

Prot. n. 331/C/2019

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 2 Dicembre 2019

Oggetto: **Principio di rotazione: solo la procedura aperta lo evita.**

Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti consente la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e può essere disapplicato soltanto nel caso in cui la stazione appaltante adotti una procedura aperta ovvero, nelle altre procedure, quando motivi adeguatamente la decisione di estendere l'invito anche all'affidatario uscente. Lo ha stabilito il Consiglio di Stato che ha analizzato la portata dell'art. 36, co. 1, del Codice dei contratti, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, laddove prevede il "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti" (Cons. St., Sez. V, sent. 5 novembre 2019, n. 7539).

Il principio di rotazione

Il "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti", osserva il Consiglio di Stato, è previsto espressamente dal Codice dei contratti nell'affidamento dei contratti d'appalto "sotto soglia" comunitaria e costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere i soggetti da invitare in caso di procedura negoziata.

Infatti, in tali appalti, "contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione". Tuttavia, ciò è giustificato "dall'esigenza di celerità", che trova il giusto "contrappeso" nel principio di rotazione (Cons. St., sent. n. 6160/2019). Il Collegio evidenzia, quindi, i due principali vantaggi della turnazione delle imprese che, da un lato, evita "la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza", e, dall'altro, consente all'amministrazione di cambiare al fine di ottenere una migliore prestazione possibile (Cons. St., sent. n. 3755/2019).

In questa ottica, ricorda lo stesso Consiglio di Stato, non è casuale la scelta del legislatore di anticipare la rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara. L'obiettivo è evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza acquisita nel precedente appalto, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici posti in competizione (Cons. St., sent. n. 3943/2019).

Le eccezioni al principio di rotazione

L'ANAC - chiarisce il Collegio nella sentenza in esame - ha il compito di chiarire attraverso proprie linee guida quali modalità occorre seguire per la rotazione degli inviti (in futuro, tale disciplina spetterà al regolamento sui contratti pubblici).

In particolare, le linee guida n. 4 - a ciò deputate - precisano che "la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga 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 operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione".

Secondo il Consiglio di Stato, tale prescrizione "va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti".

Ne consegue, ad avviso del collegio, che può derogare al principio di rotazione la sola procedura aperta, quindi, quella "classica" e non anche una procedura negoziata, laddove le stesse Linee Guida precisano che "il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento".

Da ciò, viene fatto discendere che il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente nella nuova procedura di gara, laddove avrebbe dovuto "saltare il primo affidamento successivo".

Negoziata senza limitazioni sul numero di offerenti: orientamenti giurisprudenziali a confronto

La sentenza appare in linea con l'orientamento secondo cui il principio di rotazione deve essere interpretato con massimo rigore, considerato che la procedura negoziata riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo generale delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale (TAR Roma, sent. n. 12735/2019).

Ciò soprattutto "sotto soglia", dove vi è, secondo tale orientamento il rischio del consolidarsi, a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale (Cons. St., sent. n. 3943/2019). Infatti, un precedente invito o affidamento diretto non devono costituire un potenziale ostacolo all'effettiva possibilità di partecipazione, a parità di condizioni, delle micro, piccole e medie imprese (TAR Brescia n. 599/2019).

Di contro, sussiste un diverso orientamento (minoritario) che ha escluso l'applicabilità del principio di rotazione - e quindi ha ammesso la possibilità di

partecipazione dell'affidatario uscente – in tutti i casi in cui vi sia comunque il libero accesso alla gara.

E' il caso di un nuovo affidamento che avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato o di indagini di mercato o consultazione di elenchi, in cui non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (TAR Genova, sent. n. 805/2019) oppure di appalto preceduto da pubblicazione di un avviso per manifestazione d'interesse (TAR Bologna, sent. n. 519/2018). Inoltre, secondo tale orientamento, il principio di rotazione non risulterebbe violato nel caso in cui la precedente determina di affidamento sia stata disposta solo nelle more della definizione della procedura ordinaria di evidenza pubblica, per ragioni qualificate di urgenza e per un tempo estremamente limitato (TAR Roma, sent. n. 12614/2019).

“Ed invero, allorquando la stazione appaltante apre al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo” (TAR Bolzano, sent. n. 263/2019).

Considerazioni finali

Il principio secondo cui la rotazione può essere superata solo con una procedura aperta, espresso nella sentenza del Consiglio di Stato, ha un rilevante impatto negli appalti di lavori.

Infatti, in caso di procedura negoziata o altra procedura “non” aperta, la stazione appaltante – al pari degli appalti di servizi e forniture - sarà comunque tenuta, a motivare puntualmente il reinvito del precedente affidatario (Cons. St. Comm. Spec., parere n. 361/2018). In tal caso, riscontrata la corretta esecuzione del contratto precedente, la stazione appaltante dovrebbe quindi trovare ulteriori e validi motivi, a fondamento della scelta del reinvito, che tuttavia sono – a parere dell'ANCE - difficilmente riscontrabili negli appalti di lavori.

Ciò è dimostrato dal fatto che la giurisprudenza di merito ha fin ora avallato il reinvito del gestore uscente lontano dai lavori, ad es., per la peculiarità dell'oggetto dell'appalto, per le caratteristiche del mercato di riferimento o per un numero di potenziali offerenti talmente ridotto da ritenere prevalente il principio di concorrenza rispetto a quello di rotazione (rispettivamente Cons. St., nn. 4125/2017 e n. 5854/2017 nonché TAR Venezia, sent. n. 81/2019, tutte sui servizi).

Presupposto della rotazione nei lavori

Da ultimo, si ricorda che le citate Linee Guida n. 4 chiariscono la portata del principio di rotazione, affermando che è applicabile nel caso in cui l'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, abbia “ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi”.

Nei lavori, il principio di rotazione si applica, quindi, se trattasi di affidamenti temporalmente conseguenti, che abbiano ad oggetto la medesima categoria di opere (TAR Catania, sent. n. 1380/2019).

Tale interpretazione è stata più volte confermata dalla giurisprudenza che esclude l'applicazione del principio di rotazione in mancanza di una perfetta omogeneità tra prestazioni in affidamento e quelle già espletate, poiché in tal caso non si riscontra una sostanziale elusione delle regole della concorrenza a discapito degli operatori più deboli del mercato (Cons. St., sent. n. 1524/2019). Inoltre, si ricorda altresì che l'ANAC, con riferimento ai lavori, invita le stazioni appaltanti ad adottare apposito regolamento, al fine di definire le fasce di valore economico in cui collocare gli affidamenti, così da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia di importo.

Cordialità

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)