

Nota inviata via PEC

Al Presidente dell'Ordine
degli Ingegneri della Provincia di
CALTANISSETTA

E p.c.

Ai Presidenti degli
Ordini degli Ingegneri della Sicilia
LORO SEDI

Prot. n° 27/2022

Palermo, 21/03/2022

Oggetto: Affidamento diretto di incarico e principio di rotazione. Parere.

Si premette che questo organismo non ha competenza dirimente in materia di contenzioso ed in generale di interpretazioni normative, che si attengono ai singoli Ordini, al CNI, al Ministero della Giustizia e all'ANAC, secondo le rispettive attribuzioni. Pertanto questa Consulta può esprimere soltanto il proprio parere, non vincolante, con valore di orientamento condiviso e nei limiti delle argomentazioni addotte.

Ciò premesso, con riferimento al quesito posto dal vostro iscritto per il tramite di codesto Ordine, si riassumono le questioni salienti al solo fine di inquadrare meglio la problematica.

Nell'anno 2020, l'ing. NC, libero professionista, partecipa a diverse manifestazioni di interesse per dei servizi di ingegneria ed architettura relative ad immobili di una stazione appaltante. In una di queste viene sorteggiato ed escluso dall'elenco degli interessati per le altre due.

Il professionista presenta la sua offerta in RTP, come mandante, e si aggiudica il servizio, che viene correttamente espletato nei tempi previsti.

Nel corso del 2022, la stessa stazione appaltante, a seguito di un dissesto che ha causato il crollo di un'ala di un edificio (non ricompreso tra quelli oggetto delle gare citate), decide di incaricare lo stesso professionista, mediante affidamento diretto, per l'aggiornamento del progetto alle NTC vigenti di un progetto di adeguamento sismico redatto con le norme previgenti.

Il RUP del servizio in oggetto, a seguito di controlli, rifiuta di conferire l'incarico (per il quale era stato concordato un congruo ribasso), adducendo la mancanza della rotazione prevista dall'ANAC.

La questione concerne pertanto la legittimità dell'applicazione operata dal RUP del principio di rotazione previsto dall'articolo 36 del D. Lgs. n. 50/2016 non già in astratto ma in relazione alle due procedure in esame.

Come è noto, la giurisprudenza ritiene che il principio di rotazione debba essere applicato nei casi in cui l'Amministrazione affidi l'appalto mediante affidamento diretto senza procedura selettiva ovvero mediante procedura negoziata nella quale l'Amministrazione operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare; mentre esso non trova applicazione nei casi di procedure ordinarie o, comunque, aperte al mercato.

Nel caso presente è opportuno confrontare le due procedure non tanto in termini di successione cronologica, quanto in termini di correlazione logica, non rilevando il fatto che la procedura chiaramente discrezionale (affidamento diretto) sia quella successiva piuttosto che antecedente.

Nella prima procedura attuata dalla stazione appaltante, infatti, benché si tratti di procedura negoziata, non è stata compiuta dalla S.A. alcuna scelta discrezionale nell'individuazione degli operatori economici da ammettere o da escludere. Può parlarsi in questo caso di procedura a due fasi: alla prima selezione sono stati

ammessi tutti gli operatori che ne hanno fatto richiesta, per poi procedere con un sorteggio pubblico all'individuazione degli operatori economici da invitare alla seconda fase.

La giurisprudenza ha in più occasioni avuto modo di precisare come il principio di rotazione debba trovare applicazione nelle procedure negoziate in cui l'amministrazione appaltante non consente, a monte, la partecipazione da parte di tutti gli operatori economici alla gara, ma solo ad una parte selezionata, da essa stessa, tramite la scelta nell'individuazione dei soggetti da invitare.

Nel caso in specie, pertanto, *le regole di gara cui l'amministrazione si è autovincolata con riguardo alla selezione dei partecipanti, sono più simili a quelle proprie di una procedura ordinaria che a quelle tipiche di una procedura negoziata, e di questo non si può non tenere conto nell'applicazione del disposto di cui al citato articolo 36 (cfr. TAR Roma, 09.12.2020 n. 13184).*

Il principio di rotazione, infatti, se applicato al di fuori dei casi che ne giustificano la ratio, rischia di tradursi in una causa di esclusione dalle gare non codificata. Quando la stazione appaltante ricorre a strumenti di impulso al mercato, come avvisi pubblici per manifestazione di interesse, e quindi non sceglie i soggetti da invitare, ha perciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato con un'amministrazione, ma significa non favorirlo. (cit.)

Nella prima procedura, dunque, in cui il professionista è stato invitato a seguito di sorteggio pubblico, non rilevano i presupposti per l'applicazione del principio di rotazione, in quanto è venuta meno la discrezionalità della PA in ordine alla scelta di quali operatori ammettere alla competizione. Dal che consegue che il primo evento non può avere rilevanza ed effetto diretto sul secondo in ragione di tale principio.

In conclusione, dunque, si è del parere che la scelta del RUP di non procedere con l'affidamento diretto in ragione del principio di rotazione previsto dall'articolo 36 del D. Lgs. n. 50/2016 e sulla base del precedente incarico, ottenuto a seguito di manifestazione di interesse e relativo sorteggio pubblico ed avendo perfino scontato l'esclusione ad altre manifestazioni analoghe e contemporanee, non sia fondata.

Tutto quanto esposto e argomentato, il parere di questo organismo è nelle considerazioni che precedono.

Cordiali saluti.

IL SEGRETARIO
Franco Russo



IL PRESIDENTE
Elvira Restivo

