

## Principio di rotazione: ha portata cogente ed e' applicabile anche se non richiamato dalla lex specialis

di Marcello Fortunato

Data di pubblicazione: 19-5-2017

1. In tema di appalti, il principio di rotazione, di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016, può trovare applicazione anche a seguito dell'invito alla procedura (la norma prevede un "un criterio di rotazione degli inviti").

2. Il principio di rotazione opera anche se il precedente contratto aveva un oggetto diverso ed anche se lo stesso sia stato assunto mediante raggruppamento.

3. Il principio di rotazione opera anche in assenza di richiamo nella *lex specialis*

4. Il criterio di rotazione esclude tendenzialmente e preferibilmente non solo l'affidatario uscente, ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che hanno giamai svolto tale servizio (1)

5. La rotazione nei contratti sotto soglia è la regola e non l'eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza (2)

[\(1\) Precedenti conformi: T.A.R. Campania - Napoli - Sez. II, 11 novembre 2016, n. 5227; T.A.R. Friuli Venezia Giulia - Sez. I, n. 419/2016.](#)

*(2) Precedenti conformi: T.A.R. Campania - Napoli - Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336.*

### [Guida alla lettura](#)

La sentenza sopra riportata affronta il tema della rotazione del conferimento di contratti sotto soglia.

La normativa di riferimento è l'art. 36 - comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, il quale, per quanto di interesse, ha previsto che "... le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, secondo le seguenti modalità: .. b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base delle indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di

*rotazione degli inviti".*

Il suddetto criterio, secondo la portata letterale della norma, è applicabile in sede di formulazione degli inviti e, quindi, a seguito dell'invito, la selezione riguarda unicamente la negoziazione delle condizioni.

Nella specie, il T.A.R. ha ritenuto applicabile il suddetto principio anche a seguito della ricezione dell'invito.

In particolare, il T.A.R. ha sancito i seguenti principi:

- in tema di appalti, il principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016, può trovare applicazione anche a seguito dell'invito alla procedura (la norma prevede un "*un criterio di rotazione degli inviti*").

- il principio di rotazione di cui all'art. 36 - comma 2, lett. b del D. Lgs. n. 50/2016 opera anche se il precedente contratto aveva un oggetto diverso ed anche se lo stesso sia stato assunto mediante raggruppamento;

- il principio di rotazione di cui all'art. 36 - comma 2, lett. b del D. Lgs. n. 50/2016 opera anche in assenza di richiamo nella *lex specialis*;

- il criterio di rotazione esclude tendenzialmente e preferibilmente non solo l'affidatario uscente, ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che hanno giammai svolto tale servizio.

In conclusione, il principio di rotazione è la regola e non l'eccezione e si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza (si cfr. anche T.A.R. Napoli - Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336).

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 390 del 2017, proposto da:

Prof. Ing. Roberto Gerundo, in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo R.T.P., dell'ing. Carlo Gerundo e dell'Ing. Raffaella Petrone, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Basile C.F. BSLGNN57P01G964W, domiciliato ex art. 25 cpa presso Salerno Segreteria Giurisdizionale Tar in Salerno, piazzetta San Tommaso D'Aquino, 3;

***contro***

Comune di Pontecagnano Faiano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mirko Marino C.F. MRNMRK75R21G793A, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via dei Principati, n. 17;

***nei confronti di***

Arch. Salvatore Visone, non costituito in giudizio;

Antonio D'Amico, Gianluca Voci, Simona Siddi, Teresa Schiano e Antonia Iride, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Gennaro Maione C.F. MNAGNR75C11G2300, con domicilio eletto presso Aniello Lamberti in Salerno, via Leopoldo Cassese;

***per l'annullamento***

a) della determinazione del Responsabile del Settore Urbanistica e Pianificazione del Comune di Pontecagnano Faiano n. 1 del 30.01.2017 prot. n. 94, pubblicata in data 31.01.2017 (n. 167 Registro Pubblicazione Albo Pretorio *online*), di aggiudicazione in favore del R.T.P. con capogruppo il prof. Arch. Visone Salvatore, dell'incarico di progettazione e pianificazione della fase strutturale ed operativa del PUC, nonché di esclusione dalla procedura dei ricorrenti, di cui gli stessi hanno avuto conoscenza a seguito di comunicazione del 06.02.2017 prot. n. 4253 del RUP, ricevuta a mezzo Pec in pari data;

b) ogni altro atto, preordinato, presupposto, connesso conseguente e/o collegato, ivi compresa, per quanto possa occorrere, la nota di comunicazione del 06.02.2017 prot. n. 4253 del RUP del provvedimento impugnato *sub a*).

NONCHE'

a) per la declaratoria del diritto dei ricorrenti a conseguire l'affidamento dell'incarico alla luce dei vizi denunciati;

b) per la declaratoria di inefficacia del contratto, se già stipulato;

c) per la declaratoria del diritto dei ricorrenti a subentrare nel medesimo contratto, se già stipulato;

d) nell'ipotesi in cui l'ecc.mo giudice adito dovesse ritenere di non dichiarare l'inefficacia del contratto, la declaratoria del diritto dei ricorrenti ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente (lucro cessante €. 13.000,00 e danno curriculare €. 1.300,00), per la mancata aggiudicazione della gara, nella misura complessiva di € 14.300,00 o di quella maggiore o minore somma che sarà liquidata anche in via equitativa e la conseguente condanna del Comune di Pontecagnano Faiano al pagamento del predetto importo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pontecagnano Faiano e di Antonio D'Amico, Gianluca Voci, Simona Siddi, Teresa Schiano e Antonia Iride;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 il dott. Giovanni Sabato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

CONSIDERATO che:

- con ricorso proposto in riassunzione, dopo ordinanza di incompetenza territoriale del Tar Campania, sede capoluogo, Sez. I, n. 1581 del 23.03.2017, depositato il 24 marzo 2017, il Prof. Ing. Roberto Gerundo, in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo R.T.P., l'ing. Carlo Gerundo e l'Ing. Raffaella Petrone impugnano il provvedimento di aggiudicazione, reso dal Comune di Pontecagnano Faiano in favore del R.T.P. con capogruppo il prof. Arch. Visone Salvatore, dell'incarico di progettazione e pianificazione della fase strutturale ed operativa del PUC, nonché di esclusione dalla procedura dei medesimi ricorrenti;

- espongono che, dopo essere stati individuati tra i 6 professionisti (singoli e/o associati in ATI) da invitare alla procedura in oggetto, ne venivano esclusi, in quanto *“seppur trattandosi di diversa attività, al fine del rispetto del principio di rotazione degli incarichi, prevista dalla norma ed invocata dall'ANAC, non appare opportuno prendere in considerazione l'offerta dell'R.T.P. capeggiata dal prof. Ing. Gerundo Roberto (seppur qualificata ed economicamente vantaggiosa), in quanto lo stesso prof. Gerundo, in forma singola, ha già partecipato alla redazione del preliminare di piano del PUC quale supporto esterno e coordinatore scientifico”*;

- parte ricorrente, avendo evidenziato che il Prof. Gerundo ha soltanto contribuito alla redazione del preliminare di piano del PUC quale professionista di “*struttura di service*” esterna in rapporto di convenzione con l'Ente, al fine di coadiuvare l'Ufficio incaricato, deduce, sotto distinti e concorrenti profili, i vizi della violazione di legge e dell'eccesso di potere, ritenendo non suscettibile di applicazione nel caso di specie il principio di rotazione, stante la diversità degli incarichi, nonché lamentando l'illogicità del comportamento dell'Amministrazione (che procedeva all'esclusione di un concorrente precedentemente invitato), il carattere non precettivo del richiamato principio, la mancanza di una previsione escludente nella *lex specialis* e la circostanza che il Prof. Gerundo aveva conseguito il precedente incarico quale singolo professionista invece che soggetto raggruppato;
- si costituiscono, tra i soggetti intimati, il Comune di Pontecagnano Faiano ed i controinteressati indicati in epigrafe, tutti al fine di resistere;
- alla camera di consiglio del 27 aprile 2017, il ricorso, rese edotte le parti e sussistendone i presupposti di legge, è trattenuto in decisione semplificata;

RILEVATO che:

- l'infondatezza dei rilievi sollevati rende superflua la disamina di ogni eccezione in rito sollevata dalle parti resistenti;
- il precedente rapporto contrattuale instaurato con il Comune di Pontecagnano Faiano (convenzione rep. n. 694 del 27 settembre 2012) integra il presupposto applicativo del principio di rotazione, consacrato dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, perché trattasi di rapporto professionale instaurato con la medesima Amministrazione e per giunta anch'esso afferente alla redazione del PUC;
- il carattere cogente del principio di rotazione, così come coniato dalla legge generale, non richiede che esso sia necessariamente richiamato dalla disciplina di *lex specialis*;
- il principio assume particolare rilievo nelle procedure sotto soglia, in quanto, secondo le coordinate ermeneutiche seguite in sede pretoria, “*la rotazione dunque, che nei contratti sotto soglia è la regola e non l'eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l'effettività del principio di concorrenza*” (cfr. TAR Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336);
- così pure si afferma in giurisprudenza (TAR Puglia – Lecce, Sez. II, sentenza n. 1906 del 15 dicembre 2016) che “*non può configurarsi alcun obbligo per la Stazione appaltante di invitare il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione e in caso di esercizio effettivo, la stessa P.A. deve dare motivato conto all'esterno*” (si veda anche: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 6906/2011; Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 4661/2014; TAR Abruzzo - Aquila, Sez. I, sentenza n. 372/2016);
- la ricaduta applicativa del principio in oggetto vale anche per il caso, come quello in oggetto, in cui il conferimento del servizio in appalto è stato preceduto da indagine di mercato, come esattamente previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) e dalle Linee guida ANAC n. 1/2017 (IV,

punto 1.2);

- inoltre, con Delibera ANAC n. 917 del 31 agosto 2016 si è precisato che *“il criterio di rotazione comporta in linea generale l'esclusione dell'affidatario del contratto uscente, salvo motivare la decisione contraria nei termini indicati connessi alla competenza e all'esecuzione a regola d'arte del precedente contratto”*;

- la condotta dell'Amministrazione assunta nel condurre il procedimento selettivo non può influire sull'applicazione del principio in oggetto tanto da limitarne la sua portata precettiva a salvaguardia delle esigenze di massimo confronto concorrenziale;

- la giurisprudenza più recente valorizza ulteriormente l'importanza pro-concorrenziale della norma in analisi, affermando che *“il principio di rotazione esclude tendenzialmente e preferibilmente non solo l'affidatario uscente, ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che hanno giammai svolto tale servizio”* (T.A.R. Campania Napoli Sez. II, Sent., 11/11/2016, n. 5227; v. anche TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, sentenza n. 419/2016);

- a nulla rileva il fatto che alla selezione il Prof. Gerundo abbia partecipato nella veste di soggetto raggruppato, in quanto il raggruppamento temporaneo non è persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che vi fanno parte, come si evince sia dalla definizione che dello stesso è data dall'art. 3, comma 1, lett. u) del D.Lgs. 50/2016, (*“un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta”*) sia da quanto previsto dall'art. 48, comma 16, del medesimo plesso normativo (*“Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”*);

RITENUTO, pertanto, che il ricorso è infondato e va respinto in uno ad ogni domanda proposta da parte ricorrente facente leva sulla pretesa illegittimità degli atti impugnati;

RITENUTO che, secondo il canone della soccombenza, le spese di lite sono da porre a carico di parte ricorrente, nei confronti delle controparti resistenti, nella misura indicata in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 390/2017, come in epigrafe proposto, lo respinge, come da motivazione.

Condanna parte ricorrente al rimborso, in favore del Comune di Pontecagnano e della parte controinteressata costituitasi in giudizio, delle spese di lite, che liquida nell'importo complessivo di € 2.000,00 (di cui € 1.000,00 cadauno), oltre accessori di legge.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere