



## Oggetto

Art. 36, comma 2, lett. a) d.lgs. 50/2016 – art. 1, comma 2, lett. a), l. n.120/2020 - Affidamento incarichi di progettazione – principio di rotazione - Richiesta parere. Vs rif. prot. n. 6748 /2021.

### **FUNZ CONS 2/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 dicembre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 86581 ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 26 gennaio 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa all’applicazione del principio di rotazione negli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, si rappresenta che il d.lgs. 50/2016 richiama tale principio nell’art.36 (contratti sotto la soglia comunitaria) (oltre che nell’art. 63 per le procedure negoziate sopra soglia senza pubblicazione bando) stabilendo che «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 agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché *del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti* e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese» (comma 1).

A sua volta, l’art. 1 (“procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia”), del d.l. 76/2020, conv. in l.n. 120/2020 (come modificato dalla l. 108/2021), nel disciplinare al comma 2, lett. a), i casi in cui la stazione appaltante procede all’affidamento diretto di contratti pubblici (lavori di importo inferiore a 150.000 euro e servizi/forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e l’attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro), dispone che tale affidamento avviene «...anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi di cui all’articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l’esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, *comunque nel rispetto del principio di rotazione*».

Anche nella disciplina dettata per il periodo emergenziale connesso alla pandemia da Covid-19 (secondo la rubrica dell’articolo sopra richiamato), è ribadita la cogenza (“*comunque nel rispetto*”) del principio di rotazione previsto in via ordinaria per gli affidamenti dei contratti sotto soglia dall’art. 36 comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016.

Tale principio, infatti, come evidenziato da costante orientamento giurisprudenziale, «costituisce un riferimento normativo “inviolabile” del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti

esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente (così, da ultimo, Cons. di St., V, 17.3.2021, n. 2292, e tutta la giurisprudenza ivi citata)» (TAR Liguria, 6.12.2021 n. 1052).

Anche l'Autorità, con linee guida n. 4 ("Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"), ha chiarito che attraverso il principio di rotazione si vuole garantire il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico.

Nelle stesse linee guida è stato osservato che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, si applica «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. (...). 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».

Pertanto «il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvido al contraente uscente *abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente*. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvido al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso (...).» (linee guida cit.).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che «il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si applica *già nella fase dell'invito degli operatori* alla procedura di gara e ha altresì chiarito che il citato art. 36, comma 1, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti. Detto principio costituisce, infatti, necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio» (Consiglio di Stato n. 2292/2021).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, il rispetto del principio di rotazione si impone nei casi in cui la stazione appaltante intenda assegnare l'appalto mediante affidamento diretto ovvero mediante procedura negoziata nella quale la stessa operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare. Tale principio, *che costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento di affidamento dei contratti sotto soglia, si applica già nella fase dell'invito degli operatori* e non può essere disatteso se non nei casi eccezionali ed entro i limiti indicati nelle citate linee guida n. 4.

Per tali motivazioni il giudice amministrativo ritiene viziata dalla irrituale modalità di selezione della platea dei competitori la procedura di affidamento svolta in violazione del principio di rotazione (Consiglio di Stato n. 2182/2020).

Quanto, invece, al quesito sollevato nella richiesta di parere in ordine all'annullamento della procedura di affidamento dell'appalto, si evidenzia che «ogni intervento qualificabile *lato sensu* in termini di autotutela fuoriesce dagli ambiti di esame dell'Autorità, rientrando nel campo della piena discrezionalità della stazione appaltante. In proposito, come più volte sottolineato dall'Autorità (cfr. ex *multis* Delibera n.95 del 19/05/2011; Delibera n. 19 del 12/02/2009), va ribadito che la valutazione in ordine al possibile annullamento in autotutela di una procedura di gara ovvero alla revoca della stessa rientra nella esclusiva potestà discrezionale della stazione appaltante, la quale è titolare del potere di rivalutare le situazioni di fatto e di diritto poste alla base del provvedimento amministrativo adottato, in presenza di concrete e motivate ragioni di interesse pubblico e dei presupposti codificati dall'art. 21-*quinquies* e dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/90 relativi, rispettivamente, alla revoca e all'annullamento d'ufficio. Detta potestà, come noto, trova fondamento nei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. e, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, è esercitabile dalla stazione appaltante anche dopo la conclusione della procedura di scelta del contraente e dopo che l'aggiudicazione abbia acquisito efficacia (in tal senso depone l'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, il quale nel disciplinare la fase integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione e quella della stipula del contratto, prevede espressamente che è "*fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti*")» (delibera Anac n. 929/2019-prec 141/2019/L).

Anche la giurisprudenza conferma che l'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016 fa salvo «l'esercizio dei poteri di autotutela della stazione appaltante anche dopo che l'aggiudicazione sia divenuta efficace, fino alla stipulazione del contratto. Si tratta, come è noto, di un potere ampiamente discrezionale, che trova fondamento: a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico; b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto, qual è l'atto di indizione della gara, ancorché espressa in forma pubblicitica e subordinata all'osservanza delle regole procedurali per la scelta del contraente, è sempre revocabile fino a che l'accordo non sia concluso (così C.G.A.R.S., 18.6.2014, n. 327; Cons. di St., V, 23.2.2012, n. 1054; id., 12.2.2010, n. 743). Un consolidato indirizzo giurisprudenziale conferma che, anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di vizi dell'intera procedura, ovvero a fronte di motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (cfr., tra le tante, Cons Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323, e la giurisprudenza ivi citata). A ciò si aggiunga – (...) – che l'aggiudicatario provvisorio, in ragione della natura giuridica di atto ad effetti instabili della proposta di aggiudicazione, non appare neppure titolare di un affidamento giuridico meritevole di una tutela rinforzata, tale da richiedere – ex artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della L. n. 241

del 1990 - un raffronto con l'interesse pubblico al ritiro dell'atto (giurisprudenza consolidata: cfr. Cons. di St., n. 6323/2018 cit., id., 18.7.2012, n. 4189)» (TAR Liguria, sez. I, n. 603 del 3.9.2020).

Si rinvia quindi, sull'argomento, alle disposizioni dell'art. 21-*quinquies* e dell'art. 21-*nonies* della l.n. 241/1990, i quali hanno codificato le condizioni per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio e di revoca da parte della P.A. (*ex multis* parere sulla normativa AG5 del 10/06/2012).

Dalle considerazioni che precedono appare evidente che l'esercizio del potere di autotutela, sulla base delle chiare disposizioni della l. 241/1990 e dei principi dettati in materia dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, è rimesso al prudente apprezzamento dell'Amministrazione interessata la quale, *sola*, può valutare la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse che giustificano la rimozione dell'atto viziato.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Atto firmato digitalmente l'1 febbraio 2022