

Procedura ristretta per appalto sopra soglia con pubblicazione del bando: non opera il principio di rotazione

Scritto da Interdata Cuzzola | 08/09/2023

Il principio di rotazione non trova applicazione nell'ipotesi di una procedura ristretta indetta ex art. 61 del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) per un appalto sopra soglia e a valle della pubblicazione di un bando e/o di un avviso pubblico cui tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti sono stati in condizioni di poter partecipare: è quanto affermato dal TAR Calabria, Reggio Calabria, nella sent. 31 luglio 2023, n. 649.

I giudici reggini hanno ricordato che la giurisprudenza amministrativa consolidata ha chiarito che *“l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture opera in relazione agli appalti cd. “sotto soglia” disciplinati dall'art- 36 del d.lgs. 50/2016 (v. Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125), nonché per le procedure negoziate senza bando, come è reso manifesto dall'art 63, comma 6, che espressamente menziona il principio di rotazione insieme agli altri principi (trasparenza, concorrenza) che devono ispirare tali procedure caratterizzate dall'assenza di una vera e propria procedura di gara. Il principio di rotazione, quindi, è applicabile esclusivamente in presenza di contratti sotto soglia in cui le procedure di gara sono particolarmente semplificate e in presenza di una procedura negoziata senza però la pubblicazione del bando”* (cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2018 n. 184).

Nel caso specifico, invece, la stazione appaltante aveva indetto una procedura “ristretta” per aggiudicare un appalto “sopra soglia” e previa pubblicazione di un bando alla stregua di una norma (art. 61 D.lgs. n. 50/2016) nella quale il principio di rotazione non è testualmente invocato né come regola (come nelle procedure negoziate “sotto soglia” ex art. 36), né come eccezione (come in quelle negoziate, anche “sopra soglia”, previste dall'art. 63, comma 6, quando non vi è la pubblicazione di un bando).

La procedura “ristretta” in discorso è una delle due procedure “ordinarie” di scelta del contraente definite dal Codice dei contratti pubblici (l'altra è quella “aperta”), alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici sono abilitati a presentare un'offerta (art. 61, D.lgs. n. 50/2016 e ora art. 72 D.lgs. n. 36/2023).

Il tratto distintivo rispetto alla procedura negoziata è che nella procedura “ristretta” la stazione appaltante pubblica un avviso ovvero un bando al quale tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, compreso il gestore uscente, possono partecipare, auto-vincolandosi a non esercitare a monte la facoltà di scelta di quali operatori economici invitare, ma preferendo prima compulsare il mercato al fine di far emergere specifiche manifestazioni di interesse compatibili con la

tipologia dei servizi, dei lavori e delle forniture da affidare. A questa opzione procedurale corrisponde il “diritto” di un operatore economico di partecipare a prescindere dalla eventuale qualità di appaltatore uscente, a maggior ragione se nessuna disposizione di gara ne prescrive espressamente il divieto; viceversa, quella negoziata, tipica del “sotto soglia”, è una procedura di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro già selezionati o individuati attraverso un elenco o un albo e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell’appalto, rinunciando a rivolgersi prioritariamente ed “indistintamente” al mercato.

Nelle procedure “sotto soglia” - e in quelle previste dall’art. 63 co. 6 “sopra soglia”- il principio di rotazione, con la scandita regola operativa del divieto di invitare il precedente aggiudicatario nell’affidamento di nuove commesse, trae fondamento (di per sé non assoluto) nell’*“esigenza di evitare rendite di posizione in capo al gestore uscente”, la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, e perseguire quindi “l’effettiva concorrenza”, garantendo la “turnazione di diversi operatori” nella realizzazione del “medesimo servizio”* (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 7 settembre 2022 n.7794; sent. 15 dicembre 2020, n. 8030; sez. III, sent. 25 aprile 2020, n. 2654; TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 31 marzo 2023 n. 5555).

Il principio di rotazione, in ogni caso, *“non ha carattere assoluto, bensì relativo, dato che in caso contrario esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara; si tratta quindi di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza, che deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest’ultimo”* (TAR Calabria, Catanzaro, sent. 11 luglio 2023 n. 1019).

In sintesi, perciò, se preceduta dall’individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti, la procedura va qualificata come negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 febbraio 2021, n. 1515), principio motivatamente derogabile, 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); se, invece, la gara risulta preceduta da un avviso aperto a tutti gli operatori, si è fuori dalle procedure negoziate, non deve applicarsi il principio di rotazione e non opera quindi alcun meccanismo preclusivo, capace di impedire 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, sent. 26 marzo 2021 n. 389).