



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Riefficientamento del corso d'acqua .....OMISSIS..... – Art. 49 d.lgs. 36/2023 - richiesta parere.

### **FUNZ CONS 50/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 18 settembre 2023 ed acquisita al prot. Aut. n. 76282, nella quale si evidenzia l'urgenza del caso, 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 18 ottobre 2023, 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 approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito proposto riguarda la procedura di aggiudicazione indicata in oggetto (procedura negoziata senza bando), indetta con provvedimento del 1° agosto 2023, afferente ad opere rientranti nella categoria OG8 e sottoposta alle previsioni del d.lgs. 36/2023. La stazione appaltante rappresenta al riguardo che alla procedura negoziata è stata invitata (unitamente ad altri cinque operatori economici) un'impresa già affidataria di un precedente contratto stipulato con la stessa amministrazione in data 9.8.2022, avente ad oggetto lavori rientranti nella stessa categoria OG8 anche se appartenenti ad una fascia di importo diversa e per i quali in data 26.6.2023 è stato sottoscritto un atto integrativo, con pagamento dei relativi SAL nel mese di luglio 2023. In data antecedente alla sottoscrizione dell'atto integrativo citato, con provvedimento del 12.4.2023, l'Amministrazione ha stipulato altro contratto d'appalto con diverso operatore economico per la stessa categoria di opere, terminato in data 10.05.2023. Pertanto, al momento dell'indizione della procedura negoziata in oggetto, la prima impresa sopra indicata, è risultata l'ultima ad avere in corso un rapporto contrattuale con la stazione appaltante per opere rientranti nella medesima categoria OG8. Sussisterebbe, quindi, nel caso di specie, a carico dell'impresa citata, una causa di esclusione ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 36/2023, in virtù della sua posizione di "contraente uscente", in relazione alla quale doveva essere rispettato il principio di rotazione.

Per le motivazioni sopra indicate, la stazione appaltante chiede, quindi, di esprimere avviso in ordine all'esclusione della predetta impresa dalla procedura di affidamento.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, sembra opportuno evidenziare in via preliminare che in ordine al principio di rotazione negli

affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, l'art. 49 del d.lgs. 36/2023 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».

La disposizione stabilisce quindi il divieto di affidamento 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, fatte salve le deroghe a tale divieto, nei casi espressamente indicati dalla norma stessa.

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa del Codice, l'art. 49 disciplina le modalità operative del principio di rotazione, che costituisce principio generale degli affidamenti dei contratti sotto soglia, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78».

L'art. 49 citato si pone in continuità con le previsioni dell'art. 36 del previgente d.lgs. 50/2016 contemplante, come noto, analoga disciplina, come ulteriormente specificata 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").

Rispetto a tale pregressa disciplina, tuttavia, l'art. 49 del Codice, pur riprendendo in parte le previsioni dell'art. 36, d.lgs. 50/2016, introduce degli elementi di novità.

In particolare, come evidenziato nella Relazione Illustrativa del Codice, con l'art. 49 citato, «In continuità con la disciplina pregressa e con le previsioni delle Linee Guida ANAC n. 4 si impone il rispetto del principio di rotazione *già nella fase degli inviti*, con lo scopo di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della commessa da realizzare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (Consiglio di Stato, sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943), e stabilisce che: - *il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente* nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi (comma 2); - ai fini della rotazione, la stazione appaltante, con proprio provvedimento, può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e la rotazione si applica con riferimento a ciascuna fascia (comma 3); - il principio di rotazione non si applica 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 (comma 5). Una tale opzione ermeneutica, avallata dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999), si giustifica in quanto in detta ipotesi non ricorre la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di

posizione in capo al gestore uscente, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato».

In termini innovativi rispetto al previgente assetto, con particolare riguardo alle Linee guida n. 4 (secondo le quali «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*»), l'art. 49 del d.lgs. 36/2023 stabilisce che la rotazione si ha *solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione* (il comma 2 fa riferimento al "*contraente uscente*"), escludendo, invece, dal divieto (in quanto non espressamente previsto) coloro che erano stati soltanto invitati alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione (Relazione Illustrativa cit.).

Altro elemento di novità, rispetto alle linee guida 4, riguarda l'individuazione dei casi, debitamente motivati, nei quali l'esecutore uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto (comma 4), con riferimento alla particolare struttura del mercato e alla riscontrata effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, con la precisazione, contenuta ancora nella Relazione Illustrativa del Codice, per cui «...Analogamente a quanto previsto dal citato punto 3.7 [delle Linee guida n. 4], è da ritenere che, ai fini della deroga al principio di rotazione, i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 *debbano essere concorrenti e non alternativi tra loro*».

Infine, rispetto alle citate Linee Guida n. 4, a tenore delle quali «negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente», l'art. 49 intende confermare «e, anzi, estendere, tale previsione, che favorisce la semplificazione e velocizzazione degli affidamenti di importo minimo, stabilendo che "è comunque consentito derogare alla rotazione per gli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro". In tal modo tale 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 74 a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sotto soglia di beni e servizi» (Relazione Illustrativa cit.).

Per quanto sopra, l'art. 49 del Codice, pur apportando delle novità rispetto all'art. 36 del d.lgs. 50/2016 e alle Linee guida n. 4, conferma – *per gli aspetti che rilevano ai fini del presente parere* – che il principio di rotazione deve essere garantito con riguardo *al soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione e quindi con riferimento all'affidamento immediatamente precedente*, nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, *ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero nello stesso settore di servizi*.

Anche nell'attuale assetto normativo di settore, inoltre, è ribadita la cogenza del principio di rotazione ("Gli affidamenti di cui alla presente Parte *avvengono* nel rispetto del principio di rotazione") previsto in via ordinaria per gli affidamenti dei contratti sotto soglia.

Può quindi richiamarsi al riguardo l'avviso giurisprudenziale formatosi sul previgente Codice, a tenore del quale tale principio, «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, in relazione al previgente assetto normativo di settore (ma con avviso utile anche nell’attuale regime normativo), con linee guida n. 4 citate, 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.

La giurisprudenza amministrativa ha ulteriormente evidenziato (tra l’altro) che il principio della rotazione costituisce 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, costituisce un riferimento normativo “inviolabile” del procedimento di affidamento dei contratti sotto soglia e non può essere disatteso, se non nei casi eccezionali ed entro i limiti indicati nelle linee guida n. 4 (parere Funz Cons 31/2023), come oggi ulteriormente precisati dall’art. 49 del nuovo Codice.

Con riguardo al quesito sollevato, quindi, tenuto conto delle previsioni e della *ratio* dell’art. 49 del d.lgs. 36/2023 – volto, come evidenziato, a garantire il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese e a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei - ove non sussistano le condizioni legittimanti la deroga al principio di rotazione (ex art. 49, comma 2), nel caso di impresa “uscente”, già affidataria di un precedente contratto rientrante nella stessa categoria di opere e ancora in corso al momento dell’indizione della nuova procedura di affidamento, la predetta impresa non può essere invitata (e quindi non può partecipare) a tale procedura di affidamento, in ossequio al principio di rotazione, nel senso sopra indicato.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette 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