

LA ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA

di Luca Bertonazzi

SOMMARIO: 1. Natura, contenuto e competenza. – 2. Limiti esterni e *ratio*. – 3. *Segue*: limiti esterni nella casistica a cavallo tra sopra e sotto soglia (e viceversa), nonché, nel sotto soglia, tra presenza e assenza di un interesse transfrontaliero certo (e viceversa). – 4. Nascita e morte di un inedito dubbio di legittimità costituzionale. – 5. Deroghe. 6. Divieto per la stazione appaltante di motivare in giudizio l’aggiudicazione e per il giudice di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati. – 7. Riformulazione suggerita.

1. Natura, contenuto e competenza.

Quel che l’art. 49 del d. lgs. n. 36/2023 (di seguito: codice), a partire dalla rubrica, definisce a più riprese¹ “*principio di rotazione degli affidamenti*” costituisce (non un principio bensì) una regola, stante l’indubbia autoapplicatività. Tale natura non è contraddetta dall’ovvia circostanza che, nel diverso contesto della legge delega, la rotazione figuri tra i principi e criteri direttivi impartiti al Governo (art. 1, comma 2, lett. *e*), della legge n. 78/2022². Essa consiste nel divieto³ di aggiudicare 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*” (art. 49, comma 2). “*La stazione appaltante può*” prevedere, in via regolamentare⁴, la ripartizione degli “*affidamenti in fasce in base al valore economico*” (primo periodo del comma 3 dell’art. 49): “*in tale caso il divieto*” di “*aggiudicazione si applica con*

¹ Cfr., oltre alla rubrica, i commi 1, 2, 5 e 6.

² Nel preservare l’autoapplicatività quale discrimine tra regole e principi si rimane immuni dalla diversa direzione intrapresa dalla Corte costituzionale, specie all’indomani della revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione (cfr. B. CARAVITA, F. FABRIZZI, A. STERPA, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli Enti locali*, Torino, 2019, 139-143), coscienti che il forzato connubio tra principi e diretta applicabilità esprime nient’altro che una linea politica.

Per un articolato quadro delle infinite discussioni sull’autoapplicatività si veda A. GUAZZAROTTI, *L’autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011.

³ “... è vietato...” (art. 49, comma 2).

⁴ Nel regolamento di cui all’art. 1, comma 3, dell’allegato II.1 del codice per le procedure negoziate (art. 50, comma 1, lett. *c*), *d*), ed *e*), del codice, cui ci si dedicherà nel prossimo contributo); in quello stesso o in altro regolamento per gli affidamenti diretti (art. 50, comma 1, lett. *a*) e *b*), del codice, su cui pure ci si soffermerà prossimamente).

L’allegato II.1 del codice è intitolato “*Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato, per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea [rectius: soglie europee]*”: ad esso rinvia il comma 2 dell’art. 50 per la disciplina, “*in sede di prima applicazione*”, della gestione di elenchi e indagini di mercato, quali strumenti tra loro alternativi per l’individuazione degli invitati alle procedure negoziate, nell’attesa del regolamento ministeriale cui il comma 3 dello stesso art. 50 rimette la disciplina a regime.

riferimento a ciascuna fascia”⁵ (secondo periodo del comma 3 cit.)⁶ ⁷. La disposizione considera eventuale⁸ la divisione degli affidamenti in classi di importo: come si vedrà allorché, nel prossimo contributo, si esamineranno le modalità semplificate di aggiudicazione degli appalti sotto soglia privi di un interesse transfrontaliero certo, ciò è ribadito per le indagini di mercato dall’allegato II.1 del codice⁹, che configura invece come obbligatoria l’articolazione degli elenchi di operatori economici in categorie (di prestazioni e) di importi¹⁰. Ecco allora che, ferma l’identità di “settore merceologico” o “categoria di opere” o “settore di servizi” (art. 49, comma 2), il raggruppamento degli appalti in funzione del valore riflette una possibile scelta regolamentare per gli affidamenti diretti e le indagini di mercato, ai quali soltanto si attaglia il primo periodo del comma 3 dell’art. 49¹¹, e il portato dell’obbligo legale di suddivisione degli elenchi di operatori economici in corrispondenti sezioni, mentre agli uni e agli altri si addice il secondo periodo del comma 3 dell’art. 49 nel calibrare la rotazione sulle fasce¹². Le accennate classificazioni – effettuate *a priori* in sede regolamentare e/o nell’avviso pubblico di costituzione dell’elenco di operatori economici¹³ oppure, limitatamente alle categorie di prestazioni nelle aggiudicazioni dirette e nelle procedure negoziate precedute da indagini di mercato, rimesse a determinazioni prese volta per volta – sono sindacabili nella loro ragionevolezza in sede giurisdizionale. Esse, nell’affinare il concetto dei “due consecutivi affidamenti”¹⁴, concorrono a definire il contenuto della rotazione. Mentre in precedenza¹⁵ la preclusione coinvolgeva pure coloro che, senza esserne usciti vincitori, fossero stati invitati alla procedura negoziata immediatamente precedente¹⁶, oggi cade unicamente sul “contraente uscente”: è soltanto quest’ultimo a non poter

⁵ E – per identità di *ratio* (anti-corruttiva e/o di favore per le micro, piccole e medie imprese: *infra* nel par. 2), oltre che per disincentivare frazionamenti artificiali – con riguardo altresì alle fasce inferiori.

⁶ Premesso che per “affidamento del contratto” si intende “l’atto o la procedura attraverso i quali il contratto è aggiudicato” (art. 3, comma 1, lett. a), dell’allegato I.1 del codice), è ridondante, nei commi 2 e 3 dell’art. 49, l’accostamento dei sinonimi “affidamento” e “aggiudicazione” (“è vietato l’affidamento o l’aggiudicazione”; “il divieto di affidamento o di aggiudicazione”): le definizioni servono proprio a evitare simili appesantimenti.

⁷ È superflua, in chiusura del comma 3 dell’art. 49, la clausola di salvezza di “quanto previsto dai commi 4, 5 e 6”: sono giocoforza salve disposizioni, su cui *infra* nei par. 2 e 5, che contribuiscono a segnare i limiti esterni della rotazione (comma 5) e, all’interno di essi, le possibili deroghe (commi 4 e 6).

⁸ Se ne veda l’incipit: “La stazione appaltante può ...”.

⁹ Art. 1, comma 3, lett. a), dell’allegato II.1 del codice.

¹⁰ Art. 1, comma 3, lett. b), art. 3, commi 1, terzultimo periodo, e 3, primo periodo, dell’allegato II.1 del codice.

¹¹ “La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico”.

¹² “In tale caso il divieto di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia” e in via analogica, come il più contiene il meno, a quelle inferiori.

¹³ Art. 3, comma 1, dell’allegato II.1 del codice.

¹⁴ Art. 49, comma 2.

¹⁵ La lettura dei contributi degli anni dal 2017 al 2019 restituisce tutte le incertezze e le ambiguità nelle quali ha mosso i primi passi la rotazione e che, mai debellate, l’hanno accompagnata fino ai giorni nostri: cfr. S. USAI, *Il rispetto del principio di rotazione e la tutela del pregresso affidatario*, in *Urb. app.*, 2017, 421 ss.; *Id.*, *Le implicazioni negative dell’applicazione “integrale” del principio di rotazione*, in *Urb. app.*, 2017, 676 ss.; *Id.*, *L’intensità della motivazione che giustifica la deroga al principio di rotazione*, in *Italiappalti.it*, 2018; M. AMITRANO ZINGALE, *Il principio di rotazione in materia di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2019, 98 ss.; K. KURCANI, *La rotazione nei contratti pubblici sotto soglia: un principio dai confini incerti*, in *Munus*, 2019, 343 ss..

¹⁶ Così è ancora: a) nella disciplina speciale dei contratti “finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal P.N.R.R. e dal P.N.C., nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse”, fatta salva, anche dopo il 1° luglio 2023, dall’art. 225, comma 8, del codice, su cui S. FATA, *Il regime giuridico dell’affidamento diretto di servizi e forniture ed il principio di rotazione*, in *Urb. app.*, 2023, 543-545; b) nelle procedure negoziate senza bando per l’aggiudicazione di concessioni (di lavori o di servizi) sotto soglia (art. 187, comma 1, del codice: “... nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti ...”). Diversamente dalla prima ipotesi, che esprime una non irragionevole opzione di diritto intertemporale *sub specie* di ultrattività di una regolazione pregressa fino all’esaurimento delle fattispecie interessate, la seconda introduce a regime

essere reinvitato né individuato quale affidatario diretto. Chiamato ad applicare la regola nelle procedure negoziate senza bando¹⁷ è il R.U.P., nella cui competenza, rispettivamente nominata e residuale, ricadono la decisione di contrarre¹⁸ e gli inviti¹⁹; negli affidamenti diretti²⁰ è lo stesso R.U.P. o altro organo titolare del “*potere di manifestare all’esterno la volontà*” della stazione appaltante²¹.

Competenza ad applicare la regola della rotazione

Modalità di affidamento	Organo competente
Affidamento diretto	R.U.P. o altro organo cui spetta secondo l’ordinamento della stazione appaltante esternarne la volontà (art. 7, comma 1, lett. g), dell’allegato I.2 del codice)
Procedura negoziata senza bando	R.U.P. (art. 6, comma 2, lett. g), dell’allegato I.2 del codice; art. 15, comma 5, primo periodo, del codice e art. 7, comma 2, dell’allegato I.2 del codice)

Ripartizione degli affidamenti in fasce di valore economico e in categorie di prestazioni

	Eventuale o obbligatoria	Atto che la prevede o la decide
Divisione degli affidamenti diretti in fasce di valore economico	Eventuale (art. 49, comma 3, primo periodo, del codice)	Regolamento della stazione appaltante (art. 49, comma 3, primo periodo, del codice)
Divisione in fasce di valore economico delle procedure negoziate previa indagine di mercato	Eventuale (art. 49, comma 3, primo periodo, del codice; art. 3, comma 1, lett. a), dell’allegato II.1 del codice)	Regolamento della stazione appaltante (art. 49, comma 3, primo periodo, del codice; art. 3, comma 1, lett. a), dell’allegato II.1 del codice)
Divisione in fasce di valore economico delle procedure negoziate previa consultazione di elenchi di operatori economici	Obbligatoria (art. 1, comma 3, lett. b), art. 3, commi 1, terzultimo periodo, e 3, primo periodo, dell’allegato II.1 del codice)	Regolamento della stazione appaltante e/o avviso pubblico di costituzione dell’elenco (art. 1, comma 3, lett. b), art. 3, commi 1, terzultimo periodo, e 3, primo periodo, dell’allegato II.1 del codice)
Divisione degli affidamenti diretti in categorie di prestazioni	Obbligatoria (art. 49, comma 2, del codice)	Regolamento della stazione appaltante (art. 49, comma 2, del codice) e/o, volta per volta, decisione di contrarre che provvede all’affidamento diretto (art. 17, comma 2, del codice)

una differenza, tra la rotazione negli appalti e nelle concessioni sotto soglia, rispettivamente limitata agli affidamenti ed estesa agli inviti, che non appare sostenuta da alcuna ragione.

¹⁷ Art. 50, comma 1, lett. c), d), ed e), del codice.

¹⁸ Art. 6, comma 2, lett. g), dell’allegato I.2 del codice.

¹⁹ Art. 15, comma 5, primo periodo, del codice e art. 7, comma 2, dell’allegato I.2 (“Attività del R.U.P.”).

²⁰ Art. 50, comma 1, lett. a) e b), del codice.

²¹ Art. 7, comma 1, lett. g), dell’allegato I.2 del codice.

Divisione in categorie di prestazioni delle procedure negoziate previa indagine di mercato	Obbligatoria (art. 49, comma 2, del codice)	Regolamento della stazione appaltante (art. 49, comma 2, del codice; art. 1, comma 3, lett. <i>a</i>), dell'allegato I.1 del codice) e/o, volta per volta, decisione di contrarre (art. 17, comma 1, del codice) e/o invito/mancato invito del R.U.P. (art. 15, comma 5, primo periodo, del codice e art. 7, comma 2, dell'allegato I.2 del codice)
Divisione in categorie di prestazioni delle procedure negoziate previa consultazione di elenchi di operatori economici	Obbligatoria (art. 49, comma 2, del codice)	Regolamento della stazione appaltante e/o avviso pubblico di costituzione dell'elenco (art. 1, comma 3, lett. <i>b</i>), art. 3, commi 1, terzultimo periodo, e 3, primo periodo, dell'allegato II.1 del codice)

2. Limiti esterni e *ratio*.

Oggi come ieri la rotazione non figura nelle direttive europee in materia di appalti pubblici perché incompatibile con i principi del T.F.U.E. sul mercato interno che le fondano²², i quali esigono che a primeggiare nelle gare pubbliche sia, anche ripetutamente, l'autore dell'offerta migliore. Va pertanto salutata con favore – nella transizione dall'art. 63, comma 6, del codice dei contratti pubblici del 2016 all'art. 76, comma 7, di quello odierno – la sua espunzione dal compendio di principi e regole che governano l'individuazione degli invitati nelle procedure negoziate senza bando per l'aggiudicazione di appalti sopra soglia²³. Ciò ha evitato, nel contempo, il perdurare della violazione delle direttive e la riedizione dell'inosservanza del divieto del c.d. *gold plating*, di nuovo comandato al legislatore del codice dall'art. 1, comma 2, lett. *a*), della legge delega (n. 78/2022)²⁴. Coerentemente non v'è traccia di rotazione nelle procedure ordinarie alleggerite prescritte dall'art. 48, commi 2 e 4, del codice²⁵ per l'aggiudicazione di appalti sotto soglia che presentano un interesse transfrontaliero certo²⁶. Nella sua orbita ricadono invece “*gli affidamenti di cui alla presente Parte*” (Parte I del Libro II del codice) e

²² I “*principi per l'aggiudicazione degli appalti*” sono compendiate nel primo considerando e nell'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, come nel secondo considerando e nell'art. 36 della direttiva 2014/25/UE.

²³ Cfr. la pag. 116 della Relazione del Consiglio di Stato, ove si riconosce che la rotazione, non prevista dal diritto unionale, “*potrebbe porsi in contrasto*” con lo stesso, “*introducendo una limitazione alla partecipazione ... motivata sulla base di una circostanza – il conseguimento di una precedente commessa – inidonea a manifestare l'inidoneità dell'operatore economico a concorrere all'affidamento di un nuovo contratto*”.

²⁴ Scenario nel quale – non venendo in rilievo diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – il previo responso interpretativo della Corte di giustizia, direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, avrebbe privato di rilevanza la questione di legittimità costituzionale, altrimenti fondata, della trasgressione del divieto del c.d. *gold plating*, secondo l'impostazione classica della c.d. doppia pregiudizialità (per la quale si veda C. PETTINARI, *Ordine delle “pregiudiziali” e rapporto fra ordinamenti: nota a Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza n. 2334 del 2016*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 652 ss.).

²⁵ Su cui si veda L. BERTONAZZI, *Introduzione agli appalti sotto soglia nel codice dei contratti pubblici del 2023: l'art. 48*, par. 6.

²⁶ *Idem* in quelle (simil) ordinarie esperite per scelta nei casi di cui all'art. 50, comma 1, lett. *d*), del codice, su cui si indugerà a tempo debito.

cioè le modalità *semplificate* – affidamenti diretti e procedure negoziate senza bando – per l’aggiudicazione di appalti sotto soglia che non esibiscono appetibilità transnazionale (art. 49, comma 1)²⁷, con esclusione delle procedure negoziate “di cui all’articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e)”²⁸, “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). La rotazione incombe su modalità di aggiudicazione *chiuse* intorno all’affidatario diretto o a ristrette cerchie di invitati e, quindi, inaccessibili a chiunque, avendone i requisiti, voglia parteciparvi²⁹; ne sono affrancate, per contro, le procedure pur sempre semplificate ma *permeabili* a qualunque operatore, appagando i requisiti di ingresso, intenda prendervi parte³⁰ (l’indicativo presente usato nell’art. 49, comma 5 – “le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione” – restituisce propriamente un divieto). È dubbio se tra le procedure *aperte* a chicchessia rientrino, in applicazione analogica dell’art. 49, comma 5, quelle negoziate cui sono invitati *tutti* (non alcuni soltanto de) gli operatori iscritti in elenchi³¹. Vero è che a questi ultimi è sempre dato iscriversi³², ma viene a mancare un avviso *erga omnes* specifico per un determinato appalto, quale è quello di avvio dell’indagine di mercato³³, non surrogabile dall’altro preordinato, a monte, alla costituzione dell’elenco³⁴. Una soluzione pratica per uscire dall’*impasse* senza disattendere né applicare in via analogica l’art. 49, comma 5, consiste nella pubblicazione di un avviso di avvio dell’indagine di mercato che lasci agli interessati un tempo congruo per iscriversi all’elenco onde ricevere l’invito alla procedura negoziata: l’iscrizione si atterrebbe a mero adempimento tecnico-burocratico, sollecitato *erga omnes*, per essere raggiunti dall’invito³⁵.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato la rotazione è contrappeso *pro-concorrenziale* a predicate asimmetrie informative distorcenti la competizione a vantaggio del contraente uscente³⁶.

²⁷ Per i motivi che si esporranno allorché si esaminerà l’art. 50, comma 5, del codice, esulano *ratione personae* dalla sfera della rotazione le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi nei settori speciali.

²⁸ Il rinvio del comma 5 dell’art. 49 alle lett. c), d), e) del comma 1 dell’art. 50 è superfluo perché unicamente le procedure negoziate senza bando ivi contemplate, giammai gli affidamenti diretti di cui alle lett. a) e b) del comma 1 dell’art. 50, si prestano a succedere a indagini di mercato: basterebbe perciò la menzione di queste ultime.

²⁹ A prescindere dalla limitata durata temporale del precedente contratto (appalto o concessione), dal suo carattere sperimentale, dalle sottese ragioni di urgenza e continuità: Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292 e Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252.

³⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292, Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2020, n. 7462, Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168 e Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2020, n. 4629, espressive di un indirizzo giurisprudenziale maturato in un tempo in cui l’analoga indicazione trasfusa nel punto 3.6 delle Linee guida dell’A.N.A.C. n. 4 del 2016 precorreva l’attuale art. 49, comma 5.

³¹ Si sono così orientati – in un’epoca in cui l’odierno art. 49, comma 5, era anticipato dal punto 3.6 delle Linee guida dell’A.N.A.C. n. 4 del 2016 – Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2022, n. 2160, Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999 e Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875, concordi nell’ostracismo alla rotazione in presenza di inviti non selettivi a tutti gli iscritti nella pertinente categoria merceologica del portale del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (c.d. richiesta di offerta aperta), e Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030, che parimenti la pretermette al cospetto di inviti non selettivi a tutti gli iscritti nelle confacenti sezioni di un preesistente elenco. Altro discorso, che esulava dall’oggetto di queste sentenze e sarà affrontato nel prossimo contributo, riguarda la legittima sostituibilità o meno degli affidamenti diretti con procedure negoziate senza bando nel vigore dell’art. 50, comma 1, del codice.

³² Art. 3, comma 2, primo periodo, dell’allegato II.1 del codice.

³³ Art. 2, comma 2, dell’allegato II. 1 del codice.

³⁴ Art. 3, comma 1, dell’allegato II.1 del codice.

³⁵ In questo senso Cons. Stato, sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654, dove l’adempimento burocratico, richiesto *erga omnes* dal preliminare avviso per poi ricevere l’invito, constava nell’iscrizione a una piattaforma di approvvigionamento digitale (Sintel di Regione Lombardia).

³⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827; Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999; Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655; Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4627; Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182.

Molteplici ragioni mi inducono a dissentire. Intanto, una *lex specialis* ben congegnata³⁷ azzerava eventuali vantaggi cognitivi suscettibili di falsare la gara, il cui dimostrato residuo ne denoterebbe semmai l'invalidità. Inoltre, detta giustificazione tradisce l'inidoneità della rotazione allo scopo, stante la propensione del supposto privilegio a conservarsi, in tutto o in parte, anche dopo il salto di un turno. Ancora, una simile *ratio* si proietta pure sulle procedure negoziate accessibili a qualunque interessato, dove però si oppone l'art. 49, comma 5, nonché sulle procedure per l'aggiudicazione di appalti e concessioni sopra soglia, dove però si frappongono³⁸ le direttive europee³⁹. Infine, una *ratio* siffatta peccava per difetto nel vigore del codice del 2016 per la sua inattitudine a spiegare la soggezione alla turnazione degli invitati non vincitori nella precedente procedura negoziata⁴⁰ e pecca a tutt'oggi per difetto rispetto agli affidamenti diretti, nei quali non c'è competizione passibile di alterazione, e per eccesso perché idonea a investire subappaltatori e ausiliari, che contraenti uscenti non sono⁴¹.

La rotazione vuole piuttosto prevenire la formazione di rendite di posizione in un contesto in cui la contendibilità è assente perché l'affidatario diretto è scelto senza gara o attenuata perché si svolge tra uno scarso stuolo di invitati. Pervasiva da una logica anti-corruttiva, essa finisce per entrare in tensione con: *a*) il principio concorrenziale per cui vince, anche reiteratamente, l'autore dell'offerta migliore; *b*) il favore per l'accesso al mercato (art. 3 del codice); *c*) il principio del "*risultato*" declinato come "*massima tempestività*" e "*miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo*" nell'affidamento ed esecuzione degli appalti (art. 1 del codice)⁴² ⁴³; *d*) il principio della "*fiducia*" (art. 2 del codice). Ma ciò non ne mette a repentaglio la tenuta giacché: *a*) gli appalti sotto soglia inidonei ad attrarre operatori stranieri sono al riparo dal diritto dell'Unione europea; *b*) attiene alla discrezionalità legislativa il bilanciamento della concorrenza e del buon andamento (inteso come ricerca della soluzione migliore nell'interesse pubblico) con altri valori di rango egualmente costituzionale (segnatamente la prevenzione della cattiva amministrazione e della connessa concorrenza sleale: altra

³⁷ Es. sopralluogo e chiarimenti in vista di un'offerta da presentare entro un termine congruo e sulla scorta di un disciplinare e di un capitolato esaurienti, il tutto magari preceduto da consultazioni preliminari di mercato (art. 77 del codice).

³⁸ Come riconosciuto a pag. 116 della Relazione del Consiglio di Stato, a proposito della doverosa espunzione della rotazione nel passaggio dall'art. 63, comma 6 del vecchio codice all'art. 76, comma 7, di quello attuale: cfr. *supra* nell'esordio di questo paragrafo.

³⁹ E a livello domestico il divieto del c.d. *gold plating* impartito al legislatore del codice dalla delega.

⁴⁰ Costatazione che ancora vale nelle procedure negoziate senza bando per l'aggiudicazione di concessioni sotto soglia (art. 187, comma 1, del codice: "... nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti ...") e nella disciplina speciale dei contratti "*finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal P.N.R.R. e dal P.N.C., nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse*", ultratrattiva dopo il 1° luglio 2023 per effetto dell'art. 225, comma 8, del codice, su cui S. FATA, *Il regime giuridico*, cit., 543-545.

⁴¹ Non sorprende l'*obiter dictum* possibilista sull'assimilazione dei subappaltatori ai contraenti uscenti in Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827, punto 5.2.

⁴² Cambiare contraente non significa di per sé migliorare né peggiorare la prestazione; al miglioramento conduce piuttosto la ricerca responsabile della proposta preferibile, senza aprioristiche (e potenzialmente autolesionistiche) barriere all'ingresso frapposte a chi, come il contraente uscente, ha (acquisito e mantenuto) il merito, equivocato come torto, d'essere già stato selezionato nell'affidamento immediatamente precedente. Inoltre, la consapevolezza di non poter ambire all'affidamento successivo rischia di disincentivare la profusione della diligenza dovuta nell'esecuzione del contratto: ciò induce F. DECAROLIS e A. HEIMLER, *I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 377 e 383, ad auspicare l'abolizione della rotazione.

⁴³ Al principio del risultato corrisponde, nella disciplina speciale dei contratti "*finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal P.N.R.R. e dal P.N.C., nonché dai programmi cofinanziati da fondi strutturali dell'Unione europea*", su cui S. FATA, *Il regime giuridico*, cit., 543-545, (la variante terminologica del) "*l'interesse nazionale*", di "*preminente valore*", "*alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei*" suddetti "*Piani*", parimenti suscettibile di non essere assecondato al meglio dalla rotazione.

faccia del multiforme buon andamento); c) i (tanto declamati) principi del risultato e della fiducia, sempre che apportino una qualche (striminzita) novità, non compaiono nella delega su cui si basa il codice, ma in disposizioni che, inaugurandolo, condividono il rango dell'art. 49 senza assurgere a norme interposte tra esso e l'art. 76 Cost..

Si può forse sostenere che all'accennata prospettiva anti-corruttiva si (sostituisca o più probabilmente si) abbinino il favore per le micro, piccole e medie imprese: la rotazione agevolerebbe una certa distribuzione temporale delle loro opportunità di aggiudicazione di appalti sotto soglia non attrattivi oltre i confini nazionali⁴⁴. Ma nell'art. 49 – e più in generale nella Parte I del Libro II dell'odierno codice⁴⁵ – è caduto ogni accenno alla finalità di “assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese”, riscontrabile invece nell'art. 36, comma 1, del precedente codice, e svariati sono gli istituti che permettono loro una discreta penetrazione negli appalti (e nelle concessioni) sopra e sotto soglia (suddivisione in lotti, subappalto, avvalimento, raggruppamento temporaneo di concorrenti e altre modalità aggregative).

3. Segue: limiti esterni nella casistica a cavallo tra sopra e sotto soglia (e viceversa), nonché, nel sotto soglia, tra presenza e assenza di un interesse transfrontaliero certo (e viceversa).

Nella logica del rimedio ai vantaggi informativi attinti dal precedente contratto, il contraente uscente da un appalto o da una concessione sopra soglia sempre incapperebbe nella rotazione in sede di affidamento del successivo appalto sotto soglia⁴⁶; nell'ottica anti-corruttiva, tesa a scongiurare rapporti esclusivi, egli vi si sottrarrebbe se avesse prima prevalso nell'ambito di una procedura accessibile a qualunque interessato in possesso dei requisiti di ammissione, mentre vi incorrerebbe se risultato vincitore di una procedura (anche ordinaria: artt. 70, comma 6, 153, comma 1, lett. c), 183, comma 4, del codice, su cui *infra*) a inviti selettivi; nella prospettiva promozionale delle micro, piccole e medie imprese, invece, la rotazione gli si frapporrebbe in ogni caso, quand'anche a sua volta operatore di modeste dimensioni. Ma l'art. 49, comma 3, secondo periodo, nel calibrarla su fasce di valore economico nelle quali sono suddivisi/suddivisibili gli appalti sotto soglia privi di un interesse transfrontaliero certo⁴⁷, offre un argomento di diritto positivo decisivo per affrancare dalla rotazione il contraente uscente da un appalto o da una concessione sopra soglia, comunque aggiudicati, allorché si tratti di affidare il susseguente appalto sotto soglia⁴⁸.

⁴⁴ Incamminato sulla strada dell'anti-corrruzione e/o della promozione degli operatori economici non grandi, il sistema ha in sé gli anticorpi per reagire a operazioni elusive: si pensi ad esempio all'applicazione analogica dell'art. 95, comma 1, lett. d), del codice (esclusione di offerte riconducibili a un unico centro decisionale) a fronte della costituzione da parte del contraente uscente di una società utile soltanto ad aggirare la rotazione (cfr., nel vigore del precedente codice, il punto 3.6 delle Linee guida dell'A.N.A.C. n. 4 del 2016; Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4627; TAR Lazio, Roma, sez. I, 31 marzo 2023, n. 5555, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2023, 43 ss., con nota di E. Rizzi, *L'esclusione dalla gara del concessionario uscente, in base al principio di rotazione, e del concorrente ad esso collegato da un rapporto sostanziale*).

⁴⁵ Come nella disciplina speciale dei contratti finanziati in tutto o in parte con risorse del P.N.R.R., del P.N.C. e dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, su cui S. FATA, *Il regime giuridico*, cit., 543-545.

⁴⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655, ove decisivo è “il solo fatto oggettivo del precedente affidamento, a prescindere dalla modalità con la quale sia avvenuto” e “indifferente” è “la modalità con la quale sia stato aggiudicato il precedente contratto” (prescindendo dalla circostanza che la fattispecie avrebbe dovuto essere ben più semplicemente decisa applicando la rotazione, prevista dall'art. 63, comma 7, del codice del 2016, a una procedura negoziata scaturita ex art. 63, comma 2, lett. a), dello stesso codice da una procedura ordinaria indetta in via di auto-limite e andata deserta, senza possibilità di interpello del giudice europeo in ordine alla compatibilità tra la direttiva 2014/24/UE e la rotazione nell'art. 63, comma 7, cit., trattandosi di un appalto di lavori sotto soglia privo di un interesse transfrontaliero certo).

⁴⁷ Cfr. *supra* nel par. 1.

⁴⁸ Identico ruolo gioca – nella disciplina speciale dei contratti finanziati in tutto o in parte con risorse del P.N.R.R., del P.N.C. e di programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, su cui S. FATA, *Il regime giuridico*, cit., 543-

Nella logica del superamento delle asimmetrie informative maturate nell'esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente da un appalto o da una concessione sotto soglia con interesse transfrontaliero certo dovrebbe incocciare nella rotazione all'atto dell'affidamento del successivo appalto sotto soglia privo di appetibilità transnazionale; ne risulterebbe invece esonerato nell'ottica anti-corruttiva, salvo che si fosse prima aggiudicato una procedura a inviti selettivi; tornerebbe a imbattersi nella prospettiva di favorire i piccoli attori del mercato. Non soccorre qui l'art. 49, comma 3, secondo periodo: si oscilla tra la seconda e la terza soluzione in base alla *ratio* abbracciata come esclusiva o prevalente sull'altra.

Mai e poi mai il contraente uscente da un appalto o da una concessione sotto soglia senza interesse transfrontaliero certo cade nella rotazione in sede di affidamento del successivo appalto sopra soglia o del successivo appalto sotto soglia dotato di appetibilità transnazionale: fattispecie cui la rotazione è estranea (art. 49, comma 1, in linea con le direttive)⁴⁹, ciò contribuendo peraltro a dimostrare che la sua *ratio* non risiede nella neutralizzazione di predicati privilegi informativi del contraente uscente⁵⁰.

Casistica sui limiti esterni della rotazione

	<i>Ratio</i> pro-concorrenziale (contrappeso ad asimmetrie informative distorsive della competizione, maturate nell'esecuzione del precedente contratto)	<i>Ratio</i> anti-corruttiva (evitare la formazione di rendite di posizione in un contesto di competizione assente o attenuata, quale è il sotto soglia privo di appetibilità transnazionale)	<i>Ratio</i> promozionale di micro, piccole e medie imprese (distribuzione temporale di <i>chance</i> di aggiudicazione)	Decisivo argomento di diritto positivo
Contraente uscente da appalto o concessione sopra soglia, in sede di affidamento del successivo appalto sotto soglia privo di	Rotazione	No rotazione Rotazione se la precedente procedura (anche ordinaria: artt. 70, comma 6, 153, comma 1,	Rotazione	No rotazione, argomentando dall'art. 49, comma 3, secondo periodo, del codice, che la calibra su classi di importo in cui sono articolati/articolabili gli affidamenti di appalti sotto soglia⁵¹

545 – il quarto periodo del punto 3.6 delle Linee guida dell'A.N.A.C. n. 4 del 2016, che anticipò l'art. 49, comma 3, del codice.

⁴⁹ *Idem* nelle procedure (simil) ordinarie intraprese in via di auto-limite nei casi di cui all'art. 50, comma 1, lett. d), del codice, su cui si indugerà a tempo debito.

⁵⁰ Cfr. *supra* nel par. 2.

⁵¹ *Idem* in sede di affidamento di concessione sotto soglia priva di interesse transfrontaliero certo (art. 187, comma 1, del codice) mercé l'applicazione analogica del decisivo argomento di diritto positivo racchiuso nell'art. 49, comma 3, primo periodo (al netto della scelta, ingiustificatamente diversa da quella consumata nell'art. 49, comma 2, di estendere la rotazione agli inviti). Altrimenti, mancando pure il precursore punto 3.6 delle non più efficaci Linee guida dell'A.N.A.C. n. 4 del 2016 (art. 225, comma 16, del codice), si oscillerebbe tra la seconda e la terza soluzione in base alla *ratio* prediletta.

interesse transfrontaliero certo		lett. c), 183, comma 4, del codice) era a inviti selettivi		
Contraente uscente da appalto o concessione sotto soglia con interesse transfrontaliero certo, in sede di affidamento del successivo appalto sotto soglia privo di appetibilità transnazionale	Rotazione	No rotazione Rotazione se la precedente procedura (anche ordinaria: artt. 70, comma 6, 153, comma 1, lett. c), 183, comma 4, del codice) era a inviti selettivi	Rotazione	Non c'è: si oscilla allora tra la seconda e la terza soluzione in funzione della prospettiva preferita, vuoi come esclusiva, vuoi come prevalente sull'altra⁵²
Contraente uscente da appalto o concessione sotto soglia senza interesse transfrontaliero certo, in sede di affidamento del successivo appalto sopra soglia	Rotazione	No rotazione	No rotazione	No rotazione: art. 49, comma 1, del codice⁵³
Contraente uscente da appalto o concessione sotto soglia senza interesse transfrontaliero certo, in sede di affidamento del successivo appalto sotto soglia con appetibilità transnazionale	Rotazione	No rotazione	No rotazione	No rotazione: art. 49, comma 1, del codice⁵⁴

⁵² *Idem* in sede di affidamento di concessione sotto soglia priva di appetibilità transnazionale (al di là dell'opzione, irragionevolmente divergente da quella trasfusa nell'art. 49, comma 2, di allargamento della rotazione agli inviti).

⁵³ *Idem* in sede di affidamento di concessione sopra soglia (art. 187, comma 1, del codice).

⁵⁴ *Idem* in sede di affidamento di concessione sotto soglia con appetibilità transnazionale (art. 187, comma 1, del codice, inteso alla luce dell'incompatibilità della rotazione con i principi del T.F.U.E. sul mercato interno).

4. Nascita e morte di un inedito dubbio di legittimità costituzionale.

Si è già notato che nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando per l'aggiudicazione di appalti sopra soglia (art. 76 del codice) non si trova traccia di rotazione perché incompatibile con le direttive: donde l'ulteriore ostacolo, a livello domestico, del divieto del c.d. *gold plating* prescritto dalla delega su cui è edificato il codice⁵⁵. Ciò è predicabile altresì per le procedure ristrette, competitive con negoziazione, di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, le volte in cui le stazioni appaltanti stabiliscano un numero massimo di candidati, tra quelli che soddisfano i requisiti di ammissione, che inviteranno a offrire, a negoziare o partecipare al dialogo, da individuare secondo prestabilite regole obiettive e non discriminatorie (art. 70, comma 6, del codice, in continuità con l'art. 91 del codice del 2016 e in recepimento dell'art. 65 della direttiva 2014/24/UE; art. 183, comma 4, per le concessioni; art. 153, comma 1, lett. c)⁵⁶, in continuità con l'art. 135, comma 2, del codice del 2016 e in recepimento dell'art. 78, par. 2, della direttiva 2014/25/UE, per i settori speciali). Sono procedure a inviti selettivi, strutturalmente identiche a quelle negoziate senza bando di cui all'art. 50 del codice: il trattamento differenziato di fattispecie sovrapponibili instilla un dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge n. 78/2022, nella parte in cui comanda la rotazione, e dell'art. 49 del codice che lo attua. La rotazione finirebbe per concentrarsi negli affidamenti diretti. Ma la perplessità si stempera ascrivendo alla discrezionalità legislativa⁵⁷ l'irruzione della logica anti-corruttiva e/o promozionale delle micro, piccole e medie imprese nell'unico varco lasciato dal diritto dell'Unione europea: l'affidamento di appalti sotto soglia idonei a suscitare interesse fuori del territorio nazionale⁵⁸.

5. Deroghe.

I commi 4 e 6 dell'art. 49 contemplano tre possibili deroghe alla regola della rotazione⁵⁹. La prima, basata sulla "*effettiva assenza di alternative*" (al contraente uscente), identifica un potere vincolato all'esistenza del presupposto fattuale che, solo, lo legittima: a mio avviso la menzione di un'impalpabile "*struttura del mercato*" è inutile perché subito tradotta, in linea con il canone costituzionale di legalità sostanziale⁶⁰, nei termini specifici dell'assenza di alternative. La seconda, ancorata alla "*accurata esecuzione del precedente contratto*", individua invece un potere

⁵⁵ Cfr. *supra* nel par. 2.

⁵⁶ Unica differenza è, nei settori speciali, l'impraticabilità della tecnica degli inviti selettivi nell'ambito del partenariato per l'innovazione.

⁵⁷ Comunque si valuti soggettivamente la scelta politica in parola e quand'anche se ne dissenta: ma altro è, sul piano delle opinioni tutte rispettabili, non condividere i contenuti nei quali essa si è tradotta in norma, altro ancora disconoscere arbitrariamente al legislatore il titolo per compierla.

⁵⁸ Benché esuli dal campo della presente indagine, a me pare che, come e anzi più dell'art. 63, comma 6, del codice del 2016, il tenore dell'art. 76, comma 7, del codice vigente non assicuri un sufficiente tasso di trasparenza, obiettività e apertura alla concorrenza nell'individuazione degli invitati alle procedure negoziate senza bando per l'aggiudicazione di appalti sopra soglia: una sentenza della Corte di giustizia che ciò accertasse renderebbe inammissibile per difetto di rilevanza la questione di legittimità costituzionale, altrimenti fondata, che assumesse quale *tertium comparationis* le procedure negoziate per l'affidamento degli appalti sotto soglia privi di appetibilità transnazionale (art. 50, comma 1 e allegato II.1 del codice). Per scongiurare tale scenario sarebbe sufficiente riscrivere il comma 7 dell'art. 76 esauendolo in un semplice rinvio alla disciplina dell'individuazione degli invitati nelle procedure negoziate per l'aggiudicazione di appalti sotto soglia.

⁵⁹ In disparte la disciplina speciale dei contratti finanziati con risorse previste dal P.N.R., dal P.N.C. o dai programmi cofinanziati da fondi strutturali dell'Unione europea, fatta salva, anche dopo il 1° luglio 2023, dall'art. 225, comma 8, del codice, nella quale è ultrattivo il punto 3.7 delle Linee guida dell'A.N.A.C. n. 4 del 2016.

Le deroghe di cui ai commi 4 e 6 dell'art. 49 si prestano invece ad essere applicate in via analogica alle concessioni sotto soglia.

⁶⁰ Su cui si veda qualche essenziale cenno in F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 89-90.

discrezionale implicante un ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti: l'interesse pubblico primario a reinvitare o scegliere come affidatario diretto chi, essendosi particolarmente distinto per un'impeccabile esecuzione del precedente contratto, lascia presagire identico risultato per quello che si tratta di aggiudicare, e l'interesse pubblico secondario a prevenire il cementarsi di durature relazioni potenzialmente collusive. Secondo i ricevuti insegnamenti l'interesse primario è tale semplicemente perché per la sua cura la legge devolve al soggetto agente una scelta, mentre il secondario è tale semplicemente perché altro da quello primario ma magari destinato ad imporglisi nella ponderazione in concreto (ad esempio se non è difficile replicare il grado di soddisfazione maturato nell'esecuzione oggettivamente agevole del precedente contratto). A mio parere le due deroghe in parola non arretrano a concorrenti elementi costitutivi di un'unica deroga, sia perché la "*struttura del mercato*" e la "*effettiva assenza di alternative*" sono separate tramite la virgola e l'avverbio "*nonché*" dalla "*accurata esecuzione del precedente contratto*", sia perché l'assenza di alternative al contraente uscente basta a sé stessa per mettere fuori gioco la rotazione⁶¹. Il terzo scostamento dalla regola, negli "*affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro*"⁶², è praticabile sempre e immotivatamente (cfr. l'*incipit* dell'art. 49, comma 6: "*E' comunque consentito derogare*"): ma l'esonero automatico dalla rotazione non equivale a divieto di farne uso. Val la pena di sottolineare la differenza tra la locuzione "*le stazioni appaltanti non applicano*", con cui l'art. 49, comma 5, designa il divieto di applicare la rotazione (allorché la procedura semplificata si dischiuda a chiunque, avendo i requisiti richiesti, intenda concorrervi)⁶³, e la formula "*è comunque consentito derogare*", con cui l'art. 49, comma 6, legittima una sistematica deroga alla rotazione, senza per questo inibirne l'applicazione. Ogni deroga, sia essa di *default* o motivata, è limite interno alla rotazione, che ricade entro il suo perimetro esterno, al di fuori del quale soltanto è vietata. Le relative determinazioni spettano: a) nelle procedure negoziate senza bando al R.U.P., all'atto della decisione di contrarre e/o della diramazione degli inviti; b) negli affidamenti diretti al R.U.P. o ad altro organo competente ad esternare la volontà della stazione appaltante, in sede di adozione della decisione di contrarre che provvede. La deviazione dalla regola della rotazione per "*effettiva assenza di alternative*" richiede di dar conto del fatto che, solo, la giustifica; l'analoga decisione fondata sulla "*accurata esecuzione del precedente contratto*" esige l'enucleazione delle ragioni della scelta compiuta nel caso specifico. L'obbligo motivazionale è adempiuto nel provvedimento di aggiudicazione, ora per la natura (interna delle decisioni di contrarre e) endoprocedimentale degli inviti a offrire⁶⁴, ora perché in esso si risolve *uno actu* l'affidamento diretto. Nei micro-acquisti ciò che l'art. 49, comma 6, mette al riparo dall'obbligo motivazionale è l'allontanamento automatico dalla regola: la decisione di contrarre che provvede all'affidamento diretto deve invece enucleare le ragioni del suo eventuale impiego. Qualora simile opzione fosse prevista in via regolamentare, sarebbe la natura normativa dell'atto ad affrancarlo dal vincolo motivazionale⁶⁵.

Deroghe alla rotazione

⁶¹ *Contra* la Relazione del Consiglio di Stato a pag. 73 e il parere dell'A.N.A.C. n. 58 del 15 novembre 2023, i quali, nel solco del punto 3.7 delle Linee guida della stessa A.N.A.C. n. 4 del 2016, recuperano nella valutazione discrezionale la "*struttura del mercato*" come concetto autonomo dalla "*effettiva assenza di alternative*", anziché come generica formula che in ciò si specifica ed esaurisce, a mio avviso trascurando sia la costruzione sintattica dell'art. 49, comma 4, sia le ragioni della legalità sostanziale.

⁶² Limite "*allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450, della legge 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 gli acquisti di beni e servizi: pagg. 73-74 della Relazione del Consiglio di Stato.

⁶³ Cfr. *supra* nel par. 2.

⁶⁴ Alla cui eventuale motivazione può rifarsi, *per relationem*, il provvedimento di aggiudicazione.

⁶⁵ Art. 3, comma 2, della legge n. 241/1990.

Deroghe alla rotazione	Modalità	Atto	Natura
Effettiva assenza di alternative al contraente uscente	Motivata	Decisione di contrarre che precede la procedura negoziata o invito alla stessa (alla cui eventuale motivazione può rifarsi, <i>per relationem</i> , il provvedimento di aggiudicazione); decisione di contrarre che provvede all'affidamento diretto	Vincolata
Accurata esecuzione del precedente contratto	Motivata	Decisione di contrarre che precede la procedura negoziata o invito alla stessa (alla cui eventuale motivazione può rifarsi, <i>per relationem</i> , il provvedimento di aggiudicazione); decisione di contrarre che provvede all'affidamento diretto	Discrezionale
Affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro	Automatica e immotivata	_____ (salva la scelta di applicare la rotazione: motivata se coeva al singolo affidamento diretto, non motivata se trasfusa in un regolamento)	_____ (discrezionale sarebbe l'eventuale opzione per la rotazione)

6. Divieto per la stazione appaltante di motivare in giudizio l'aggiudicazione e per il giudice di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati.

È opportuno dedicare qualche cenno alle interferenze tra i generali divieti per la stazione appaltante di offrire in giudizio la motivazione (del provvedimento di aggiudicazione) e per il giudice di pronunciare su poteri amministrativi ancora inespliciti (art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a.), da un lato, e la norma sostanziale sul divieto di aggiudicazione al contraente uscente (art. 49, comma 2), salve tre possibili deroghe (art. 49, commi 4 e 6), dall'altro lato.

Considero dapprima la frequente evenienza in cui il ricorrente prospetta la violazione della rotazione a carico dell'aggiudicatario, contraente uscente: la stazione appaltante non avrebbe dovuto invitarlo alla procedura negoziata né individuarlo quale affidatario diretto o, al più, avrebbe dovuto enunciare le ragioni della deroga alla rotazione (assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto: art. 49, comma 4). È inammissibile la motivazione data in giudizio intorno alla sussistenza

dei presupposti della deroga alla rotazione⁶⁶. L'annullamento dell'aggiudicazione comporta, a mo' di effetto conformativo⁶⁷, l'obbligo della stazione appaltante di rinnovare un segmento della procedura negoziata o il provvedimento di affidamento diretto e, segnatamente, di accertare/apprezzare l'esistenza/inesistenza dei presupposti delle deroghe alla rotazione, pervenendo nel primo caso a ribadire (motivatamente) l'invito alla procedura negoziata (e la conseguente aggiudicazione) o l'affidamento diretto al contraente uscente e nel secondo a (motivatamente) estrometterlo dalla procedura negoziata o affidare direttamente l'appalto ad altri. Se, per contro, accertasse l'obbligo della stazione appaltante di far subentrare il ricorrente vittorioso nell'aggiudicazione⁶⁸, il giudice – discostandosi dall'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. – appurerebbe l'inesistenza dei presupposti delle deroghe alla rotazione⁶⁹ e sceglierebbe l'affidatario diretto. *Idem* nel giudizio di spettanza, attesa l'infondatezza dell'azione di condanna della stazione appaltante ad aggiudicare l'appalto al ricorrente⁷⁰ per la discrezionalità che pervade una delle deroghe alla rotazione (accurata esecuzione del precedente contratto)⁷¹ e l'individuazione dell'aggiudicatario diretto⁷².

Meno usuale è la fattispecie in cui il contraente uscente, insorgendo contro la sua espulsione dalla procedura negoziata o contro un affidamento diretto ad altri motivato anche con l'impossibilità di disporlo a suo favore, rivendica le ragioni della deroga alla rotazione (assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto). In disparte gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro, per i quali la deroga avviene *di default* e sarebbe semmai da motivare l'opzione per la rotazione (art. 49, comma 6), non è condivisibile, alla luce dell'art. 49, comma 4, l'indirizzo secondo cui l'esclusione del contraente uscente non richiederebbe una "*specificativa motivazione*"⁷³. A fronte del contraente uscente che fa valere l'interesse legittimo a profittare delle deroghe è inammissibile la motivazione offerta in sede giudiziale sopra l'assenza dei relativi presupposti. L'accoglimento del ricorso comporta, quale effetto conformativo⁷⁴, l'obbligo della stazione appaltante di rinnovare un tratto della procedura negoziata o il provvedimento di affidamento diretto e, in particolare, di accertare/apprezzare l'esistenza/inesistenza dei presupposti delle deroghe alla rotazione, addivenendo nella prima ipotesi a (motivatamente) invitare il ricorrente vittorioso alla procedura negoziata o a considerare la possibilità di assegnargli direttamente l'appalto e nella seconda a (motivatamente) reiterare la sua estromissione dalla procedura negoziata o l'affidamento diretto ad altri. L'esecuzione della sentenza non si traduce, invece, nell'obbligatoria ammissione del contraente uscente alla

⁶⁶ Sul punto la giurisprudenza è compatta.

⁶⁷ Discendente dal motivo giudicato fondato, a sua volta modulato sul contenuto della norma sostanziale invocata.

⁶⁸ Previo scorrimento della graduatoria nelle procedure negoziate.

⁶⁹ Così, purtroppo, Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4627, punto 3, senza addurre ragioni, e Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2022, n. 2160, punto 4 del "Diritto", argomentando dal divieto di motivare a posteriori l'eventuale deroga alla rotazione, trascurando che esso inerisce all'episodio di esercizio del potere passato, oggetto dello scrutinio del giudice, giammai alla futura rinnovazione del procedimento.

⁷⁰ Art. 124, comma 1, primo periodo, c.p.a..

⁷¹ Cfr. *supra* nel par. 5. Un ulteriore ostacolo è suscettibile di annidarsi nel residuo di "*adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*" (art. 31, comma 3, c.p.a., richiamato dall'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., di cui l'art. 124, comma 1, primo periodo, cit. costituisce una specifica applicazione)) in ordine all'effettiva assenza di alternative al contraente uscente.

⁷² Nell'ipotesi più teorica che reale in cui il ricorrente, impugnando un affidamento diretto al contraente uscente di importo inferiore a 5.000 euro, sostenesse che la stazione appaltante avrebbe dovuto motivatamente applicare la rotazione in via di autolimita, la sinergia tra la qualificazione come legittimo dell'interesse privato considerato da una norma sostanziale che non vieta la rotazione e il carattere automatico e immotivato della deroga (art. 49, comma 6) condurrebbe, in via d'eccezione alla regola di segno contrario, ad ammettere la stazione appaltante a enunciare *ex post* l'inesistenza di circostanze tali da rendere nel caso di specie irragionevole l'opzione di *default* per la deroga, con elevatissime probabilità di rigetto del ricorso.

⁷³ Così, invece, Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2022, n. 2160, punto 3.4.1.

⁷⁴ Disegnato dal motivo accolto, a sua volta calibrato sul precetto sostanziale fatto valere.

procedura negoziata né, tanto meno, nella necessità di affidargli senza gara l'appalto perché, così operando, il giudice – disattendendo l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. – riscontrerebbe l'esistenza dei presupposti delle deroghe alla rotazione e sceglierebbe l'affidatario diretto. Ciò resterebbe vero anche qualora il ricorrente vittorioso contro l'altrui affidamento diretto avesse invocato l'art. 49, comma 6, giacché residuerebbe sia l'eventuale valutazione di motivata applicazione della rotazione in via di auto-limite, sia la discrezionalità nell'individuazione dell'affidatario diretto. Gli intangibili margini di bilanciamento degli interessi in gioco destinano l'eventuale azione di condanna⁷⁵ al sicuro insuccesso.

Capita talvolta che la stazione appaltante (resistente) e/o l'affidatario diretto (controinteressato) eccepiscano la carenza d'interesse a ricorrere del contraente uscente che ha impugnato l'affidamento diretto, in quanto destinato a rimanere intrappolato nella rotazione in sede di riedizione dell'aggiudicazione⁷⁶. L'eccezione è giustamente respinta perché nell'accoglierla il giudice – in violazione dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. – accerterebbe/apprezzerrebbe l'inesistenza dei presupposti della deroga alla rotazione^{77 78}. La giurisprudenza si astiene qui, perfettamente, dall'inosservanza dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. nella quale talvolta incorre allorché la rotazione è invocata in via d'azione contro l'aggiudicatario, controinteressato in giudizio, anziché in via d'eccezione contro il ricorrente non aggiudicatario. All'esito di una procedura negoziata cui abbia preso parte il contraente uscente l'infungibile mezzo processuale per articolare la suddetta eccezione è il ricorso incidentale⁷⁹, il cui accoglimento⁸⁰ precorre la verifica amministrativa dell'esistenza/inesistenza dei presupposti della deroga alla rotazione, lungi dal suonare come sua indebita anticipazione giudiziale.

7. Riformulazione suggerita.

In conclusione si riporta la riformulazione dell'art. 48 del codice già suggerita nel precedente contributo e si ipotizza una riscrittura dell'articolo 49 (in subordine, si badi, alla sua abrogazione).

Art. 48 (Disciplina comune degli appalti di importo inferiore alle soglie europee)

1. La presente Parte disciplina l'affidamento e l'esecuzione degli appalti di importo inferiore alle soglie europee.
2. Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle disposizioni in materia di contenimento della spesa.
3. La stazione appaltante valuta ogni volta l'esistenza o meno di un interesse transfrontaliero certo e, nel primo caso, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro, salve le deroghe apportate dalle pertinenti disposizioni della presente Parte.
4. Agli appalti di importo inferiore alle soglie europee si applicano le disposizioni del codice, se non derogate da quelle della presente Parte.
5. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, per gli appalti rientranti negli ambiti definiti dagli articoli da 146 a 152 che presentano un interesse transfrontaliero certo, osservano

⁷⁵ Vero è che, per quel che riguarda le procedure negoziate, l'ammissione non è un provvedimento, ma come il più contiene il meno la condanna ad aggiudicare (art. 124, comma 1, primo periodo, c.p.a.) comprende quella ad ammettere.

⁷⁶ Trattasi di eccezione in senso lato stante la sua rilevanza anche d'ufficio da parte del giudice (art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a.).

⁷⁷ Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2022, n. 2160, punto 3.4.2.

⁷⁸ Oltre che consumare in senso negativo la scelta di indire in via di auto-limite una procedura (simili) ordinaria o comunque aperta a qualunque interessato, l'una e l'altra divincolate dalla rotazione (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525, punto 5.5, in un contesto normativo che ammetteva opzioni siffatte).

⁷⁹ Per una simile fattispecie cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168.

⁸⁰ Con annullamento del provvedimento di aggiudicazione nella parte in cui vi figura il ricorrente principale, contraente uscente.

i principi sul mercato interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Esulano dall'ambito applicativo del codice i loro contratti privi di appetibilità transnazionale.

Art. 49 (*Rotazione degli affidamenti*)

1. Al fine di prevenire la formazione di rendite di posizione in un contesto di competizione assente o attenuata, la rotazione degli affidamenti si applica in quelli diretti e nelle procedure negoziate senza bando di cui alla presente Parte. Non si applica quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, tra quali l'iscrizione in un tempo congruo in elenchi, portali e piattaforme, da invitare alla successiva procedura negoziata.
2. La rotazione è il divieto di aggiudicare 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. Ferma restando l'identità della categoria di prestazione, la ripartizione degli affidamenti in fasce di valore economico, obbligatoria nella costituzione degli elenchi di operatori economici ed eventualmente prevista in via regolamentare per le indagini di mercato e gli affidamenti diretti, comporta l'applicazione del divieto con riguardo a ciascuna fascia e a quelle inferiori.
4. In casi motivati di effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o individuato quale affidatario diretto.
5. Negli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro è comunque consentito derogare alla rotazione^{81 82}.

ABSTRACT

Il contributo analizza la regola della rotazione nell'ambito delle modalità semplificate di aggiudicazione degli appalti pubblici di importo inferiore alle soglie europee che non presentano un interesse transfrontaliero certo (affidamenti diretti, procedure negoziate senza bando). Si sofferma, in particolare, sul contenuto, sulla *ratio* e sui confini (esterni e interni) della regola, pervenendo a conclusioni originali rispetto al panorama giurisprudenziale maturato nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici, cui si sono accodati i contributi degli studiosi fin qui apparsi. Suggerisce, infine, una possibile riformulazione dell'art. 49 dell'odierno codice dei contratti pubblici, in subordine alla sua abrogazione.

⁸¹ Si sono riordinati i commi dell'art. 49 assecondando la seguente logica: prima quelli che enunciano la finalità dell'istituto, ne disegnano i limiti esterni e gli imprimono il contenuto (commi 1, 2 e 3), poi quelli che ritagliano, entro il perimetro, le possibili deroghe (commi 4 e 5).

⁸² Meglio sarebbe invertire l'ordine in cui si succedono gli articoli 49 e 50 del codice perché logica vuole che l'enumerazione delle tipologie delle procedure semplificate e il disegno della loro architettura anticipino una singola regola (la rotazione) destinata a inserirsi come un tassello in un mosaico.