

19 APRILE 2024 ore 10:00

**PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI
AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE
SOTTOSOGLIA**

RELATORE: AVV. FEDERICO BUSBANI

**ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali**

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu



INQUADRAMENTO NORMATIVO

Il Webinar si concentrerà sulle disposizioni recate all'interno **dell'art. 49**, in materia di principio di rotazione degli affidamenti per le procedure sottosoglia. In particolare, verrà trattato il comma 2 circa la reale portata applicativa i limiti recati in tale principio in merito al significato da conferire al periodo "**due consecutivi affidamenti**".

In tale ambito verranno vagliati

- **Parere MIT del 25 luglio 2023, n. 2177**
- **Parere MIT dell'1 aprile 2023, n. 1866.**

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

INQUADRAMENTO NORMATIVO – IL PRINCIPIO



Il principio era espressamente contemplato anche dal Codice 2016 (**art. 36 del D. Lgs. 50/2016, comma 1**), nonché meglio definito nei punti 3.6 e 3.7 della **Delib. ANAC 10/07/2019, n. 636** (Linee guida ANAC n. 4).

L'art. 49 del D.lgs. 36/2023 riprende in parte le previsioni delle Linee Guida ANAC, innovando su alcuni profili e precisando alcuni aspetti operativi rivelatisi critici nella precedente disciplina.

La ratio del principio è quella di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione della commessa da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (cfr.: **C. Stato, 17/03/2021 n. 2292; C. Stato 12/06/2019 n. 3943**), così da garantire alle imprese concorrenti una posizione paritaria.

L'applicazione del principio non può pertanto essere aggirata mediante ricorso ad artifici quali arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce, ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto.

INQUADRAMENTO NORMATIVO – IL PRINCIPIO

Art.
49

Principio di rotazione degli affidamenti

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:
 - a) nello stesso **settore merceologico**, oppure
 - b) nella stessa **categoria di opere**, oppure
 - c) 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
 - a) **struttura del mercato**
 - b) effettiva **assenza di alternative**, nonché di
 - c) **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.**

Gli affidamenti dei contratti di importo **inferiore alle soglie** europee avvengono in applicazione del **principio di rotazione**

Art. 49 comma 2 riprende, innovandolo in alcuni punti, le Linee guida n.4: «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»

NEW

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:

- **stesso settore merceologico;**
- **stessa categoria di opere;**
- **nello stesso settore di servizi.**

**NO ROTAZIONE
INVITI**

OLD

Linee guida n. 4 «Si applica il principio di rotazione degli affidamenti **e degli inviti**, 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. L'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari»

**ROTAZIONE ANCHE
DEGLI INVITI**



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**.

ECCEZIONI

Il **contraente uscente può essere reinvitato** o essere individuato quale affidatario diretto in casi motivati in relazione a:

- **struttura del mercato;**
- riscontrata **assenza di alternative;**
- **accurata esecuzione del precedente contratto.**

➤ Per i contratti affidati con procedura negoziata senza bando, le SA **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.

➤ È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli **affidamenti diretti** di importo inferiore a 5.000 euro come per gli acquisiti MEPA per cui entro tale importo non è obbligatorio il ricorso

Art. 4 - Criterio interpretativo e applicativo

Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

RISULTATO (art. 1)



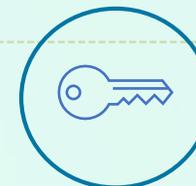
- Si privilegia il raggiungimento del risultato con la “massima tempestività”, quindi l’affidamento del contratto e la sua esecuzione devono essere affidati con la massima tempestività;
- valorizza il raggiungimento del risultato da raggiungere nell’interesse della collettività. come elemento da valutare, in sede di responsabilità (amministrativa e disciplinare)
- Specifica che il risultato rappresenta anche criterio per l’attribuzione degli incentivi economici.
- Per la trasparenza, il rispetto è “funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice. Anche la trasparenza diventa elemento servente del risultato, così da poter essere funzionale al raggiungimento del risultato ed a garantirne la stabilità.

FIDUCIA (art. 2)



- Si presuppone legittimità, trasparenza e correttezza dell’azione amministrativa, favorendo l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici
- Tale principio costituisce un importante segno di discontinuità rispetto al “modello sfiduciario” del precedente testo che vedeva nella sanzione l’elemento caratteristico dell’ambito appaltistico.
- Comporta una riperimetrazione del concetto di colpa grave, non costituendo colpa grave la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.
- Evidenzia la necessità di coperture assicurative per i funzionari operanti nel settore.

ACCESSO AL MERCATO (art. 3)



- (c.d. *favor participationis*) Nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza, proporzionalità;
- Nonostante il riferimento dell’art. 3 alla concorrenza come “principio”, parrebbe accogliere la nozione di concorrenza “funzionale” corrispondente a quella di cui all’art. 1. Infatti, risulta essere la nozione di concorrenza della giurisprudenza nazionale e dell’unione all’interno del settore dei contratti pubblici, le cui particolarità rispetto al libero mercato impongono, o comunque giustificano, una nozione “funzionale” della concorrenza.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

Parere del 25 luglio 2023, n. 2177

Il principio di rotazione degli affidamenti, sancito dall'art. 49 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, è stato oggetto di chiarimenti interpretativi da parte del Supporto Giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT). La disposizione, che regola gli affidamenti per le procedure sotto soglia, stabilisce chiaramente il divieto di affidamento o aggiudicazione di un appalto al contraente uscente **nei casi in cui due affidamenti consecutivi abbiano lo stesso settore merceologico, la stessa categoria di opere o lo stesso settore di servizi.**

Il parere del MIT ha specificato il significato da dare alla locuzione "**due affidamenti consecutivi**"

DUE alternative possibili

1. Dopo il **primo** affidamento in una categoria di opere, non è possibile fare un affidamento o aggiudicare un appalto al contraente uscente nella stessa categoria di opere.
2. Il divieto opera dopo i primi **due** affidamenti.



PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

Parere del 25 luglio 2023, n. 2177

Il Supporto Giuridico del MIT, con il parere del 25 luglio 2023, n. 2177, ha chiarito che le disposizioni dell'art. 49 vietano effettivamente l'affidamento di un appalto al contraente uscente nei casi di due affidamenti consecutivi con gli stessi parametri.

Inoltre, se la Stazione Appaltante ha previsto la suddivisione degli affidamenti in fasce di valore economico, **il divieto si applica separatamente a ciascuna fascia.**

QUESITO: *L'espressione "i due consecutivi affidamenti" vuol dire che, dopo il primo affidamento in una categoria di opere, non posso fare un affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nella stessa categoria di opere? oppure significa che il divieto opera dopo i primi due affidamenti?*

RISPOSTA: *Risulta corretta la prima delle due affermazioni da voi riportate nel quesito, eventualmente integrata con il riferimento anche alla fascia di importo.*

Pertanto, i presupposti che determinano il divieto di affidamento consecutivo sono identificati nel medesimo settore merceologico, nella stessa categoria di opere, nello stesso settore di servizi e nella stessa fascia di valore economico.

Il MIT ha confermato l'interpretazione che evidenzia l'importanza di considerare anche la fascia di importo per l'applicazione del divieto.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

Divieto di affidamento - PRESUPPOSTI



I presupposti che determinano il divieto di affidamento (o aggiudicazione) consecutivo risultano essere:

- a) lo stesso **settore merceologico**, la stessa **categoria** di opere, lo stesso **settore** di servizi;
- b) la stessa **fascia** di valore economico.

Pertanto, secondo il MIT, è corretta la **prima interpretazione fornita**, eventualmente integrata con il riferimento anche alla fascia di importo.

Parere dell'1 aprile 2023, n. 1866



Come si combinano tra loro le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 49?

Il dubbio nasce da una stazione appaltante che ha chiesto al Supporto Giuridico del MIT se la suddivisione in **fasce d'importo** in base alle categorie merceologiche sia **facoltativa**, onde evitare possibili errori di catalogazione per l'assegnazione di ogni procedura e **quindi se si possa procedere con la semplice applicazione del principio di rotazione senza suddivisioni in fasce di valori**.

Nel rispondere, **con il parere dell'1 aprile 2023, n. 1866, il MIT** ha evidenziato come dal tenore letterale del comma 3 dell'art. 49 per cui *"la stazione appaltante **può** ripartire..."*, il legislatore ha voluto considerare quale **mera possibilità** la ripartizione degli affidamenti in fasce d'importo in base alle categorie merceologiche, fermo restando che, qualora l'Amministrazione decida di dotarsi di **elenchi di operatori economici** ripartendo gli affidamenti in fasce d'importo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 3, comma 1, dell'Allegato II.1 al D.Lgs. n. 36/2023, dovranno indicarlo nell'avviso di costituzione dell'Elenco.

Inoltre il Ministero ha ribadito il **divieto di riaffidamento per la terza procedura**, sancito al comma 2 dell'art. 49, secondo cui *"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"*.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

MOTIVAZIONE PER IL CONCORRENTE USCENTE

L'art. 49 al comma 4 dispone che *"In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere [...] individuato quale affidatario diretto"*



L'attuale disposizione di cui all'art. 49, co. 4, del Codice dispone un *regime motivazionale più leggero* a carico della stazione appaltante rispetto a quello richiamato nelle Linee Guida ANAC n. 4, in quanto attualmente sono previsti dei **semplici "casi motivati"** rispetto al precedente **"onere motivazionale più stringente"**.

Esempio di motivazioni circa l'esperienza maturata dal professionista in merito alla materia oggetto dell'affidamento. "Tale competenza è fondata da anni di attività in materia appaltistica con riferimento a pubbliche amministrazioni, provinciali e comunali. Le attività sono state prestate con risultati sempre in linea con gli obblighi contrattuali formalizzati, non riportando mai inadempienze e/o ritardi nell'esecuzione dei propri servizi. Anche con riferimento a pregressi rapporti intercorsi con lo specifico Comune, il professionista in oggetto ha dimostrato di avere adeguata esperienza nel campo specifico, nonché preparazione ed esperienza specialistica, stante l'adempimento puntuale e a regolare d'arte dell'incarico in precedenza affidato, secondo tempi e modi in linea con le richieste della stazione appaltante, dimostrandosi come un fornitore particolarmente affidabile rispetto alle necessità della stazione appaltante. Tali aspetti, stante la particolare tipologia del mercato e la rapidità degli interventi da effettuare, sono fondamentali in considerazione della tempistica entro cui procedere con le attività in oggetto. In tal modo, si ritiene di garantire un affidamento celere, stante la contingenza attuale, e al pari qualitativamente valido, con evidente riduzione dei tempi procedimentali e, quindi, anche della realizzazione del servizio in oggetto.

A differenza delle Linee guida ANAC n. 4, non si richiede che la motivazione della deroga al principio di rotazione tenga conto anche *"della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento"*, in aggiunta agli ulteriori requisiti innanzi delineati.

*In ogni caso, ai fini della deroga al principio di rotazione, i presupposti evidenziati devono risultare **concorrenti**, e non **alternativi tra loro**.*

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

CONSIDERAZIONI

Risulta confermato:

- che il **principio di rotazione dev'essere applicato avendo come riferimento il contratto immediatamente precedente rispetto a quello che la stazione appaltante intende aggiudicare;**
- che, ai fini dell'operatività del principio di rotazione, ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime.

NON OPERATIVITÀ NEI CONFRONTI DELL'OPERATORE NON AGGIUDICATARIO

L'art. 49 del D. Leg.vo 36/2023 risulta innovativo nella parte in cui non prevede che la rotazione si applica anche nei confronti degli operatori economici invitati alla precedente procedura ma non risultati aggiudicatari.

Ai sensi delle previgenti Linee guida ANAC n. 4, il principio di rotazione comportava, di norma, il divieto di invito nei confronti del contraente uscente "e" degli operatori economici invitati e non affidatari.

Si è ritenuto, quindi, di escludere la rotazione a carico dell'operatore invitato ma non aggiudicatario, poiché in tale ipotesi la restrizione del principio di più ampia partecipazione non risulta giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative, come per il precedente aggiudicatario.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

RIPARTIZIONE AFFIDAMENTO PER FASCE E PRINCIPIO DI ROTAZIONE



Al **comma 3**, art. 49 del D. Leg.vo 36/2023, viene introdotta una ulteriore specificazione ai fini dell'applicazione del principio di rotazione, per cui la stazione appaltante, con proprio provvedimento, può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico, e in tal caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia. Ciò, in analogia con quanto già previsto dalle Linee guida ANAC n. 4.

Ai sensi del **comma 5**, per i contratti affidati con le procedure negoziate senza bando di cui all'art. 50 del D.lgs. 50/2016, 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.

Ai sensi del comma 6, è comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.



Quesiti

1. *SE INVITO L'OPERATORE USCENTE, E MI PROPONE IL PREZZO PIU BASSO RISPETTO AGLI ALTRI, POSSO AFFIDARE A LUI?*
Il principio di rotazione prescinde dalle risultanze di gara. E' una questione che limita gli inviti a monte
2. *MA LE IPOTESI DI CUI AL COMMA 4 A) B) C) DELL'ART. 49, DEVONO ESSERE PRESENTI TUTTE E TRE OVVERO NE BASTA ALMENO UNA?*
Devono sussistere contemporaneamente
3. *COSA SI INTENDE PER EFFETTIVA ASSENZA DI ALTERNATIVE PER LA DEROGA ALLA ROTAZIONE? IN PARTICOLARE, COME SI FANNO COESISTERE I DUE PRINCIPI DI ASSENZA DI ALTERNATIVE E SODDISFAZIONE PRECEDENTE CONTRATTO?*
L'assenza di alternative è legata, ad esempio, ad una manifestazione di interesse andata deserta oppure ad un numero di iscritti all'albo non sufficienti. l'andamento del precedente contratto ha un ambito esecutivo che nulla rileva rispetto rispetto al primo elemento
4. *DOBBIAMO PROCEDERE ALLA CONTRATTUALIZZAZIONE CON RIFERIMENTO ALLE MISURE DEL PNRR AD OGGETTO LA DIGITALIZZAZIONE DELL'ENTE, MA CI TROVIAMO AD AFFIDARE TALI SERVIZI SEMPRE ALLE DUE SOFTWARE HOUSE CHE GESTISCONO LA MAGGIOR PARTE DEGLI APPLICATIVI IN USO ALL'ENTE, NONCHÈ PARTNER TECNOLOGICI SU PAGOPA SELFCARE. È SUFFICIENTE MOTIVARE LA DEROGA AL PRINCIPIO DI ROTAZIONE RIFACENDOCI AL RISPETTO DELLA TEMPISTICA DELL'AGENDA DI PADIGITALE 2026 OLTRE CHE RICHIAMARE LA CONOSCENZA DELL'AMBIENTE INFORMATICO DELL'ENTE? GRAZIE MILLE E COMPLIMENTI PER LA CHIAREZZA NELL'ESPOSIZIONE DELLA MATERIA.*
Ritengo che ai sensi dell'art. 49 comma 4 si possa giustificare il riaffidamento alle società precedenti da voi indicate.
5. *CHI DEFINISCE LE FASCE D'IMPORTO? ANAC O È A DISCREZIONE DELLA STAZIONE APPALTANTE?*
A discrezione delle stazioni appalti
6. *ACCURATA ESECUZIONE DEL CONTRATTO SI INTENDE COME PIENA SODDISFAZIONE DEL CONTRATTO APPENA CONCLUSO?*
Sì



Quesiti

7. SCUSI MA IL LIMITE DI EURO 5.000 SI INTENDE ANNUALE?

Si riferisce all'affidamento

8. IN UN ENTE LOCALE IN CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO PER L'INCARICO DEL MEDICO COMPETENTE (FIGURA OBBLIGATORIA AI SENSI DEL D.LGS. 81/2008) DEVO APPLICARE IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE VISTO CHE SI TRATTA SEMPRE DI UN INCARICO PER LA SORVEGLIANZA SANITARIA OBBLIGATORIA

Si

9. IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NON SI APPLICA ALLE INDAGINI DI MERCATO / MANIFESTAZIONI D'INTERESSE SENZA LIMITI AL NUMERO DI O.E.. CIÒ VALE ANCHE PER INDAGINI DI MERCATO / MANIFESTAZIONI DI INTERESSE CHE PREVEDE LA LIMITAZIONE AGLI INVITATI ALLA SUCCESSIVA PROCEDURA NEGOZIATA CON CRITERI PREDEFINITI

No

10. IL TAR CATANIA CON SENTENZA 1099 19/3/2024 RIFERISCE I DUE CONSECUTIVI AFFIDAMENTO A QUELLO DA AGGIUDICARE E A QUELLO IMMEDIATAMENTE PRECEDENTE.

Esattamente come indicato dell'ultimo parere del MIT durante la lezione

11. L'ART. 49 VIETA L'AFFIDAMENTO O L'AGGIUDICAZIONE DI UN APPALTO AL CONTRAENTE USCENTE NEI CASI DI "DUE CONSECUTIVI AFFIDAMENTI", SENZA FARE RIFERIMENTO A PRECISI ARCHI TEMPORALI.

Si

12. NEL CASO DI ""SOLUZIONI TECNICHE MIGLIORATIVE ENTRO IL 10% DELL'IMPORTO"" NELL'AMBITO DI LAVORI O SERVIZI FINANZIATI DALLA REGIONE, SI DEVE APPLICARE IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE?

Se si tratta di affidamenti differenti si



Grazie per l'attenzione