



## **Rivista di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento Editoriale**

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,  
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 9-10/2018

## estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

### Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

### Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

### Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

# In principio è la rotazione

di Francesco Armenante

(Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli studi di Salerno)

## Sommario

1. Premesse; 2. I primi orientamenti giurisprudenziali alla luce del nuovo codice: ratio e portata applicativa del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti; 3. L'estensione della rotazione alle concessioni e i primi scrutini di costituzionalità; 4. Gli indirizzi "aggiornati" delle Linee guida dell'ANAC e le relative faq; 5. Questioni controverse: le procedure aperte sul mercato elettronico, la legittimazione processuale, la tutela risarcitoria dell'operatore pretermesso; 6. Riflessioni conclusive: i limiti dei mercati ristretti e l'alternativa dell'accordo-quadro.

## Abstract

One of the most disruptive innovations of the new codification on public contracts is represented by the obligation, for the assignments to be fair and for the procedures negotiated with calls, to respect the rotation principle, being inhibited, at least in principle, repeated and continuous assignments in favor of the same operators.

The rationale behind this is to avoid the consolidation of advantageous positions in favor of a few competitors, as well as to prevent corruption due to the consolidation of relationships (excessively confidential) between economic operators and institutional investors.

On this ridge, the value of the rotation, for the purpose of preventing illegal phenomena, supports the provisions of other sector regulations (see Law No. 190/2012) and collective bargaining (especially the management sector).

Articolo sottoposto a referaggio anonimo/*blind peer review*

## 1. Premesse

Una delle novità più dirompenti della nuova codificazione sui contratti pubblici è rappresentata dall'obbligatorietà, per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate con inviti, di rispettare il principio di rotazione<sup>1</sup>, risultando inibiti, almeno in via di principio, ripetuti e continui affidamenti a favore dei medesimi operatori<sup>2</sup>.

La *ratio* che ne ispira la previsione è quella di evitare il consolidamento di posizioni di vantaggio a favore di pochi concorrenti, oltre che quella di prevenire fenomeni corruttivi derivanti dal consolidarsi di rapporti (eccessivamente confidenziali) tra gli operatori economici e i referenti istituzionali<sup>3</sup>.

Su tale crinale, la valenza della rotazione, ai fini della prevenzione dei fenomeni illeciti, suffraga le previsioni di altre normative di settore (si pensi alla legge n. 190/2012<sup>4</sup>) e di contrattazioni collettive (in special modo del comparto dirigenziale).

Senonché, in tema di selezione degli operatori economici, l'attuazione di tale principio potrebbe pregiudicarne altri, oltremodo rilevanti in *subiecta materia*, tra cui quello di economicità della prestazione da acquisire oltre che l'affidabilità e la qualificazione del contraente/affidatario.

Tanto è stato posto a suffragio delle iniziali e diffuse contestazioni rivolte alla nuova previsione codicistica e che, di certo, non sono destinate a sopirsi nonostante il primo decreto correttivo.

Le preminenti esigenze sottese all'applicazione del principio di rotazione si apprezzano maggiormente in caso di affidamenti diretti, in ragione della discrezionalità, piuttosto ampia, che connota l'operato della P.A., anche qualora gli stessi siano preceduti da mere indagini di mercato. In siffatta ipotesi, la convenienza dell'offerta formulata dall'uscente spesso consegue alla "non apprezzabile" prassi di attingere dal medesimo bacino di utenza (ovvero dallo stesso contesto socio-economico), laddove accordi anticoncorrenziali tra gli operatori risultano più probabili (e più diffusi), alterando gli esiti delle ordinarie selezioni competitive.

Meno netta, ma non di certo sterilizzata, è la necessità di applicare detto principio alle procedure negoziate semplificate, caratterizzate da una vera e propria competizione formale, con richieste di offerte (come per le cc.dd. r.d.o.) il cui esito non è rimesso a scelte discrezionali della Stazione appaltante ma consegue all'applicazione di uno dei criteri di selezione (il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa).

In altri termini, in caso di affidamenti diretti (qualora preceduti da mere indagini di mercato e senza l'espletamento di alcuna procedura comparativa, come, ad esempio, per gli ordini di acquisto "diretto"), il rispetto del principio di rotazione impedisce, di regola, che la scelta ricada

<sup>1</sup> Secondo l'art. 36 (rubricato "contratti sotto soglia") del d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 (recante il codice dei contratti pubblici): "Gli affidamenti e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importi inferiori alle soglie di cui all'art. 35, avvengono nel rispetto (...) del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti".

<sup>2</sup> Per ampi approfondimenti, anche sull'evoluzione dell'impianto normativo nonché sul disposto dell'art. 36 di cui alla nota che precede, cfr. GAROFOLI-FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017, pagg. 725 ss.; DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, pagg. 648 ss.; PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, pagg. 366 ss..

<sup>3</sup> Il rispetto del principio di rotazione per i contratti sotto soglia comunitaria non costituisce un'assoluta novità, visto che già i commi 8 e 11 dell'art. 125 del previgente d. lgs. n. 163 del 2006 lo enunciavano tra i principi da rispettare in caso di affidamenti di importo ricompreso tra 40.000€ e le soglie comunitarie. Con il nuovo codice se ne è estesa la portata anche agli affidamenti di ultima soglia e ne viene rimarcata la centralità e la "priorità" rispetto a quelli generali ora scolpiti nell'art. 30 del vigente cdc.

<sup>4</sup> Art. 1, commi 4, 5 e 10, laddove si prescrive la rotazione degli incarichi dirigenziali o apicali, soprattutto nei settori di attività maggiormente esposti a fenomeni corruttivi.

su un precedente beneficiario; per le procedure negoziate semplificate, invece, la rotazione vale sin dalla fase degli inviti, con la conseguenza che all'uscente (o al precedente beneficiario, anche dell'invito) non può essere inoltrata la c.d. "lettera di invito" a formulare l'offerta.

In tale ottica, sin dall'atto indittivo dell'indagine di mercato (comunemente noto come "manifestazione di interesse" tesa alla selezione dei soggetti da invitare) risulterebbe quantomeno opportuno precisare (nell'avviso) che l'invito non verrà rivolto ai precedenti beneficiari o che gli stessi non saranno considerati in sede di sorteggio tra i candidati; analogamente, qualora si attinga da un elenco "ufficiale" o da un Albo, si impone la preventiva "esclusione" dei precedenti beneficiari.

Tutto ciò, salvo che non emergano ragioni oggettive (su cui meglio *infra*) che abilitino (motivatamente) a invitare il già beneficiario dell'affidamento o dell'invito.

Una precisazione è doverosa.

Come detto, se la commessa è di valore pari o inferiore ai 40.000 € il contratto può essere affidato senza alcun confronto concorrenziale e se ciò effettivamente accade il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all'aggiudicazione [art. 36, comma 2, lett. a), del cdc].

Se, invece, la commessa è di valore superiore ai 40.000 € [e sino alle soglie di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), c) e d)], è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno cinque in caso di servizi e forniture, almeno dieci in caso di lavori) e, in questo caso, il principio di rotazione opera (esclusivamente e preliminarmente) con riferimento alla fase degli inviti, il che, peraltro, è conforme a evidenti esigenze di corretto esercizio dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento.

Tuttavia può accadere che, pur vertendosi in una procedura di importo inferiore ai 40.000 euro, la stazione appaltante intenda procedere al confronto concorrenziale, in tal modo sostanzialmente "sottoponendosi" alla disciplina dettata dall'art. 36, comma 2, lett. b) - c), che (come detto) impone di invitare almeno cinque (o dieci) imprese.

Sempre in via preliminare va osservato che il richiamo al principio di rotazione è doveroso qualora l'oggetto della procedura possieda le stesse caratteristiche in termini soggettivi, quantitativi e qualitativi, di quanto già assegnato all'uscente, il quale può essere connotato come tale solo in ragione di tali presupposti fattuali.

In altri termini, l'applicazione del disposto del divisato art. 36, 1° comma, proprio perché rivolta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, è condizionata al verificarsi di una specifica situazione di continuità degli affidamenti, tale per cui un identico servizio, una volta raggiunta la scadenza contrattuale, in seguito viene ciclicamente affidato mediante un nuova gara. La norma, infatti, intende evitare che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione del rapporto contrattuale scaduto, con una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe preclusa la possibilità di accedere ad una possibile aggiudicazione.

Ne consegue che laddove dovesse configurarsi un affidamento diverso sul piano qualitativo e quantitativo non vi è ragione di precludere la partecipazione dell'uscente<sup>5</sup>.

Diversamente, il principio in esame opera anche nel caso di suddivisione in lotti del servizio precedentemente gestito con l'affidamento solo di una parte di esso, e come tale oggetto di coincidenza – sia pure parziale<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 21 maggio 2018 n. 166.

<sup>6</sup> TAR Campania, Napoli, sez. IV, 09 luglio 2018 n. 4541.

## 2. I primi orientamenti giurisprudenziali alla luce del nuovo codice: ratio e portata applicativa del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti

Sin dall'entrata in vigore del nuovo codice la giurisprudenza ha avuto modo, più volte, di occuparsi della portata applicativa del predetto principio, con pronunciati che, in alcune ipotesi, sono risultati più restrittivi dello stesso dettato normativo.

Si è, innanzitutto, evidenziato che l'applicazione del principio di rotazione è **obbligatoria** per gli appalti "sotto soglia" ed è volta proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio. Pertanto, anche al **fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo** che inibiscono l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire la **distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei**, il principio in questione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale<sup>7</sup>.

Al contempo, detto principio trova fondamento nell'esigenza di **evitare il consolidamento di rendite di posizione** in capo al gestore uscente (il cui vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in special modo nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato; per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo, **dovrà puntualmente motivare** tale decisione, facendo riferimento *-inter alia-* al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

In termini assolutamente stringenti si è espressa parte della giurisprudenza.

In particolare, si è sostenuto che la sopra delineata *ratio* del principio di rotazione (rappresentata dall'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione) induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento, e quindi anche se l'affidamento della concessione scaduta sia scaturito dall'adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta; ragion per cui si è ritenuto applicabile anche agli operatori economici affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, onde evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata<sup>8</sup>.

Corollario del principio di rotazione negli appalti pubblici è il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente. Ne consegue che **non necessita di specifica motivazione** l'opzione di escludere il precedente affidatario del servizio dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza

<sup>7</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I *quater*, 1 gennaio 2018, n. 1115; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854.

<sup>8</sup> T.A.R. Toscana, sez. I, 02 gennaio 2018, n. 17, per il quale la circostanza che l'avviso per manifestazione d'interesse fosse stato pubblicato sul sito internet del Comune e sulla piattaforma Start non costituiva ragione sufficiente per derogare al principio della "rotazione" (normativamente prescritto per gli inviti e non solo per gli affidamenti), sia per la limitata efficacia dello specifico strumento di pubblicità utilizzato, sia in quanto si trattava comunque di procedura negoziata alla quale l'art. 36, comma 2, lett. b), ascrive esplicitamente il criterio di rotazione. Il suddetto avviso, secondo il TAR, costituiva un'indagine conoscitiva tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata, e già nella fase dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, si doveva innestare la regola dell'esclusione del gestore uscente.

di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (il cui “vantaggio” deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), e dell’applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione<sup>9</sup>.

In altre parole, in applicazione del principio di rotazione negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria la stazione appaltante ha l’**alternativa** o di non invitare il gestore uscente o di motivare idoneamente le ragioni per le quali si ritiene di non poter prescindere dall’invito.

Secondo la giurisprudenza, la stazione appaltante può motivare tale scelta in considerazione della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto (esecuzione a regola d’arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione<sup>10</sup>.

In proposito, anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato, con parere 12 febbraio 2018, n. 361, aveva chiarito che il principio di rotazione comporta in linea generale che l’invito all’uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all’oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche si è ritenuto legittimo l’annullamento in autotutela di una determinazione con la quale era stato conferito un incarico professionale<sup>11</sup>, motivato con riferimento alla violazione del principio di rotazione (non trovando obiettiva giustificazione l’affidamento diretto, per la terza volta nell’arco di soli tre anni, di un ulteriore incarico allo stesso professionista)<sup>12</sup>.

Analogamente, si è ritenuta illegittima una procedura negoziata “sotto soglia” alla quale aveva partecipato il gestore uscente; in tal caso, in applicazione del principio di rotazione, si sarebbe dovuto escludere dalle successive operazioni di gara l’uscente, ovvero, in alternativa, motivare puntualmente le ragioni per le quali si era ritenuto di non poter prescindere dall’invito<sup>13</sup>.

Ed ancora.

E’ stata ritenuta illegittima l’aggiudicazione di una gara “sotto soglia”, essendo stato invitato, senza alcuna specifica motivazione, l’operatore economico che nell’anno precedente era risultato affidatario dello stesso servizio (il quale - secondo il giudicante - avrebbe dovuto “saltare il primo

<sup>9</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 maggio 2018 n. 5621.

<sup>10</sup> *Ex multis*, TAR Campania, Napoli, sez. V, 18 gennaio 2018 n. 413; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 10 gennaio 2018 n. 73; TAR Valle d’Aosta, 23 giugno 2017 n. 36; Cons. giust. Amm. Reg. sic., 12 aprile 2017 n. 188; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 26 marzo 2018 n. 354.

<sup>11</sup> Nella specie dell’importo di 32mila euro, riguardante la “progettazione, direzione lavori, [...] collaudo, rilievi, indagini e prove di laboratorio per verifiche sismiche, ed attività connesse alla funzione di coordinatore per la progettazione in materia di sicurezza dei lavori, relativamente all’intervento di miglioramento sismico della sede del Comune”.

<sup>12</sup> TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2018 n. 1007. Secondo il Collegio “La decisione di affidare un ulteriore incarico al professionista in questione, secondo le convergenti indicazioni della giurisprudenza, del parere espresso dal Consiglio di Stato e dalla stessa ANAC, doveva essere motivata, a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie, in modo particolarmente efficace e persuasivo, dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la – vistosa – deroga al principio di rotazione. Del tutto insufficienti, pertanto, sotto tale profilo, sono stati considerati i generici riferimenti, contenuti nella determina annullata, alla “adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l’incarico”.

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018 n. 2079.

affidamento successivo” in ragione della posizione di vantaggio acquisita rispetto agli altri concorrenti)<sup>14</sup>.

Per analoghe ragioni, si è ritenuto legittimo il provvedimento con il quale la P.A. aveva annullato in autotutela una procedura<sup>15</sup> alla quale aveva partecipato un solo concorrente ovvero l’operatore economico affidatario del servizio da numerosi anni, peraltro in virtù di un originario contratto, in regime di proroga<sup>16</sup>.

E’ stata, invece, considerata legittima, a fronte di quattro proroghe tecniche a favore del precedente gestore, l’avvio di una procedura negoziata (in luogo di un’altra proroga) in coerenza con il principio di rotazione, così evitando la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti<sup>17</sup>.

Non sono tuttavia mancate decisioni più “permissive”.

Si è sostenuto che il principio di rotazione non ha carattere assoluto, altrimenti esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione; ragion per cui, trattandosi di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza, deve trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest’ultimo<sup>18</sup>.

Al contempo si è precisato che ove il procedimento per l’individuazione del contraente si sia svolto in maniera “realisticamente” concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l’affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, anche per il fatto che esso non ha una valenza precettiva assoluta, nel senso di vietare, sempre e comunque, l’aggiudicazione all’affidatario del servizio uscente<sup>19</sup>.

Con altra decisione si è ritenuto giustificato l’affidamento all’uscente dei servizi finalizzati all’integrazione e all’inclusione scolastica e formativa degli allievi con disabilità, anche in ragione del fatto che l’Avviso all’uopo emanato dalla Regione stabiliva che *“nella scelta del personale specialistico qualificato le istituzioni scolastiche cercheranno di favorire, ove necessario, la continuità del personale che ha avviato nei precedenti anni scolastici percorsi positivi ed efficaci”*<sup>20</sup>.

Si è ritenuto ammissibile l’invito all’uscente, allorquando dalla lettura degli atti procedimentali emergeva che era espressamente ricollegato tanto all’elevato “grado di soddisfazione” riscontrato nella sua precedente gestione, quanto all’assenza di un numero sufficiente di offerte alternative<sup>21</sup>.

Ed infine. L’applicazione del principio in commento vieta anche un’impropria estensione temporale di affidamenti ed incarichi.

Per tale ragione si è ritenuta illegittima la deliberazione con la quale il direttore generale di una ASL ha disposto, per il servizio di ristorazione a favore dei degenti di alcuni Presidi ospedalieri,

<sup>14</sup> TAR Veneto, sez. I, 21 marzo 2018 n. 320.

<sup>15</sup> Nella specie si trattava di una procedura negoziata ex art. 36, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, per l’affidamento dei servizi cimiteriali, di pulizia, manutenzione e cura delle aree a verde del cimitero.

<sup>16</sup> TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2018 n. 184.

<sup>17</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I, 11 settembre 2018 n. 9268.

<sup>18</sup> TAR Toscana, sez. II, 21 febbraio 2018 n. 288 Nella fattispecie, in presenza di due sole imprese (compreso l’uscente) la S.A. aveva deciso di ammettere anche quest’ultimo, al fine di far prevalere l’esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione.

<sup>19</sup> Tra le tante, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018 n. 380 e TAR Campania, Napoli, sez. II, 27 ottobre 2016 n. 4981.

<sup>20</sup> TAR Lazio, Latina, sez. I, 06 marzo 2018 n. 105.

<sup>21</sup> TAR Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018 n. 492.

l'utilizzo di un precedente contratto, nelle more dell'indizione della nuova gara e fino alla conclusione della stessa; tale deliberazione infatti, implicava, sostanzialmente, un "affidamento diretto" illegittimo, in quanto disposto in favore del medesimo operatore che aveva partecipato e si era aggiudicato altra gara, analoga, espletata da altra ASL, estendendo l'originario contratto per il medesimo oggetto, senza che nulla fosse previsto nelle originarie regole di gara<sup>22</sup>.

### 3. L'estensione della rotazione alle concessioni e i primi scrutini di costituzionalità

Controversa è risultata l'applicazione del principio in esame alle **concessioni**, rispetto alle quali il novo codice reca una disciplina più dettagliata e puntuale, posto che nel corpo normativo dettato per tale modello di affidamento non vi è un espresso richiamo del principio in commento.

In proposito, deve premettersi che l'art. 164, 2° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (riguardante i contratti di concessione) sancisce l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi, anche dell'art. 36) sulla base di una valutazione di compatibilità ("per quanto compatibili"); né l'omesso richiamo letterale del principio di rotazione porta ad escludere l'applicabilità del principio anche al settore delle concessioni, dovendo, al contrario, concludersi per il richiamo implicito dello stesso, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza sancito dagli artt. 30 e 172, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (di cui il principio di rotazione costituisce espressione)<sup>23</sup>.

Oggetto di scrutinio (seppur solo in sede di "filtro" operato dal giudice *a quo*) è stata la possibile incostituzionalità della previsione in argomento, soprattutto con riguardo ai principi di uguaglianza e di parità di trattamento oltre che in relazione alle previsioni costituzionali in tema di libertà di iniziativa economica.

In proposito, si è ritenuto che l'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 non appare contrario ai principi costituzionali, in quanto: a) con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere "asimmetrico" del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti; b) quanto alla violazione dell'art. 41, è dirimente rilevare 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 gli altri concorrenti; c) in relazione all'art. 97, l'aumento delle *chances* di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

<sup>22</sup> TAR Sardegna, sez. I, 07 febbraio 2018 n. 74: nella specie l'operatore che era risultato aggiudicatario nella gara di Sassari (senza alcuna previsione esplicita di possibile "estensione" del contratto) aveva ottenuto, con la determinazione impugnata, una integrale "rinnovazione" e duplicazione del contratto, in favore di altra azienda sanitaria, per decisione unilaterale, non consentita né ammessa dall'ordinamento.

<sup>23</sup> TAR Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454.

#### 4. Gli indirizzi “aggiornati” delle Linee guida dell’ANAC e le relative “FAQ”

Con le Linee guida n. 4 del 2016, come aggiornate con la delibera n. 206 dell’1 marzo 2018, l’Autorità Nazionale Anticorruzione si è diffusamente occupata del principio in commento, prospettando anche i possibili scenari motivazionali<sup>24</sup>.

Secondo dette Linee guida il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all’affidamento immediatamente precedente, 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. Ivi si ribadisce che 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.

Si conferma l’assunto per il quale la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Si prevede, in modo innovativo, che la stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), possa suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l’applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell’appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all’articolo 80, comma 5, lettera m), del Codice dei contratti pubblici.

Nelle medesime Linee guida, con argomentazioni che riproducono - fedelmente - i suesposti indirizzi giurisprudenziali, si ribadisce che il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l’affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.

Nell’intento di fornire indirizzi applicativi (e di favorire le *best practices*) l’Anac specifica che la stazione appaltante può motivare tale scelta 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.

<sup>24</sup> Pubblicate in G.U. n. 69 del 23 marzo 2018, recanti: «Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici».

Ed ancora. La motivazione circa l'affidamento o il reinvio 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. Le questioni applicative del principio di rotazioni sono state oggetto anche di apposite faq riscontrate dall'Anac<sup>25</sup>.

Con la n. 2, detta Autorità ha osservato che l'applicazione del principio di rotazione nelle stazioni appaltanti dotate di una pluralità di articolazioni organizzative deve tendenzialmente essere applicata in modo unitario, avendo cioè a riguardo gli affidamenti complessivamente attivati e da attivare nell'ambito della stazione appaltante; ciò in quanto tale impostazione risulterebbe, oltre che rispettosa di quanto previsto dall'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici (che non distingue in relazione alla presenza di articolazioni interne), più aderente all'impronta centralizzante di cui all'articolo 37, ed efficace presidio nei confronti del divieto di artificioso frazionamento delle commesse, ex art.51, primo comma, del codice dei contratti pubblici.

Al contempo si è osservato che sarebbe ragionevole derogare a tale regola nel caso in cui la stazione appaltante (es. Ministero, ente pubblico nazionale) presenti, in ragione della complessità organizzativa, articolazioni stabilmente collocate per l'amministrazione di determinate porzioni territoriali (ad esempio, Direzione regionale/centrale) ovvero per la gestione di una peculiare attività, strategica per l'ente, dotate di autonomia in base all'ordinamento interno nella gestione degli affidamenti sotto soglia (ad esempio nel caso in cui l'articolazione abbia attivato autonomi elenchi per la selezione degli operatori economici).

In tali casi, salvo diversa previsione dell'ordinamento interno, la rotazione può essere applicata considerando esclusivamente gli affidamenti gestiti dalla singola articolazione organizzativa.

In coerenza con le suesposte considerazioni l'Anac, con la faq n. 5, nel premettere che il re-invito all'operatore uscente costituisce ipotesi di stretta eccezionalità, ammissibile al ricorrere delle circostanze ivi indicate, ha sostenuto che il meccanismo dell'estrazione casuale degli operatori da invitare alle procedure negoziate, sia pure a seguito di avviso pubblico, non assicura il rispetto del principio di rotazione, come declinato all'articolo 36, primo comma, del codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'uscente non potrebbe far parte della platea dei soggetti tra cui sorteggiare i destinatari degli emanandi inviti.

##### **5. Questioni controverse: le procedure aperte sul mercato elettronico, la legittimazione processuale, la tutela risarcitoria dell'operatore pretermesso**

Nonostante i chiarimenti resi dall'Anac, le problematiche applicative non possono ritenersi superate.

Come puntualmente osservato, le Linee guida "aggiornate" hanno affrontato alcuni aspetti di problematicità, precisando che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati<sup>26</sup>.

Per quanto concerne la rotazione degli inviti, gli indirizzi dettati dall'Anac precludono unicamente l'invito ai beneficiari del medesimo e precedente (*recte*: immediatamente prima) invito.

<sup>25</sup> [www.anticorruzione.it/portal/public/classic/MenuServizio/FAQ/ContrattiPubblici/\\_FAQLineeGuida4](http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/MenuServizio/FAQ/ContrattiPubblici/_FAQLineeGuida4).

<sup>26</sup> TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 20 giugno 2018 n. 519.

Vero è che tale scelta è meno restrittiva di quella che si andava consolidando in sede giustiziale (laddove si era arrivati a precludere la partecipazione all'operatore già invitato in passato, anche se a distanza di tempo<sup>27</sup>), ma è pur vero che l'estensione della preclusione anche ai soggetti invitati e non vincitori può configurare un improprio e ingiustificato pregiudizio, visto che, per essi, non vi è stato alcun beneficio né può ravvisarsi alcun vantaggio in sede di successiva competizione (men che mai quella conoscenza *funditus* della prestazione da cui potrebbe conseguire un vantaggio nella formulazione dell'offerta, rispetto ai competitori).

Anche perché tale ultimo profilo potrebbe disvelare possibili criticità solo qualora venisse adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, ancor più, qualora tra i criteri premiali venisse inserito anche quello relativo a possibili proposte migliorative o correttive rispetto a quelle poste a base di gara; in siffatta circostanza, infatti, la conoscenza acquisita dall'uscente potrebbe rappresentare un fattore distorsivo (una asimmetria conoscitiva) in sede comparativa (ovvero di formulazione e di comparazione delle offerte).

Va da sé che laddove, invece, si utilizzi (nei limiti previsti dall'art. 95, comma 4, del cdc) il criterio meccanico del prezzo più basso, la predetta limitazione risulterebbe oltremodo ingiustificata.

Soprattutto ciò che preme sottolineare è la necessità di ancorare la motivazione a supporto dell'invito all'uscente alla documentata ed effettiva assenza di alternative, in ragione delle caratteristiche del mercato di riferimento.

Profili motivazionali diversi, ancor più ove genericamente riconnessi a probabili disfunzioni, si presterebbero ad agevoli censure.

Per tali ragioni è stata ritenuta illegittima, la scelta della P.A. di affidare in via diretta al gestore uscente il servizio di supporto alla gestione dei tributi comunali<sup>28</sup>, motivato con generico riferimento ai "disagi" che la scelta di un diverso gestore avrebbe determinato, in ragione della conseguente necessità di implementazione dei dati su un software diverso da quello in uso e di provvedere alla nuova formazione del personale<sup>29</sup>.

Divergenti posizioni si sono registrate in caso di utilizzo di procedure "aperte" svolte avvalendosi del portale del Mepa.

Secondo una prima decisione<sup>30</sup>, il principio di rotazione delle imprese non si applica alle procedure aperte, anche ove si tratti di affidamenti sotto-soglia<sup>31</sup>.

Tale assunto richiama, *ex professo*, le Linee guida dettate dall'Anac laddove si limita la portata precettiva del principio di rotazione, oltre che per le procedure aperte "ordinarie", anche per quelle "comunque aperte al mercato", nelle quali (secondo il giudicante) potrebbero ascrivere quelle caratterizzate dall'invito rivolto a tutti gli presenti sul portale del Mepa.

Secondo altra decisione, la rotazione si impone anche nella fattispecie in cui l'Amministrazione inviti tutti gli operatori economici iscritti al portale denominato "Acquisti in rete P.A."; ciò in quanto, i non iscritti a detto portale non possono partecipare alla procedura in esame, non

<sup>27</sup> TAR Campania, Salerno, sez. I, 16 maggio 2017 n. 926.

<sup>28</sup> Nella specie si trattava del servizio di gestione del rapporto con l'utenza, servizio back-office e gestione contenzioso gratuito nelle attività di accertamento e riscossione icip/imu/tarsu/tares/tari, attività di predisposizione, stampa, imbustamento e recapito con posta ordinaria degli avvisi di pagamento.

<sup>29</sup> TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 19 luglio 2018 n. 4794.

<sup>30</sup> TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 23 luglio 2018 n. 4883.

<sup>31</sup> Nella fattispecie oggetto della decisione si discuteva di procedura aperta, *ex art.* 60 del d.lgs. n. 50/2016, tramite sistema Mepa.

risultando perciò realizzati i presupposti per la configurabilità della concorrenzialità pura, tutelata anche a livello comunitario<sup>32</sup>.

Tale ultimo pronunciato sembra maggiormente rispettoso del paradigma normativo, visto che la procedura aperta (di cui al citato art. 60 del cdc) si caratterizza per la possibilità partecipativa di qualsiasi operatore economico e non solo di quelli iscritti in uno specifico portale, come sembrano impropriamente (e senza suffragio normativo) adombrare anche le citate Linee guida.

Sul piano processuale si è avvertito che la mancata applicazione di tale principio può essere dedotta in sede giustiziale anche da chi ha partecipato alla gara, risultandone non vincitore e non solo dagli operatori economici pretermessi, ciò in quanto la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) di quelli invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione<sup>33</sup>.

Dibattuta è la questione relativa alle possibili richieste di ristoro azionabili da parte del concorrente pretermesso a favore dell'uscente ed in presenza di affidamenti illegittimi per violazione del principio di rotazione.

Secondo un'opinione eccessivamente restrittiva e di recente ribadita<sup>34</sup>, nel caso di affidamento diretto di un appalto senza gara, la tutela conseguibile per l'operatore del settore è quella in forma specifica, consistente nella reintegrazione della *chance* per effetto della pronuncia di annullamento degli atti impugnati e nel conseguente effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto; sempre secondo tale indirizzo interpretativo, nella diversa ipotesi in cui ciò non sia possibile, il ristoro per equivalente della *chance* di aggiudicazione resta precluso dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può certo dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto illegittimamente sottratto al mercato, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri, termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe (con elevata probabilità) aggiudicato.

Altre decisioni hanno riconosciuto in circostanze analoghe, il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza) non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso

<sup>32</sup> TAR Puglia, Lecce, sez. I, 02 ottobre 2018, n. 1412; *id.*, 04 settembre 2018 n. 1322 (in tale ultima fattispecie, secondo il Collegio non doveva trarre in inganno l'elevato numero degli inviti, rivolti acriticamente a tutti gli iscritti all'elenco (oltre 4.000 società), a prescindere dall'oggetto sociale di ciascuno di essi (erano pervenute solamente 11 offerte).

<sup>33</sup> Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017 n. 4125.

<sup>34</sup> TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 settembre 2018, n. 528, per il quale, al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance* è necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta. Sul medesimo crinale si pone Cons. Stato, sez. III, 09 febbraio 2016, n. 559, che ha negato il risarcimento della *chance* di aggiudicazione ad un operatore economico che aveva impugnato un affidamento senza gara, disposto in asserita attuazione dell'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006.

soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara<sup>35</sup>.

Il contrasto di giurisprudenza, in breve, si pone tra pronunce aderenti alla teoria della *chance* ontologica e quelle che invece optano per la *chance* eziologica.

La prima configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio.

La teoria eziologica intende, invece, la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto ma potenzialmente raggiungibile con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Il danno da risarcire corrisponde, pertanto, secondo tale teoria, al lucro cessante.

## 6. Riflessioni conclusive: i limiti dei mercati ristretti e l'alternativa dell'accordo-quadro

La copiosa casistica registrata sul principio in commento, nonostante il breve lasso temporale decorso dall'entrata in vigore del nuovo codice, comprova l'oggettiva difficoltà di contemperare esigenze e finalità contrapposte e divergenti.

Non vi è dubbio che una rigorosa e meccanica applicazione della rotazione potrebbe, in ultima analisi, pregiudicare la qualità e l'efficacia della prestazione appaltata e gli interessi con essa perseguiti, favorendo, certo, una diffusa distribuzione delle ricchezze ma precludendo agli operatori più affidabili di concorrere alle diverse *chances* di affidamento.

Gli esiti sarebbero addirittura paradossali se gli operatori meglio apprezzabili anche sotto il profilo curriculare venissero esclusi solo perché destinatari di precedenti inviti (e mai beneficiari di commesse pubbliche); analogamente, non miglior sorte avrebbero i pubblici interessi qualora un operatore qualificato risultasse beneficiario di un primo e minore affidamento, restando escluso da quelli successivi, anche di maggiore e più apprezzabile valore ovvero tecnicamente più complessi e qualificati.

Ciò nonostante non può sottacersi il rilievo per il quale la rotazione può rappresentare un primo, anche se non esaustivo, rimedio a pratiche di *mala gestio*, in special modo per affidamenti disposti a livello locale, il cui importo "contenuto" e non eccessivo costituisce, anche, un deterrente per la proposizione dei previsti (e costosi) rimedi impugnatori, così sottraendoli al possibile vaglio giustiziale.

Sul piano sostanziale non vi è motivo per svilire l'onere motivazionale che deve suffragare il reinvitto all'uscente o un nuovo affidamento al medesimo operatore, da ancorarsi, principalmente, alle condizioni del mercato ovvero alla ristrettezza degli operatori del settore; va da sé che la deroga al principio in esame risulterebbe agevolmente censurabile in presenza di una platea di operatori alquanto ampia e cospicua (si pensi agli affidamenti dei servizi di architettura e di ingegneria) o di affidamenti che non richiedono una contiguità territoriale tra stazione

<sup>35</sup> Si collocano in questo indirizzo le seguenti sentenze: Cons. Stato, sez. V, 02 novembre 2011 n. 5837, in cui si è affermato che la *chance* si sostanzia «nella mancata possibilità per la ricorrente di partecipare ad una gara per l'affidamento della commessa in questione»; Cons. Stato, sez. V, 1° agosto 2016 n. 3450, che ha affermato che «la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta», ed ha pertanto confermato il risarcimento già riconosciuto in primo grado, sulla base della teoria della «c.d. chance ontologica», consistente nell'aspettativa giuridica «già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata», correlata al «rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici».

appaltante e sede operativa dell'impresa (si pensi alla fornitura di beni mobili con caratteristiche generiche).

Diversamente, obiettiva difficoltà per rispettare la rotazione è rappresentata dalla disponibilità di un numero limitato di possibili contraenti, anche in ragione della necessità di soddisfare i requisiti di idoneità morale (di cui all'art. 80 del cdc) che, inevitabilmente, limitano anche la platea dei beneficiari di affidamenti o di inviti.

Su tale ultimo profilo, in luogo di improprie ed eccessive deroghe al principio di rotazione risulterebbe auspicabile la stipula di un **accordo quadro**<sup>36</sup>, per un importo programmato su un arco temporale medio, con un unico operatore, scelto a mezzo della procedura (anche più articolata) corrispondente all'importo stimato, cui richiedere, con eventuali<sup>37</sup>, successivi e specifici contratti attuativi, singole prestazioni (nell'ambito dell'affidamento iniziale); in tal modo non si verserebbe nell'ipotesi di plurimi e ripetuti affidamenti a favore dello stesso operatore (con possibile e censurabile elusione del principio di rotazione), bensì di singoli ordinativi a favore di un unico operatore previamente selezionato.

Tale *modus operandi* presenta indubbi vantaggi anche sul piano procedimentale, considerata la riduzione degli adempimenti (risultando sufficiente una sola e iniziale indagine di mercato ed un unico affidamento) e dei controlli, in quanto il contraente sarebbe sottoposto ai controlli di rito all'atto dell'affidamento e/o dell'aggiudicazione (in luogo di singoli e plurimi controlli all'atto di ogni singolo affidamento), fermo restando le sole verifiche in corso di esecuzione, ove necessarie (quale, ad esempio, il d.u.r.c. ogni 120 gg, oppure l'attestazione della regolarità fiscale in caso di pagamenti di importo superiore a cinquemila euro).

In conclusione, si impone alla giuspubblicistica un attento e precipuo monitoraggio dell'applicazione del principio in esame, anche al fine di favorire un'implementazione e diffusione delle buone pratiche, grazie alle quali anche l'operato dell'amministrazione precedente potrebbe risultare più snello e semplificato, visto che, paradossalmente, le remore derivanti da una errata o impropria applicazione del principio in esame oltre che il timore di porre in essere comportamenti elusivi delle predette Linee guida potrebbero tradursi (come di fatto già si registra nella pratica) in un appesantimento e irrigidimento delle procedure e dei modelli, anche qualora relativi ad affidamenti di modesto importo.

<sup>36</sup> Alla stregua del paradigma di cui all'art. 54 del vigente cdc.

<sup>37</sup> In cui inserire clausole di tal guisa: *"La stipula dell'accordo quadro non comporta di per sé alcun obbligo di fornitura; le obbligazioni reciproche sorgeranno, pertanto, solo a seguito della stipula dei singoli contratti attuativi, per cui non vige l'obbligo di effettuare ordini quantitativi minimi. La parte non assumerà alcun obbligo in merito al completo utilizzo del massimale contrattuale" (...)* *"Il Fornitore accetta che la PA possa procedere all'acquisto di materiale secondo le proprie esigenze, che possa acquistare soltanto le tipologie di prodotti e i quantitativi necessari, nonché possa determinarsi a non procedere ad alcun acquisto" (...)* *"I singoli affidamenti sono disposti mediante l'invio, a mezzo posta elettronica, di apposito buono d'ordine, alla cui ricezione, da parte del Fornitore, si intende perfezionato il relativo contratto attuativo".*