

Principio della rotazione nel previgente Codice dei contratti pubblici: l'invito del gestore uscente richiede idonea motivazione

Scritto da Interdata Cuzzola | 20/07/2023

Nell'attesa che, nel prossimo futuro, la giurisprudenza si esprima sulle disposizioni in materia di principio di rotazione contenute nell'art. 49 del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023), ricordiamo che l'ANAC, nelle linee guida n. 4 di attuazione del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), approvate con delibera n. 1097 del 26.10.2016 e successivamente aggiornate, al § 3.6 ha evidenziato che *"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 stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lettera m del codice dei contratti pubblici"*.

La giurisprudenza ha chiarito che il principio di rotazione non è regola preclusiva (all'invito del gestore uscente e al conseguente suo rinnovato affidamento del servizio) senza eccezione, potendo l'amministrazione derogarvi fornendo adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno a ciò indotta nel caso in cui decida per l'affidamento mediante le procedure di cui all'art. 36,

comma 2, del previgente Codice (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 17 marzo 2021, n. 2292; sent. 31 marzo 2020, n. 2182, con l'ulteriore precisazione della necessità di far riferimento nella motivazione, in particolare, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; in tal senso: Consiglio di Stato, sez. V, sent. 13 dicembre 2017, n. 5854; sent. 3 aprile 2018, n. 2079; sez. VI, sent. 31 agosto 2017, n. 4125)

Tale principio, comunque, non opera per il caso in cui l'amministrazione decida l'affidamento del servizio a mezzo di procedura aperta in quanto la sua applicazione è limitata alle procedure negoziate (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 28 febbraio 2022, n. 1421; sez. V, sent. 22 febbraio 2021, n. 1515; sez. III, sent. 25 aprile 2020, n. 2654; sez. V, sent. 5 novembre 2019, n. 7539).

Conseguentemente, secondo il TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sent. 11 luglio 2023, n. 1019, deve ritenersi violato il principio di rotazione se, per il medesimo servizio da affidare, viene invitato il gestore uscente (già due volte aggiudicatario in passato) senza adeguata motivazione della scelta.