

# Il principio di rotazione e la partecipazione del gestore uscente alla successiva selezione

di Emanuela Rizzi

**T.A.R. LOMBARDIA**, Brescia, sez. II, 14 ottobre 2015, n. 1325  
*Pres. Farina; Est. Tenca - Sottosopra Società Cooperativa Sociale Onlus (Avv. Coppetti) c. Comune di Clusone (Avv. Messi) e Seriana 2000 Società Cooperativa Sociale Onlus (Avv. ti Carullo e Belli).*

**Contratti della p.a. - Appalto pubblico di servizi - Procedura negoziata - Principio di rotazione - Invito al gestore uscente - Legittimità.**

*Alla luce del pacifico principio di massima partecipazione, non risulta alcun obbligo di estromettere dalla gara per l'affidamento di un servizio l'affidatario uscente; infatti non sussiste un interesse tutelabile a favore dell'invitato a formulare offerta che si dolga dell'invito esteso al gestore uscente. Il principio di rotazione è posto a presidio della posizione giuridica invocabile da parte di soggetti pretermessi e non di operatori economici invitati.*

DIRITTO  
(Omissis)

1. Con il primo motivo, la ricorrente incidentale lamenta la violazione dell'art. 125 comma 11 del d.lgs. 163/2006 e del principio di rotazione ivi racchiuso, in quanto la ricorrente, quale precedente affidataria del servizio, non doveva essere invitata, per assicurare il naturale avvicendamento nella gestione ed evitare la formazione di rendite di posizione in capo a un solo operatore economico; invoca in proposito Seriana 2000 i precedenti di questo Tribunale n. 1370/2012 e n. 372/2008, che hanno affermato la regola (nella fattispecie non rispettata) per la quale la stazione appaltante è tenuta a fornire una congrua motivazione nel caso in cui ritenga di invitare anche il precedente gestore.

1.1 In disparte l'eccezione di inammissibilità formulata dalla ricorrente, il motivo è infondato. Il più recente orientamento di questo T.A.R. (cfr. sentenza sez. I, 24 marzo 2015, n. 450) è nel senso di ritenere che "alla luce del pacifico principio di massima partecipazione, non risulta alcun obbligo di estromettere dalla gara per affidare un servizio l'affidatario uscente". In modo più articolato la sez. II (cfr. sentenza 17 gennaio 2014, n. 45) ha sostenuto che «(a) la regola che impone di alternare le imprese da invi-

Infatti, deve valorizzarsi la prevalenza del più generale principio di massima partecipazione che sarebbe incompatibile con un, peraltro insussistente, "obbligo di estromettere dalla gara per affidare un servizio l'affidatario uscente"<sup>9</sup>.

Anche perché l'enucleazione di un obbligo del genere "comporterebbe una lesione dei principi fondamentali del Trattato, applicabili anche agli appalti "sotto soglia"<sup>10</sup>.

Come si desume dall'analisi degli sviluppi giurisprudenziali che hanno interessato l'argomento, la pronuncia in esame non si pone in contrasto con l'orientamento che si va affermando sul tema, ma indaga un profilo particolare che concerne la possibilità di far valere la violazione del criterio di rotazione e la posizione di terzo, non portatore di un interesse giuridicamente rilevante e qualificato, meritevole di tutela, del concorrente invitato ad una procedura selettiva per l'individuazione dell'affidatario.

È stato autorevolmente chiarito<sup>11</sup> che ritenere consentito agli operatori invitati ad una gara di censurare il mancato rispetto del principio di rotazione per escludere dalla competizione il gestore utente configurerebbe un intervento surrogatorio della posizione giuridica di cui godono i soggetti pretermessi, costituirebbe interferenza nel potere della p.a. di scelta dei concorrenti da invitare e limiterebbe l'applicazione del principio di garantire la massima partecipazione alla procedura.

Alla luce delle articolate argomentazioni svolte nella sentenza, non si può che concludere che questa pronuncia si pone nel solco dell'indirizzo che afferma la relatività del criterio di rotazione, con il conseguente depotenziamento del limite introdotto alla discrezionalità della stazione appaltante, nella scelta dei soggetti da invitare alle selezioni per l'offerta migliore, con l'adozione delle procedure di negoziazione diretta.

L'approfondimento che contraddistingue la pronuncia in commento concerne esclusivamente la titolarità del potere di contestare, eventualmente, il mancato rispetto del criterio di rotazione riconosciuto all'escluso<sup>12</sup>, ossia al soggetto che contesti il mancato invito alla procedura in qualità di pregresso affidatario.

.....  
(9) In tal senso T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 24 marzo 2015, n. 450 e *ibidem*, sez. II, 17 gennaio 2014, n. 45.

(10) V. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4902.

(11) T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza n. 45/2014 cit.

(12) In tal senso cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 7 maggio 2015, n. 1122.

soluta tale da inficiare gli esiti di una gara in caso di sua mancata applicazione, e non incide sulla selezione dell'operatore economico se la procedura ha rispettato gli ulteriori principi di trasparenza e parità di trattamento, garantendo un'effettiva concorrenza, neppure se l'aggiudicazione intervenga a favore di un soggetto già invitato a simili selezioni o addirittura già affidatario del servizio.

È ovviamente necessario che la qualificazione maturata nel progresso svolgimento del servizio non incida sulla valutazione dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione, quale requisito preferenziale che orienti la scelta del futuro affidatario.

L'interpretazione innovativa, fornita dal Supremo Consesso, dell'attuazione di questo principio costituisce il contemperamento della deroga realizzata con le procedure previste dall'art. 125 del Codice dei contratti alle altre forme di selezione, attuate con procedure aperte o ristrette, basate su un più aperto confronto concorrenziale.

Invero la giurisprudenza più risalente aveva sposato un'applicazione molto restrittiva del principio di rotazione, quale quella propugnata dall'Autorità di vigilanza<sup>7</sup>, secondo la quale l'affidatario non sarebbe stato invitato alle gare indette successivamente con procedure in economia entro un certo periodo di tempo.

Al riguardo il T.A.R. Brescia<sup>8</sup> aveva statuito che *"quando vi sono imprese che hanno già svolto analoghi lavori o servizi sulla base di procedure negoziate l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente favorire l'ingresso di altri soggetti escludendo dagli inviti, per un certo periodo, gli affidatari pregressi. Il principio di rotazione risulta ancor più stringente per l'amministrazione aggiudicatrice quando la situazione di mercato in un determinato contesto economico sia caratterizzata dalla presenza di numerose imprese potenzialmente idonee e interessate all'appalto. In questo caso la rotazione può essere applicata non solo ai precedenti affidatari ma anche ai soggetti che abbiano partecipato alle procedure negoziate senza conseguire l'appalto"*.

Il richiamo dei precedenti, operato dal Collegio che si è pronunciato sulla fattispecie in predicato, delinea l'ambito di applicazione della norma sopra richiamata, connotando il principio di rotazione come elemento a salvaguardia dei soggetti pretermessi e non degli operatori invitati alle gare, con ciò delimitando la possibilità di avvalersene e sostanzialmente degradando la rotazione a rango di criterio e/o metodo, il cui mancato utilizzo non configura un vizio idoneo ad inficiare, in assoluto, la regolarità del procedimento selettivo.

.....  
(7) V. determinazione n. 2/2011 cit.

(8) Sentenza sez. II, 21 gennaio 2011, n. 137.

Un precedente dello stesso T.A.R.<sup>1</sup> commentato, invocato espressamente dal ricorrente incidentale che ha sollevato la questione che ci occupa, aveva disposto che *“Chi ha ottenuto un beneficio sfruttando una deroga anticoncorrenziale deve accettare il bilanciamento costituito dalla non immediata candidabilità ad altri appalti dello stesso tipo con la medesima stazione appaltante, e dunque non può lamentarsi né dell'assenza di una vera e propria gara (al di sotto della soglia comunitaria) né di non essere stato invitato alla gara informale”*, confermando l'interpretazione restrittiva del principio di rotazione che si era affermata precedentemente ai recenti ripensamenti richiamati in parte motiva della decisione riportata.

Altra pronuncia del medesimo giudice amministrativo<sup>2</sup> aveva enucleato l'ulteriore corollario a detto limite nel senso che *“in forza dell'attuale ordinamento (art. 125 Codice dei contratti, n.d.r.), non può essere riconosciuta, in capo al precedente gestore (specie se affidatario a seguito di procedura negoziata), alcuna pretesa qualificata ad essere ulteriormente invitato alla successiva procedura negoziata ovvero a conoscere le ragioni dell'omesso invito. Va invece affermato il principio opposto ossia che l'Amministrazione è tenuta a fornire una congrua motivazione nel caso in cui ritenga di estendere il nuovo invito anche al precedente gestore”*.

Detta ultima asserzione contrasta decisamente con l'attuale assunto per cui *“l'eventuale scelta di non interpellare (il gestore uscente del servizio, ndr) ai fini della presentazione di un'offerta avrebbe dovuto essere specificamente motivata”*<sup>3</sup>, capovolgendo nettamente la prospettiva entro la quale si inserisce il criterio di rotazione.

L'Autorità di vigilanza<sup>4</sup> ha precisato che la finalità del principio risiede nella necessità di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese, reiterando affidamenti c.d. *“replicativi”*<sup>5</sup> in violazione del principio di concorrenza, e negando ad altri operatori analoghe *chances*.

Il Consiglio di Stato<sup>6</sup>, capostipite del mutamento giurisprudenziale registrato, ha avuto modo di statuire che il principio di rotazione è funzionale ad assicurare l'avvicendamento delle imprese affidatarie dei servizi mediante cottimo fiduciario, ma non ha valenza precettiva as-

.....

(1) T.A.R. Lombardia, Brescia, 18 luglio 2012, n. 1370.

(2) T.A.R. Lombardia, Brescia, 15 aprile 2008, n. 372.

(3) V. Cons. Stato, sez. VI, n. 4295/2006 e più recentemente T.A.R. Piemonte, sez. I, 25 ottobre 2013, n. 1130.

(4) Con determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, pubblicata in G.U. n. 106 del 9 maggio 2011.

(5) Così definiti da P. GALATINO, nell'articolo *Il principio di “rotazione” nelle gare per l'affidamento di servizi*, La sentenza Rubrica sul sito [www.anv.it](http://www.anv.it).

(6) Sez. VI, sentenza n. 6906 del 28 dicembre 2011, commentata sul n. 1/2012 di questa Rivista.

*tare alle procedure negoziate ha un ambito di applicazione generale che si estende anche agli appalti ricompresi nell'allegato II-B del d.lgs. 163/2006 (v. T.A.R. Brescia, sez. II 18 luglio 2012, n. 1370); (b) il principio di rotazione non ha però carattere assoluto (necessaria esclusione del gestore uscente) ma relativo (devono essere invitati in via preferenziale altri soggetti, tuttavia se vi è disponibilità di posti può essere interpellato anche il gestore uscente); (c) l'interesse dei soggetti che hanno ricevuto l'invito alla gara ad avvalersi del principio di rotazione per escludere il gestore uscente non può essere tutelato, in quanto (1) si configurerebbe come utilizzo in via surrogatoria di una posizione giuridica di cui sono titolari i soggetti pretermessi, (2) vi sarebbe interferenza nella scelta dei concorrenti, facoltà che spetta solo alla stazione appaltante, (3) limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura».*

1.2 Nello stesso senso può essere evocato il T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 7 maggio 2015, n. 1122, ad avviso del quale "... il provvedimento impugnato è illegittimo, nella parte in cui non ammette alla partecipazione i soggetti che avevano eseguito servizi identici affidati dal Comune di Opera mediante procedura negoziata nel triennio antecedente, tra i quali, per l'appunto, l'attuale ricorrente. In linea generale, ed in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, il principio di rotazione non può infatti essere invocato, sic et simpliciter, per escludere i concorrenti che inoltrino una domanda per essere invitati ad una procedura negoziata (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 179, T.A.R. Molise, sez. I, 17 aprile 2014, n. 269), ciò che comporterebbe infatti una lesione dei principi fondamentali del Trattato, applicabili anche agli appalti "sotto soglia" (Cons. Stato, sez. VI, 4.10.2013, n. 4902)". Ad identica conclusione è pervenuto il T.A.R. Lazio Roma, sez. I-ter, 12 marzo 2015, n. 4063, per il quale, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza, "la ricorrente - in qualità di gestore uscente del servizio - avrebbe dovuto essere invitata alla procedura e comunque l'eventuale scelta dell'Amministrazione di non interpellarla ai fini della presentazione di un'offerta avrebbe dovuto essere specificamente motivata (Cons. Stato, sez. VI, n. 4295/2006; T.A.R. Piemonte, sez. I, 25 ottobre 2013, n. 1130)". In definitiva, la giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui non sussiste alcun ostacolo ad invitare (anche) il gestore uscente a prendere parte al nuovo confronto comparativo.

*(Omissis)*

---

## Commento

La sentenza annotata interviene sul principio di rotazione dettato dall'art. 125, comma 11, del Codice dei contratti, applicabile agli affidamenti con ricorso a procedure negoziate, confermando la modifica di orientamento, ormai in via di consolidamento, sulla lettura da dare alla norma e riportando un'interessante panoramica giurisprudenziale sull'argomento.

Preliminarmente va sottolineato che il Codice dei contratti ed il suo Regolamento di attuazione non individuano una definizione del criterio di rotazione, oppure le modalità di sua applicazione alle procedure selettive.