

SENTENZE SISTEMATICHE

I PARTE

SUL DIRITTO SOPRAVVENUTO E SULLA VINCOLATIVITA' DEGLI ATTI DI GARA

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 13 settembre 2019 n. 2184

Sull'irrilevanza del diritto sopravvenuto al bando

1. Le procedure di affidamento di contratti pubblici sono disciplinate dalla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando e restano, perciò, insensibili allo *ius superveniens* giacché, diversamente, sarebbero sacrificati i valori della certezza e del buon andamento, insieme all'affidamento dei concorrenti, i quali si vedrebbero esposti – senza potervi reagire – alla maturazione di esiti imprevedibili della gara, dovuti al mutamento delle regole in corso d'opera.

2. La P.A. è tenuta ad applicare rigidamente le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura a evidenza pubblica, che **non può essere disapplicata** nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, **salvo l'esercizio del potere di autotutela**, la cui attivazione pertiene, però, alla sfera della **discrezionalità amministrativa**.

CORTE COSTITUZIONALE – sentenza 27 maggio 2020 n. 98

Sulla potestà legislativa statale in materia di contratti pubblici

1. Le disposizioni del codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e le Regioni, anche ad autonomia speciale, non possono dettare una disciplina da esse difforme; ciò vale anche per le disposizioni relative ai contratti sotto soglia, senza che rilevi che la procedura sia aperta o negoziata.

Sull'incostituzionalità di una legge regionale che prevede una riserva a favore delle imprese con sede nel territorio regionale

2. Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 4, della legge Regione Toscana 16 aprile 2019, n. 18, il quale (nel riservare la partecipazione alle gare, per una quota non superiore al 50 per cento, «alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale») comporta una limitazione della concorrenza che non è giustificata da alcuna ragione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 22 marzo 2021 n. 2426

Sulla distinzione tra appalto e concessione

1. In termini generali, il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi proprio per l'assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda. Infatti, mentre appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – sentenza 6 maggio 2020 n. 334

Sulla valenza dei chiarimenti

Le uniche fonti della procedura di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati; di contro, i chiarimenti non possono né modificare né integrare le norme della *lex specialis* e, quindi, non possono essere vincolanti per la commissione aggiudicatrice.

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. II – sentenza 24 marzo 2021 n. 497

Sul principio dell'equivalenza dell'offerta

Nelle gare di appalto per forniture, sussiste in linea generale la possibilità per l'amministrazione di ammettere prodotti equivalenti. Invero, il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, specificatamente, la norma di cui all'art. 68 del decreto legislativo n. 163 del 2006; d'altra parte la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* (ampliamento della platea dei concorrenti).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 gennaio 2020 n. 607

Sul favor participationis e sull'interpretazione della clausola dubbia

Nelle gare di appalto, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale.

SULLA SUDDIVISIONE IN LOTTI E SUL PRINCIPIO DELLA CONCURSUALITA'

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 26 gennaio 2022 n. 137

Sul concetto di lotto funzionale

1. Ai sensi delle disposizioni richiamate dall'art. 51 D. Lgs. n. 50/2016, si intende per "lotto funzionale", uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti, e per "lotto prestazionale", uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata

ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

2. La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

Sull'obbligo di motivazione per la mancata suddivisione in lotti

3. La mancanza di motivazione in ordine alla omissione della suddivisione dell'appalto in lotti si pone in contrasto con la chiara disposizione dell'art. 51 del D. Lgs. n. 50 del 2016, di derivazione eurounitaria.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 14 maggio 2021 n. 1536

Sulla possibilità di applicare la procedura ordinaria anche per importi sotto soglia

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante, al fine di affidare il servizio triennale di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da sinistri, senza costi per il Comune e con volume di affari sotto soglia, stimato in 45.000 Euro, ha stabilito di esperire una procedura aperta ex art. 60 d. lgs. n. 50/2016, piuttosto che provvedere ad un affidamento diretto secondo la previsione normativa derogatoria, per gli appalti sotto soglia di cui al D.L. n. 76/2020 del 17/7/2020, convertito in l. n. 120 del 15/9/2020, con particolare riferimento all'art. 1, comma 1, per i contratti sotto soglia.

Quanto precede ha trovato il conforto nelle osservazioni rese dell'ANAC in sede di parere reso in commissione al Senato prima della approvazione del testo di legge. Sul punto l'ANAC ha osservato, infatti che: "sebbene l'art. 1 del d.l. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno" (parere ANAC del 3 agosto 2020 parere reso in sede di approvazione al Senato).

Detto altrimenti, l'affidamento diretto non costituisce il modulo procedimentale sottosoglia al quale le stazioni appaltanti debbano obbligatoriamente fare ricorso.

A differenti conclusioni non induce il richiamo, operato dalla parte ricorrente, al parere del Ministero Infrastrutture e Trasporti n. 735/2020 in relazione all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di **motivare il ricorso all'evidenza pubblica**: sia in quanto **il predetto parere non può ritenersi vincolante**; sia in quanto lo stesso parere si limita, in ogni caso, solamente a "suggerire" di dare un riscontro nella motivazione per la scelta della procedura di evidenza pubblica ordinaria rispetto a quella "emergenziale" in deroga dell'affidamento diretto.

Sugli effetti del mancato rispetto dei termini dell'affidamento

Il mancato rispetto dei termini, previsto dal decreto semplificazioni per la conclusione della procedura di gara non potrebbe comunque comportare l'illegittimità, per ciò solo, degli atti di gara riverberandosi, se del caso, unicamente sulla responsabilità amministrativa del R.U.P.

Sull'inapplicabilità del principio di rotazione alle procedure aperte

Il principio di rotazione non trova applicazione nei casi, come quello per cui è causa, di procedure ordinarie o comunque aperte al mercato (sul punto cfr. le linee Guida ANAC n. 4 approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 01.03.2018; C.d.S., Sez. III, sent. n. 875 del 4/2/2020; Sez. V, sent. 17/3/2021, n. 2292).

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 2 aprile 2021 n. 2247

Sulla natura endoprocedimentale della proposta di aggiudicazione

Va dichiarato inammissibile un ricorso giurisdizionale avverso il verbale di gara recante la proposta di aggiudicazione di una gara di appalto ove, successivamente a tale proposta, non sia stato adottato dalla P.A. appaltante alcun altro atto e/o provvedimento; infatti, la proposta di aggiudicazione è un atto privo di carattere di definitività, in quanto, a tal fine, è necessario che la stazione appaltante adotti il provvedimento di aggiudicazione definitiva; in particolare, non è impugnabile la proposta di aggiudicazione, atto con valenza meramente endoprocedimentale, mentre deve essere impugnata l'aggiudicazione, che è l'atto che definisce la procedura attribuendo il bene della vita e che deve essere necessariamente espresso.

SUGLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA

E SUL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 13 dicembre 2021 n. 2725

Sulla distinzione tra procedura negoziata e affidamento diretto (puro e competitivo)

La disciplina transitoria introdotta nel contesto della legislazione emergenziale anti Sars-Covid 2 dall'art.1, L.n.120/2020 (rif. art.36, co.2, lett. a) consente, fino al 30.6.2023 (per effetto della ulteriore modifica apportata con l'art.51 della L.n.108/2021), per servizi e forniture fino alla soglia di euro 139.000,00 di procedere tramite affidamento diretto, senza dunque rituale procedimento di gara (e dunque anche senza fare ricorso alla procedura negoziata, che è pur sempre un procedimento di selezione tramite gara), e senza l'onere della previa consultazione di almeno tre operatori economici, come sarebbe dovuto in base alla disciplina previgente per gli affidamenti ultra 40.000,00 euro (rif. art.36, co.2, lett. b, D.Lgs.n.50/2016 nella versione ante novella).

Da ciò discende la profonda differenza rispetto alla procedura negoziata con obbligo di inviti (ossia quando non ricorrono le condizioni di unicità del fornitore) ex art.63 del Codice (ma v. anche art.36,

co.2, lett. c- c-bis), la quale costituisce, secondo quanto si ricava dal disposto di cui all'art.63, co.6 D.Lgs.n.50/2016, un meccanismo selettivo ad evidenza pubblica, assimilabile alle procedure ordinarie, quanto meno a partire dalla fase successiva all'individuazione dei competitors, ossia, in definitiva, in relazione al procedimento di valutazione delle offerte e di selezione del contraente.

Mentre la procedura negoziata rappresenta, a tutti gli effetti, un procedimento selettivo tramite gara (salvo che nei casi in cui sussistano le condizioni per derogarvi, v. ad es., art.63, co.2, lett. b, del Codice), con tutto ciò che ne consegue in termini di struttura del meccanismo selettivo, nell'affidamento diretto la scelta è operata "direttamente" (a monte) dalla stazione appaltante, sia pure nel rispetto dei criteri, quali-quantitativi, di selezione degli operatori economici, previsti dalla legge (rif. art.36, co.2, lett. a, post novella).

Nell'affidamento diretto puro, ossia senza consultazione di più operatori economici, la stazione appaltante contratta con l'unico operatore interpellato; nell'affidamento diretto comparativo la scelta consegue all'interpello di più operatori. Come detto, l'affidamento diretto (anche se comparativo) non attiva un meccanismo di gara, né allo stesso possono essere automaticamente estese le disposizioni sulla procedura negoziata recate dall'art. 63 D.Lgs.n.50/2016 o dall'art.36, laddove tale norma rinvia, non a caso, all'art. 63 (v., in tal senso, art.36, co.2, lett. b) versione post novella del 2020).

Ne consegue che il termine minimo per la ricezione delle offerte, che nelle negoziate senza bando competitive (ossia in assenza di condizione di unicità) può, sia pure indicativamente, essere individuato con riferimento alla disciplina della procedura ristretta, non appare applicabile, di per sé, all'affidamento diretto, quand'anche delineato nella modalità comparativa.

Ciò posto, è indubbio che, laddove la stazione appaltante opti, nell'esercizio della propria discrezionalità, per l'affidamento diretto di tipo comparativo (invitando più di un operatore economico), si imponga il rispetto del principio generale recato dall'art.79, co.1 del Codice, armonico con l'omologa previsione della Direttiva euronitaria, pena la sostanziale vanificazione, in fatto, della effettiva competizione fra gli operatori economici pre-selezionati.

CORTE DEI CONTI SEZ. GIUR. REG. LOMBARDIA - sentenza 19 luglio 2019 n. 196

Sul danno erariale in caso di prezzo sproporzionato

Configura danno erariale patito dalla società *in house* Expo 2015 spa il prezzo palesemente eccessivo e sproporzionato pagato, nell'ambito di una fornitura complementare senza evidenza pubblica, alla società appaltatrice per la fornitura di essenze arboree.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 18 ottobre 2019 n. 5290

Sull'ammissibilità della clausola di territorialità (qualora non sia infracomunale)

Non appare irragionevole la c.d. clausola di territorialità contenuta nel disciplinare di gara effettuata nell'ambito del MEPA laddove nel caso di specie l'ambito territoriale individuato dalla stazione

appaltante non includa ambiti territoriali infra-comunali o comunque significativamente ristretti, bensì il territorio di tre regioni.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. V – sentenza 16 marzo 2021 n. 1760

Sulla legittimità dell'esclusione della ditta non invitata alla procedura negoziata

Nel caso di un appalto di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, non può essere consentito l'ingresso di ditte non inizialmente selezionate dall'Amministrazione; invero, consentire ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti, di presentare la propria offerta significherebbe, di fatto, ribaltare la sequenza descritta dall'art. 36, D. Lgs. n. 50 del 2016, in palese contrasto con le indicazioni normative.

Sulla derogabilità al principio di rotazione

Deve escludersi l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure in cui la stazione appaltante non ponga alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 23 aprile 2021 n. 3287,

Sulla natura dell'affidamento diretto

In tutte le ipotesi di affidamento diretto, comunque, le tuttora efficaci Linee Guida n. 4 dell'ANAC (non essendo stato ancora emanato il Regolamento Unico previsto dall'art. 216, comma 29 – *octies* del Codice dei contratti, inserito dal decreto "Sblocca cantieri") raccomandano quale "*best practice*" il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

Inoltre, secondo l'art. 32, comma 2, lett. a) del Codice dei contratti, "[...]Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".

Ai fini degli affidamenti diretti sotto soglia (anche nella disciplina ordinariamente applicabile recata dal Codice dei contratti), è dunque **sufficiente che la stazione appaltante motivi in merito alla scelta dell'affidatario**, "*dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione*" (Linee Guida ANAC n. 4, par. 4.3.1).

Attese le caratteristiche del procedimento di acquisto concretamente posto in essere - ovvero un affidamento diretto sotto-soglia, **l'Amministrazione era quindi libera di individuare il prodotto**

più rispondente alle proprie esigenze, cosa di cui essa ha peraltro dato chiaramente atto nel provvedimento di affidamento.

La **mera proceduralizzazione** dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (proceduralizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), **non trasforma** l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 marzo 2021 n. 2292

Sul principio di rotazione

Il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, **si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara** e il citato art. 36, comma 1, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Detto principio costituisce, infatti, **necessario contrappeso alla notevole discrezionalità** riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha **l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza**, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio.

La giurisprudenza ha, quindi, evidenziato 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", così garantendo i principi di cui all' art. 97 Cost., poiché "l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi".

Lo scopo è quello 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 l'offerta e, così, posti in competizione tra loro.

Tale principio comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, **salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi** (facendo, in particolare, **riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento.**

La giurisprudenza ha poi **esteso dette considerazioni alle concessioni di servizi**, giacché l'art. 164, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36).

Si è altresì precisato che **tale motivazione**, in base ai principi generali, deve risultare **già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dall'integrazione postuma, in sede contenziosa**.

La giurisprudenza ha altresì evidenziato che il chiaro tenore testuale della norma citata "...impone il **rispetto del principio di rotazione sia negli inviti, sia negli affidamenti**, in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito.)" (Cons. Stato, V, n. 3831/2019 cit.).

Risultano **irrilevanti alcuni accorgimenti procedurali** predisposti dalla stazione appaltante, tra i quali **l'espletamento di una preventiva indagine di mercato**. Infatti, **il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata** sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, **lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione**.

Negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici trova **un limite**, di carattere generale, **nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti**; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione.

La stessa giurisprudenza precisa che, invece, non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, **le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata**.

Come chiarito anche dalle Linee Guida ANAC n. 4 al punto 3.6 "si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello su 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**".

TAR LIGURIA, SEZ. I – sentenza 6 dicembre 2021 n. 1052

Sull'irrilevanza di una diversa durata degli affidamenti ai fini della deroga al principio di rotazione

Il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all'affidamento "immediatamente precedente" a quello di cui si tratti, e che "non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata", ove la precisazione che il principio di rotazione è inapplicabile soltanto nel caso di "sostanziale alterità qualitativa", ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell'attuale affidamento.

Nel caso di specie, è indubbio che l'affidamento immediatamente precedente del medesimo servizio di trasporto scolastico (ultimo semestre dell'a.s. 2020/2021) fosse in capo alla società aggiudicataria, **senza che la durata limitata nel tempo** – un semestre, anziché l'intero anno scolastico – **valga a differenziarlo**, dal punto di vista qualitativo, da quello oggetto di impugnativa (a.s. 2021/2022).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 marzo 2019 n. 1524

Sul principio di rotazione (sulla necessità di motivare l'invito per l'uscente di gara aperta)

Il principio di rotazione che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte trova fondamento nell'esigenza di **evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il progresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato")**, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la **distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione** tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" (*recte*, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, **non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura**. Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 settembre 2019 n. 6160

Sulla ratio della limitazione degli inviti in caso di procedura negoziata

Per le procedure negoziate è prevista una **prima fase** – di **individuazione degli operatori** tramite indagine di mercato ovvero consultazione di elenco di operatori economici precedentemente costituito – e una **seconda fase**, di **vera e propria contrattazione**, nella quale sono esaminate le offerte degli operatori precedentemente invitati a partecipare. La procedura descritta si distingue, pertanto, dalle ordinarie procedure di affidamento per essere l'amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la **lettera di invito individuale a presentare la sua offerta** e non, come normalmente accade, l'operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara.

Consentire ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti, di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l'ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 4 giugno 2019 n. 3755

Sull'assenza di un obbligo motivazionale per l'applicazione della rotazione

Non occorre specifica motivazione per 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 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.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 aprile 2020 n. 2654

Sulla derogabilità del principio di rotazione in caso di procedure aperte su mercati elettronici

Il principio di rotazione delle imprese previsto dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016, costituisce, per gli appalti sotto soglia di lavori, servizi e forniture 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; 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.

TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 4 febbraio 2021 n. 193

Sull'applicabilità del principio di rotazione anche in caso di imprese collegate

1. Il principio di rotazione previsto dall'art. 36, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per gli appalti sotto soglia costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio.

2. La necessità del rispetto del principio della rotazione **sussiste già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara**; lo scopo, infatti, è quello 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.

3. E' illegittima una gara di appalto sotto soglia nel caso in cui risulti la violazione del principio di rotazione, per il fatto che l'appalto è stato aggiudicato sostanzialmente alla stessa ditta uscente, con cui **l'aggiudicataria presenta forti collegamenti sostanziali**, tali da prefigurare **un unico centro di interesse** (nella specie sia la ditta aggiudicataria che quella uscente risultavano avere **lo stesso indirizzo e recapito telefonico; inoltre, i legali rappresentanti dell'affidatario uscente e di quello entrante erano persone coniugate tra loro**, nonché conviventi risidenti in un unico luogo; tali elementi, secondo la sentenza in rassegna, erano tali da far configurare un unico centro decisionale).

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 26 marzo 2021 n. 389

Sulla derogabilità al principio di rotazione in caso di gare aperte sul MEPA

1. Il principio di rotazione delle imprese costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo alla PA di cambiare per ottenere un miglior servizio.

2. Il principio della rotazione delle imprese va osservato già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara ed ha lo scopo 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.

3. Il principio della rotazione delle imprese *ex art. 36 del D. Lgs. n. 50 del 2016* 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. Del pari, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 2016, aggiornate con delibera del 2018, n. 206), **lo stesso principio non si applica altresì quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici**, perché in tal caso si è fuori dalle procedure negoziate.

TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 3 giugno 2020 n. 492

Sull'inapplicabilità del principio di rotazione in caso di affidamenti con diversità di oggetto

1. La *ratio* del principio di rotazione è quella 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.

2. Non si configura la violazione del principio di rotazione, nel caso in cui, nonostante sia risultata vittoriosa della gara la medesima ditta destinataria di precedenti affidamenti da parte della stessa P.A., il servizio aggiudicato sia **diverso** da quello dei precedenti appalti; in tal caso, infatti, la ditta interessata non può considerarsi l'affidatario uscente del servizio oggetto del nuovo appalto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 10 ottobre 2018 n. 5833

Sull'illegittimità della scelta arbitraria dei soggetti da invitare

Anche quando la stazione appaltante è obbligata a scegliere operatori economici presenti sul mercato elettronico essa non è esonerata dall'obbligo di esperire un'indagine esplorativa o, almeno, di indicare i criteri utilizzati per la scelta degli operatori, non potendosi distinguere tale ipotesi, da quella nella quale il ricorso al mercato elettronico e alla procedura interamente telematica gestita da Consip sia facoltativo per la stazione appaltante.

In entrambe le ipotesi, in assenza di criteri di scelta predeterminati non vi sia nessuna garanzia di imparzialità della scelta medesima, ben potendo la singola stazione appaltante invitare alla gara solo alcuni operatori perché, in ipotesi, più graditi e non invece quelli in grado di fornire le migliori garanzie nell'esecuzione della commessa nell'interesse pubblico.

CORTE DEI CONTI CAMPANIA – delibera n. 77 del 14 giugno 2018.

Sull'accordo quadro e sul rispetto degli obblighi finanziari

(Quesito: se al momento della stipula dell'accordo quadro è necessario effettuare prenotazione di impegno ex articolo 183, comma 3 del Tuel).

L'accordo quadro (disciplinato dall'articolo 54 del cdc) non genera alcuna obbligazione di tipo finanziario/contabile non richiedendo, pertanto, l'adozione dell'impegno di spesa.

L'accordo quadro deve essere previsto nel programma biennale dei beni e dei servizi in caso di «affidamenti complessivi» di importo unitario stimato pari o superiore a 40mila euro, come prevede l'articolo 21, comma 6 del Dlgs 50/2016. Se l'oggetto si configura in termini di lavori, per un importo di affidamenti pari o superiore ai 100mila euro, l'intervento deve essere previsto nel piano triennale delle opere pubbliche. In relazione alla questione contabile, la sezione precisa che l'accordo-quadro realizza un contratto «normativo» dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui

efficacia consiste nel «vincolare» la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle parti. L'accordo quadro si limita a stabilire «come verranno stipulati i successivi contratti attuativi (contratti applicativi) riguardanti un determinato bene della vita e lasciano all' individuazione operata da una delle parti la determinazione del se, quando e quantum».

Dal punto di vista del diritto amministrativo, l'accordo corrisponde a una procedura a evidenza pubblica con cui si «individua il soggetto di tali future contrattazioni e le condizioni della piattaforma preparatoria all' affidamento di uno o più appalti successivi». Non c' è «affidamento» La fattispecie non realizza un affidamento come le altre procedure, ma «il titolo per una serie successiva di affidamenti diretti, esauendo a monte, e per una determinata base di valore, la fase competitiva per l'aggiudicazione futura di tali contratti attuativi». Sorge quindi un «titolo» che consente di applicare ai futuri contratti «le condizioni contrattuali predefinite nell' accordo quadro». In questo senso, la previsione o la stipula dell'accordo non costituisce titolo per il sorgere di obbligazioni pecuniarie, e non consente di «impegnare e pagare con imputazione all' esercizio cui lo stanziamento si riferisce (articolo 183 del Tuel)». In relazione all' accordo quadro non si pongono quindi neppure problemi di prenotazione di impegno di spesa, né viene in rilievo l'operatività del fondo pluriennale vincolato.