

Il principio di rotazione Tra vecchio e nuovo codice appalti

di Giovanni Maccarrone

Data di pubblicazione: 19-3-2017

E' un dato oramai acquisito che l'art. 36 del Nuovo Codice Appalti (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 pubblicato su GU Serie Generale n. 91 del 19/04/2016 – Suppl. Ordinario n. 16) contiene la disciplina relativa agli acquisti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (acquisti c.d. sotto-soglia).

In merito, ricordiamo che le nuove soglie di rilevanza comunitaria sono:

1. 135.000,00 Euro, per gli appalti di forniture e servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali;
2. 209.000,00 Euro per: a) gli appalti di forniture e servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali; b) per appalti pubblici di servizi parzialmente esclusi dall'applicazione del Codice Appalti, aggiudicati da una qualsiasi stazione appaltante;
3. 5.225.000,00 Euro per gli appalti di lavori pubblici e per le concessioni di lavori pubblici.

Per gli affidamenti contemplati nell'art. 36 del nuovo Codice degli Appalti la Stazione Appaltante è tenuta ad applicare, oltre ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, anche quello di "rotazione".

Infatti, secondo il citato articolo *"l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione ..."*.

A ben vedere già nel precedente Codice degli Appalti (D.Lgs. n. 163/2006), in particolare al comma 6 dell'art. 57, al comma 7 dell'art. 59, al comma 7 dell'art. 122 e al comma 11 dell'art. 123, si faceva espresso riferimento al principio da ultimo menzionato. Ma in tale codice, così come in quello emanato di recente, il principio di rotazione non trovava una sua definizione, né tantomeno erano indicate modalità in ordine ad una sua concreta attuazione.

Già da alcuni anni, tuttavia, è stato varie volte rilevato che siffatto principio riveste una certa importanza all'interno del nostro sistema giuridico positivo, dal momento che, attraverso la sua effettiva applicazione, è concretamente possibile ottenere l'avvicendamento dei partecipanti alle gare d'appalto e, in pratica, si riesce a fare in modo che gli operatori economici si alternino nell'affidamento degli appalti e delle concessioni pubbliche.

Il risultato che ne consegue può essere considerato del tutto positivo e non di poco conto.

Infatti, si consente alle stazioni appaltanti di non invitare ad una procedura di gara ex art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 il contraente uscente.

In tal modo, per effetto del principio di rotazione l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non ha più alcuna possibilità di vantare una legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento.

Secondo l'AVCP, *“Il criterio di rotazione ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza”* (Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011).

E questo orientamento viene ribadito nelle Linee guida relative a *“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”*, deliberate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 28.06.2016 e rispetto alle quali è stato richiesto il parere del Consiglio di Stato, della Commissione VIII - Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica e della Commissione VIII - Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati.

Al punto 3. Principi comuni delle citate Linee guida viene specificato che, nell'espletamento delle procedure per gli affidamenti sotto-soglia, le stazioni appaltanti devono garantire, oltre agli altri principi, anche quello di rotazione, *“il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese”*

Tuttavia, detta affermazione risulta pienamente condivisibile solo con specifico riferimento al precedente testo del Codice dei Contratti Pubblici e del suo Regolamento di attuazione. Invece, per quanto riguarda il Nuovo Codice Appalti, risulta abbastanza difficile, se non impossibile, giungere alla medesima conclusione. L'art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 precisa, infatti, che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e *“in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”*.

Per cui, stando alla disposizione normativa sopra ricordata, il *leitmotiv* della previsione del principio in questione deve essere essenzialmente individuato nell'esigenza di assicurare nel futuro la crescita della categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (complessivamente definita PMI).

Sappiamo infatti che l'aumento del peso delle imprese maggiori nella politica economica del nostro paese determina la diminuzione del numero delle imprese appena indicate e, di conseguenza, dei loro occupati: il numero degli occupati cresce anche e soprattutto per merito delle imprese minori.

Pertanto, per impedire che possano chiudere i battenti le microattività e che soprattutto

possano andare in fumo centinaia di posti di lavoro, era necessario dare vigore alle microimprese. E lo si è fatto – come si è appena detto - dando innanzitutto la possibilità alle imprese, piccole e medie, di alternarsi negli affidamenti. Inoltre, è stata concessa alle stazioni appaltanti la possibilità di suddividere gli appalti in lotti funzionali e/o prestazionali, subordinando la mancata suddivisione ad una adeguata motivazione. (art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016); e ciò al dichiarato scopo di “favorire la massima partecipazione alle gare d'appalto delle microimprese, piccole e medie imprese”.

Ora, tenuto conto di quanto fin qui sottolineato, riteniamo del tutto indispensabile riconsiderare e, soprattutto, rivalutare il principio di rotazione, dato che per il nostro legislatore rappresenta un elemento fondamentale, ovviamente insieme ad altri, per favorire la crescita della produttività economica del Sistema-Italia che – come tutti sanno - negli ultimi anni è aumentata meno che in ogni altro paese Ocse.

In particolare, a nostro avviso, occorre ammettere che, se l'interesse pubblico (concreto) alla previsione del principio della rotazione ha subito nel Nuovo Codice Appalti una profonda trasformazione, in quanto non può più essere lo stesso perseguito con il precedente Codice Appalti, l'applicazione del citato principio impone inderogabilmente all'amministrazione aggiudicatrice di non invitare ad una procedura di gara sotto-soglia l'operatore economico affidatario del precedente contratto.

Al contrario, il TAR Puglia – Lecce, Sez. II, con la sentenza n. 1906 del 15 dicembre 2016 - richiamando una sentenza precedente (TAR L'Aquila, sez. I, n. 372 del 9 giugno 2016) ha ribadito 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”* (per questa soluzione 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).

In tal senso, del resto, anche l'ANAC, che nelle Linee guida di cui si è fatto sopra parola ha in sostanza affermato che “La stazione appaltante può invitare, oltre al numero minimo di cinque operatori, anche l'aggiudicatario uscente, dando adeguata motivazione in relazione alla competenza e all'esecuzione a regola d'arte del contratto precedente. Il criterio di rotazione non implica l'impossibilità di invitare un precedente fornitore per affidamenti aventi oggetto distinto o di importo significativamente superiore a quello dell'affidamento precedente”.

E tale affermazione ha poi trovato conferma nella Delibera ANAC n. 917 del 31 agosto 2016 nella quale viene meglio precisato che l'applicazione del criterio di rotazione nella procedura negoziata per gli affidamenti di servizi e forniture di valore inferiore alla soglia comunitaria consente all'amministrazione aggiudicatrice di non invitare l'operatore economico affidatario del precedente contratto, fermo restando che la scelta compiuta deve essere motivata ove l'operatore economico escluso chieda di partecipare alla selezione.

Quindi, seguendo questa impostazione sarebbe certamente possibile procedere ad affidamenti sotto-soglia ad imprese già aggiudicatriche di precedenti appalti pubblici in tutte le ipotesi in cui sia strettamente necessario e previa specifica motivazione. Inoltre, nel caso in cui si verificasse la mancata applicazione del principio di rotazione, tale mancanza non inciderebbe

sugli esiti di una gara già espletata, sempre che la stessa sia stata svolta garantendo un confronto aperto e trasparente (così in particolare il Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6906/2011).

E' da dire, tuttavia, che una simile conclusione si sarebbe in qualche modo potuta accettare ove si fosse considerata come finalità principale del criterio di rotazione quello di evitare che la Stazione appaltante possa consolidare rapporti esclusivamente con alcune imprese. Si è però già visto che a siffatta finalità se ne è aggiunta una nuova che è ancora più pregnante rispetto a quella appena indicata, vale a dire l'interesse pubblico alla crescita della produttività economica del nostro paese.

Di fronte ad un interesse di tal genere, quindi, deve ritenersi del tutto preclusa alla Stazione appaltante la possibilità di invitare alle procedure sotto-soglia di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 anche l'impresa uscente o comunque di motivare il mancato invito, avendo al contrario la Stazione appaltante sempre l'obbligo di invitare soggetti diversi.

A nostro avviso, pertanto, l'orientamento giurisprudenziale delineatosi da alcuni anni e tendente a ritenere il principio di rotazione uno strumento che non impone alla stazione appaltante un obbligo ma una mera facoltà di invitare ad una procedura di gara sotto-soglia l'impresa uscente non sembra affatto accoglibile. Tale orientamento – come si è avuto modo di vedere – contrasta con l'ulteriore nuova finalità che rappresenta in fin dei conti il fulcro centrale o meglio la stella polare della nuova normativa sugli appalti e concessioni pubbliche.

Cosicché, riteniamo più corretta la posizione assunta da TAR Lombardia – Brescia, sentenza n. 1325/2015 e, da ultimo, *TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, sentenza n. 419/2016. Sulla stessa linea si muove anche la decisione del TAR. Campania – Napoli, Sez. II, sentenza n. 5227/2016, pervenendo però ad una conclusione più decisiva, nell'affermare 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 in quanto rientra nell'ampia discrezionalità dell'Amministrazione limitare la partecipazione alla procedura selettiva esclusivamente agli operatori che non hanno precedentemente svolto il servizio che si vuole appaltare.*

Le decisioni da ultimo richiamate giungono alla conclusione che riteniamo più corretta (vale a dire quella che impone alle Amministrazioni aggiudicatrici l'obbligo di non invitare ad una procedura di gara sotto-soglia le imprese uscenti) ma purtroppo senza cogliere la portata innovativa della nuova finalità avuta di mira dal legislatore nel nuovo Codice degli Appalti Pubblici.

A ben vedere, tuttavia, una volta ammesso che la finalità concreta avuta di mira dal legislatore non è tanto quella di evitare il consolidarsi di rapporti solo con talune imprese quanto piuttosto quello di *“assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”*, appare necessario riconsiderare il principio di rotazione e, dunque, risulta possibile affermare che:

- quando vi sono imprese che hanno già svolto analoghi lavori o servizi sulla base di

precedenti procedure di gara, l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta a non invitarla per un certo periodo;

- l'assegnatario dello stesso lavoro o servizio, non solo non può invocare a suo favore una pretesa qualificata ad essere ulteriormente invitata alla procedura di gara indetta per riaffidare lo stesso lavoro o servizio, ma nemmeno denunciare un difetto di motivazione con riguardo alla mancata ricezione dell'invito per la procedura di gara in essere.