

DEROGA AL PRINCIPIO DI ROTAZIONE SOLO CON PROCEDURA APERTA.

di Luca Leccisotti

Data di pubblicazione: 12-4-2022

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.

Il principio di rotazione è un precetto molto importante nel Codice dei contratti pubblici. Infatti all'art. 36 del D.lgs 50/2016 recita:

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 agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

L'Autorità ha ulteriormente chiarito che il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, si applica «con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. 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. 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.

Considerato che l'articolo del codice non specifica i confini della deroga al principio

summenzionato, l'Anac con le Linee Guida n.4 ne ridisegna l'area:

- nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie
- nuovo affidamento avvenga tramite procedure aperte al mercato e non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione

Era chiaro, cristallino e consuetudinario che una manifestazione di interesse (per individuare gli operatori economici da invitare) aperta a tutti, senza limitare il numero dei partecipanti, consentiva di derogare al principio di rotazione.

Ribalta tutto il Tar Toscana con la sentenza n.3 del 10/01/2022. Secondo i giudici, che hanno accolto il ricorso di un operatore economico che lamentava il fatto che una manifestazione di interesse non è uno strumento in grado di garantire la sufficiente apertura del mercato prescritta dalle LG n.4 Anac, è unicamente la procedura aperta suscettibile di neutralizzare l'operatività del principio di rotazione proprio in quanto modalità che consente per sua natura un confronto concorrenziale ad ampio spettro. Questo perché una procedura aperta viene pubblicata in GU, un avviso di manifestazione di interesse no.

A parere di chi scrive, nonostante sia palese la debolezza normativa di una linea guida di Anac, tale disamina non corrisponde con il trend giurisprudenziale avuto negli ultimi anni. L'Anac è chiara nelle sue linee guida, permette di derogare sia con procedure aperte ordinarie che con procedure aperte al mercato, senza limitare i partecipanti. Se avesse inteso unicamente le procedure pubblicate in GU, l'autorità si sarebbe fermata a declinare solo il primo caso. Sicuramente la questione sarà appellata e in quella sede si approfondirà cosa hanno inteso i giudici di prime cure per *“procedure 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.”* E' lì la chiave di volta.