



## Oggetto

Affidamento del servizio di raccolta, trasporto, gestione per lo smaltimento di tutti i rifiuti solidi urbani e altri servizi di igiene pubblica – procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando – principio di rotazione – Richiesta parere. Vs rif. prot. n.3696/2021.

### **Funz. Cons. 1/2021**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 5 ottobre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 71967e successiva nota prevenuta in data 13 ottobre 2021, acquisita al prot. n. 74393, 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 20 ottobre 2021, 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’applicabilità del principio di rotazione con riguardo al gestore uscente nell’ambito della procedura indicata in oggetto, si rappresenta che il d.lgs. 50/2016 richiama il principio di rotazione sia nell’art.36 (contratti sotto la soglia comunitaria) sia nell’art. 63 (procedure negoziate sopra soglia senza pubblicazione bando). In particolare, l’art. 36 stabilisce 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». A sua volta, l’art. 63, comma 6, del Codice dispone che «Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. (...)»

Il principio di rotazione si applica, quindi, sia negli affidamenti di contratti pubblici c.d. sotto soglia, sia negli affidamenti di contratti di valore superiore alle soglie comunitarie. Più in dettaglio, come anche chiarito dal giudice amministrativo «il rispetto del principio di rotazione non è previsto solo dall’art. 36 d.lgs. n. 50/2016 per i contratti sotto soglia, ma anche in ogni caso di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell’art. 63, comma 6, del medesimo d.lgs.» (TAR Lazio, Roma, n. 10016 del 16.10.2018)

Attraverso tale principio, come osservato dall’Autorità nelle linee guida n. 4 aggiornate (“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”), 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.

L’Autorità ha ulteriormente chiarito 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».

L'Autorità ha quindi osservato che, fermo restando quanto sopra indicato, «il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che *l'affidamento o il reinvito 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 reinvito 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 (...).».

Sul principio di rotazione si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, affermando che lo stesso «...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 (...). In quest'ottica non è causale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione *già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara;* lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza delle strutturazioni del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare l'offerta e, così, posti in competizione tra loro. 4.2.3. Tale principio comporta perciò, di norma, *il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi* (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso cfr. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n.

2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n.4). (...)» (Cons. St. V, n. 2292 del 17.3.2021).

Pertanto, se la procedura di selezione del contraente è «preceduta dall'individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti, essa va qualificata come procedura negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione (suscettibile peraltro di deroga espressamente motivata allorché l'equilibrio concorrenziale possa ragionevolmente recedere innanzi alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento); se invece la gara risulta preceduta da un avviso aperto a tutti gli operatori, come precisato dal Consiglio di Stato, "si è fuori dalle procedure negoziate", "non deve applicarsi il principio di rotazione" e non opera quindi alcun meccanismo preclusivo, capace di impedire al gestore uscente l'accesso alla procedura, con la conseguenza che, in tale diversa situazione, la partecipazione di quest'ultimo non costituisce deroga al suddetto principio e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell'amministrazione» (in tal senso TAR Venezia, n. 389 del 26.03.2021).

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 non trova applicazione nelle procedure ordinarie o comunque aperte al mercato nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (linee guida n. 4 cit.)

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, con riguardo all'espletamento della procedura negoziata di cui all'art. 63, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016, che l'Autorità ha più volte osservato che «la procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisca una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e possa essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma, trattandosi di disciplina di stretta interpretazione. La scelta di tale modalità di affidamento, in quanto derogatoria dell'evidenza pubblica, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza (Delibere Anac n. 346 del 22.4.2020, n. 447 del 27.5.2020, Linee guida n. 8 approvate con Delibera n. 950/2017)» (Delibera n. 268/2021).

Dunque, a seguito di gara deserta, il d.lgs. 50/2016 contempla la possibilità di esperire una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, secondo la procedura descritta dal citato comma 6, dandone adeguata motivazione nella determina a contrarre.

L'Autorità, con Linee guida n. 14, ha anche indicato la possibilità di svolgere le consultazioni preliminari di mercato ai sensi dell'art. 66 del d.lgs.50/2016, quale strumento che consente alle amministrazioni pubbliche di ridurre le asimmetrie informative su determinati mercati e una migliore conoscenza degli aspetti tecnici degli acquisti, al fine di consentire al mercato di produrre offerte più efficacemente orientate al soddisfacimento del bisogno pubblico. Dal punto di vista dell'economicità e dell'efficienza dell'attività amministrativa, l'istituto inoltre, consente di ridurre il rischio di gare deserte e rappresenta un esercizio di leale collaborazione tra pubblico e privato. Ciò in quanto «La consultazione è finalizzata a predisporre con maggiore competenza gli atti di gara, nonché a informare gli operatori economici circa le proprie intenzioni di acquisto e i relativi requisiti, affinché gli affidamenti avvengano secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali. Essa persegue, altresì, lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e, in tal modo, consente economie di mezzi e risorse. In tal senso, l'istituto assume una duplice, non scindibile, finalità di sostegno alle amministrazioni e di informazione per il mercato, volta a far convergere gli sforzi della domanda e dell'offerta al fine di favorire l'acquisizione più adeguata di beni e servizi» (relazione Illustrativa delle linee guida n. 14).

Tale istituto può costituire, quindi, un utile ausilio per la stazione appaltante al fine di predisporre gli atti di gara in coerenza con i reali fabbisogni della stessa, secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali e in modo tale da rendere l'appalto contendibile per il mercato di riferimento.

Pertanto, in caso di gara nella quale non risulti pervenuta alcuna offerta la stazione appaltante, oltre all'eventuale attivazione della procedura sopra indicata, è tenuta a valutare le motivazioni che hanno condotto all'infruttuosità della procedura, cercando di comprendere i motivi del disinteresse da parte degli operatori economici (riconducibili ad esempio alle caratteristiche dell'oggetto dell'affidamento, ai requisiti richiesti per l'accesso alla gara, al prezzo a base d'asta) e riconsiderando, nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa, gli obiettivi, la portata e le condizioni tecniche ed economiche del contratto, al fine di renderlo contendibile per il mercato di riferimento.

Secondo le previsioni del citato art. 63, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016, tali modifiche non possono incidere in maniera sostanziale sulle condizioni iniziali dell'affidamento. Pertanto, la stazione appaltante dovrebbe opportunamente valutare una rimodulazione della *lex specialis* per la quale si è verificata l'assenza di offerte, affinché rechi elementi di novità, nei limiti sopra indicati, in funzione delle ragioni che hanno determinato l'assenza di partecipazione alla precedente procedura.

Si aggiunga a quanto sopra, in ordine alla possibilità di prorogare i contratti in corso d'esecuzione nelle more dell'espletamento delle nuove procedure di gara per l'affidamento di un servizio pubblico, che secondo l'avviso dell'Autorità (*ex multis* parere AG33/2013 e Comunicato del Presidente dell'Autorità del 4 novembre 2015), la proroga è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge n. 62/2005) la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati all'art. 2 del d.lgs. 163/2006 [oggi sostituito dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016] e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (avviso confermato in numerose pronunce, *ex multis* deliberazioni n. 263 del 14 marzo 2018 e n. 384 del 17 aprile 2018).

Il carattere di eccezionalità e temporaneità dell'istituto in esame, peraltro, trova conferma nelle disposizioni del d.lgs. 50/2016, il quale stabilisce all'art. 106, comma 11, che «la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».

Si evidenzia, infine, che le considerazioni sopra svolte, con particolare riguardo alla eccezionalità dell'istituto della proroga nell'ambito della disciplina sui contratti pubblici, così come del ricorso alla procedura negoziata ex art. 63, comma 2, lett. a) del Codice "con operatore qualificato nel mercato di riferimento", sono state già rappresentate al .....OMISSIS..... con diverse comunicazioni dell'Autorità (tra le varie prot. Aut. n. 23143/2018) nell'ambito dell'attività svolta in attuazione del Protocollo di Azione di Vigilanza Collaborativa stipulato in data 25 luglio 2016, indicando altresì all'Amministrazione, alla luce delle procedure di affidamento svolte (come riepilogate nella nota di richiesta parere prot. n. 71967/2021), la possibilità di non invitare l'operatore uscente, quale misura da ritenersi idonea a garantire il rispetto del principio di rotazione.

Sulla base delle considerazioni che precedono, pertanto, 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 il 27 ottobre 2021