. Marche in base alla successiva lett. b) del suddetto articolo.

al ricorrere di determinati presupposti indicati dalle Linee guida n. 4 dell'ANAC e successivamente specificati dalla giurisprudenza amministrativa).

Sebbene le censure fossero fondate su motivi che, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, erano in parte differenti, i T.A.R. hanno respinto in entrambi i casi i ricorsi, ritenendo che le stazioni appaltanti avessero correttamente affidato il servizio al gestore uscente e che non si configurasse alcuna violazione del principio di rotazione.

Al fine di svolgere una completa disamina del principio in esame, appare utile ripercorrere l'*iter* argomentativo seguito dal T.A.R. Lombardia, Brescia, che, dopo aver brevemente illustrato le ragioni poste a fondamento della rotazione nei contratti sottosoglia affidati con procedura negoziata, affronta alcune questioni rilevanti che si sono poste in giurisprudenza e di cui si è occupato anche il T.A.R. Marche, tra le quali: (I) la possibilità che il principio di rotazione si traduca nell'introduzione di una causa di esclusione non codificata; (II) l'incidenza delle modalità informatiche sulla qualificazione della procedura di evidenza pubblica, quale aperta o ristretta, e (III) l'onere di motivazione rafforzato che grava sulla stazione appaltante.

Il principio di rotazione come limite alla discrezionalità della stazione appaltante

Al fine di assicurare l'effettiva possibilità per le microimprese di partecipare alle gare pubbliche, l'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 prevede che, per i contratti sottosoglia, le procedure negoziate o di tipo ristretto debbano essere informate sul principio di rotazione⁽³⁾, di talché l'invito e l'affidamento al gestore uscente devono rivestire carattere eccezionale. Il principio in esame trova applicazione soltanto in caso di procedure sottosoglia⁽⁴⁾ e si sostanzia nel divieto, avente carattere relativo e non assoluto, di invitare e ammettere l'offerta dell'aggiudicatario uscente e degli altri operatori che erano già stati invitati nella precedente procedura.

.....

(3) Sull'origine storica del principio di rotazione, nel parere n. 361 del 2018 il Consiglio di Stato aveva chiarito che lo stesso "trova la sua fonte nell'ordinamento dell'Unione europea", sia nel Trattato sia nel considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE, che pone a base della revisione normativa in materia di appalti, tra gli altri, la facilitazione dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici. In senso contrario si esprime il T.A.R. Marche nella pronuncia oggetto della presente trattazione (Ancona, sez. I, 20 novembre 2019, n. 707), in cui il meccanismo della rotazione viene qualificato come istituto del diritto interno.

(4) Negli appalti sottosoglia, infatti, il rischio del cristallizzarsi di posizioni di privilegio anticoncorrenziale in favore del gestore uscente è ancora maggiore rispetto ai settori ordinari, potendosi esperire dei procedimenti semplificati. In questi termini, si vedano *ex multis* T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 20 dicembre 2019, n. 993; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 22 gennaio 2018, n. 186 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 31 maggio 2018, n. 3627.

Sebbene sia espressamente previsto soltanto nel dettato dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, il principio di rotazione rinviene il suo fondamento normativo, sia pur implicitamente, anche nell'art. 30, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016⁽⁵⁾, a mente del quale le stazioni appaltanti devono affidare gli appalti e le concessioni nel rispetto del principio di libera concorrenza. Ciò in quanto la previsione della rotazione, e quindi di una maggiore distribuzione delle opportunità tra gli operatori economici di un determinato settore⁽⁶⁾, è una misura pro-concorrenziale, essendo volta ad assicurare anche alle imprese di dimensioni ridotte la più ampia ed effettiva possibilità di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici⁽⁷⁾.

Come ricordato nella sentenza del T.A.R. Brescia in commento, la giurisprudenza amministrativa rinviene la *ratio* del principio di rotazione nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato. In particolare, la posizione di vantaggio deriverebbe dal c.d. rischio di asimmetria informativa⁽⁸⁾, ossia dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento sulle caratteristiche del servizio da espletare e di cui evidentemente non possono beneficiare anche gli altri operatori economici presenti sul mercato.

Tuttavia, come rilevato da parte della dottrina⁽⁹⁾, tale *ratio* non consentirebbe di comprendere le ragioni della rotazione anche nei confronti dell'operatore invitato e non aggiudicatario nella precedente procedura, atteso che quest'ultimo, limitandosi soltanto a partecipare alla procedura, non può beneficiare di alcuna informazione acquisita durante il pregresso affidamento. Pertanto, appare preferibile ritenere che la ragione giustificatrice, posta a fondamento del suddetto principio, sia piuttosto da rinvenire nella necessità di introdurre nel-

.....

(5) In tal senso, si veda il parere del Consiglio di Stato n. 361 del 2018.

(6) Sul punto, si rimanda a L. BERTONAZZI, *Indagini di mercato e principio di rotazione*, in *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli aspetti di governance*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, Padova, 2018, 168, secondo cui la *ratio* del suddetto principio si deve rinvenire nell'esigenza di garantire la "distribuzione temporale delle opportunità" di aggiudicazione tra tutti gli operatori economici potenzialmente interessati. Tale tesi è stata accolta da Cons. St., sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943 e da Cons. St., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524.

(7) In merito alla funzione servente e strumentale del principio di rotazione rispetto a quello di concorrenza si vedano, oltre alla pronuncia del T.A.R. Lombardia in commento, T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 22 ottobre 2019, n. 805.

(8) Così, *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539; Cons. St., sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4541.

(9) A tal proposito, interessante è la posizione assunta da L. BERTONAZZI, *Indagini di mercato e principio di rotazione*, op. cit., 168 ss., il quale evidenzia che, se così fosse, non si comprenderebbero le ragioni della rotazione anche nei confronti dell'operatore invitato e non aggiudicatario nella precedente procedura.

le procedure negoziate e ristrette un *“contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nell’individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l’affidamento (nell’ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l’invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell’ecentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del favor participationis e della concorrenza”*⁽¹⁰⁾.

L’ambito di applicazione. Il principio di rotazione e le procedure telematiche

Proprio in quanto strettamente connesso alla necessità di limitare la discrezionalità della stazione appaltante, il principio di rotazione non trova applicazione, come rilevato altresì dal T.A.R. Lombardia, Brescia, in caso di procedura aperta e, più in generale, ogni qual volta la partecipazione alla gara sia aperta a tutti gli operatori economici potenzialmente interessati e appartenenti ad una determinata categoria merceologica⁽¹¹⁾. Pertanto, il principio in esame opera esclusivamente laddove si verta in una procedura negoziata⁽¹²⁾ o ristretta, nelle quali l’effettiva concorrenza è già in parte limitata dalle particolari modalità di svolgimento indicate dal legislatore.

Ciò premesso, posto che il legislatore si limita all’art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 a richiamare il principio di rotazione senza specificarne la portata, appare utile illustrare due ulteriori questioni che sono state affrontate in giurisprudenza al fine di delimitare l’ambito di applicazione del richiamato principio.

Una prima problematica concerne l’operatività o meno del principio di rotazione in base al numero di concorrenti che partecipano alla gara e, in special modo, se lo stesso debba trovare applicazione anche allorché vi siano soltanto due concorrenti, ossia il gestore uscente ed un altro operatore economico. Ebbene, dovendo assicurare una effettiva concorrenza e non potendosi pertanto tradurre in una limitazione della stessa, il principio di rotazione non si applica laddove vi siano soltanto due concorrenti⁽¹³⁾ ma solo alle procedure in cui vi sia una platea più ampia di operatori economici.

.....
 (10) Così, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20 novembre 2019, n. 993. In tal senso, si vedano altresì Cons. St, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539.

(11) In termini, Cons. St., sez. V, n. 7539/2019 cit.; T.A.R. Sardegna, sez. II, 2 gennaio 2020, n. 8; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021 e T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 20 giugno 2018, n. 519.

(12) Sull’applicabilità del principio di rotazione alle procedure negoziate si rimanda a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 novembre 2019, n. 12614 e Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755.

(13) Si vedano T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 21 agosto 2018, n. 963 e T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 8 luglio 2019, n. 815.

Al fine di non avallare irragionevoli limitazioni alla portata del principio di rotazione e di assicurare, in via generale, l'alternanza nella gestione degli appalti, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la rotazione debba, salvo eventuali eccezioni adeguatamente motivate, essere prevista ogni qual volta il servizio sia già stato affidato con una precedente gara. In secondo luogo è stato affermato che non assume alcuna rilevanza la circostanza che il precedente affidamento sia stato svolto con una procedura di tipo aperto o di altra natura, rilevando soltanto il mero fatto oggettivo che lo stesso sia stato affidato al gestore uscente⁽¹⁴⁾.

Sebbene a fini diversi, il problema circa la qualificazione di una procedura di gara, come aperta o ristretta, è stato affrontato anche dalla pronuncia del T.A.R. Marche, che si è occupata del ruolo svolto dai sistemi telematici nelle procedure ad evidenza pubblica.

A tal proposito, i giudici di *prime cure* hanno rilevato che, qualora la *lex specialis* di gara richieda ai concorrenti di iscriversi su una piattaforma informatica ovvero su un portale (*i.e.* il Me.P.A.), il ricorso a tali modalità telematiche non comporta la qualificazione di una determinata procedura come ristretta⁽¹⁵⁾. Ne consegue che una procedura sarà aperta o ristretta soltanto a seconda della disciplina normativa applicabile in concreto e, in special modo, della possibilità per ciascun operatore appartenente ad una determinata categoria merceologica di presentare la propria offerta.

Il principio di rotazione come possibile causa di esclusione non codificata

Un ulteriore tema oggetto di indagine da parte di entrambe le sentenze attiene ai rapporti tra il principio in esame e il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica *ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016*, originariamente codificato all'art. 46, comma 1-*bis*, del previgente d.lgs. n. 163/2006. In particolare, la questione che si era posta è se il legislatore avesse voluto, con la previsione della rotazione nei contratti sottosoglia, introdurre nel settore degli appalti una ulteriore causa di esclusione non codificata nell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, così derogando al richiamato principio di tassatività.

.....
(14) Tale tematica è stata affrontata, tra gli altri, da Cons. St., sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; id., sez. V, sent. 5 marzo 2019, n. 1524 e da T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 22 gennaio 2018, n. 186.

(15) Proprio con riferimento al portale informatico Me.P.A., in senso conforme si è espresso T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 17 dicembre 2019, n. 891, secondo cui, atteso che il ricorso alle procedure di selezione informatizzate è previsto direttamente *ex lege* (*i.e.* dall'art. 1, comma 450 l. n. 296/2006), «non si vede come la necessità d'isciversi al principale portale informatico che ciò consente - cioè il M.E.P.A. - possa privare le relative procedure informatizzate di quel "carattere di apertura" che giustifica la deroga al principio di rotazione».

A tal proposito, in particolare, il T.A.R. Lombardia, Brescia, ha innanzitutto analizzato la portata del principio di rotazione, precisando che allo stesso non può essere riconosciuta una portata precettiva assoluta, con la conseguenza che, in linea di principio, la stazione appaltante ben può decidere di invitare anche il gestore uscente del servizio, purché dia sufficientemente motivazione delle ragioni poste a sostegno di tale scelta. Infatti, se avesse voluto vietare *tout court* la possibilità di invitare e di affidare l'appalto al precedente affidatario, il legislatore avrebbe piuttosto introdotto un divieto espresso in tal senso.

Di conseguenza, il principio di rotazione non deve essere inteso come un obbligo per la stazione appaltante di escludere il gestore uscente, bensì soltanto di non favorirlo⁽¹⁶⁾, dovendo il principio di libera concorrenza sempre prevalere sul principio di rotazione e, pertanto, non potendo essere in alcun modo limitato il potere della stazione appaltante di assicurare la massima partecipazione alla gara⁽¹⁷⁾.

Alla luce di tali considerazioni, si deve concludere nel senso che con la previsione del principio di rotazione il legislatore non ha introdotto una regola inderogabile⁽¹⁸⁾ e dunque non ha voluto introdurre un'ulteriore causa di esclusione, ma ha inteso soltanto rendere eccezionale il successivo affidamento del servizio al gestore uscente⁽¹⁹⁾. Non si può non rilevare che, in tal modo, il legislatore ha di fatto demandato alle stazioni appaltanti il compito di individuare di volta in volta un bilanciamento tra l'esigenza, da un lato, di garantire l'alternanza degli affidamenti e, dall'altro, di individuare il miglior contraente per lo svolgimento del servizio.

L'onere di motivazione della stazione appaltante

Dal carattere eccezionale del reinvido e dell'affidamento nei confronti dell'affidatario uscente deriva il diverso modo di atteggiarsi dell'onere motivazionale a cui è tenuta la stazione appaltante, qualora decida o meno di derogare al principio di rotazione.

Il T.A.R. Lombardia ha, innanzitutto, accolto l'orientamento pacifico della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la stazione appaltante non deve motivare ogni qual volta il gestore uscente parteci-

.....
 (16) Così, tra i tanti, T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 31 ottobre 2019, n. 263 e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 novembre 2018, n. 1574.

(17) In tal senso, si veda T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 11 dicembre 2018, n. 1605.

(18) Sulla derogabilità del principio di rotazione si rimanda a T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 20 giugno 2018, n. 519 e T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 380.

(19) In questi termini si esprimono, *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2019, n. 8531; id., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125 e id., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854, nelle quali si legge che collario del principio di rotazione è il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente.

pi ad una procedura aperta⁽²⁰⁾, in quanto, in tal caso, si è del tutto al di fuori dall'ambito di applicazione del principio in esame.

Inoltre, nelle procedure negoziate e in quelle di tipo ristretto, la stazione appaltante non sarà, peraltro, gravata da alcun onere motivazionale allorché si limiti ad applicare la regola della rotazione, senza né invitare né affidare il servizio al gestore uscente⁽²¹⁾, essendo sufficiente in tal caso il mero richiamo alla predetta regola⁽²²⁾.

Al contrario, si configura in capo alla stazione appaltante un onere motivazionale particolarmente stringente⁽²³⁾ ogni qual volta quest'ultima decida di derogare al suddetto principio, in quanto si dovrà dare atto delle ragioni che, eccezionalmente, rendono preferibile l'invito ovvero l'affidamento in favore del precedente affidatario. A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa ha dettagliatamente specificato il contenuto della motivazione, precisando che nella stessa la stazione appaltante deve tener conto del numero ridotto di operatori economici potenzialmente interessati, del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale, nonché dell'oggetto e delle caratteristiche del mercato di riferimento.

In merito all'onere motivazionale della stazione appaltante, di particolare interesse è la pronuncia del T.A.R. Marche in commento, la quale individua la fase del procedimento di evidenza pubblica in cui deve essere esternata la motivazione da parte della stazione appaltante che abbia deciso di invitare il precedente aggiudicatario del servizio.

Più precisamente, il ricorrente lamentava la violazione del principio di rotazione, affermando che la stazione appaltante avrebbe erroneamente esternato le ragioni, poste a fondamento di tale scelta, soltanto nel provvedimento di aggiudicazione, mentre la stazione appaltante avrebbe l'onere di dare adeguata motivazione nel primo atto utile della procedura.

Ebbene, il giudice di *prime cure* ha dichiarato l'infondatezza di tale censura, poiché, *in primis*, nel Codice degli appalti non si ravvisa alcu-

.....
(20) In tal senso, si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, 20 novembre 2019, n. 993.

(21) In questi termini si esprime T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 20 marzo 2019, n. 344.

(22) Sul punto, si rimanda a R. GIANI, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 12 ottobre 2019, il quale evidenzia che il rispetto del principio di rotazione «costituendo ordinaria applicazione del disposto normativo, non avrà bisogno di una "motivazione" in senso proprio, come già rilevato, essendo sufficiente che la stazione appaltante, nel farne applicazione, adotti la c.d. "giustificazione", consistente nel richiamare nell'atto il principio di rotazione di cui all'art. 36, co. 1, d.lgs. n. 50/2016 e il dato fattuale che l'operatore in considerazione risulta già partecipante o aggiudicatario in precedente selezione».

(23) In merito all'onere motivazionale, si vedano *ex plurimis* Cons. St., sez. V, sent. 12 giugno 2019, n. 3943; Id., sez. V, sent. 5 marzo 2019, n. 1524; id., 17 gennaio 2019, n. 435; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 10 dicembre 2019, n. 993 e T.A.R. Calabria, Catanzaro, 12 aprile 2019, n. 813.

na disposizione che imponga alla stazione appaltante di esternare immediatamente, nel primo atto della procedura (*i.e.* la deliberazione a contrattare o la lettera di invito), le ragioni per le quali si è reso necessario l'invito anche nei confronti del precedente affidatario.

A ciò si aggiunga che l'art. 53, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 50/2016 prevede che, nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, è possibile venire a conoscenza dei nominativi dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse soltanto dopo la comunicazione ufficiale della stazione appaltante in cui sia indicato l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte.

Questa norma, che prevede il differimento del diritto di accesso, necessita di essere coordinata con il principio di rotazione, con la conseguenza che non può essere richiesto di dare un'immediata motivazione dell'invito del gestore uscente. Difatti, diversamente, gli altri partecipanti verrebbero a conoscenza in anticipo dell'identità di uno dei concorrenti, così violando appunto quanto disposto dall'art. 53, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016.

Infine, come rilevato dal T.A.R. Marche, il principio di rotazione si deve coordinare con una serie di principi di rilevanza costituzionale, quali il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e la necessità che, anche quest'ultima, concorra all'obiettivo del pareggio di bilancio (art. 81 Cost.). Ne consegue che la scelta di invitare il gestore uscente può trovare una sua ragion d'essere anche nella considerazione che, in tal modo, gli operatori interessati sono incentivati a formulare offerte competitive, così consentendo all'amministrazione di ottenere un risparmio di spesa.

Sulla legittimazione e sull'interesse a far valere in giudizio la violazione del principio di rotazione

Dal punto di vista processuale, un'ultima questione che merita di essere approfondita concerne l'individuazione della platea di soggetti che siano legittimati a far valere in giudizio la violazione del principio di rotazione. Sebbene non sia stata affrontata nelle pronunce in commento, tale problematica è stata più volte esaminata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale si è soffermata sia sull'eventuale pretesa dell'appaltatore uscente sia sull'interesse ad agire che sorgerebbe in capo a tutti gli altri concorrenti allorché non sia rispettato il principio di rotazione.

Per quanto riguarda il primo profilo, atteso che il legislatore ha espressamente previsto la regola della rotazione, l'impresa che ha già svolto l'affidamento di un determinato servizio non potrà vantare una legittima pretesa ad essere nuovamente invitata nella successiva pro-

cedura di gara, né tantomeno potrà lamentarsi di non essere risultata aggiudicataria⁽²⁴⁾.

Quanto agli altri concorrenti, il principio di rotazione si traduce nell'aumento delle *chance* concrete di aggiudicazione in capo a tutti i concorrenti diversi dal gestore uscente⁽²⁵⁾, anche quelli già invitati alla gara, con la conseguenza che gli stessi subiscono una lesione in via diretta ogni qual volta il principio di rotazione non sia rispettato⁽²⁶⁾.

Dunque, considerato che il principio di rotazione deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte, la giurisprudenza amministrativa aveva concluso nel senso che il concorrente poteva agire con ricorso già avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente⁽²⁷⁾, sorgendo proprio a seguito di questo provvedimento un interesse concreto e attuale a ricorrere.

Sennonché, come è noto, il d.l. 32/2019⁽²⁸⁾ ha abrogato il c.d. rito superaccelerato⁽²⁹⁾, introdotto in materia di appalti dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. a mente del quale era possibile l'impugnazione immediata delle esclusioni e delle ammissioni. Pertanto, nell'attuale quadro normativo i provvedimenti di ammissione potranno essere impugnati soltanto allorché il gestore uscente, ovvero una delle imprese già invitate nella precedente gara, risulti essere anche l'aggiudicatario dell'appalto.

.....

(24) Per un approfondimento su tale tematica si veda Cons. St., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; Id., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142. Tale problematica è stata affrontata anche da S. DEIANA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 678, secondo cui, laddove sia invitato dalla stazione appaltante, in capo al gestore uscente si configurerà una posizione di interesse legittimo pretensivo, di talché potrà "legittimamente aspirare all'affidamento dell'appalto, proprio perché la stazione appaltante, con scelta autovincolante, ha deciso di derogare al principio di rotazione degli inviti".

(25) In senso contrario, si veda T.A.R. Lombardia, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 179, che riconosce la legittimazione e l'interesse a far valere la violazione del principio di rotazione solo in capo all'impresa esclusa dalla partecipazione alla gara. Tuttavia, questa tesi è rimasta minoritaria, avendo la giurisprudenza maggioritaria accolto l'opposto principio secondo cui legittimati ad agire sono tutti i concorrenti che hanno partecipato alla gara. Sul punto, si veda T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 27 luglio 2016, n. 1916.

(26) In tal senso, si veda Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435; id., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.

(27) In senso contrario, si veda Cons. St., sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831, il quale «*muovendo dal carattere eccezionale del rito ex art. 120, comma 2-bis cod. proc. amm. applicabile esclusivamente alle ipotesi ivi previste ovvero "le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali", conclude per la deducibilità della violazione del principio in esame, non integrante un requisito di partecipazione e soggetto all'ordinaria condizione dell'interesse ad agire, solo con l'atto conclusivo della procedura (id est: con l'aggiudicazione dell'appalto ad altra concorrente)*».

(28) Convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55.

(29) Si osservi che la Corte costituzionale ha recentemente dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a., affermando che l'interesse strumentale all'immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione sia, in tal caso, strettamente collegato con l'interesse finale (v. Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271).

In conclusione, l'abrogazione del rito superaccelerato potrebbe comportare come conseguenza una limitazione della stessa portata del principio di rotazione in quanto l'eventuale violazione della regola della rotazione nella fase degli inviti risulta essere priva di una tutela immediata⁽³⁰⁾ e l'ambito di applicazione del principio di rotazione finirebbe per essere limitato unicamente alla fase dell'aggiudicazione.

.....

(30) In proposito, si rimanda a Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435, secondo cui "se non vi fosse la possibilità di ricorrere avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, la specificazione operata dall'art. 36 comma 1 del Codice dei contratti pubblici che il principio di rotazione opera già nella fase degli inviti sarebbe priva di ratio".

