Quotidiano del Sole 24 Ore
Edilizia e Territorio

Appalti sottosoglia/2. Quando l'applicazione troppo rigida della rotazione fa male alla concorrenza

15 gennaio 2018 - Roberto Mangani

La giurisprudenza ha fatto emergere i limiti del principio di rotazione: perché la Pa non può muovamente avvalersi di un operatore efficiente e che (nelle gare a inviti) stimola la concorrenza

L'articolo 36, comma 1 del D.lgs. 50/2016 stabilisce che nell'ambito delle procedure negoziate finalizzate all'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie la stazione appaltante debba applicare il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti. L'applicazione del criterio della rotazione viene poi confermata dal successivo comma 2, lettera b), con specifico riferimento alle procedure negoziate finalizzate all'affidamento di contratti ricompresi tra 40mila euro e 150mila euro per i lavori ovvero le rispettive soglie comunitarie per le forniture e i servizi.

Le Linee guida dell'Anac
In attuazione della previsione del comma 7 dell'articolo 36 l'Anac ha pubblicato le Linee guida n.4 del 26 ottobre 2016 (recentemente aggiornate) relative all'affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, che contengono indicazioni anche in merito al principio di rotazione. Tali indicazioni sono sviluppate sotto un duplice profilo.
Il primo è quello riferito agli affidamenti diretti, consentiti per i contratti di importo inferiore a 40.000 euro. In questa ipotesi il rispetto del principio di rotazione viene invocato con riferimento all'affidamento in sé considerato.
Viene così previsto che l'affidamento a favore dell'operatore uscente debba avere carattere eccezionale, richiedendo un onere motivazionale stringente. Nello specifico, tale onere motivazionale deve fondarsi sulla riscontrata effettiva mancanza di alternative ovvero sul grado di soddisfazione maturato in relazione al precedente rapporto contrattuale, tenuto comunque conto della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi del mercato di riferimento e della qualità della prestazione (punto 3.3.2).
Condizioni analoghe, anche se non del tutto coincidenti, sono dettate con riferimento al secondo profilo, e cioè ai fini degli inviti da diramare nell'ambito della procedura negoziata da svolgere per l'affidamento dei contratti di importo ricompreso tra 40.000 euro e 150.000 euro per i lavori ovvero le soglie comunitarie per le forniture e i servizi. L'indicazione va infatti nel senso che l'invito all'affidatario uscente deve avere carattere eccezionale, dovendo eventualmente essere adeguatamente motivato in relazione al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (con particolare riferimento al rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (punto 4.2.2).

È evidente che l'affermazione del principio di rotazione ha effetti diversi in relazione alle due ipotesi sopra considerate. Nel caso dell'affidamento diretto esso vuole precludere la conclusione del nuovo contratto a favore dell'affidatario uscente, avendo quindi una valenza particolarmente significativa. Tale valenza risulta invece attenuata nella seconda fattispecie, in cui l'applicazione del principio di rotazione vuole precludere - almeno in linea generale e salve motivate eccezioni - non l'affidamento del contratto ma l'invito dell'affidatario uscente alla procedura negoziata che comunque va effettuata. Cosicché si può ragionevolmente affermare che nella seconda ipotesi le ragioni a fondamento del principio di rotazione appaiono meno solide, posto che comunque una procedura competitiva viene effettuata e che nell'ambito di tale procedura l'affidatario uscente viene messo in competizione con gli altri operatori. Per cui in questa ipotesi il principio di rotazione sembra trovare la sua ragione sostanziale - oltre che in una generica volontà di apertura del mercato anche al fine di evitare il consolidarsi di rapporti contrattuali continuativi - nell'annullare il vantaggio competitivo che l'affidatario uscente avrebbe in relazione al bagaglio informativo derivante dallo svolgimento del precedente contratto.

La giurisprudenza
Questa impostazione è stata ribadita da una parte significativa della giurisprudenza. È stato infatti più volte affermato il principio che l'invito dell'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato (Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125). Questo principio resta valido qualunque sia la modalità con cui l'affidatario uscente è divenuto titolare del precedente contratto, e cioè anche nell'ipotesi in cui tale contratto sia stato conseguito a seguito di un'ordinaria procedura di gara. Ciò perché la sua ratio è quella di evitare il consolidarsi di rendite di posizione, e resta quindi valida anche nell'ipotesi in cui la concorrenzialità sia stata comunque assicurata in precedenza (Tar Toscana, 2 gennaio 2018, n. 17).

Un diverso modo di intendere la rotazione
In giurisprudenza è presente tuttavia anche un diverso orientamento, che tende ad attenuare la rigidità del principio di rotazione.
È stato infatti affermato che tale principio non ha carattere assoluto ma relativo, nel senso che va applicato tenendo conto del contesto di riferimento. L'applicazione in termini assoluti del principio di rotazione limiterebbe eccessivamente la discrezionalità dell'ente appaltante, che non sarebbe più nelle condizioni di scegliere liberamente chi invitare alla gara, costituiendo nel contempo una preclusione per l'aggiudicatario uscente, superabile solo in presenza di circostanze eccezionali (Tar Toscana, Sez. II, 22 dicembre 2017, n. 1665).
Al contrario, appare maggiormente coerente concepire tale principio come servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza, dovendo trovare spazio nei limiti in cui non incida negativamente su quest'ultimo (Tar Toscana, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816).
Queste argomentazioni sono indice dell'individuazione di alcune criticità conseguenti alla rigida applicazione del principio di rotazione. La prima riguarda la posizione dell'ente appaltante, che viene privato della possibilità di invitare alla procedura un soggetto che nel precedente rapporto contrattuale ha eseguito con efficacia le relative prestazioni. La seconda riguarda proprio il precedente affidatario, la cui libertà di iniziativa imprenditoriale viene significativamente limitata, con il paradossale effetto che il principio di libera concorrenza vale per tutti meno che per lui.

Le proposte di modifica
Le criticità indicate sono state evidenziate anche dall'Anac, che anche per attenuare gli inconvenienti che possono derivare dalla rigida applicazione del principio di rotazione nei termini indicati nelle Linee guida n.4 ha proposto una revisione delle indicazioni contenute nelle stesse.
Oltre alle criticità sopra richiamate l'Anac ha evidenziato come dal punto di vista degli operatori economici la rigorosa applicazione del principio di rotazione comporta da un lato il rischio che gli stessi, avendo consapevolezza di poter essere invitati una sola volta (almeno per un certo periodo di tempo), siano incentivati a presentare offerte anormalmente basse, pur di cogliere l'unica opportunità che hanno in un dato arco temporale.
Vi sono poi altri due elementi oggettivi da considerare. In primo luogo, nel caso di un numero limitato di operatori presenti sul mercato, l'applicazione del principio di rotazione può rendere facilmente identificabili i nominativi dei soggetti che vengono di volta in volta invitati, con evidenti rischi di accordi collusivi.
Sotto altro profilo, occorre considerare che i contratti sottosoglia possono avere importi anche molto diversi tra loro, per cui può risultare eccessivamente penalizzante che un operatore invitato a una procedura per l'affidamento di un contratto di modico valore si veda preclusa la possibilità di successivi inviti per l'affidamento di contratti di importo ben più elevato.

Per attenuare le criticità evidenziate l'Anac propone due possibilità. La prima è quella di suddividere gli operatori economici da invitare alle gare per fasce di importo, cosicché il principio di rotazione opererebbe solo nell'ambito di una stessa fascia di importo. In sostanza, un operatore invitato a una procedura per l'affidamento di un contratto rientrante in una determinata fascia di importo si vedrebbe preclusa la possibilità di essere invitato alle successive procedure relative solo ai contratti rientranti nella medesima fascia.
La seconda proposta è quella di adottare il principio di rotazione secondo un «principio di casualità», ciò consentendo di invitare alla procedura un operatore già invitato in precedenza, magari con esclusione del solo affidatario uscente. Anche se questa soluzione, nei termini indicati, sembra rappresentare una sostanziale negazione del principio di rotazione.

© RIPRODUZIONE RISERVATA