

Principio di rotazione: i “due consecutivi affidamenti” alla luce del nuovo Codice

Il TAR Sicilia chiarisce che l'espressione “i due consecutivi affidamenti” di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 36/2023 fa riferimento a quello da aggiudicare e a quello “immediatamente precedente”, con la conseguenza che è vietato il secondo consecutivo affidamento avente ad oggetto la stessa categoria di opere, in ossequio al principio di rotazione.

Il TAR Sicilia, con sentenza del 19 marzo 2024, n. 1099, chiarisce che l'espressione “i due consecutivi affidamenti” di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei Contratti Pubblici), fa riferimento a quello da aggiudicare e a quello “immediatamente precedente”, con la conseguenza che è vietato il secondo consecutivo affidamento avente ad oggetto la stessa categoria di opere, in ossequio al principio di rotazione.

Il TAR afferma pertanto che la rotazione si applica dopo il primo affidamento per la stessa categoria di opere, mentre viene respinta la tesi del ricorrente che sosteneva l'obbligatorietà della rotazione solo dopo due precedenti affidamenti.

Come specificato nella determina dell'Amministrazione “.....Pertanto, per il detto operatore economico potrebbe vigere il divieto di affidamento o di aggiudicazione di un appalto in quanto la sua posizione integra la fattispecie del contraente uscente, sanzionata dal divieto richiamato ed espressamente disposto dall'art. 49, comma 2° del D.lgs. 36/2023 (...)”.

Anche nel parere richiesto dalla S.A. all'ANAC, si afferma che “l'impresa uscente, già affidataria ad un precedente contratto rientrante nella stessa categoria di opere e ancora in corso al momento dell'indizione della nuova procedura di affidamento non può essere invitata (e quindi non può partecipare) a tale procedura di affidamento, in ossequio al principio di rotazione...”.

Il TAR ha specificato che l'art. 49 del D.lgs. n. 36/2023 dispone che gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie avvengono nel rispetto del principio di rotazione e il successivo comma 2 specifica che, in applicazione di tale principio, “è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”.

La disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4, che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all'affidamento 'precedente' e a quello 'attuale'.

Inoltre l'art. 49 pone il divieto di affidamento della successiva commessa rientrante nella medesima categoria di opere, senza alcun riferimento alle classifiche e ai sottostanti importi, e anche questa previsione riproduce quanto era già indicato al paragrafo 3.6 delle Linee Guida ANAC, n. 4, costantemente interpretato dalla giurisprudenza come regola operante sia in caso di identità, sia in caso di analogia della commessa precedente, con la sola esclusione di lavori oggettivamente diversi.

Nel caso in esame, le categorie di opere sono le stesse e, in ogni caso, tra i due lavori, quello aggiudicato alla ricorrente e quello per cui è causa, non si rinviene alcuna ' sostanziale alterità qualitativa ' delle prestazioni che giustificerebbe l'esclusione del principio di rotazione, in quanto entrambi hanno ad oggetto interventi sugli argini dei fiumi.

Secondo il TAR non è nemmeno rilevante il richiamo al comma 3 dell'art. 49 cit. che si riferisce alla facoltà della stazione appaltante di ripartire gli affidamenti in fasce che comporta il divieto solo per

le medesime fasce; la norma, infatti, va letta unitamente all'allegato II.1 al Codice, all'art. 1, c. 3, lett. a) e b), la quale - regolamentando la conduzione delle indagini di mercato - stabilisce che '*Le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinate: a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione degli affidamenti; b) le modalità di costituzione e revisione dell'elenco, distinti per categoria e fascia di importo*'.

Nel caso in rassegna, tuttavia, non risulta adottato alcun regolamento per la ripartizione degli affidamenti in fasce di importo.