

Principio di rotazione

T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 5 novembre 2018, n. 1574 - Pres. Riccio - Est. Monica - Coffee Service di A.L. c. MIUR e altri

Il principio di rotazione degli affidamenti, stabilito per i contratti sotto soglia ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016, deve intendersi non già nel senso di dover escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, bensì, soltanto, di non favorire tale operatore, ciò altrimenti risolvendosi in una causa di esclusione dalle gare, oltre che non codificata, in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è, invece, imperniato tutto il sistema degli appalti, rispetto a cui il principio di rotazione è servente e strumentale. Conseguentemente, il precedente aggiudicatario che abbia ben operato potrà partecipare alla gara se ciò rappresenta un'estensione della platea degli offerenti.

Risulta pienamente rispettato il principio di rotazione, nel caso in cui l'amministrazione non abbia liberamente scelto i soggetti da invitare alla gara bensì abbia aperto al mercato (rendendo nota, con avviso pubblico, la propria intenzione di acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l'affidamento del servizio in questione) e, poi, attivato la susseguente procedura, idonea ad assicurare, mediante l'estrazione pubblica, l'imparzialità della scelta dei cinque operatori economici (tra gli undici interessati) da invitare a partecipare.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816.
Diforme	T.A.R. Latina, Sez. I, 13 novembre 2018, n. 578; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 maggio 2017, n. 926.

Il T.A.R. (*omissis*)

Fatto e diritto

... *omissis* ...

Appare, infatti, non meritevole di accoglimento la censura proposta da parte ricorrente, con cui si deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della controinteressata (gestore uscente), per mancato rispetto del principio di rotazione degli affidamenti, stabilito per i contratti sotto soglia al citato art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016, dovendosi tale principio intendersi non già nel senso (auspicato da parte ricorrente) di dover escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, bensì, soltanto, di non favorirlo, altrimenti risolvendosi esso in una causa di esclusione dalle gare, oltre che non codificata, in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è, invece, imperniato tutto il sistema degli appalti.

Risulta, infatti, ormai pacifico in giurisprudenza che il principio di rotazione debba considerarsi servente e strumentale rispetto a tale principio di concorrenza e non possa risolversi in un ostacolo ad esso, con la

conseguenza che, dunque, il precedente aggiudicatario che abbia ben operato potrà partecipare alla gara se ciò rappresenta un'estensione della platea degli offerenti (in tal senso, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4125/2017, e Sezione V, n. 5854/2017 nonché T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 515/2017 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, n. 1336/2017).

Orbene, nel caso di specie, risulta agli di causa che la resistente abbia agito nel pieno del principio di rotazione, in alcun modo favorendo la controinteressata, avendo l'amministrazione non già liberamente scelto i soggetti da invitare alla gara bensì aperto al mercato (rendendo nota, con avviso pubblico, la propria intenzione di acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l'affidamento del servizio in questione) e, poi, seguito una procedura idonea ad assicurare, mediante l'estrazione pubblica, l'imparzialità della scelta dei cinque operatori economici (tra gli undici interessati) da invitare a partecipare (in senso conforme, T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 493/2018).

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso deve, dunque, essere rigettato.

Il principio di rotazione in materia di appalti pubblici di Margherita Amitrano Zingale (*)

La sentenza in commento si colloca nell'ambito del dibattito giurisprudenziale sull'esatta portata del principio di rotazione in materia di appalti pubblici, che vede contrapporsi un'interpretazione più restrittiva e strettamente letterale ad una maggiormente aperta a valutare ciascuna vicenda in concreto.

Il contributo si prefigge di far emergere le criticità che, sotto tale profilo, la Stazione appaltante si trova a dover gestire, a fronte di interpretazioni giurisprudenziali spesso non univoche, di strumenti telematici obbligatori ma non aggiornati all'evoluzione normativa e delle Linee guida Anac di riferimento.

Premessa

Con sentenza in forma semplificata eppur densa di significato, il Tribunale amministrativo regionale, sezione distaccata di Salerno, favorisce alcuni spunti di riflessione nella ricostruzione del principio di rotazione e della sua portata precettiva, dopo il recente correttivo al codice dei contratti pubblici e il conseguente aggiornamento delle Linee Guida n. 4 da parte dell'Anac (1).

Nel confermare la legittimità dell'operato della Stazione appaltante, a fronte dell'aggiudicazione in favore dell'operatore uscente, il TAR campano sottolinea che:

funzione del principio di rotazione è quella di non favorire l'operatore che abbia già lavorato con la pubblica amministrazione e non quella di escludere tale operatore *tout court*;

l'apertura al mercato che può avvenire, come nel caso di specie, anche tramite indicazione di una "manifestazione di interesse" o "consultazione di mercato" (2) fa venire meno l'operatività del principio di rotazione, tale che - se ne deduce - la Stazione appaltante non sembrerebbe nemmeno tenuta ad una stringente motivazione, per giunta se seguita dall'espletamento di un sorteggio in seduta pubblica (all'esito del quale è evidentemente stato estratto l'operatore uscente poi aggiudicatario) (3).

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Dopo il correttivo di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 le Linee Guida Anac n. 4 sono state aggiornate con delibera n. 206 del 1° marzo 2018. Con riferimento al principio di rotazione il punto 3.6 delle suddette Linee Guida stabilisce che: "Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. 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. 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. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può 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".

(2) Sulla sostanziale diversità tra "consultazione di mercato" (art. 66 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e "indagine di mercato", cfr. G. Savoia, "Indagini di mercato" e "consultazioni di mercato" ... *pari non sono*, in <http://www.news4market.it/>, 18 settembre 2017. Cfr. Cons. Stato, parere 13 settembre 2016, n. 1903. Sulle diverse implicazioni dell'uno o dell'altro istituto, di recente: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 11 luglio 2018, n. 4611. Tutte le sentenze amministrative menzionate nella presente e nelle successive note sono reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it. In generale, A. Gamberini - M. Giustiniani, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2017, 58 ss.

(3) Analogamente, T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, che riscontrava la correttezza dell'operato della Stazione appaltante consistito in un'indagine di mercato aperta a tutti (uscente compreso), cui solo due operatori avevano aderito e poi aggiudicata all'uscente. Sul punto, si v. il commento di M. Alesio, *Principio di rotazione e gestore uscente: finalmente una boccata d'aria fresca*, in *D&G*, fasc. 113, 2017, 2 ss.

Quest'ultima affermazione - come si vedrà nel prosieguo - appare dissonante rispetto alla più rigida ma non univoca interpretazione giurisprudenziale (4) data al principio di rotazione ed è foriera di ulteriori criticità in ordine all'iter che la stazione appaltante deve seguire nella predisposizione delle procedure ad evidenza pubblica, ed avrebbe forse richiesto una più approfondita motivazione.

In generale, la pronuncia in commento offre l'occasione per alcune riflessioni in ordine alla effettiva valenza del principio di rotazione.

Come noto, il principio di rotazione riguarda gli affidamenti sotto-soglia comunitaria ed ha una portata precettiva diversificata a seconda del tipo di procedura in concreto prescelta dalla Stazione appaltante. Esso si traduce in una sorta di "ne bis in idem" in materia di partecipazione alle gare pubbliche, diversamente modulato in capo al gestore uscente ed altresì agli operatori invitati a precedenti procedure, di cui pur non sono risultati aggiudicatari, con riferimento all'affidamento/procedura immediatamente precedente sotto il profilo temporale.

Nel caso di affidamento diretto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. A) del Codice dei contratti pubblici (in seguito Codice), l'operatività del principio di rotazione rappresenta la regola, tale che la stazione appaltante deve adeguatamente motivare la deroga all'applicazione del principio in questione (5).

Invero, nell'ipotesi di cui alla successiva lett. B) dell'art. 36, il principio di rotazione riguarda gli inviti - dunque, a rigore, una fase "a monte" della stessa

indizione della procedura di gara - anticipando perciò il momento in cui è richiesto alla Stazione appaltante di rendere un'adeguata motivazione circa la deroga al suddetto principio (6).

In ordine all'intensità dell'onere motivazionale, peraltro, è pacifico che esso sarà più stringente a fronte di affidamento o reinvio al gestore uscente, rispetto a una deroga alla rotazione concernente un operatore, pur invitato a precedenti procedure, ma non aggiudicatario (7). Da tale constatazione deriva una differenziazione nella posizione giuridico-soggettiva dei vari operatori economici che aspirano all'aggiudicazione dell'appalto: si configura infatti un vero e proprio interesse legittimo pretensivo in capo agli operatori invitati, compreso il gestore uscente, innestato sulla scelta adeguatamente motivata da parte dell'Amministrazione di derogare al principio di rotazione, nell'indire una procedura ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. B) (8).

Le indicazioni di cui alle Linee guida n. 4 a confronto con i recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa

Ambito oggettivo e temporale

Ad una lettura piana e letterale delle Linee guida di riferimento (in particolare, ai punti 3.6 e 3.7) sembra potersi ricavare anzitutto che il principio di rotazione ha un ambito temporale circoscritto all'affidamento immediatamente precedente a quello nuovo indetto

(4) Nel solco di un'interpretazione meno stringente del principio di rotazione, si rileva altresì un'altra recente pronuncia del medesimo Tribunale (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 60), nella quale espressamente si prevede che "la fattispecie dell'affidamento temporaneo ed in via d'urgenza non possa essere assimilata a quello che consegue all'aggiudicazione di una gara d'appalto e che, di norma, si protrae per un lungo lasso di tempo [...]", con la conseguenza che l'operatore anche affidatario diretto purché per un tempo minimo, necessario all'espletamento della gara, può comunque partecipare a tale nuova procedura. Simile interpretazione pone, invero, significative criticità poiché appare non trovare pieno conforto nella disposizione del codice dei contratti e risulta stridente anche con quanto dispongono le Linee guida Anac di riferimento - che, seppur non vincolanti, hanno un loro peso specifico rispetto all'interpretazione che le Stazioni appaltanti devono accogliere. La postulata deroga alla rotazione a fronte di un uscente meramente "temporaneo" pone l'ulteriore criticità della effettiva tempistica della gara almeno sotto due profili: ritenere che si possa derogare alla rotazione se l'affidamento diretto nelle more della gara copre quattro mesi (tempo considerato minimo), non consente però di ricavare un criterio univoco e generalizzabile, sicché sembra rimettersi alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione l'indicazione del tempo necessario all'espletamento della gara senza però un criterio guida espresso; inoltre, *quid iuris* se la procedura di gara dura più del previsto e l'originario tempo minimo si dilata molto di più?

(5) Cfr. in nota precedente: T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, n. 60/2019.

(6) F. Armenante, *In principio è la rotazione*, in *www.amministrativamente.com*, fasc. 8-9/2018, 5. L'assenza dell'indagine di mercato (o la sua mancata adeguata pubblicità) rende illegittima la procedura negoziata: T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, 18 giugno 2018, n. 252; con riferimento al previgente Codice: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 6 luglio 2018, n. 7524. Si tenga conto tuttavia che mentre la giurisprudenza amministrativa distingue la fase dell'indagine di mercato dalla successiva fase di gara in senso stretto (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2018, n. 4597, che ammette comunque la facoltà per la Stazione appaltante di anticipare alla fase di indagine adempimenti propri della fase di gara in senso stretto, purché motivando adeguatamente tale scelta e fermo restando il rispetto dei principi di evidenza pubblica; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6025), la giurisprudenza contabile di recente ha inteso l'indagine di mercato come primo atto della procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente necessità di prenotazione della spesa già in tale atto (v. Corte Conti, Sez. reg. contr., Veneto, 14 novembre 2018, n. 439).

(7) C. Di Seri, *Appalti sotto-soglia: ulteriori indirizzi Anac sulla rotazione negli affidamenti e negli inviti*, in *quotidiano giuridico*, 24 aprile 2018.

(8) S. Deiana, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in questa *Rivista*, 2018, 678 ss.

dall'Amministrazione ed un ambito oggettivo delimitato dalla medesima categoria o settore merceologico. Non si ritiene violato il principio in questione laddove il nuovo affidamento/procedura abbia un valore notevolmente superiore, benché rientrante nella medesima categoria/settore merceologico, rispetto all'affidamento/procedura immediatamente precedente (9). Quest'ultima lettura sembra potersi ricavare da quanto previsto dalle Linee Guida in punto di suddivisione in fasce di valore economico dei vari affidamenti. In particolare, la previsione secondo cui l'Amministrazione può adottare un proprio regolamento nel quale "suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia" consente in sostanza ad un operatore affidatario/aggiudicatario di un servizio X rientrante in una fascia, di poter partecipare alle selezioni per l'aggiudicazione del medesimo servizio X rientrante però in una fascia di valore economico superiore.

Nel caso (e fintantoché) l'Amministrazione non si doti di un simile regolamento, ci si chiede se possa in ogni caso applicare la medesima soluzione in deroga, dovendosi prediligere però un'interpretazione (e conseguente applicazione) che effettivamente garantisca il principio di concorrenza.

A ciò si collega, infatti, l'ulteriore questione di evitare il frazionamento (10) ovvero, viceversa, un accorpamento irrazionale dei servizi da aggiudicare, al fine di aumentare il valore economico dell'appalto e consentire la partecipazione all'uscente in virtù del fatto che il precedente affidamento aveva un valore economico di molto inferiore.

Altra criticità che emerge in ordine alla portata dell'ambito oggettivo, si rinviene nell'ipotesi in cui si susseguano due procedure aventi ad oggetto il medesimo settore merceologico o categoria, ma da espletarsi in sedi territoriali differenti: in tali casi appare più corretta una letterale applicazione del principio di rotazione ancorata sulla circostanza

che trattasi appunto del medesimo settore merceologico o categoria, piuttosto che sulla base del dato territoriale, anche al fine di evitare che ciò si traduca in una non ammissibile frammentazione o in un modo per aggirare la rotazione senza un adeguato onere motivazionale.

Principio di rotazione e gare telematiche

Nell'intento di mettere in luce le concrete difficoltà incontrate dalle Stazioni appaltanti nella predisposizione della documentazione di gara con riferimento alla tematica in oggetto, si osserva che recente giurisprudenza amministrativa offre una peculiare applicazione del principio di rotazione nell'ambito di gare telematiche.

In particolare, in ordine al ricorso al Mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, si è andato consolidando un orientamento giurisprudenziale che ritiene applicabile il principio di rotazione anche laddove l'Amministrazione opti per il c.d. "invito a tutti gli operatori iscritti al Mepa" (nella categoria/settore merceologico oggetto della procedura indetta) (11).

In tal senso, dunque, il principio di rotazione deve trovare applicazione proprio in ragione del fatto che non si verte in ipotesi di concorrenza "pura" (*id est*, procedura aperta) posto che *i non iscritti a detto portale non hanno potuto partecipare alla procedura in esame*.

Sotto il profilo testuale al par. 3.6. delle Linee Guida Anac n. 4 si legge che: "[...]La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione[...]", di cui appare doversi dare un'interpretazione stringente.

(9) Cfr. F. Manganaro - R. Parisi, *I contratti pubblici sottosoglia alla luce delle Linee Guida n. 4 dell'Anac*, in questa *Rivista*, 2018, 589 ss., secondo cui dovrebbe evitarsi che "l'applicazione indiscriminata del principio di rotazione possa condurre all'estromissione da un affidamento di notevole valore di un operatore già affidatario di una commessa di importo modesto". A tale conclusione, perviene anche altra dottrina (E. Lubrano) come emerso negli interventi nel corso del Convegno "Problemi specifici in tema di contratti pubblici" organizzato dalla Società italiana Avvocati Amministrativisti, presso il T.A.R. Toscana il 4 dicembre 2018.

(10) In generale, v. G. Perulli (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Torino, 2018, 114. D'altra parte le stesse Linee guida chiariscono che: "In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a:

arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici".

(11) Da ultimo: T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1412; Id., 4 settembre 2018, n. 1322, su cui v. G. Sorrentino, *Il principio di rotazione nelle RDO Mepa: soluzioni operative a confronto alla luce della sentenza T.A.R. Puglia, 4 settembre 2018, n. 1332*, in *App.&Contr.*, 2018, 10, 9 ss. *Contra*: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 23 luglio 2018, n. 4883.

L'opzione "invito a tutti" - secondo la giurisprudenza salentina da ultimo citata - non solo si rivela non essere idonea a garantire la concorrenza ma altresì non può ritenersi integrare quell'indagine di mercato che eventualmente consente alla Stazione appaltante di derogare al principio di rotazione (12) (ma sul punto si veda il successivo paragrafo).

Procedendo per gradi, un primo dato da considerare è che nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza, l'espressione "o comunque aperte al mercato" di cui alle citate Linee guida, deve essere contestualizzata anche con riferimento agli ambiti degli strumenti telematici cui l'Amministrazione è sostanzialmente vincolata a ricorrere (13).

Dunque, il ricorso al MEPA in sostanza integra una "limitazione in ordine al numero di operatori economici tra cui effettuare la selezione" e pertanto non è consentito alla Stazione appaltante invitare l'uscente o i precedenti invitati, in deroga al principio di rotazione, solo perché tramite l'opzione "invito a tutti" si invita un numero elevato di operatori (tutti quelli iscritti sul MEPA nella richiesta categoria).

L'inclusione dell'uscente e/o dei precedenti invitati non aggiudicatari richiederà perciò anche in tali casi un'adeguata motivazione.

Portata dell'indagine di mercato

Le statuizioni in ordine alla portata del principio di rotazione, a cui è giunta la giurisprudenza amministrativa, incidono altresì sulla portata e valenza dell'indagine di mercato effettuata a monte dalla Stazione appaltante prima di indire una procedura negoziata.

In tal senso, è logicamente consequenziale ritenere che laddove la Stazione appaltante non abbia effettuato alcuna limitazione del mercato e quindi abbia indetto una indagine di mercato in cui si stabilisce che tutti gli operatori che presentano domanda saranno successivamente invitati alla procedura negoziata, anche l'uscente e i precedenti invitati potranno partecipare (14). Tuttavia, di fatto questa possibilità è solo astrattamente ipotizzabile, in ragione dell'obbligo di ricorso al MEPA, laddove si ritenga di aderire all'orientamento espresso dalla recente giurisprudenza salentina (cfr. nota 11).

Al contrario, se nell'indagine di mercato l'Amministrazione introduce delle limitazioni al numero di partecipanti ammessi (posto che nel caso di cui alla lett. b) dell'art. 36 è ritenuta sufficiente la consultazione di almeno cinque operatori) (15) a rigore dovrebbe trovare applicazione il principio di rotazione e quindi l'inclusione dell'uscente o dei precedenti invitati dovrebbe essere già in tale atto adeguatamente motivata.

A questo punto si deve considerare un'ulteriore circostanza che si innesta nel tutt'altro che semplice iter di indizione di una procedura negoziata, ossia il sorteggio.

L'eventuale previsione del sorteggio, laddove siano pervenute un numero di manifestazioni di interesse superiore al limite introdotto dalla Stazione appaltante nella indagine di mercato, non dovrebbe infatti essere idonea a derogare alla rigida applicazione del principio di rotazione (16), in linea con la ricostruzione giurisprudenziale che attribuisce valore di limite alla piena concorrenza alla scelta amministrativa di

(12) In adesione a tale ricostruzione, F. Armenante, *op. cit.*, 13, che mette in evidenza lo "scollamento" tra la normativa del codice dei contratti pubblici in ordine all'accezione di "procedura aperta al mercato" e quanto statuito dalle Linee guida Anac di riferimento.

(13) V. art. 1 della L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 7 del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, art. 1, commi 1, 7, 8, 13, D.L. 6 luglio 2012, n. 95 in ordine agli obblighi per le amministrazioni di far ricorso al Mepa ovvero agli altri strumenti elettronici messi a disposizione da Consip s.p.a. per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria e alle conseguenze in termini di nullità dei contratti altrimenti stipulati. Cfr.: Corte conti, Sez. reg. Marche, 27-29 novembre 2012, n. 169. Utile per orientarsi la tabella "obblighi-facoltà" pubblicata da Consip (https://www.acquistinretepa.it/opencms/export/sites/acquistinretepa/documenti/airpa/guide/tabella_obblighifacolta1.pdf). Di recente (dicembre 2018) è stata poi introdotta sul MEPA una nuova funzionalità che dovrebbe agevolare l'Amministrazione nell'applicazione del principio di rotazione, consentendosi la possibilità di prelevare direttamente dal riepilogo di una "RdO" l'elenco degli invitati da utilizzarsi per integrare la sezione "gestione esclusi RdO", tramite cui estromettere dalle operazioni di invito uno o più fornitori.

(14) Così conferma T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 20 giugno 2018, n. 519.

(15) Si osservi che la disposizione disciplina un'ipotesi minima, sicché appare opportuno per l'Amministrazione comunque

aumentare il numero degli operatori da coinvolgere, al fine di non facilitare, tra gli stessi, accordi lesivi della concorrenza, fermo restando che in ogni caso la deroga alla rotazione deve essere adeguatamente motivata, anche evidenziando le ragioni per cui la suddetta deroga non produce effetti lesivi della concorrenza.

(16) A conferma di ciò, si veda la FAQ n. 5 alle Linee Guida Anac n. 4, che al quesito "Con riguardo all'applicazione del principio di rotazione, sussistendo i presupposti di cui al paragrafo 3.6 delle Linee guida e al di fuori delle ipotesi eccezionali contemplate al successivo paragrafo 3.7, è legittimo nelle procedure negoziate il re-invito all'operatore uscente, che abbia manifestato interesse alla candidatura a seguito di avviso pubblico e sia stato poi estratto tramite sorteggio con estrazione casuale?", danno la seguente risposta: "Come previsto al paragrafo 3.7 delle Linee guida n. 4, il re-invito all'operatore uscente costituisce ipotesi di stretta eccezionalità, ammissibile al ricorrere delle circostanze ivi indicate. Fermo quanto previsto ai paragrafi 3.6 e 3.7, il meccanismo dell'estrazione casuale, 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, novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n.56. Tale disposizione, infatti, rende doverosa la rotazione tanto in relazione agli affidamenti che agli inviti".

predeterminare il numero di operatori da invitare alla successiva procedura.

Possibili scenari e relative criticità

Alla luce di quanto sopra, con particolare riferimento alle procedure negoziate di cui all'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, possono perciò delinearsi varie situazioni:

1) affidamento diretto (art. 36, comma 2, lett. a) in assenza di o con previa indagine di mercato: opera il principio di rotazione, nei confronti dell'uscente e dei precedenti invitati non affidatari. Si deve pertanto adeguatamente motivare - pur con diversa intensità nei confronti delle due categorie di destinatari - l'ipotesi di reinvio (17).

2) in caso di procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), necessariamente preceduta da indagine di mercato, si delineano almeno due ipotesi di base (18):

a) la stazione appaltante ha delimitato il numero di operatori economici invitati alla gara (potendo infatti consultare un numero minimo di operatori): il principio di rotazione deve ritenersi operativo (19), per cui una sua deroga richiede adeguato onere motivazionale (20);

b) la stazione appaltante con l'indizione di tale indagine si è effettivamente rivolta al mercato: il gestore uscente, così come gli altri operatori invitati in

precedenza e non aggiudicatari, possono partecipare. Non appare configurabile un onere motivazionale in capo all'Amministrazione circa la deroga alla rotazione.

L'apertura al mercato in termini di concorrenza "pura" dovrebbe intendersi a rigore nella sola ipotesi in cui l'Amministrazione stabilisca di invitare alla successiva procedura tutti gli operatori che hanno manifestato interesse nell'ambito dell'indagine di mercato. Tuttavia, di fatto, una simile ipotesi appare di difficile verifica, come anticipato, posto che in presenza di obbligo di ricorso al MEPA l'ambito degli operatori è comunque circoscritto a coloro che vi sono iscritti e quindi non è configurabile in radice la situazione di concorrenza "pura".

Accanto a tali ipotesi, sembrano poi ipotizzabili alcune ulteriori "variazioni sul tema" legate alla previsione ed espletamento, da parte dell'Amministrazione, di un'ulteriore attività: il sorteggio in seduta pubblica.

Nella sentenza in commento, infatti, emerge come l'espletamento di tale attività - evidentemente già prevista nel provvedimento di indizione della manifestazione di interesse - giustifica una deroga al (ma più correttamente dovrebbe parlarsi di "non operatività" del) principio di rotazione.

Di conseguenza, può delinearsi l'ipotesi di:

c) indagine di mercato + delimitazione del numero di operatori economici invitati alla gara (21) + sorteggio

(17) Corretto dunque se la Stazione appaltante affida direttamente l'appalto senza contattare l'uscente: v. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906, su cui v. S. Usai, *Il rispetto del principio di rotazione e la tutela del progresso affidatario*, in questa *Rivista*, 2017, 420 ss. Cfr., di recente: T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 3 ottobre 2018, n. 235. Sotto il profilo penale, di interesse Cass. pen., Sez. VI, 16 ottobre 2018, n. 52209, che esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 353 c.p. a fronte di affidamenti diretti ex art. 36, comma 2, lett. a) cod. contr. pubbl. in quanto "non vi è gara in mancanza di forme procedurali [nello specifico precisi criteri di selezione], nel senso che, pur in presenza di un interpello, se non è stabilito alcun meccanismo selettivo di competizione e di concorrenza tra gli offerenti, vi è solo una comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, pur attraverso un esame contestuale delle stesse". Parimenti, la richiesta di preventivo non integra una procedura negoziata: T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 26 ottobre 2018, n. 1801.

(18) C. Di Seri, *op. cit.*

(19) D. Irollo, *Gli ultimi approdi giurisprudenziali sull'applicazione del principio di rotazione, tra divieti confermati e nuovi spazi derogatori*, in *quotidianopa.leggiditalia.it*, 23 novembre 2018.

(20) *Contra*: T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 febbraio 2018, n. 146, che è recente espressione dell'opposta interpretazione: "[...] per giurisprudenza unanime proseguita anche sotto il vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, il principio di 'rotazione' degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte ai sensi dell'art. 36 del d. lgs. n. 50/2016 ... pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza pre-cettiva assoluta per le stazioni appaltanti. Infatti, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e

di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale[...]. Considerato, perciò, che secondo la più recente giurisprudenza, ove il procedimento di individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare - sempre e comunque - l'aggiudicazione all'affidatario uscente del servizio: se, infatti, questa fosse stata la volontà del Legislatore, il divieto sarebbe stato espresso in tal senso in modo assoluto". Cfr. la pregressa giurisprudenza ivi menzionata: Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 marzo 2016, n. 3119. In tale ottica, non è legittimo l'esercizio dell'autotutela motivato con il mancato rispetto del principio di rotazione se comunque sono stati rispettati i principi di concorrenzialità e trasparenza: T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515. Ma è legittima l'autotutela rispetto ad una procedura cui ha partecipato il solo uscente, il cui originario affidamento era stato oltretutto oggetto di proroghe: T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 184.

(21) Cfr. D. Irollo, *Procedure negoziate: anche la ditta non invitata ha titolo a partecipare al confronto competitivo?*, in *quotidianopa.leggiditalia.it*, 13 novembre 2018, a commento di T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 25 ottobre 2018, n. 397 e Cons. Stato, Sez. V, 28

in seduta pubblica, che, secondo la sentenza in commento, appare integrare la condizione di strumentalità della rotazione che legittima la partecipazione dell'uscente ("quando ciò rappresenta un'estensione della platea degli offerenti").

In ciò forse l'aspetto più rilevante della pronuncia, che si contrappone a precedente proprio del medesimo T.A.R. (22) e più in generale all'orientamento che ritiene non derogabile la rotazione pur a fronte di un sorteggio degli operatori (23).

In tale ipotesi (*sub c*) potrebbe ancora invero discutersi sulla necessità di adeguatamente motivare circa l'invito comunque rivolto al gestore uscente e/o agli operatori già destinatari di precedenti inviti. Difatti, la previsione del sorteggio in seduta pubblica non vale comunque ad escludere un'alterazione della concorrenza laddove è previsto un numero limitato di soggetti invitati: anzi, il sorteggio nell'ambito di un numero ristretto di concorrenti - tra cui, gestore uscente e precedenti invitati - aumenta di fatto la probabilità della loro partecipazione (e conseguente aggiudicazione) alla procedura, in spregio del principio di rotazione (degli inviti) e quasi tramutandosi in un escamotage per evitare l'onere motivazionale.

Ciò induce a riflettere sul ruolo del sorteggio, poiché se da un lato esso reca seco un indubitabile effetto scenico, per la totale casualità dell'esito, dall'altro si ritiene che anch'esso debba essere comunque contestualizzato al fine di non renderne nulli gli effetti.

In particolare, l'opzione del sorteggio non può far venir meno la garanzia per la segretezza (24) delle offerte di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) a tenore del quale: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di

accesso è differito: [...]b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare".

Ciò significa che il sorteggio in seduta pubblica dovrà necessariamente garantire l'anonimato dei partecipanti, con conseguente onere per la Stazione appaltante di approntare quegli accorgimenti necessari a garantire l'anonimato degli operatori estratti, benché - svolgendosi il sorteggio in seduta pubblica - sia di fatto possibile la conoscenza quantomeno degli operatori che hanno presentato manifestazione di interesse (25).

Ad ogni modo, la scelta di procedere a sorteggio deve essere prevista già nel provvedimento di indizione della indagine di mercato, che cristallizza in tale sede le ragioni della deroga al principio della rotazione degli inviti, dovendosi ritenere illegittima la successiva decisione della Stazione appaltante di non considerare l'offerta dell'uscente (o di altro operatore precedentemente invitato), dapprima invitato, in fase di affidamento (26).

La lettura "aperta" offerta dal T.A.R. Salerno risulta già contrastata da una di poco successiva sentenza del T.A.R. Latina (Sez. I, 13 novembre 2018,

giugno 2018, n. 3989 (su cui v. *infra*), secondo cui "non sarebbe in realtà configurabile in capo alla S.A. una incondizionata facoltà di circoscrivere a priori il numero dei soggetti da invitare: tale opzione potrebbe essere legittimamente esercitata, volendo essere coerenti con detto orientamento, soltanto a posteriori e dovrebbe essere motivata con la circostanza che, all'esito della preliminare indagine esplorativa di mercato ovvero della costituzione/consultazione degli elenchi di operatori economici propri della Stazione Appaltante o di quelli presenti nel MEPA o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento, il loro numero sia talmente elevato da determinare appunto 'un aggravio insostenibile del procedimento di gara' e 'un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato' ove dovessero essere invitati tutti". Cfr.: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 24 aprile 2017, n. 2230, secondo cui "non può ritenersi che sussista un obbligo del Comune di rispondere all'istanza prodotta da una società volta ad essere invitata alla procedura di gara"; *contra*: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 febbraio 2017, n. 788.

(22) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 maggio 2017, n. 926 per cui il principio di rotazione esclude non solo l'affidatario uscente ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che non hanno mai svolto l'appalto, cfr.: A.

Ubaldi, *Appalti, procedure sotto-soglia: il principio di rotazione è la regola*, in *quotidianogiuridico*, 31 maggio 2017: "Né il principio di rotazione può dirsi bypassabile laddove il conferimento del servizio in appalto sia stato preceduto da indagine di mercato. In tal senso, anche quando l'Amministrazione metta previamente a confronto tutti gli operatori del mercato, compreso quello già affidatario, la regola vuole che chi sia o sia stato già in rapporto con la Stazione appaltante non possa incassare ulteriori affidamenti[...]". Sulla discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuare gli operatori da consultare, v. T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 23 giugno 2017, 36.

(23) V. FAQ n. 5 alle Linee Guida Anac n. 4.

(24) V. Cavarra, *Il sottosoglia*, in M. A. Cabiddu - M. C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici-II Codice dei contratti*, vol. I, Milano, 2018, 53.

(25) Ad es. sorteggiando i numeri di protocollo, assegnati alle domande di partecipazione. Rileva l'importanza della garanzia dell'anonimato, anche un recente parere dell'Anac (n. 1150 del 12 dicembre 2018), reperibile sul sito dell'Autorità.

(26) Si rinvia ai contributi di S. Deiana, *op. cit.* e D. Irollo, *ult. op. cit.*

n. 578) (27), nella quale si ribadisce l'ampia discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuazione delle ditte da invitare e la mera facoltà di invitare l'uscente proprio per la rigorosa prevalenza del principio di rotazione (28).

Inoltre, in ordine alla valenza da attribuire al sorteggio - se derogatoria rispetto alla rotazione, come sembra prospettarsi nella sentenza in commento - sembra più corretto contestualizzarlo in relazione alla concreta procedura indetta dall'amministrazione. Ciò significa che, se è stato previsto un sorteggio, è perché la Stazione appaltante ha predeterminato il numero degli operatori da invitare e avendo ricevuto un numero elevato di manifestazioni di interesse necessita di una loro riduzione al fine di garantire la speditezza della procedura stessa. Dunque, la stessa previsione di un sorteggio dovrebbe ritenersi sintomatica dell'operatività della rotazione, in linea peraltro con le Linee guida Anac di riferimento (29).

Appare evidente, allo stato, che l'alternarsi di pronunce di segno contrario denota tutta la difficoltà di giungere ad una corretta ed univoca

interpretazione del principio di rotazione - le cui conseguenze gravano in sostanza sulla Stazione appaltante, il cui operato è suscettibile di essere rimesso continuamente in discussione per le troppe variabili anche di carattere interpretativo ed in spregio della stessa *ratio* di speditezza cui le procedure negoziate dovrebbero rispondere. Nell'ipotesi opposta al sorteggio - che si verifica in presenza di un numero di adesioni all'indagine di mercato inferiore rispetto al numero previsto - si pone l'ulteriore problema di come integrare il numero degli operatori mancanti, da invitare alla successiva procedura. Nel caso di ricorso al mercato elettronico della p.a., come d'obbligo, l'individuazione degli operatori da invitare spetterà al RUP, ma è necessario che i criteri di scelta siano predeterminati a monte (30).

Un'ulteriore criticità in ordine all'operatività del principio di rotazione e alla conseguente portata della motivazione che l'Amministrazione deve rendere nel caso ritenga di derogarvi attiene all'ipotesi in cui la procedura indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) sia andata "deserta" (31).

(27) E. Cavalleri, *L'interpretazione rigida del principio di rotazione: esso opera anche se il gestore uscente è stato individuato mediante procedura aperta*, in *giurisprudenzappalti.it*, 13 novembre 2018.

(28) In linea con quello che peraltro appare essere l'orientamento prevalente, come riportato da recente T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 73: "la circostanza che la ricorrente abbia effettuato il servizio nell'anno precedente giustifica da sola il mancato invito, in virtù del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016, che, in quanto norma speciale per le gare sotto soglia, prevale sulla normativa generale in materia di appalti pubblici [...]. Deve, pertanto, ritenersi escluso l'obbligo per la stazione appaltante di invitare l'operatore uscente, trattandosi viceversa di una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione ed in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno. In altre parole, solo ove l'Amministrazione si determini ad invitare anche il precedente gestore, essa è tenuta a motivare circa le ragioni di mancato contrasto con il principio di rotazione (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 9 giugno 2016 n. 372). In linea con la giurisprudenza richiamata, si pongono le linee guida dell'ANAC n. 4/2016, in tema di affidamenti sotto soglia (cfr. delibera 26 ottobre 2016 n. 1097, in G.U. 23 novembre 2016 n. 274), secondo cui "il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, D.lgs. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente", potendo, di conseguenza, la stazione appaltante fondare tale scelta solo in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative, ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ed 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". Esclude però una valenza precettiva assoluta del principio di rotazione: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 marzo 2016, n. 3319; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 30

settembre 2016, n. 1514; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 21 novembre 2016, n. 5361. Cfr. nt. 20.

(29) Cfr. M. Alesio, *Il "peccato originale" del gestore uscente alla luce del principio di rotazione: analisi degli attuali orientamenti*, in *D&G*, fasc. 7, 2016, 2 ss., dove condivisibilmente si ritiene che una volta ammesso al sorteggio e sorteggiato l'uscente non è legittimo escluderlo nella fase degli inviti. Essendo tuttavia le due fasi collegate - quella della manifestazione di interesse a quella, successiva, della gara vera e propria - la questione dell'applicabilità della rotazione si sposta a monte e dunque, tanto più l'indagine di mercato è sorretta da caratteri di oggettività e chiarezza nell'individuazione dei criteri relativi all'ambito di mercato cui attingere, tanto più le contestazioni non dovrebbero trovare un fertile campo per attecchire.

(30) Si tenga conto però che, nel caso in cui si voglia procedere con "estrazione casuale" degli operatori sul MEPA, non è possibile effettuare tale sorteggio al di fuori di una RDO, ossia esclusivamente per estrarre a caso degli operatori iscritti da invitare alla procedura da indire successivamente. Sarà dunque necessario procedere all'individuazione casuale degli operatori in fase di attivazione della stessa RDO. Sull'obbligatorietà dell'indagine di mercato anche in caso di ricorso al Mepa, v. Cons. Stato, Sez. III, 10 ottobre 2018, n. 5833.

(31) T.A.R. Calabria, Sez. II, n. 73/2018 cit., affronta la fattispecie, concludendo nel senso che nel caso di gara andata deserta ed alla quale la Stazione appaltante, correttamente, non aveva invitato l'uscente in ragione del principio di rotazione, il successivo affidamento (nella specie diretto, previa consultazione di altri operatori) mutua la caratteristica di affidamento "immediatamente precedente" nei confronti dell'uscente, il quale pertanto viene legittimamente escluso anche rispetto ad esso. In sostanza, secondo tale lettura la circostanza che la gara sia andata deserta non è idonea ad alterare l'operatività del principio di rotazione: "Se, infatti, la descritta condizione preclusiva impone al gestore uscente di 'saltare' il primo affidamento, perché lo stesso si ritrovi, alla successiva gara, in posizione paritaria con gli altri concorrenti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125), è evidente che,

La posizione giuridica degli “attori di processo”: l’uscente, i precedenti invitati, gli invitati e i non invitati

Come è stato osservato (32), la scelta della Stazione appaltante in ordine ai soggetti da invitare incide sulla posizione giuridica che i vari operatori economici vanno ad assumere.

Ci si riferisce ad uno step successivo all’applicazione del principio di rotazione, in quanto una volta che la P.A. ha deciso di invitare l’uscente/i precedenti invitati ad altre gare o altri operatori, in capo a tutti costoro in qualità di “invitati” può ritenersi configurata una posizione qualificata di interesse legittimo pretensivo, che si traduce nel veder presa in considerazione la propria offerta (o comunque di partecipare al sorteggio).

Sicché sembra potersi delineare uno spartiacque tra la categoria degli invitati e quella dei “non invitati”. Rispetto a questi ultimi, si è posta di recente la questione se nell’ambito delle procedure negoziate di cui all’art. 36 anche la ditta che non sia stata invitata e tuttavia ritenga di averne i titoli, possa comunque presentare domanda di partecipazione.

Allo stato, sulla questione degli “imbucati” si rinvencono solo due isolate pronunce (33) che tuttavia ne ammettono la partecipazione, a detrimento dello svolgimento celere proprio di tali procedure (nella specie non ritenuto intaccato).

Così, allo stato, potrà darsi la seguente situazione:

- Uscente non invitato: se la Stazione appaltante ha adeguatamente motivato il mancato invito (art. 36 lett. b), questi non potrà trovare soddisfazione in sede processuale. Questi potrebbe pure presentare domanda di partecipazione ma, si ritiene, che laddove la Stazione appaltante abbia adeguatamente motivato circa la sua esclusione in applicazione del principio di rotazione è legittimo che la stessa non

prenda in considerazione l’offerta ricevuta e non richiesta;

- Uscente invitato: è titolare di una posizione giuridica qualificata e la sua offerta dovrà essere pertanto presa in considerazione, al pari di quelle degli altri invitati. Ogni valutazione amministrativa circa la deroga alla rotazione è evidentemente stata effettuato a monte, nel provvedimento di indizione della manifestazione di interesse (sede preferibile, per le ragioni sopra esposte, dove esplicitare l’eventuale invito o l’esclusione dell’uscente), semmai suscettibile di essere impugnato dagli altri operatori coinvolti;

- invitati a precedenti procedure: una volta che la Stazione appaltante ne ammette la partecipazione anche alla nuova procedura, dandone riscontro in motivazione, anch’essi sono titolari di un interesse qualificato al pari dei nuovi invitati (34);

- altri operatori non invitati: alla luce di quanto ricostruito, costoro rientrano in una categoria residuale, non avendo affatto presentato la propria manifestazione di interesse e non rientrando né tra gli “uscanti” né tra gli “invitati a precedenti procedure”. Costoro dunque non avendo presentato domanda di partecipazione, difettano della legittimazione necessaria per poter lamentare una lesione (35).

Conseguenze del mancato rispetto delle linee guida

Occorre, da ultimo, un breve cenno alle potenziali conseguenze del mancato rispetto del principio di rotazione (*rectius*, della sua non corretta applicazione) laddove ciò si traduca in sostanza nella violazione delle Linee Guida Anac n. 4.

Sul punto, sotto alcuni profili ancora poco indagato (36), rileva che le Linee Guida n. 4 rientrano pacificamente tra quelle “non vincolanti” (37), aventi natura di ordinari atti amministrativi (38) e

una volta andata deserta la prima gara, il primo affidamento risulta essere proprio quello gravato”.

(32) S. Deiana, *op. cit.*, III e IV par.

(33) Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2018, n. 3989 secondo cui “non può negarsi ad un operatore economico, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell’amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell’offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l’offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara”; e T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 25 ottobre 2018, n. 397, con riferimento ad una procedura ex art. 36, comma 2, lett. c) cod. contr. pubbl.

(34) Cfr. S. Usai, *Le implicazioni negative dell’applicazione integrale del principio di rotazione*, in questa *Rivista*, 2017, 674 ss., a commento di Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142.

(35) Di recente v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 6 dicembre 2018, n. 11828. Cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 12 ottobre 2018, n. 940, che chiarisce come “a tale regola si fa eccezione quando la ricorrente, quale ditta operante nel settore, faccia valere la lesione dell’interesse a partecipare alla gara e contesti la violazione di prescrizioni in materia di pubblicità, le quali avrebbero di fatto impedito la suddetta partecipazione”.

(36) Si rinvia per ogni approfondimento in merito, al puntuale contributo di V. Neri, *Disapplicazione delle Linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in questa *Rivista*, 2018, 145 ss.

(37) Per una sintetica disamina, v. B. Boschetti, *L’Anac*, in M. A. Cabiddu - M. C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici-Attori di processo*, vol. III, 198. In generale, V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 98 ss.

(38) V. Cons. Stato, parere 1° aprile 2016, n. 855.

dunque inidonee ad integrare quella “violazione di regolamento” rilevante sotto il profilo penalistico dell’abuso d’ufficio.

Tuttavia, un’applicazione distorta dei principi, pure contenuti in tali Linee guida, nel caso in cui ingeneri un contenzioso significativo ovvero comporti un utilizzo antieconomico e poco efficiente delle risorse pubbliche, potrà concorrere alla configurabilità di un danno di tipo erariale (39).

Postilla

Nell’imminenza della pubblicazione del presente contributo, si dà atto di una recentissima

pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435) (40) che appare disattendere quanto espresso nel precedente parere del medesimo supremo Consesso, nonché le stesse indicazioni fornite dall’Anac in merito, ed ove si afferma l’inidoneità dell’invito a tutti gli operatori che avevano aderito alla manifestazione di interesse a legittimare la deroga alla rotazione. A fronte di un panorama più che mai frastagliato sull’esatta portata del principio di rotazione e sulle sue legittime deroghe, sarebbe dunque auspicabile un intervento chiarificatore da parte dell’Adunanza Plenaria.

(39) Cfr. E. Buranello, *Le gare d’appalto e la concorrenza*, in M. A. Cabiddu - M. C. Colombo, *op. cit.*, 111 ss.

(40) Su cui si v. per un primo commento D. Irollo, *Palazzo Spada cambia rotta e stringe le maglie delle deroghe al principio di rotazione*, in , 5 febbraio 2019.