

Il principio di rotazione: il giusto equilibrio tra “esclusione” e “non favoreggiamento” dell’operatore uscente.

di Valentina Galati

Data di pubblicazione: 21-5-2020

1. È esclusa l’applicazione del principio di rotazione, quando la procedura ad evidenza pubblica è aperta. Costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nell’individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l’affidamento o ai quali rivolgere l’invito a presentare le proprie offerte. Ne consegue che detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l’amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica.

Guida alla lettura

Con il richiamo al **principio di rotazione** il Consiglio di Stato declina i più noti parametri della *par condicio competitorum* e imparzialità della pubblica amministrazione nella scelta del contraente negli appalti di lavoro, servizio e forniture.

Invero il Codice dei contratti pubblici distingue tra **appalti pubblici sopra la soglia europea** e **appalti pubblici sotto la soglia europea** a seconda che il valore stimato dell’appalto sia superiore o inferiore a determinate soglie periodicamente rideterminate dalla Commissione Europea (da ultimo modificate a partire da gennaio del corrente anno per il biennio 2020-2021).

Ad acquistare rilevanza comunitaria sono gli appalti oggetto di una specifica disciplina di selezione del contraente, caratterizzati da un alto grado di procedimentalizzazione e assistiti da specifiche garanzie partecipative; al di sotto della rilevanza comunitaria si pongono, invece, i restanti appalti aggiudicati con affidamento diretto ovvero con procedure semplificate.

Ad accumunare le due tipologie rimane, però, il principio di evidenza pubblica e tutela della concorrenza, motivo per cui, anche nei contratti di minor valore le amministrazioni

aggiudicatrici sono tenute, seppur con modalità elastiche, all'osservanza di una procedura a connotazione pubblicistica mediante il ricorso a procedure comparative e di apertura al mercato.

L'enunciato principio trova espressione nell'art. 36 del dlgs n.50/2016 ove si legge che **“L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del 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”**.

Viene così codificato il principio di **rotazione degli inviti e degli affidamenti**, norma riempita di contenuto dalla Linea Guida n. 4 dell'Anac che, nell'esercizio del potere di regolamentazione di *soft law* alla stessa riconosciuto dal nuovo codice degli appalti, gli conferisce il fine pragmatico di evitare la formazione di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. L'imposta turnazione tra i diversi operatori opera, dunque, al duplice fine da un lato di dar spazio anche alla piccole imprese e dall'altro di porsi come contrappeso alla maggiore discrezionalità amministrativa negli appalti fuori dalla rilevanza comunitaria.

Su tali premesse teoriche può analizzarsi il caso proposto all'attenzione del Consiglio di Stato in commento.

La fattispecie nasce dall'impugnazione proposta da una società scartata nella procedura indetta dalla Azienda Sanitaria per l'affidamento del servizio di riparazione ordinaria di tipo elettronico/elettrico degli automezzi aziendali di proprietà della stessa per la durata di ventiquattro mesi. L'intera procedura si è svolta con modalità telematiche, attraverso idonea piattaforma, previo preventivo avviso di indizione sul sito della stazione appaltante. Motivo unico di doglianza, a detta dell'appellante, sarebbe il mancato rispetto del principio di rotazione attesa la partecipazione dei precedenti gestori alla gara e la sostanziale natura “non aperta” della procedura *de quo*, difettando la prova della effettiva pubblicazione sul sito web della stazione appaltante dell'avviso predetto.

Sic stantibus rebus, diventa determinante capire se effettivamente l'appalto si sia svolto con procedura “aperta” o con procedura “negoziata”.

Il principio di rotazione, infatti, opera necessariamente solo in tale ultima ipotesi, atteso che la stazione appaltante non consente, in questo caso, la partecipazione di tutti gli imprenditori ma solo di una parte da essa stessa selezionata tramite invito. È proprio il *numerus clausus*, nel cui novero rientra anche l'operatore uscente, a far scattare il principio di rotazione per garantire l'avvicendamento (**“Non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti”** Consiglio di Stato, sez. V, n. 7539/2019).

Ebbene, nel caso di specie non vi è motivo di dubitare che la procedura sia stata “aperta”, considerato che la stazione appaltante ha invitato tutti i soggetti interessati alla gara alla iscrizione sulla piattaforma telematica liberamente accessibile (senza preventiva istruttoria o selezione e senza limitazioni di numero). Né, peraltro, la società appellante ha fornito prova contraria nel merito, atteso l’ordinario principio dell’onere della prova che incombe sulla parte che aziona il giudizio a tutela del proprio diritto assunto come lesa.

Non merita accoglimento il motivo formulato *in extremis* dal ricorrente di ritenere in ogni caso, il carattere aperto della procedura irrilevante a fronte del definitivo affidamento agli stessi operatori che si sono occupati del servizio in precedenza.

L’infondatezza della citata rimostranza passa, ancora una volta, attraverso il principio di *par condicio* su cui è imperniato l’intero sistema degli appalti, considerato che la rotazione non può diventare sinonimo di *esclusione* ma deve rimanere l’equivalente di *non favoreggiamento*. Laddove, infatti, la procedura è aperta a tutti i soggetti, senza necessità di una preventiva selezione, e laddove vi sia un criterio di aggiudicazione oggettivo quale il prezzo più basso, i rapporti pregressi intrattenuti da alcuni operatori in passato con la stazione appaltante perdono inevitabilmente capacità di interferenza nella nuova gara. In tal modo viene scongiurato il pericolo inverso, per l’operatore uscente, di una eccessiva penalizzazione in termini di perdita di *chance* sul mercato con la P.A. a tempo indeterminato (“*La rotazione pertanto deve essere intesa non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell’affidatario bensì, soltanto, di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è imperniato l’intero sistema degli appalti. (...) il criterio di scelta degli aggiudicatari è stato individuato nel prezzo più basso e quindi in un criterio di carattere oggettivo, che assicurava l’imparzialità di giudizio della stazione appaltante, anche rispetto agli operatori economici che avevano già svolto il servizio*” Consiglio di Stato, sez. III, n.2654/2020).

Per completezza sul tema deve ricordarsi che il principio di rotazione su cui si è ampiamente disquisito non costituisce obbligo tutte le volte in cui, per le caratteristiche oggettive dell’affidamento, per gli operatori presenti sul mercato e per l’assenza di valide alternative la scelta ricada più volte sullo stesso operatore. In tal caso grava sulla stazione appaltante un preciso e trasparente obbligo di motivazione che faccia riferimento a parametri quali: il numero ridotto di operatori competenti sul mercato, il grado di particolare soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale difficilmente replicabile con altra scelta, il peculiare oggetto e le specifiche caratteristiche del mercato di riferimento (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3943/2019; Consiglio di Stato, sez. V, n. 1524/2019).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10609 del 2019, proposto da

Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova n. 96;

nei confronti

Autosalone Fratelli Bonaglia S.r.l., Carella F.Lli di Bruno e Roberto Carella S.n.c., Bianchi e Trapletti S.n.c. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 00993/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 16 aprile 2020 il Cons. Giovanni Tulumello e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso in appello notificato il 13 dicembre 2019, e depositato il successivo 23 dicembre, il Consorzio appellante ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale del Garda.

Preso atto del deposito delle memorie di parte, il ricorso in appello è stato quindi trattenuto in decisione all'udienza del 16 aprile 2020, con le modalità di cui all'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

2. La sentenza impugnata ha respinto il ricorso proposto in primo grado dal Consorzio odierno appellante contro gli atti della procedura indetta dall'Azienda socio sanitaria territoriale del Garda, ex articolo 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'affidamento del servizio di riparazione ordinaria di tipo elettrico/elettronico degli automezzi aziendali di sua proprietà per un periodo di ventiquattro mesi.

Come riporta la sentenza impugnata, "L'intera procedura si è svolta in via telematica, con l'utilizzo della piattaforma SINTEL della Regione Lombardia, previa pubblicazione sul sito istituzionale dell'ASST di apposito avviso. Il servizio è stato distinto in tre lotti, corrispondenti ad altrettante aree territoriali, riferite ai diversi presidi/distretti di assegnazione dei mezzi in dotazione. L'aggiudicazione è stata disposta, in applicazione del criterio del prezzo più basso, in favore di: società Autosalone Fratelli Bonaglia S.r.l. per l'area 1, Carella F.lli di Bruno e Roberto Carella S.n.c. per l'area 2, Bianchi & Trapelli s.n.c. per l'area 3. Consorzio Parts & Services, unico ulteriore concorrente, è risultato secondo per tutti gli ambiti".

Con un'unica, articolata censura il gravame lamenta la violazione del principio di rotazione previsto, per gli appalti sottosoglia, dall'articolo 36 del del d.lgs. 50/2016, assumendo:

- l'applicabilità del menzionato principio alla fattispecie dedotta, per il solo fatto della partecipazione dei precedenti gestori (e dunque indipendentemente dal fatto che si sia trattato di una procedura aperta o meno);

- in ogni caso, la natura non aperta della procedura de qua, difettando la prova che l'avviso di avvio della procedura sia stato effettivamente pubblicato sul sito web della stazione appaltante, e che siano stati realmente invitati tutti gli operatori che ne hanno fatto richiesta.

3. L'appello è infondato.

La sentenza impugnata ha condivisibilmente escluso l'applicazione del principio di rotazione alla fattispecie dedotta, argomentando anche dalle Linee guida ANAC n. 4 [nella versione adottata con Delib. 1° marzo 2018, n. 206 (punto 3.6)], in ragione della natura aperta della procedura per cui è causa: "Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite

durante il pregresso affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Peraltro, così come delineato dal richiamato articolo 36, detto principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del favor participationis e della concorrenza. (...) detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica”.

Alla luce del corretto inquadramento della fattispecie, si tratta di una ricostruzione esegetica, e di una conseguente applicazione normativa, del tutto condivisibili perché coerenti al sistema, e alla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: la sentenza della V Sezione, 7539/2019, pure invocata dall'appellante, ha infatti in proposito affermato che “non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell'inapplicabilità del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti”.

4. Nella memoria di replica depositata il 6 aprile 2020, la parte appellante contesta che la procedura in questione fosse una procedura “aperta” deducendo il richiamato difetto di prova.

La sentenza impugnata ha affermato in proposito che “L'intera procedura si è svolta in via telematica, con l'utilizzo della piattaforma SINTEL della Regione Lombardia, previa pubblicazione sul sito istituzionale dell'ASST di apposito avviso”.

Nel ricorso in appello si contesta sia che possa qualificarsi aperta una procedura svolta sulla piattaforma SINTEL (alla quale avrebbero accesso solo alcuni operatori), sia che risponda a verità che l'avviso sia stato pubblicato sul sito della stazione appaltante.

Osserva preliminarmente il Collegio che l'onere della dimostrazione dei fatti costitutivi della pretesa fatta valere in giudizio incombe, anche in termini di principio di prova, sulla parte che abbia azionato tale pretesa.

Non risulta peraltro che l'odierno appellante abbia neppure chiesto alla stazione appaltante l'accesso ai dati inerenti i due elementi fattuali posti a fondamento della propria prospettazione.

In ogni caso nel giudizio di primo grado la stazione appaltante ha prodotto, in data 16 ottobre 2019, il report della procedura de qua, estratto dalla piattaforma SINTEL, dal quale risulta la scansione fattuale sopra descritta e solo labialmente contestata dall'appellante.

La sentenza impugnata ha chiarito poi ulteriormente (punto 12) che “Con riferimento alla procedura oggetto dell'odierno giudizio va evidenziato che ASST Garda ha pubblicato

l'avviso dell'indizione della procedura sul proprio sito istituzionale e non ha effettuato un affidamento diretto (che pure sarebbe stato legittimo, dato l'importo del servizio) né ha rivolto un invito ad alcuni operatori economici discrezionalmente selezionati, ma ha invece demandato al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta per la prestazione del servizio, senza prevedere limiti numerici o filtri selettivi. 13. La procedura negoziata si è svolta quindi con una modalità aperta, atteso che l'amministrazione ha invitato tutti i soggetti che avevano manifestato il loro interesse, senza esclusioni o vincoli in ordine al numero massimo di operatori ammessi alla procedura. Gli operatori economici erano unicamente tenuti ad effettuare l'accesso e l'iscrizione alla piattaforma telematica Sintel, che non prevedono alcuna istruttoria o a selezione da parte dell'amministrazione".

La motivazione resiste alle censure proposte con il ricorso in appello, in quanto sarebbe stato onere dell'appellante dimostrare la non veridicità dell'assunto fattuale su cui poggia la sentenza impugnata con riferimento alla pubblicazione dell'avviso sul sito e al possibile, mancato invito di tutti i richiedenti (censura formulata peraltro in forma perplessa e meramente dubitativa).

Inoltre, l'appellante non supera, neppure sul piano del principio di prova, l'accertamento, contenuto nella sentenza impugnata, relativo al fatto che l'iscrizione alla piattaforma SINTEL è un mero adempimento tecnico-burocratico, privo di valenza selettiva (in disparte il possibile difetto d'interesse del Consorzio appellante – che ha regolarmente partecipato alla procedura presentando la propria offerta – a dedurre, al di là del profilo della qualificazione formale della stessa, un simile argomento).

5. La qualificazione della procedura in questione ritenuta dal primo giudice è pertanto corretta, ai fini che qui vengono in rilievo (art. 36 d. lgs. n. 50/2016).

Sempre in memoria di replica l'appellante, modificando il proprio argomento di censura, deduce che "In ogni caso, il carattere aperto della procedura è irrilevante, a fronte dei seguenti fondamentali aspetti: ? il pregresso affidamento agli stessi operatori, quale unico criterio fattuale che deve orientare la S.A., sia nella fase di invito, che in quella di aggiudicazione, nell'applicazione della rotazione; ? l'obbligo motivazionale sull'eventuale mancata applicazione dell'art. 36 del Codice Appalti, rimasto totalmente inadempito nella fattispecie".

Entrambi gli argomenti sono da respingere.

Il precedente affidamento non ha carattere assolutamente preclusivo rispetto alla partecipazione dei precedenti affidatari alla procedura, se la procedura è aperta, ovvero se, in caso di diversa procedura, la stazione appaltante motiva le ragioni dell'invio dell'invito anche a costoro.

Nella seconda ipotesi considerata, peraltro qui non ricorrente, l'obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante concerne, anche secondo l'invocata sentenza della V Sezione 7539/2019 ("il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche

all'operatore uscente”), non già la partecipazione del precedente gestore ad una procedura aperta, bensì l'invito del medesimo ad una procedura ristretta (come ribadito dalla V Sezione nella recente sentenza n. 2182/2020).

Non andava pertanto motivato né l'invito a partecipare alla procedura (aperta) rivolto agli operatori “uscenti”, né l'aggiudicazione ai medesimi della commessa.

Sul punto appare condivisibile, ed esente dai profili di censura svolti dall'appellante, la considerazione ritenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale “La rotazione pertanto deve essere intesa non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell'affidatario bensì, soltanto, di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è imperniato l'intero sistema degli appalti. (...) il criterio di scelta degli aggiudicatari è stato individuato nel prezzo più basso e quindi in un criterio di carattere oggettivo, che assicurava l'imparzialità di giudizio della stazione appaltante, anche rispetto agli operatori economici che avevano già svolto il servizio”.

L'accoglimento della tesi dell'appellante avrebbe comportato, al contrario, un affidamento non conseguente ad un preliminare confronto concorrenziale, posto che escludendo i precedenti gestori l'unico concorrente in gara sarebbe stato proprio il Consorzio appellante, che si sarebbe pertanto aggiudicato la commessa indipendentemente dal prezzo offerto (il più alto), e dunque senza possibilità per l'amministrazione di scegliere l'offerta caratterizzata dal prezzo più basso.

Né, per le ragioni esposte, il fatto di avere gestito il servizio finora può avere in alcun modo agevolato gli aggiudicatari, proprio in ragione del meccanismo – oggettivo, e privo di discrezionalità – di selezione dell'offerta vincente.

6. Il ricorso in appello è pertanto infondato, e come tale deve essere rigettato.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna il Consorzio appellante al pagamento, in favore dell'Azienda appellata, delle spese del presente giudizio, liquidate in complessi euro quattromila/00, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

