Appalti 24 Novembre 2021

Obbligo di rotazione, conta l'apertura al mercato non le modalità di pubblicazione dell'avviso di gara

di Dario Immordino

Stampa

In breve

Consiglio di Stato: l'avvicendamento obbligatorio dei partecipanti e degli aggiudicatari non vale se il nuovo affidamento avviene con procedure ordinarie o comunque aperte a tutti

Il principio di rotazione non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura con avviso pubblico, invitando tutti gli operatori del settore a presentare manifestazioni di interesse, senza dar luogo ad una selezione preventiva degli ammessi in gara, ed ammettendo tutte le imprese che manifestano interesse.

Lo ha statuito il Consiglio di Stato, con la sentenza 7414/2021, sull'assunto che l'obbligo di avvicendamento degli operatori economici partecipanti ed aggiudicatari delle gare pubbliche non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'affidatario dell'appalto mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione del numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

La regola dell'alternanza, infatti, è posta a presidio della concorrenza e dell'imparzialità della Pa, e a tal fine garantisce l'avvicendamento negli inviti e, conseguentemente, nell'affidamento degli appalti, funge da contrappeso rispetto alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nella individuazione degli operatori economici con i quali contrattare, e assolve alla funzione di contrastare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, "che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato" (Cons. Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, parere sulle «Linee guida» dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017).

In ragione di queste caratteristiche la rotazione degli inviti e degli affidamenti risulta obbligatoria negli appalti sotto soglia comunitaria, ove i potenziali partecipanti sono, per la maggior parte, piccole e medie imprese a carattere locale, ed in particolare nelle procedure negoziate, in cui l'amministrazione appaltante non consente, a monte, la partecipazione alla gara a tutti gli operatori economici, ma solo a quelli discrezionalmente scelti (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160, Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

In simili contesti, caratterizzati da consistenti restrizioni della partecipazione, il principio di rotazione consente l'alternanza nella realizzazione delle prestazioni oggetto dell'appalto, che, oltre a garantire l'equilibrata distribuzione delle chance tra le imprese, si rivela funzionale a tutelare l'interesse pubblico ad ottenere le prestazioni più qualificate, favorito dall'avvicendamento degli operatori economici.

La ratio dell'obbligo di rotazione degli affidamenti è, quindi, limitare la discrezionalità nella selezione degli operatori economici, riconosciuta all'amministrazione nell'ambito delle procedure negoziate, con lo scopo di promuovere la circolazione delle commesse pubbliche tra le imprese, poste su un piano di parità, perché estranee al precedente affidamento: la preclusione della possibilità di invitare alla procedura il precedente affidatario dell'appalto mira, infatti, a prevenire l'eventualità che l'equilibrio tra gli operatori discrezionalmente prescelti dall'amministrazione possa essere alterato dalla rendita di posizione già maturata durante il trascorso affidamento. Il conseguimento di tali finalità rende indispensabile imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara, allo scopo di evitare che "il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a

presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro" (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; Cons. Stato, 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854, Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030).
La regola dell'alternanza, tuttavia, non opera in modo assoluto ed inderogabile poiché, in determinate circostanze e previa adeguata motivazione, l'amministrazione può estendere l'invito anche al gestore uscente (cfr. da ultimo, Tar Ancona, 15.06.2020 n. 385, TAR Ancona, 13/3/2020 n. 187). L'obiettivo e l'effetto del principio di rotazione, infatti, non è escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma soltanto non favorirlo, ed a tal fine non si impedisce la partecipazione del gestore uscente alla gara indetta per la riassegnazione del medesimo servizio, ma si preclude alla stazione appaltante la possibilità di rinnovare direttamente l'affidamento con il gestore uscente ovvero, nel caso procedura ristretta, di invitarlo senza adottare adeguate garanzie di tutela dell'equilibrio concorrenziale.
Di conseguenza l'avvicendamento obbligatorio dei partecipanti e degli aggiudicatari non opera "quando 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" (cfr. Linee-guida Anac n. 4 del 2016 e n. 206/2018).
In questo genere di procedure, infatti, non viene compiuta alcuna scelta discrezionale nell'individuazione degli operatori economici da ammettere o da escludere, e di conseguenza l'applicazione del principio di rotazione si sostanzierebbe in una causa di esclusione dalle gare non codificata, che produrrebbe l'effetto di limitare ingiustificatamente la concorrenza anziché di favorirla, riducendo senza valide ragioni la rosa dei potenziali offerenti, in danno sia degli operatori esclusi sia della stessa amministrazione cui verrebbe preclusa la possibilità di beneficiare di un confronto competitivo più ampio.Una simile applicazione del principio di rotazione determinerebbe l'attivazione di uno strumento incoerente e contrastante con i principi di ragionevolezza, proporzionalità, concorrenza e buon andamento, poiché comporterebbe una penalizzazione del precedente aggiudicatario non giustificata da proporzionali benefici strumentali al conseguimento dell'interesse pubblico e alla tutela della concorrenza.
Ciò posto diventa decisiva la qualificazione dell'esatta natura della procedura di selezione del contraente. Al riguardo la sentenza ribadisce il consolidato orientamento in forza del quale devono ritenersi procedure aperte, che non soggiacciono al principio di rotazione, tutte le gare "in cui la stazione appaltante, per le modalità di raccolta delle offerte utilizzate (e, dunque anche se siano avviate indagini di mercato o consultazione di elenchi), non abbia in alcun modo limitato il numero degli operatori economici partecipanti" (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2020, n. 7462; V, 13 ottobre 2020, n. 6168; VI, 20 luglio 2020, n. 4629). Il discrimen tra le procedure di gara, ai fini dell'applicazione della regola dell'alternanza, non concerne, pertanto, caratteristiche formali delle procedure o il numero dei partecipanti, ma i connotati strutturali dell'appalto, ed in particolare il tasso di discrezionalità della stazione appaltante e l'apertura alla concorrenza.
La gara preceduta dall'individuazione discrezionale dei partecipanti va qualificata come procedura negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione, suscettibile di deroga espressamente motivata allorché l'equilibrio concorrenziale possa ragionevolmente recedere innanzi alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento, la procedura introdotta da un avviso aperto a tutti gli operatori "è fuori dalle procedure negoziate" e non soggiace al principio di rotazione, e non opera alcun meccanismo che precluda al gestore uscente l'accesso alla procedura, "con la conseguenza che, in tale diversa situazione, la partecipazione di quest'ultimo non costituisce deroga al suddetto principio e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell'amministrazione" (in tal senso, da ultimo, TAR Venezia, 26.03.2021 n. 389).
In ragione di ciò la sentenza qualifica come procedura aperta la gara nell'ambito della quale la stazione appaltante invita, con avviso pubblico, tutti gli operatori del settore a presentare manifestazioni di interesse, senza dar luogo ad una selezione preventiva dei partecipanti, ed ammettendo tutte le imprese che manifestano interesse.Il Collegio precisa che, ai fini dell'applicazione del principio di rotazione, devono ritenersi irrilevanti le modalità di pubblicazione dell'avviso, poiché "non valgono a far dire ristretta" la procedura alla quale possono accedere tutti gli operatori interessati. Una pubblicità inadeguata dell'avviso potrebbe, infatti, "limitare la conoscenza della (avvenuta indizione della) gara, ma certo non impedire a chi l'abbia conosciuta di parteciparvi".

Il Sole 24 ORE aderisce a The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati
ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com]