



REGIONE PUGLIA
**Sezione Raccordo al sistema
regionale**



**Osservatorio
Regionale**
CONTRATTI PUBBLICI

NEWSLETTER N. 3/2020

A cura dell'avv. Valeria CITARELLA
Responsabile P.O. Affari Legali

Nicola LOPANE
Dirigente della Sezione

Bari, 3 aprile 2020

La presente newsletter, nell'ambito delle funzioni della Sezione Raccordo al sistema regionale (già Sezione Gestione integrata acquisti), si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e all'aggiornamento dei R.U.P. operanti nell'ambito degli acquisti pubblici.

Consiglio di Stato, Sezione V, 12 febbraio 2020 n. 1074

Il Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza del 12 febbraio 2020 n. 1074, stabilisce che “Negli appalti di servizi e forniture non vige il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della legge di gara. Pertanto, in assenza di una espressa previsione di requisiti minimi in capo ai mandanti, ben può la sola mandataria indicare il possesso della totalità dei requisiti prescritti, dei quali si giova il raggruppamento nel suo insieme”.

L’art. 48, co. 4, D.Lgs n. 50/2016, sancisce oggi l’obbligo, nel caso di lavori, forniture o servizi di specificare nell’offerta le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (art. 48, comma 4) e, per i raggruppamenti temporanei, richiede che nel bando siano indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti (art. 83, comma 4).

Pertanto, in mancanza di una specifica previsione contenuta nella *lex specialis* e in assenza di una norma imperativa con valenza eterointegrativa, non può disporsi l’esclusione della concorrente (si veda anche Consiglio di Stato, Sezione III, 16 novembre 2018, n. 6471).

Ove la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione non sia stata espressamente richiesta dalla *lex specialis*, i requisiti di capacità tecnica sono previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti ed è dunque sufficiente che il requisito di qualificazione richiesto sia posseduto dal raggruppamento nel suo complesso.

FOCUS SULL'AVVALIMENTO

I "DUBBI" DEL CONSIGLIO DI STATO

1. DICHIARAZIONI NON VERITIERE SU CONDANNA PER GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE - ESCLUSIONE AUTOMATICA DEL CONCORRENTE SENZA POSSIBILITÀ DI SOSTITUZIONE DELL'IMPRESA AUSILIARIA - RIMESIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2005 ord.

La normativa di riferimento:

- art. 80, comma 5, lettera f-bis, D.Lgs. n. 50/2016: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora l'operatore economico [...] presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”;*
- art. 89, co. 1, quarto periodo, D.Lgs. n. 50/2016: *“Nel caso di dichiarazioni mendaci [...] la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia”;*
- art. 89, co. 3, D.Lgs. n. 50/2016: *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici”.*

Per l'ormai consolidata giurisprudenza nazionale, in forza del combinato disposto dei citati artt. 80, comma 5, lettera f-bis, e 89, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, in caso di avvalimento, **la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione: nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti ex art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria.**

Il Consiglio di Stato investe la Corte di Giustizia della questione relativa alla compatibilità con la normativa comunitaria (art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014) e con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento contenuta nell'art. 89, comma 1, quarto periodo, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale **nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di**

condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima.

2. CLAUSOLE DI ESCLUSIONE ATIPICHE – DIVIETO DI AVVALIMENTO AL DI FUORI DELLE IPOTESI CONSENTITE - RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2020 n. 1920

E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se rientrino nel divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo inciso, D.lgs. n. 50/2016, le prescrizioni dei bandi o delle lettere d'invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite dall'art. 89, D.lgs. n. 50 del 2016, precluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale; in particolare, se possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA.

3. COMMISTIONE TRA REQUISITI SOGGETTIVI E OGGETTIVI – INTERPRETAZIONE.

AVVALIMENTO – UTILIZZABILE ESCLUSIVAMENTE PER ACCEDERE ALLA GARA, NON ANCHE PER CONSEGUIRE UN PUNTEGGIO PIÙ ELEVATO PER L'OFFERTA TECNICA (ART. 89 , ART. 95 D.LGS. N. 50/2016)

Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2020 n. 1916

Il Collegio afferma che *“l'art. 95, comma 6, consente di ritenere legittimi criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa, in particolare - per quanto qui rileva - “sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto” e, pertanto, che “anche nell'appalto di lavori è consentito valutare la qualità dell'offerta mediante la considerazione del possesso in capo all'impresa concorrente di certificazioni ambientali, ma soltanto quando le garanzie di corrispondenza del sistema di gestione ambientale ad un determinato standard internazionale non vengano apprezzate, in astratto, come requisito meramente soggettivo dell'impresa partecipante, ma costituiscano un elemento di valutazione strettamente correlato all'oggetto dell'appalto e afferente all'offerta*

tecnica presentata, condizionando l'esecuzione del contratto, nei termini e secondo modalità specificamente apprezzate dalla stazione appaltante; e sempre che lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, al requisito in parola non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo".

La sentenza, pertanto, si muove nella direzione del superamento definitivo del dogma della netta separazione tra fase di selezione dell'offerente, basata su criteri di idoneità, e fase di selezione dell'offerta, fondata su criteri di aggiudicazione (cfr. Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, in causa C-532/06), sulla cui scorta anche **"l'orientamento giurisprudenziale interno è stato a lungo nel senso del divieto di inclusione, tra i criteri di valutazione delle offerte, di elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (in particolare, pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati e certificazione di qualità) anziché alla qualità dell'offerta"**.

Per il Consiglio di Stato, se da una parte *"va in linea di principio data continuità e riconfermato il fondamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell'offerta"*, deve, d'altra parte, esserne *"consentita un'applicazione attenuata, secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, quando sia dimostrato, caso per caso, che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte (cfr. Cons. Stato, III, 27 settembre 2016, n. 3970)"*.

Tale interpretazione rigorosa si giustifica:

- sul piano sistematico per l'esigenza, espressa dall'art. 95, comma 1 e 2, d.lgs. n. 50 del 2016, che i criteri di aggiudicazione assicurino «una concorrenza effettiva» e che siano rispettati i «principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento». Le esigenze di effettiva concorrenzialità ed i principi generali enunciati impongono che la selezione avvenga per quanto possibile su basi oggettive e che i criteri di aggiudicazione non comportino vantaggi indebiti a singoli operatori economici a prescindere dai contenuti delle offerte;

- sul piano letterale perché il comma 6 del medesimo articolo, allorché elenca gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa, purché connesse all'oggetto dell'appalto.

Con riferimento alle ripercussioni di tale interpretazione sull'istituto dell'avvalimento, il Consiglio di Stato - nell'escludere che sia meritevole di rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE alla Corte di Giustizia la questione interpretativa dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 e dell'istituto dell'avvalimento in generale, in quanto idoneo a garantire soltanto la massima partecipazione alle procedure di gara, non anche a consentire una più elevata valutazione dell'offerta tecnica - precisa che:

- "se così interpretato, l'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 risulta coerente con l'impianto del codice anche quanto ai suoi rapporti con la previsione dell'art. 89, in tema di avvalimento, quale istituto utilizzabile esclusivamente per accedere alla gara, non anche per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica. Pertanto, quando elemento di valutazione di quest'ultima sia un requisito soggettivo ma richiesto per meglio apprezzare l'affidabilità dell'offerta o valorizzarne i contenuti e le caratteristiche, e non per selezionare a monte ed in astratto il singolo operatore economico, il requisito

medesimo non può essere preso in prestito da un operatore economico diverso da quello cui, ai sensi dello stesso art. 89, comma 8, sarebbe affidata l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione".

Invero, "l'istituto dell'avvalimento [...] "è costruito sull'esigenza dell'operatore economico di "soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara" e tanto "induce a confermare l'univoca giurisprudenza per la quale nelle procedure ad evidenza pubblica l'avvalimento ha la funzione di consentire al concorrente sfornito di alcuni requisiti di ammissione alla gara, di parteciparvi ugualmente acquisendo i requisiti mancanti da altro operatore economico che li possieda, ma non può tramutarsi in uno strumento volto a conseguire una più elevata valutazione dell'offerta (Cons. Stato, V, 8 novembre 2012, n. 5692; id. VI, 19 marzo 2015 n. 1422; id., V, 22 dicembre 2016, n. 5419, tra le altre)".

GARA TELEMATICA – MANCATA SOTTOSCRIZIONE DEL DOCUMENTO CONTENENTE L'OFFERTA ECONOMICA - (ART. 58 D.LGS. N. 50/2018) - GLI ORIENTAMENTI CONTRAPPOSTI - IL CONSIGLIO DI STATO

1. Tar Piemonte, Sez. I, 7 gennaio 2020, n.16

"Il collegio è consapevole che sulla questione della sanabilità della mancata sottoscrizione dell'offerta nelle gare telematiche si registrano due contrapposti orientamenti giurisprudenziali".

"Secondo l'orientamento maggioritario la mancata sottoscrizione del documento contenente l'offerta economica non è sanabile mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio il quale, in virtù dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, non può essere utilizzato per sanare le carenze degli elementi sostanziali dell'offerta economica, tra i quali rientra a pieno titolo, per le funzioni essenziali che essa spiega, la sottoscrizione, senza che sia necessaria un'espressa previsione nella lex specialis (Consiglio di Stato, sezione IV, 19 marzo 2015, n. 1425; T.a.r. Lazio, sede di Roma, sezione III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sezione III ter 22 dicembre 2015, n. 14451)".

"Secondo un altro orientamento la mancata sottoscrizione con firma digitale del documento contenente l'offerta economica è invece sanabile con il ricorso al soccorso istruttorio in quanto trattasi di sottoscrizione incompleta che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa (T.a.r. Sardegna, sezione I, 1 luglio 2019, n. 593; 22 gennaio 2019, n. 34)".

"Il collegio intende aderire all'orientamento maggioritario che è quello che meglio realizza il principio di certezza e di parità di trattamento tra concorrenti".

“La sottoscrizione dell’offerta economica è infatti rivolta non solo ad accertarne la provenienza e a garantire l’integrità del documento informatico ma anche a vincolare l’autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l’affidabilità e l’insostituibilità dell’offerta”.

“Ammettere la regolarizzazione della mancata sottoscrizione e di qualsiasi altro elemento dell’offerta considerato essenziale dalla lex specialis significherebbe pertanto rimettere in termini un operatore economico che non ha trasmesso la propria offerta entro il termine perentorio fissato per la valida trasmissione”.

2. Consiglio di Stato, sez. III, 19 marzo 2020 n. 1963

Il Giudice d’appello, nel confermare la decisione espressa con sentenza del T.a.r. **Sardegna, sezione I, 1 luglio 2019, n. 593** (richiamata dalla sentenza del T.a.r. Piemonte tra quelle a favore dell’orientamento contrapposto a quello dalla stessa condiviso), statuisce che:

“Ai fini della decisione, premette il Collegio che il reale oggetto del complesso e delicato contenzioso in esame [...] concerne [...] le conseguenze giuridiche legittimamente attribuibili all’avvenuta presentazione di una offerta economica senza far uso della PEC alla stregua della vigente disciplina e della legge speciale di gara.

Alla stregua di tale premessa il Collegio considera quanto segue:

a) l’offerta economica della concorrente vittoriosa in primo grado, ed oggi controinteressata, non è stata firmata digitalmente, come invece richiesto dal bando di gara a pena di esclusione;

b) tuttavia la stessa offerta poteva ritenersi, ragionevolmente ancorchè erroneamente, firmata digitalmente, con strumento e procedimento idoneo a far conseguire i medesimi obiettivi sostanziali della firma digitale nella modalità di rito;

c) infatti, l’impresa per concorrere ha dovuto accreditarsi sul portale di gara e lo ha fatto designando il proprio legale rappresentante il Dott. -Omissis-, che ha firmato digitalmente. Il medesimo Dott. -Omissis-, qualificandosi con l’accredito ricevuto, ha scaricato il modulo dell’offerta economica, lo ha compilato e lo ha restituito corredato dalla marca elettronica che egli stesso aveva acquistato dal fornitore Infocert firmandosi digitalmente, marca che lui solo poteva utilizzare e che era associata a lui sulla base della sua firma digitale;

d) quindi l’offerta economica, essendo munita di quella specifica marcatura elettronica, era non solo “inviolabile, integra e certa quanto a provenienza” come richiesto, ma anche univocamente associata alla manifestazione di volontà del Dott. -Omissis- (legale rappresentante delegato a spendere la volontà dell’impresa in gara) che firmandosi digitalmente aveva acquistato la marca stessa e poi volontariamente utilizzata.

E' illegittima l'esclusione dell'offerta non sottoscritta digitalmente, quando l'offerta possa ritenersi, ragionevolmente ancorché erroneamente, firmata digitalmente, con strumento e procedimento idoneo a far conseguire i medesimi obiettivi sostanziali della firma digitale.

DICHIARAZIONE OMESSA, RETICENTE O FALSA – DIFFERENZA – CONSEGUENZE (ART. 80 D.LGS. N. 50/2016)

TAR Catania, 16 marzo 2020, n. 693

Il Giudice amministrativo accoglie il ricorso dell'operatore economico secondo classificato proposto per la dedotta mancata attivazione delle verifiche sulle dichiarazioni rese in ordine ai gravi illeciti professionali previsti all'articolo 80, co. 5, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016 ed annulla gli atti impugnati.

Nella fattispecie sottoposta al Tribunale amministrativo, la società controinteressata, con riguardo alle gare indicate nella propria domanda di partecipazione, si era limitata a menzionare lo scioglimento unilaterale del rapporto, le penalità e le decurtazioni subite, senza fornire alcuna indicazione relative alle ragioni dell'adozione dei citati provvedimenti.

La sentenza riguarda una fattispecie cui era applicabile la disposizione di cui all'art. 80, co. 5, D.Lgs. N. 50/2016, prima della modifica di cui all'art. 5 del D.L. 135/2018, convertito nella L. n. 12/2019 che - come noto - ha apportato alla norma una modifica di carattere sistematico (non sostanziale) con la conseguenza che la pronuncia spiega i suoi effetti anche sull'interpretazione della disposizione nella sua formulazione attuale.

In particolare, l'art. 80, co. 5, lett c), D.Lgs. n. 50/2016, racchiudeva le diverse cause di esclusione dalla procedura testualmente prevedendo l'esclusione del concorrente quando: *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi comportamenti illeciti, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

Il Giudice amministrativo richiama le precisazioni del Consiglio di Stato sul tema (sez. V, n. 7492/2019 e 5171/2019): *“In materia di esclusione dalle gare pubbliche la dichiarazione*

resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali" può essere omessa, reticente o completamente falsa. V'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "grave illecito professionale"; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; è, infine, configurabile la falsa dichiarazione se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero". Fatta tale distinzione, lo stesso giudice d'appello ha rassegnato le possibili conseguenze sul piano degli effetti giuridici, precisando che "solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso".

Il T.A.R., quindi, applicando i citati principi, esclude che ricorra un'ipotesi di falsa dichiarazione, individuando un caso di dichiarazione incompleta (o reticente) *"che postula l'esercizio di una attività valutativa da parte della stazione appaltante"; "ritiene il Collegio che la stazione appaltate era tenuta a compiere una doverosa valutazione sulla moralità professionale, di cui però non v'è traccia nel verbale di gara".*

"Inoltre, ai fini dell'art. 80, co. 5, lett. c), è necessaria una attività di giudizio della commissione che deve consistere, alla luce della documentazione in atti e di quella che eventualmente è necessario acquisire ai fini di una piena contezza dei fatti e della loro rilevanza, nel valutare se sussista o meno il grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico; questa valutazione discrezionale si deve concludere con un giudizio di sussistenza o insussistenza del grave illecito professionale supportato da motivazione, che, in caso di esclusione, deve essere congrua e in alcuni casi (individuati dalla giurisprudenza) rafforzata; il potere discrezionale si arresta a tale momento valutativo, in quanto, ove si accerti a seguito della detta attività, che il grave illecito professionale sussista, allora l'esclusione costituisce atto vincolato e dovuto. Orbene, in assenza di qualsivoglia riferimento anche alla sola valutazione effettuata dall'amministrazione sulla gravità e rilevanza nella gara in questione dei fatti dichiarati - valutazione che, giova ricordare, compete in via esclusiva all'amministrazione - rimane incontestata l'affermazione di parte ricorrente che la valutazione è totalmente mancata".

In caso di dichiarazione incompleta (o reticente) la stazione appaltate è tenuta a compiere una valutazione sulla moralità professionale è doverosa e deve produrre un giudizio di sussistenza o insussistenza del grave illecito professionale, supportato da motivazione; ove il grave illecito professionale sussista, allora l'esclusione costituisce atto vincolato e dovuto.

DIMOSTRAZIONE DELLA CAPACITA' ECONOMICA E FINANZIARIA - BILANCIO DEPOSITATO PRESSO LA CAMERA DI COMMERCIO - NECESSARIO

Tar Puglia Lecce, sezione III, 16 marzo 2020 n. 329

La prova del fatturato globale deve necessariamente essere fornita con il bilancio depositato presso la Camera di commercio.

Il mancato deposito dei bilanci rileva quale autonoma causa di esclusione dalla gara, trattandosi di adempimento obbligatorio e soggetto a sanzione amministrativa ex art. 2630 c.c.

Nel ricorso si deduceva che per tale circostanza, l'impresa inadempiente, non solo risultava priva del requisito di regolarità fiscale di cui all' art. 80, D.Lgs. n. 50/2016 non essendo verificabile il corretto assolvimento degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, ma era altresì priva della capacità economico finanziaria quanto al fatturato globale e a quello specifico, poiché le dichiarazioni sul punto rese nella domanda di partecipazione non sono accertabili.

I giudici hanno concordato con la tesi del ricorrente sul presupposto per cui il combinato disposto dell'art. 86 e dell' Allegato XVII, D.Lgs. n. 50/2016, richiamati nel disciplinare di gara, prevede la **presentazione del bilancio di esercizio quale mezzo di prova dei richiesti requisiti economico-finanziari nelle ipotesi in cui l'ordinamento nazionale stabilisca l'obbligatorietà della pubblicazione del bilancio di esercizio**. Infatti, solo con l'avvenuta pubblicazione, il bilancio di esercizio perde il valore di atto societario meramente interno per divenire idoneo a provare all'esterno la situazione economico-finanziaria della società (in quanto cristallizzata, almeno tendenzialmente, al momento della pubblicazione medesima), con l'effetto di affidamento-conoscibilità-verificabilità da parte dei terzi, ivi incluse le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri operatori economici concorrenti.

ACQUISTI DI IMPORTO INFERIORE A € 40.000,00 - AFFIDAMENTO DIRETTO EX ART. 36, CO. 2, LETT. A), D.LGS. N. 50/2016 - NECESSITA' MOTIVAZIONE RICORSO ALLA PROCEDURA - NON SUSSISTE

Tar Puglia, Lecce, sez. III, 13 marzo 2020, n. 326

Il Collegio, nell'escludere la sussistenza della violazione dedotta da parte ricorrente dell'art. 36, co. 2, lett a), D.Lgs. n. 50/2016 per l'asserita insussistenza delle situazioni di urgenza nella fattispecie concreta, offre chiarimenti sull'istituto dell'affidamento diretto, sottolineandone le differenze rispetto alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63, D.Lgs. n. 50/2016.

“La giurisprudenza ha, infatti, chiarito come fino all’importo massimo di € 40.000 previsto del già richiamato comma 2 lett. a) dell’art. 36, il legislatore ha ritagliato una specifica disciplina che costituisce un micro-sistema esaustivo ed autosufficiente che non necessita di particolari formalità e sulla quale i principi generali non determinano particolari limiti (si veda, in proposito, il parere reso dal Consiglio di Stato, 13 settembre 2016, n. 1903 sulle linee guida A.N.A.C. in materia di procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria). Sicché nel caso dell’art. 36 comma 2 lett. a) si è “in presenza di una ipotesi specifica di affidamento diretto diversa ed aggiuntiva dalle ipotesi di procedura negoziata “diretta” prevista dall’art. 63 del Codice che impone invece una specifica motivazione e che l’assegnazione avvenga in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore (si pensi all’unico affidatario o alle oggettive situazioni di urgenza a pena di danno)” (così T.A.R. Molise, sez. I, 14 settembre 2018, n. 533).

Ne consegue che, venendo in rilievo nel caso in esame una concessione di servizi di valore certamente inferiore alla soglia di € 40.000 ex art. 36 comma 2 lett. a) del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm., l’Amministrazione Comunale resistente non aveva alcun obbligo di motivazione con riguardo alla ricorrenza di condizioni di urgenza o necessità”.

Si sottolinea come, sussistendo il requisito di carattere economico di cui all’art. 36, co. 2, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016 (acquisti infra 40.000,00 €), l’onere di motivazione sia “escluso” con riferimento alle condizioni di necessità o urgenza in quanto la sussistenza di tali condizioni **non è richiesta dalla norma**. Resta ferma la necessità di motivare in ordine alla congruità del prezzo offerto dall’affidatario, nelle modalità e nei termini di cui alle Linee Guida n. 4 dell’ANAC, come spiegati al par. 1.2 delle *Indicazioni operative per lo svolgimento delle procedure di affidamento diretto dei servizi e delle forniture ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. a) e lett. b), D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)* del 3/12/2020 già diffuse dall’Osservatorio regionale dei contratti pubblici.

Il ricorso all’affidamento diretto “puro” ex art. 36, co. 2, lett. a) rientra nell’esercizio della discrezionalità dell’amministrazione a fronte di acquisti di importo inferiore alla soglia indicata. Anzi, l’impiego di tale “procedura”, ricorrendo il presupposto economico, è altresì espressione del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo, quale corollario di quello di semplificazione dell’azione amministrativa.

Autorità Nazionale Anticorruzione, Delibera n. 131 del 12 febbraio 2020. indagine di mercato attraverso avviso di manifestazione di interesse preordinata all’individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura ex art. 36, D.Lgs. n. 50/2016 - CIG - non richiesta

L’ANAC, nella delibera n. 131/2020, modificando negli stessi termini anche la FAQ relativa agli obblighi di comunicazione (la n. A45) chiarisce che “l’indagine di mercato preordinata

a individuare gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del decreto legislativo n. 50/2016 non comporta l'obbligo di acquisizione di un CIG”.

Tanto in considerazione del carattere dell'indagine di mercato di operazione preliminare allo svolgimento di una futura procedura di selezione.

Si ricorda che l'indagine di mercato, accanto al ricorso agli elenchi precostituiti di operatori economici, costituisce una modalità prevista dalle Linee Guida n. 4, in vigore fino all'adozione del Regolamento di esecuzione, integrazione e attuazione del Codice, attraverso la quale la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare nell'ambito delle procedure per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie.

A tali indagini, le stazioni appaltanti assicurano l'opportuna pubblicità pubblicando un avviso sul profilo di committente, nella sezione «Amministrazione trasparente» sotto la sezione «Bandi e contratti» o ricorrendo ad altre forme di pubblicità.

A questo proposito, l'Autorità coglie l'occasione per chiarire che - in considerazione dell'identità delle comunicazioni che costituiscono oggetto degli adempimenti di cui agli artt. 29 e 73, D.Lgs. n. 50/2016 e art. 1, co. 32, L. 190/2012 - all'adempimento degli obblighi di pubblicazione sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC di cui agli artt. 29 e 73, D.Lgs. n. 50/2016, si provvede mediante la trasmissione annuale della comunicazione attestante l'avvenuto adempimento degli obblighi di pubblicazione sui propri siti internet delle informazioni di cui all'art. 1, comma 32, L. n. 190/2012, previsto dalla richiamata determinazione n. 39 del 20 gennaio 2016 (art. 8).

In altre parole, data la coincidenza delle informazioni oggetto degli adempimenti, l'adempimento degli obblighi di pubblicazione di cui agli articoli 29 e 73, D.Lgs. n. 50/2016, può ritenersi assolto mediante l'adempimento degli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 1, co. 32, L. n. 190/2012 cui, ai sensi della det. n. 31/2016 dell'Autorità, si adempie mediante la *“la trasmissione annuale della comunicazione attestante l'avvenuto adempimento degli obblighi di pubblicazione sul profilo di committente”*.

SOTTO-SOGLIA - PROCEDURA “NEGOZIATA” - INDAGINE DI MERCATO CON PREVISIONE DI UNA LIMITAZIONE AGLI INVITI - PRINCIPIO DI ROTAZIONE - APPLICABILITA' - PREVISIONE NELL'AVVISO PUBBLICO - LEGITTIMITA'

TAR Marche, Sez. I, 13 marzo 2020, n. 187

Il Giudice amministrativo afferma la legittimità dell'operato della Stazione appaltante che, nell'avviso pubblico finalizzato all'individuazione degli operatori economici da invitare ad una procedura di gara ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, stabilisce che il gestore uscente non sarebbe stato invitato alla procedura, in applicazione del principio di rotazione.

Ancorché non precisato espressamente nelle modalità, si chiarisce nella sentenza che *“la stazione appaltante ha operato una preventiva limitazione del numero degli operatori da selezionare (cfr., determinazione dirigenziale n. 4128 del 18 dicembre 2019)”*.

Ne deriva che la pronuncia non si discosta dalla giurisprudenza ormai assolutamente maggioritaria in tema di applicazione del principio di rotazione ma, anzi, afferma che la previsione della citata preclusione nello stesso avviso pubblico (*id est* nell'indagine di mercato finalizzata all'acquisizione di manifestazioni di interesse per l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura) non è causa di illegittimità dell'atto. Invero, *“parte ricorrente assume che la rigida applicazione, da parte dell'Amministrazione, del principio di rotazione, interpretato alla stregua di un requisito di partecipazione, contrasterebbe con la previsione di una procedura aperta, che, per sua definizione, è rivolta a qualsiasi operatore economico che intenda manifestare il proprio interesse”*; *“la stessa sostiene, ancora, che l'Amministrazione avrebbe applicato il principio di rotazione in maniera acritica e sproporzionata, sostanzialmente individuando una causa di esclusione automatica in spregio al principio di libera concorrenza con cui il principio di rotazione avrebbe dovuto, invece, essere coordinato. Ciò sia per il richiamo, contenuto nell'art. 36 del Codice appalti, all'art. 30, comma 1, del medesimo Codice, nonché in virtù di quanto previsto dalle Linee Guida ANAC n. 4, sia perché, nell'ambito delle procedure negoziate, il principio di rotazione può trovare la sua giustificazione quando partecipino più operatori economici e non anche quando prendano parte, ad esempio, due soli concorrenti; una eccessiva riduzione della platea dei potenziali competitors, infatti, finirebbe con il diminuire o annullare ogni forma di confronto concorrenziale”*.

Il Collegio, richiamati i principi ormai consolidati nella giurisprudenza amministrativa, respinge il ricorso in quanto *“è indubbio che l'Avviso pubblico in questione è volto ad acquisire manifestazioni di interesse “per l'individuazione di operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata” finalizzata all'affidamento di un appalto “sotto soglia”, rispetto alla quale la stazione appaltante ha operato una preventiva limitazione del numero degli operatori da selezionare (cfr., determinazione dirigenziale n. 4128 del 18 dicembre 2019), il fatto che parte ricorrente abbia beneficiato di precedenti affidamenti legittima la scelta della stazione appaltante di non invitare il gestore uscente alla selezione”* *“ciò in quanto, nelle procedure di tipo ristretto o negoziato, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e, conseguentemente, ove la stazione appaltante intenda procedere all'invito del precedente affidatario e ove questi poi risulti aggiudicatario, la stessa dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, TAR Lazio Roma, sez. II, 3 giugno 2019, n. 7062, che richiama Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524), pertanto, corollario di quanto appena enunciato è che non occorre invece motivare la scelta di non invitare alla procedura il gestore uscente, stante l'obbligo ex lege di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia; né il precedente gestore può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitato alla nuova gara”*.

1.SOTTO-SOGLIA - PROCEDURA “NEGOZIATA” - ELENCO DI OPERATORI ECONOMICI - PRINCIPIO DI ROTAZIONE - APPLICABILITA’

2.INDICAZIONE SEPARATA DEGLI ONERI DI SICUREZZA AZIENDALE IN SEDE DI OFFERTA - OBBLIGO EX LEGE - ARTT. 95, CO. 10; 83, CO. 9, D.LGS. N. 50/2016

3.MANCATA INDICAZIONE SEPARATA DEI COSTI DELLA MANODOPERA - INDICAZIONE SUFFICIENTE IN CONCRETO - MERA IRREGOLARITA’

TAR Puglia Bari, sez. III, 9 marzo 2020, n. 370

1. Il Collegio, collocandosi nel solco della giurisprudenza prevalente in materia di operatività del principio di rotazione, afferma la legittimità della sua applicazione a una procedura “negoziata” (affidamento diretto ex art. 36, co. 2, lett. b), D.Lgs. N. 50/2016) nella quale la Stazione appaltante - la Regione Puglia - ha invitato gli operatori economici iscritti nella categoria merceologica di riferimento della piattaforma Empulia, con esclusione del gestore uscente, *“non atteggiandosi la procedura espletata a vera e propria procedura aperta”*; aggiungendo altresì che *“la corretta esecuzione del precedente appalto (invero riconosciuta dalla stazione appaltante) è ininfluente rispetto all’operatività del principio stesso (cfr.: Cons. Stato IV, n. 7539 del 2019; T.a.r. Sardegna Cagliari I, n. 8/2020)”*.

Si ricorda, infatti, che le Linee Guida n. 4 di ANAC richiamano *“il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale”*, unitamente alla *“ristrettezza del mercato”* e alla *“competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel mercato di riferimento”* tra i motivi che possono essere adottati dalla stazione appaltante a fondamento del “reinvito” rivolto al gestore uscente.

Con la pronuncia in commento, il T.A.R. chiarisce che la richiamata sussistenza di una di tali ragioni, eventualmente ricavabile dagli atti della stazione appaltante, come nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, non è di per sé sola sufficiente a giustificare una deroga all’applicazione del principio di rotazione.

Si segnala inoltre che torna anche nella pronuncia in commento, come nella precedente, il chiarimento in merito alla distinzione tra la “procedura negoziata” per acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria di cui all’art. 36, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016 la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ex art. 63, D.Lgs. n. 50/2016, avendo la ricorrente dedotto l’illegittimità del ricorso alla “procedura negoziata” in assenza di condizioni di urgenza. Il Collegio si esprime in questi termini: *“Non rileva, dunque, la pretesa violazione dell’art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016, riferita alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, dal momento che nella fattispecie - ricorrendo i presupposti di cui all’art. 36 del Codice - l’utilizzo delle procedure ordinarie resta una facoltà consentita alla Stazione appaltante, la cui valutazione rientra nell’esercizio della discrezionalità amministrativa, sindacabile unicamente per contraddittorietà, irrazionalità o illogicità manifesta”*.

2. *“L’obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta discende chiaramente dal combinato disposto dell’articolo 95, comma 10, del*

Codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo”, **anche nell'ipotesi in cui tale obbligo non sia specificato nella lex specialis (cfr.: Cons. Stato n. 604/2020 in cui è stata richiamata la pronuncia della Corte di Giustizia del 2 maggio 2019, C-309/18; cfr., anche T.a.r. Napoli n. 4930/2019)”**.

3.”La prevalente giurisprudenza, formatasi proprio con riferimento alla verifica dei costi della manodopera, ha statuito “l'impossibilità di ritenere il provvedimento di aggiudicazione impugnato inficiato da un vizio invalidante per ragioni meramente formali, quali la mancata verifica della congruità dei costi di manodopera, non supportate dal corrispondente rilievo sostanziale dell'effettiva insufficienza di tali costi. Invero, l'eventuale mera mancata verifica di tali costi, correttamente evidenziati nell'offerta dell'aggiudicatario, e in concreto indicati in modo sufficiente, rimane nel novero delle mere irregolarità, e non assurge alla natura di vizio invalidante. Non è sufficiente a invalidare l'aggiudicazione effettuata un eventuale mero errore formale della commissione, in assenza di qualsiasi deduzione (supportata da elementi di prova) sul fatto che tale errore abbia prodotto conseguenze sostanziali” (cfr.: T.a.r. Sicilia Palermo I, n. 1321 del 14.05.2019). “Peraltro, non sussiste un obbligo di motivazione puntuale e analitica neanche in presenza di costi della manodopera inferiori rispetto a quelli predeterminati nelle tabelle ministeriali, ogniqualevolta la Stazione appaltante abbia escluso un giudizio di anomalia o di incongruità nell'offerta, “poiché solo in caso di giudizio negativo sussiste l'obbligo di una motivazione puntuale” (cfr., ex multis, Cons. Stato IV n. 7128/2018, idem n. 6430/2018, idem n. 2951/2018 e idem n. 1922/2019, nonché T.a.r. Lecce I n. 974/2019)”.

Ancora conferme, quindi, da parte del Giudice amministrativo rispetto all'orientamento ormai prevalente in giurisprudenza in materia di applicazione del principio di rotazione degli inviti, come esposto al par. 2.3 delle “*Indicazioni operative per lo svolgimento delle procedure di affidamento diretto dei servizi e delle forniture ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) e lett. b), D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)*” del 3/12/2020 già diffuse dall'Osservatorio regionale dei contratti pubblici.

APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE		
MODALITA' DI SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA EX ART. 36, CO. 2, LETT. B)	CON ROTAZIONE	SENZA ROTAZIONE
INDAGINE DI MERCATO TRAMITE AVVISO DI MANIFESTAZIONE DI INTERESSE	INVITO RIVOLTO NON A TUTTI MA SOLO A UNA PARTE DI OPERATORI ECONOMICI	INVITO A <i>TUTTI</i> GLI OPERATORI ECONOMICI CHE HANNO DICHIARATO INTERESSE A PARTECIPARE ALLA PROCEDURA
ELENCHI DI OPERATORI ECONOMICI	SEMPRE (ANCHE OVE SI INVITINO TUTTI GLI OPERATORI ECONOMICI ISCRITTI)	

Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2020, n. 2148

La stazione appaltante aveva indetto una procedura ristretta per *“la conclusione di un accordo quadro della durata di tre anni con un unico operatore economico per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici elettrici dei Laboratori Nazionali di Legnaro, della sottoscrizione di trasformazione 132/20 KV, delle cabine 20 KV/400 V, dei cablaggi e dei sistemi di controllo e supervisione, comprensive di opere murarie e accessorie”* per un importo complessivo di € 800.000,00.

Nella fase di prequalificazione degli operatori erano pervenute delle domande, ma nessuna offerta era stata ritenuta appropriata in fase procedurale. Dei due operatori ammessi, infatti, solo l'appellante aveva rispettato i termini previsti dalla lettera di invito ma, per la mancanza di un requisito richiesto dai documenti di gara, la sua offerta veniva valutata come non appropriata.

La procedura, quindi, era dichiarata deserta e veniva disposto l'avvio di una nuova procedura di gara per l'affidamento dell'appalto mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016, alla quale veniva stabilito che non dovesse essere invitato l'operatore economico uscente, *“in ossequio ai principi di concorrenza e di rotazione, secondo le indicazioni contenute nelle Linee Guida Anac n. 4”*.

Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto il gestore uscente ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura sulla base di quattro motivi. Tra questi, viene contestato il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 63, D.Lgs. n. 50/2016 e l'applicabilità alla fattispecie (e comunque la falsa applicazione) delle note Linee Guida n. 4 dell'ANAC e la conseguente previsione dell'obbligo di non invitare alla nuova procedura il gestore uscente del servizio. Quanto al ricorso alla procedura ex art. 63, nel confermare sul punto la sentenza di primo grado che aveva statuito che la fattispecie rientrasse nell'ipotesi di mancata presentazione di offerte appropriate, il Collegio chiarisce che:

- *“l'art. 63 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara), comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 consente l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, “a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta”*,

e, quindi, che

- *“per offerta non appropriata è da ritenersi quella che “non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara”, “mentre per domanda inappropriata si intende il caso in cui “l'operatore economico interessato deve essere o può essere escluso ai sensi dell'articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83”*, concludendo che *“La norma, quindi, distingue tra il caso in cui alcuna domanda di partecipazione sia pervenuta - ovvero alcuna domanda di*

partecipazione appropriata sia pervenuta in esito alla precedente procedura - da quello in cui non vi sia stata nessuna offerta o nessuna offerta sia stata ritenuta appropriata; in entrambi i casi, comunque, la procedura si è conclusa senza una valida aggiudicazione; si tratta di situazioni tra loro alternative e non cumulabili”.

Con riferimento alla decisione del giudice di prime cure di considerare corretta la scelta della stazione appaltante di non invitare il gestore uscente alla nuova procedura di gara negoziata, in applicazione delle indicazioni contenute nelle Linee Guida ANAC n. 4, il Collegio afferma che *“nessuna delle ragioni indicate dall’appellante può ragionevolmente giustificare l’adozione di una deroga all’applicazione del predetto principio di carattere generale:*

- non la circostanza che in precedenza (nel 2014) avesse ottenuto l’affidamento del medesimo appalto quale vincitore di una procedura aperta; la giurisprudenza ha già chiarito che (anche alla luce delle Linee guida ANAC n. 4 nella versione adottata con delib. 1 marzo 2018, n. 206, punto 3.6) il principio di rotazione è inapplicabile nel solo 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, mentre, in ogni altro caso, il solo fatto oggettivo del precedente affidamento - a prescindere dalla modalità con la quale sia avvenuto - 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 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875; V, 5 novembre 2019, n. 7539)”;

- “non il differente contesto nel quale i lavori oggetto del nuovo affidamento dovranno essere eseguiti: in coerenza con le citate Linee Guida ANAC n. 4 - per le quali “Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all’affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi” - la giurisprudenza ha riconosciuto l’inapplicabilità del principio di rotazione solamente nel caso di “sostanziale alterità qualitativa”, ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell’attuale affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524); situazione, di certo, non ricorrente nella vicenda de qua ove il precedente appalto (del 2014) aveva ad oggetto, come quello attuale, “l’affidamento di un accordo quadro della durata di 3 anni - con unico operatore economico - per i lavori di manutenzione ordinaria della sottostazione di trasformazione in esecuzione blindata 123/20 KV e della manutenzione elettrica industriale, civile, comprensiva di opere murarie degli impianti elettrici dei laboratori nazionali di Legnaro dell’I.N.F.N.”, non potendo rilevare, alla luce dei predetti criteri, che per il nuovo affidamento la stazione appaltante abbia previsto la possibilità che l’attività si svolgesse in zone a rischio di radiazioni ionizzanti (aree classificate ai sensi del d.lgs. 230/95), trattandosi comunque di attività aventi identica natura (lavori di manutenzione)”;

- “neppure v’è contraddittorietà tra la scelta della stazione appaltante, effettuata nel 2017, di indire una procedura di gara aperta per l’affidamento del servizio e la successiva decisione di procedere in via negoziata senza pubblicazione del bando: basterebbero le considerazioni precedentemente esposte sul carattere generale del principio di rotazione in caso di adozione di una procedura ristretta e sulla sua inapplicabilità in caso di procedura aperta a respingere la censura, ma decisivo in tal senso è, specialmente, la circostanza che la stazione appaltante ha deciso di procedere al nuovo affidamento a

mezzo procedura ristretta senza previa pubblicazione del bando per essersi trovata nella condizione di cui all'art. 63, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”.

Quindi, conclude il Collegio, “la scelta dell’ [...] di procedere al nuovo affidamento mediante procedura ristretta senza pubblicazione del bando, con esclusione, in attuazione del principio di rotazione, dell’operatore uscente non necessita di espressa motivazione, avendo fatto applicazione di un principio di carattere generale”.

Si segnala, in particolare, il ricorso agli schemi di cui alle Linee Guida n. 4, dettate per le procedure di cui all'art. 36, D.Lgs. n. 50/2016, in tema di applicazione del principio di rotazione, per le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di cui all'art. 63 dello stesso decreto.