

La deroga al principio di rotazione non è giustificata dall'indagine di mercato né dall'avviso esplorativo finalizzato alla manifestazione di interesse

Autore: Giacomo Giuseppe Verde

In: Giurisprudenza commentata

Riferimenti: art. 36 D.Lgs. n. 50/2016 - appalti - rotazione degli inviti

Il contenzioso trova la sua origine nell'espletamento di una procedura negoziata per l'affidamento "del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, viabilità e bonifica post sinistro stradale".

L'appellante impugna la sentenza con la quale i giudici di primo grado hanno ritenuto illegittima - per violazione del principio di rotazione degli inviti previsto dall'art. 36 del Codice degli appalti per gli affidamenti sotto soglia di rilevanza europea - la partecipazione alla gara dell'operatore ricorrente, risultato aggiudicatario, perché già affidatario in precedenza dello stesso servizio.

Con un unico motivo di ricorso l'appellante contesta l'erroneità della sentenza nella parte in cui i giudici di primo grado hanno ritenuto che al caso di specie si dovesse applicare il principio della rotazione degli inviti.

Il ricorrente evidenzia che la procedura di gara è stata indetta dopo un'indagine di mercato e che l'oggetto dell'appalto avrebbe caratteristiche oggettive diverse dal servizio precedente, in quanto non limitato al "ripristino della sicurezza stradale e dei luoghi danneggiati in seguito a incidenti stradali", ma comprendente anche "la reintegrazione delle matrici ambientali" e la "bonifica ed eventuale manutenzione della piattaforma stradale e delle sue pertinenze", attività, peraltro, aventi una rilevanza maggiore rispetto all'unica prestazione di cui al primo limitato affidamento.

Sulla base di tali considerazioni viene contestato quanto ritenuto in sentenza di primo grado e cioè che ostasse alla partecipazione del ricorrente al nuovo affidamento il vantaggio competitivo da questo conseguito per avere precedentemente svolto lo stesso servizio. Secondo l'appellante, infatti, anche a voler ritenere la sostanziale assimilabilità dei due affidamenti, il servizio svolto in precedenza si è protratto per un periodo di tempo limitato tale da non consentire l'acquisizione di un congruo bagaglio di esperienze e conoscenze.

Con l'appello si evidenzia, inoltre, che il Tar non avrebbe considerato due circostanze significative, cioè che la procedura negoziata fosse stata preceduta da una consultazione di mercato tra gli operatori

economici del settore che avevano partecipato alle gare svolte da enti pubblici limitrofi, e che la stazione appaltante avesse poi in effetti invitato tutti i soggetti previamente individuati dalla sua indagine (che avevano manifestato interesse alla partecipazione), senza limitare il numero degli operatori economici tra i quali effettuare la selezione, per cui il principio di rotazione degli inviti non sarebbe applicabile nel caso di specie.

Il Consiglio di Stato ritiene infondate le doglianze contenute nell'appello sulla base dei principi affermati dalla recente giurisprudenza in materia, secondo cui il principio della rotazione si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara, e chiarisce, altresì, che l'art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 impone espressamente alle stazioni appaltanti, nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia, il rispetto del principio di rotazione degli inviti[1].

Il Collegio ricorda che la rotazione delle ditte, infatti, costituisce il necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; essa ha 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. Il citato articolo 36 contiene una norma di garanzia per la massima competizione, tesa a favorire l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e limita, entro perimetri di proporzionalità, la partecipazione del gestore uscente, "al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti", così garantendo i principi di cui all' art. 97 Cost., poiché "l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi"[2].

In considerazione di tale premesse, per il Collegio non è causale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara. La finalità della disposizione, infatti, è quella di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa godere di un vantaggio competitivo tale da consentirgli di prevalere sugli altri operatori economici chiamati a presentare l'offerta nella procedura di gara.

Il divieto di invito nei confronti del contraente uscente può essere derogato soltanto in presenza di motivazioni adeguate, puntuali e rigorose che devono essere contenute già nella decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dall'integrazione postuma, in sede di contenzioso.

L'eccezione al divieto di rotazione è giustificata, a titolo esemplificativo, soltanto da particolari circostanze, quali: il numero circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, uno standard qualitativo e un livello di soddisfazione maturati nel corso del precedente contratto difficilmente replicabili, la specificità dell'oggetto e delle caratteristiche del mercato di riferimento[3].

Nelle motivazioni i giudici di Palazzo Spada ricordano altresì che il chiaro tenore testuale della norma in

questione impone l'obbligo del principio di rotazione "in modo da assicurare l'effettiva (e più ampia) partecipazione delle imprese concorrenti: sicché, anche in presenza di una manifestazione di interesse del gestore uscente, la stazione appaltante ben avrebbe potuto (e dovuto), in ossequio al disposto di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016, non invitarlo alla procedura (o motivare adeguatamente in ordine alla ricorrenza di elementi che, eccezionalmente, lo consentivano e per le quali riteneva di non poter prescindere dall'invito.)"[4].

Per il Collegio risultano pure irrilevanti, e comunque inidonei a giustificare la mancata applicazione del principio di rotazione alcuni accorgimenti procedurali predisposti dall'amministrazione precedente, tra i quali l'espletamento di una preventiva indagine di mercato, peraltro particolarmente ristretta, in quanto rivolta esclusivamente a quegli operatori che avessero già svolto un servizio analogo nei comuni limitrofi alla stazione appaltante. L'avviso con cui si procede a tale indagine non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante, tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente. Per il Collegio, in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse non rende affatto superflua la rotazione.

Per giurisprudenza costante, infatti, negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla citata disposizione del codice dei contratti pubblici trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti[5].

Il Collegio puntualizza, inoltre, che non sono ostative all'applicazione del principio di rotazione, con conseguente divieto per il gestore uscente di essere invitato a concorrere per l'affidamento, le modalità con cui quello precedente gli è stato attribuito e le caratteristiche dello stesso, ivi compresa la durata. Infatti, per i giudici, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, non è dirimente il fatto che il precedente servizio sia stato svolto soltanto per il tempo necessario alla definizione della successiva procedura, dal momento che non esime dall'applicazione della rotazione il carattere sperimentale né la limitata durata temporale del precedente affidamento, circostanze peraltro non indicate dalla stazione appaltante negli atti impugnati a sostegno della deroga al principio della rotazione. Tali circostanze, inoltre, "non escludono l'acquisizione di quel vantaggio competitivo in capo all'impresa appellante che il principio di rotazione mira ad evitare, considerata anche la particolare natura del servizio, tale da non richiederne lo svolgimento per un notevole lasso di tempo affinché il precedente gestore potesse acquisire un know-how e un bagaglio di adeguate conoscenze ed informazioni (a titolo esemplificativo, del territorio sul quale esso doveva svolgersi e della rete viaria, con punti e orari critici), spendibili anche nella successiva commessa".

Il Collegio non condivide neppure le deduzioni dell'appellante, tese a sottolineare le differenti caratteristiche dei due servizi, che, escludendo la piena ed assoluta corrispondenza dei due appalti sotto il profilo oggettivo e temporale, non imporrebbero la rotazione. Perché operi la rotazione non è necessario

che i due affidamenti siano ognuno l'esatta fotocopia dell'altro, ovvero che essi siano esattamente identici. Ciò che conta è, infatti, l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi, come nel caso di specie, contenuto tra loro omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, quelle del precedente contratto.

Per i giudici, nel caso di specie, le prestazioni dedotte nel nuovo contratto sono largamente sovrapponibili a quelle del primo affidamento diretto ed appartengono allo stesso settore merceologico di servizi.

Pertanto, a fronte delle descritte circostanze, sarebbe stato onere della stazione appaltante indicare le ragioni per cui il principio di rotazione non poteva essere osservato, a causa della ristrettezza ab origine degli operatori economici del settore ovvero della sostanziale ed effettiva diversità dell'oggetto e delle caratteristiche dei due affidamenti, in linea con l'orientamento giurisprudenziale in precedenza richiamato. L'amministrazione, invece, si è invece sottratta all'onere di motivazione richiesto dal principio sancito dal citato art. 36, comma 1, del codice dei contratti pubblici, dal momento che la determinazione a contrarre, sopra menzionata, con cui è stata indetta la procedura negoziata, non reca alcuna precisazione al riguardo che possa giustificare la deroga all'applicazione del principio di rotazione.

La decisione in esame conferma un principio generale, quello secondo cui, per tutte le procedure semplificate, la rotazione risulta funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento e costituisce un riferimento normativo indefettibile del procedimento amministrativo, quale strumento di garanzia teso a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

Un'applicazione non rigorosa del principio di rotazione favorirebbe la sostanziale elusione delle regole della concorrenza e delle concrete finalità della norma, volte "ad escludere che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione- in tutto o in parte, e comunque nei suoi contenuti qualificanti ed essenziali- del rapporto contrattuale scaduto, a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione"[6].

Volume consigliato

Note

[1] In tal senso: Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182.

[2] Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.

[3] Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; Cons. Stato., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee guida n.4.

[4] Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831.

[5] Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943.

[6] Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524.

<https://www.diritto.it/la-deroga-al-principio-di-rotazione-non-e-giustificata-dallindagine-di-mercato-ne-dalla-vviso-esplorativo-finalizzato-alla-manifestazione-di-interesse/>