



.....OMISSIS.....

Oggetto

Progetto didattico ".....OMISSIS....." – affidamento diretto – art. 49 d.lgs. 36/2023 - richiesta parere.

FUNZ CONS 58/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 10 agosto 2023 ed acquisita al prot. Aut. n. 65618, 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 15 novembre 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, in relazione alla quale l'istante evidenzia la necessità di affidare direttamente il relativo contratto all'appaltatore uscente, poiché – visti i tempi di realizzazione del progetto - non vi sarebbe la possibilità di avviare un'indagine di mercato e svolgere una procedura negoziata. A parere dell'istante, ricorrerebbero nel caso di specie i presupposti per procedere in deroga al principio di rotazione, ai sensi dell'art. 49, comma 4 del Codice, nei termini indicati nell'istanza di parere.

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, si osserva in via generale 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, riguarda l'individuazione dei casi, debitamente motivati, nei quali l'esecutore uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.

In particolare il comma 4 dell'art. 49 citato dispone che «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».

La Relazione Illustrativa del Codice specifica al riguardo che «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». Pertanto, al fine di procedere all'affidamento del contratto in deroga al principio di rotazione, è necessaria la *contemporanea* presenza dei presupposti indicati dalla norma.

Deriva da quanto sopra che «la stazione appaltante può derogare al principio di rotazione motivando in relazione ai requisiti *tutti* di cui all'art. 49, co. 4, D.lgs. 36/2023, in esplicazione della discrezionalità amministrativa. La disposizione in esame impone una verifica *concreta e specifica*, come emerge dalla formula di apertura della disposizione» (parere MIT 2084/2023).

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

Con specifico riguardo agli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro, invece, l'art. 49 citato, al fine di favorire la semplificazione e la velocizzazione degli stessi, in quanto di importo minimo, stabilisce al comma 6 che per i medesimi è consentito derogare al principio di rotazione. 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 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, conferma che il principio di rotazione deve essere garantito con riguardo al soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione e 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.

È inoltre 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, 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 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 dall'art. 49, comma 4 del nuovo Codice (parere Funz Cons 50/2023).

Con riguardo al quesito sollevato, quindi, tenuto conto delle previsioni e della *ratio* dell'art. 49 del d.lgs. 36/2023, nel caso di affidamento dello stesso contratto all'impresa "uscente", deve essere attentamente valutata dalla stazione appaltante, previa verifica concreta e specifica, l'esistenza dei presupposti legittimanti la deroga al principio di rotazione, fornendo adeguata e puntuale motivazione in relazione a *tutte* le condizioni indicate dall'art. 49, comma 4, del Codice.

A tal riguardo la stazione appaltante è tenuta ad illustrare le ragioni specifiche che hanno condotto a tale scelta e le motivazioni per cui non risultino percorribili alternative differenti, motivando puntualmente in ordine alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (sull'onere di motivazione a carico della stazione appaltante in caso di deroga al principio di rotazione Atto del Presidente dell'11.1.2023, delibera n. 12/2023).

Con l'ulteriore precisazione per cui, stante l'eccezionalità della deroga al principio di rotazione nei casi espressamente indicati dalla norma, non appare coerente con tali disposizioni l'affidamento diretto al contraente uscente del medesimo contratto, fondato esclusivamente sull'esigenza di realizzare il progetto in tempi celeri, incompatibili con lo svolgimento un'indagine di mercato e di una procedura negoziata. Si ribadisce al riguardo che la deroga al principio di rotazione è consentita esclusivamente in presenza dei presupposti (da accertare con rigore), indicati dal comma 4, dell'art. 49 citato, nei termini sopra illustrati.

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