



Presidente

Al Comune di Malalbergo (BO)
Alla c. a. del Segretario
(omissis)

Alla c.a. del RUP
(omissis)

Fasc. Anac n. 5334/2023

Oggetto

S.A. Comune di Malalbergo -Lavori di riqualificazione di Piazza della Pace in Altedo– Importo € 127.513,97
- CIG 94992862CB – Principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Con riferimento alla procedura in oggetto, risulta acquisita al prot. n. 66704/2023 una segnalazione in cui si rappresentava la criticità relativa alla asserita non aderenza della stazione appaltante, alla regola della obbligatorietà del rispetto del principio della rotazione "*degli inviti e degli affidamenti*", negli appalti sottosoglia stabilito dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016, al fine di garantire il rispetto della concorrenza e della massima partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Al riguardo, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 13 marzo 2024, in un'ottica di collaborazione istituzionale, ha disposto la trasmissione delle seguenti osservazioni recanti indicazioni di carattere generale sul quadro normativo di riferimento e chiarimenti sulla relativa evoluzione affinché la stessa amministrazione, nel pieno esercizio della propria discrezionalità amministrativa, possa valutare le azioni migliori da intraprendere per verificare la conformità del proprio operato al quadro normativo delineato.

In relazione ai rilievi rappresentati nella suddetta segnalazione con riferimento alla necessità di rispettare il principio di rotazione, trattandosi di affidamento diretto sottosoglia al contraente uscente secondo le previsioni del d.lgs. 50/2016, si ritiene dover chiarire in primo luogo che il d.lgs. 50/2016 richiamava il principio di rotazione sia nell'art. 36 (contratti sotto la soglia comunitaria) sia nell'art. 63 (procedure negoziate sopra soglia senza pubblicazione bando).

L'art. 36, comma 1 del d.lgs. 50/2016 prevedeva che, nel sottosoglia, l'affidamento dei lavori, servizi e forniture avviene nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. A sua volta, l'art. 63, comma 6, del d.lgs. 50/2016 stabiliva l'obbligatorietà del rispetto del principio di rotazione, unitamente ai principi di trasparenza e concorrenza, anche per le procedure negoziate senza bando sopra soglia.

Il principio di rotazione nel vecchio codice, si applicava, quindi, sia agli affidamenti sotto soglia, sia alla procedura negoziata sopra soglia senza previa pubblicazione di un bando di gara (cfr parere ANAC del 27 ottobre 2021, n. 1 funz. Cons. 1/2021; TAR Lazio 16 ottobre 2018 n. 10016; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2018 n. 184).

Sul punto l'Autorità chiariva che soggiace al principio di rotazione la procedura negoziata allorché sussista una individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti. Se invece la procedura negoziata risulta preceduta da un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori, si è fuori dalle negoziate e dunque non opera il principio di rotazione (cfr parere ANAC del 27 ottobre 2021, n. 1 funz. Cons. 1/2021; TAR Venezia 26 marzo 2021 n. 389; Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021 n. 1515).

Atteso che il d.lgs. 50/2016 aveva solo enunciato il principio di rotazione, senza darne una compiuta disciplina, per dare attuazione a detto principio, le Linee Guida n. 4, aggiornate con delibera n. 636 del 10 luglio 2019, adottate ai sensi della generale disposizione abilitante di cui all'art. 213, comma 2, d.lgs. 50/2016 (ora abrogata) e non aventi natura vincolante, stabilivano - in particolare ai punti 3.6 e 3.7 - una normativa di dettaglio, fornendo in tal modo alle stazioni appaltanti indicazioni su come applicare la normativa di settore. Le stazioni appaltanti potevano tuttavia discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, con obbligo di adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, in riferimento alle ragioni della diversa scelta amministrativa (cfr. Cons. Stato, parere 2 agosto 2016 n. 1767).

In linea generale dette Linee Guida n. 4 al punto 3.2 lett. i) chiarivano che nell'espletamento delle procedure semplificate di cui al richiamato articolo 36, le stazioni appaltanti garantiscono, in aderenza al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico.

Più in particolare, al punto 3.6 le Linee Guida n. 4 stabilivano che nei lavori si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti operati negli ultimi tre anni solari, 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 nella stessa categoria di opere.

Proseguono le Linee Guida n. 4 chiarendo altresì che 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.

Stabilivano dette Linee Guida inoltre che la stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), avrebbe potuto 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 avrebbe dovuto prevedere una effettiva differenziazione tra lavori e avrebbe dovuto essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori avrebbero potuto tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori.

Proseguono le Linee guida chiarendo che, 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'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici.

Sul criterio di rotazione in generale si rammenta il pronunciamento dell’Autorità contenuto nella delibera ANAC n. 1180 del 19 dicembre 2018 – prec. 240/18/S secondo cui il criterio di rotazione assume valenza generale, valevole anche per gli affidamenti diretti, nei quali deve essere garantita l’effettiva possibilità di partecipazione alle micro, piccole e medie imprese ed evitare lo stabilizzarsi di rendite di posizione in capo ad alcuni operatori, cui possono derivare vantaggi dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti non è elevato.

La stazione appaltante è tenuta dunque al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese (delibera ANAC n. 397 del 17 aprile 2018 - prec 48/18/S).

Tale principio di rotazione, così come disciplinato dal d.lgs. 50/2016 e dalle Linee Guida n. 4, nelle procedure negoziate comportava il divieto di reinvitto dell’aggiudicatario, nonché dell’operatore invitato non aggiudicatario, negli affidamenti diretti ex art. 36, comma 2, lett. a) del D.lgs. 50/2016 e prevedeva il divieto di riaffidamento nei confronti del contraente uscente.

Il divieto di reinvitto dell’operatore non aggiudicatario o di riaffidamento al contraente uscente non assumeva tuttavia valenza assoluta, in quanto si riteneva ammissibile una deroga da parte della stazione appaltante che reinvitava o riaffidava al contraente uscente, purché motivasse in maniera puntuale la scelta “in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento” (Linee Guida n. 4 punto 3.7)” (nota a firma del Presidente prot. n. 19717 del 17 marzo 2022; cfr anche Atto del Presidente del 13 settembre 2023 - fasc. 2232/2023).

L’Autorità ha chiarito anche che sul principio di rotazione si è espressa la giurisprudenza amministrativa, affermando che lo stesso costituisce il necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha l’obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l’effettiva concorrenza, poiché permette la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all’amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Parere Funz. Cons. 1/2021; cfr anche ex multis Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2021 n. 2292, Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182).

Il nuovo codice (d.lgs. 36/2023), che si applica agli affidamenti il cui bando è pubblicato a partire dal 1° luglio 2023, diversamente dal d.lgs. n. 50/2016 abrogato dal 1° luglio 2023, riserva un articolo specifico al principio di rotazione (art. 49) in cui ha ribadito l’attualità di detto principio per il sottosoglia in parte riprendendo in parte innovando su taluni profili significativi quanto già previsto dall’art. 36 del d.lgs. 50/2016 e chiarito dalle Linee Guida n. 4.

Sul punto vale innanzitutto ricordare che, a decorrere dalla data in cui il nuovo codice di cui al d.lgs. 36/2023 acquista efficacia, in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell’ANAC adottati in attuazione del decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto, si applicano le corrispondenti disposizioni del nuovo codice e dei suoi allegati (art. 225, comma 16 del d. lgs. 36/2023).

In continuità con la pregressa disciplina, l’art. 49 del d. lgs. 36/2023 impone il rispetto del principio di rotazione nella fase dell’invito al contraente uscente, con lo scopo di evitare che quest’ultimo, forte della conoscenza della prestazione da realizzare acquisita nel precedente contratto, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici.

L’art. 49 comma 4 del d. lgs. citato, rispetto alle linee guida n. 4, risulta tuttavia in parte innovativo, quantomeno laddove consente di derogare al divieto del reinvitto del contraente uscente, motivando circa la

contemporanea sussistenza dei presupposti richiesti dal comma 4 dell'articolo citato ossia: struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto.

Il contraente uscente può dunque essere reinvitato o risultare affidatario diretto laddove, come precisa la relazione illustrativa al Codice, sussistano i requisiti richiesti dalla legge, concorrenti e non alternativi tra loro, ossia struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto, che devono tuttavia essere specificamente rappresentati negli atti di gara.

Ai fini sopra indicati, quindi, la stazione appaltante deve fornire adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno indotta a derogare al principio di rotazione.

Il nuovo codice, dunque, in assenza della contemporanea sussistenza dei requisiti del comma 4 dell'art. 49 del d. lgs. citato, stabilisce il divieto di reinvitato e riaffidamento al contraente uscente nel caso di due affidamenti consecutivi aventi ad oggetto la stessa categoria di opere.

Si rammenta che secondo l'Autorità il principio di rotazione costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento di affidamento dei contratti sotto soglia e non può essere disatteso, se non nei casi eccezionali ed entro i limiti indicati dall'art. 49, comma 4 del nuovo codice (Parere n. 58 del 15 novembre 2023 Funz. Cons. 58/2023).

In ogni caso l'art. 49, comma 3 del d.lgs. 36/2023 stabilisce che la stazione appaltante può, con apposito regolamento, ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tal modo, il principio di rotazione si applicherà solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia.

Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra 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.

Sempre in continuità con la pregressa normativa e con quanto stabilito dalle Linee Guida n. 4, tuttavia per quanto sopra detto non più applicabili, il principio di rotazione non si applica, oltre che alle procedure aperte, anche alle procedure negoziate senza bando quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata (art. 49, comma 5). Infatti nelle procedure negoziate il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999).

Laddove la stazione appaltante decida di non introdurre alcuno sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata senza bando all'esito dell'indagine di mercato, non viene in rilievo l'esigenza, cui tende il principio di rotazione, di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

In tali casi la partecipazione del contraente uscente non costituisce deroga al principio di rotazione e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell'Amministrazione (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 31 luglio 2023, n. 649).

Va evidenziato inoltre che, diversamente dal d.lgs. 50/2016, il d.lgs. 36/2023 non ha posto limiti al reinvitato degli operatori economici non aggiudicatari in ragione del fatto che, come affermato dalla relazione al nuovo codice, la contrazione del principio concorrenziale non è giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente contraente.

L'art. 49 del d.lgs. 36/2023 dunque stabilisce che la rotazione si ha solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione (il comma 2 fa riferimento al "contraente uscente"), escludendo, invece, dal divieto (in quanto non espressamente previsto) coloro che erano stati soltanto invitati alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione.

Va evidenziato infine per completezza che l'art. 49, comma 6 del d.lgs. 36/2023, per favorire la semplificazione e la velocizzazione degli affidamenti di importo minimo, ha innovato anche in relazione al limite di 1.000 euro già fissato dalla Linee Guida ANAC n. 4 per la deroga al principio di rotazione, innalzandolo fino a 5.000 euro. In tal modo, detto limite viene allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della l. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sotto soglia di beni e servizi.

Alla luce di quanto esposto, si forniscono pro futuro le indicazioni utili ai fini del rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, anche aggiornate alla luce del d.lgs. 36/2023, con invito nei riguardi della stazione appaltante a voler tener conto di quanto specificamente dedotto e rilevato nella presente nota.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente