

05 Lug 2019

Affidamento diretto fino a 150mila euro, anche dopo lo Sblocca-cantieri si applica il principio di rotazione

Roberto Mangani

L'affidamento dei contratti sottosoglia è soggetto, tra l'altro, al principio di rotazione. Quest'ultimo è infatti richiamato in primo luogo dal comma 1 dell'articolo 36 del D.lgs. 50/2016, che lo prevede ai fini degli inviti e degli affidamenti, anche al fine di assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione alle gare delle micro, piccole e medie imprese. In secondo luogo, l'applicazione del principio di rotazione viene ribadita ai commi successivi con specifico riferimento agli inviti da effettuare nell'ambito delle procedure negoziate.

Le modalità di applicazione del principio di rotazione sono state oggetto di una copiosa giurisprudenza, che si è in particolare pronunciata in relazione all'invito del contraente uscente, assumendo in via prevalente una posizione negativa. Anche recentemente il Consiglio di Stato è intervenuto con due pronunce che si sono espresse in termini negativi, aderendo a un'interpretazione rigida del suddetto principio.

Nel contempo sono intervenute le novità dettate dal Decreto sblocca cantieri, rispetto alle quali va verificato se e in che misura continui ad operare il principio di rotazione nei termini delineati dalla giurisprudenza prevalente.

Le nuove norme del Decreto sblocca cantieri

Come è noto il Decreto sblocca cantieri ha in parte ridisegnato le regole per l'affidamento dei contratti sottosoglia.

Ha infatti previsto per gli affidamenti ricompresi tra 40.000 euro e 150.000 euro per i lavori ovvero la soglia comunitaria per i servizi e le forniture l'affidamento diretto. Quest'ultimo tuttavia deve essere preceduto dalla valutazione di tre preventivi per i lavori, mentre per i servizi e le forniture è necessario procedere al confronto tra almeno cinque operatori economici scelti tramite indagine di mercato o elenchi precostituiti, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

Limitatamente ai lavori sono previste due ulteriori fasce di importo, tra 150.000 e 350.000 euro e tra 350.000 euro e un milione di euro. Per entrambe è previsto l'affidamento previo svolgimento in di una procedura negoziata previa consultazione di operatori economici selezionati tramite indagine di mercato o elenchi precostituiti, sempre nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti. Ciò che cambia è solo il numero dei soggetti da invitare, che è di dieci per la prima fascia e di quindici per la seconda.

Come si vede, il principio di rotazione viene esplicitamente ribadito nel caso degli inviti alle procedure negoziate. Nulla viene detto invece per gli affidamenti ricompresi tra 40.000 e

150.000 euro relativi a lavori, per i quali viene unicamente richiamata la previa valutazione di tre preventivi.

Si deve tuttavia ritenere che anche in quest'ultimo caso sia applicabile il principio di rotazione, nel senso che i preventivi non possono essere richiesti sempre ai medesimi soggetti. Depone in questo senso innanzi tutto il richiamo al principio di rotazione contenuto nel comma 1, che quindi si estende a tutti gli affidamenti dei contratti sottosoglia, qualunque sia la modalità di affidamento. Inoltre, valgono considerazioni di carattere sistematico, relative alla coerenza complessiva delle regole dettate. Sarebbe cioè incoerente che il principio di rotazione, applicabile per tutte le altre fasce di importo, non trovasse spazio solo per la fascia ricompresa tra 40.000 e 150.000 euro.

L'invito del contraente uscente

Uno degli aspetti focali su cui si è concentrata l'attenzione della giurisprudenza è quello relativo alla posizione del contraente uscente rispetto all'applicazione del principio di rotazione. La giurisprudenza prevalente si è espressa nel senso della rigorosa applicazione del principio di rotazione, in base al quale l'ente appaltante, come regola generale, non deve procedere all'invito di colui che risulta titolare del contratto immediatamente precedente a quello oggetto di affidamento.

Secondo questo orientamento la regola generale può subire eccezioni solo in presenza di circostanze particolari, e cioè in considerazione del numero ridotto di operatori presenti sul mercato, del grado di soddisfazione maturato nel precedente rapporto contrattuale o ancora dell'oggetto e delle caratteristiche del mercato di riferimento. In ogni caso, l'eventuale invito del contraente uscente deve essere sorretto da una attenta motivazione, sussistendo al riguardo un onere di motivazione rafforzato.

Alla base di questa posizione che tende ad escludere l'invito del contraente uscente la giurisprudenza ha esplicitato due ordini di ragioni. Da un lato vi sarebbe la necessità di evitare il consolidamento di rendite di posizione contrarie all'apertura al mercato, specie in danno delle piccole e medie imprese. Dall'altro opererebbe l'esigenza di evitare la posizione di vantaggio di cui godrebbe il contraente uscente, in virtù del maggior bagaglio informativo di cui lo stesso sarebbe titolare in virtù del rapporto contrattuale pregresso.

Recentemente il Consiglio di Stato ha sottolineato – eliminando ogni dubbio al riguardo – che il divieto di invitare il contraente uscente vige anche nell'ipotesi in cui l'ente appaltante abbia espletato un'indagine di mercato per l'individuazione dei soggetti da invitare. Il giudice amministrativo ha evidenziato come il principio di rotazione riguardi la fase degli inviti, e quindi trovi spazio anche nell'ipotesi in cui gli inviti siano diramati a seguito di un'indagine di mercato (Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831).

Nella pronuncia il giudice amministrativo respinge anche ogni dubbio di costituzionalità sulla norma che impone il principio di rotazione negli inviti e sull'interpretazione della stessa nei termini indicati. Non vi sarebbe infatti contrasto con l'articolo 41 della Costituzione che tutela l'iniziativa economica privata in quanto, a fronte di una norma pro competitiva che tende ad aprire il mercato ad altri operatori, vi sarebbe una compressione degli interessi del contraente uscente ma nei limiti della proporzionalità. Quest'ultimo, infatti, dovrebbe "saltare" solo il primo affidamento successivo a quello del rapporto contrattuale di cui risulta titolare.

D'altro canto non si potrebbe invocare neanche un contrasto con l'articolo 97 relativo al buon andamento dell'amministrazione in quanto il principio di rotazione aumenterebbe le possibilità di partecipazione di altri operatori, favorendo l'efficienza e l'economicità delle prestazioni da rendere a favore della pubblica amministrazione.

In realtà queste considerazioni così radicali lasciano aperta qualche perplessità.

L'eliminazione di ogni possibilità di competere per il contraente uscente, che non può essere chiamato neanche a partecipare a una procedura di gara, appare effettivamente come una compressione della libertà di iniziativa economica privata, che non sembra agevole considerare proporzionata per il solo fatto che riguarda solo il primo affidamento successivo al rapporto contrattuale di cui lo stesso è titolare.

Anche sotto il profilo del possibile contrasto con l'articolo 97 andrebbe forse considerato che l'ente appaltante deve comunque rinunciare – salvo fornire una dettagliata motivazione della scelta contraria – ad invitare un operatore che per ipotesi ha fornito prestazioni ottimali nel corso del rapporto precedente. Con un evidente riflesso potenzialmente negativo sul buon andamento dell'azione amministrativa.

Nella stessa logica di applicazione rigida del principio di rotazione nei confronti del contraente uscente si colloca un'altra recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943, che ha ritenuto che tale principio sia applicabile anche se il precedente affidamento sia avvenuto a seguito di una procedura aperta o ristretta. Rispetto alle finalità cui tale principio è preordinato non rileva infatti che la scelta originaria del contraente uscente sia avvenuta tramite una procedura ad evidenza pubblica, quanto piuttosto la posizione "privilegiata" che quest'ultimo assume e che prescinde dalle modalità attraverso le quali tale posizione si è formata.

La rotazione negli affidamenti diretti e negli inviti

Pur riconoscendo che le motivazioni addotte dalla giurisprudenza in merito alla rigida applicazione del principio di rotazione hanno una loro validità, appare opportuna una distinzione a seconda che l'ente appaltante proceda per mezzo di affidamento diretto ovvero con una procedura negoziata a inviti (o a un affidamento previa consultazione di tre preventivi).

L'affidamento diretto in senso proprio è consentito per la conclusione di contratti fino a 40.000 euro. In questo caso il principio di rotazione si risolve nel divieto di rinnovare fiduciarmente un contratto senza che vi sia alcuna apertura alla concorrenza. Assume quindi massimo valore l'esigenza di evitare il consolidarsi di rendite di posizione, che avverrebbe al di fuori e a prescindere da qualunque confronto con il mercato.

La situazione si presenta in termini diversi nell'ipotesi in cui l'ente appaltante proceda allo svolgimento di una procedura negoziata a inviti (e, in misura più attenuata, al confronto di tre preventivi). In questo caso il divieto di invitare il contraente uscente appare meno convincente. Quest'ultimo infatti non è destinatario di un affidamento diretto, ma viene messo in competizione con altri concorrenti, e può per ipotesi risultare aggiudicatario del nuovo contratto solo se la sua offerta risulta più conveniente rispetto a quella degli altri invitati. Né sembra sufficiente a giustificare il divieto di invito la situazione di asimmetria informativa di cui il contraente uscente beneficerebbe, posto che la stessa può assumere un ruolo molto diverso a seconda della tipologia di prestazione oggetto di affidamento.

Si deve allora ritenere che nel caso di procedura negoziata a inviti possa essere particolarmente valorizzata, ai fini di consentire l'invito del contraente uscente, la particolare soddisfazione che l'ente appaltante abbia conseguito nello svolgimento del precedente rapporto contrattuale. Non si vede infatti ragione per la quale, di fronte a un'ottima prestazione svolta, l'ente appaltante debba aprioristicamente privarsi della possibilità di invitare il contraente uscente, che comunque viene messo in competizione con altri concorrenti.

D'altronde anche parte della giurisprudenza, anche se minoritaria, ha affermato che il principio di rotazione deve considerarsi servente e strumentale al principio di concorrenza e non può risolversi in un ostacolo ad esso. Pertanto il contraente uscente che abbia ben operato può

partecipare alla gara, se ciò rappresenta un'estensione della platea degli offerenti (Tar Lazio, Sez. I – ter, 18 giugno 2018, n. 6838).

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved