

Dott.ssa Libera Ester Padova

Il principio di rotazione: tra esaltazioni e critiche, il rischio conseguente è che ciascuno lo “ruoti” a proprio vantaggio.

La recente sentenza [Consiglio di Stato - Sezione VI - Sentenza 31 agosto 2017, n. 4125](#) si inserisce nell'orientamento che esalta il principio di rotazione di cui all'art. 36 comma 2 lett. b) d. lgs. 50/2016, considerandolo espressione del principio della concorrenza tra le imprese, specie nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

A mente dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti, per gli affidamenti, possono avvalersi delle procedure ordinarie ovvero “per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00, per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35, per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione di almeno dieci operatori economici per i lavori e almeno 5 operatori per i servizi e le forniture, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”.

La ratio del principio di rotazione trova fondamento nell'esigenza di evitare che si consolidino posizioni di rendita in capo ai gestori uscenti del servizio, specie in settori in cui non è elevato il numero degli operatori economici e favorire, pertanto, l'accesso al mercato anche alle piccole-medie imprese.

Circa l'ambito di applicazione del predetto principio, preme evidenziare, come peraltro ha fatto il Tar Toscana con sentenza 454/2017, parzialmente riformata in appello con la pronuncia in commento, che è pacifico che lo stesso si applichi non solo agli appalti, ma anche alle concessioni, stante il richiamo che l'art. 164, comma II d. lgs. 50/2016 fa al titolo II del codice (e quindi anche all'art. 36) sulla base di una valutazione di compatibilità.

In secondo luogo, quanto alla legittimazione e all'interesse a sollevare la violazione del principio di rotazione, a scapito di un isolato orientamento che tende a restringere tale interesse solo in capo a coloro che siano stati esclusi dalla partecipazione alla gara, la giurisprudenza prevalente lo riconosce anche in capo al concorrente partecipante alla gara, che tuttavia sia risultato non aggiudicatario.

In applicazione del principio di rotazione, che deve orientare le stazioni appaltanti nella fase della consultazione e degli inviti a presentare le offerte, l'invito all'affidatario uscente dovrebbe rivestire carattere eccezionale e comunque dovrebbe essere adeguatamente motivato, alla stregua del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale, del numero ridotto degli operatori sul mercato e dell'oggetto e delle caratteristiche del mercato di riferimento (come pure chiarito dall'ANAC nelle linee guida n. 4). Viceversa reiterati inviti all'affidatario uscente non suffragati da adeguata e stringente motivazione sono sintomatici della creazione di una posizione di privilegio in capo ad un'impresa, con frustrazione del principio della tutela della concorrenza.

La sentenza del Consiglio di Stato 4125/2017, confermando la pronuncia di primo grado, ravvisa per l'appunto la violazione dell'art. 36 d. lgs. 50/2016, id est del principio di rotazione, nel provvedimento di aggiudicazione del servizio in concessione all'affidatario uscente, avvenuta senza adeguate ragioni giustificative a sostegno della stessa ammissione dell'impresa alla gara,

circostanza di cui peraltro la seconda graduata è venuta a conoscenza solo in sede di aggiudicazione provvisoria.

In parziale riforma della decisione di prime cure, il Consiglio di Stato ritiene non necessaria la riedizione della gara, essendo sufficiente lo scorrimento della graduatoria e l'aggiudicazione in favore del secondo classificato.

Nonostante l'entusiasmo manifestato dalla giurisprudenza (ex multis CGARS 188/2017, TAR Abruzzo, L'Aquila 372/2016) verso il principio di rotazione, non manca chi ne enfatizza un risvolto patologico.

Il rischio dell'applicazione del principio di questo principio, paventato dalla stessa ANAC, potrebbe essere quello di indurre le imprese di un certo settore, consapevoli di avere pressappoco un'unica chance di aggiudicarsi una certa gara, ad adottare dei comportamenti scorretti, che gli economisti definirebbero di "moral hazard", ossia formulare delle offerte molto competitive all'unico scopo di aggiudicarsi la gara, con il rischio di non poter assicurare le prestazioni prospettate in sede di esecuzione del contratto.

L'Autorità anticorruzione ha già prospettato diverse soluzioni per fronteggiare questo rischio. La prima sarebbe quella di suddividere l'elenco degli operatori economici, oltre che per tipologia di affidamento, anche per fasce di importo, considerando ciascuna sezione come elenco a sé stante, cosicché l'operatore invitato per un affidamento rientrante in una determinata sezione non potrà partecipare a procedure per affidamenti relativi alla medesima sezione". La seconda sarebbe quella di applicare un principio di casualità, ossia permettendo ad un soggetto già selezionato per un precedente affidamento di partecipare nuovamente, eventualmente escludendo il solo affidatario.

In questo clima di sostenitori e scettici del principio di rotazione il monito che rivolge l'Unione Europea resta quello di assicurare l'uguaglianza di trattamento e la non discriminazione attraverso l'unico strumento possibile, la trasparenza. Cioè consentire a tutte le imprese l'accesso alle informazioni relative all'appalto in modo da poter manifestare il proprio interesse alla partecipazione.

Il principio di rotazione è finalizzato proprio a garantire la massima partecipazione possibile, per cui, se correttamente applicato esso valorizza la concorrenza. Va letto naturalmente, come peraltro fa l'art. 36 del Codice degli appalti, in combinato disposto con tutti gli altri principi, ossia di efficienza, efficacia, economicità e proporzionalità e, ad avviso di chi scrive, le aporie che in esso si anniderebbero, potrebbero essere evitate semplicemente delimitandone temporalmente l'applicazione, cioè impedendo al gestore uscente di un servizio di partecipare ad analoga gara bandita dalla medesima stazione appaltante per un certo intervallo di tempo, così garantendo il giusto bilanciamento tra le opposte esigenze: da un lato quella di aprire il mercato anche ad imprese medio piccole, dall'altro quello di non privare le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere alle prestazioni di operatori che si sono mostrati corretti ed efficienti.