



COMUNE DI PONTENURE

PROVINCIA DI PIACENZA

CIRCOLARE DEL SEGRETARIO COMUNALE

Pontenure, 29/04/2024
Prot. n. 3521

Ai Sigg. Responsabili di Servizio
Al Sig. Sindaco
Alla Giunta Comunale

Circolare n. 5/2024

OGGETTO: Il principio di rotazione nel nuovo codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo n.36 del 2023

L'Anac, con l'atto del Presidente del 13 marzo 2024 risponde ad alcune, segnalate, criticità in tema di applicazione della rotazione in relazione a procedimenti di acquisto nel sottosoglia.

Sul piano normativo l'art **Art. 49. (Principio di rotazione degli affidamenti)** dispone che:

- 1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione.*
- 2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.*
- 3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.*
- 4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.*
- 5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata*

effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Nella prima parte della comunicazione, l'autorità ricorda la disciplina della rotazione nel pregresso codice evidenziando che alle indicazioni dell'art. 36 – solo generali sulla necessità di rispettare l'alternanza negli affidamenti -, si è aggiunto il dettaglio contenuto nelle linee guida n. 4 espressamente dedicate alle acquisizioni nel sottosoglia.

Nel caso dell'affidamento diretto, più in particolare, si rammenta che la rotazione risulta(va) di obbligatoria applicazione (in caso di nuovi affidamenti ad analoghe prestazioni) non solo nel sottosoglia ma anche nel caso di procedura negoziata senza pubblicazione di bando in caso di urgenza (ai sensi dell'articolo 63, comma 6 del pregresso codice).

Invece, l'attuale comma 7 dell'articolo 76 (che disciplina le procedure negoziate senza pubblicazione di bando) precisa che l'affidamento urgente può avvenire previa consultazione di 3 operatori economici (nel pregresso regime 5 operatori) purché *«nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza»*. Non viene ripetuto, quindi, il richiamo alla rotazione (contenuto invece nel comma 6 dell'articolo 63 del codice del 2016).

La rotazione, ricorda l'Anac, risulta di obbligatoria applicazione in ogni circostanza in cui *«sussista una individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti»*. Qualora la procedura negoziata risultasse *«preceduta da un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori, si è fuori dalle negoziate e dunque non opera il principio di rotazione»* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021 n. 1515).

Inoltre, evidentemente, la rotazione non si applica se il nuovo affidamento avvenisse con procedure ordinarie e, quindi, aperte al mercato nel caso in cui il Rup operasse con *«indagini di mercato o consultazione di elenchi»* senza operare *«alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione»*.

La rotazione nel nuovo codice

L'art. 49 comma 4 del d. lgs. citato, rispetto alle linee guida n. 4, risulta tuttavia in parte innovativo, quantomeno laddove consente di derogare al divieto del reinvito del contraente uscente, motivando circa la contemporanea sussistenza dei presupposti richiesti dal comma 4 dell'articolo citato ossia: struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto.

Il contraente uscente può dunque essere reinvitato o risultare affidatario diretto laddove, come precisa la relazione illustrativa al Codice, sussistano i requisiti richiesti dalla legge, concorrenti e non alternativi tra loro, ossia struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto, che devono tuttavia essere specificamente rappresentati negli atti di gara.

Ai fini sopra indicati, quindi, la stazione appaltante deve fornire adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno indotta a derogare al principio di rotazione.

Sempre in continuità con la pregressa normativa e con quanto stabilito dalle Linee Guida n. 4, tuttavia per quanto sopra detto non più applicabili, il principio di rotazione non si applica, oltre che alle procedure aperte, anche alle procedure negoziate senza bando quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata (art. 49, comma 5). Infatti nelle procedure negoziate il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione

appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999).

Laddove la stazione appaltante decida di non introdurre alcuno sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata senza bando all'esito dell'indagine di mercato, non viene in rilievo l'esigenza, cui tende il principio di rotazione, di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

Il nuovo codice, pur con alcune novità, si pone in continuità con le pregresse indicazioni codicistiche e dell'Anac con «*lo scopo di evitare*» che il pregresso affidatario (che può essere stato individuato anche con una procedura ordinaria), «*forte della conoscenza della prestazione da realizzare acquisita nel precedente contratto, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici*». In relazione al caso dell'avviso aperto (senza criteri di sbarramento e senza previsione della rotazione) l'Anac ricorda che «*non viene in rilievo l'esigenza, cui tende il principio di rotazione, di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente*». Questa è una delle ipotesi che non sostanzia una deroga alla rotazione e non richiederebbe «*alcuna esplicita motivazione da parte dell'Amministrazione (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 31 luglio 2023, n. 649)*».

Pertanto, se è vero in generale che la rotazione funge da contrappeso evitando che il pregresso contraente si avvantaggi dell'esperienza acquisita in questo ruolo, questa esigenza verrebbe meno nel caso di procedura sostanzialmente aperta.

Il problema di fondo, però, è che questa valutazione viene rimessa al Rup della stazione appaltante che, in certi casi, potrebbe ritenere la rotazione non applicabile mentre in altri potrebbe introdurla.

Nel primo caso il pregresso affidatario, in realtà, potrebbe avvantaggiarsi proprio dell'esperienza acquisita nel suo ruolo di parte del (pregresso) contratto – sempre che si tratti, almeno, di prestazioni analoghe, salvo che, appunto, il Rup della stazione appaltante non decida di applicare comunque la rotazione strutturando in ogni caso un avviso aperto senza requisiti di sbarramento.

Si deve ritenere, evidentemente, che ciò non sia precluso al responsabile unico di progetto.

La nuova previsione ribadisce che il contraente può invece beneficiare del riaffido (o anche di un reinvito) laddove, come emerge dalla relazione tecnica, risultasse chiaro che nel mercato non esiste alternativa e che detto soggetto – oltre al possesso dei requisiti di carattere generale – abbia eseguito accuratamente il precedente contratto.

Si tratta di condizioni legittimanti che devono ricorrere contemporaneamente (come si legge nel comma 4 dell'art. 49).

È fondamentale, però, che il Rup nella decisione a contrarre o nella decisione di affidamento (ad esempio nel caso in cui l'affidamento diretto non risulti supportato dalla decisione a contrarre a monte del procedimento) fornisca una «*adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che*» hanno indotto «*a derogare al principio di rotazione*».

L'autorità Anticorruzione sottolinea quindi che «*il principio di rotazione costituisce un riferimento normativo «inviolabile» del procedimento di affidamento dei contratti sotto soglia e non può essere disatteso, se non appunto, «nei casi eccezionali ed entro i limiti indicati dall'art. 49, comma 4 del nuovo codice (Parere n. 58 del 15 novembre 2023 Funz. Cons. 58/2023)*»». La previsione, inoltre, non preclude più il reinvito a soggetti precedentemente (solo) invitati.

Per completezza, nel comunicato si ricorda che il comma 6 dell'articolo 49 al fine di semplificare e velocizzare gli «*affidamenti di importo minimo, ha innovato anche in relazione al limite di 1.000 euro già fissato dalla Linee Guida Anac n. 4 per la deroga al principio di rotazione, innalzandolo fino a 5.000 euro*».

In questo modo, si legge nel comunicato, «*detto limite viene allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della l. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sotto soglia di beni e servizi*».

Al riguardo è bene annotare, per le stesse FAQ pubblicate da ANAC– e nel comunicato del 10 gennaio del presidente -, che anche i micro acquisti (al di sotto dei 5mila euro) sono soggetti agli obblighi di digitalizzazione con l'uso di piattaforme di approvvigionamento (pur non certificate, almeno fino al 30 settembre). Non è più applicabile, pertanto, la deroga di cui alla legge 296/2006.

Servizi sociali e rotazione

Un pronunciamento tra i più recenti e rilevanti sotto il profilo pratico operativo è la sentenza del Tar Sicilia, Catania, n. 1370/2024.

Il giudice siciliano affronta la questione, relevantissima sotto il profilo pratico, della rotazione nei servizi sociali. Questione della rotazione che, in realtà, ha una valenza generale, come dimostrano anche negli interventi dell'ANAC.

Nel caso trattato, oltre alla predetta modalità di affidamento (affidamento diretto) il ricorrente ha censurato anche la violazione della rotazione (l'affidamento diretto del servizio sociale era in realtà un riaffido al pregresso affidatario). Il giudice condivide la censura, ricordando quanto previsto nell'art. 49 che, in relazione al sottosoglia, vieta il riaffido o la (ri)aggiudicazione al contraente uscente “nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”.

Una vera e propria deroga, si ricorda in sentenza, è consentita solo in presenza contemporanea di alcune connotazioni, ovvero l'assenza nel mercato di alternative e la constatazione che l'esecuzione del contratto (precedente) sia avvenuta a regola d'arte. Solo in questo caso il pregresso contraente può essere reinvitato o risultare riaffidatario diretto del nuovo contratto.

Nel caso di specie, il RUP della stazione appaltante ha motivato la deroga alla rotazione solo in relazione alla corretta esecuzione ma non anche all'assenza di alternative.

Fin qui, il giudice ragiona sulla disposizione di carattere generale, ma la stazione appaltante, nelle sue difese, evidenzia che l'art. 128 (commi 8 e 3) non richiama la rotazione. Il pregresso codice, all'art. 142 comma 5-octies prevedeva, invece, per il sottosoglia l'applicazione dell'art. 36 che, appunto, richiama la rotazione.

Secondo il giudice, detta puntualizzazione non sarebbe condivisibile. Il ragionamento che segue risulta fondato sul fatto che la deroga alla rotazione non avrebbe trovato negli atti una puntuale motivazione.

Nel prosieguo della sentenza, si legge un passo relativo all'art. 128 del Codice che rende la posizione del giudice non condivisibile. In sentenza si precisa che “la circostanza che l'art. 128 del codice, non richiama le regole “generali” degli affidamenti sotto-soglia di cui agli artt. 48 e seguenti del D.lgs. n. 36/2023 richiedendo l'applicazione dei “principi e i criteri di cui al comma 3°...”, non esonera l'ente affidatario dall'obbligo di motivare adeguatamente circa la modalità di affidamento prescelta che deve rispettare – oltre alle regole della contrattualistica pubblica e ai principi generali del codice dei contratti pubblici – anche gli speciali principi di cui al comma 3 dell'art. 128, secondo il quale “l'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle specifiche esigenze delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilità degli utenti””.

La posizione espressa, ad onor del vero, pare estrema, visto che gli estensori (e ciò risulta di estrema attualità per il RUP e per i responsabili di fase) chiariscono nella relazione tecnica la decisione consapevole di non imporre la rotazione nei servizi sociali.

Si tratta di una scelta chiara, pertanto, compiuta direttamente dagli estensori stessi (in gran parte magistrati del Tar e del Consiglio di Stato).

Tali soggetti, in sede di commento dell'art. 128, hanno espressamente puntualizzato che nella redazione della disposizione “si è scelto di non richiamare, in prospettiva liberalizzante, la disciplina generale degli appalti sotto soglia, ma di imporre (attraverso il richiamo al comma 3) esclusivamente

il rispetto dei principi (generali) di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza, e gli obblighi di tenere conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati, e di promuovere il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. **Si è inteso, con ciò, recepire le diffuse istanze degli operatori del settore, con particolare riferimento alla obiettiva criticità dell'attuazione, nei settori in questione, del principio di rotazione**".

Dall'ultimo passaggio, quindi, emerge chiaramente che la decisione di non richiamare, e quindi di non rendere applicabile, la rotazione ai servizi sociali è una precisa scelta compiuta, addirittura, dai magistrati (prima ancora del legislatore).

Alla luce di quanto, se parlare di motivazione, nel caso in cui non si applichi la rotazione, è affermazione condivisibile, cosa diversa è pretenderla in senso sostanziale/condizionante.

Non a caso nell'ultimo passaggio della sentenza il giudice, effettivamente, sembra convergere verso questa soluzione.

Nel passaggio finale, infatti, si legge che in definitiva se è vero che per i micro importi (al di sotto dei 140mila euro) anche per i servizi sociali la stazione appaltante può procedere anche con l'affidamento diretto, **nei casi in cui non rispetti la regola dell'alternanza** il RUP avrebbe comunque l'obbligo "di motivare **con riferimento ai parametri indicati nel 3° comma dell'art. 128 cit.**, poiché argomentando diversamente si consentirebbe la reiterazione ad nutum dell'affidamento diretto al medesimo operatore, in aperta violazione del principio generale dell'accesso al mercato di cui all'art. 3 del D.lgs. n. 36/2023, mercato che rimarrebbe precluso ad altri operatori potenzialmente in grado di offrire i medesimi standard qualitativi e prestazionali di cui al citato art. 128, comma 3°". Ciò è come dire che la rotazione non si applica perché non espressamente richiamata dalla disposizione di legge, ma il RUP deve comunque indicare una motivazione attraverso il semplice riferimento normativo.

Si tratta, pertanto, di prestare una maggiore attenzione nella redazione degli atti dell'affidamento, non dimenticando di richiamare la disposizione in parola. L'omesso richiamo, infatti, ha determinato l'annullamento degli atti di gara (seppure con spese compensate, stante la novità della vicenda).

Conclusioni

Dalla pronuncia, pertanto, si possono trarre alcune conclusioni pratico/operative utili al RUP. In primo luogo, l'art. 49 del Codice – che disciplina la rotazione – è disposizione, per stessa ammissione dell'ANAC con il recente Atto del Presidente del 13 marzo 2024, in generale "inviolabile".

La previsione consente limitate "deroghe" nei casi:

- di avviso a manifestare interesse "aperto", previsto nella procedura negoziata (senza criteri di sbarramento);
- di assenza di alternative sul mercato, sempre che l'affidatario abbia ben svolto l'esecuzione del contratto;
- di micro importi inferiori ai 5mila euro;
- di regolamento interno con individuazione delle cc.dd. fasce di importo (la rotazione si applica solo all'interno di queste).

A questo catalogo di possibilità, si deve aggiungere la fattispecie esaminata ovvero i servizi alla persona (e tra questi i servizi sociali), come previsto, appunto, dall'art. 128 comma 8.

In tutti i casi, al netto probabilmente dell'ipotesi dell'avviso aperto (che sostanzia una sorta di bando pubblico), il RUP è tenuto ad indicare la motivazione della mancata applicazione. L'intensità varia a seconda del caso; nell'ipotesi dei servizi sociali è sufficiente richiamare la norma (art. 128), nonché, evidentemente, non abusare con affidamenti reiterati.

Il Segretario Comunale
Avv. Francesco Palopoli
(f.to digitalmente)