

Appalti pubblici: il principio di rotazione è uno strumento di concorrenza

20 Giugno 2018

Il principio di rotazione alla partecipazione delle imprese assicura l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici, evitando che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare, da parte dell'amministrazione, si traduca in uno strumento di favoritismo «*dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato*» (TAR Trieste, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 166).

La rotazione costituisce un corollario del principio di non discriminazione, ha carattere oggettivo ed è diretto a garantire una concorrenza effettiva, onde evitare situazioni di esclusiva o monopolio nell'esecuzione dell'appalto (cfr. TAR Venezia, 28.05.2018 n. 583; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 28 giugno 2012, n. 3089; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 dicembre 2011, n. 1730).

La rotazione pur non avendo valenza precettiva assoluta, ma solo tendenziale, ha portata generale perché consente «*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*» (TAR Catanzaro, Sez. I, 14 maggio 2018 n. 1007).

La necessità di applicare il principio di rotazione su operatori economici parimenti qualificati, ha portato l'ANAC e una prima giurisprudenza, soprattutto del TAR, a esprimersi su tale istituto.

1. Il principio di rotazione secondo il codice

Prima del nuovo codice dei contratti, il principio di rotazione non aveva una valenza precettiva assoluta, e la sua episodica mancata applicazione non valeva ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata laddove fosse provato che la gara si era svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento (*ex multis*, TAR Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515).

E' con l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, Codice dei contratti pubblici, che tale principio acquista un ruolo centrale negli appalti pubblici.

Infatti, se nelle procedure "ordinarie" (per esempio una procedura aperta) tale principio non rileva perché il mercato è aperto a tutti i concorrenti possibili, nelle procedure negoziate - particolarmente valorizzate nel Codice - la situazione è differente, perché possono partecipare solo coloro che sono individuati dalla stazione appaltante o tramite indagine di mercato o facendo riferimento ad elenchi precostituiti (art. 36 e 63 del Codice).

L'art. 3 lettera uu) del Codice definisce: «*procedure negoziate*», le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto».

Nelle procedure negoziate vi è quindi la necessità di bilanciare il potere di scelta delle amministrazioni sugli operatori economici da invitare, con l'obbligo di rispettare il principio di rotazione, evitando che la Stazione appaltante rispetti solo formalmente l'obbligo di consultare più soggetti ma, nella sostanza, scegliendo sempre gli stessi soggetti, consolidi una posizione di vantaggio in capo a un determinato operatore.

A tale scopo, il Codice ha "anticipato" la rotazione (per le procedure che prevedono un confronto competitivo) al momento della scelta dei soggetti da invitare e non al risultato degli inviti e cioè l'affidamento.

In altri termini, il "principio di rotazione" contemplato negli art. 36, co. 1, e 63, co. 6 del Codice si riferisce propriamente agli "inviti", nell'intento di assicurare una piena turnazione degli operatori che potrebbero aspirare al contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sono ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari.

In sintesi, il Codice prevede che:

- se la **commessa è di valore pari o inferiore ai 40.000 euro** il contratto può essere affidato

senza alcun confronto concorrenziale (fatto salvo l'eventuale confronto tra più preventivi) e, in tal caso, la giurisprudenza ha osservato che il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all'aggiudicazione (cfr. rispettivamente art. 36, co. 2, lett. "a", e TAR Cagliari, Sez. I, 22 maggio 2018, 492);

- se la **commessa è di valore superiore ai 40.000 euro e fino ad 1.000.000 di euro**, è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno dieci in caso di lavori) e, laddove ciò avvenga, sempre secondo la giurisprudenza, il principio di rotazione opera esclusivamente con riferimento alla fase degli inviti (cfr. rispettivamente art. 36, co. 2, lett. "b-c" e TAR Cagliari cit.);

- se la commessa non rientra nei casi di cui all'art. 36 citato, l'amministrazione ricorre al principio di rotazione per l'avvio di una **procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando**, ai sensi dell'art. 63, co. 6 del Codice, individuando gli operatori economici da consultare (cfr. TAR Lazio, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 5621, Cons. Stato Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e Cons. Stato Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

Da notare che nel parere espresso al decreto correttivo del Codice, d.lgs. 56/2016, il Consiglio di Stato aveva osservato che il principio di rotazione «*dovrebbe preferibilmente **assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti** e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione*» (comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782).

Infatti, nella rotazione fissata nel Codice, l'operatore economico, non aggiudicatario, perde la possibilità di ricevere un successivo invito senza aver potuto beneficiare dell'affidamento.

2. Il principio di rotazione secondo l'ANAC

Come accennato, il principio di rotazione degli inviti, che non è dotato di portata precettiva assoluta, sopporta alcune limitate deroghe, come espressamente chiarito dalle Linee Guida n. 4 dell'ANAC sugli affidamenti sotto soglia, non vincolanti per la PA (cfr. NEWS ANCE, n. 32027 del 23 marzo 2018).

In tali linee guida, l'ANAC ha affrontato il principio di rotazione, **stabilendo che si applica alle procedure di gara aventi ad oggetto le medesime categorie di opere**, suddivise – laddove previsto nei regolamenti interni della stazione appaltante – **per fasce di importo**.

In quest'ambito, il rispetto del principio di rotazione espressamente fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.

Pertanto, **l'affidamento diretto o il reinvito all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, e non affidatario, deve essere specificatamente motivato** (in tal senso, cfr. anche Cons. St., VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Cons. St., V, 31 agosto 2017, n. 4142).

Come precisato dall'ANAC, la rotazione **non si applica**, invece, laddove l'affidamento avvenga tramite **procedure ordinarie o comunque aperte al mercato**, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

3. Il principio di rotazione secondo la giurisprudenza

La struttura e i limiti del principio di rotazione espresso dal codice sono stati oggetto di osservazioni da parte della giurisprudenza amministrativa, la quale ha osservato che il principio della rotazione:

- «**non può essere trasformato in una non codificata causa di esclusione dalla partecipazione alle gare** [...] allorquando la stazione appaltante [...] apre al mercato anche nelle procedure negoziate, 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 ha in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, ma significa non favorirlo**» (TAR Cagliari, Sez. I, 22 maggio 2018, n. 493);

- «**è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza** e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo» (T.A.R. Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n.

816, con riferimento ad un caso in cui all'avviso esplorativo avevano fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente);

- **«richiede pur sempre che l'oggetto della procedura possieda le stesse caratteristiche in termini soggettivi, quantitativi e qualitativi»** dell'appalto «già assegnato al soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, il quale potrebbe essere connotato come impresa uscente, solo in ragione di tali presupposti fattuali» (TAR Trieste, Sez. I, 21 maggio 2018 n. 166);
- **è derogabile «per la necessità di raggiungere il numero minimo di offerte da sottoporre a selezione e per l'elevato grado di soddisfazione maturato in ordine alla pregressa gestione dell'uscente»** (TAR Cagliari, Sez. I, 22 maggio 2018, 492 nonché, a contrario, TAR Venezia, Sez. I, 28 maggio 2018, n. 583, .A.R. Veneto, Sez. I, 21 marzo 2018, n. 320, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 179). L'invito all'affidatario uscente deve, infatti, essere motivato in modo particolarmente efficace e persuasivo dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la - vistosa - deroga al principio di rotazione, tra cui non può invece essere ricompresa la «adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l'incarico» (TAR Catanzaro, Sez. I, 14 maggio 2018 n. 1007 cit. nonché Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854);
- una volta derogato, tale principio **non può essere applicato nella fase dell'aggiudicazione "scavalcando" nella sostanza l'offerta del soggetto uscente** (TAR Cagliari, Sez. I, 22 maggio 2018, 492 cit.);
- implica che non necessiti di **specifica motivazione l'opzione di escludere dagli inviti** alla procedura negoziata **l'affidatario uscente**, non trattandosi questa di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione (C.d.S., VI, 31 agosto 2017, n. 4125), e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che si esplica consentendo l'accesso ad operatori diversi, da quelli fino a quel momento coinvolti (TAR Lazio, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 5621).

[Allegati](#)