amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Dal mito della rotazione alla rotazione mite

di Francesco Armenante

(Professore aggregato di Scienza dell'Amministrazione presso l'Università degli studi di Salerno)

Sommario

1. Premesse – 2. L'ambito soggettivo e oggettivo della rotazione nelle prime codificazioni sulla contrattualistica pubblica e negli indirizzi della *soft law* – 3. Il principio di rotazione nel codice di ultima generazione - 4. Orientamenti giurisprudenziali alla luce del nuovo codice: *ratio* e portata applicativa del principio di rotazione - 5. Il nuovo volto della rotazione: principio implicito, ancillare o falso principio? - 6. L'antinomia tra fiducia e rotazione - 7. L'accesso al mercato e la naturale vocazione della rotazione - 8. I possibili risvolti processuali - 9. Una riflessione di sintesi: la doppia anima della rotazione e l'ambiguità della rotazione "mite".

Abstract

Variously defined and valued, considered the natural counterweight to discretion and, at the same time, debased to a mere operational criterion, rotation is a highly debated aspect of low-threshold procurement, with inevitable procedural implications and controversial application implications.

On a regulatory level, a figurative oxymoron has emerged.

The new codification of public contracts, in fact, prioritizes the application of the principle in question (set out in Article 49) over the rules governing sub-threshold procurement (detailed in the subsequent Article 50), with a marked formal emphasis but contemplating a complex range of possible exceptions, against which a rather confusing ratio legis serves as a backdrop..

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premesse.

Variamente definita e valorizzata, ritenuta il naturale contrappeso alla discrezionalità e, contestualmente, svilita a mero criterio operativo, la rotazione costituisce un aspetto oltremodo dibattuto in tema di affidamenti di ultima soglia, con inevitabili risvolti processuali e controverse ricadute applicative.

Sul piano normativo si è assistito ad un ossimoro figurativo.

La nuova codificazione sui contratti pubblici[1], infatti, antepone l'applicazione del principio in esame (declinato all'art. 49) alla disciplina sugli affidamenti sotto-soglia (dettagliata nel successivo art. 50), con una marcata enfatizzazione formale ma contemplando un articolato ventaglio di possibili deroghe, cui fa da sfondo una *ratio legis* alquanto confusa.

Nel prosieguo, dopo una ricostruzione diacronica del principio in argomento, saranno analizzati anche i più recenti contributi interpretativi, allo scopo di ridefinirne l'effettiva portata, previa valutazione della sua compatibilità con i super-principi (o principi valori) che permeano la terza codificazione in materia di contrattualistica pubblica.

Indubbiamente, il terreno di elezione del principio in argomento è il micro-sistema degli affidamenti sotto-soglia (artt. 48 e 55 del cdc)[2] considerata l'obbligatorietà, per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate con inviti, di rispettare il principio in esame[3], risultando inibiti, almeno in via generale, ripetuti e continui affidamenti a favore del medesimo operatore[4].

Con l'avvertenza che la rotazione non evoca un giudizio di merito tra più opzioni, una scelta tra più aspiranti ad un certo risultato, bensì rappresenta un criterio di distribuzione che consente di far beneficiare del risultato sperato, in tempi diversi, più soggetti aventi i relativi requisiti[5].

Le preminenti esigenze sottese all'applicazione del principio in argomento si apprezzano maggiormente in caso di affidamenti diretti, in ragione della

---

[1] Di cui al D. Lgs. n. 36 del 31 marzo 2023, d'ora in avanti anche cdc.

[2] Il principio di rotazione per i contratti sottosoglia non costituisce un'assoluta novità, visto che i commi 8 e 11 dell'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 lo enunciavano tra i principi da rispettare in caso di affidamenti di importo ricompreso tra 40.000 euro e le soglie comunitarie. Con i codici del 2016 e 2023 se ne è estesa la portata anche agli affidamenti di ultima soglia (ovvero di minore importo) e ne viene rimarcata la priorità rispetto a quelli generali (sulla portata del principio per gli affidamenti degli appalti in economia, di cui all'art. 125 del d. lgs. n. 163 del 2006, cfr., AA.VV., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pagg. 990).

[3] Richiamato dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 e, ora, dall'art. 49 del d. lgs. n. 36 del 2023.

[4] Invero, ai fini della prevenzione dei fenomeni illeciti, concorrono plurime previsioni di altre normative di settore (si pensi alla l. n. 190/2012, il cui art. 1, commi 4, 5 e 10, prescrive la rotazione degli incarichi dirigenziali o apicali, soprattutto nei settori di attività più esposti a fenomeni corruttivi) e della contrattazione collettiva (in special modo del comparto dirigenziale).

[5] Sulla diversità di *ratio* del principio in argomento, si veda il contributo di L. PRESUTTI, *Decorrenza del termine di impugnazione e principio di rotazione nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, n. 1/2019, pagg. 85 ss., con ampi richiami giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

discrezionalità[6], piuttosto ampia, che connota l'operato della P.A., anche qualora gli stessi siano preceduti da indagini di mercato[7]. In siffatta ipotesi, la convenienza dell'offerta formulata dall'uscente spesso consegue alla "non apprezzabile" prassi di "attingere" gli interpellati dal medesimo bacino di utenza (ovvero dallo stesso contesto socio-economico), laddove accordi anticoncorrenziali tra gli operatori risultano più probabili (e più diffusi), alterando gli esiti delle ordinarie selezioni competitive.

Meno netta, ma non sterilizzata, è la necessità di applicare detto principio alle procedure negoziate semplificate, caratterizzate da una vera e propria competizione formale, con richieste di offerte (come per le r.d.o.[8]) il cui esito non è rimesso a scelte discrezionali della Stazione appaltante ma consegue all'applicazione di uno dei

[6] Al cospetto di un affidamento diretto *ex* art. 50, comma 1, lett. b) del D. Lgs. n. 36/2023, e non di una procedura competitiva, sia essa negoziata o aperta, la Stazione appaltante non è tenuta a rispettare il corredo di regole procedimentali e adempimenti, anche formali, tra cui rendere esplicite le ragioni della mancata positiva valutazione del preventivo di spesa formulata dall'operatore non selezionato. Ciò in quanto, l'affidamento diretto, per espressa previsione legislativa, non è una gara, ma una procedura "*priva ex se di carattere propriamente comparativo e non soggetta ad una rigida procedimentalizzazione, nella quale prevalgono, in ragione del limitato valore della spesa, esigenze di semplificazione per una maggiore accelerazione delle procedure*" di acquisizione del servizio. In caso di affidamento diretto, poi, l'offerta, in sostanza, è una mera "proposta contrattuale" articolata dall'impresa in modo da rispondere alle richieste specifiche dell'amministrazione acquirente, sulla base dei parametri dalla stessa indicati, che non impegna a un confronto comparativo strutturato, né tantomeno a una "pesatura" dei contenuti delle proposte dei diversi operatori (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2024, n. 1778). Ne deriva che l'individuazione dell'operatore, connotata dall'esercizio di una discrezionalità tecnica e amministrativa ancora più accentuata di quella ordinariamente riscontrabile nelle procedure ad evidenza pubblica, stante appunto la natura non comparativa delle valutazioni operate dalla S.A. nella fattispecie di cui è causa, si sottrae al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo, al quale è consentito esclusivamente un vaglio di ragionevolezza e logicità, volto a verificare se le censure mosse dalla parte ricorrente disvelino un'abnormità o arbitrarietà della valutazione operata dalla S.A. o un manifesto travisamento dei fatti (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2024 n. 503; Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2024 n. 9404; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13 gennaio 2025, n. 279; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 15 maggio 2025, n. 873). L'affidamento diretto non prevede l'obbligo di indagini di mercato o l'acquisizione di più preventivi, atteso che non integra gli estremi di una gara, trattandosi piuttosto di un mero confronto di preventivi, con conseguente dovere della Stazione appaltante di motivare la scelta dell'aggiudicatario non in ottica comparativa, ma solo in termini di economicità e di rispondenza dell'offerta alle proprie esigenze.

[7] Come affermato dalla giurisprudenza in fattispecie analoghe, "*la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze*" (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2024, n. 503 e sez. IV, 23 aprile 2021 n. 3287; T.A.R. Basilicata, sez. I, 11 febbraio 2022 n. 108; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 febbraio 2025, n. 909). Non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, in forza del quale, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre "*individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale*" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 11 novembre 2024, n. 19840; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2024, n. 1778).

[8] La r.d.o. (richiesta di offerta) è uno dei canali d'acquisto disponibili sul mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, messi a disposizione da Consip.

ISSN 2036-7821

criteri di aggiudicazione normativamente previsti (*ea est*: il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa).

In altri termini, in caso di affidamenti diretti (ordinariamente preceduti da mere indagini di mercato e senza l'espletamento di alcuna procedura comparativa, come, ad esempio, per gli ordini di acquisto "diretto"), il rispetto del principio di rotazione impedisce, di regola, che la scelta ricada su un precedente beneficiario; per le procedure negoziate semplificate, invece, la rotazione vale sin dalla fase degli inviti, con la conseguenza che all'uscente (meglio: al precedente affidatario) non può essere inoltrata la "lettera di invito" a formulare l'offerta.

In tale ipotesi, esso costituisce necessario contrappeso alla discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori da invitare ed ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione perseguendo un'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio[9].

Ragion per cui risulterebbe opportuno precisare (nell'avviso di indagine di mercato) che l'invito non verrà rivolto ai precedenti beneficiari; analogamente, qualora si attinga da un elenco "ufficiale" o da un Albo, si impone la preventiva "esclusione" dei precedenti beneficiari[10].

Tutto ciò, salvo che non emergano ragioni oggettive (su cui meglio *infra*) che abilitino (motivatamente) a invitare il beneficiario del precedente affidamento o invito.

Va ancora premesso che, in un'ottica soggettiva, la rotazione va applicata avuto riguardo all'Amministrazione procedente nel suo complesso, non rilevando articolazioni interne tantomeno la natura strumentale dell'Ente[11].

Ma procediamo per gradi.

2. L'ambito soggettivo e oggettivo della rotazione nelle prime codificazioni sulla contrattualistica pubblica e negli indirizzi della soft law

Il codice del 2016 menzionava il principio in argomento al comma 1 dell'art. 36[12].

---

[9] Vero è che, come osservato, in alcuni casi il consolidamento di tali rapporti è determinato dal particolare affidamento garantito dal precedente esecutore del medesimo servizio, il quale, in virtù delle competenze acquisite e delle risorse già a disposizione, garantisce prestazioni particolarmente efficienti e prezzi particolarmente competitivi [è l'opinione di P. CLARIZIA, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia, in Codice dei contratti Pubblici-Commentario di dottrina e giurisprudenza* (a cura di G.M. ESPOSITO), Torino, 2017, pagg. 400 ss.].

[10] Si è osservato che, se la Stazione appaltante decide di derogare al principio di rotazione nella fase degli inviti e, perciò, decide di invitare il gestore uscente, allora la posizione giuridica di quest'ultimo, diventa qualificata, differenziata e tutelata (è l'opinione di S. DEIANA, Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente, in Urb. e appalti, 2018, 5, pag. 687).

[11] La precisazione è del T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 maggio 2025, n. 3671, per il quale una società strumentale, soggetta al controllo analogo, è sostanzialmente identica all'Ente controllante; pertanto, nell'applicare il principio di rotazione, occorre considerare gli affidamenti dell'una e dell'altro.

[12] L'applicazione del principio passa attraverso una complessa attività dell'interprete, chiamato non alla esegesi di una previsione astratta, ma a dar concreto corpo al principio, stabilendo le specifiche disposizioni disciplinari

ISSN 2036-7821

Nella formulazione originaria, detta disposizione stabiliva semplicemente il "rispetto del principio di rotazione", senza alcuna ulteriore indicazione circa l'ambito o la fase procedimentale cui lo stesso principio dovesse applicarsi[13].

Con il decreto correttivo (D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56) si è, poi, prescritto il "rispetto del principio di rotazione degli inviti", chiarendo che la rotazione doveva applicarsi già in sede di individuazione degli operatori che potevano partecipare alla selezione e che aveva, quindi, ad oggetto gli inviti, nel senso che l'impresa invitata ad una pregressa selezione, ancorché non ne fosse risultata aggiudicataria, doveva essere esclusa dalla successiva procedura competitiva, saltando almeno un invito[14].

Anche le normative emergenziali (in special modo i decreti semplificazione n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, art. 51) lo richiamavano espressamente quale contrappeso alla discrezionalità nelle procedure *de quibus*.

L'applicazione del principio di rotazione risultava obbligatoria e volta a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti sotto-soglia, nel quale era maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale. Pertanto, anche al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comportava, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente rivestisse carattere eccezionale[15].

---

nelle quali il principio stesso si invera. Al soggetto chiamato a dare applicazione al principio compete, in buona sostanza, una sorta di attività di elaborazione di regole, come frutto della traduzione in concreto della forza evocatrice del principio stesso (si parla, infatti, di funzione "nomogenetica"). La sentenza dell'Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 13/2013 afferma che «*i principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme*». Con l'aggiunta che i principi stessi «*abbisognano anche di declinazioni in disposizioni specifiche legislative, che trovano la propria ratio immediata nei medesimi principi, sia pure calati rispetto ad esigenze più particolari e che a loro volta si caratterizzano per essere tradizionalmente considerati principi generali della specifica materia*».

[13] Per ampi approfondimenti, anche sull'evoluzione dell'impianto normativo, cfr. R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017, pagg. 725 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, pagg. 648 ss.; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, pagg. 366 ss.

[14] Sulla novità introdotta dal correttivo, cfr. A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 6/2019, pagg. 736 e ss.

[15] Oggetto di scrutinio (seppur solo in sede di "filtro" operato dal giudice *a quo*) è stata la possibile incostituzionalità della previsione in argomento (*recte*: art. 36), soprattutto con riguardo ai principi di uguaglianza e di parità di trattamento oltre che in relazione alle previsioni costituzionali in tema di libertà di iniziativa economica. La questione non ha trovato accoglimento ritenendosi che: a) con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere "asimmetrico" del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti; b) quanto alla violazione dell'art. 41, è dirimente rilevare che l'art. 36 del cdc (*ndr*: d. lgs. n. 50 del 2016) contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va

ISSN 2036-7821

Al contempo, il fondamento è stato rinvenuto nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (il cui vantaggio derivava e deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in special modo nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato[16].

Secondo tale indirizzo ermeneutico, il gestore uscente andava escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui avesse ottenuto il precedente affidamento, quindi anche se esso fosse scaturito da una procedura aperta o dall'adesione della Stazione appaltante ad una convenzione Consip.

In sintesi: rilevava (e rileva) il fatto oggettivo del precedente affidamento, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura.

Quale corollario si assumeva che l'opzione di escludere il precedente affidatario del servizio dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata non necessitasse di specifica motivazione, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione.

Sin dall'entrata in vigore di tale codice la giurisprudenza ha avuto modo, più volte, di occuparsi della relativa portata applicativa, con pronunciati che, in alcune ipotesi, sono risultati più restrittivi dello stesso dettato normativo[17].

Inter alia, sono stati sanzionati sia la determinazione con la quale era stato conferito un incarico professionale (non trovando obiettiva giustificazione l'affidamento diretto, per la terza volta nell'arco di soli tre anni, di un ulteriore incarico allo stesso professionista)[18], sia una procedura negoziata alla quale aveva partecipato il gestore uscente senza che fossero state indicate le ragioni giustificative[19].

Seguendo il medesimo prisma interpretativo, non è risultato immune da censure l'invito rivolto all'operatore uscente, quand'anche a valle di una manifestazione di interesse e senza alcun filtro da parte della stazione appaltante (che aveva invitato tutti i candidati)[20] ed anche nell'ipotesi in cui avessero partecipato solo due operatori

---

garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con gli altri concorrenti; c) in relazione all'art. 97, l'aumento delle *chances* di partecipazione dei *competitors* "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

[16] Cfr. L. PRESUTTI, *op. cit.*, pag. 92, in cui si riportano anche le varie teorie in ordine alla portata precettiva o meno del principio in esame, in ragione della prospettata necessità, secondo alcuni, di preventive Linee Guida ANAC per la sua attuazione.

[17] Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *cit.*, pagg. 727 ss.

[18] Il T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2018, n. 1007, ha considerato insufficienti i generici riferimenti alla *"adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l'incarico"*.

[19] Cons. Stato, sez. V, 03 aprile 2018, n. 2079. Per analoghe fattispecie: T.A.R. Veneto, sez. I, 21 marzo 2018, n. 320; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2018, n. 184.

[20] Cons. Stato, sez. V, 05 novembre 2019, n. 7539, secondo cui la corretta interpretazione delle Linee guide impone che il principio di rotazione non si applichi solo nel caso in cui la stazione appaltante decida di

ISSN 2036-7821

(tra cui l'uscente, risultato aggiudicatario)[21].
Non sono, tuttavia, mancate decisioni più "permissive".
Si è sostenuto che ove il procedimento per l'individuazione del contraente si fosse svolto in maniera "realisticamente" concorrenziale, con invito rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e fossero stati rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, poteva dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione[22].
La motivazione per la deroga poteva ancorarsi, altresì, alla riscontrata assenza di alternative ovvero al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione[23].
Secondo altro indirizzo giurisprudenziale il principio non trovava applicazione ove la stazione appaltante non avesse effettuato né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici, ma la possibilità di contrarre fosse stata aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica[24].
Si è ritenuto[25] derogabile il principio di rotazione in caso di affidamento temporaneo e urgente, considerata una fattispecie non assimilabile a quella conseguente all'aggiudicazione di una gara d'appalto.
Controversa è risultata l'applicazione del principio in esame alle **concessioni**, posto che nel corpo normativo dettato per tale modello di affidamento non vi era un espresso richiamo del principio in commento.
Secondo alcuni, doveva prescindersi dal dato letterale, con la conseguenza che anche in assenza di un suo riferimento espresso nell'ambito dell'art. 30[26] del D. Lgs. n. 163 del 2006, la rotazione trovava applicazione anche al settore delle concessioni[27], attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il

selezionare l'operatore mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435 ha ritenuto irrilevante la circostanza che l'invito fosse stato rivolto a tutti i candidati.

[21] Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182.

[22] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 09 febbraio 2018, n. 380.

[23] *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 18 gennaio 2018, n. 413; T.A.R. Valle d'Aosta, 23 giugno 2017, n. 36; Cons. giust. Amm. Reg. sic., 12 aprile 2017, n. 188; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 01 luglio 2020, n. 7418.

[24] T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20 novembre 2019, n. 993; T.A.R. Liguria, sez. II, 22 ottobre 2019, n. 805; T.A.R. Sardegna, sez. II, 2 gennaio 2020, n. 8; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 17 aprile 2020, n. 132.

[25] T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 gennaio 2019, n. 60.

[26] Rubricato "*principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*".

[27] Cons Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 06 maggio 2022 n. 618.

ISSN 2036-7821

criterio in esame costituisce espressione[28].
Per altri, era da ritenersi dirimente il dato letterale, con la conseguenza che l'applicazione della rotazione alle concessioni era da escludersi in assenza di un richiamo nel relativo paradigma normativo[29].
Divergenti posizioni si sono registrate anche in caso di utilizzo di procedure "aperte" svolte avvalendosi del portale del Mepa.
Secondo un primo orientamento[30], il principio di rotazione non trovava applicazione nelle procedure aperte, anche ove si fosse trattato di affidamenti sotto-soglia[31], quali quelle caratterizzate dall'invito rivolto a tutti gli operatori presenti sul citato portale.
Su altro crinale si poneva la decisione secondo cui la rotazione si imponeva comunque, in quanto i non iscritti a detto portale non potevano partecipare alla procedura, non risultando perciò realizzati i presupposti per la configurabilità della concorrenzialità [32].
La portata applicativa del principio in esame nonché le possibili deroghe hanno costituito il fulcro delle **Linee guida ANAC n. 4/2016**[33].
Per esse il principio di rotazione andava applicato con riferimento all'affidamento immediatamente precedente, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, avessero avuto ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, nella stessa categoria di opere, nello stesso settore di servizi.
Si ribadiva il divieto, di norma, di invitare il contraente uscente e l'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.
Si confermava l'assunto per il quale la rotazione non si imponeva laddove il nuovo affidamento fosse avvenuto 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 avesse operato alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione[34].

---

[28] In termini, Cons. Stato, sez. VI, 32 agosto 2017, n. 4125; nello stesso senso, *id*., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079.
[29] T.A.R. Sardegna, sez. II, 17 febbraio 2020, n. 101.
[30] T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 23 luglio 2018, n. 4883.
[31] Cfr., anche, Cons. Stato, sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654.
[32] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1412, e 4 settembre 2018, n. 1322 [in tale ultima fattispecie, secondo il Collegio non doveva trarre in inganno l'elevato numero degli inviti, rivolti acriticamente a tutti gli iscritti all'elenco (oltre 4.000 società), a prescindere dall'oggetto sociale di ciascuno di essi (erano pervenute solamente 11 offerte)].
[33] Aggiornate con la delibera n. 206 del 2018, pubblicate in G.U. del 23 marzo 2018, n. 69, recanti: "*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*". Per una sintetica analisi delle previsioni ivi recate, cfr. P. CLARIZIA, *op. cit*., pag. 400.
[34] Sull'interpretazione di tali Linee guida, cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 aprile 2016, pagg. 11 ss., dove l'Autorità illustra le differenti tipologie di linee guida e la loro collocazione nel sistema delle fonti; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee*

ISSN 2036-7821

Si prevedeva, in modo innovativo, che la stazione appaltante, in apposito regolamento, potesse suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia (previo rispetto dei limiti e delle condizioni ivi precisati).
In esse, con argomentazioni che riproducevano - quasi fedelmente - i suesposti indirizzi giurisprudenziali, si ribadiva che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente avesse carattere eccezionale e richiedesse un onere motivazionale più stringente.
Nell'intento di fornire indirizzi applicativi (e di favorire le *best pratices*) l'ANAC specificava che la stazione appaltante poteva motivare 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[35].

3. Il principio di rotazione nel codice di ultima generazione

Il nuovo codice dei contratti pubblici attribuisce al principio in esame un ruolo (invero, solo apparentemente) prioritario[36].
Si rinviene una disciplina specifica e puntuale (art. 49) dalla cui esegesi, tuttavia, emergono plurime ipotesi derogatorie che ne limitano fortemente l'ambito

---

guida dell'ANAC nei settori speciali, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 11 aprile 2018; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4/2016, pagg. 499 ss.; V. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione, in Riv. della regolazione dei mercati*, n. 1/2016, pagg. 9 ss.

[35] Le questioni applicative del principio di rotazione sono state oggetto anche di apposite *faq* riscontrate dall'ANAC. Con la **faq n. 2**, si è osservato che l'applicazione del principio di rotazione nelle stazioni appaltanti dotate di una pluralità di articolazioni organizzative dovesse tendenzialmente essere applicata in modo unitario, avendo cioè a riguardo gli affidamenti complessivamente attivati e da attivare nell'ambito della stazione appaltante; ciò in quanto tale impostazione risultava, oltre che rispettosa del dettato normativo (che non distingueva in relazione alla presenza di articolazioni interne), un efficace presidio nei confronti del divieto di artificioso frazionamento delle commesse. Si è ritenuto ragionevole derogare a tale regola nel caso in cui la Stazione appaltante (es. Ministero) presentasse, in ragione della complessità organizzativa, articolazioni territoriali (ad esempio, Direzione regionale/centrale) ovvero per la gestione di una peculiare attività, strategica per l'ente, dotate di autonomia in base all'ordinamento interno nella gestione degli affidamenti sotto-soglia. In tali casi, salvo diversa previsione dell'ordinamento interno, la rotazione poteva essere applicata considerando gli affidamenti gestiti dalla singola articolazione organizzativa. Con la **faq n. 5**, si è sostenuto che il meccanismo dell'estrazione casuale degli operatori da invitare alle procedure negoziate, sia pure a seguito di avviso, non assicurasse il rispetto del principio di rotazione, con la conseguenza che l'uscente non avrebbe potuto far parte della platea dei soggetti tra cui sorteggiare i destinatari degli emanandi inviti.

[36] Per più approfondite riflessioni sulla portata del principio nell'attuale codificazione, cfr. AA.VV., *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici* (a cura di G. TROPEA), Napoli, 2025, pagg. 198 ss. Ivi si enfatizza il dato letterale: in luogo del precedente codice che usava il sintagma "di norma", il nuovo usa il termine (*ndr*: apparentemente più incisivo) di "vieta".

ISSN 2036-7821

applicativo.
La rotazione viene anteposta alla disciplina delle procedure di affidamento con una specifica disposizione ad essa dedicata, tuttavia, le plurime ed elastiche ipotesi derogatorie rischiano di giustificare un'applicazione eccessivamente marginale, favorendo comportamenti elusivi, suffragati dalla sussistenza di condizioni solo formalmente inscrivibili nel quadro normativo.
Va ricordato che il rapporto tra "regola" e "deroga" comporta che, se non vi è necessità di specifica motivazione circa l'applicazione della prima, viceversa si impone la esplicitazione delle ragioni che giustificano la non applicazione della regola e, quindi, la deroga alla prescrizione ordinaria; proprio nella necessità di motivazione della "deroga" e nella conseguente sindacabilità circa la sussistenza e pertinenza della motivazione, finisce per sostanziarsi la vincolatività giuridica della "regola", altrimenti ricondotta all'ambito delle buone pratiche prive di prescrittività giuridica.
La "regola", cioè il rispetto della "rotazione", con la non aggiudicazione al precedente aggiudicatario o il non invito dello stesso, costituendo ordinaria applicazione del disposto normativo, non avrà bisogno di una "motivazione" in senso proprio, essendo sufficiente che la stazione appaltante, nel farne applicazione, richiami il dato fattuale che sia già partecipante o sia risultato aggiudicatario di una precedente selezione.
La motivazione è, invece, necessaria in caso di deroga alla rotazione, dovendo la stazione appaltante dar conto della scelta di non seguire la regola ordinaria alla luce della specifica situazione fattuale nella quale si trova ad operare. Le diverse evenienze in cui ciò può avvenire devono essere separatamente esaminate, discostandosi le stesse in modo più o meno intenso dal rispetto del principio concorrenziale, così da richiedere un apparato motivazionale di diversa consistenza.
In via generale, la rotazione impedisce l'affidamento all'operatore uscente qualora la prestazione sia analoga; risultano vietati, pertanto, due consecutivi affidamenti mentre è possibile rivolgersi alla ditta che abbia beneficiato del penultimo affidamento.
Il sintagma "due consecutivi affidamenti" (comma 2) ha alimentato qualche incertezza interpretativa, prospettandosi l'operatività del divieto a partire dal terzo affidamento.
Tale indirizzo, indubbiamente poco attento al dettato normativo e ben distante dalla relativa *ratio* ispiratrice, risulta smentito anche dalla giuspubblicistica.
Si è rimarcato, infatti, che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categorie di opere) e non il "terzo" affidamento, non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la

ISSN 2036-7821

precedente regolamentazione di cui alle citate linee guida ANAC, che al punto 3.6 facevano espresso riferimento all'affidamento "precedente" e a quello "attuale"[37].

Tuttavia, detta limitazione opera solo qualora le commesse siano equivalenti, con la conseguenza che sembra sufficiente una mera diversificazione dei servizi o delle forniture, così come la diversità delle categorie di lavorazioni per giustificare ripetuti e consecutivi affidamenti al medesimo operatore economico.

Fattispecie che, in linea teorica, potrebbero ripetersi più volte non essendo contemplato alcun limite massimo, salvo, come detto, la diversa tipologia della prestazione.

Presuppone l'adozione di una apposita disciplina regolamentare, l'ulteriore fattispecie derogatoria (di cui al comma 3, dell'art. 49); in continuità con le suindicate Linee guida ANAC, qualora l'amministrazione abbia ripartito gli affidamenti in fasce di importo, in base al valore economico, il principio di rotazione trova applicazione solo nell'ambito della medesima fascia.

La *ratio* sembra evidente: evitare che un operatore, beneficiario di una commessa di modesto importo, resti pretermesso da future e più significative prestazioni, con conseguenziale rischio, per gli affidamenti minori, di non trovare operatori disponibili.

Per siffatta ipotesi, un'applicazione distorsiva potrebbe annidarsi in previsioni regolamentari articolate in micro-fasce, con lievi scostamenti tra i loro valori e, quindi, con la possibilità di favorire il medesimo operatore (l'uscente), per la stessa commessa, laddove l'importo della nuova prestazione dovesse differenziarsi, anche se non di molto, da quello precedente.

Non sembrano rischi marginali, stante la discrezionalità (peraltro, non sindacabile in sede giudiziaria) che connota sia la generale attività regolamentare della stazione appaltante sia l'attività di rimodulazione del quadro economico, variando voci, anche marginali, delle prestazioni o ridefinendo i parametri temporali (di durata) del contratto in appalto.

Indubbiamente più comprensibile (e, per certi versi, obbligata) è l'altra deroga contemplata dal legislatore, ovvero l'assenza di alternative (comma 4).

In tale circostanza, è necessario che l'operatore uscente abbia correttamente reso la prestazione, a comprova, quindi, della sua affidabilità.

Tenuto conto della struttura del mercato e della accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere affidatario diretto[38].

Con il recente (e primo) decreto correttivo[39] nel tessuto normativo è stata inserita l'espressione "*nonché della qualità della prestazione resa*", che va ad aggiungersi alle

[37] T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 19 marzo 2024, n. 1099.
[38] Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2024, n. 4875.
[39] Precisamente il D. Lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024.

ISSN 2036-7821

ulteriori condizioni già previste.
Sinceramente, la precisazione di cui al decreto "correttivo", oltre ad essere di incerta perimetrazione e di arbitrario apprezzamento, non può affatto favorire una corretta applicazione del principio anche perché, qualora sia accertata e documentata l'assenza di alternative (come, ad esempio, per affidamenti fatti da comuni isolani o montani o per strutture di mercato prive di reti capillari), soffermarsi eccessivamente sulla qualità della prestazione resa dall'uscente potrebbe condurre al paradossale risultato di non avere alcun competitore e di non garantire la prestazione in appalto.
Continuando nell'esegesi della norma, la rotazione è derogabile qualora l'indagine di mercato, svolta propedeuticamente ad una procedura aperta, non abbia contemplato filtri relativamente al numero di operatori da invitare (comma 5).
La giurisprudenza è costante nell'escludere l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione, proprio perché tale condizione esclude, sul piano sostanziale, la configurabilità di una procedura negoziata[40].
Va avvertito che la indiscriminata (e per certi versi, immotivata) applicazione di tale fattispecie derogatoria se, da un lato, consentirebbe alla stazione appaltante di non escludere dalla partecipazione l'operatore uscente, dall'altro, potrebbe comportare il rischio di una procedura massiva, con un numero di operatori eccessivo, in tal modo esponendo la stazione appaltante alla necessità di gestire una procedura oltremodo complessa e farraginosa, infirmando il principio cardine del risultato.
In ordine a siffatta ipotesi si è esclusa la violazione del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante abbia pubblicato un avviso rivolto indistintamente a tutti gli operatori del settore ed abbia, altresì, invitato tutti gli operatori iscritti all'albo, così realizzando un meccanismo sostanzialmente equivalente all'indizione di una procedura aperta[41].
Su altro crinale si è precisato che la deroga al principio di rotazione, per l'ipotesi in cui la scelta del contraente sia stata preceduta da un'indagine di mercato svolta senza porre limiti al numero di operatori economici da invitare a presentare un'offerta, riguarda unicamente le procedure negoziate senza bando[42], di cui alle lettere c), d),

[40] Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2024, n. 2946.
[41] T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2025, n. 1926.
[42] Cons Stato, sez. V, 17 gennaio 2025, n. 366, nel richiamare la giurisprudenza prevalente, afferma che il principio di rotazione delle imprese partecipanti ad una gara non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la Stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione non essendo rinvenibile (in tal caso) il fondamento stesso del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, che, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle asimmetrie informative, che potrebbero consentirgli di formulare un'offerta migliore rispetto ai concorrenti, specie nel contesto di mercati con un non elevato numero di operatori.

ISSN 2036-7821

ed e), dell'art. 50 e non gli affidamenti diretti[43].
Da ultimo, alla stregua cioè dell'art. 49, comma *ad finem*, il principio in argomento non trova applicazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore alla soglia di cinquemila euro (limite corrispondente a quello stabilito per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione).
Anche tale ipotesi presenta una duplice lettura critica.
Da un lato, non può dubitarsi dell'opportunità di semplificare l'azione amministrativa per le prestazioni di minore importo, rispetto alle quali non si profilano alterazioni della concorrenza o apprezzabili rendite di posizione. Dall'altro, l'assenza di un limite numerico agli affidamenti diretti rientranti in tale ultima soglia potrebbe favorire ripetute prestazioni da parte del medesimo operatore economico, con l'unico limite del rispetto del predetto parametro quantitativo.
La norma in esame non delinea un intervallo temporale oltre il quale risulta possibile affidare nuovamente un incarico al medesimo operatore economico già beneficiario di un precedente affidamento. L'elemento chiave non è il tempo trascorso, ma la categoria merceologica o il settore di attività in cui rientra il servizio o l'opera[44].
Resta da osservare che, alla luce del nuovo paradigma normativo, non potrebbe ipotizzarsi il ricorso ad una procedura aperta per importi di ultima soglia, così superando ogni possibile ostacolo alla partecipazione dell'uscente.
Un condivisibile orientamento giurisprudenziale[45] ha sottolineato come, a fronte di un'interpretazione, letterale e sistematica, della nuova disciplina codicistica, il ricorso alle procedure semplificate (ora contemplate dall'art. 50 del codice) rappresenti la regola, derogabile solo nel caso ivi contemplato (affidamenti di lavori di importo superiore ad 1 milione di euro) o, come sottolinea l'ANAC, in presenza di una

[43] Nel dettaglio, il comma 5 dell'art. 49 in esame è applicabile esclusivamente "per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e)" dello stesso D.Lgs. n. 36/2023, ossia per le procedure negoziate senza bando, relative, rispettivamente, ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 150.000,00 ed inferiore a € 1.000.000,00 (lett. c), ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza europea (lett. d) e, infine, ad appalti di servizi e/o forniture di importo pari o superiore a € 140.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria (lett. e): in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, sentenza 29 gennaio 2025, n. 138; in senso conforme T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 maggio 2025, n. 3671.

[44] Parere 3 aprile 2025, n. 3342.

[45] T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 02 dicembre 2024, n. 6731, per il quale la regola di *non aggravamento* si desume dall'art. 50 del D.Lgs. n. 36/2023 e, precisamente: dalla valenza prescrittiva del verbo "procedere" coniugato all'indicativo presente ("le stazioni appaltanti procedono all'affidamento … con le seguenti modalità"); dall'argomento *a contrario* tratto dalla lett. d) del comma 1 dell'art. 50, che prevede la "possibilità di ricorrere" alle procedure ordinarie limitatamente ai lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia europea; dall'art. 49, comma 6, del codice, che, nel consentire l'automatica deroga alla rotazione nei micro-affidamenti "di importo inferiore a 5.000 euro", specifica che non può trattarsi altro che di "affidamenti diretti", giammai di procedure negoziate senza bando; dall'art. 52, comma 1, del codice, che - permettendo, per importi inferiori a 40.000 euro, la verifica dei requisiti partecipativi su un "campione" di contraenti "individuato con modalità predeterminate ogni anno" - precisa che non può trattarsi altro che di affidatari diretti "di cui all'art. 50, comma 1, lettere a) e b)".

ISSN 2036-7821

congrua e ponderata motivazione[46].

4. Orientamenti giurisprudenziali alla luce del nuovo codice: ratio e portata applicativa del principio di rotazione

Anche a seguito dell'entrata in vigore della disciplina appena descritta, la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi della portata applicativa del divisato principio.

I profili affrontati in sede pretoria risultano variegati e molteplici, oscillando tra interpretazioni restrittive delle ipotesi derogatorie a soluzioni impropriamente elastiche e permissive, capaci, cioè, di svilire l'applicazione del principio in argomento.

Circa il perimetro contenutistico, anche in vigenza del nuovo codice si è riproposta la questione della derogabilità della rotazione in caso di affidamenti di servizi alla persona.

Si è sostenuto che il principio di rotazione trova comunque ingresso nella disciplina degli affidamenti inerenti ai servizi sociali sottosoglia, a prescindere da un espresso richiamo, in forza della previsione generale di cui all'art. 49, comma 1 del Codice, che non è stata espressamente derogata rispetto a tale tipologia di affidamenti[47].

Vero è, piuttosto, che gli affidamenti sottosoglia relativi ai servizi alla persona soggiacciono ad una regolamentazione composita come risultante dalla combinazione della disciplina di carattere generale, comprensiva anche del principio di rotazione, e di quella di carattere speciale, contenuta nell'art. 128 del Codice. Pertanto, l'interpretazione logico-sistematica del comma 8 dell'art. 128 impone che, per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia europea, l'amministrazione può derogare al principio generale di rotazione, previa adeguata motivazione, al fine di osservare i principi e i criteri di cui al comma 3 del medesimo articolo, ovvero "garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti".

---

[46] Parere in funzione consultiva n. 13 del 13 marzo 2024, in cui si sottolinea che la facoltà delle Stazioni appaltanti di acquisire lavori, servizi e forniture mediante procedura negoziata anche entro le fasce di importo per le quali è previsto l'affidamento diretto deve essere esercitata in applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del D. Lgs. n. 36/2023 che impone, tra l'altro, alle Stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività; inoltre, si deve tener conto del divieto di aggravamento del procedimento sancito dall'art. 1, comma 2, della l. n. 241/1990, richiamata dall'art. 12 del D. Lgs. n. 36/2023.

[47] È quanto statuito dal T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 7 dicembre 2024, n. 365. Secondo il Collegio, qualora la volontà del Legislatore fosse stata quella di escludere l'applicazione del principio di rotazione agli affidamenti in questione, la disposizione di cui all'art. 128, comma 8 avrebbe dovuto essere formulata mediante una chiara ed espressa deroga al principio di rotazione come prescritto dal comma 4 dell'art. 48.

ISSN 2036-7821

Nell'ambito dello stesso settore di indagine si inscrive il rapporto tra la contrattualistica pubblica e gli affidamenti agli Enti del Terzo Settore.
Premesso che, di regola, l'affidamento dei servizi sociali deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario, in determinate ipotesi la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine comunitaria. Ciò accade allorché la procedura disciplinata dal diritto interno miri all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente "gratuito", il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi.
Il diritto dell'Unione – anche secondo le direttive del 2014 nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia[48], che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà – mantiene in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali).
Nell'ambito del foro interno, il modello configurato dagli art. 55 e 56 del codice del terzo settore (di cui al D. Lgs. n. 117 del 2017) non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico.
La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento[49].
In tale prospettiva, il concetto di "gratuità" si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde la diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio.

[48] In particolare, Corte di giustizia dell'Unione europea, V sez., 28 gennaio 2016, in causa C-50/14 (CASTA e a.) e Corte di giustizia dell'Unione europea, V sez., 11 dicembre 2014, in causa C-113/13 (Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e altri).

[49] In tale ottica si giustifica il dettato dell'art. 56, comma 2, del D.Lgs. n. 117 del 2017, secondo cui: "*Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate*".

ISSN 2036-7821

Sotto questo profilo, si precisa che "la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore". Deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese ("le documentate spese vive, correnti e non di investimento")[50].

Alcune questioni dibattute risultano ancor più settoriali, ma non prive di rilievi critici.

Discutibile è l'approdo cui è giunto il Giudice amministrativo in ordine alla possibilità della partecipazione a gara di un operatore, precedente affidatario del servizio, qualora chieda di essere invitato quale componente di un RTI costituendo con un altro soggetto[51].

Tale decisione non sembra pienamente condivisibile.

Sul piano strettamente formale, un raggruppamento temporaneo non può assimilarsi ad uno degli operatori raggruppandi[52], ma è indiscutibile che la nuova configurazione del raggruppamento consentirebbe di eludere, agevolmente, il principio in esame.

L'assunto impone una precisazione. Alla stregua della decisione resa dalla Corte euro unitaria[53], tenuto conto della disciplina dettata dalla direttiva appalti[54], il nuovo codice non consente di imporre al raggruppamento temporaneo una forma giuridica specifica ai fini della partecipazione[55], residuando in capo alla stazione appaltante la sola possibilità di prescrivere vincoli in fase di esecuzione. In ossequio alla citata giurisprudenza comunitaria non è stata riproposta la "primazia" del soggetto

[50] Come ribadito anche dal Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540.

[51] Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2024, n. 2946.

[52] Di modo che, come sottolineato dalla medesima decisione, un nuovo soggetto parteciperà alla gara, con vantaggio per la concorrenza.

[53] Sentenza 28 aprile 2022, C-642/20, il cui considerando 37 osserva quanto segue: «*Imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni "in misura maggioritaria" rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici*». Sulla scorta di tale decisione, si è statuito (Cons. Stato, sez. III, 25 ottobre 2022, n. 9117) che: «*La disposizione ("La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria") è contraria al diritto euro unitario: conseguentemente essa va disapplicata*».

[54] L'ultimo periodo dell'art. 19, comma 2, della direttiva 2014/24 stabilisce che i raggruppamenti di operatori economici "non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione". Tale previsione, tuttavia, trova applicazione solo per la fase di presentazione delle offerte, non dopo che il contratto sia stato aggiudicato.

[55] Con la sentenza del 07 marzo 2024, n. 2227, la V sez. del Cons. di Stato ha ritenuto doveroso disapplicare anche i limiti puramente quantitativi alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti.

ISSN 2036-7821

mandatario, precedentemente imposta nella misura minima del quaranta per cento[56], da cui scaturiva una particolare forma partecipativa e una particolare relazione tra la stazione appaltante e la mandataria e che differenziava la posizione di quest'ultima da quella degli operatori singoli e delle imprese mandanti.

Sulla scorta del "*principio di neutralità delle forme*", di matrice comunitaria, risulta ora precluso alla stazione appaltante e, per l'effetto, alla *lex specialis*, imporre quote minime o massime di partecipazione in caso di concorrente plurisoggettivo; ne consegue che l'uscente potrebbe risultare beneficiario, in via consecutiva, di altra analoga commessa qualora si associasse ad altro operatore del settore, al quale riservare una quota di partecipazione minima e irrilevante.

Perplessità sostanzialmente analoghe si attagliano ad un'altra fattispecie, oggetto di un apposito parere ministeriale[57]. In particolare, si è ritenuto che il principio di rotazione non si estenda al rapporto tra appaltatore e subappaltatore considerato che la Stazione appaltante non ha il potere di sindacare la scelta dell'appaltatore in merito all'impresa subappaltatrice oltre a quanto previsto dall'art. 119 del codice dei contratti pubblici e posto che nel citato art. 119 non vi è alcun limite o divieto nel caso in cui un subappaltatore sia stato previamente appaltatore della stazione appaltante.

Appare evidente, tuttavia, il rischio di un perdurante e ingestibile effetto elusivo in ragione del fatto che, a seguito degli interventi della giurisprudenza comunitaria e dei successivi adattamenti della normativa interna[58], il subappalto (eccetto limitate ipotesi) può spingersi sino al 99% della prestazione principale, in tal modo aprendo il varco ad affidamenti a favore di ditte diverse ma sostanzialmente (*recte*: quasi integralmente) eseguiti dal medesimo operatore (uscente).

Maggiormente condivisibili sono le conclusioni cui è pervenuta l'Authority in ordine alla portata applicativa del principio di rotazione in caso di accordo quadro; l'ANAC[59] ha precisato che i singoli ed eventuali contratti applicativi a valle dell'accordo quadro sono riconducibili all'unico affidamento iniziale; tale circostanza esclude, pertanto, la violazione del principio nel caso di successivi contratti applicativi rientranti nell'ambito dell'importo massimo stimato per l'affidamento

[56] Su tale caratteristica di *primautè* attribuita alla mandataria, si veda A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto delle opere pubbliche*, Milano, 2021, pag. 553. Sulle svariate motivazioni poste dalla giurisprudenza a sostegno di tale affermazione, *ex aliis*, Cons Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2275, secondo cui «non è dubbio che il comma 2 dell'art. 275, del D.P.R. n. 207/2010, nel richiedere che la mandataria debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, fa riferimento alla fase di esecuzione delle prestazioni da parte della capogruppo, e ciò per evitare che essa possa assumere, all'interno del raggruppamento, una posizione secondaria, che si rifletterebbe poi nell'esecuzione della prestazione». Per Cons. Stato, sez. V, 08 febbraio 2017, n. 560, la norma aveva l'evidente scopo di garantire che l'impresa capogruppo fosse il soggetto più qualificato e fosse affidataria della parte preponderante dell'appalto.

[57] Parere del MIT datato 30 gennaio 2025, n. 3261.

[58] Per ampi approfondimenti, si veda A. GRAZZINI, *Il subappalto, in Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI - D. IARIA, Napoli, 2023, p. 791.

[59] Comunicato del Presidente ANAC del 5 giugno 2024.

ISSN 2036-7821

dell'accordo quadro.

Non sono mancati i casi in cui, attraverso un'attenta esegesi, sono stati valorizzati elementi indiziari di un tentativo di elusione del principio di rotazione. Si è disposta, *inter alia*, l'esclusione dell'impresa, per elusione del principio di rotazione, nel caso in cui: a) a ridosso della trasmissione della lettera di invito è stata costituita *ad hoc* una nuova società, amministrata dal socio del contraente uscente nonché fratello dell'amministratore di quest'ultimo; b) tale società, essendo di nuova costituzione, ha stipulato un contratto di avvalimento con il contraente uscente; c) l'operatore che si è aggiudicato l'appalto, non soltanto risultava legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, ma era anche detentore di quota di capitale sociale nell'impresa precedente aggiudicataria; d) la pluralità di tali indizi ha indotto a ritenere che vi fosse un accordo tra le due società per eludere la rotazione[60].

Non può revocarsi in dubbio che una valutazione sostanzialistica degli elementi costitutivi della fattispecie consente di disvelare ulteriori deroghe, non previste né ammissibili, celate da fattori meramente formali (quali la diversa denominazione degli operatori interessati: uscente e subentrante).

5. Il nuovo volto della rotazione: principio implicito, ancillare o falso principio?

Qualsiasi approfondita indagine sugli istituti della contrattualistica pubblica non può prescindere da un'analisi sistematica che tenga conto del rapporto tra la rotazione e i principi ispiratori del nuovo codice e sia capace di meglio cogliere come si rapporti la rotazione degli inviti e degli affidamenti con la tutela della concorrenza, cardine intorno al quale ruota tutta la disciplina degli affidamenti dei contratti pubblici.

Tanto in virtù del fatto che la disciplina di settore, riconducibile ad un sistema di fonti pluriarticolato ed eterogeneo, si caratterizza per l'immanenza (nonché la parziale positivizzazione) di principi, anche inespressi, alcuni di ultima generazione[61], destinati ad orientare (nonostante condivisibili perplessità[62]) le future

[60] T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 08 luglio 2024, n. 2476, secondo cui si tratta di elementi fortemente indicativi dell'elusione del principio di rotazione, a partire dalla circostanza che la società aggiudicataria sia stata costituita pochi giorni prima dell'espletamento della procedura, avviando l'attività proprio al momento del ricevimento della richiesta di offerta.

[61] Per ampie e approfondite ricostruzioni, anche sociologiche oltre che assiomatiche, dei principi della nuova codificazione, si rinvia, tra gli altri, ai contributi di AA.VV., *Studi sui principi generali dei contratti pubblici*, a cura di Riccardo Ursi, Napoli, 2024; M.A. CABIDDU, M.C. COLOMBO, D. CALDIROLA. M. CASATI, D. IELO, A. NAPOLEONE, M. RIZZO (a cura di), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Commentario ragionato al D.Lgs. n. 36/2023*, Milano, 2023; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, pagg. 5 ss.; AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, pag. 287; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede e fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

ISSN 2036-7821

scelte legislative e le incipienti azioni amministrative[63].

Uno degli aspetti maggiormente caratterizzanti la nuova codificazione è la previsione di principi generali della materia (declinati nei primi dodici articoli)[64], mediante i quali, secondo alcuni Autori, si è inteso ovviare alla complessità con la tradizione, ossia con la centralità dei principi e della funzione nomofilattica della giurisprudenza[65].

Con una precisazione: i principi non sono regole[66], ma generano regole[67].

Seguendo l'ordine del Codice, occorre trattare innanzitutto il **principio di risultato** (art. 1), definito un super principio, principio manifesto o la stella polare dell'azione dei soggetti pubblici che si muovono nel mercato dei contratti pubblici[68].

L'introduzione di tale principio[69] segna un cambio di rotta della disciplina dei contratti (prima intrisa dall'esigenza di prevenire e contrastare fenomeni corruttivi), ora permeata da una maggiore discrezionalità delle scelte amministrative, senza

---

[62] Per una lettura critica, in alcuni punti anche sarcastica, dei principi in esame, si veda D. IARIA, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI - D. IARIA, *op. cit*., pagg. 1 ss.

[63] C'è chi ritiene "improprio" l'uso del termine "principio" per alcuni di quelli previsti nei primi articoli del Codice: M.R. SPASIANO, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, *op. cit*., pagg. 14 ss.

[64] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista.it* (con ampi richiami bibliografici). Ivi si precisa che «i principi appartengono alle fonti del diritto e la loro attuazione concerne il processo di produzione giuridica. Tuttavia, i principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole sono norme idonee a guidare il comportamento umano; invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obiettivo da perseguire».

[65] È quanto affermato nella prefazione di AA.VV., *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, a cura di Riccardo Ursi, Napoli, 2024, pag. 8; ivi si afferma che, complice il sostanziale fallimento del modello di regolazione della precedente codificazione, che aveva inteso perseguire la flessibilizzazione dell'impianto regolatorio mediante il sistema di *soft law* delle Linee guida ANAC, il tratto maggiormente innovativo e caratterizzante la terza edizione del Codice dei contratti pubblici va rinvenuto nella parte riservata alla positivizzazione dei principi generali. Sul ruolo incisivo, anche sul piano processuale, della menzionata Autorità, cfr. W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'A.N.A.C. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. Giur. Ed*., 2022, pagg. 99 ss.

[66] Si è rilevato che si assiste talvolta ad una distorsione, o ad un'espansione eccessiva, inappropriata del lemma "principio", fino ad ergere al suo rango persino norme di comune portata, come se si trattasse di strumenti interpretativi a carattere generale (M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto determinato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2011, pagg. 360 ss.; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, *Riv. dir. civ*., 2014, pagg. 749 ss.).

[67] È proprio il nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 4, a prevedere che: «*Le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*». Cfr. A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2023, pag. 38.

[68] Sono quelli che sono stati definiti principi-valori: G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., pag. 288.

[69] F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, cit., pag. 14.

ISSN 2036-7821

eccessivi vincoli *ex ante*[70].

Il tentativo di elaborare una nozione dogmatica di risultato amministrativo, inteso come bene o servizio attribuito o spettante a ogni entità soggettiva, induce a configurarlo come l'esito dell'azione amministrativa, ovvero il conseguimento dell'obiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa[71].

In sede giurisprudenziale, si è evidenziato che il principio del risultato, secondo la declinazione datane dal legislatore, costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea; inoltre, costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto[72].

Come osservato, l'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista al principio di legalità[73], rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al

---

[70] Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, comma 4, del Codice).

[71] È l'opinione di S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., pag. 5, che evidenzia la necessità di evitare declinazioni del risultato nei limitati termini di accelerazione e rapidità dei tempi della dinamica contrattuale e, soprattutto, che il principio del risultato è un principio che eleva a un ruolo di primazia il principio del perseguimento e dell'attuazione dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, vale a dire alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o servizio. Sempre secondo l'Autore il risultato si colloca dentro il principio di legalità, anzi lo connota, gli attribuisce un significato precipuo, coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi solo in vista della quale trova legittimazione l'esercizio di un potere pubblico.

[72] Ci si riferisce alla sentenza del Cons. Stato, sez. V, 01 ottobre 2024, n. 7875, con la quale si premette e ribadisce che: «*Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, comma 4, D. Lgs. n. 36/ 2023), traducendosi nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che ad una lettura meramente formale della norma da applicare. Il principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità dell'amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale fiducia non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad una interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso alla procedura, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento*». Al contempo, si osserva che: «*L'operazione condotta dal nuovo Codice degli appalti è stata, in sostanza, quella di proclamare direttamente l'esistenza di regole aventi un valore particolare, in altre parole, principi già esistenti nel settore, cui è stato conferito un potente rilievo assiologico. Di conseguenza, i suddetti principi possono essere adottati dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure di appalto non regolamentate dal D.Lgs. n. 36 del 2023*». Ancor più di recente (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 novembre 2024, n. 3127) si è ribadito che, come principio regolatorio, il risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

[73] In termini, evidentemente, più restrittivi si è sottolineato (Cons. Stato, sez. III, 08 ottobre 2025, n. 7898) che pur se l'art. 1 cit. fa riferimento al "*risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione*", non può certo ritenersi che il principio sia diretto a raggiungere un affidamento e una esecuzione del contratto "*quali che siano*". Al contrario, l'affidamento della commessa e l'esecuzione del contratto devono essere funzionali al raggiungimento

ISSN 2036-7821

contrario, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che a diminuirlo, facendo transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili[74].

Resta da chiedersi in che termini il principio di rotazione possa risultare funzionale al perseguimento del risultato ovvero come possa definirsi il rapporto intercorrente tra gli stessi.

Indubbiamente, la necessità di alternare gli operatori economici cui affidare la prestazione contrattuale non agevola il celere perseguimento del risultato, imponendo ripetuti controlli dei requisiti di partecipazione e la necessità di sostituire un operatore dimostratosi affidabile con altro di cui, probabilmente, la stessa affidabilità non è stata mai testata.

Risulta altrettanto evidente che la possibilità di rinnovare l'incarico a chi lo abbia regolarmente svolto e sia stato, nelle more, costantemente controllato (in ordine alla sussistenza dei requisiti per contrarre con la PA) semplifica l'azione amministrativa, ne riduce i tempi, facilita il perseguimento del risultato.

Seguendo tale logica argomentativa i due principi risultano antinomici o, comunque, non immediatamente convergenti, con il (paradossale) auspicio di ricercare le ipotesi derogatorie piuttosto che favorirne l'ordinaria applicazione.

6. L'antinomia tra fiducia e rotazione

A non differenti conclusioni si perviene qualora si rapporti il principio in argomento con il **principio della fiducia**, disciplinato dall'art. 2 del D. Lgs. n. 36/2023 e teso ad ampliare i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile[75].

Il principio del risultato e quello di fiducia risultano avvinti inestricabilmente.

Non si tratta di una fiducia unilaterale o incondizionata[76].

La fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che

---

degli interessi pubblici che la commessa mira a soddisfare e il principio del risultato deve senz'altro essere inteso in tale ottica" [Cons Stato, sez. VI, n. 6337/2025; nello stesso senso Cons. Stato, sez. III, n. 4701/2024: "*Non trova dunque giuridico fondamento la tesi per cui la positivizzazione in materia contrattuale del principio del risultato avrebbe sancito il primato logico dell'approvvigionamento: non foss'altro perché tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenza dalla logica del risultato "statico" di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione, fra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario alla luce sia della richiamata Direttiva 2014/24/UE, che del riformato art. 9 della Costituzione*"].

[74] Cfr. Cons Stato, sez. IV, 18 settembre 2025, n. 7361.

[75] Oltre gli autori citati, si veda, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2023, n. 17, p. 275.

[76] È quanto statuito dal T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

ISSN 2036-7821

partecipano alle gare[77]. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

Secondo autorevole dottrina[78], il principio in questione ha tre dimensioni.

La prima riguarda il Legislatore che, nell'attribuire i poteri alle stazioni appaltanti, non deve introdurre regole troppo rigide dettate dal sospetto nei loro confronti di un uso sviato della discrezionalità.

La seconda riguarda le stazioni appaltanti che, in base al principio della fiducia, devono favorire e valorizzare "l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in funzione del risultato" (art. 2, comma 2).

La terza riguarda il Giudice amministrativo che, nel sindacare l'operato delle stazioni appaltanti, deve muovere dal presupposto che generalmente esse operano in modo corretto, con la conseguenza che l'eventuale illegittimità degli atti richiede una prova rigorosa[79].

Il principio della fiducia richiama, dunque, il principio tradizionale della presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi[80], al punto che risulterebbe, secondo alcuni, addirittura una "superfetazione"[81].

La fiducia, tuttavia, non si costruisce per legge, ma sul campo[82].

---

[77] Non tutti condividono la "reciprocità". Si sostiene che a sconfessarla siano le norme che impongono una serie di requisiti di onorabilità ed affidabilità che gli operatori devono, prima, dichiarare, poi, comprovare (B.N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, 2023, n. 2, pagg. 765 ss.). Il richiamo alla reciprocità, pertanto, non avrebbe una portata cogente, almeno sul lato dell'amministrazione, che continua a muoversi su di una direttrice ancora largamente di sfiducia nei confronti degli operatori, nonché secondo una prospettiva asimmetrica del processo decisionale.

[78] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, pagg. 432 ss. Sostiene l'Autore che il principio in esame sembra avere una valenza più simbolica che precettiva; la fiducia, infatti, non può essere promossa per legge ma occorre creare un contesto affinché essa possa affermarsi, in particolare garantendo la professionalità e l'integrità delle Stazioni appaltanti e assicurando l'affidabilità delle imprese.

[79] Ciò sembrerebbe chiarito, in particolare, dalle disposizioni in materia di conflitto di interessi secondo le quali, conformemente al principio della fiducia, la minaccia all'imparzialità e indipendenza «*deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati*» (art. 16, comma 2), nonché da quelle concernenti la composizione della Commissione giudicatrice di cui il Rup può essere membro (art. 93) e, per gli affidamenti sotto soglia, anche Presidente (art. 51).

[80] In modo alquanto critico, si osserva che non si è in presenza di un nuovo principio generale, ma di un'ovvia declinazione di altri principi, quali quelli costituzionali, espressi o impliciti, come il principio di legalità oppure del principio pubblicistico del rapporto organico, con la conseguenza che non vi può essere "sfiducia" nel potere amministrativo (D. IARIA, *I super principi generali*, in Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici, a cura di G.F. CARTEI – D. IARIA, cit., pag. 18, secondo cui il principio in argomento rappresenterebbe uno slogan pubblicitario piuttosto che un principio generale).

[81] Cfr. R. URSI, *La "trappola della fiducia" nel Codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, pagg. 47 ss. Per l'Autore, la fiducia costituisce una sorta di "rassicurazione" idonea a semplificare la complessità della decisione e permette di operare una "curvatura" del processo decisionale negli appalti, poiché si passa da una norma stringente e dettagliata alla "regola del caso concreto".

[82] Lo sostiene G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023. La legge può solo imporre una direttiva volta ad

ISSN 2036-7821

Ne consegue anche la necessità di superare inutili formalismi[83] (secondo alcuni, la "paura della firma"[84]) che, impropriamente, caratterizzano le decisioni amministrative; sotto l'opposto crinale, comporta un'ostensione chiara e trasparente delle informazioni richieste da parte dei privati e la loro corretta partecipazione alle procedure di gara.

Un riflesso del principio di fiducia è la disposizione di cui al comma 2 dell'articolo in esame, relativo alla definizione di colpa grave che integra l'illecito amministrativo.

Rilevano a questi fini la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

In termini maggiormente puntuali, alla stregua della previsione normativa in esame, non costituisce colpa grave, la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

L'ottica è quella della lotta alla burocrazia difensiva[85].

Così sunteggiato il quadro normativo e dei principali indirizzi ermeneutici afferenti al principio della fiducia, occorre chiedersi quale rapporto sussista con il principio di rotazione.

Ebbene, considerato che una delle principali finalità da quest'ultimo perseguita è la necessità di evitare rendite di posizione oltre che impropri favoritismi a vantaggio di uno specifico operatore economico, la compatibilità con il super-principio della fiducia non sembra agevolmente prospettabile.

Anzi, la valorizzazione della fiducia porterebbe ad escludere il divieto di rinnovare un affidamento diretto e discrezionale a favore di un operatore che abbia ben operato, stante la necessità di abbandonare letture intrise di sospetto; residuerebbe, invero, la sola giustificazione del mancato invito all'uscente in una procedura competitiva, in ragione delle maggiori informazioni di cui potrebbe disporre, con

improntare a fiducia ed a leale collaborazione i rapporti fra P.A. e mondo delle imprese interessate ai contratti pubblici.

[83] Cfr. R. URSI, *op. cit*., pag. 50.

[84] Cfr. G. MONTEDORO, *op. loc. ult. cit*. L'Autore osserva, ancora, che, senza una proporzionata e misurata concezione della colpa grave come colpa concretamente esigibile, la paura della firma non potrà essere vinta. È anche vero, a suo dire, che l'incertezza del quadro normativo (che si presenta spesso inadeguato rispetto al flusso di cambiamento sociale, economico e tecnologico) genera la "paura di amministrare" (tra i contributi ivi citati, si veda, G.D. COMPORTI, Il coraggio di amministrare, in *Scritti per Franco Scoca*, Napoli, 2020, II, p. 1101).

[85] La valenza innovativa del principio in esame ha portato alcuni Autori ad affermare che, mentre il codice del 2016 era noto come il "Codice dell'anticorruzione", la riforma del 2023 può essere definita come il "Codice della fiducia" (L. CARBONE, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO, Napoli., pag. 14). Rimarca la finalità del contrasto alla burocrazia difensiva, M.C. COLOMBO, *Commento ragionato ai principi*, in AA.VV., *Nuovo codice dei contratti pubblici, Commentario ragionato al d.lgs. n. 36/2023*, cit., pag. 5.

ISSN 2036-7821

inevitabile alterazione della sana concorrenza.
Sennonché, proprio la previsione del comma 2 del divisato art. 2 del Codice impone una puntuale e rigorosa applicazione della disciplina di cui all'art. 49 del medesimo Codice, in quanto la violazione di tale norma di diritto colorerebbe di gravità la colpa del soggetto istituzionale che dovesse consentire al medesimo operatore di beneficiare di plurimi e consecutivi affidamenti o inviti.

7. L'accesso al mercato e la naturale vocazione della rotazione

A completare la triade dei principi-valori, ai quali il codificatore ha attribuito una valenza ermeneutica, è l'art. 3 del Codice, rubricato «*principio dell'accesso al mercato*».
La dottrina ha tentato di evidenziare la sua non sovrapponibilità con quello di concorrenza, attraverso ricostruzioni ermeneutiche che, tuttavia, non sembrano pienamente convincenti. Si afferma, cioè, che tale principio garantisce la pari opportunità di partecipazione agli operatori economici ma non è perfettamente coincidente con quello della concorrenza[86]; secondo l'Autore i due principi avrebbero differenti finalità come dimostrato dalla circostanza che l'art. 3 li nomina separatamente (l'accesso al mercato deve avvenire nel rispetto del principio della concorrenza).
La tesi non appare persuasiva: il richiamo alla tutela della concorrenza sembra, piuttosto, comprovare che essa costituisce la modalità attraverso la quale si persegue il principio in esame.
Dalla Relazione di accompagno al nuovo Codice trasuda un'enfatizzata primazia del principio del risultato rispetto al principio della concorrenza, essendo stato previsto, al comma 2, dell'art. 1, che la concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti[87]. Tale previsione ha portato parte della dottrina ad affermare che la concorrenza non sia un fine, né un mezzo, bensì un limite nell'ottica di un sistema fondato primariamente sul risultato[88].
Un dato sembra incontrovertibile.
Indipendentemente da quale prospettazione di indagine si scelga, un precipuo e imprescindibile principio che merita di essere analizzato in tema di contrattualistica pubblica è quello della concorrenza (del quale costituiscono corollari, quelli di non discriminazione e del *favor partecipationis*)[89].

---

[86] R. DIPACE, *Principio dell'acceso al mercato*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, pagg. 85 ss.
[87] G. NAPOLITANO, *op. cit.*, pag. 290.
[88] L'opinione è di G. TROPEA, *L'evoluzione della disciplina e i principi del Codice*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, a cura di G. Tropea, cit., pag. 41, ove si menziona anche la Relazione di accompagnamento al Codice che, a suo dire, parlerebbe in modo inequivoco di "demitizzazione" della concorrenza.
[89] Sin dalle direttive di prima generazione il legislatore Ue ha previsto disposizioni funzionali ad ampliare la partecipazione alla gara. Il rafforzamento del *favor partecipationis* ha trovato formalizzazione nelle direttive del 2004; si pensi - oltre al richiamo, operato dal considerando n. 2, all'esigenza di "assicurare l'apertura degli appalti

ISSN 2036-7821

La sua centralità in materia è comprovata dai plurimi richiami che ivi si rinvengono e dalla priorità dei sistemi aperti di scelta del contraente nonché dalla speculare eccezionalità degli affidamenti filtrati o riservati a un numero ristretto di operatori.
La dottrina ha avuto modo di distillare due diverse letture del principio in argomento: la prima, finalizzata ad enfatizzare l'esigenza dell'operatore economico di vedere tutelati il principio di parità di trattamento e di non discriminazione; la seconda, volta a rimarcare l'esigenza dell'amministrazione di scegliere il miglior offerente e di stipulare il contratto al miglior prezzo[90].
Sempre sul piano sistematico, si è distinta la macro-concorrenza dalla micro-concorrenza[91].
In breve: la dimensione macro-economica consente di individuare nella pubblica amministrazione un agente che opera "nel mercato", attraverso la disciplina sugli appalti pubblici e la politica di realizzazione di opere pubbliche, di erogazione di servizi e di acquisizione di beni, incidendo, con l'azione pubblica, sul funzionamento dei mercati; la dimensione micro-economica della concorrenza, invece, configura le amministrazioni come agenti che, rispetto ad un singolo atto di scambio, sollecitano la partecipazione di una pluralità di concorrenti e, quindi, finalizzano la concorrenza "per il mercato".
Tra tutela della concorrenza e principio di rotazione la compatibilità è netta, oltre che inconfutabile; l'esigenza di favorire un'ampia distribuzione delle opportunità e il conseguenziale accrescimento della platea dei concorrenti comportano una rigorosa applicazione della rotazione e, di converso, il divieto di favorire l'uscente[92].
Al contempo, sempre l'esigenza di tutelare la concorrenza porta ad escludere la partecipazione di chi abbia appena gestito un servizio, acquisendo informazioni utili a proporre un'offerta migliorativa; sussiste, infatti, un'evidente asimmetria

---

pubblici alla concorrenza" - agli istituti e alle previsioni che favoriscono la partecipazione anche di operatori meno strutturati o in fase incipiente della loro attività; ci si riferisce, tra l'altro, ai modelli di aggregazione dell'offerta, nonché alla consacrazione, in via legislativa, del cd. possesso *per relationem* dei requisiti di partecipazione, in termini più ampi di quanto in precedenza riconosciuto dalla giurisprudenza. La giuspubblicistica considera il *favor partecipationis* un principio generale del settore dei contratti pubblici (tra le innumerevoli decisioni che lo richiamano, si segnalano: T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 marzo 2024, n. 360; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 02 gennaio 2024, n. 2, che menziona, quale corollario, anche il principio di equivalenza dell'offerta). D'altro canto, la Corte UE, in diverse decisioni lo richiama tra gli obiettivi principali delle direttive, facendolo coincidere con la massima apertura del mercato (*rectius*, la partecipazione più ampia possibile alla singola gara).

[90] Sulle diverse letture del principio di concorrenza: A. BARONE, R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul Codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56)*, Napoli, 2017, pagg. 273 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, pagg. 15 ss.; S. CASSESE, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pagg. 1132 ss.

[91] M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, pagg. 71 ss.

[92] Per un'accurata ricostruzione, cfr. S. DEIANA, *op. cit.*, pag. 678.

ISSN 2036-7821

informativa tra l'uscente e gli altri operatori del settore.
Anche la giurisprudenza si è interrogata sul rapporto tra principio di rotazione e logica concorrenziale, sottolineandone la compatibilità ed anzi, ancor più radicalmente, evidenziando come il principio di rotazione sia espressione della tutela della libera concorrenza, costituendone modalità di attuazione; si è sottolineato che nessuna contraddizione sussiste tra rotazione e libera concorrenza, piuttosto un rapporto di derivazione dell'un principio dall'altro «in considerazione della sua finalizzazione a soddisfare l'esigenza della maggiore apertura del mercato»[93].
Ecco che, in tale ipotesi, il principio di rotazione si pone come l'ultimo baluardo volto ad evitare il cristallizzarsi di posizioni di vantaggio a favore di un unico operatore e quindi a garanzia della sussistenza di un pluralismo di operatori sul mercato. È a tale ipotesi che si attaglia propriamente la "rotazione degli affidamenti".
Valga sottolinearlo.
Il mancato invito alla procedura negoziata dell'aggiudicatario uscente si invera nella preclusione alla partecipazione alla nuova gara dell'operatore economico che aveva partecipato alla precedente selezione e si era aggiudicato la stessa. In tal caso (come nella rotazione delle aggiudicazioni nell'affidamento diretto) è evidente come la rotazione abbia valenza pro-concorrenziale, che, in questa prospettiva, assume una connotazione peculiare; la preclusione a che l'aggiudicatario uscente partecipi al nuovo confronto competitivo (semplificato) ha qui lo specifico significato di evitare che si avvantaggi dell'asimmetria informativa che lo privilegia, quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze.
Si tratta di una funzione della rotazione pro-concorrenziale, che non mira ad ampliare i potenziali concorrenti, bensì a garantire la parità di armi tra i partecipanti alla selezione[94].

8. I possibili risvolti processuali

Sul piano processuale, in caso di affidamenti diretti, la platea dei possibili ricorrenti ricomprende, di fatto, tutti gli operatori del settore, mentre, in caso di procedure ad inviti, la mancata applicazione di tale principio può essere dedotta da chi ha partecipato alla gara, risultando pretermesso all'uscente, oltre che dagli operatori economici non invitati, ciò in quanto la regola della rotazione amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti e, a maggior ragione, a quelli

[93] T.A.R. Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 9 giugno 2016, n. 372.
[94] Indubbiamente, in siffatta ipotesi, la rotazione assume una diversa connotazione; infatti l'aggiudicazione, nel caso in esame, è il risultato di un confronto, seppur semplificato, tra più offerte, quindi, da un lato, l'operatore diverso dal precedente aggiudicatario ha sempre la possibilità di emergere, anche senza la rotazione, dall'altro lato, si impone con la rotazione il sacrificio alla stessa esigenza concorrenziale, consistente nel perdere l'offerta dell'aggiudicatario uscente, per quanto in ipotesi fosse la migliore.

ISSN 2036-7821

invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione[95].
In proposito, un fattore dirimente è costituito dalla tipologia della prestazione da appaltare: la deroga al principio in esame risulterebbe agevolmente censurabile in presenza di una platea di operatori alquanto ampia (si pensi agli affidamenti dei servizi di architettura e di ingegneria) o di affidamenti che non richiedono una contiguità territoriale (fornitura di beni mobili di tipo generico).
Diversamente, per servizi di rifornimento carburanti o di tesoreria, le ragioni derogatorie potrebbero più agevolmente prospettarsi e documentarsi.
Dibattuta è stata la questione relativa alle richieste di ristoro azionabili da parte del concorrente pretermesso, in presenza di affidamenti illegittimi per violazione del principio di rotazione.
Secondo un'opinione eccessivamente restrittiva[96], nel caso di affidamento diretto, la tutela conseguibile per l'operatore del settore è quella in forma specifica, consistente nella reintegrazione della *chance* per effetto della pronuncia di annullamento degli atti impugnati e nel conseguente effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto; sempre secondo tale indirizzo interpretativo, nella diversa ipotesi in cui ciò non sia possibile, il ristoro per equivalente della *chance* di aggiudicazione resta precluso dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe (con elevata probabilità) aggiudicato.
Altre decisioni hanno riconosciuto il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza) non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara[97].
Ai fini del risarcimento del danno derivante dall'illegittimo ricorso alla trattativa privata, proprio perché non c'è stata gara, non è possibile una valutazione

[95] Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.
[96] Sull'onere probatorio che incombe in capo al ricorrente, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 settembre 2018, n. 52. Sul medesimo crinale si pone Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559, che ha negato il risarcimento della *chance* di aggiudicazione ad un operatore economico che aveva impugnato un affidamento senza gara.
[97] Si colloca in questo indirizzo: Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450, per il quale "la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta", e che ha riconosciuto il risarcimento sulla base della teoria della c.d. "*chance ontologica*", consistente nell'aspettativa giuridica "già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata", correlata al "rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti in materia di contratti pubblici".

ISSN 2036-7821

prognostica sull'esito di una procedura comparativa mai svolta; non è possibile prevedere, in particolare, quali e quante offerte sarebbero state presentate, quale offerta avrebbe presentato l'impresa che chiede il risarcimento e se tale offerta sarebbe stata, o meno, vittoriosa[98].

Secondo il medesimo indirizzo ermeneutico, quando ad un operatore è preclusa in radice la partecipazione ad una gara (di tal che non è possibile dimostrare, *ex post*, la sua vittoria, né la non vittoria), la sola situazione soggettiva tutelabile è la *chance*[99], cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole; in tali situazioni, si è ritenuto di utilizzare il criterio per cui il *quantum* del risarcimento per equivalente va determinato ipotizzando, in via di medie e di presunzioni, quale sarebbe stato il numero di partecipanti alla gara, ove espletata (sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente) e dividendo l'utile d'impresa (quantificato in via forfettaria) per il numero di partecipanti: il quoziente ottenuto costituirebbe, in tale prospettiva, la misura del danno risarcibile.

Il contrasto di giurisprudenza, *breviter*, si pone tra pronunce aderenti alla teoria della *chance* ontologica e quelle che invece optano per la *chance* eziologica.

La prima configura tale posizione giuridica come un danno emergente[100], ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio.

La teoria eziologica intende, invece, la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto ma potenzialmente raggiungibile con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Il danno da risarcire corrisponde, pertanto, secondo tale teoria, al lucro cessante[101].

Si comprende agevolmente come l'adesione all'una o all'altra tesi esposte comporti notevoli ripercussioni sotto il profilo del sistema probatorio applicabile[102].

---

[98] Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5307.

[99] Si veda M. FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1088; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, pag. 85; L. LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in Danno resp., 2019, 364; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[100] Cfr. D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, pagg. 11-12; A. DE CUPIS, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, pagg. 1181 ss., per il quale "*La perdita di chance costituisce un danno attuale che si identifica non con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'id quod plerunque accidit sulla base di elementi forniti dal danneggiato. Non trattasi quindi di lucro cessante ma di danno emergente da perdita di possibilità attuale, ricompresa nel patrimonio del soggetto passivo fin dal momento dell'illecito e non di un futuro risultato, il cui avveramento è indipendente dal riconoscimento della chance di ottenerlo, venendo risarcita la perdita della possibilità, che deve essere concreta e non aleatoria, di conseguire il risultato*".

[101] In dottrina cfr. F. MASTROPAOLO, (voce) "*Danno (risarcimento del danno)*", in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, pagg. 12 e ss.; M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. Circ. e trasp.*, 2000, pagg. 676 e ss.

[102] Per un approfondimento sul tema, si veda, F. CARINGELLA - L. BUFFONI, "*Il danno da perdita di chance*" in *Manuale di diritto civile*, Milano, 2025, pagg. 773., secondo cui: "*Nella prospettiva cd. ontologica, al danneggiato basta*

ISSN 2036-7821

Un diverso orientamento giurisprudenziale[103],facendo leva sulla definizione di *chance* in termini di fattispecie teleologicamente orientata verso il conseguimento di una utilità, configura una prospettiva olistica che sancisce l'autonomia giuridica ed economica della *chance* come bene in sé.

Ciò che appare realmente essenziale è la distinzione fra la "probabilità di riuscita" (*chance* risarcibile) e la mera "possibilità di conseguire l'utilità sperata" (*chance* irrisarcibile)[104].

Invero, l'accertamento della tutela risarcitoria per la perdita di *chance* postula la verifica preliminare di una lesione concreta ed attuale di un bene giuridico autonomo, preesistente nel patrimonio del danneggiato all'atto del fatto lesivo. Tale lesione si concretizza nella perdita definitiva di un'occasione favorevole di cui il soggetto si sarebbe ragionevolmente avvalso, il cui valore economico è intrinsecamente rappresentato dalla sua idoneità strumentale a generare una futura situazione di vantaggio; la successiva liquidazione del danno[105], attesa la natura di pregiudizio incerto nell'ammontare, è demandata alla funzione probabilistica legata al conseguimento del vantaggio sperato, imponendo l'applicazione di un coefficiente di riduzione sul valore potenziale e potendo, in ogni caso, avvenire su base equitativa qualora la prova del *quantum* si riveli di naturale e insuperabile difficoltà.

9. Una riflessione di sintesi: la doppia anima della rotazione e l'ambiguità della rotazione "mite"

Dall'analisi appena svolta, seppur non affatto esaustiva, emerge un quadro normativo ambiguo e, per molti versi, confuso.

---

dimostrare la semplice probabilità della chance, accompagnata dalla constatazione che il bene anelato è oramai irrimediabilmente perso e dall'accertamento del nesso eziologico fra la condotta e l'evento lesivo, consistente nell'elisione di quell'entità patrimoniale, avente autonoma rilevanza giuridica ed economica, rappresentata dall'utilità potenziale che si assume lesa. Nell'ambito della concezione eziologica, invece, il danneggiato dovrebbe provare che la chance avrebbe, con elevato grado di probabilità, condotto al sorgere, ex novo, di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, avente quest'ultima una propria rilevanza patrimoniale e giuridica".

[103] Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, secondo cui: "*La contrapposizione tra le due posizioni dottrinali e giurisprudenziali, sia sotto il profilo ontologico sia sotto il profilo dei seguenti oneri probatori, deriva esclusivamente da una visione parziale della fattispecie risarcitoria in esame, che contrappone erroneamente, come blocchi distinti e reciprocamente incompatibili, i vari elementi costituitivi il danno da perdita di* chanche".

[104] Cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 12 febbraio 2024, n. 3824, secondo cui: "*Per il configurarsi di un danno da perdita di* chances*, ai fini del cui accertamento il danneggiato ha l'onere di provare non la perdita del risultato, cioè che avrebbe ottenuto certamente l'aggiudicazione del bene, bensì soltanto la perdita della possibilità di conseguirlo*".

[105] A dire di Tribunale Bari, sez. II, 28 settembre 2023, n. 3739: "*La liquidazione del danno da perdita di* chances *subito da un'impresa che abbia partecipato ad una gara per l'esecuzione di un'opera pubblica illegittimamente aggiudicata a terzi dalla stazione appaltante, non può limitarsi ai soli costi di partecipazione alla gara, in quanto anche l'opportunità di guadagno che sarebbe stato effetto di una gara svolta regolarmente costituisce una perdita attuale per il patrimonio, dimostrabile, per presunzioni e la cui valutazione compete al giudice del merito, che può essere liquidata in base al presunto guadagno che l'impresa avrebbe ottenuto con l'esecuzione dell'appalto, determinabile in una percentuale della sua offerta corrispondente ai guadagni medi degli appalti analoghi e che, di regola, per quelli ad evidenza pubblica, si determina in base a norme di legge che detta percentuale indicano*".

ISSN 2036-7821

Se è vero che molte delle deroghe ora positivizzate sono riconducibili alle ipotesi già contemplate in sede pretoria o a quelle già prospettate dalle sopra menzionate Linee Guida, è altresì vero che non è agevole tracciare la finalità ora perseguita.
Se si trattasse di una previsione funzionale a evitare condotte collusive tra stazione appaltante e contraente uscente, la rotazione sarebbe limitata agli affidamenti diretti.
Se, invece, si trattasse di una previsione esclusivamente funzionale a tutelare la concorrenza, per evitare lo sfruttamento di rendite di posizione da parte del contraente uscente, la rotazione sarebbe estesa a tutte le procedure, a prescindere dall'imposizione di un limite al numero degli invitati[106].
L'incerta e indefinita configurazione del principio ha suffragato interpretazioni particolarmente riduttive in ragione delle quali si dubita della stessa definizione di "principio", visto che esso non esprimerebbe una direttiva valoriale, avente una eccedenza di contenuto deontologico rispetto alle singole norme, dequotandolo ad una mera regola di gara, che preclude l'ulteriore partecipazione alla procedura competitiva a carico di chi abbia già partecipato a una precedente selezione o ne sia risultato aggiudicatario[107].
Per darne applicazione, si sostiene, la stazione appaltante non sarà chiamata ad esplicitare in quale specifica *regula iuris* si inveri il suddetto "principio", esercitando una sorta di funzione nomogenetica, bensì dovrà procedere non invitando alla nuova procedura l'operatore che ha già fruito di una precedente partecipazione.
Tale considerazione, seppur per molti aspetti condivisibile, appare fortemente riduttiva.
Il principio in argomento si caratterizza proprio per la sua poliedricità.
Trattasi di un principio dalla doppia anima, capace di operare sul fronte (tradizionale) della prevenzione dei fenomeni corruttivi nonché su quello - di ispirazione euro unitaria[108] - di tutela della sana concorrenza, precludendo posizioni di vantaggio derivanti dalla (precedente) gestione della prestazione appaltata.
La sua corretta e (auspicabile) inderogabilità costituisce una delle principali leve

[106] Sono considerazioni di F. CAPORALE, W. GIULIETTI, *La specialità della disciplina dei contratti sotto soglia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2025, pagg. 294; ivi si osserva, inoltre, che la rendita di posizione o la possibilità di influenzare la predisposizione degli atti di gara non dipendono dalla determinazione di un numero massimo di invitati alla procedura. E non si potrebbe neppure chiamare in causa il principio del risultato - e la volontà di non privare la stazione appaltante della migliore offerta in termini di rapporto tra qualità e prezzo - che sarebbe direttamente inficiato dalla possibilità di sfruttare una rendita di posizione o di influenzare la predisposizione degli atti di gara tanto nelle procedure ordinarie e nelle procedure negoziate aperte a tutti quanto nelle procedure negoziate con un numero massimo di invitati.

[107] Per una diversa ricostruzione delle finalità perseguite dal principio in esame, cfr. L.S. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti degli appalti sottosoglia*, in *Il merito*, 2024, I, 25 ottobre 2024.

[108] Si è ricordato (S. DEIANA, *op. cit.*, pag. 681) che per lo stesso Consiglio di Stato (parere n. 361 del 12 febbraio 2018) il principio di rotazione trova la sua fonte anche a livello di Trattato (nella parte in cui in cui vengono enunciati i principi di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano in quanto ancillari rispetto ai precedenti).

ISSN 2036-7821

applicative del super-principio del libero accesso al mercato (di cui all'art. 3 del Codice) il quale, senza la contestuale previsione del principio ora in argomento, rischierebbe di concretizzarsi, come spesso inesorabilmente accade, in un vuoto simulacro, oggetto di elaborate e suggestive tesi dottrinarie ma diffusamente infirmato in sede applicativa.

Non vi è dubbio che una rigorosa e meccanica applicazione della rotazione potrebbe, in ultima analisi, pregiudicare la qualità e l'efficacia della prestazione appaltata e gli interessi con essa perseguiti, favorendo una diffusa distribuzione delle ricchezze ma precludendo agli operatori più affidabili di beneficiare di plurime *chances*.

Gli esiti sarebbero addirittura paradossali se gli operatori meglio apprezzabili anche sotto il profilo curriculare venissero esclusi solo perché destinatari di precedenti inviti (e mai beneficiari di commesse pubbliche); analogamente, non miglior sorte avrebbero i pubblici interessi qualora un operatore qualificato risultasse beneficiario di un primo e minore affidamento, restando escluso da quelli successivi, anche di maggiore e più apprezzabile valore ovvero tecnicamente più complessi e qualificati.

Ciò nonostante, non può sottacersi che la rotazione può rappresentare un primo, anche se non esaustivo, rimedio a pratiche di *mala gestio*, in special modo per affidamenti disposti a livello locale, il cui importo "contenuto" e non eccessivo costituisce un deterrente per la proposizione dei previsti (e costosi) rimedi impugnatori, così sottraendoli al possibile vaglio giustiziale.

Tuttavia, sia la relativa collocazione nel tessuto codicistico sia la disomogeneità delle ipotesi derogatorie non ne chiariscono la *ratio* e ne rendono incerta la fase applicativa.

Viene qualificato "principio", ma di esso non ve ne è menzione nella prima parte del Codice dedicata ai principi.

Viene anteposto alle procedure di scelta del contraente tipiche del sotto-soglia, ma il ventaglio delle deroghe, come visto, è di vasta latitudine applicativa.

Il coacervo di tali apparenti antinomie ha portato a sostenere[109] che quello della rotazione non sia un vero e proprio principio, dal momento che non dispone una direttiva che anima l'interpretazione di altre disposizioni, ma contiene una regola puntuale di gara[110].

Secondo tale autorevole tesi, più che un principio generale -che deve inverarsi in previsioni puntuali- si tratterebbe di un meccanismo tecnico indicato come

[109] R. GIANI, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in G.M. CARUSO - D. D'ALESSANDRO - D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, pagg. 55 ss.

[110] Per una diversa ricostruzione, può leggersi L.S. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti degli appalti sotto soglia*, op. loc. ult. cit.

ISSN 2036-7821

ordinariamente applicabile dalle stazioni appaltanti[111].

In tema di selezione degli operatori economici, l'attuazione di tale principio potrebbe pregiudicarne altri, oltremodo rilevanti *in subiecta materia*, tra cui quello di economicità della prestazione da acquisire; tanto potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che negli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie europee, i principi euro unitari vanno bilanciati e attuati secondo diverse graduazioni, dal momento che a tutti i principi deve essere garantita almeno un'attuazione minima nell'ambito di un bilanciamento operato nei limiti della proporzionalità[112].

Per recuperarne i benefici e i vantaggi ne andrebbe valorizzata l'applicazione anche nell'ambito di strumenti interni di regolazione o nelle discipline funzionali alla prevenzione dei fenomeni illeciti che (nonostante il "codice della fiducia") restano obbligatori e doverosi anche in ragione della consistenza e della persistenza di ipotesi delittuose scaturenti dall'attività negoziale dell'amministrazione.

Tanto consentirebbe di arginare la "deriva" applicativa e interpretativa, piegata a scelte di (apparente) semplificazione ma che, paradossalmente, si rivelano maggiormente onerose in termini di costi per la collettività laddove i paventati illeciti dovessero comportare offerte o proposte meno vantaggiose per l'Ente, dovute alla necessità di compensare improprie prebende.

Anche perché l'attuale quadro normativo non è capace di perseguire alcuna precipua finalità, tantomeno di preservare idoneamente gli interessi pubblici sottesi, proponendo un principio poco incisivo e agevolmente derogabile: un principio ormai "mite"!

[111] In termini sostanzialmente adesivi a tale tesi, si esprimono CAPORALE-GIULIETTI, *op. cit*., pagg. 298, i quali usano il termine "criterio" in luogo di "principio".

[112] Come osservato in Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014.

ISSN 2036-7821