

Rotazione appalti: linee guida in cerca di bussola

L. Oliveri (La Gazzetta degli Enti Locali 20/9/2017)

Introdurre normativamente il principio di rotazione non è stata un'idea felicissima, perché risulta difficile, al limite dell'impossibile, coordinarlo con gli altri principi enunciati dall'[articolo 30 del codice dei contratti](#) e scongiurare le possibili disfunzioni alle gare.

La bozza di aggiornamento delle [Linee guida 4/2017](#) sugli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, elaborata dall'ANAC, fornisce la conferma ulteriore dell'inopportunità estrema della previsione della rotazione quale criterio vincolistico dell'azione amministrativa.

Di fatto, l'Autorità davanti alle aporie scatenate dal principio letteralmente non può fare altro che porre problemi, senza riuscire ad indicare soluzioni univoche e convincenti e, dunque, non può fare altro che puntare sul consenso che mostreranno i soggetti interessati (denominati, con quell'elemento di provincialismo del quale ormai le istituzioni non risonano a fare a meno, "stakeholders") ad una delle possibili soluzioni proposte, con molte contorsioni.

Prima di esaminare le soluzioni prospettate dall'ANAC, è bene soffermarsi, però, sull'analisi che le Linee Guida propongono dei vari principi generali enunciati dal codice ed in particolare:

- principio di libera concorrenza, che secondo l'ANAC implica "l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati";
- principio di non discriminazione e di parità di trattamento, i quali, per l'ANAC, si attuano con "una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione".

Ora, appare difficile negare che tali principi proprio non si coordinano e non si reggono insieme appunto a quello della rotazione, definito dall'ANAC "il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico".

Distribuire le opportunità di contrattare tra i vari operatori economici, scongiurando il consolidamento dei rapporti delle imprese già aggiudicatrici di contratti (è evidente che la questione riguarda in particolare servizi e forniture ricorrenti), significa necessariamente:

- non garantire l'effettiva contendibilità degli affidamenti; infatti, per evitare il consolidamento, si deve necessariamente incidere sulla posizione giuridica dell'aggiudicatario uscente, la cui posizione va considerata recessiva rispetto a quella degli altri operatori economici;
- ma, così operando, cioè indebolendo la posizione del precedente affidatario, si pongono in essere esattamente quelle restrizioni e quegli ostacoli alla partecipazione alle gare che ledono il principio di non discriminazione.

Non ci sono alternative: ove il principio di rotazione sia interpretato nel senso di obbligare a non permettere all'affidatario uscente di contendere con altri operatori economici l'affidamento di una prestazione contrattuale analoga o identica alla precedente, si ledono necessariamente i principi di libera concorrenza e non discriminazione.

Che chi ha insistito per valorizzare normativamente il principio di rotazione nel codice dei contratti abbia cacciato tutti gli operatori in un vicolo cieco, lo dimostra l'analisi dell'Anac dei vincoli sottesi alla revisione della disciplina della rotazione.

Rotazione: la bozza di modifica delle linee guida

Il primo vincolo considerato dalla bozza di modifica delle Linee Guida è il seguente: "a) escludere dalla possibilità di partecipare ad una procedura negoziata o, al limite, ad un affidamento diretto il precedente affidatario potrebbe essere controproducente per la stazione appaltante, che potrebbe vedersi privata della possibilità di ricorrere alle prestazioni di un operatore economico che si è comportato in modo corretto ed efficiente. Inoltre, l'operatore economico, poiché sa che non potrà essere riconfermato, avrà minori incentivi a un comportamento corretto. D'altra parte, il consolidarsi di rapporti tra stazione appaltante e singoli operatori economici aumenta il rischio di rendite di posizione, corruzione o favoritismi".

In realtà, non solo l'esclusione potrebbe rivelarsi controproducente se coinvolga un operatore economico che abbia adempiuto con competenza e correttezza alla prestazione, ma, come rilevato sopra, finisce per ledere i principi di concorrenza e non discriminazione. Certo, il rischio del consolidamento dei rapporti esiste: ma, è proprio il principio della libera concorrenza, cioè la possibilità offerta agli imprenditori di comporre le offerte in modo più vantaggioso economicamente o qualitativamente che deve pungolare il precedente affidatario. Escluderlo da successive procedure selettive non ha nemmeno un senso economico-imprenditoriale. L'Anac è consapevole di quanto appena affermato e lo espone con chiarezza nella parte evidenziata in grassetto.

Il secondo tipo di vincolo evidenzia il rischio di una progressiva riduzione del lotto dei concorrenti, discendente da una continua esclusione dalle liste dei soggetti selezionati per presentare offerte: "b) considerazioni analoghe valgono per la rotazione degli inviti. L'esclusione da successivi inviti o dalla possibilità di un affidamento diretto di un soggetto non aggiudicatario di una precedente gara alla quale, tuttavia, ha partecipato, rischia di penalizzare fortemente le imprese. Gli operatori economici, sapendo di giocare l'unica chance (almeno per un certo periodo di tempo) di potersi aggiudicare un contratto con una determinata stazione appaltante, saranno indotti a formulare offerte molto competitive, con il rischio di non poter assicurare in fase di esecuzione contrattuale quanto offerto in sede di gara (offerte anomale). Sotto un diverso profilo, la mancata considerazione delle imprese già invitate alle gare precedenti per successivi inviti potrebbe, specie nel caso di elenchi non molto lunghi, rendere prevedibile il nominativo degli operatori economici da invitare nelle successive procedure, con rischi per la concorrenza in gara. D'altra parte, consentire di invitare nuovamente soggetti che hanno già avuto chance di partecipare a gare, potrebbe impedire la partecipazione di altri operatori economici, contraddicendo la ratio della norma che vuole la rotazione degli inviti e degli affidamenti".

Insomma, la rotazione degli inviti crea più problemi che vantaggi e, soprattutto, anch'essa confligge frontalmente con i principi della concorrenza e della non discriminazione. Ultimo vincolo deriva anche dal valore dei contratti: "c) sotto un diverso profilo, occorre valutare di come tener conto del valore degli affidamenti nell'attuazione del principio di rotazione. I contratti sotto soglia comunitaria, via via affidati da una determinata stazione appaltante, possono essere di importo molto differente tra loro, passando da contratti di modico valore a contratti che raggiungono il valore limite della soglia. L'operatore economico che è invitato a partecipare alla procedura per l'affidamento di un contratto di modico valore potrebbe, quindi, vedersi pregiudicata la possibilità di essere invitato a presentare offerta per l'aggiudicazione di un contratto di ben più considerevole importo, laddove il precedente invito impedisca inviti per le gare successive. Il riconoscimento di pari opportunità, sotteso al principio di rotazione, dovrebbe presupporre parità di valore della chance concessa".

Un'analisi SWOT farebbe presto ad evidenziare che i benefici della rotazione sono largamente inferiori agli svantaggi.

La soluzione al problema dovrebbe consistere:

1. nel prendere atto che esso è, in effetti, irrisolvibile se si consente nel sotto soglia quel margine di discrezionalità effettivamente presente nell'articolo 36, comma 2, nella selezione dei soggetti da invitare; pertanto, il regolatore, per evitare di infrangersi sulle aporie prodotte dall'antitesi rotazione/concorrenza-non discriminazione, dovrebbe rassegnarsi e nel rispetto dell'idea liberale dell'economia, affidarsi a non imporre regole di dettaglio, lasciando espandere la discrezionalità fino ai suoi margini consentiti, sicché sia eventualmente il giudice a verificare se di volta in volta tali margini siano superati;
2. nel rinunciare, al contrario, ad una visione liberale, prescrivendo, dunque, comportamenti. Ma, poiché nessuna delle soluzioni che l'Anac suggerisce elimina i margini di discrezionalità causa degli svantaggi derivanti dalla rotazione, allora la soluzione vera è un'altra; la esponiamo dopo aver guardato le tre ipotesi suggerite dall'Autorità.

La prima è la seguente: "a) di suddividere l'elenco degli operatori economici, oltre che per tipologia di affidamento, anche per fasce di importo, considerando ogni sezione come elenco a sé stante. In questo caso un operatore economico invitato per un affidamento rientrante in una determinata sezione non potrà partecipare a procedure per affidamenti relativi alla medesima sezione".

In questo modo, si permette ad un operatore economico di partecipare a più selezioni, se iscritto in più sezioni dell'albo. Non è chi non veda, comunque, come il suggerimento si presti a strumentalità e, comunque, comporti una forte moltiplicazione di adempimenti burocratici.

La seconda ipotesi è: "b) adottare il principio di rotazione secondo un principio di casualità, ovvero permettendo di selezionare nuovamente un soggetto già selezionato per un precedente affidamento (eventualmente escludendo il solo affidatario). In questo modo si elimina il rischio di moral hazard determinato dalla consapevolezza di avere un'unica chance con una determinata stazione appaltante. Per elenchi numerosi o relativi ad affidamenti frequenti da parte della stazione appaltante non dovrebbero alterarsi significativamente le probabilità di estrazione dei singoli operatori economici".

Effettivamente, con un'estrazione a sorte passa qualsiasi paura: non si esercita nessuna discrezionalità e ci si affida al caso. In effetti, in questo modo non è proprio ammissibile escludere dall'estrazione nessuno, nemmeno il precedente affidatario, in quanto il destino non è uno strumento di espressione di volontà consapevole amministrativa: non v'è ragione per impedire al precedente affidatario di fidare nella possibilità di uscire vincente da un'ordalia.

La terza ipotesi è un sub della seconda: "c) nel caso di divieto di estrarre nuovamente un soggetto già selezionato si pone il problema di quando consentire il superamento di tale divieto: man mano che si eliminano dall'elenco i soggetti già selezionati si riduce la numerosità dello stesso, rischiando di rendere prevedibile la lista dei selezionati per determinate procedure".

Principio di proporzionalità e casi di urgenza

Si nota come l'ANAC non riesca, a ben vedere, ad uscire dal guado nel quale l'ha cacciata e si è cacciato il legislatore.

Poiché con le norme del codice e le ipotesi delle Linee Guida oggettivamente non se ne esce, una buona soluzione sarebbe tornare all'usato sicuro: la comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02).

Saggiamente, la Commissione ricorda: "Secondo la CGCE (Causa Telaustria, paragrafo 62 e causa Parking Brixen, paragrafo 49), i principi di uguaglianza di trattamento e di

non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. L'obbligo di trasparenza implica che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo tale che, se tale impresa lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale appalto".

Come si nota, l'Autorità europea nemmeno si pone il problema dell'eventuale rendita di posizione del precedente affidatario: i principi di uguaglianza di trattamento e non discriminazione consentono, mediante un'adeguata pubblicità, di attuare il principio fondamentale: la garanzia della concorrenza mediante apertura al mercato. Quindi un avviso pubblico e trasparente che consenta ad ogni (ogni, significa tutti) imprenditore di manifestare il proprio interesse a partecipare alla selezione per ottenere l'appalto è la soluzione principe.

Di fatto, il sistema migliore è un avviso pubblico semplificato, anche nel sotto soglia. Qualcosa che somiglia molto alla vecchia licitazione privata e che consenta di aprire al mercato senza alcuna discriminazione, come forma di consultazione senza vincoli.

Molti si chiederanno: ma, in questo modo, non ci si apre al rischio che per procedure magari finalizzate ad affidamenti di limitato valore si presentino troppi candidati, allungando i tempi?

Vero. Ma, non si deve dimenticare che il principio di proporzionalità, enunciato dall'[articolo 30 del codice dei contratti](#), è interpretato dall'ANAC come "l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento". Si possono, quindi, adattare le modalità operative, anche stabilendo, a monte ed in modo chiaro e trasparente, sistemi di limitazione del numero degli operatori economici con cui relazionarsi. Infatti, l'interpretazione della Commissione Ue afferma: "Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare(1) il numero di candidati a un livello adeguato, a condizione di farlo in modo trasparente e non discriminatorio. Possono ad esempio applicare criteri oggettivi, come l'esperienza dei candidati nel settore in questione, le dimensioni e l'infrastruttura delle loro attività, la loro capacità tecnica e professionale o altri fattori. Possono anche optare per una estrazione a sorte, sia come unico meccanismo di selezione, sia in combinazione con altri criteri. In ogni caso, il numero dei candidati iscritti sull'elenco ristretto deve rispondere alla necessità di garantire una sufficiente concorrenza".

L'estrazione a sorte di cui parla anche l'ANAC è, quindi, ammessa anche a livello europeo e può essere lo strumento lecito di limitazione dei partecipanti ad un avviso pubblico di manifestazione di interesse.

E per i casi di urgenza? La Commissione ha dato una risposta anche a questo problema: "Le direttive «appalti pubblici» prevedono deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario (2). I casi più importanti riguardano le situazioni di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili, e gli appalti la cui esecuzione, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, può essere affidata unicamente ad un determinato operatore economico. La Commissione ritiene che le deroghe pertinenti possano essere applicate agli appalti non disciplinati dalle direttive. **Le amministrazioni aggiudicatrici possono pertanto aggiudicare tali appalti senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate nelle direttive per una di tali deroghe**".

Come si nota, dall'ordinamento europeo si potevano trarre tutti gli elementi per disciplinare, senza eccedere in dettagli normativi, affidamenti non interamente coperti dalle regole codicistiche ed evitare di porsi il problema della rotazione, sì da farne un feticcio. Ci sarebbe tempo e modo per tornare alle sagge e semplici indicazioni del 2006. Bisogna capire se c'è la volontà di farlo.

NOTE

(1) Si veda l'articolo 91 del codice dei contratti:

"Art. 91. (Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare)

1. Nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e che possono essere invitati a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, purché sia assicurato il numero minimo, di cui al comma 2, di candidati qualificati.

2. Quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse i criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità, che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo. Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque. Nella procedura competitiva con negoziazione, nella procedura di dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione il numero minimo di candidati non può essere inferiore a tre. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. Le stazioni appaltanti invitano un numero di candidati pari almeno al numero minimo. Tuttavia, se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità di cui all'articolo 83 è inferiore al numero minimo, la stazione appaltante può proseguire la procedura invitando i candidati in possesso delle capacità richieste. La stazione appaltante non può includere nella stessa procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste".