

Nelle procedure aperte non opera il principio di rotazione

Scritto da Interdata Cuzzola | 13/04/2021

Il principio di rotazione non trova applicazione nelle procedure aperte a tutti gli operatori del mercato, nelle quali la stazione appaltante non opera alcuna scelta discrezionale fra i soggetti da far partecipare: è quanto ribadito dal TAR Lombardia, Milano, sez. II, nella sent. 6 aprile 2021, n. 881.

In proposito, il Consiglio di Stato ha da tempo osservato come *“è ormai consolidato l’orientamento che limita l’applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168). L’art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò indica che la norma che impone l’applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall’art.36 cit.); in queste ultime, il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all’amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell’ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1° marzo 2018, n. 206), quando l’amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate”* (sez. V, sent. 22 febbraio 2021, n. 1515; inoltre, cfr. anche TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 9 dicembre 2020, n.13184).

Secondo le linee Guida dell’ANAC, infatti, *“Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all’affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all’assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove 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”*.

La non operatività del principio in caso di procedure ordinarie o, comunque, di procedure sostanzialmente aperte trova spiegazione nella circostanza che il principio in esame *“costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l’obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l’effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all’amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4*

giugno 2019, n. 3755). In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello 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; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854)" (Cons. Stato, Sez. V, 15.12.2020, n. 8030).

Il principio costituisce, quindi, un limite o un temperamento alla discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'ambito delle procedure negoziate.

La *ratio* di tale limitazione consiste nella necessità di promuovere la circolazione delle commesse pubbliche tra le imprese - poste su un piano di parità - perché estranee ad un precedente affidamento: il principio di rotazione impedisce essenzialmente che, nelle procedure negoziate, l'equilibrio tra gli operatori discrezionalmente prescelti dall'amministrazione possa essere alterato mediante l'invito rivolto al precedente gestore avvantaggiato dalla rendita di posizione già maturata durante il trascorso affidamento. Per tali ragioni la giurisprudenza ritiene che il principio non operi laddove *"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"* (T.A.R. per il Veneto, Sez. I, 26.3.2021, n. 389) Infatti, laddove la stazione appaltante *"apra al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo (arg. ex T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018, n. 493)"* (TAR Veneto, sez. I, sent. 23 settembre 2019, n. 1021, confermata da Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 novembre 2020, n. 7462).