

Edilizia e Territorio

Dossier sottosoglia, obbligo di rotazione meno rigido con le nuove linee guida Anac

Focus con tutti gli approfondimenti necessari a fare luce sull'assegnazione dei piccoli appalti, a partire dalla nuova versione del manuale n. 4 dell'Anticorruzione

Roberto Mangani

21 marzo 2018 - L'articolo 36, comma 1 del Dlgs 50/2016 stabilisce che nell'ambito degli affidamenti 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 40.000 euro e 150.000 euro per i lavori ovvero le rispettive soglie comunitarie per le forniture e i servizi.

Di rilievo è anche la previsione del comma 7, che demanda all'Anac il compito di adottare apposite Linee guida che, con l'obiettivo di supportare le stazioni appaltanti, sono chiamate tra l'altro a indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti. Le Linee guida n. 4 sono state emanate in data 26 ottobre 2016 e modificate in data 1 marzo 2018.

L'affidamento o l'invito al contraente uscente

Il principio di rotazione si sviluppa lungo due direttrici. La prima è quella riferita 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.

La seconda direttrice è quella relativa agli 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. In questo caso il principio di rotazione opera in relazione agli inviti da effettuare.

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.

In entrambe le ipotesi l'indirizzo da seguire è chiaramente indicato al punto 3.7 delle Linee guida: l'affidamento o il reinvio al contraente uscente deve avere carattere eccezionale, richiedendo un onere motivazionale stringente. Nello specifico, tale onere motivazionale deve fondarsi sulla particolare struttura del mercato e sulla riscontrata effettiva mancanza di alternative, tenuto anche conto del grado di soddisfazione maturato in relazione al precedente rapporto contrattuale, e considerato comunque la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi del mercato di riferimento e la qualità della prestazione.

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).

Le posizioni della giurisprudenza

Questa impostazione è stata ribadita dalla giurisprudenza prevalente che ha 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; Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

Il fondamento del principio di rotazione è stato individuato dalla giurisprudenza nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione a favore dell'affidatario uscente, che peraltro godrebbe di una posizione di vantaggio derivante dal bagaglio informativo conseguente alla precede esecuzione del contratto.

Ne consegue che l'ente appaltante, nel concreto svolgimento della procedura negoziata, ha due possibilità. La prima, che rappresenta la regola ordinaria, è quella di non invitare il precedente affidatario del contratto. La seconda, che costituisce l'eccezione alla regola, è invece quella di procedere all'invito di quest'ultimo, ma in questo caso deve fornire un'esauriente motivazione delle ragioni che inducono a questa scelta, che possono derivare o da situazioni oggettive del mercato o da condizioni soggettive attinenti alle prestazioni particolarmente efficienti rese dal precedente affidatario.

Secondo questa interpretazione il principio di rotazione è finalizzato proprio a tutelare le esigenze di una concorrenza effettiva, evitando il consolidarsi nel tempo di posizioni anticoncorrenziali da parte di singoli operatori del settore interessato.

In giurisprudenza si è affermato 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, costituendo nel contempo una preclusione per l'aggiudicatario uscente, superabile solo in presenza di circostanze eccezionali (Tar Veneto, 26 maggio 2017, n. 515; Tar Toscana, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816; 22 dicembre 2017, n. 1665; Tar Lombardia, 9 febbraio 2018, n. 380).

Per quanto riguarda invece l'affidamento o il reinvio a un soggetto che già in precedenza era stato invitato – ma che evidentemente non era risultato aggiudicatario – esso si fonda su una logica diversa e su presupposti meno stringenti. È infatti previsto che nel decidere sull'invito o sull'affidamento a favore di un soggetto già invitato in precedenza si debba tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre circostanze, in merito all'affidabilità dell'operatore e all'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.

Appare evidente l'intenzione di distinguere nettamente le due ipotesi dell'affidatario uscente e del soggetto precedentemente invitato ma che non è risultato affidatario: nel primo caso il nuovo affidamento o anche il semplice reinvio ha carattere eccezionale mentre nel secondo caso questo carattere di eccezionalità si attenua di molto, essendo sufficiente che vi sia un ragionevole affidamento sulla capacità e idoneità dell'operatore a svolgere la prestazione richiesta.

Le novità delle Linee guida

L'applicazione del principio di rotazione in termini assoluti, specie se riferita non al precedente affidatario ma a colui che è stato invitato in precedenza senza risultare affidatario, presenta degli inconvenienti. Essa impedisce infatti all'ente appaltante di esercitare la sua discrezionalità, precludendo in linea generale e salvo adeguata motivazione di invitare alla gara o affidare il contratto a soggetti che in relazione all'esecuzione di precedenti contratti si sono dimostrati affidabili. Nel contempo limita in maniera significativa la libertà di iniziativa imprenditoriale dell'operatore, cui viene preclusa la possibilità di concorrere sul mercato.

Anche in ragione di tali considerazioni in sede di rivisitazione delle Linee guida l'Anac ha introdotto, al punto 3.6, due temperamenti al principio di rotazione. In primo luogo ha chiarito che il principio di rotazione si applica esclusivamente con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratta ma solo se i due affidamenti riguardino contratti relativi allo stesso settore merceologico o lo stesso settore di servizi o la stessa categoria di opere.

Il secondo temperamento appare ancora più efficace. In base ad esso ogni stazione appaltante può adottare un proprio regolamento con cui suddividere i contratti in fasce di importo e applicare la rotazione solo nell'ambito della stessa fascia. In questo modo l'operatore già in precedenza invitato o anche affidatario di un contratto rientrante in una fascia di importo può legittimamente essere invitato alla procedura relativa all'affidamento di un contratto rientrante in una diversa fascia di importo.