

Principio di rotazione degli inviti negli appalti “sotto soglia”

24 Gennaio 2018

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato, a distanza di pochi mesi da quella che si registra essere la prima sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa sul punto (Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125) è tornato a pronunciarsi sull'applicazione del principio di rotazione nell'ambito nelle procedure semplificate di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 (il “Codice”).

Ad avviso dell'appellante, il principio di rotazione *“non potrebbe giustificare”*, così come ha invece ritenuto l'amministrazione resiste, il mancato invito dell'operatore economico che nell'anno precedente sia risultato aggiudicatario di un servizio alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2 lett. b) del Codice indetta per procedere al nuovo affidamento di quest'ultimo.

Come è noto, al fine di assicurare *“l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”*, l'art. 36 del Codice prevede che l'affidamento mediante procedura negoziata deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti.

Le concrete modalità di attuazione del principio, non sono contenute nel Codice ma nelle Linee Guida ANAC n. 4, cui l'art. 36, c. 7 del Codice ha specificamente delegato tale compito.

In base alle Linee Guida ANAC n. 4, per effetto del principio di rotazione – il cui scopo è quello di favorire l'avvicinamento degli operatori economici nell'affidamento dei contratti pubblici, evitando il consolidamento dei rapporti solo con alcune imprese – il gestore uscente non può essere invitato a prendere parte alla procedura indetta dalla stazione appaltante per procedere al nuovo affidamento del servizio. Si tratta di un divieto cui, a quanto emerge dalle linee guida, le stazioni appaltanti possono derogare solo attraverso un'adequata motivazione avuto riguardo: (i) al numero di ridotto di operatori presenti sul mercato; (ii) al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti); (iii) all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

L'invito all'affidatario uscente ha, dunque, per espressa previsione delle Linee Guida n. 4, carattere eccezionale.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, con la sentenza in commento il Consiglio di Stato, confermando quanto già rilevato dal giudice di primo grado, ha ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione appellata di non invitare il gestore uscente.

Ad avviso del Consiglio di Stato, *“la stazione appaltante aveva solo due possibilità: non invitare il gestore uscente o, in caso contrario, motivare attentamente le ragioni per le quali riteneva di non poter invece prescindere dall'invito. La scelta (...) di optare per la prima soluzione deve dunque ritenersi del tutto legittima”*.

Da ultimo si rileva come le Linee Guida n. 4 siano attualmente oggetto di consultazione in vista del loro aggiornamento.

Tra i punti oggetto di approfondimento e revisione vi è proprio quello delle modalità attuative del principio di rotazione che potrebbe essere foriero di una serie di difficoltà applicative. In sede di consultazione si è tra l'altro, messo in evidenza che: (i) l'operatore economico, poiché sa che non potrà essere riconfermato, avrà minori incentivi a un comportamento corretto; (ii) in virtù della rotazione degli inviti, gli operatori economici, sapendo di giocare l'unica chance (almeno per un certo periodo di tempo) di potersi aggiudicare un contratto con una determinata stazione appaltante, saranno indotti a formulare offerte molto competitive, con il rischio di non poter assicurare in fase di esecuzione contrattuale quanto offerto in sede di gara (offerte anomale); (iii) la mancata considerazione delle imprese già invitate alle gare precedenti per successivi inviti potrebbe, specie nel caso di elenchi non molto lunghi, rendere prevedibile il nominativo degli operatori economici da invitare nelle successive procedure, con rischi per la concorrenza in gara; (iv) i contratti sotto soglia comunitaria, via via affidati da una determinata stazione appaltante, possono essere di importo molto differente tra loro, passando da contratti di modico valore a contratti che raggiungono il valore limite della soglia. L'operatore economico che è invitato a partecipare alla procedura per l'affidamento di un contratto di modico valore potrebbe, quindi, vedersi pregiudicata la possibilità di essere invitato a presentare offerta per l'aggiudicazione di un contratto di ben più considerevole importo, laddove il precedente invito impedisca inviti per le gare successive. Il riconoscimento di pari opportunità, sotteso al principio di rotazione, dovrebbe presupporre parità di valore della chance concessa.

Occorre, dunque, attendere la pubblicazione delle Linee Guida n. 4 aggiornate per verificare eventuali nuove determinazioni dell'Autorità in ordine alle modalità applicative del principio in esame.

[31215-sentenza CdS-inviti rotazione.docx](#)[Apri](#)