



L'art. 36<sup>1</sup> del d.lgs 50/2016 con riferimento alle procedure sotto soglia richiama l'applicazione dei principi di cui all'art 30 dello stesso codice, ponendo l'accento sul principio di rotazione e *favor participationis* per piccole e medie imprese.

L'operatore dovrà, quindi, bilanciare i diversi principi :

- principio di economicità (uso ottimale delle risorse impiegate nell'appalto; principio di efficacia (la stazione appaltante deve operare in modo tale che i propri atti risultino congrui rispetto allo scopo cui sono preordinati);
- principio di tempestività (esigenza di non dilatare il tempo di conclusione del procedimento ovvero di esecuzione dell'appalto in assenza di obiettive ragioni);
- principio di correttezza (esigenza che le amministrazioni pubbliche si comportino secondo correttezza e buona fede con riferimento sia all'attività posta in essere nella fase di aggiudicazione, sia all'attività posta in essere nella fase di esecuzione dell'appalto);
- principio di **libera concorrenza** (esso comporta la **contendibilità** degli appalti pubblici da parte dei soggetti potenzialmente interessati);
- principio di **non discriminazione** (divieto di operare irragionevoli restrizioni all'accesso alla procedura di gara; valutazione equa ed imparziale dei concorrenti-eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione);
- principio di **trasparenza e pubblicità** (garanzia, in favore di ogni potenziale concorrente, di procedure conoscibili e accessibili, di modo da consentire l'apertura degli appalti alla concorrenza);
- principio di **proporzionalità** (adeguatezza ed idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento)

In quest'operazione di bilanciamento tra i diversi principi è nevralgico, per le procedure sotto soglia, il rispetto del **principio di rotazione**, essendo preordinato ad evitare il consolidamento di rendite di posizione.

La stazione appaltante deve garantire l'effettività del principio di concorrenza, sussistendone i presupposti ovvero l'esistenza di diversi operatori del settore, mediante l'esclusione dall'invito di

---

<sup>1</sup> Art. 36 dlgs 50/2016 Contratti sotto soglia 1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del **principio di rotazione** e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare.

L'applicazione di tale principio, come affermato recentemente dal Tar Campania sentenza 8 marzo 2017 n. 1336, deve, comunque, sempre tener conto delle specificità del singolo caso concreto, quali ad esempio il tempo di esecuzione del precedente appalto.

Si richiama per completezza anche la giurisprudenza precedente dalla quale è possibile evincere che la valutazione e le modalità volte ad assicurare il rispetto del principio di rotazione devono essere effettuate caso per caso, alla luce della tipologia di affidamento, del mercato di riferimento e quindi del numero di operatori economici, nonché della ripetitività dello stesso appalto.

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 28 dicembre 2011 n. 6906** Quello della rotazione dei soggetti da invitare nelle procedure negoziate è indubbiamente un principio funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie dei servizi con il sistema selettivo del cottimo fiduciario, ma in quanto tale lo stesso non ha, per le stazioni appaltanti, una valenza precettiva assoluta, di guisa che la sua episodica mancata applicazione non vale ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni ( ovvero già affidatario del servizio). Tanto più quando sia rimasto comprovato, come nel caso che ci occupa, che la gara si sia svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento e si sia conclusa con l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa per la stazione appaltante, senza che nel giudizio comparativo tra le offerte abbia inciso la pregressa esperienza specifica maturata dalla impresa aggiudicataria nella veste di partner contrattuale della amministrazione aggiudicatrice.

**TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 15 dicembre 2016 n. 1906**

Trova applicazione alla fattispecie l'art 36, comma primo, d.lgs. 50/2016, il quale prevede espressamente il "rispetto del principio di rotazione", e, trattandosi di una norma speciale relativa alle gare sotto soglia, essa prevale sulla normativa sulle gare in generale (cfr. Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 4 ottobre 2016, n. 419). Non può configurarsi, in linea di principio, alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare, ad una gara informale ... il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione" (Tar Aquila, sez. I, 9 giugno 2016, n. 372).

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I – sentenza 4 ottobre 2016 n. 419**

Osserva a tale proposito il Collegio – e l'argomento risulta decisivo – che trova applicazione alla fattispecie l'art 36, comma primo, del D. Lgs. 50 del 2016, il quale prevede espressamente il "rispetto del principio di

rotazione". Trattandosi di una norma speciale relativa alle gare sotto soglia, essa prevale sulla normativa sulle gare in generale.

12. Ne consegue che, rilevata la legittimità di tale clausola di rotazione nella tipologia di gara in questione, sotto soglia, il mancato invito risulta legittimo e conforme alla legge di gara, a nulla rilevando che il Comune nelle sue memorie valorizzi la questione delle previe contestazioni.

**TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 14 ottobre 2015 n. 1325 –**

In disparte l'eccezione di inammissibilità formulata dalla ricorrente, il motivo è infondato. Il più recente orientamento di questo T.A.R. (cfr. sentenza sez. I – 24/3/2015 n. 450) è nel senso di ritenere che "alla luce del pacifico principio di massima partecipazione, non risulta alcun obbligo di estromettere dalla gara per affidare un servizio l'affidatario uscente". In modo più articolato la sez. II (cfr. sentenza 17/1/2014 n. 45) ha sostenuto che <<(a) la regola che impone di alternare le imprese da invitare alle procedure negoziate ha un ambito di applicazione generale che si estende anche agli appalti ricompresi nell'allegato II-B del Dlgs. 163/2006 (v. TAR Brescia Sez. II 18 luglio 2012 n. 1370); (b) il principio di rotazione non ha però carattere assoluto (necessaria esclusione del gestore uscente) ma relativo (devono essere invitati in via preferenziale altri soggetti, tuttavia se vi è disponibilità di posti può essere interpellato anche il gestore uscente); (c) l'interesse dei soggetti che hanno ricevuto l'invito alla gara ad avvalersi del principio di rotazione per escludere il gestore uscente non può essere tutelato, in quanto (1) si configurerebbe come utilizzo in via surrogatoria di una posizione giuridica di cui sono titolari i soggetti pretermessi, (2) vi sarebbe interferenza nella scelta dei concorrenti, facoltà che spetta solo alla stazione appaltante, (3) limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura>>.

1.2 Nello stesso senso può essere evocato il T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 7/5/2015 n. 1122, ad avviso del quale "... il provvedimento impugnato è illegittimo, nella parte in cui non ammette alla partecipazione i soggetti che avevano eseguito servizi identici affidati dal Comune di Opera mediante procedura negoziata nel triennio antecedente, tra i quali, per l'appunto, l'attuale ricorrente. In linea generale, ed in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, il principio di rotazione non può infatti essere invocato, sic et simpliciter, per escludere i concorrenti che inoltrino una domanda per essere invitati ad una procedura negoziata (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16.1.2015 n. 179, T.A.R. Molise, Sez. I, 17.4.2014 n. 269), ciò che comporterebbe infatti una lesione dei principi fondamentali del Trattato, applicabili anche agli appalti "sotto soglia" (C.S., Sez. VI, 4.10.2013 n. 4902)". Ad identica conclusione è pervenuto il T.A.R. Lazio Roma, sez. I-ter – 12/3/2015 n. 4063, per il quale, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza, "la ricorrente – in qualità di gestore uscente del servizio – avrebbe dovuto essere invitata alla procedura e comunque l'eventuale scelta dell'Amministrazione di non interpellarla ai fini della presentazione di un'offerta avrebbe dovuto essere specificatamente motivata (Cons. Stato Sez. VI n. 4295/06; T.A.R. Piemonte Sez. I 25/10/2013 n. 1130)". In definitiva, la giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della

concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui non sussiste alcun ostacolo ad invitare (anche) il gestore uscente a prendere parte al nuovo confronto comparativo.

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. I – sentenza 28 giugno 2012 n. 3089**

In particolare i principi di rotazione, di non discriminazione e di parità di trattamento non impediscono la formazione di un elenco di potenziali affidatari fra cui effettuare gli affidamenti senza gara, in quanto sotto soglia, siano essi diretti che negoziati, ma esigono che vengano chiariti con precisione i criteri di attribuzione delle singole commesse, e specificamente l'ordine nella chiamata e il numero massimo di affidamenti per singola impresa.

Nel caso di specie, avente ad oggetto gli affidamenti diretti dei servizi di legatoria e stampa, a fronte di prestazioni standardizzate e con un prezzo uniforme occorre applicare il principio della rotazione (che è un corollario della non discriminazione ed ha carattere oggettivo, in quanto è diretto a garantire una concorrenza effettiva – consideranda n. 2-40-41 della direttiva n. 2004/18/CE), al fine di evitare situazioni di esclusiva o di monopolio nell'esecuzione dell'appalto. Anche se le modalità con cui viene applicata la rotazione tra i soggetti inseriti nell'albo fornitori non sono oggetto di una disciplina esplicitata preventivamente, cionondimeno l'affidamento del medesimo servizio nell'arco di più annualità alla medesima ditta costituisce di per sé violazione del quadro normativo delineato.