

Appalti

Principio di rotazione meno rigido nel nuovo codice: ecco vincoli e deroghe

di Roberto Mangani

26 Aprile 2023

Per escludere il contraente uscente servono due affidamenti precedenti nello stesso settore merceologico. Ma la Pa può valutare anche l'«accurata esecuzione» del contratto

L'articolo 49 del Dlgs 36/2023 contiene alcune disposizioni in tema di principio di rotazione nei contratti sottosoglia. Si tratta di una parziale novità, nel senso che nel Dlgs 50/2016 vi era solo l'affermazione del principio, ma non la sua declinazione in regole predefinite.

Tali regole erano state poi dettate dall'Anac nelle Linee guida n. 4 e molte delle relative indicazioni sono state recepite nella disciplina dell'articolo 49.

Principio di rotazione e divieto di affidamento/aggiudicazione

Il principio di rotazione comporta, quale regola generale, il divieto di affidamento o aggiudicazione a favore del contraente uscente (comma 2). Mentre nessun dubbio si pone con riferimento al divieto di affidamento – intendendosi per tale l'affidamento diretto – un chiarimento interpretativo va operato con riferimento al divieto di aggiudicazione. Tale divieto va ragionevolmente inteso nel senso che ciò che non è consentito è l'invito a favore del precedente contraente alle procedure negoziate finalizzate all'aggiudicazione del contratto. Non sarebbe infatti logico intendere il divieto di aggiudicazione in senso stretto, cioè con riferimento al momento finale della procedura, perché si arriverebbe al risultato paradossale che l'operatore potrebbe essere invitato alla procedura ma non risultare aggiudicatario, conclusione evidentemente priva di ogni senso comune.

Lo stesso comma 2 circoscrive l'operatività del principio di rotazione, indicando le condizioni in presenza delle quali lo stesso deve trovare applicazione. La prima condizione è che il contraente uscente deve risultare titolare di due precedenti affidamenti consecutivi. La seconda condizione è che tali affidamenti abbiano ad oggetto un contratto rientrante alternativamente nello stesso settore merceologico (per le forniture), nella stessa categoria di opere (per i lavori) ovvero nello stesso settore dei servizi (per i servizi). In relazione alla prima condizione va segnalato che il divieto opera solo se il contraente uscente è stato titolare di due contratti consecutivi, e quindi riguarda solo il terzo potenziale affidamento, sempre consecutivo. Quanto alla seconda condizione, la stessa fa riferimento a nozioni quali settore merceologico, categoria di opere e settore di servizi che non trovano una chiara definizione normativa. Rientra quindi nel potere discrezionale dei singoli enti

appaltanti definire puntualmente tali nozioni, con un margine di valutazione significativo che evidentemente può anche dar luogo a contestazioni.

È inoltre stabilito che ogni stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce di importo al fine di limitare il principio di rotazione in relazione a ciascuna fascia individuata (comma 3). In sostanza, qualora la stazione appaltante opti per questa possibilità – che non è un obbligo – il divieto di invito o di affidamento del contraente uscente opererà solo se il nuovo contratto da aggiudicare rientri nella medesima fascia di importo in cui rientravano i due contratti già aggiudicati al medesimo operatore economico.

Va precisato che seppure il principio di rotazione trova l'applicazione più significativa in relazione al divieto di affidamento o aggiudicazione a favore del contraente uscente, non esaurisce i suoi effetti in questo ambito. Infatti, in relazione alle aggiudicazioni precedute dallo svolgimento di una procedura negoziata, la rotazione va attuata anche a livello di soggetti da invitare. Ciò significa che alle procedure negoziate non solo non potrà di norma essere invitato il contraente uscente, ma anche gli altri invitati non potranno essere sempre gli stessi operatori.

Le deroghe al principio di rotazione

Il comma 4 prevede alcune deroghe al principio di rotazione, cioè i casi in cui l'ente appaltante può comunque procedere all'invito o all'affidamento a favore del contraente uscente. Le condizioni indicate dal legislatore sono le seguenti:

- a) una struttura del mercato da cui emerga una effettiva assenza di alternative;
- b) una accurata esecuzione del precedente contratto.

La prima ipotesi prende in considerazione un mercato di riferimento in cui i potenziali concorrenti sono in numero molto ridotto, per cui il mancato invito o il divieto di affidamento nei confronti del contraente uscente da un lato non avrebbe senso in relazione alla ratio del principio di rotazione – garantire un'adeguata apertura del mercato - e dall'altro potrebbe mettere in difficoltà lo stesso ente appaltante.

La seconda ipotesi mira invece a impedire che, pure a fronte di una esecuzione del precedente contratto ispirata alla massima diligenza ed efficienza, l'ente appaltante debba necessariamente rinunciare a invitare alla gara o a affidare il successivo contratto al contraente uscente. Nonostante la previsione sia del tutto condivisibile, non si può ignorare che si tratta di un altro aspetto rispetto al quale la discrezionalità dell'ente appaltante appare molto significativa. La norma fa infatti riferimento a una nozione generale di «accurata esecuzione» del precedente contratto che evidentemente va riempita di contenuti; e in quest'opera interpretativa i margini di valutazione sono molto ampi.

È agevole ipotizzare che sotto questo profilo la motivazione che l'ente appaltante deve dare al fine di fornire adeguata giustificazione dell'invito alla gara o dell'affidamento del contratto al contraente uscente sarà soggetta a un'attenta analisi da parte di quegli operatori che invece abbiano un concreto interesse a vedere applicato puntualmente il principio di rotazione. Il profilo peraltro è già stato oggetto di attenzione in numerose pronunce del giudice amministrativo, laddove la sua applicazione

discendeva non da una previsione normativa ma dall'indicazione contenuta nelle Linee guida Anac. Ed è quindi probabile che sarà una delle questioni su cui la giurisprudenza sarà ancora chiamata a pronunciarsi, con il rischio concreto che si possano creare interpretazioni divergenti sul ricorso della condizione della «accurata esecuzione» del precedente contratto.

Altra deroga al principio di rotazione è quella prevista al comma 5, secondo cui lo stesso non trova applicazione nei casi in cui l'indagine di mercato per l'individuazione dei soggetti da invitare alla procedura negoziata sia stata effettuata in modo da non prevedere un numero minimo di operatori da invitare. Si tratta della traduzione normativa di un principio già affermato sia nelle Linee guida dell'Anac che in numerose pronunce giurisprudenziali e che trova fondamento sempre nella stessa ragione. Il principio di rotazione serve a garantire che il mercato sia aperto a una pluralità di soggetti e che non venga riservato sempre agli stessi operatori. Se questa esigenza è garantita in altro modo, in quanto le modalità di svolgimento della procedura consentono a tutti i soggetti interessati di parteciparvi, l'applicazione della rotazione non ha più ragion d'essere.

Il comma 6 contempla infine un'ultima deroga, stabilendo che il principio di rotazione può non trovare applicazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Pregi e limiti del principio di rotazione

Nonostante il principio di rotazione si sia andato consolidando negli ultimi anni restano alcuni dubbi sulla sua concreta applicazione e prima ancora sulla ratio che lo sorregge. Come detto tale ratio va individuata nella volontà di evitare che il mercato sia riservato a un numero ristretto di operatori. Da qui il divieto di affidamento diretto sempre al medesimo soggetto nonché quello di invitare sempre gli stessi concorrenti alle procedure negoziate. Se in termini generali e astratti l'esigenza è condivisibile, alcune rilevanti criticità sorgono nell'applicazione pratica del principio, specie in relazione al tema centrale che investe la posizione del contraente uscente. Il divieto di coinvolgere il contraente uscente nell'affidamento del nuovo contratto – che è la derivata immediata del principio di rotazione – mentre ha una sua solidità nel caso di affidamento diretto, appare molto più critico in relazione al mancato invito alla procedura negoziata.

In quest'ultimo caso infatti il contraente uscente non viene scelto in via diretta senza alcun confronto competitivo, ma è chiamato a formulare un'offerta che viene messa in comparazione con altre offerte. In questa logica, non è di immediata evidenza la ragione per la quale il contraente uscente non debba essere invitato, costringendo l'ente appaltante a privarsi della possibilità di ricevere un'offerta competitiva da parte di un soggetto che, in ipotesi, ha anche eseguito correttamente e con efficienza le prestazioni oggetto del precedente contratto. D'altro canto, la molteplicità delle limitazioni e delle deroghe previste dall'articolo 49 – con particolare riferimento all'affidamento o all'invito a favore del contraente uscente – dà evidenza che lo stesso legislatore ha avvertito l'esigenza di rendere meno rigida l'applicazione del principio di rotazione.

È sufficiente ripercorrere tali limiti e deroghe: almeno due affidamenti consecutivi, medesimo settore merceologico di forniture, servizi e opere, possibile individuazione di fasce di importo,

particolare struttura del mercato di riferimento, esecuzione accurata del precedente contratto. Ne consegue un quadro in cui vengono inseriti – opportunamente – significativi elementi di flessibilità al principio di rotazione e in particolare al divieto di affidamento/invito al contraente uscente, nella consapevolezza che tale principio va applicato utilizzando adeguate cautele.

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>]

Il Sole
24 ORE