

L'intensità della motivazione che giustifica la deroga al principio di rotazione

di Stefano Usai

Data di pubblicazione: 5-1-2018

1. Premessa; 2. L'ambito applicativo; 3. Le eccezioni alla rotazione; 3.1 La questione della motivazione; 3.2 Le altre deroghe; 3.3 La deroga alla rotazione nel caso di procedura ad inviti; 4. L'atto deputato a contenere la motivazione; 5. Considerazioni conclusive e proposta di modifica.

1. Premessa

La recente pronuncia del Tar Toscana Firenze, sez. I, del 2 gennaio 2018 n. 17 nel chiarire l'intensità del principio di rotazione pone importanti interrogativi – soprattutto sotto il profilo pratico – sulle eccezioni e sulla correlata motivazione.

La pronuncia ribadisce la centralità, nell'ambito degli affidamenti nel sotto soglia comunitario ([\[1\]](#)), del principio di rotazione quale riferimento imprescindibile che condiziona l'esperimento delle procedure negoziate semplificate.

Precisazioni che, al contempo, costituiscono anche importanti indicazioni operative per i RUP delle stazioni appaltanti che hanno il compito di proporre il "progetto" di gara.

Secondo il Consiglio di Stato ([\[2\]](#)), sez. V, del 13 dicembre 2017 n. 5458 le esigenze sottese alla rotazione trovano fondamento nella necessità **"di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato"**.

Pertanto, anche al fine di impedire pratiche di affidamenti senza gara reiterati nel tempo *"che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei"*, il principio di rotazione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente (e nell'ambito dei 40mila euro ovvero dell'affidamento diretto) o la reiterazione dell'invito, rivestano carattere assolutamente eccezionale.

2. L'ambito applicativo

Dalla sentenza del giudice toscano emergono alcune importanti puntualizzazioni. La prima è relativa all'affermata valenza generale della rotazione che riguarda non solo gli appalti ma

anche le concessioni di servizi.

La seconda fondamentale questione chiarita dal giudice – e per certi versi anche inedita - **è che la rotazione deve essere applicata anche nei confronti dell'affidatario che sia risultato tale in seguito ad una (precedente) procedura ad evidenza pubblica (una procedura aperta).**

Finora si è sempre ritenuto che l'ambito del principio dovesse intendersi limitato ai procedimenti in deroga. Pertanto, dal punto di vista pratico, l'affidatario di una commessa ottenuta con un procedimento in deroga (es. affidamento diretto o affidamento dopo una competizione ad inviti) non poteva contare – salvo limitatissime eccezioni – sulla reiterazione dell'assegnazione (dello stesso appalto) e neppure ad essere re-invitato a partecipare al nuovo procedimento semplificato.

Il giudice toscano afferma invece che *“ratio del principio di rotazione (rappresentata dall'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione) induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento, e quindi anche se l'affidamento della concessione scaduta sia scaturito, come nel caso in esame, dall'adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta”*.

3. Le eccezioni alla rotazione

La terza questione, posta in realtà anche dalla recente giurisprudenza - e che rappresenta un approdo determinato dalle indicazioni dell'ANAC con le linee guida n. 4/2016 in tema di affidamento nel sottosoglia comunitario –, è che il RUP nella definizione del progetto di gara da sottoporre all'approvazione del proprio dirigente/responsabile del servizio (salvo che non insista una coincidenza di soggetti/ruoli) avrebbe una unica alternativa *“o non invitare il gestore uscente o, quanto meno, motivare puntualmente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito”*.

3. 1. La questione della motivazione

L'aspetto pratico (o uno degli aspetti pratici) di maggior rilievo – per i RUP che devono concretamente utilizzare il codice dei contratti – è quindi quello dell'intensità della motivazione nel caso intendano “suggerire” la deroga alla rotazione.

In tema si devono distinguere due differenti approdi. In primo luogo quello a cui giunge il legislatore – art. 36, comma 2, lett. b) e c) – secondo cui nelle procedure semplificate, per importi pari o superiori ai 40mila, occorre assicurare la partecipazione di un numero minimo di competitori *“ove esistenti”*.

Pertanto, qualora il “mercato” non consenta in modo oggettivo e trasparente di esprimere il numero minimo di competitori da invitare, è possibile procedere solo con chi abbia manifestato la volontà di essere coinvolto nel procedimento semplificato.

E ciò vale anche per il pregresso affidatario e per i soggetti che siano già stati invitati al precedente procedimento (per una uguale commessa/prestazione) senza risultarne aggiudicatari.

Nei casi in cui il mercato non riesca ad esprimere il numero minimo di soggetti da invitare, la concorrenza – ovvero l’esigenza di strutturare un procedimento concorrenziale – **prevale sulle esigenze sottese alla rotazione**. In questo senso già il Tar Toscana, II, n. 816/2017 ma anche la più recente – dello stesso giudice ma sezione I – n. 1665/2017.

La redazione della motivazione, nel caso di specie, non presenta particolari complessità. E’ altresì chiaro che si tratta di ipotesi, a ben vedere, sicuramente residuale in quanto una risposta esigua del mercato può aversi solamente in relazione a particolari tipologie di prodotti/servizi.

Perché questa ipotesi risulti praticabile, al RUP si impone la necessità di dimostrare di aver dato adeguata pubblicità all’avviso pubblico ed un tempo di risposta assolutamente congruo.

La deroga alla rotazione, invece, non sarà possibile nel caso in cui risulti chiaro che pur a fronte di esigua adesione – al di sotto del numero minimo fissato nell’articolo 36 del codice – il mercato appare comunque in grado di esprimere operatori interessati in numero adeguato. In questo caso il RUP non potrà che ampliare il lotto dei partecipanti con inviti specifici.

3. 2. Le altre deroghe

Più problematica appare la motivazione per i casi di deroghe non fissati dal legislatore ma ipotizzati direttamente dall’ANAC nelle linee guida n. 4/2016 – in tema di acquisizioni nel sotto soglia comunitario - e nel nuovo schema (non ancora definitivo) adeguato alle modifiche apportate dal decreto legislativo correttivo n. 56/2017.

L’autorità anticorruzione ammette deroghe alla rotazione sia con riferimento all’affidamento diretto (entro i 40 mila euro) sia nell’ambito delle procedure negoziate ad inviti (lett. b e c del comma 2 dell’articolo 36) con considerazioni abbastanza simili che però sembrano andare oltre il dettato normativo.

Al netto del caso dell’oggettiva assenza di alternative – che deve emergere dopo l’escussione del mercato - , il riaffido dell’appalto al pregresso affidatario si considera consentito grazie al *“grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (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”*.

In realtà, per evitare facili elusioni dei vincoli di norma (che impongono la rotazione) ciò che potrebbe giustificare una deroga (praticabile, però, non in modo sistematico) è la sensibile differenza tra i prezzi.

E l'ANAC, nelle linee guida citate, impone correttamente che ad un giudizio di convenienza economica si addivenga una volta effettuato un confronto tra prezzi. Ciò che si esprime – nelle linee guida e nello schema citato - nell'inciso per cui la convenienza deve essere valutata *“rispetto alla media dei prezzi praticati ..”*.

Anche in questo caso la motivazione non appare particolarmente complicata in quanto il riaffido al pregresso affidatario – nell'ambito dei 40mila euro – deve necessariamente (per essere oggettivo) scaturire come una conseguenza di un procedimento amministrativo che sostanzia una concreta indagine di mercato (preventiva) e, quindi, una scelta condizionata, evidentemente a parità di prestazione, dal miglior prezzo (oltre che da una gestione, del pregresso contratto, ottimale e senza rilievi).

3. 3. La deroga alla rotazione nel caso di procedura ad inviti

Nel caso dei procedimenti ad inviti ([\[3\]](#)), la reiterazione sembra porsi in modo differente e l'ANAC (sembra) ipotizzare diverse alternative (oltre alla ipotesi legislativa dell'esiguità di presenza di operatori nel mercato).

Nelle linee guida n. 4/2016 (ribadite nello schema non ancora in vigore) le ipotesi di deroga sono sostanzialmente tre.

La prima riguarda l'esiguità certificata (ed oggettiva) del mercato. La seconda si riferisce – e sembra porsi come ipotesi autonoma - *“al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)”* ed infine una ipotesi nuova (rispetto a quelle previste per il riaffido diretto) determinata con riferimento *“all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento”*.

Ora non v'è dubbio che le ultime due ipotesi – che possono legittimare la reiterazione dell'invito al pregresso affidatario – non appaiono di facilissima esplicitazione pratica.

Inoltre, ed appare logica considerazione, si impone il problema di trattare in modo paritario il pregresso affidatario ed i soggetti invitati al precedente procedimento (che non sono risultati aggiudicatari).

Sembra ovvio pensare che se si ammette alla competizione il pregresso affidatario a maggior ragione occorrerà “aprire” alla partecipazione al procedimento anche ai soggetti già invitati. Il problema è che in relazione a questi ultimi non è ravvisabile alcuna motivazione “forte” se non quella dettata dall'esiguità del mercato.

Ancora più indefinita appare l'ipotesi che impone di tener conto dell'oggetto e delle

caratteristiche del mercato di riferimento.

Per una chiara definizione non si può che ricondurre la stessa alla prima ipotesi in cui il mercato esprima oggettivamente un numero ridotto di potenziali competitori con la conseguenza, già detta, della prevalenza della concorrenza sulla rotazione.

Tutte queste difficoltà pratiche sconsigliano (o tendono a ridurre) il ricorso allo “strumento” dell’indagine di mercato per preferire la redazione degli albi/elenchi di prestatori a cui il principio di rotazione si impone riferimento immanente.

4. L’atto deputato a contenere la motivazione

L’aspetto conclusivo che, sempre da un punto di vista pratico, rileva considerare riguarda non tanto l’intensità della motivazione ma l’atto in cui il proposito della deroga deve essere “segnalato”/comunicato ai potenziali offerenti.

Nella sentenza in commento, il giudice rileva che tale intendimento non risultava segnalato né nella determinazione a contrattare (quale atto gestionale generale che avvia il procedimento contrattuale), né nell’avviso pubblico a manifestare interesse e tanto meno nella lettera di invito.

Anzi, negli atti in parola il RUP richiamava espressamente l’esigenza della rotazione (pur con riferimento all’articolo 36 del codice).

Si ritiene che atto deputato a contenere – ed a motivare l’eventuale deroga – possa essere sia la determina a contrattare, qualora si strutturi il procedimento contrattuale in senso classico sia lo stesso avviso pubblico a manifestare interesse.

La sede maggiormente appropriata pare, in effetti, proprio quest’ultima. Nell’avviso il RUP dovrà chiarire l’applicazione del principio con un riferimento alla deroga solo nel caso in cui, preventivamente, abbia verificato che il mercato non è in grado di esprimere il numero degli operatori adeguato (nel senso richiesto dalla norma).

In questo caso, la stazione appaltante dovrebbe ritenersi “libera” – nel caso in cui dall’escussione del mercato non scaturisca il numero minimo di potenziali interlocutori come stabilito dalla norma - di invitare sia il pregresso affidatario sia i soggetti già invitati al precedente procedimento finalizzato all’assegnazione della stessa commessa/prestazione.

5. Considerazioni conclusive e proposta di modifica

La recente giurisprudenza, ma già il Consiglio di Stato ([\[4\]](#)) e la stessa autorità anticorruzione hanno fatto emergere le forti implicazioni negative determinate da una applicazione “integrale”

del principio di rotazione.

Emerge, in particolare dalle indicazioni dell'ANAC nel recente schema di linee guida n. 4 - dedicate alle acquisizioni sottosoglia comunitaria – l'esigenza di trovare un contemperamento che non penalizzi oltre misura gli appaltatori.

In questo senso, nello schema predetto si legge che “escludere dalla possibilità di partecipare ad una procedura negoziata o, al limite, ad un affidamento diretto il precedente affidatario potrebbe essere controproducente per la stazione appaltante, che potrebbe vedersi privata della possibilità di ricorrere alle prestazioni di un operatore economico che si è comportato in modo corretto ed efficiente. Inoltre, l'operatore economico, poiché sa che non potrà essere riconfermato, avrà minori incentivi a un comportamento corretto” e, ancora, che “escludere dalla possibilità di partecipare ad una procedura negoziata o, al limite, ad un affidamento diretto il precedente affidatario potrebbe essere controproducente per la stazione appaltante, che potrebbe vedersi privata della possibilità di ricorrere alle prestazioni di un operatore economico che si è comportato in modo corretto ed efficiente. Inoltre, l'operatore economico, poiché sa che non potrà essere riconfermato, avrà minori incentivi a un comportamento corretto.

In tema di rotazione di inviti, la stessa *Authority* esprime analoghe considerazioni rilevando che *“l'esclusione da successivi inviti o dalla possibilità di un affidamento diretto di un soggetto non aggiudicatario di una precedente gara alla quale, tuttavia, ha partecipato, rischia di penalizzare fortemente le imprese. Gli operatori economici, sapendo di giocare l'unica chance (almeno per un certo periodo di tempo) di potersi aggiudicare un contratto con una determinata stazione appaltante, saranno indotti a formulare offerte molto competitive, con il rischio di non poter assicurare in fase di esecuzione contrattuale quanto offerto in sede di gara (offerte anomale)”*.

Da qui anche le recenti indicazioni circa una possibile abrogazione del riferimento alla rotazione. Una soluzione mediana, di sicura affidabilità, potrebbe essere quella di condizionare il riaffido (nell'ambito dei 40mila euro) ad una previa e concreta (trasparente) indagine di mercato da cui scaturisca la certificazione sulla praticabilità – almeno per una volta – di un nuovo affidamento diretto allo stesso affidatario.

Nel caso degli inviti, sembra logico pensare che tanto il pregresso affidatario quanto i precedenti appaltatori invitati possano essere oggetto della reiterazione dell'invito ma nell'ambito di una procedura competitiva seria che “impedisca” di beneficiare in modo strumentale di rendite di posizione maturate dalla gestione del pregresso rapporto contrattuale.

[1] In particolare con l'ambito di riferimento disciplinato dall'articolo 36 del codice dei contratti.

[2] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 13 dicembre 2017 n. 5458, ma già in questo senso

l'ANAC nelle linee guida n. 4/2016.

[3] Art. 36, comma 2, lett. a) *“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’articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l’acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati”* e lett. c) *“per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati”*.

[4] Che con il parere n. 782/2017 – espresso sullo schema di decreto legislativo correttivo n. 56/2017 – ha posto il problema se la rotazione dovesse essere intesa come obbligo o facoltà del RUP della stazione appaltante.