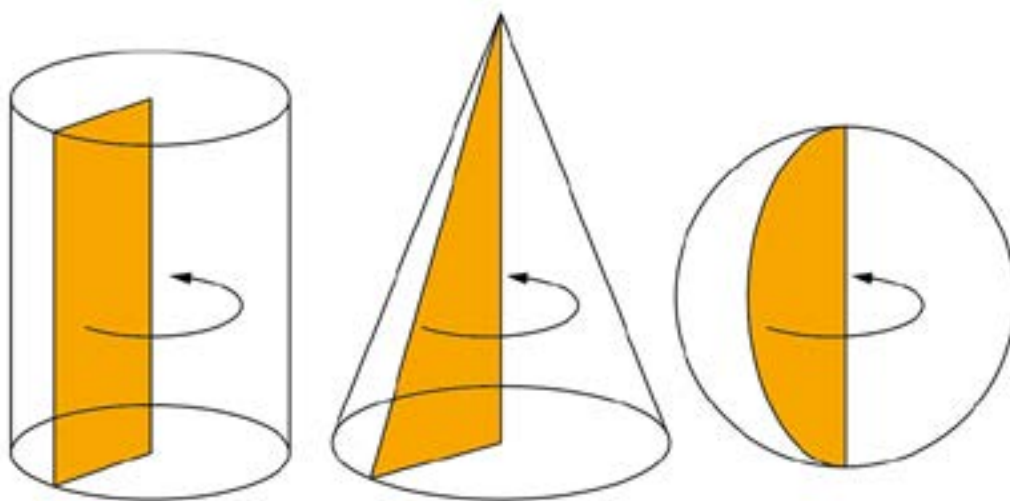


Il principio di rotazione e la suddivisione in lotti

di **Andrea Stefanelli**



Principio di rotazione: ancora incertezze interpretative

Sul principio di rotazione nemmeno il nuovo Codice appalti sembra essere riuscito (per ora) a portare certezze.

Partiamo col dire che tale principio, già previsto nel precedente D.Lgs.n. 163/2006, è una norma di civiltà economica - oltre che giuridica - laddove si prefigge di favorire l'affidamento degli appalti pubblici al maggior numero possibile di operatori economici; la sua finalità è infatti quella d'evitare che le Pubbliche Amministrazioni finiscano per (continuare ad) assegnare le commesse sempre ai "soliti" appaltatori.

La nuova previsione codicistica (art. 36, comma 2° ed art. 63, comma 8° D.Lgs.n. 50/2016) dispone quindi la rotazione principalmente allo scopo *"d'assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese"*.

Le questioni tuttavia spesso si complicano nella pratica, anche per la mancata chiarezza dello stesso Legislatore, che non ha saputo far tesoro delle precedenti oscillazioni giurisprudenziali.

Così il primo problema che si è subito posto è stato quello se l'affidatario di un appalto abbia (o meno) diritto ad essere invitato a partecipare alla nuova procedura per l'affidamento della medesima commessa in quanto, se si applica correttamente il principio di rotazione, detta sua partecipazione non può che essere vietata.

Tuttavia, in assenza di una espressa preclusione al riguardo, la giurisprudenza ha interpretato tale previsione partendo da un altro presupposto ovvero ritenendo non legittimo il diniego di partecipazione da parte di un concorrente (foss'anche il precedente affidatario), in quanto ciò configurerebbe una violazione del principio di massima concorrenzialità alle gare.

In questi termini il TAR Napoli (21/11/2016, n. 5361) ha statuito che, seppur d'accordo nel prevedere un avvicendamento delle imprese affidatarie, tuttavia l'art. 36 del D.lgs.n. 50/2016 non dispone affatto un divieto "assoluto" d'invitare il gestore uscente, in quanto *"la normativa pone sullo stesso piano i principi di rotazione e di concorrenza e la prevalente giurisprudenza"*

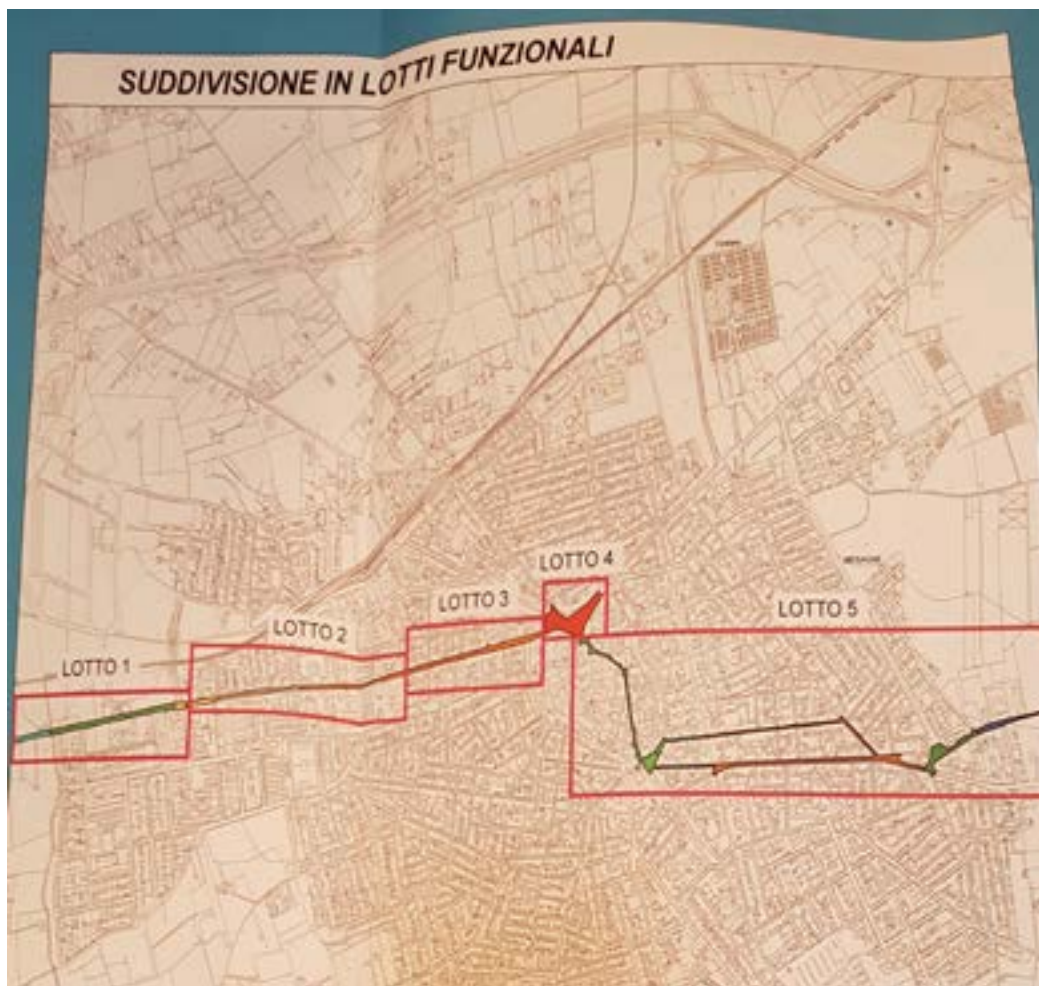
d'evitare che le Pubbliche Amministrazioni finiscano per (continuare ad) assegnare le commesse sempre ai "soliti" appaltatori

Il principio di rotazione e la suddivisione in lotti

si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della [...] massima partecipazione”.

Diversamente argomentando si arriverebbe al paradosso – secondo i giudici partenopei - che gli articoli che introducono la rotazione trasformerebbe di fatto tale principio in una disposizione anticoncorrenziale, se imponessero *ex lege* un divieto assoluto di inserire, nella rosa dei concorrenti, anche il precedente affidatario

Pertanto l'affidatario uscente può essere *tranquillamente* invitato.



Del medesimo avviso risulta anche il TAR Lecce (n. 1514/2016) che, in un caso regolato ancora dal vecchio Codice, ha tuttavia previsto la possibilità d'escludere il precedente affidatario ma solo ove fosse stata prospettata una valida ed argomentata motivazione legata, nel caso di specie, a problemi intercorsi durante l'esecuzione del contratto.

Di segno diametralmente opposto risulta invece il TAR Friuli Venezia Giulia 4/10/2016 n. 419, secondo cui sarebbe da considerarsi assolutamente legittimo il mancato invito di una ditta precedente aggiudicataria ad una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. 50/2016 sulla scorta, appunto, del principio di rotazione.

Palese dunque il contrasto giurisprudenziale in materia, che di certo non aiuta gli operatori economici e che crea ulteriore incertezza nella fase partecipativa.

Se infatti si prende il citato art. 36 comma 2, lett. b) del nuovo Codice ben ci si avvede che, per lavori di valore fra i 40.000 € ed i 150.000 € e per beni e servizi da 40.000 € a 209.000 €, gli

la possibilità d'escludere il precedente affidatario ma solo ove fosse stata prospettata una valida ed argomentata motivazione legata

Il principio di rotazione e la suddivisione in lotti

affidamenti possano avvenire mediante procedura negoziata previa consultazione di almeno 5 operatori nel rispetto del principio di rotazione degli inviti.

In detto caso, dunque, abbiamo una previsione ancora più specifica rispetto al principio generale di cui al comma 1 della medesima norma, in quanto si parla di rotazione “degli inviti” e non, genericamente, di rotazione degli “affidatari”.



Ciò significa che, se l'Amministrazione ha istituito un Albo-fornitori ed ha poi deciso d'esperire una procedura negoziata (invitando i primi 5 iscritti a detto elenco), alla gara successiva è possibile invitare - nel rispetto della rotazione degli “inviti” - solo dal 6° al 10°, oppure solo il precedente aggiudicatario non può partecipare?

Neanche la bozza del Correttivo al D.Lgs.n. 50/2016 chiarisce tali problematiche, che dunque rimangono assolutamente irrisolte (!!), né le diverse (contraddittorie) sentenze sull'argomento servono a sciogliere i molteplici dubbi, tanto da lasciare ben aperta la possibilità - a tutti i non invitati - di potersi “giocare” la partita davanti ai giudici amministrativi.

Non ci resta, dunque, che attendere una presa di posizione del Consiglio di Stato, nella speranza che questa (almeno) riduca il potenziale contenzioso – che si immagina copioso - relativamente a detto istituto¹.

Suddivisioni in lotti

La suddivisione in lotti delle gare (art. 51 D.Lgs.n. 50/2016) rappresenta oggi uno degli aspetti

¹ Questa parte dell'articolo è stata redatta in collaborazione con l' Avv. Adriano Colombari

Il principio di rotazione e la suddivisione in lotti

piu' problematici – ma anche piu' rilevanti – delle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, in quanto la centralizzazione degli acquisti porta sempre piu' all'indizione di maxi-gare, il cui ammontare risulta tuttavia talmente elevato che solo una corretta suddivisione in lotti funzionali rende possibile il soddisfacimento del principio comunitario di massima concorrenzialità.

la centralizzazione degli acquisti porta sempre piu' all'indizione di maxi-gare

La suddivisione in lotti, tuttavia, non è un'operazione facile né la giurisprudenza al riguardo ha assunto un'interpretazione univoca, oscillando fra il deciso favore per una corretta “frammentazione funzionale” delle procedure ed invece, dall'altra parte, la tutela di mere logiche di risparmio.



Appartiene alla prima categoria la pronuncia del Tar Roma n. 1345/2017, che dovendo verificare la corretta esperibilità della gara indetta da Roma Capitale per l'affidamento dei servizi in *global service* delle Strutture educative scolastiche (gara da oltre 200 milioni di euro), passa in rassegna tutta la normativa sull'evidenza pubblica partendo dal R.D. 18/11/1923, n. 2440 - che aveva come obiettivo l'individuazione del “giusto contraente” (ovvero quello in grado di offrire le migliori prestazioni alle condizioni economiche piu' vantaggiose) - per giungere alle direttive comunitarie (cronologicamente l'ultima è la 2014/24/UE) che invece impongono, come obiettivo primario, quello della tutela della concorrenza.

Il nuovo Codice appalti rappresenta dunque il punto di sintesi fra la concezione “contabilistica” (i regi decreti) e quella “neoliberistica” (le direttive UE), giungendo a perseguire nella gara entrambi gli obiettivi, ovvero la massima partecipazione per ottenere il miglior risultato.

Se tuttavia si perde questa duplice “anima” si viene a snaturare la *ratio* stessa delle procedure pubbliche, da cui ne consegue la censura che il TAR capitolino muove a Roma Capitale la cui maxi-gara, seppur divisa in 5 lotti, mantiene tuttavia degli importi nei singoli lotti talmente elevati che, in combinato disposto con la formula contrattuale prescelta (“*global service*”), non consente la massima partecipazione.

In altri termini la suddivisione in lotti così come individuati (per valore e bacini territoriali) rende di fatto impossibile la partecipazione se non a poche imprese di grandissime dimensioni, con conseguente preclusione delle (numerossime) piccole e medie imprese.

Per questo l'intera gara viene annullata.

Il principio di rotazione e la suddivisione in lotti

Di tutt'altro segno la sentenza del TAR Firenze n. 1755/2016 che, nel decidere il ricorso avverso l'affidamento della convenzione per la gestione del servizio e raccolta rifiuti sanitari di tutte le aziende sanitarie regionali (gara da oltre 49 milioni di euro, NON suddivisa in lotti) giunge ad affermare che l'art. 51 D.Lgs.n. 50/2016 non pone il principio della suddivisione in lotti in termini assoluti, ben prevedendo la possibilità anche di un unico lotto (se adeguatamente motivata).

A ciò si aggiunga poi – e soprattutto – che sovraordinata alla normativa sugli appalti vi sarebbe quella emergenziale della cd. “Spending review”, che proprio partendo dalla finalità di razionalizzare e contenere la spesa pubblica ha introdotto l'obbligo di centralizzare gli acquisti.

Se dunque si considera la necessità di ridurre la spesa come maggiormente rilevante rispetto al *favor participationis*, da ciò se consegue che la possibilità di ridurre l'importo d'aggiudicazione giustifica di per sé la mancata suddivisione in lotti della gara.

Da queste due sentenze (quasi coeve) ben si comprende l'estrema confusione in cui ancora si dibatte il tema degli appalti e della loro suddivisione in lotti, con una gara annullata (quella di Roma Capitale) sebbene distinta in 5 lotti (ma non sufficienti alla apertura alla concorrenza, secondo il TAR Roma) ed altra gara invece (quella della Regione Toscana), non suddivisa in lotti ma, ciononostante, ritenuta assolutamente legittima dal Tar Firenze in ragione del risparmio di spesa pubblica.

l'estrema confusione in cui ancora si dibatte il tema degli appalti e della loro suddivisione in lotti

Si dirà che dovremo aspettare il Consiglio di Stato e, magari, un'Adunanza Plenaria.

Tuttavia, nel frattempo, ci si domanda come ci debba comportare !!!