



COMUNE DI MOSCIANO SANT'ANGELO

Provincia di Teramo
Piazza IV Novembre – 64023 Mosciano Sant'Angelo

Segretario Generale

Sito Internet www.comune.mosciano.te.it	Telefono 085-80631204	Fax 085-8061219
E-mail segretariogenerale@comune.mosciano.te.it	Pec comune.mosciano.te@legalmail.it	

DIRETTIVA N° 2/2018

Oggetto: MISURE D' ATTUAZIONE DEL PTPC. MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE.

In sede di aggiornamento del PTPC 2018/2020, approvato con deliberazione di Giunta Comunale n. 11 del 31/01/2018, nella mappatura dei processi Tabella B Ambito "Scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture" è stato posto in **risalto l'obbligo di applicazione del principio di rotazione nell'individuazione dell'affidatario di lavori, servizi e forniture, introducendo, in assenza di elenchi di operatori economici, l'obbligo degli avvisi pubblici per raccogliere le manifestazioni di interesse.**

Il quadro normativo sul tema è radicalmente mutato per effetto del nuovo Codice dei Contratti e degli orientamenti giurisprudenziali che ne sono seguiti

Si ritiene necessario quindi formulare provvisori criteri operativi, con riserva di valutare l'opportunità di calibrarli in maniera più analitica e recepirli in un atto di valenza regolamentare.

1. Riferimenti normativi

Appalti sotto soglia:

La disciplina è ora contenuta nel comma 1 dell'art. 36 del Dlgs.50/2016 modificato con Dlgs.56/2017 che dispone:

1. 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. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'[articolo 50](#).

Appalti sopra soglia:

Laddove si adottino procedure aperte il principio di rotazione non trova applicazione.

2. Definizione ed ambito

Il criterio di rotazione è ora stato analizzato e sviluppato da angolazioni diverse. Si fa riferimento in particolare:

- Linee Guida ANAC n. 4 sugli affidamenti sotto soglia, aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018. (https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=7143)
- Parere Consiglio di Stato n.1/2018 su proposte di linee guida

Da tali documenti si desume che:

1. 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.
2. 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.
3. La rotazione non si applica laddove l'affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice 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.
4. Il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvitto 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 reinvitto al **candidato invitato** alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto **dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altri ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità**

dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.

3. Modalità operative

Alla luce dell'approfondita disamina contenute negli atti e provvedimenti sopra richiamati si definiscono le seguenti modalità operative:

- A. **Per tutte le procedure negoziate sotto soglia**, nelle more della costituzione degli albi, si procede di norma con un'indagine di mercato mediante avviso pubblico per raccogliere le manifestazioni di interesse, avviso da pubblicarsi per 15/ 5 gg, a seconda dell'urgenza che va adeguatamente motivata, nella Sezione Amministrazione Trasparente –sottosezione bandi. Gli avvisi di manifestazione di interesse possono riguardare cumulativamente più lavori, servizi o forniture.
- I. In fase di indagine di mercato l'avviso esplorativo deve indicare i requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, e tecnico-professionale che saranno richiesti in sede di gara, sebbene la verifica del loro possesso sarà effettuata solo nella fase successiva.
 - II. Per gli appalti di manutenzione o di fornitura è opportuno precisare tra i requisiti di partecipazione la disponibilità di una sede operativa (o la disponibilità ad attivarla entro un congruo termine dalla aggiudicazione) entro un raggio chilometrico definito, al fine di garantire tempi di intervento adeguati al servizio ovvero agevole accesso al fornitore (ove questo sia a carico di questo ente)
 - III. Nell'avviso esplorativo deve essere indicato il **numero massimo di manifestazioni d'interesse che saranno accolte, oltre il quale si procederà al sorteggio pubblico**, definendo in linea di massima le seguenti soglie e con riserva di calibrarle in maniera più puntuale in rapporto alle singole specificità:

	Fino a € 40.000	Fino a € 150.000	Oltre € 150.000
Lavori	5	12	30
Servizi	3	7	10
Forniture	3	7	10

- IV. Qualora il numero delle manifestazioni di interesse pervenute sia superiore al numero massimo delle ditte da invitare, sarà esclusa dal sorteggio la ditta aggiudicataria. Nel caso in cui il numero delle manifestazioni di interesse sia invece inferiore, l'ammissione dell'ultimo aggiudicatario dovrà essere espressamente motivata con riferimento a quanto indicato al precedente paragrafo 2 punto 4;
 - V. Se il numero delle manifestazioni di interesse fosse superiore al doppio del numero massimo delle imprese da invitare saranno escluse dal sorteggio anche le ditte già invitate nelle precedenti analoghe procedure. Anche in tal caso qualora non si renda necessario procedere alla loro esclusione in considerazione del non elevato numero di manifestazioni di interesse pervenute, l'ammissione dovrà essere espressamente motivata con riferimento alle analoghe considerazione del § 2 punto 4.
 - VI. La rotazione di cui ai punti IV e V deve essere applicata in caso di nuovo affidamento analogo (vedi §.2 punto 1) di importo uguale o entro una soglia del 20% in più o in meno rispetto all'ultima procedura di gara
 - VII. E' facoltà dell'Amministrazione ampliare il numero delle imprese da invitare alla gara per favorire la massima partecipazione e concorrenza.
- B. Si potrà prescindere dall'indagine di mercato con avviso pubblico per gli affidamenti di importo complessivo inferiore a € 10.000,00 o se urgenti anche fino ad € 40.000,00, per i quali vi siano le condizioni per disporre un affidamento diretto.**

Gli affidamenti diretti devono essere motivati quindi con riferimento a tre profili:

- I. **Economicità:** deve essere attestata la congruità del prezzo (che non equivale al prezzo più basso), ricavata da una indagine di mercato anche informale (desumibile anche dai prezzi praticati da altri enti)
- II. **Efficacia:** deve essere precisato il perché non si attinga da convenzioni Consip o altri accordi e quindi attestare l'idoneità dell'atto a produrre suoi effetti
- III. **Rotazione:** considerato che la rotazione deve essere rispettata negli affidamenti e negli inviti e che trattasi di un principio tendenziale, laddove si ritenga di derogare ad esso la motivazione deve essere legata in primo luogo al contesto territoriale ed al mercato. Laddove cioè il mercato o il contesto territoriale non consentano un'ampia e funzionale partecipazione di operatori economici sarà consentito derogare il principio rotazione.
- IV. Per gli affidamenti diretti ricompresi tra €10.000 ed € 40.000, **l'Urgenza.** In quest'ultimo caso la determinazione a contrattare va immediatamente trasmessa al RPCT.

Con riferimento agli affidamenti di importo inferiore a € 40.000,00 o per i lavori in amministrazione diretta per i quali l'articolo 36 comma due lettera a) dispone la possibilità di procedere mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici occorre, infatti, precisare che la norma va letta in combinato disposto con il comma che impone il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 comma 1, 34 e 42 nonché il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Si richiamano a riguardo le Linee Guida n. 4 dell'ANAC, sugli affidamenti sotto soglia, aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018. Dalla lettura del documento emerge in modo univoco e chiaro che le amministrazioni, per tutte le procedure negoziate > di 1.000,00 e < di 150.000,00 devono dotarsi di **regole prestabilite** per assicurare l'applicazione del principio di rotazione circostanza per cui non ci si può di regola sottrarre ad avvisi o costituzione di elenchi di operatori economici attraverso cui assicurare il **criterio di equa rotazione**.

Si ricorda, inoltre, che l'art.3 della L. 241/1990 IMPONE in via generale l'obbligo di motivazione per tutti gli atti amministrativi. Il RUP deve pertanto sempre esplicitare, nella determina a contrarre, in caso di ODA, o nella determina di aggiudicazione, in caso di TD, i motivi in forza dei quali è stato individuato quel determinato operatore economico e non un altro., fermo restando il limite degli importi e i presupposti per procedere fissati con la presente direttiva.

Si ricorda, infine, anche l'art. 9, comma 2 del DPR. 62/13, regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, secondo cui "la tracciabilità dei processi decisionali adottati dai dipendenti deve essere, in tutti i casi, garantita attraverso un adeguato supporto documentale, che consenta in ogni momento la replicabilità." Pertanto il processo decisionale che conduce il RUP a individuare un determinato operatore economico deve restare tracciato per iscritto, e la tracciabilità deve essere garantita su un adeguato supporto documentale (determina contrarre o determina di aggiudicazione). L'obbligo di motivazione è strettamente collegato con l'obbligo del rispetto del principio di rotazione; il RUP, anche dopo il correttivo, deve continuare ad effettuare l'indagine identificativa per individuare l'operatore economico a cui affidare il contratto, e deve continuare a garantire la tracciabilità del processo decisionale che ha condotto a quella identificazione, mediante idonea motivazione.

C. Per gli affidamenti di importo inferiore ai €1.000.000 è consentito derogare dall'applicazione del principio di rotazione con scelta sinteticamente motivata contenuta nella determinazione a contrarre o in atto equivalente.

D. 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:

- o arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce;
- o ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto;
- o alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici.

4. Giurisprudenza

Si reputa utile richiamare anche in questa nota alcune pronunce giurisprudenziali che stanno tracciando la strada alla corretta applicazione del principio di rotazione:

CONSIGLIO DI STATO, Sez. 5^a - 13 dicembre 2017, n. 5854 - APPALTI - Principio di rotazione - Appalti sotto soglia - Invito all'affidatario uscente - Carattere eccezionale - Motivazione.

Il principio di rotazione, obbligatorio per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti sotto soglia, trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, anche al fine di ostacolare le 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, il principio in questione comporta che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale. Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo, **dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento** (cfr. la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'ANAC, linee guida n. 4).

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 9 febbraio 2018 n. 380 –

Anche se è vero che l'art. 36, comma 2, lettera b), del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio "di rotazione degli inviti", tuttavia non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile (1).

(1) Cfr. TAR Toscana, sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, in LexItalia.it, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2017/92940>, secondo cui il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, sicché non può disporsi l'estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza.

V. anche TAR Veneto, sez. I, 26 maggio 2017, n. 515, secondo cui “per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di “rotazione” degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906, in LexItalia.it, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2012/33605>; TAR Campania – Napoli, II, 8 marzo 2017 n. 1336; TAR Lazio – Roma, Sez. II, 11 marzo 2016 n. 3119, ivi, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2012/33605>).

Pertanto, “ove il procedimento per l’individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l’affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l’aggiudicazione all’affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto” (TAR Napoli, II, 27 ottobre 2016 n. 4981”).

Con riguardo poi all’art. 4.2.2 delle Linee Guida di ANAC, la sentenza in rassegna ha rilevato che si tratta di un atto avente natura amministrativa e meramente interpretativa della superiore norma di legge, tanto è vero che la stessa ANAC ha deliberato nella seduta del 20.12.2017 una modifica a tale norma, attualmente in attesa di approvazione definitiva.

Il Segretario generale

Dr.ssa Raffaella D’EGIDIO

