

# IL SISTEMA DISCIPLINARE DELL’AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI SOTTO-SOGLIA E IL “PRINCIPIO DI ROTAZIONE”

**Riccardo Gianì**

## *1. Quadro disciplinare dell’affidamento dei contratti pubblici sotto-soglia.*

Il Codice dei contratti pubblici del 2016 (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) dedica il titolo I della parte II a “*Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*”, qui dettando in realtà due sole disposizioni, costituite dall’art. 35 (rubricato “*Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti*”) e dall’art. 36 (“*Contratti sotto soglia*”). L’art. 36 cit. rappresenta quindi la previsione disciplinare centrale nella trattazione dell’affidamento dei contratti pubblici di valore inferiore alle soglie comunitarie ed assume peraltro una duplice valenza. Da un lato esso contiene, al comma primo, la scelta regolatoria fondamentale compiuta dal legislatore e consistente nell’opzione a favore di una “disciplina per principi”, piuttosto che attraverso “regole dettagliate”, stabilendo infatti 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*”. Dall’altro lato, ai commi 2 e seguenti, tale disposizione disciplina le modalità operative più significative della procedura di aggiudicazione dei contratti sotto-soglia, in particolare indicando i moduli alternativi alle gare ordinarie, rappresentati da “affidamento

diretto” e “procedura negoziata”, regolando i criteri di aggiudicazione utilizzabili, le modalità delle verifiche dei requisiti di partecipazione ecc. Emergono quindi due primi pilastri sui quali si regge il quadro disciplinare dell’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia, costituiti dal richiamo ai “principi”, come elemento valoriale destinato a inverarsi in via interpretativa in specifiche regole operative attinenti alle procedure, e dalla contemporanea presenza di disposizioni normative puntuali, fissate dal legislatore, con necessaria convivenza tra *regulae* scaturenti dai principi e *regulae* eteronome poste dalla legge. È necessario evidenziare subito che sull’art. 36 cit., già in parte fatto oggetto di intervento novativo dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (decreto correttivo al Codice del 2016), è di recente intervenuto il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (portante “*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*”), il quale ha significativamente innovato le modalità operative di svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia, mentre non ha intaccato la scelta regolatoria fondamentale di disciplina del settore “per principi”. Ne consegue che il presente scritto, oltre a dar atto delle principali modifiche procedurali contenute nel decreto-legge n. 32 cit. (ancorché allo stato sottoposte all’esame parlamentare), potrà più diffusamente occuparsi della struttura del sistema disciplinare del sotto-soglia, non toccato dall’intervento normativo d’urgenza.

Nonostante una sola sia la disposizione espressamente dedicata al sotto soglia, invero sono numerose le previsioni normative sparse nel D.Lgs. n. 50 del 2016 che si riferiscono agli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee, il che, oltre a ridimensionare l’opzione espressa dall’art. 36 cit. a favore di una regolamentazione “per principi”, rende più complessa la ricostruzione dell’intero quadro disciplinare degli affidamenti di valore inferiore alle soglie europee. Si tratta peraltro

di disposizioni del Codice del 2016 sulle quali era già intervenuto il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e che risultano ora in parte incise dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, le quali spesso toccano passaggi fondamentali della dinamica di gara, quali la qualificazione degli operatori, la forma degli atti, lo *stand still*. È importante, dunque, constatare che significativi snodi procedurali trovano una disciplina in norme di legge collocate al di fuori della *sedes materiae* propria dei contratti sotto-soglia, costituita dall'art. 36 cit., dando luogo ad una articolata trama disciplinare che ridimensiona ancora lo spazio regolatorio proprio dei principi, di cui al comma primo dell'art. 36, giacché essi dovranno coerenzarsi con le plurime disposizioni espresse, fissate dal legislatore in seno allo stesso art. 36 ed anche al di fuori di esso. Ulteriore elemento che arricchisce il quadro disciplinare complessivo dell'affidamento dei contratti sotto-soglia è poi costituito dal rinvio operato dall'art. 36, comma 7, D.Lgs. n. 50 cit. ad ulteriori fonti di regolazione delle relative procedure, volte a puntualizzare e dettagliare le modalità operative attraverso le quali esse si snodano. Emerge in tal modo il ruolo delle norme poste da fonti sub-primarie, che costituiscono l'ultimo tassello del sistema disciplinare proprio degli affidamenti sotto-soglia: esso viene dunque ad assumere una triplice articolazione, con il riferimento ai "principi" di cui all'art. 36, comma 1, le previsioni legislative puntuali poste dallo stesso art. 36, commi 2 e ss. e dalle norme sparse nel D.Lgs. n. 50 del 2016 e le disposizioni esecutivo-attuative di grado subordinato alla legge di cui all'art. 36, comma 7.

Ma l'art. 36, comma 7, cit., intercetta invero uno dei profili concettualmente più complessi della disciplina dei contratti pubblici, costituito dalla tipologia di fonti secondarie destinate ad integrare le norme primarie del D.Lgs. n. 50 del 2016. Infatti il comma 7, nella stesura originaria, contiene una delle scelte più innovative, e oggetto di ampio dibattito tecnico, del Codice del 2016, che è rappresentata

dall'abbandono, come fonte secondaria, del rinvio ad un regolamento governativo (come nel caso del D.Lgs. n. 163 del 2006, che rinviava al D.P.R. n. 207 del 2010), a favore di strumenti giuridici di più complesso inquadramento dogmatico, quali le “linee guida ANAC”. Né sminuisce la rilevanza del tema la circostanza che la evocata disciplina sia stata superata dal decreto-legge n. 32 del 2019, che ha eliminato i rinvii del Codice alle linee guida elaborate da ANAC, tornando a percorrere vie normative più consolidate (con il ritorno al “regolamento governativo”), le incertezze del legislatore segnalando anzi la presenza di profili complessi da sciogliere. Il tema merita dunque qualche più analitica considerazione.

## **2. *L'art. 36, comma 7, D.Lgs. 50/2016 e la disciplina di esecuzione e attuazione.***

L'art. 36, comma 7, cit., nel testo anteriore al decreto-legge n. 32 cit., prevede che “*l'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici*”.

La norma merita di essere analizzata anche in tale suo originario contenuto, poiché il superamento di tale testo normativo, ad opera del decreto-legge n. 32 cit., non è allo stato definitivo ed anche in considerazione del fatto che l'esatta ricognizione del significato del comma 7 originario (in rapporto alle pregressa sistematica disciplinare del D.Lgs. n. 163 del 2006) consente di cogliere appieno l'ulteriore evoluzione ordinamentale di cui al successivo decreto-legge n. 32 del 2019.

In termini generali la disposizione in esame rischia di ulteriormente

obliterare la scelta di fondo operata dal comma 1 dell'art. 36 e attinente al passaggio da una regolamentazione attraverso “norme dettagliate” ad una disciplina “per principi”, con le connesse finalità di snellimento e flessibilità della regolazione. Il citato comma 1 stabilisce che gli affidamenti sotto-soglia “*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*”, con opzione quindi a favore della fissazione, in norma primaria di legge, solo di profili valoriali di fondo della regolazione, con remissione alle singole stazioni appaltanti dell'attività volta ad inverare, nei propri atti applicativi, la disciplina puntuale che consenta di realizzare i principi evocati dalla legge. È la scelta per la flessibilità della regolazione, che, almeno con riferimento alle gare di minor importo, evita l'irrigidimento proprio delle norme di dettaglio che aveva caratterizzato la pregressa disciplina, attraverso il combinarsi di norme di legge e norme regolamentari applicative. Il comma 7, nel testo anteriore al decreto-legge n. 32 cit., ci rivela però che “modalità di dettaglio”, inerenti allo svolgimento delle procedure sotto-soglia, sono rimesse alla formulazione di linee guida da parte di ANAC, con il rischio di ridimensionare la scelta di fondo operata dal comma 1. Se norme di dettaglio vengono comunque indirizzate alle stazioni appaltanti, che perdono quindi margini di flessibilità a favore della applicazione di regole eteronome, quella che risultava una opzione per il parziale superamento di una disciplina dettagliata viene a ridursi ad una mera modifica dell'involucro normativo, nel senso che le previsioni di dettaglio permangono, ancorché non fissate in norme di legge o di regolamento, bensì in “linee guida” ANAC. Sempre in termini generali deve aggiungersi un cenno alle problematiche ulteriori che il rinvio a “linee guida” predisposte da ANAC pone, per le incertezze concettuali sulla qualificazione giuridica di questi atti, difficilmente riconducibili alla sistematica tradizionale delle fonti del diritto.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 1767 del 2016, ha operato un avvicinamento tra le linee guida dell'ANAC e gli “atti di regolazione” delle Autorità indipendenti, salvo poi distinguere, all'interno della complessa categoria, tra linee guida vincolanti e non. Si tratta di lettura complessa che, pur non escludendo, almeno in alcune ipotesi, l'efficacia vincolante delle linee guida ANAC, rifugge la evocazione della categoria tradizionale delle fonti secondarie, cioè il “regolamento”, a favore di istituto di assai più sfuggente inquadramento. Si tratta peraltro di lettura criticata dalla dottrina, nell'ambito della quale non si è smesso di evocare, per le linee guida vincolanti, la più tradizionale categoria concettuale del “regolamento”, mentre per quelle non vincolanti si è andati dal richiamo alla sfuggente *soft law* a quello della più tradizionale figura della “direttiva amministrativa” (1).

Il Consiglio di Stato si è poi occupato in sede consultiva specificamente delle linee guida ANAC in materia di sotto-soglia. Nel parere n. 1903 del 13 settembre 2016, avente ad oggetto la prima versione delle Linee guida n. 4 dell'ANAC sugli affidamenti sotto-soglia, il Consiglio di Stato evidenzia: a) che *“le linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici ‘sotto soglia’ possono essere annoverate tra le linee guida dell'ANAC non vincolanti, le quali, come il Consiglio ha già avuto modo di precisare, sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provve-*

---

(1) Senza alcuna pretesa di completezza possono richiamarsi i contributi di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'Anac nei settori speciali*, in *Riv. regolazione mercati*, 2018, fasc. 1; sulle nuove tecniche di produzione normativa (*soft law, comply or explain*, c.d. paternalismo libertario, cogestione regolatoria, *better regulation*, A.I.R., codici deontologici) cfr. G.P. CIRILLO, *Diritto civile pubblico*, Roma, 2018, pp. 18 ss.

*dimento amministrativo e perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti”;* b) *“in relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, il Consiglio ha rilevato che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall’Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche ai fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa”;* c) *“la disciplina dell’art. 36 sui contratti sotto-soglia è, del resto, sufficientemente dettagliata e non necessita, pertanto, di linee di indirizzo di carattere ‘integrativo’, che appesantirebbero il quadro regolatorio”.* Nel successivo parere n. 361 del 12 febbraio 2018 il Consiglio di Stato si è poi espresso sulle Linee guida n. 4, nella loro rinnovata versione in esito alla riforma legislativa di cui al D.Lgs. n. 57 del 2016, ed ha confermato le conclusioni precedentemente raggiunte, ribadendo che le linee guida in esame sono atto amministrativo generale non vincolante, dal quale le stazioni appaltanti possono discostarsi purché con adeguata motivazione.

Come anticipato, ANAC, in attuazione dell’art. 36, comma 7, cit. ha emanato le Linee guida n. 4 (2), che offrono alle stazioni appaltanti e agli operatori economici utili indicazioni sullo svolgimento della procedura di aggiudicazione, sui requisiti generali e speciali di partecipazione alle gare, sui criteri di selezione, sul confronto competitivo, oltre che sul principio di rotazione.

Sul “principio di rotazione”, appena evocato, deve specificamente evidenziarsi che il già richiamato D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ha aggiunto un secondo periodo al comma 7 dell’art. 36 cit., a mente del quale *“nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione*

---

(2) Cfr. F. MANGANARO, R. PARISI, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle linee guida n. 4 dell’ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 589.

delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale”. ANAC, nella seconda formulazione delle linee guida n. 4, aggiornata quindi al D.Lgs. n. 56 del 2017, ha fatto specifico sviluppo della previsione normativa, indicando “specifiche modalità” del “principio di rotazione” ai punti 3.6 e 3.7, ove vengono poste le seguenti regole:

- la rotazione si applica rispetto all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratta e 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;
- detto principio non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione;
- il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento, così che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente devono avere carattere eccezionale e richiedono un onere motivazionale più stringente;
- *“la stazione appaltante motiva tale scelta [riaffido o reinvito] in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della*

*competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente”.*

Il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (in conversione al momento della stesura del presente scritto) ha inciso profondamente sull'assetto disciplinare appena descritto, come risulta dal comma 28-*octies* aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. mm) n. 7, del citato decreto-legge all'art. 216 del D.Lgs. n. 50 del 2016. L'art. 216, comma 28-*octies*, cit. infatti effettua la scelta di reintrodurre, nel sistema delle fonti della contrattualistica pubblica, “*un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice*”, regolamento interministeriale (MIT e MEF), emanato sentita la Conferenza Stato-Regioni, e destinato a sostituire il sistema di normazione secondaria delle linee-guida ANAC, che forse costituivano un sistema di regolazione più dinamico ed operativo, ma presentando anche forti problemi di inquadramento ontologico. Il comma 28-*octies* cit. aggiunge che “*le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma*”. In stretta correlazione con tale scelta di fondo, il decreto-legge n. 32 cit. nova conseguentemente anche tutte le dispo-

sizioni puntuali che nel Codice del 2016 contenevano rinvii alle linee guida ANAC. Per quel che qui rileva, l'art. 36, comma 7, in esito agli interventi novativi operati dal decreto-legge n. 32 cit., dispone che *“con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabilite le modalità relative alle procedure di cui al presente articolo, alle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Nel predetto regolamento sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista”*.

A pochi giorni dall'emanazione del decreto-legge n. 32 cit., che avrà bisogno di ben più attenta analisi soprattutto in esito alla sua conversione parlamentare, par qui di poter segnare tre dati che emergono, quanto ad impostazione complessiva dell'assetto disciplinare degli affidamenti dei contratti pubblici sotto soglia di rilevanza europea. Il primo attiene alla conferma della scelta codicistica di cui all'art. 36, comma 1, cit. a favore di una regolamentazione delle procedure sotto-soglia affidata prioritariamente a “principi”, seppur da coordinare con le norme espresse dettate dal legislatore. Il secondo dato appare anch'esso di conferma di un elemento di fondo già presente nella normativa preesistente ed ha riguardo alla necessità di un livello di regolazione secondaria, attuativa e di dettaglio, che si aggiunga alle norme primarie dettate dall'art. 36 cit. e alle altre disposizioni sparse nel D.Lgs. n. 50 del 2016; è difficile non evidenziare una sorta di strabismo legislativo, giacché l'opzione a favore della regolamentazione “per principi” vorrebbe tendere ad ampliare l'ambito di autonomia regolatoria delle singole stazioni appaltanti e non può non contrastare con la contemporanea opzione per una specifica e puntuale regolazione di dettaglio da parte di norme secondarie, che finisce quindi

per soffocare con norme eteronome gli spazi di autonomia suddetti. Il terzo dato rappresenta invece una rottura con il recente passato e cioè il superamento del ruolo di ANAC come produttrice di norme secondarie, seppur nella complessa forma tecnica delle linee-guida, e il conseguente ritorno al più consolidato strumentario del regolamento governativo, con le certezze in termini di qualificazione ontologica, di efficacia e di mezzi di tutela che accompagna l'evocazione del regolamento.

### ***3. La struttura procedimentale degli affidamenti sotto-soglia.***

Pur senza la pretesa di una analitica disamina degli svolgimenti procedimentali relativi agli affidamenti sotto-soglia, si impone una ricognizione di come il legislatore struttura nel suo complesso le modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici in tale importante settore economico (3).

In tale prospettiva assume significativa rilevanza la tipologia di procedure attraverso le quali avvengono le aggiudicazioni, profilo che trova la propria disciplina nell'art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016. La richiamata disposizione è stata fortemente incisa dal decreto-legge n. 32 del 2019, che ha ridisegnato il novero complessivo di previsioni disciplinari.

Con riferimento al segmento di interventi di minor valore economico l'art. 36, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 50 del 2016, non modificato dal decreto-legge n. 32 del 2019, prevede che le stazioni appaltanti, ferma la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, nel caso di affida-

---

(3) Dai dati Eurostat risulta che, su di un valore complessivo nella UE della spesa annuale in appalti e concessioni valutato intorno al 14/15% del PIL globale, pari a circa 2.000/2.200 mld, solo per il 20% circa, e cioè 400/440 mld €, danno luogo a affidamenti soprassoglia UE.

menti di importo inferiore a euro 40.000 possono procedere “*mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*”. Tale previsione è frutto della riscrittura della disposizione medesima ad opera del D.Lgs. n. 57 del 2017; infatti l’originario testo normativo parlava di “*affidamento diretto adeguatamente motivato*”, mentre nella previsione vigente è scomparso il riferimento all’adeguata motivazione e si è aggiunto l’inciso circa la non necessità che “l’affidamento diretto” sia preceduto da confronto concorrenziale. Dunque, con il correttivo del 2017, il legislatore, sciogliendo pregressi dubbi esegetici, ha optato decisamente per una configurazione non necessariamente concorrenziale di questa tipologia di affidamento, com’è reso evidente dalla previsione che l’affidamento diretto possa avvenire “*anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*”. Non vi è quindi dubbio che, in questa prospettiva, l’affidamento diretto possa non seguire la strada della gara competitiva fra più aspiranti ed essere invece frutto della diretta individuazione da parte della stazione appaltante dell’operatore economico scelto come controparte contrattuale. Anche in questa opzione, di forte apertura alla discrezionale scelta della stazione appaltante, quest’ultima non può tuttavia ritenersi dotata di una integrale libertà di movimento, essendo astretta tra i principi discendenti dalla sua natura pubblicistica, da un lato, e la griglia di principi specifici dettati, proprio con riferimento ai contratti sotto-soglia, dell’art. 36, comma 1, cit., tra i quali primeggia il “principio di rotazione”. All’affidamento diretto è anche dedicata la previsione dell’art. 32, comma 2, del Codice del 2016, secondo cui “*nella procedura di cui all’articolo 36, comma 2, lettera a), 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*”.

La seconda fascia di contratti sotto-soglia è individuata dall'art. 36, comma 2, lett. b) cit., nel testo risultante dal decreto-legge n. 32 del 2019, che si riferisce agli *“affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 200.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi”*. In tal ambito l'individuazione dell'operatore economico con il quale stipulare il contratto avviene *“mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”*. Si tratta quindi di procedura ristretta, che presuppone cioè l'invito degli operatori economici, nel numero indicato dalla norma (frutto di riduzione ad opera del decreto-legge n. 32 cit.), a presentare un'offerta, quindi la selezione delle offerte presentate, seppur ampiamente deformalizzata rispetto alle procedure ordinarie, all'esito della quale sarà individuato l'aggiudicatario. Da segnalare che l'art. 75, comma 3, D.Lgs. n. 50 cit. regola la forma degli inviti con riferimento a tutte le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando, prevedendo l'utilizzo della posta elettronica certificata, o strumento analogo degli altri Stati membri dell'UE, *“ovvero, quando ciò non è possibile, con lettera”*. La terza fascia di contratti sotto-soglia, così come ridisegnata dal decreto-legge n. 32 cit., è quindi individuata dall'art. 36, comma 2, lett. d) D.Lgs. n. 50 cit., con riferimento ai soli lavori pubblici (l'intero segmento di contratti sotto-soglia ulteriore rispetto all'importo di 40.000 euro, in relazione a servizi e forniture, essendo assorbito dalla previsione di cui alla precedente lettera b) di importo superiore ai 200.000 euro (e fino all'ammontare della soglia europea); qui la disciplina prevede che l'aggiudicazione contrattuale avvenga *“mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8”*, con rinvio quindi alla “procedura

aperta”, tipica del sopra-soglia. Ciò non vuol dire che vanga meno l’obiettivo di semplificazione (che è l’*ubi consistam* del sotto-soglia), giacché la deroga alla disciplina ordinaria avviene con la cogente previsione della esclusione automatica delle offerte anomale (ai sensi dell’art. 97, comma 8, anch’esso novato dal decreto-legge n. 32 cit.), nonché con l’altrettanto cogente previsione dell’utilizzo del criterio di aggiudicazione del “prezzo più basso”.

Infatti, il comma 9-bis dell’art. 36 cit. (introdotto dal decreto-legge n. 32 cit.) stabilisce che *“fatto salvo quanto previsto all’articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all’aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero, previa motivazione, sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”*. Con previsione che abbraccia l’intero ambito degli affidamenti sotto-soglia, il comma 9-bis cit. introduce come regola quella dell’utilizzo del criterio selettivo del minor prezzo, mentre il criterio dell’OEV, che gode di specifico favore per gli affidamenti di rilevanza comunitaria, diviene qui l’eccezione, dovendo essere fatto oggetto di specifica motivazione. La disposizione non si cura neppure di far salvi gli affidamenti che, pur di valore inferiore alle soglie comunitarie, abbiano rilevanza transfrontaliera certa, con conseguente applicazione delle regole europee, come invece ha ritenuto di fare in relazione alla prevista applicazione dell’esclusione automatica delle offerte anormalmente basse (infatti l’art. 97, comma 8, cit. afferma che *“per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all’articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l’esclusione automatica non*

*opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”*) (4). Altra peculiarità, riferita ai lavori di minore importo, la troviamo all’art. 84, comma 1, D.Lgs. n. 50 cit. Si tratta della norma che, per i lavori pubblici, prevede il sistema unico di qualificazione degli esecutori mediante attestazione SOA; essa riferisce la propria previsione disciplinare ai “*soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro*”, quindi intercettando la tematica del sotto-soglia, nel senso di escludere i lavori pubblici di minimo importo dalla necessaria attestazione SOA. In tal modo la riferita previsione lascia però aperto il tema della qualificazione degli esecutori di lavori fino a 150.000 euro, che trova un’espressa disciplina nell’art. 90 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (cioè del regolamento esecutivo del precedente Codice del 2006, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163); l’art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevedeva, nel testo originario, che il precedente regolamento esecutivo rimanesse sul punto in vigore “*fino all’adozione delle linee guida indicate dall’articolo 83, comma 2*”; il decreto-legge n. 32 del 2019 è intervenuto sia sull’art. 83, comma 2, D.Lgs. n. 50 cit. sia sul successivo art. 216, comma 14, prevedendo in sostanza che la disciplina del regolamento di cui al D.P.R. n. 207 del 2010 rimanga in vigore, con riferimento

---

(4) Nella sistematica europea le regole di evidenza pubblica fissate dalle direttive europee si applicano ai contratti di valore superiore alle soglie di valore fissate dalle direttive stesse e non a quelli di importo inferiore; rispetto a questi ultimi la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha costantemente stabilito, tuttavia, che debbano essere aggiudicati nel rispetto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE, in particolare dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza, nonché all’obbligo di trasparenza che ne deriva, purché però tali appalti presentino un “interesse transfrontaliero certo”; si veda da ultimo Corte di giustizia UE, sez. X, 14 febbraio 2019, C-710/17, Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop. Sulla nozione di “interesse transfrontaliero certo” si veda, di recente, Corte di giustizia UE, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17, Olympus Italia srl.

alla qualificazione degli operatori economici, “*fino all’adozione del regolamento di cui all’articolo 216, comma 27-octies*”.

Assai significativa, in quanto determinante un superamento di ordinaria regola d’azione della contrattualistica pubblica, è poi la previsione (sempre introdotta dal decreto-legge n. 32 cit.) di cui al comma 5 dell’art. 36 cit., che, in chiara ottica di accelerazione dello svolgimento della selezione, stabilisce che la valutazione delle offerte possa avvenire prima dell’esame delle domande di ammissione. Si tratta di possibilità offerta alle stazioni appaltanti, che possono seguire tale via nel bando di gara. Se optano in tal senso, le stazioni appaltanti effettuano poi i controlli nei confronti del miglior offerente, circa la non ricorrenza di motivi di esclusione e di sussistenza dei requisiti e le capacità di cui all’articolo 83 D.Lgs. n. 50 cit. Il comma 5 cit. aggiunge comunque che i controlli sono estesi, a campione, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara. La norma citata dispone infine che “*sulla base dell’esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all’articolo 97*”. Quest’ultima è previsione che supera, nella fattispecie *de qua*, il c.d. principio di invarianza della soglia di anomalia, nel senso che l’esclusione di un operatore a seguito della verifica dei requisiti comporta il ricalcolo della soglia di anomalia. Infatti il decreto-legge n. 32 del 2019 ha pure ritoccato il disposto dall’art. 95, comma 15, D.Lgs. n. 50 del 2016, che pone il principio di invarianza, disponendo, nella versione novata, che “*ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase amministrativa di prima ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”; ove una vera e propria formale ammissione non ci sia stata (come nel caso di esame delle offerte anteriore alla verifica dei requisiti) la “fase amministrativa di prima

ammissione“ pare infatti essere quella della verifica successivamente posta in essere.

Completano il quadro due previsioni non incise dal decreto-legge n. 32 del 2019. In primo luogo l'art. 32, comma 14, che disciplina la forma dei contratti, prevedendo, per quel che qui rileva, che *“in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro [la stipula del contratto avvenga] mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri”*. In secondo luogo l'art. 32, comma 10, lett. b) sempre del D.Lgs. n. 50 cit., secondo cui il termine di *stand still* di cui all'art. 32, comma 9, non si applica *“nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)”*.

#### **4. La disciplina “per principi” e il “principio di rotazione”.**

È stato già evidenziato come il settore del sotto-soglia sia disciplinato dal Codice dei contratti pubblici del 2016 attraverso una regolamentazione “per principi”, seppur accanto alla previsione di non poche “regole dettagliate”. Nel secondo caso è la stessa fonte normativa a stabilire le modalità di attuazione di ogni singolo passaggio procedurale, così che all'interprete (e in primo luogo alla stazione appaltante che deve in concreto svolgere la gara) non residua che dar concreta applicazione alla previsione astratta della norma, al netto dei problemi interpretativi che possono presentarsi. Nel primo caso, invece, la regolamentazione dei singoli adempimenti della procedura di gara deriva, non già dall'applicazione di una specifica *regula iuris*, bensì da una previa attività volta a stabilire come il principio generale (ad esempio il “principio di libera concorrenza” o il “principio di trasparenza”) si traduca in concreto rispetto alla disciplina dell'adempimento

in considerazione (si tratti della individuazione della composizione della commissione di gara o dell'apertura in sede pubblica o riservata di una certa busta) (5). L'applicazione del principio passa dunque attraverso una complessa attività dell'interprete, chiamato non alla esegesi di una previsione astratta, ma a dar concreto corpo al principio, stabilendo le specifiche disposizioni disciplinari nelle quali, nel caso in esame, il principio stesso si inverte. Al soggetto chiamato a dare applicazione al principio compete, in buona sostanza, una sorta di attività di elaborazione di regole, come frutto della traduzione in concreto della forza evocatrice del principio stesso (6).

---

(5) A mero titolo esemplificativo, e con riferimento alla disciplina di cui al previgente D.Lgs. n. 163 del 2006, si può ricordare che: secondo Cons. Stato, ad plen., 7 maggio 2013, n. 13 in *Giur. it.*, 2013, 2369 (m), con nota di R. CARANTA, *I principi "dettagliati" e le concessioni di servizi*, in caso di gara per l'aggiudicazione di una concessione di servizi con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, risultano applicabili, anche in assenza di espresse previsioni del bando, le disposizioni di cui all'art. 84, comma 4, D.Lgs. n. 163 del 2006 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione) e comma 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione), in quanto espressive dei principi di trasparenza e parità di trattamento di cui all'art. 30, comma 3, D.Lgs. n. 163; al contrario, secondo Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7 in *Foro it.*, 2014, III, 429 con nota di G. SIGISMONDI e in *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di L. BERTONAZZI, l'art. 37, comma 12, D.Lgs. n. 163 del 2006, che imponeva ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni, non esprime un principio generale, così che, ai sensi dell'art. 30, comma 3, D.Lgs. n. 163 cit. non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio locale.

(6) Merita di essere richiamato quanto affermato da Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13 cit.: *"i principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzate da una eccedenza di contenuto deontolo-*

Quanto alla individuazione di cosa siano i principi, può dirsi che essi richiamino l'idea di un criterio valoriale astratto, come la trasparenza, la concorrenza, la proporzionalità, l'economicità ecc., che si differenzia nettamente dalle concrete previsioni disciplinari; in effetti anche la dottrina amministrativistica, pure al di fuori dell'ambito della contrattualistica pubblica, ha ragionato di principi del diritto amministrativo sempre in termini di direttive ispiratrici di ampia portata, cui le discipline di settore sono rapportabili (7).

Con specifico riferimento al sotto-soglia, l'art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 effettua plurimi richiami di principi. La disposizione evoca in primo luogo i principi di cui all'art. 30, comma 1, dello stesso D.Lgs. n. 50 cit., il quale a sua volta cita i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità. In secondo luogo l'art. 36 cit. effettua un rinvio agli artt. 34, 42 e 50 D.Lgs. n. 50 cit., relativi rispettivamente ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale, al conflitto d'interessi, alle clausole sociali. Infine l'art. 36 cit. procede alla diretta formulazione di un principio da rispettare, senza cioè il rinvio ad altre disposizioni del Codice, ciò con riferimento al *“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”*. Emerge in tal modo il *“principio di rotazione”*, come cardine specifico

---

*gico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ('nomogenetica') rispetto alle singole norme”*.

(7) Cfr. M. RENNA - F. SAIITA, *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, ove vengono passati in rassegna i principi di legalità, di imparzialità, di buon andamento, di pubblicità e trasparenza, di responsabilità, di giustiziabilità dell'azione amministrativa, di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione ecc.

della regolamentazione degli affidamenti dei contratti sotto-soglia. Nella formulazione originaria del Codice, l'art. 36, comma 1, stabiliva semplicemente il "rispetto del principio di rotazione", senza alcuna ulteriore indicazione circa l'oggetto cui lo stesso principio dovesse applicarsi; in sede di predisposizione del decreto correttivo al Codice emerge invece la formulazione in termini di "rispetto del principio di rotazione degli inviti", sulla quale il Consiglio di Stato ha espresso dubbi (8); si arriva quindi al D.Lgs. n. 56 del 2017 che, modificando in parte il tiro rispetto alla previsione del progetto iniziale, giunge all'attuale previsione secondo cui deve essere garantito il "*rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*".

Il concetto di rotazione tra più operatori economici esprime l'idea, già nel linguaggio comune, di un avvicinarsi tra gli stessi, così che tra i soggetti cui il meccanismo si applica si determini un susseguirsi l'uno all'altro nello svolgimento di un'attività ovvero un'alternanza nel ricoprire un certo incarico. La rotazione non evoca quindi un giudizio di merito tra più opzioni, una scelta tra più aspiranti ad un certo

---

(8) Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2017, n. 782. coglie subito che, nella nuova prospettiva, "*non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari*", mentre "*la precedente formulazione, invece, poteva intendersi nel senso che la turnazione si riferisse alla posizione di affidatario del contratto, legittimando la ripetizione di inviti alla stessa platea di operatori*"; conclude sul punto che "*si tratta di una soluzione che, astrattamente, amplia la base degli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento*", aggiungendo che "*si deve osservare, però, che in tal modo, si pongono sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti*", apparendo "*preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione*". Sul percorso sinteticamente descritto cfr. P. DEL VECCHIO, *Le novità in tema di sottosoglia*, in M.A. SANDULLI - M. LIPARI - F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, pp. 119-135.

risultato, bensì rappresenta un criterio di distribuzione che consente di far beneficiare del risultato sperato, in tempi diversi, più soggetti aventi i relativi requisiti. L'ampliamento della platea dei beneficiari porta con sé la conseguenza che colui che ha fruito del beneficio lasci il passo ad altro aspirante, non potendo godere più volte consecutive del risultato positivo, pena la violazione del concetto stesso di rotazione. Rapportando ciò alla più puntuale disciplina dell'art. 36 D.Lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dal D.Lgs. n. 56 del 2017), vuol dire avvicinarsi di più operatori economici nella partecipazione alla selezione (rotazione degli inviti) ovvero nell'aggiudicazione del contratto (rotazione degli affidamenti), con ciò che ne segue nel senso di preclusione al nuovo invito a carico di chi abbia già partecipato alla precedente procedura di gara, nel primo caso, o preclusione a carico del solo aggiudicatario nella pregressa selezione, nel secondo caso. Colta in tal senso l'essenza dell'istituto, risulta tuttavia chiaro che esso è ben difficilmente rapportabile al concetto di vero e proprio principio, come sopra delineato, giacché più che esprimere una direttiva valoriale avente una eccedenza di contenuto deontologico rispetto alle singole norme (per richiamare ancora le pregnanti espressioni dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2013), il "principio di rotazione" finisce per sostanziarsi in una vera e propria regola puntuale di gara, che preclude la ulteriore partecipazione alla procedura competitiva a carico di chi abbia già partecipato a precedente selezione o ne sia risultato aggiudicatario. Per darne applicazione, infatti, la stazione appaltante non sarà chiamata ad esplicitare in quale *regula iuris* specifica si inveri il suddetto "principio", esercitando quindi una sorta di funzione nomogenetica, bensì dovrà semplicemente procedere secondo il significato proprio della rotazione a non invitare alla nuova procedura alcuni operatori economici che hanno già fruito di precedente partecipazione.

È importante evidenziare che dalla interpretazione giurisprudenziale

del “principio di rotazione” (anche riferita ad epoche anteriori al Codice del 2016) e dalle stesse linee guida dell’ANAC è emersa l’idea che la rotazione imposta dall’art. 36 cit. abbia una portata non assoluta, che si tratti cioè di una previsione derogabile dalla stazione appaltante in ipotesi nelle quali il principio stesso non risulti applicabile o risulti comunque di inopportuna applicazione, così che la stazione appaltante stessa può non applicarlo, motivando sulle ragioni di questa scelta. Si tratta di peculiarità che certo allontana dalla disciplina propria delle norme specifiche, che per la loro natura pubblicistica sono non derogabili e che rende singolare la configurazione della rotazione. Più che un principio generale che deve inverarsi in previsioni puntuali, si tratta quindi di un meccanismo tecnico indicato come ordinariamente applicabile dalle stazioni appaltanti, salva deroga motivata. La peculiarità è quindi tutta sul piano della efficacia della previsione normativa sulla rotazione, in generale imposta ma derogabile in casi specifici e previa motivazione circa il ricorrere di particolari condizioni che giustificano la sua non applicazione. Il c.d. principio di rotazione impone, in buona sostanza, una regola di avvicendamento tra le imprese (nella partecipazione alla gara o nell’aggiudicazione della stessa), ma tale regola non è inderogabile, potendo essere motivatamente superata dalla stazione appaltante (9).

### ***5. Rotazione degli “inviti” e rotazione degli “affidamenti”.***

L’art. 36, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede che le stazioni appaltanti, ferma la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, nel caso di affidamenti di importo inferiore a euro 40.000

---

(9) T.a.r. per la Toscana, sez. II, 11 dicembre 2018, n. 1605; T.a.r. per la Toscana, sez. II, 21 febbraio 2018, n. 288; T.a.r. per la Toscana, sez. II, 22 dicembre 2017, n. 1665; T.a.r. per la Toscana, sez. II, 12 giugno 2017, n. 816.

possono procedere “*mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*”. Il già svolto esame della previsione citata ha messo in luce come essa contenga una possibile fuoriuscita dalle rigide regole della gara competitiva, con attribuzione alla stazione appaltate della facoltà di affidare direttamente il contratto ad un certo operatore economico. In tale ipotesi, il “principio di rotazione” si pone come l’ultimo baluardo volto ad evitare il cristallizzarsi di posizioni di vantaggio a favore di un unico operatore e assume quindi il significato di strumento di garanzia della sussistenza di un minimo livello di pluralismo tra gli operatori sul mercato. È a tale ipotesi che si attaglia propriamente la “rotazione degli affidamenti”. Se la stazione appaltante opta per non effettuare il confronto competitivo tra più offerte, il principio di rotazione non potrà assumere la veste della “rotazione degli inviti”, perché gli inviti, che portano al confronto concorrenziale tra più operatori, in questa ipotesi non ci saranno. Qui esplica la sua operatività la “rotazione degli affidamenti”, intesa nel senso che in caso di “affidamento diretto”, quindi senza gara e senza confronto concorrenziale, la stazione appaltante sarà tenuta a rotare gli operatori economici cui affidare direttamente il contratto (10).

Non vi è dubbio che in siffatto contesto il principio di rotazione, inteso come “rotazione degli affidamenti”, assume un’evidente funzione pro-concorrenziale, giacché implicherà che, al successivo affidamento, l’aggiudicatario non potrà nuovamente ottenere l’assegnazione diretta del contratto, dovendo invece lasciare spazio a nuovo e diverso operatore economico. Certo, anche in questa ipotesi, può darsi che la stazione appaltante debba rinunciare ad un ottimo esecutore, con il quale sarebbe conveniente proseguire il rapporto contrattuale; ma prevale la già

---

(10) Sulla rotazione con riferimento agli affidamenti diretti cfr. T.a.r. per la Calabria - Catanzaro, sez. I, 12 aprile 2019, n. 813 in *LexItalia.it* n. 4 del 2019.

riferita funzione di ultimo baluardo ad un minimo di pluralismo tra gli operatori: se la stazione appaltante sceglie con chi stipulare il contratto in affidamento diretto, essa deve ruotare tra gli affidatari.

Al di fuori della fattispecie di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) cit., l'affidamento del contratti sotto-soglia avviene con la "procedura negoziata" prevista dallo stesso art. 36 cit.; si tratta quindi di procedura ristretta, che presuppone cioè l'invito degli operatori economici, nel numero indicato dalla norma, a presentare un'offerta, cui segue la selezione delle offerte presentate, seppur ampiamente deformalizzata rispetto alle procedure ordinarie, all'esito della quale sarà individuato l'aggiudicatario.

Se l'individuazione dell'operatore economico con il quale stipulare il contratto passa attraverso lo svolgimento di una procedura di gara semplificata, la quale presuppone la fissazione, attraverso gli inviti, del novero degli operatori economici tra i quali si svolge il confronto concorrenziale, il principio di rotazione viene in gioco come "rotazione degli inviti", poiché è nella suddetta fase che si fissa il novero delle imprese che concorrono per diventare aggiudicatarie, né sarebbe possibile in tale evenienza configurare una "rotazione degli affidamenti", giacché l'affidamento è il risultato dello svolgimento della procedura selettiva. D'altra parte, dopo che il primo comma dell'art. 36, con riferimento agli affidamenti sotto soglia in generale, ha parlato di "*principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*", il comma secondo dell'art. 36, alla lett. b), cioè con precipuo riferimento alla procedura negoziata, parla di "*principio di rotazione degli inviti*", a significare che la rotazione degli affidamenti è estranea all'ambito delle procedure negoziate, per esplicitare i suoi effetti in relazione agli affidamenti diretti (11).

---

(11) Con riferimento a tale lettura cfr. T.a.r. per la Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018, n. 492 in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 678 ss., con nota di S. DEIANA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*. Contempla la riferita distin-

Tuttavia, pur all'interno della "rotazione degli inviti", che attiene, come chiarito, all'individuazione del novero degli operatori che partecipano al confronto competitivo, è possibile distinguere la posizione dell'impresa che ha solo partecipato al precedente concorso concorrenziale da quella che se lo è anche aggiudicato; nel senso che la "rotazione degli inviti" potrà operare nell'escludere (dall'essere invitata) tanto l'impresa che, nel precedente affidamento, aveva solo partecipato al confronto competitivo, senza risultarne aggiudicataria, quanto nell'escludere l'impresa che non solo aveva presentato un'offerta, ma si era anche aggiudicata la precedente selezione. In ogni caso il mancato invito (del precedente aggiudicatario o di tutte le imprese che abbiano concorso al precedente confronto concorrenziale) non può che avvenire in sede di rotazione degli inviti; non pare invece residuare, con riferimento alle procedure negoziate, un ruolo autonomo della rotazione degli affidamenti, se non nel senso di mancato invito dell'ex aggiudicatario, che è quindi sempre rotazione degli inviti. Nel caso di mancato invito alla procedura negoziata dell'aggiudicatario uscente è evidente come la rotazione abbia valenza pro-concorrenziale, che, in questa prospettiva, assume una connotazione peculiare; la preclusione a che l'aggiudicatario uscente partecipi al nuovo confronto competitivo (semplificato) ha qui lo specifico significato di evitare che il precedente aggiudicatario, partecipando alla nuova selezione, si avvantaggi dell'asimmetria informativa che lo privilegia, quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze (12).

---

zione anche L. PRESUTTI, *Decorrenza del termine di impugnazione e principio di rotazione nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 1, 83 ss.

(12) In tal senso Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435; Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; T.a.r. Lombardia - Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354; Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.

Nel caso di mancato invito alla nuova gara, per rotazione, dell'operatore economico che ha meramente partecipato alla precedente competizione, senza risultarne aggiudicatario, la *ratio* della rotazione è invece quella di ampliare quanto più possibile le possibilità effettive di aggiudicazione, consentendo a gruppi sempre nuovi di operatori di partecipare al confronto competitivo, escludendo quelli che hanno già goduto di una chance di aggiudicazione, anche se non è risultata fruttuosa. Sul punto merita di essere richiamata l'osservazione dottrinale che individua la *ratio* del principio di rotazione nell'esigenza di garantire la “distribuzione temporale delle opportunità” di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente interessati, con specifico riferimento alle piccole e medie imprese fisiologicamente operanti nel settore degli appalti sotto soglia, che è l'unica che possa sorreggere il principio stesso con riferimento alla fattispecie in esame (13).

È stato già accennato che il “principio di rotazione” non ha portata rigida e la preclusione che esso pone risulta in realtà derogabile dalla stazione appaltante, seppur con la necessità che sia frutto di valutazione e specifica motivazione.

## **6. Deroga alla “rotazione”: “reinvito” e “riaffido”.**

Il rapporto tra “regola” e “deroga” comporta che, se non vi è necessità di specifica motivazione circa l'applicazione della prima, viceversa si impone la esplicitazione delle ragioni che giustificano la non applicazione della regola e quindi la deroga alla prescrizione ordinaria.

---

(13) Il riferimento è a L. BERTONAZZI, *Indagini di mercato e principio di rotazione*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market desing e gli assetti di governance*, Milano - Padova, 2018, 168; sul punto cfr. pure S. DEIANA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, 678.

Si tratta di profilo significativo, giacché proprio nella necessità di motivazione della “deroga”, e nella conseguente sindacabilità circa la sussistenza e pertinenza della motivazione, finisce per sostanziarsi la vincolatività giuridica della “regola”, altrimenti ricondotta all’ambito delle buone pratiche prive di prescrittività giuridica (14).

La “regola”, cioè il rispetto del “principio di rotazione”, attraverso la non aggiudicazione al precedente aggiudicatario o il non invito dello stesso (o dell’operatore già invitato alla precedente procedura selettiva), costituendo ordinaria applicazione del disposto normativo, non avrà bisogno di una “motivazione” in senso proprio (15), 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, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016 e il dato fattuale che l’operatore in considerazione risulta già partecipante o aggiudicatario in precedente selezione.

La motivazione è invece necessaria in caso di deroga alla rotazione, dovendo la stazione appaltante dar conto della scelta di non seguire la regola ordinaria alla luce della specifica situazione fattuale nella quale si trova ad operare.

La prima ipotesi che si pone è quella in cui l’aggiudicazione avvenga, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. a), con “affidamento diretto” e la stazione appaltante, derogando alla rotazione, intenda procedere al rinnovo dell’aggiudicazione all’operatore economico già risultato in precedenza aggiudicatario. Siamo qui nell’ambito di applicazione della “rotazione degli affidamenti”. Se non può escludersi, anche nel caso in esame, una deroga alla rotazione, essa deve essere, ad avvi-

---

(14) T.a.r. per il Lazio - Roma, sez. I, 21 maggio 2018, n. 5621.

(15) T.a.r. per la Puglia - Lecce, sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906 in *Urbanistica e appalti*, 2017, 3, 420 con nota di S. USAI, *Il rispetto del principio di rotazione e la tutela del pregresso affidatario*.

so di chi scrive, del tutto eccezionale, con ambito di ammissibilità minimo. È evidente che anche nella presente ipotesi può darsi che la stazione appaltante debba rinunciare ad un ottimo esecutore, con il quale sarebbe conveniente proseguire il rapporto contrattuale; ma questa evenienza non appare sufficiente a giustificare il “riaffido”, essendo il costo imposto dall'affidamento diretto: la stazione appaltante sceglie con chi stipulare il contratto, anche senza confronto concorrenziale, ma deve necessariamente ruotare tra gli affidatari. Unica eccezione plausibile pare qui essere la “riscontrata effettiva assenza di alternative” (16), cioè l'ipotesi in cui la stazione appaltante si trovi in presenza, per la peculiarità dell'oggetto del contratto o per la strutturazione del mercato, di situazione nella quale non risultano alternative praticabili al nuovo affidamento all'operatore economico uscente, ovvero le alternative possibili siano assolutamente illogiche o di non percorribilità economica.

La seconda ipotesi che si presenta attiene al “reinvito” a partecipare a procedura negoziata, indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, rivolto ad operatore che sia stato già aggiudicatario di precedente procedura selettiva.

È già stato chiarito che anche in questa ipotesi la rotazione ha una valenza pro-concorrenziale, che qui assume la specifica portata di evitare che il precedente aggiudicatario, partecipando alla nuova selezione, si avvantaggi dell'asimmetria informativa che lo privilegia, quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze. E purtuttavia la rotazione stessa assume qui cogenza minore rispetto alla precedente ipotesi di affidamento diretto; infatti l'aggiudicazione è pur sempre il

---

(16) L'espressione è tratta dalla “Linee Guida n. 4” di ANAC del 7 marzo 2018, ove è però utilizzata con più ampio riferimento, non venendo specificamente distinta l'ipotesi di “reinvito” da quella di “riaffido”.

risultato di un confronto, seppur semplificato, tra più offerte, quindi, da un lato, l'operatore diverso dal precedente aggiudicatario ha sempre la possibilità di emergere, anche senza la rotazione, e, dall'altro lato, si impone con la rotazione il sacrificio alla stessa esigenza concorrenziale, consistente nel perdere l'offerta dell'aggiudicatario uscente, per quanto in ipotesi fosse la migliore. Qui non può escludersi che la motivazione del "reinvito" sia giustificata, oltre che con riferimento alla ristrettezza del mercato, anche valorizzando la particolare competitività del prezzo offerto, inferiore alla media di mercato, o alla ottimale esecuzione della pregressa prestazione, che giustifica un riammettere l'operatore stesso al nuovo concorso semplificato.

La giurisprudenza che correla la rotazione, anche con riferimento alla presente fattispecie, alla tutela della concorrenza, rileva che il principio stesso non sarebbe violato quando l'aggiudicatario uscente è reinvitato ma assieme a tutte le imprese che ne abbiano fatto richiesta, sicché non vi sarebbe motivo di pretendere l'estromissione del pregresso aggiudicatario, dovendo prevalere la garanzia della concorrenza, rispetto alla quale la rotazione è servente (17). La giurisprudenza che mette a fuoco la specificità della ratio di evitare l'asimmetria informativa di cui gode l'aggiudicatario uscente è invece molto più attenta ad ammettere il suo reinvito, in particolare sottolineando che non può essere idoneo a giustificare l'invito anche dell'aggiudicatario uscente il fatto che alla procedura selettiva sia stata garantita ampia partecipazione degli operatori interessati (18). Piuttosto la mancanza totale di confronto concorrenziale, ove frutto della rotazione, può giustificare la deroga alla rotazione stessa (come nel caso in cui, escluso l'uscente,

---

(17) T.a.r. per la Liguria, sez. II, 30 ottobre 2018, n. 869; T.a.r. per la Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515.

(18) Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435.

rimarrebbe un solo concorrente) (19). Nella logica dell'evitare il consolidarsi di posizioni e il vantaggio competitivo che deriva dall'essere gestore uscente, non rileva neppure se il pregresso affidamento è frutto non già di affidamento diretto o procedura negoziata, bensì di gara concorrenziale piena, come la procedura aperta (20). La diversa *ratio* che può essere individuata alla base della rotazione ha condotto la giurisprudenza anche a diversi approdi in ordine alla legittimazione a far valere la violazione del principio medesimo. Secondo un primo orientamento, infatti, la legittimazione e l'interesse a sollevare la violazione del principio di rotazione sussisterebbe solo in capo ad un soggetto escluso dalla partecipazione alla gara, sulla base della considerazione relativa al fatto che *“la ratio del predetto principio di rotazione è in realtà a favore della concorrenza, obbligando la stazione appaltante ad invitare almeno cinque concorrenti, ben potendo evidentemente la platea dei partecipanti essere anche più ampia, purché non sistematicamente limitata soltanto ai medesimi, il cui ambito, una volta rispettato il principio di rotazione nella misura ivi indicata, può anche essere costituito da imprese che hanno partecipato alla medesima procedura in occasione di precedenti affidamenti”* (21); secondo l'altro orientamento giurisprudenziale, invece, sussisterebbe anche la legittimazione e l'interesse del concorrente partecipante alla gara risultato non aggiudicatario ad impugnare l'aggiudicazione effettuata in violazione del principio di rotazione, ciò in aderenza alla

---

(19) T.a.r. per la Puglia - Lecce, sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1412; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 816; T.a.r. per la Toscana, sez. II, 12 giugno 2017, n. 816.

(20) T.a.r. per la Toscana, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 17. In senso contrario Cons. giust. amm., 12 aprile 2017, n. 188; in dottrina: S. USAI, *Le implicazioni negative dell'applicazione “integrale” del principio di rotazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 5, 674.

(21) T.a.r. per la Lombardia - Milano, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 2015, che risulta isolata sul punto.

*ratio* di evitare situazioni di “consolidamento” in capo al precedente gestore, ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche già invitati alla gara (22).

Dunque, ordinariamente, e salva specifica motivazione in senso contrario, il precedente aggiudicatario non deve essere invitato alla gara, avendo la giurisprudenza, come peraltro la prassi amministrativa, cura di precisare che ciò vale con riferimento al primo affidamento successivo a quello nel quale l'operatore risultava aggiudicatario, poi riacquisendo la sua piena libertà di azione (23). Sotto altro profilo la giurisprudenza, anche in questo caso in sintonia con la prassi, evidenzia che, al fine della operatività del principio di rotazione, è necessario che *“l'oggetto della procedura possieda le stesse caratteristiche in termini soggettivi, quantitativi e qualitativi, del servizio già assegnato al soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, il quale potrebbe essere connotato come impresa uscente, solo in ragione di tali presupposti fattuali”* (24). Non basta peraltro un pregresso affidamento temporaneo e in via d'urgenza a far scattare l'obbligo di rotazione (25).

La terza ipotesi, infine, ha riguardo al “reinvito” a partecipare a procedura negoziata rivolto ad operatore che abbia già partecipato a precedente confronto competitivo, senza però risultarne aggiudicatario. Come anticipato, qui la giustificazione della rotazione risulta meno convincente e più retta da ragioni di politica distributiva che non di rispetto della concorrenza in senso stretto. Ne consegue che, ad avvi-

---

(22) T.a.r. per la Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454; T.a.r. per la Sicilia - Palermo, sez. III, 27 luglio 2016, n. 1916.

(23) T.a.r. per il Veneto, sez. I, 21 marzo 2018, n. 320, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.

(24) T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia, sez. I, 21 maggio 2018, n. 166.

(25) T.a.r. per la Campania - Salerno, sez. I, 10 gennaio 2019, n. 60.

so di chi scrive, il “reinvito” perde qui la connotazione strettamente eccezionale, essendo lo stesso possibile anche sulla base di una meno stringente motivazione (26), apparendo in particolare sufficiente che il reinvito non vada a discapito di altri operatori che non risultino mai nemmeno invitati. In siffatta ipotesi, dunque, il fatto che siano comunque ammessi alla selezione gli operatori economici interessati non precedentemente invitati, può bastare a giustificare anche l’invito al già precedentemente invitato; risulterebbe precluso in tale ottica, e in presenza di un amplissimo numero di operatori di settore, soltanto il reinvito del già invitato a discapito dell’invito di nuovi operatori economici pretermessi dalla precedente selezione.

---

(26) Cfr. M. AMITRANO ZINGALE, *Il principio di rotazione in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 1, 98.