

Codice dei contratti: Cerchiamo di fare chiarezza sul principio di rotazione

20 marzo 2018 - Tutto nasce da quell'**inestricabile groviglio di provvedimenti** nato successivamente all'entrata in vigore del Codice dei contratti chiamato da alcuni **soft law** (termine inglese che dovrebbe voler dire "linguaggio giuridico norme prive di efficacia vincolante diretta") che dovrebbe nascere dall'esigenza di creare una disciplina flessibile, in grado di adattarsi alla rapida evoluzione che caratterizza certi settori della vita economica o sociale, oppure di recepire all'interno dell'ordinamento norme di *soft law* emanate da organizzazioni internazionali.

Sembra, invece, che la soft law all'italiana, nel caso del Codice dei contratti abbia causato esattamente l'opposto e la prova provata potrebbe essere ritrovata con tanti esempi. Uno su tutti quello del principio della rotazione.

Sul principio della rotazione è intervenuto:

1. il Codice dei contratti di cui al **d.lgs. n. 50/2016** con l'**art. 36** (*Contratti sotto soglia*), con l'**art. 63** (*Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*), con l'**art. 77** (*Commissione giudicatrice*), con l'**art. 83** (*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*), con l'**art. 157** (*Altri incarichi di progettazione e connessi*) e con l'**art. 209** (*Arbitrato*);
2. le prime linee guida n. 1 approvate con **delibera ANAC n. 973 del 14/09/2016** successivamente modificate dalla delibera ANAC 21 febbraio 2018, n. 126;
3. le prime linee guida n. 4 approvate con **delibera ANAC n. 1097 del 26/10/2016** e successivamente modificate dalla delibera ANAC 1 marzo 2018, n. 206;
4. la **sentenza n. 188 del 12 aprile 2017** del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana in cui il Collegio osserva come la principale ragione invocata a sostegno delle declinazioni più morbide del principio di rotazione è quella che riguarda proprio la tutela della concorrenza. Si afferma infatti che far derivare dal criterio della rotazione una regola di non candidabilità per il gestore uscente entrerebbe in rotta di collisione con i principi del Trattato.
5. la **sentenza del Consiglio di Stato n. 4125 del 31 agosto 2017 in cui i Giudici di Palazzo Spada precisano che** il principio per il quale, ai sensi dell'art. 36 del Codice dei contratti, in applicazione del principio di rotazione negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, la stazione appaltante ha l'alternativa o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quali ritiene di non poter prescindere dall'invito;
6. il **parere 12 febbraio 2018, n. 361 del Consiglio di Stato** in cui in più punti viene trattato il tema della rotazione degli affidamenti e degli incarichi;
7. le **linee guida n. 4** relative alle "*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*" approvate con **delibera ANAC 1 marzo 2018, n. 206**, che sostituiscono le precedenti linee guida approvate con delibera n. 1097 del 26/10/2016, in cui già in premessa viene precisato che "*A seguito della modifica introdotta con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo), l'ANAC è altresì chiamata ad indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza gara, nonché di effettuazione degli inviti in caso di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse*";
8. le **linee guida n. 1** approvate con **delibera ANAC 21 febbraio 2018, n. 138**, che sostituiscono le precedenti linee guida approvate con delibera n. 973 del 14/09/2016, in cui al paragrafo IV.1 relativo agli affidamenti di incarichi di importo inferiore a 100.000 euro in cui è precisato che "*l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti (art. 157, comma 2, codice) e degli affidamenti, secondo le modalità previste nelle Linee guida n. 4*".

Lavori Pubblici

Informazione tecnica **on-line**

Vale la pena, preliminarmente, precisare che il principio di rotazione **trova la sua fonte nell'ordinamento dell'Unione europea** ove lo stesso tenore letterale delle Direttive (si veda, in proposito, il considerando n. 2 della **direttiva 24/2014/UE del 26/02/2014**) pone a base della revisione della normativa sugli appalti l'accrescimento dell'efficienza della spesa pubblica e **la facilitazione dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici** ed, infatti, **l'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone** che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel 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".

Certo avrebbe potuto cercare di fare maggiore chiarezza il decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017 che, in verità, è intervenuto sull'articolo 36, trasformando la parte finale del comma 1 dal più vago "**principio di rotazione**" in un più puntuale "**principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti**" e nel comma 7 in cui alla fine si inserisce un nuovo periodo in cui si parla nuovamente di "**principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti**" anche perché sarebbe bastato leggere attentamente la **sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana n. 188/2017** per comprendere come il principio di rotazione imponga che una prima deroga, al meccanismo della gara, debba essere bilanciata da una regola di non immediata ricandidabilità sempre senza gara mentre lo stesso principio di rotazione non dovrebbe imporre il mancato invito o l'esclusione del precedente affidatario laddove le procedure semplificate previste dall'articolo 36, comma 2, del d.lgs 50/2016 individuino gli operatori economici non per scelta da elenchi o inviti diretti, ma a seguito della pubblicazione di avvisi pubblici per invitare a manifestare l'interesse a successivi inviti a presentare offerte.

Dunque, se in un primo momento leggendo la norma primaria (**d.lgs. n. 50/2016**) che al comma 1 dell'articolo 36, afferma che deve essere rispettato il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti mentre all'articolo 30, comma 1 precisa che "*Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità*" sembrerebbe difficile comprendere come possa coniugarsi il principio della rotazione con i principi di libera concorrenza e non discriminazione, il legislatore, in pratica, mettendo la testa sotto la sabbia, non sapendo come risolvere il problema, ha ritenuto opportuno scavalcarlo e trasferirlo all'ANAC ed, infatti, nell'ultimo periodo del comma 7 del già citato art. 36 è precisato che "*Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche **modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti** e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale*"

Nelle nuove linee guida n. 4, sembra che sia possibile conciliare il principio della rotazione con quello della concorrenza in maniera del tutto semplice così come, per altro è precisato nella delibera n. 4 dove al paragrafo 3.6 si legge testualmente che "Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, 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. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per

Lavori Pubblici

Informazione tecnica **on-line**

i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici”.

Con la successiva precisazione al paragrafo 3.6 che “il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvido al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvido al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente”.

È questa **una delle tante storie della soft law all'italiana** del Codice dei contratti.

A cura di **arch. Paolo Oreto**

© Riproduzione riservata