

## **LA CORRETTA GESTIONE DELLE RISORSE PUBBLICHE NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA: TRASPARENZA AMMINISTRATIVA, CONCORRENZA E ROTAZIONE TRA IMPRESE**

di Andrea Altieri\*

1. Principi generali in tema di trasparenza e di corretta gestione negli affidamenti sotto soglia comunitaria. - 2. La rotazione delle imprese e l'effettiva tutela della concorrenza. - 3. Il rispetto della trasparenza nei casi di mancata rotazione. - 4. Conclusioni.

\* \* \*

### *1. Principi generali in tema di trasparenza e di corretta gestione negli affidamenti sotto soglia comunitaria*

Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, che si concreta nell'attribuzione ai cittadini del potere di esercitare un controllo sostanziale sullo svolgimento dell'azione amministrativa e sulla conformità della stessa agli interessi sociali e ai precetti costituzionali, rappresenta oggi uno dei temi più attuali e discussi del dibattito giuridico.

Da un punto di vista semantico, il termine *trasparenza* individua la possibilità di indicare il fine e il mezzo dell'indagine conoscitiva racchiudendo, nelle sue diverse espressioni, sia un concetto dinamico (e complesso) di accesso alle informazioni, sia uno statico, in quanto principio ordinamentale che irradia l'intera attività dei pubblici poteri. E' condiviso in dottrina come tale precetto, assunto ora a regola generale del diritto amministrativo, concorra - seppur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, d'ufficio, statistico e di protezione dei dati personali - ad attuare i principi costituzionali di eguaglianza, d'imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione.

E' noto, inoltre, come la trasparenza sia condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, ed integri il diritto ad una buona amministrazione, concorrendo alla realizzazione di una Pubblica Amministrazione aperta ed al servizio dei cittadini.<sup>1</sup>

---

\*Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "Link Campus University", Avvocato patrocinante in Cassazione.

A partire dal 2012, la nuova disciplina in tema di anticorruzione e trasparenza voluta dal legislatore nazionale per rendere ancora più stringente il richiamo alla supremazia della legge e al rispetto dell'etica, oltre che per realizzare appieno gli obiettivi di garanzia della legalità e della cultura dell'integrità auspicati in sede nazionale ed europea, ha inciso in molti ambiti del diritto; l'attenzione è stata rivolta, in particolare, al settore degli appalti pubblici<sup>2</sup> nel quale l'utilizzo illegittimo e distorto del denaro pubblico, non solo vulnera costantemente valori primari di rilievo costituzionale quali il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione (artt. 97, 98 Cost.), ma mina alla base importanti principi fondamentali di matrice comunitaria volti alla tutela del mercato e della concorrenza. Una generale applicazione della (nuova) trasparenza amministrativa si rinviene, pertanto, in tale contesto, nell'art. 29 del Codice appalti ove è specificato che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione e all'affidamento di lavori, opere, servizi e forniture, oltre ai concorsi pubblici di progettazione, concorsi di idee e concessioni, nonché relativi alla composizione delle commissioni giudicatrici e ai *curricula* dei suoi componenti,<sup>3</sup> devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo

---

<sup>1</sup> Cfr. A. Altieri, "Brevi riflessioni in materia di legalità e lotta alla corruzione negli appalti pubblici", in Atti del Convegno "Per la legalità e il lavoro, lotta alla corruzione, all'evasione al riciclaggio ed alla criminalità organizzata", Roma, 07.10.2014, Contributo pubblicato su [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it), 18.12.2014.

<sup>2</sup> "In Italia il settore delle infrastrutture è a quanto pare quello in cui la corruzione degli appalti pubblici risulta più diffusa; dato che le risorse in gioco sono cospicue, il rischio di corruzione e infiltrazioni criminali è particolarmente elevato. Anche il rischio di collusione è peraltro elevato dal momento che solo pochi prestatori sono in grado di fornire le opere, le forniture e i servizi interessati. Secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi. La Corte dei conti ha più volte constatato la correttezza della gara, il rispetto delle procedure e l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta più vantaggiosa, anche se in compenso la qualità dei lavori viene intenzionalmente compromessa nella fase di esecuzione. Più che rivelare la presenza di pratiche corruttive, queste irregolarità mettono a nudo i punti deboli dei dispositivi di controllo in vigore, in particolare nella fase di realizzazione dell'appalto pubblico. La Corte dei conti ha fatto inoltre presente una carenza dei propri poteri di controllo: la Corte non può infatti eseguire controlli ad hoc senza preavviso, il che si ripercuote negativamente sul tasso di accertamento delle irregolarità. D'altro canto la depenalizzazione del falso in bilancio produce effetti negativi in termini di prevenzione delle irregolarità, in particolare nella fase di esecuzione", fonte "Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione", Bruxelles, 03.02.2014).

<sup>3</sup> Ove non considerati riservati ai sensi dell'art. 53 ovvero secretati ex art. 162, D.Lgs. n. 50/2016.

del committente,<sup>4</sup> nella sezione "Amministrazione trasparente", rispettando le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 33/2013.<sup>5</sup>

L'importanza dei predetti adempimenti si comprende dai profili di responsabilità erariale nascenti in caso di omessa pubblicazione delle dovute informazioni,<sup>6</sup> in linea con la necessità di garantire, in ogni fase delle procedure di affidamento, una sempre maggiore trasparenza della Pubblica Amministrazione nel perseguimento della corretta gestione delle risorse pubbliche (art. 97 Cost. comma 1).<sup>7</sup>

Occorre ricordare, al riguardo, come la normativa sull'evidenza pubblica, nata per favorire l'economicità dell'azione amministrativa evitando sprechi e danni all'Erario, sia finita per divenire *modus agendi* tipico della Pubblica Amministrazione, *"in quanto modalità procedimentale idonea a garantire il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità (...)* In altri termini, *si può dire che la garanzia della legalità, trasparenza, efficacia ed efficienza dell'azione dei pubblici poteri (...)* è connessa e funzionale alla tutela della concorrenza in tutti quei mercati contraddistinti dalla presenza di operatori pubblici (in quanto la legalità del loro agire adiuva la formazione, il consolidamento ed il miglioramento di un mercato concorrenziale). Ciò che si richiede, per l'appunto, è che l'azione amministrativa sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità e, quindi, conformata ai canoni della concorsualità".<sup>8</sup>

La trasparenza si è confermata, pertanto, in questo campo, un modello da perseguire costantemente per consentire all'ordinamento di realizzare le scelte rivolte alla cura dell'interesse generale e per ottenere, in particolare, attraverso norme e adempimenti specificamente previsti, la piena conoscibilità e la comprensibilità

---

<sup>4</sup> "Quello della trasparenza è un principio diverso dalla pubblicità, che ha un contenuto per così dire statico volendosi con esso comunicare l'azione del potere pubblico, mentre il primo denota un contenuto dinamico, di interazione tra il pubblico e il privato, esprime la possibilità di quest'ultimo di comprendere l'azione dell'Amministrazione, al fine di poterne verificare la legittimità, la correttezza e l'imparzialità", così Corte dei conti, Sez. Giurisd. per il Veneto, sentenza 22.09.2015, n. 133.

<sup>5</sup> Gli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici a fini di trasparenza si rinvengono dalla lettura combinata di due importanti norme: l'art. 29, D.Lgs. n. 50/2016 e l'art. 37, D.Lgs. n. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016, proprio in tema di obblighi di pubblicità a fini di trasparenza.

<sup>6</sup> Cfr. Corte dei conti, Sezione Giurisd. per il Lazio, sentenza n. 323/2016.

<sup>7</sup> Essa implica, invero, la piena conoscibilità esterna del procedimento amministrativo, legandosi a tutte le ipotesi nelle quali si chiede la partecipazione dei soggetti ed obbligando l'Amministrazione a comunicare l'avvio del procedimento o anche a motivare le ragioni che sono alla base del provvedimento stesso.

<sup>8</sup> Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisd. per la Campania, sent. n. 141/2013; *id.* Sez. Giur. Lombardia, sent. n. 447/2006.

delle procedure di acquisto volte a realizzare imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Ciò premesso, l'attenzione va ora rivolta alla disciplina dei c.d. affidamenti *minori* ovvero agli appalti *sotto soglia comunitaria*,<sup>9</sup> tracciando i criteri distintivi rispetto alle procedure di acquisto ordinarie.<sup>10</sup> Questi contratti hanno un valore stimato, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, inferiore alle soglie stabilite dall'art. 35 del Codice; il successivo articolo 36 prevede, al riguardo, alcune eccezioni rispetto alle regole generali di acquisto, nel tentativo di coniugare le esigenze di legalità e di trasparenza con la sempre maggiore esigenza di strumenti di contrattazione rapidi e flessibili.

La norma è stata oggetto di un ultimo significativo intervento del legislatore nazionale con il D.L. n. 32/2019 (c.d. "*Decreto Sblocca Cantieri*") convertito in L. n. 55/2019, al fine di coniugare la corretta gestione delle risorse pubbliche con una maggiore semplificazione e speditezza procedimentale.

Le modifiche hanno inciso, in particolare, sugli appalti di valore superiore ai 40.000,00 euro in materia di lavori pubblici, mentre per gli affidamenti sotto tale soglia (riferiti a tutte le altre tipologie) non sono state rilevate variazioni rispetto al testo previgente.<sup>11</sup>

Va chiarito, al riguardo, come anche siffatti affidamenti, per quanto realizzati attraverso procedure semplificate, debbano sempre e comunque rispettare i principi generali di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità, pubblicità, oltre che, per quanto qui di interesse, di rotazione degli inviti.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha confermato (e rafforzato) tale assunto; in più occasioni i giudici contabili hanno ritenuto, infatti, che la totale assenza di una procedura di gara pubblica tra operatori economici volta a soddisfare un determinato fabbisogno della collettività, costituisce massima espressione del pregiudizio

---

<sup>9</sup> La soglia di rilevanza comunitaria è un criterio di differenziazione che separa i cosiddetti contratti di rilevanza comunitaria dai contratti sotto soglia.

<sup>10</sup> I contratti sopra soglia ricomprendono gli affidamenti il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto sia pari o superiore alle soglie variamente previste dall'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016; ad essi si applicano le disposizioni previste dal nuovo Codice degli appalti per i settori ordinari e per i settori speciali.

<sup>11</sup> La modifica normativa prevede l'affidamento diretto dei lavori e dei servizi, previa consultazione di almeno tre preventivi (per i lavori) o di cinque preventivi (per i servizi e le forniture): trattasi, invero, di procedura ibrida, a metà tra l'affidamento diretto vero e proprio e una procedura di gara informale. Non è più prevista, pertanto, la procedura negoziata per gli appalti di lavori fino ai 150.000,00 euro e per gli appalti di servizi e forniture sotto le soglie comunitarie, anche se rimane un limite in termini di modalità di tali procedure, quanto meno per i servizi e le forniture, laddove i soggetti a cui chiedere preventivi sono individuati "*sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*".

patrimoniale arrecabile alle casse dell'Erario, poiché l'assenza di un minimo confronto concorrenziale tra due o più offerte è insuscettibile, di fatto, di assicurare la salvaguardia degli interessi economici e patrimoniali pubblici.

I magistrati contabili censurano, in particolare, il mancato risparmio ingenerato dall'affidamento diretto del contratto pubblico ad un contraente privato, libero, quest'ultimo, evidentemente, di presentare qualsivoglia offerta economica, anche al rialzo, consapevole dell'assenza di ogni forma di concorrenza (e di controllo) in grado di costituire un ostacolo alla massimizzazione del suo profitto.<sup>12</sup>

L'interesse pubblico che si vuole tutelare è rappresentato, in sintesi, dalla buona amministrazione e dal buon andamento in senso *sostanziale*, affinché le risorse alimentate dal prelievo tributario sui cittadini, siano utilizzate sempre nel rispetto dei citati principi, contrastando, al contempo, squilibri, ingiustificati vantaggi o distorsioni della concorrenza.<sup>13</sup>

Non solo. A conferma dell'importanza e della delicatezza del tema in oggetto, la giurisprudenza amministrativa<sup>14</sup> ha inteso aggiungere alle predette disposizioni di diritto e contabilità pubblica (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento, la responsabilità per lesione dell'interesse legittimo e l'eventuale addebito per danno erariale), anche il rispetto delle norme generali dell'ordinamento civile che impongono al contraente pubblico di agire sempre, nel corso dell'intera procedura di affidamento, con lealtà e correttezza nei confronti di tutti i concorrenti.<sup>15</sup>

\*

## *2. La rotazione delle imprese e l'effettiva tutela della concorrenza*

Il tema della trasparenza amministrativa si coniuga con quello della *concorrenza*. In linea generale, la nozione di concorrenza comprende,

---

<sup>12</sup> Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisdiz. per l'Abruzzo, sentenza 26.07.2018, n. 99.

<sup>13</sup> Cfr. M. Perin, "Lavori pubblici e responsabilità erariali. Riflessioni sui fenomeni distorsivi nei lavori pubblici", su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2016. L'Autore indica come questi principi siano in linea con il Trattato della Comunità europea, il quale impone il rispetto di principi di "sana gestione finanziaria" (art. 248.2), di "buona gestione finanziaria" (art. 274.1), nonché dell'obbligo di motivazione degli atti (art. 253.1).

<sup>14</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 10 agosto 2018, n. 4912.

<sup>15</sup> La violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza; *ex multis*, Cons. di Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, Cons. Stato, VI, sentenza 6 febbraio 2013, n. 633; IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. di Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., SS.UU., sentenza 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636; 3 luglio 2014, n. 15250).

sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza "nel mercato") ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza "per il mercato"); in questa seconda accezione, attraverso la *tutela* della concorrenza, sono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi.<sup>16</sup>

Negli appalti pubblici il principio di *libera concorrenza* è contenuto nell'articolo 30 del Codice e si sostanzia nell'effettiva contendibilità degli affidamenti pubblici da parte di tutti i soggetti potenzialmente interessati (*"le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici"*).

Tale premessa aiuta a ben comprendere la *ratio* e l'ambito applicativo della previsione di cui al successivo articolo 36, comma 1, ove è specificato 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"*.

La norma codifica, in particolare, il *principio di rotazione* tra gli operatori economici, divenuto, oggi un importante argine all'ampia discrezionalità riconosciuta alla Pubblica Amministrazione all'atto di selezionare le imprese da invitare alle procedure negoziate.

Indicativa appare, al riguardo, l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, secondo cui *"contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'Amministrazione e tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione"*.<sup>17</sup>

Il *fondamento* dell'istituto<sup>18</sup> va rinvenuto, in linea generale, nell'esigenza di evitare un consolidamento di rendite di posizione in

---

<sup>16</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 18 luglio 2013, n. 209.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 12 settembre 2019, n. 6160.

<sup>18</sup> *Ex multis*, Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 5 novembre 2019, n. 7539.

capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio nasce soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), con specifico riferimento ai mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.<sup>19</sup>

La stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito, inoltre, come il predetto disposto normativo vada inteso alla stregua di una *lex specialis* della disciplina delle gare sotto soglia, ritenendo il principio contenuto al suo interno idoneo a prevalere sulla normativa degli appalti in generale;<sup>20</sup> trattasi, in sostanza, di "*principio di carattere generale in virtù del quale va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti c.d. sotto soglia*".<sup>21</sup>

Ne discende, pertanto, quale *corollario*, il carattere eccezionale dell'invito formulato (anche) all'affidatario uscente e, conseguentemente, che la sua esclusione non necessiti di una specifica motivazione.<sup>22</sup>

La magistratura contabile è concorde nel ricondurre il rispetto della trasparenza e del *favor participationis* a prova del corretto utilizzo di risorse pubbliche, prevedendo, per le stazioni appaltanti, un generale obbligo di ottemperare ad un (seppur minimo) confronto concorrenziale anche nel caso dei c.d. affidamenti *minori*, atteso che "*i basilari principi in materia di concorrenza e di libera prestazione dei servizi si impongono al rispetto degli Stati membri, indipendentemente dall'ammontare delle commesse pubbliche*", come predicato, peraltro, dal citato stesso art. 36 del Codice.<sup>23</sup> Di contro, il mancato rispetto di questi principi è in grado di determinare

---

<sup>19</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. I, sentenza 20 novembre 2019, n. 993.

<sup>20</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza 3 aprile 2019, n. 2209.

<sup>21</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 12 giugno 2019, n. 3943; Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125.

<sup>22</sup> Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, sentenza 16 ottobre 2018, n. 10023. L'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio, in effetti, non può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara sotto soglia comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (*ex multis*, Cons. di Stato, V, sentenza 13 dicembre 2017, n. 5854; Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142).

<sup>23</sup> Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisd. Centrale di Appello, 20 aprile 2011, n. 198. Invero, "*il danno alla concorrenza, non diversamente da qualunque altra tipologia di danno patrimoniale, non può ritenersi sussistente in re ipsa per il solo fatto, cioè, che sia stato illegittimamente pretermesso il confronto tra più offerte. Deve dirsi, piuttosto, che l'omissione della gara costituisce un indizio di danno, in quanto suscita il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minor prezzo che sarebbe stato ottenibile dal confronto di più offerte. Trattandosi, però, pur sempre e soltanto di un sospetto, occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spesa di denaro pubblico; dimostrazione che potrà essere raggiunta con il ricorso a ogni idoneo mezzo di prova, quale può essere la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori o servizi dello stesso genere di quello in contestazione*".

un'autonoma fattispecie di danno erariale ravvisabile *"nella perdita della possibilità per l'Amministrazione di scegliere tra le migliori offerte conseguibili, a seguito di una procedura di gara rivolta ad una adeguata platea di imprese, con conseguente inutile dispendio di risorse pubbliche"*.<sup>24</sup>

Si conferma, per l'effetto, la necessità di non procedere all'invito del contraente uscente,<sup>25</sup> salvo adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che possono indurre a derogarvi, quali, ad esempio, la particolare struttura del mercato, la riscontrata effettiva assenza di alternative, il grado di soddisfazione maturato a conclusione del cessato rapporto contrattuale (*i.e.* esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti), nonché, non da meno, la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Uguualmente, al fine di non incorrere in responsabilità erariale, dovrà essere descritto, in motivazione, anche ogni altro elemento utile a provare un uso non distorto delle risorse pubbliche (*"particolare, idiosincratico e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento. Tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare - nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (...) - già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dalla integrazione postuma, in sede contenziosa"*).<sup>26</sup>

La bontà di tale interpretazione ci viene offerta dalle Linee Guida ANAC n. 4 ove è evidenziato, tra l'altro, che *"il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente"*, al fine

---

<sup>24</sup> Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisd. per la Lombardia, sentenza n. 56/2017. La concorrenza può essere considerata, sia dal punto di vista del pregiudizio subito dall'impresa (di competenza del giudice amministrativo), sia con riguardo al pregiudizio subito dall'Amministrazione, con conseguente giurisdizione del giudice contabile. In origine, il danno da violazione delle regole dell'evidenza pubblica fu elaborato dalla giurisprudenza amministrativa e venne qualificato come danno da "perdita di chance", quale risarcimento per l'intervenuta impossibilità di partecipare alla gara, imputabile, in ipotesi, all'amministrazione aggiudicatrice sulla base del dato obiettivo riveniente da detta illegittimità, non subordinata al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa. (cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisdiz. per la Basilicata, sentenza n. 90/2017).

<sup>25</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 5 novembre 2019, n. 7539.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 31 marzo 2020, n. 2182.

A tal riguardo, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre Pubbliche Amministrazioni.

di contrastare pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei.<sup>27</sup>

In passato, la giurisprudenza ha sanzionato i tentativi di eludere il ricorso a siffatto modello di trasparenza e concorrenza, quando, nel caso di affidamenti pubblici esperiti negli ultimi tre anni, si sia ricorso ad arbitrari frazionamenti delle commesse; a ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alla alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; ad affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento.<sup>28</sup>

\*

### *3. Il rispetto della trasparenza nei casi di mancata rotazione*

Trasparenza e concorrenza, in determinati casi, possono essere comunque garantite seppur in assenza di effettiva rotazione tra imprese, ritenuta, da parte della giurisprudenza, una regola non inderogabile<sup>29</sup> nel caso di affidamenti pubblici svolti in maniera realisticamente concorrenziale con effettiva imparzialità nella valutazione delle offerte.<sup>30</sup>

In quest'ottica, la mancata rotazione non può (e non deve) trasformarsi in una causa di esclusione non codificata dal legislatore posto che, nel momento in cui la stazione appaltante apre al mercato anche nelle procedure negoziate dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni tra gli operatori economici ammessi alla procedura, *"ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo"*.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. T.A.R. Campania - Napoli, Sez. II, sentenza 8 marzo 2017, n. 1336, secondo cui *"la previsione di tale principio, a meno di non volerne vanificare la sua valenza, privilegia indubbiamente l'affidamento a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio stesso"*.

<sup>28</sup> Cfr. T.A.R. Calabria - Catanzaro, Sez. I, sentenza 12 aprile 2019, n. 813.

<sup>29</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, sentenza 9 febbraio 2018, n. 380.

<sup>30</sup> Cfr. cit. T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. I, sent. n. 993/2019; *ex multis*, inoltre, T.A.R. Napoli, Sez. II, 08.03.2017, n. 1336; T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515; T.A.R. Lazio, Sez. II, 11.03.2016, n. 3119. Secondo tale accezione, se il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, non sarà corretto disporre l'estromissione del gestore uscente allorché tale esclusione finisca (essa stessa) per ridurre la concorrenza.

<sup>31</sup> Cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, sentenza 22 maggio 2018, n. 493.

Tali riflessioni inducono a condividere come la regola in esame debba considerarsi comunque servente e strumentale al più generale principio della concorrenza in materia di appalti pubblici e *“non può risolversi in un ostacolo ad esso, né può implicare l’esclusione di chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un’Amministrazione pubblica, ma significa piuttosto non favorirlo”*.<sup>32</sup>

La tesi ha offerto interessanti spunti di riflessione ed un’articolata casistica meritevole di approfondimento.

E’ stato ritenuto, ad esempio, che l’impresa partecipante non possa considerarsi concessionaria “uscente” del servizio ove risulti che il precedente affidamento sia stato effettuato in favore di società poi fusasi per incorporazione con quella che ha partecipato alla gara, per il fatto di figurare, nel caso di specie, un soggetto giuridico diverso.<sup>33</sup>

Non è stato ritenuto violato il principio di effettiva concorrenza, inoltre, nell’ipotesi in cui la stazione appaltante, a seguito di una procedura negoziata indetta per l’affidamento del servizio di gestione del ciclo dei rifiuti, lo abbia affidato al gestore uscente, affidatario solo in via temporanea e urgente del medesimo in attesa di nuova gara.<sup>34</sup>

Ed ancora, la rotazione può essere disattesa, garantendo contestualmente trasparenza all’affidamento, in presenza di una manifestazione di interesse alla quale abbiano risposto solamente due operatori economici tra cui il gestore uscente; nel caso di specie, l’esclusione di quest’ultimo non avrebbe aumentato, bensì diminuito, la concorrenza.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021.

<sup>33</sup> Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-ter, sentenza 11 febbraio 2020, n. 1852.

<sup>34</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, sentenza 10 gennaio 2019, n. 60; secondo il Collegio, *“la peculiarità della situazione induce a ritenere che non possa ritenersi integrata la violazione dell’art. 36 del codice degli appalti”*, posto che la fattispecie dell’affidamento temporaneo e in via d’urgenza non può essere assimilata a quello che consegue all’aggiudicazione di una gara d’appalto e che, di norma, si protrae per un lungo lasso di tempo. Ciò, per un duplice ordine di ragioni: *“in primo luogo, se è vero che la ratio della norma è quella di evitare che un determinato concorrente si possa avvantaggiare delle conoscenze e delle esperienze conseguite in virtù del precedente affidamento, appare evidente che un adeguato bagaglio di conoscenze e di esperienze può essere acquisito solo in un ragionevole lasso di tempo. In secondo luogo, la norma deve essere interpretata come posta tutela della concorrenza in senso ampio. Se, infatti, si accedesse alla ipotesi ricostruttiva proposta dalla ricorrente, si giungerebbe al paradosso di ritenere che la stessa norma indurrebbe alla esclusione di quelle imprese che si prestano a fornire il servizio nella fase transitoria della preparazione delle gare, senza tuttavia, poter partecipare, successivamente, alle gare stesse, con evidente sacrificio del primario interesse ad aggiudicarsi in via definitiva l’oggetto della gara”*.

<sup>35</sup> Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, sentenza 12 giugno 2017, n. 816. La pronuncia conferma il principio secondo cui la rotazione è servente e strumentale rispetto all’obbligo di concorrenza e deve trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest’ultima.

Ugualmente estranea alla *ratio* del principio in esame appare l'ipotesi in cui un operatore economico sia invitato a due differenti selezioni pubbliche per le quali l'Amministrazione richieda una diversa qualificazione, come nel caso di partecipazione a due procedure negoziate che impongano, tra i requisiti tecnici di accesso, il possesso di categorie diverse.<sup>36</sup>

Rispettosa del principio della concorrenza e, come tale, alternativa alla predetta rotazione tra imprese, è stata ritenuta, inoltre, la selezione dei concorrenti attraverso *sorteggio* finale,<sup>37</sup> laddove l'Amministrazione non scelga liberamente i soggetti da invitare alla gara, bensì apra la selezione al mercato e segua poi una procedura idonea ad assicurare, mediante estrazione pubblica, l'imparzialità e la trasparenza della scelta finale.

In aggiunta a quanto esposto, vi sono casi, da ultimo, in cui il predetto confronto concorrenziale tra imprese non trova applicazione in ragione della struttura o delle caratteristiche stesse della procedura, senza, con ciò, intaccare il necessario obbligo di trasparenza ed imparzialità delle operazioni di gara.<sup>38</sup>

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione non effettui, né un affidamento (diretto), né un invito (selettivo) degli operatori economici, ma apra la possibilità di contrarre a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica;<sup>39</sup> il richiamo, in questo caso, è alle procedure ordinarie o comunque aperte al libero mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite, *“non ha operato alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione, ma è stata invece demandata al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta. Difatti in riscontro dell'avviso pubblico esplorativo (...) hanno manifestato il proprio interesse a partecipare alla procedura negoziata solo tre ditte (...) e tutti e tre i predetti operatori economici sono stati poi invitati a presentare offerta con lettera di invito. Di talché l'Amministrazione non ha effettuato alcuna selezione degli operatori da invitare o posto alcun limite numerico o filtri selettivi di accesso alla procedura di gara alla quale hanno partecipato tutti e soli gli operatori economici che si sono liberamente determinati in tal senso sulla base delle proprie scelte e logiche di convenienza commerciali, nel pieno rispetto dei principi di concorrenza e di par condicio”*.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Cfr. T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. I, sentenza 4 giugno 2019, n. 1380. Nel caso di specie, ad esempio, si trattava di OS28 invece che OG1.

<sup>37</sup> Cfr. T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I, sentenza 5 novembre 2018, n. 1574.

<sup>38</sup> Cfr. T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. III, sentenza 13 marzo 2020, n. 326.

<sup>39</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, sentenza 25 aprile 2020, n. 2654.

<sup>40</sup> Cfr. T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, Sez. I, sentenza 17 aprile 2020, n. 132.

Inoltre, secondo recente giurisprudenza, anche le concessioni risulterebbero al di fuori dell'applicazione del principio in esame (*"la selezione della rosa di operatori da invitare non è subordinata al rispetto del principio di rotazione, previsione non richiamata dall'art. 30 (e neppure dalla lett. a dell'art. 36)"*),<sup>41</sup> in ragione del contenuto dell'art. 30, D.Lgs. n. 50/2016,<sup>42</sup> che non afferma la sussistenza di un principio generale di rotazione per *tutti* i contratti (l'art. 36 lo riserva per i contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi) includendovi anche le (diverse) gare di affidamento di concessioni; pertanto, *"il peculiare contratto (attivo) di 'concessione' non rientra nell'ambito d'azione diretto della disposizione dell'art. 36, in quanto la concessione è sottoposta all'applicazione dei soli generali principi di "libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità", con garanzia di "qualità delle prestazioni" nonché "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" (cfr. art. 30 comma 1°)."*

\*

#### 4. Conclusioni

La trattazione di cui al presente contributo ha evidenziato come trasparenza e concorrenza siano divenute un indispensabile modello di garanzia per la correttezza degli affidamenti pubblici, idonee a tutelare, a livello procedimentale, il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza, ma della legittimità stessa delle procedure di gara.

A seguito della riforma sulla anticorruzione e della campagna di sensibilizzazione volta a rafforzare la legalità negli appalti pubblici, l'attuazione di tali principi riveste oggi particolare importanza; essi andranno necessariamente rispettati, pertanto, anche (e soprattutto) nei c.d. affidamenti *minori* per salvaguardare appieno una gestione sana ed efficiente della *"res publica"*.

Non da meno, in ragione della non sempre agevole interpretazione di determinati istituti del Codice degli appalti, ancora oggetto di dibattito

---

<sup>41</sup> Cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. II, sentenza 17 febbraio 2020, n. 101.

<sup>42</sup> L'art. 30, comma 1, specifica che: "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

nei loro aspetti fondamentali, appare necessario perseguire sempre più a fondo, accanto alle disposizioni normative, il rispetto dei codici di comportamento e di comuni regole etiche degli operatori pubblici, al fine di scongiurare i gravi rischi e le molteplici responsabilità connesse ad un uso distorto dell'azione amministrativa.

Roma, 2 giugno 2020