**SUL DIRITTO SOPRAVVENUTO E SULLA VINCOLATIVITA’ DEGLI ATTI DI GARA**

**TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 13 settembre 2019 n. 2184**

**Sull'irrilevanza del diritto sopravvenuto al bando**

1. Le procedure di affidamento di contratti pubblici sono disciplinate dalla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando e restano, perciò, insensibili allo *ius superveniens* giacché, diversamente, sarebbero sacrificati i valori della certezza e del buon andamento, insieme all’affidamento dei concorrenti, i quali si vedrebbero esposti – senza potervi reagire – alla maturazione di esiti imprevedibili della gara, dovuti al mutamento delle regole in corso d’opera.

2. La P.A. è tenuta ad applicare rigidamente le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d’invito, costituisce la *lex specialis* della procedura a evidenza pubblica, che **non può essere disapplicata** nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, **salvo l’esercizio del potere di autotutela**, la cui attivazione pertiene, però, alla sfera della **discrezionalità amministrativa**.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 settembre 2019 n. 6158**

**Sulla stipula di un contratto con durata ridotta rispetto alla previsione del bando**

Legittimamente la P.A. per un servizio pubblico (nella specie si trattava del servizio di refezione scolastica) originariamente previsto per una durata quinquennale, nel pronunciare l’aggiudicazione definitiva, prevede che tale servizio avrà durata triennale, in considerazione del fatto che, a causa di un contenzioso, il servizio – che avrebbe dovuto avere inizio il 1° settembre 2016 – poteva avere inizio solo dal 1° settembre 2018. Invero, ragioni varie possono determinare la dilatazione dei tempi di affidamento di un appalto a conclusione di una procedura di gara; qualora si sia eroso di molto il tempo originariamente fissato di durata del contratto, è la stazione appaltante a dover valutare se conviene dar seguito alla stipulazione contrattuale – che, inevitabilmente, avrà durata limitata – ovvero indire una nuova procedura di gara per un contratto che abbia durata integra.

Anche se il ritardo non era imputabile alla ditta aggiudicataria, questa constatazione non è motivo per disporre una modifica delle condizioni contrattuali come previste dal bando di gara; è possibile che il ritardo abbia comportato conseguenze pregiudizievoli per l’aggiudicataria – sicuramente sulla maturazione dei requisiti di capacità tecnica da spendere in gare successive – ma il rimedio non era quello della modifica della durata del contratto come originariamente prevista nel bando di gara.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 11 novembre 2019 n. 825**

**Sulla distinzione tra rinnovo e proroga**

In ordine alla distinzione tra rinnovo e proroga contrattuale, deve ritenersi che, mentre in caso di rinnovo la P.A. dà luogo ad una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l’integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali, in ipotesi di mera proroga si conviene soltanto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall’atto originario; con la conseguenza che soltanto in ipotesi di proroga contrattuale, e non anche in caso di rinnovo, si applica la revisione dei prezzi.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 25 novembre 2019 n. 1277**

**Sulla portata dei chiarimenti**

Nelle gare di appalto, deve escludersi che l’Amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* della procedura. I chiarimenti sono infatti ammissibili soltanto nella misura in cui rivestano una finalità interpretativa, contribuendo, con un’operazione di mera ermeneutica del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la *ratio*; tale ammissibilità va invece esclusa allorquando, mediante l’attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando **un significato ed un portata diversa o maggiore** rispetto a quella che risulta dal testo, così violando il rigoroso principio del rispetto formale della *lex specialis*, posto a presidio dei principi di *par condicio competitorum*, nonché di legalità, trasparenza, buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 Cost..

**Sull’obbligo di motivazione per la scelta del criterio del prezzo più basso**

E’ illegittima la *lex specialis* di una gara che prevede, quale criterio di aggiudicazione, quello del minor prezzo *ex* art. 95, comma 4, lett. b), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, richiamando *sic et simpliciter* la previsione normativa che fonda la scelta del criterio di aggiudicazione de quo, senza accompagnare detto richiamo con un apparato motivazionale adeguato – come richiesto dalla previsione di legge – a supporto giustificativo della scelta.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 23 settembre 2019 n. 6326**

**Sull’ammissibilità delle varianti per sopravvenienze normative**

Le sopravvenienze normative possono comportare la necessità di introdurre una variante soltanto allorquando abbiano carattere oggettivo e la stazione appaltante non può gestire la nuova esigenza facendo ricorso a strumenti diversi dalla variante contrattuale, tra cui la proroga tecnica.

Premessa la tassatività delle ipotesi in cui la stazione appaltante può modificare il contratto di appalto senza dover indire una nuova procedura di evidenza pubblica, per “sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti”, si intende qualsiasi introduzione o modifica, sia questa legislativa o conseguente all’adozione di un regolamento/provvedimento, che incida sul quadro normativo vigente al momento della pubblicazione del bando di gara.

Nel quadro così delineato, non è necessario che la nuova norma preveda espressamente un obbligo di variante contrattuale, ma può determinare solo implicitamente la necessità di adottare la variante per rendere il contratto di appalto compatibile con la nuova normativa.

Al fine di evitare un uso distorto della variante, la “necessità di modifica” deve assumere carattere oggettivo, e non dipendere da valutazioni che siano rimesse al mero arbitrio della PA.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III – sentenza 13 dicembre 2019 n. 2881**

**Sulla possibilità di una modifica soggettiva del concorrente**

La disciplina di cui all’art. 51 del d.lgs. n. 163/2006 (la quale prevedeva che il cessionario o l’affittuario di un’azienda o di un ramo d’azienda subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all’aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara), pur non essendo stata riprodotta nel nuovo codice dei contratti di cui al d.lgs n. 50 del 2016 (che, all’art. 106, contempla espressamente soltanto la modifica del contraente), può ritenersi tuttora applicabile.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 24 gennaio 2020 n. 607**

***Sul favor patecipationis e sull’interpretazione della clausola dubbia***

1. Nelle gare di appalto, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis (una avente quale effetto l’esclusione dalla gara e l’altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all’opzione che, ove condivisa, comporterebbe l’esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l’ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor partecipationis e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale. D’altra parte, il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l’interesse pubblico alla selezione dell’impresa più idonea, è ulteriormente ribadito dall’art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) «sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione».

***Sulla clausola del servizio svolto nel triennio***

2. La clausola del bando di gara la quale prevede che «il concorrente deve aver eseguito nell’ultimo triennio servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto, erogando un numero di pasti all’anno non inferiore a n. 70.000 senza revoche di contratto», con l’ulteriore precisazione che «la comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all’art. 86 e all’allegato XVII, parte II, del Codice» dei contratti pubblici non può essere interpretata nel senso che, ai fini della partecipazione alla gara, è necessario aver erogato almeno settantamila pasti in ogni singolo anno del triennio. Deve, al contrario, ritenersi che un’interpretazione conforme alla lettera della clausola conduca a intendere le locuzioni in esame come indicazione di una necessaria media ponderata sul periodo di riferimento: solo in questo modo è infatti possibile dare un senso alla parola “triennio”, che indica un intervallo di durata (id est: un periodo unitario), ove poi la distinta locuzione “all’anno” (contenuta nella seconda proposizione, successiva alla virgola) indica correttamente il valore per indicare la media.

3. Nelle gare di appalto, per le imprese di nuova e recente costituzione, il giudizio di idoneità sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria astrattamente previsti dal bando deve essere formulato in concreto; diversamente opinando, si attribuirebbe al comma 4 dell’art. 86 del D.Lgs. n. 50 del 2016 un’interpretazione abrogatrice, che in sostanza rende immutabile la scelta preventiva fatta in sede di definizione nel bando di gara dei requisiti di capacità economica e finanziaria e che non consente agli operatori che per impedimenti oggettivi e giustificati non posseggono questi ultimi di offrire prove alternative.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 8 novembre 2018 n. 2122**

**Sull’illegittimità della proroga non prevista nell’avviso iniziale**

E’ illegittimo il provvedimento di proroga di un contratto di appalto (nella specie avente ad oggetto il servizio di erogazione di sostanze alimentari e bevande a mezzo distributori automatici) che sia motivato con riferimento al fatto che, tra la P.A. e la ditta interessata, è intervenuto un atto di transazione, con reciproche concessioni tra le parti e, in particolare con il riconoscimento, da un lato, di un canone aumentato e, dall’altro, di maggiori spazi ove installare i distributori e di una proroga del servizio per ulteriori sette anni. L’art. 31, comma 1, n. 4, lett. b), Direttiva 2004/18 consente il rinnovo dell’affidamento solo quando ricorrono le condizioni in esso indicate, tra le quali rileva che la possibilità del rinnovo sia indicato sin dall’avvio del confronto competitivo e l’importo totale previsto per la prosecuzione sia individuato nel bando.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**SUL PRINCIPIO DELLA CONCORSUALITA’**

**TAR LAZIO – ROMA, SEZ. III *quater* – sentenza 5 novembre 2019 n. 12667**

***Sul concetto di lotto funzionale o prestazionale***

Ai sensi dell’art. 51 del d.lgs. 50/2016 (il quale – al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese – prevede che le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali), per «lotto funzionale» si intende uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti e per «lotto prestazionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 2 gennaio 2020 n. 25**

**Sulla suddivisione in lotti e sul relativo obbligo motivazionale**

1. Negli appalti pubblici, la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall’ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza; a tal fine, quale corollario dell’effettività della regola generale, è posta la previsione di un specifico obbligo di motivazione (art. 51 del d.lgs. n. 50/2016), proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza.

2. Anche se è vero che l’art. 51 d.lgs. n. 50/2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall’art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006, tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139”. Il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata ed è espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell’adeguatezza dell’istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto “di grosse dimensioni” in lotti”.

***Sull’ammissibilità di un unico appalto per attività di portierato e vigilanza***

3. Negli appalti pubblici, le attività di “portierato” e “vigilanza” sono nettamente distinte tra di loro, atteso che la prima è diretta ad assicurare l’ordinato utilizzo degli immobili e non richiede il possesso di autorizzazioni di pubblica sicurezza, mentre la seconda è invece preordinata a contribuire alla preservazione dell’ordine e della sicurezza pubblica.

4. Anche se sussiste una differenza tra i servizi di vigilanza e portierato – la vigilanza privata caratterizzandosi per l’esercizio di poteri di intervento diretto per la difesa dell’immobile, laddove l’attività di portierato o di guardiania non implica un obbligo di difesa attiva, ma solo passiva, degli immobili – cionondimeno è innegabile una certa loro correlazione funzionale, nel senso che la difesa attiva si innesta e consegue ad attività di controllo dei luoghi e di segnalazione di situazioni di allarme. In relazione a tale contiguità tecnico-operativa tra i due servizi, è da ritenere legittimo un loro accorpamento funzionale nell’ambito della stessa gara di appalto.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 27 novembre 2019 n. 1288**

**Sulla suddivisione in lotti (sull’illegittimità dei macro lotti e senza limiti all’aggiudicazione)**

1. Nel campo degli appalti pubblici, la tendenziale preferenza dell’ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.lgs. n. 50/2016, ma anche, e soprattutto, sull’esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento della gara, ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto.

2. E’ **illegittimo** il bando con il quale è stata indetta una gara di elevatissima dimensione economica (nella specie, quasi 140 milioni di euro) ed operativa (nella specie, per un periodo prolungato, di 5 anni estendibili a 7, che interessava circa il 60-65% del mercato regionale) per l’affidamento di un servizio standardizzato (nella specie, per l’affidamento del servizio di lavanolo biancheria, materasseria, capi di vestiario per le Aziende Sanitarie), strutturandola in soli cinque lotti, in luogo di un numero maggiore, senza prevedere limiti all’aggiudicazione di tutti i lotti, ove le ragioni sottese alla suddivisione dell’appalto in cinque macro lotti, senza vincolo di aggiudicazione, non siano state adeguatamente indicate negli atti di gara, dai quali emerge, in buona sostanza, solo un richiamo alla dislocazione territoriale delle Aziende sanitarie.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I – sentenza 9 dicembre 2019 n. 514**

***Sulla non rilevanza dell’IVA***

1. Le somme dovute ai fini dell’imposta valore aggiunto (i.v.a.) non possono essere giuridicamente ricondotte al valore dell’appalto, essendone espressamente vietata l’inclusione ai sensi dell’art. 35, 4° co., D. Lgs. n. 50 del 2016, secondo il quale l’importo importo totale pagabile (per l’appunto: il valore dell’appalto) deve essere sempre stimato “al netto dell’IVA”.

***Sulla suddivisione in lotti***

2. La suddivisione dell’appalto in lotti è da ritenere espressiva di un’opzione discrezionale, soggetta, come tale, al sindacato di logicità e ragionevolezza, nel cui alveo deve essere fatto rientrare lo scrutinio avente innanzitutto ad oggetto la verifica dell’osservanza del divieto (introdotto dall’art. 35, 6° co., secondo periodo, D. Lgs. n. 50 del 2016) di mero frazionamento della procedura “allo scopo di evitare l’applicazione delle norme del … codice”, ovvero, in seconda battuta, l’accertamento delle ragioni che giustificherebbero non tanto il frazionamento in sé, ma piuttosto (come traspare dal dato testuale della norma considerata) la scelta di disapplicare la disciplina comunitaria (scelta da reputarsi non illegittima quando tale scopo sia oggettivamente giustificato) mediante la segmentazione della procedura in più appalti di valore inferiore alle soglie di riferimento.

***Sull’esclusione del concorrente non invitato***

3. Nel caso di procedura di selezione del contraente correttamente avviata nella forme negoziali, indicate dall’art. 36, D. Lgs. n. 50 del 2016, vertendosi di un appalto di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, non sussiste lo spazio giuridico e nel contempo operativo per permettere l’ingresso di ditte non inizialmente selezionate dall’Amministrazione, in quanto consentire ad ogni operatore economico, non invitato dall’amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell’esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza delineata dal citato art. 36 e ripristinare l’ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 4 settembre 2019 n. 1490**

***Sull'illegittimità di una vendita senza pubblico incanto di un bene sdemanializzato***

E’ illegittima una delibera del Consiglio comunale con cui è stata disposta la sdemanializzazione di un reliquato stradale e la vendita a trattativa privata (nella specie agli occupanti abusivi) per violazione, oltre che dell’art. 12, comma 2, della l. n. 127/1997, dell’art. 37 del r.d. 827/1924, a norma del quale «tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli», e del successivo art. 41, comma 1, ove sono elencate le ipotesi in cui è esperibile la trattativa privata.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CORTE DI GIUSTIZIA UE, sentenza 06 giugno 2019, n. C-264/18**

**Sulla non riconducibilità dei servizi legali alla disciplina del codice dei contratti**

Per quanto riguarda i servizi forniti da avvocati, di cui all’articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24, dal considerando 25 di tale direttiva risulta che il legislatore dell’Unione ha tenuto conto del fatto che tali servizi legali sono di solito prestati da organismi o persone designati o selezionati secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti pubblici in determinati Stati membri, cosicché occorreva escludere tali servizi legali dall’ambito di applicazione della direttiva in parola.

A tale riguardo, occorre rilevare che l’articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24 non esclude dall’ambito di applicazione di detta direttiva tutti i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un’amministrazione aggiudicatrice, ma unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell’ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, ma anche la consulenza legale fornita nell’ambito della preparazione o dell’eventualità di un siffatto procedimento. Simili prestazioni di servizi fornite da un avvocato si configurano solo nell’ambito di un rapporto intuitu personae tra l’avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza.

Orbene, da un lato, un siffatto rapporto intuitu personae tra l’avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del suo difensore e dalla fiducia che unisce il cliente al suo avvocato, rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare. Dall’altro, la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente, il cui oggetto consiste, tanto nel salvaguardare il pieno esercizio dei diritti della difesa dei singoli quanto nel tutelare il requisito secondo il quale ogni singolo deve avere la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, potrebbe essere minacciata dall’obbligo, incombente sull’amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni.

Ne consegue che, alla luce delle loro caratteristiche oggettive, i servizi di cui all’articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24, non sono comparabili agli altri servizi inclusi nell’ambito di applicazione della direttiva medesima. Tenuto conto di tale differenza oggettiva, è altresì senza violare il principio della parità di trattamento che il legislatore dell’Unione ha potuto, nell’ambito del suo potere discrezionale, escludere tali servizi dall’ambito di applicazione di detta direttiva.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**SULLE CONCESSIONI**

**TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 6 settembre 2019 n. 955**

**Sull’illegittimità di una concessione affidata senza l’esperimento di procedura selettiva**

E’ legittimo, in quanto supportato da adeguata motivazione, il provvedimento con il quale la P.A. ha annullato in autotutela una concessione idraulica (nella specie, si trattava di una concessione idraulica di un area di mq. 1.350 con annesso capanno palustre), che sia motivato con riferimento al fatto che il rilascio della concessione è avvenuto senza il preventivo esperimento di una procedura concorrenziale.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 18 novembre 2019 n. 7874**

***Sulla necessità della procedura selettiva per le concessioni demaniali***

1. I principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016, sono applicabili anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all’art. 37 del codice della navigazione; la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un’occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione, segnalando l’esigenza di una effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte.

2. In seguito alla soppressione, ai sensi dell’art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25), dell’istituto del “diritto di insistenza”, ossia del diritto di preferenza dei concessionari uscenti, l’amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della *par condicio*, dell’imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 26 aprile 2019 n. 343**

**Sulla distinzione tra concessione e contratto**

1. Il tratto distintivo che differenza la concessione dal contratto di appalto è rappresentato dalla sussistenza di un rischio operativo sostanziale, da ultimo definito dal legislatore come “il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito all’operatore economico” (cfr. art. 3, lettera zz, del d. lgs. n. 50 del 2016).

2. Nel caso di rapporto di concessione, non sussiste in capo all’Ente concedente alcun obbligo alla riconduzione del contratto di concessione ad una dimensione di remuneratività economica.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VII – sentenza 21 maggio 2019 n. 2706**

**Sul criterio per determinare il valore della concessione**

E’ legittimo il provvedimento con il quale è stato annullato il bando di una concessione perché l’importo a base d’asta è stato determinato facendo esclusivamente riferimento al canone di concessione, dovendo tale determinazione considerarsi illegittima ai sensi dell’art. 8, comma 2, della direttiva 2014/23/UE, trasposto nell’art. 167 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dal cui contenuto si desume in maniera inequivocabile che il valore della concessione non può essere parametrato sic et simpliciter all’importo del canone concessorio.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 12 dicembre 2019 n. 2192**

**Sulla concessione di servizi e sulla preventiva stima (da parte della PA) del fatturato**

1. L’affidamento del servizio di gestione di distributori automatici di snack e bevande può essere ricondotto nell’ambito della concessione di servizi, che si differenzia dall’appalto di servizi, in quanto il corrispettivo della fornitura consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo; le concessioni di servizi, d’altra parte, sono assoggettate al rispetto dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, con residuale obbligo, pertanto, di indire procedure selettive che, anche attraverso una gara informale, assicurino il rispetto dei suddetti principi.

2. Nel caso di gara per la concessione di servizi, l’esatto computo del valore del contratto assume rilevanza anche per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, che si traducono nell’informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara; la mancata indicazione del valore stimato degli appalti, pone le imprese partecipanti alla gara in una situazione di estrema incertezza nella formulazione della propria offerta, atteso che il calcolo relativo alla determinazione dell’importo del servizio oggetto di concessione deve essere effettuato, tenendo conto dei ricavi ipotizzabili in relazione alla sua futura gestione.

3. Nel caso di gara per la concessione di servizi, il valore della concessione non può essere computato con riferimento al c.d. “ristorno” e cioè al costo della concessione, che è un elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica; ciò anche in relazione alla previsione contenuta nella direttiva 2014/23/UE, art. 8, comma 2.

4. Nel caso di gara per la concessione di servizi, la stima del fatturato non può essere demandata al concorrente anziché all’Amministrazione, né può essere desunta sulla base degli elementi contenuti nel capitolato speciale, perché in questa particolare tipologia di servizio è difficile dall’esterno compiere attendibili previsioni di stima, in quanto i fattori che incidono sui flussi di cassa dipendono da una molteplice varietà di condizioni, relative all’ubicazione delle strutture ospedaliere, alla collocazione dei distributori automatici, alle abitudini dell’utenza, alla localizzazione di altri punti di ristoro nell’ambito della stessa struttura ospedaliera, all’accesso di utenti esterni, e così via, tali da non consentire ai concorrenti di stimare in modo attendibile il fatturato sulla base dei soli elementi indicati nel capitolato speciale.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR SARDEGNA, SEZ. I - sentenza 18 giugno 2019, n. 547**

**Sulla distinzione tra concessione e locazione**

Non si è in presenza di un contratto di locazione allorché, pur se il contrato è così denominato ivi si utilizzano ripetutamente i termini “concessione” e “concessionario” e allorché detto contratto preveda lo svolgimento di numerose prestazioni -ad esempio, di organizzazione di attività ed eventi- obiettivamente estranee a un rapporto di locazione e piuttosto espressive di interessi pubblici connessi alla promozione dell’attività sportiva equestre e al rilancio turistico del territorio.

**Sulla distinzione tra concessione di bene pubblico e concessione di servizi**

La sola appartenenza del bene al patrimonio indisponibile non qualifica di per sé la concessione in termini di “concessione di beni”, essendo un simile automatismo certamente da escludere tutte le volte in cui, proprio come nel caso in esame, la natura pubblicistica del bene trovi fondamento nella sua strumentalità allo svolgimento di un servizio pubblico, secondo il criterio teleologico di cui all’art. 826, comma 2, c.c., giacché tale schema implica, per sua natura, una “coesistenza” tra natura pubblica del bene e funzione pubblica del servizio cui è destinato; in questi casi, dunque, compete all’interprete individuare, tra i due profili, quello in concreto prevalente e, come tale, capace di qualificare giuridicamente il rapporto.

Il *favor* ordinamentale per la figura della concessione di servizi, a discapito della concessione di beni, trovi giustificazione sotto un ulteriore profilo che, pur non rilevando direttamente nel caso in esame, costituisce un dato sistematico di sicuro riferimento: si tratta del fatto che l’affidamento delle concessioni di servizi -in quanto assoggettato alle regole del Codice dei contratti pubblici- è assoggettato a meccanismi “più sicuri”, sotto il profilo della tutela della trasparenza e della concorrenza, rispetto all’affidamento delle concessioni di beni, in relazione alle quali, come noto, tali principi vanno faticosamente affermandosi solo in tempi recenti e in via giurisprudenziale.

È per questa ragione che la stessa Autorità nazionale anticorruzione, con deliberazione n.1300/2016, ha ritenuto che la concessione di un impianto sportivo con rilevanza economica debba essere inquadrata nell’ambito delle concessioni di servizi, con ciò che ne consegue sulle procedure da utilizzare per l’affidamento, ritenendo che la fattispecie presenti tutti i presupposti di cui all’art. 3, comma 1, lett. vv), del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di contratto a titolo oneroso in cui il corrispettivo del concessionario è rappresentato dal profitto derivante dalla gestione dei servizi”.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**SUGLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA – (ROTAZIONE – ACCORDO QUADRO)**

**Corte dei Conti - sez. II giurisd. di appello, sentenza 29 novembre 2019 n. 431**

***Sul danno erariale in caso di affidamento diretto illegittimo***

L’espressione “danno da concorrenza”, nella giurisprudenza contabile, sta a indicare quella peculiare diminuzione patrimoniale che un’amministrazione subisce quando un contratto venga stipulato in violazione delle regole di evidenza pubblica, che impongono il previo esperimento di una gara al fine di garantire la possibilità di scegliere, nell’ambito di un adeguato numero di imprese partecipanti, la migliore offerta conseguibile per la acquisizione di beni e servizi.

La giurisprudenza amministrativa, con tale espressione, indica il danno risarcibile per equivalente in favore di un’impresa che non abbia avuto la possibilità di aggiudicarsi un contratto (si parla, infatti, di “*perdita di chance*”), o perché illegittimamente esclusa da una gara o perché, altrettanto illegittimamente, la gara non sia stata neppure espletata; danno che – ove ne ricorrano i presupposti – viene determinato in via equitativa, ai sensi dell’art. 1226 c.c., in una misura variabile tra il 5% e il 10% del valore del contratto, che costituisce, di regola, l’utile che l’impresa avrebbe potuto conseguire dall’esecuzione del contratto stesso.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CORTE DEI CONTI SEZ. GIUR. REG. LOMBARDIA - sentenza 19 luglio 2019 n. 196**

**Sul danno erariale in caso di prezzo sproporzionato**

Configura danno erariale patito dalla società *in house* Expo 2015 spa il prezzo palesemente eccessivo e sproporzionato pagato, nell’ambito di una fornitura complementare senza evidenza pubblica, alla società appaltatrice per la fornitura di essenze arboree.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 novembre 2019 n. 7539**

***Sull’inapplicabilità del principio di rotazione solo in caso di procedure aperte e non anche in caso di avvisi di manifestazione di interesse senza limite agli inviti***

L’art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 impone espressamente alle stazioni appaltanti nell’affidamento dei contratti d’appalto sotto soglia il rispetto del “principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti”.

***Sulla funzione di contrappeso del principio di rotazione***

Detto principio costituisce necessario **contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare** in caso di procedura negoziata; esso ha l’obiettivo di **evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l’effettiva concorrenza**, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all’amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (cfr. *ex* *multis*, Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

In questa ottica non è casuale la scelta del legislatore di **imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell’invito degli operatori alla procedura di gara**; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch’essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

Se è vero che l’art. 36, comma 7, d.lgs. n. 50 cit. rimette alle Linee guida A.N.A.C. di indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e che le Linee guida n. 4 nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 prevedevano (al punto 3.6) che “La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione”, **non può tuttavia dubitarsi che tale prescrizione va intesa nel senso dell’inapplicabilità del principio di rotazione nel 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.

***Sulla corretta interpretazione delle Linee Guide ANAC***

Diversamente opinando, stridente ed inconciliabile sarebbe il contrasto contenuto nel medesimo paragrafo delle citate Linee Guida laddove è precisato che “Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all’assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento”.

***Sull’obbligo dell’adeguata motivazione in caso di deroga alla rotazione***

In conclusione deve ragionevolmente ammettersi che il fatto oggettivo del precedente affidamento 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.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 22 gennaio 2020 n. 86**

***Sul principio di rotazione***

1. L’art. 36, comma 1, del del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sancisce, per i contratti sotto soglia, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti; tale principio, che è ribadito dall’art. 36, comma 2, lett. b, del medesimo decreto legislativo, è applicabile nell’ambito di una procedura negoziata di cui all’art. 36, 2° comma lett. b, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

2. In applicazione del principio di rotazione delle imprese, l’invito all’affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all’oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

3. La “ratio” del principio di rotazione – rappresentata dall’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione – induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento, e quindi anche se l’affidamento della concessione scaduta sia scaturito dall’adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall’aggiudicazione a seguito di procedura aperta.

4. Il principio di rotazione delle imprese è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio; ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata.

5. L’operatività del principio di rotazione non risulta per nulla ridotta dalla più recente giurisprudenza che ha escluso che possano assumere validità, ai fini dell’applicazione del principio di rotazione, affidamenti determinati da ragioni qualificate di urgenza e che abbiano avuto svolgimento “per un tempo estremamente limitato”, ove nella specie manchino elementi che possano portare a concludere per una caratterizzazione in termini d’urgenza dell’affidamento.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZ. I – sentenza 16 settembre 2019 n. 376**

**Sul principio di rotazione**

1. Il principio di rotazione delle imprese si riferisce propriamente non solo agli affidamenti ma anche agli inviti, orientando le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare per presentare le offerte ed assumendo quindi nelle procedure negoziate il valore di una sorta di contropartita al carattere “fiduciario” della scelta del contraente allo scopo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo.

2. E’ illegittima l’aggiudicazione di una gara nel caso di invito del precedente gestore del servizio, in violazione del principio della rotazione dlele imprese, ove la P.A. appaltante non abbia palesato le ragioni che l’hanno indotta a derogare a tale principio; infatti, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del gestore uscente, 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 all’oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (3).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 marzo 2019 n. 1524**

**Sul principio di rotazione (sulla necessità di motivare l’invito per l’uscente di gara aperta)**

Il principio di rotazione che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte trova fondamento nell’esigenza di **evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente** (**la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo “aperto”, “ristretto” o “negoziato”**), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolino l’ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la **distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione** tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (*recte*, negoziato), l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

**Rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento** in favore di un determinato operatore economico, **non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura**. Per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, 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, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell’Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4).

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 settembre 2019 n. 6160**

***Sulla ratio della limitazione degli inviti in caso di procedura negoziata***

Per le procedure negoziate è prevista una prima fase – di individuazione degli operatori tramite indagine di mercato ovvero consultazione di elenco di operatori economici precedentemente costituito – e una seconda fase, di vera e propria contrattazione, nella quale sono esaminate le offerte degli operatori precedentemente invitati a partecipare.

La procedura descritta si distingue, pertanto, dalle ordinarie procedure di affidamento per essere l’amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale a presentare la sua offerta e non, come normalmente accade, l’operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara.

Consentire, come ritenuto dal giudice di primo grado, ad ogni operatore economico, non invitato dall’amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell’esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l’ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative.

Contrasta con il *favor partecipationis* la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all’amministrazione e tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell’offerta ai soli operatori economici invitati è **necessitato dall’esigenza di celerità**, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell’amministrazione il **contrappeso è nel principio di rotazione**.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 4 giugno 2019 n. 3755**

**Sul principio di rotazione**

**Non occorre specifica motivazione per escludere l’affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio**, quanto piuttosto dell’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) e dell’applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che, nella fattispecie, si esplica consentendo ad operatori, diversi da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. I – sentenza 4 giugno 2019 n. 1380**

**Sull’inapplicabilità del principio di rotazione per una gara con diversa qualificazione**

1. Il principio di rotazione delle imprese non è applicabile nel caso in cui l’operatore economico sia stato invitato a differenti gare, per le quali era richiesta una diversa qualificazione.

2. Nel caso in cui l’Amministrazione abbia individuato gli operatori economici idonei a partecipare ad una procedura negoziata e, pertanto, invitati a partecipare alla stessa, non può negarsi ad un operatore economico non invitato, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell’amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell’offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l’offerta non è pervenuta tempestivamente e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità. Una simile interpretazione è conforme non solo al principio del *favor partecipationis*, costituendo piuttosto puntuale applicazione dell’altro fondamentale principio di concorrenza cui devono essere ispirate le procedure ad evidenza pubblica e rappresentando anche un ragionevole argine, sia pur indiretto e meramente eventuale, al potere discrezionale dell’amministrazione di scelta dei contraenti.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 gennaio 2019 n. 435**

**Sulla vincolatività del principio di rotazione degli inviti**

1. Negli affidamenti “sotto soglia”, il principio di rotazione delle imprese uscenti – per espressa disposizione dell’art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2018 n. 50 (secondo cui “L’affidamento e l’esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l’effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”) – opera già in occasione degli inviti.

2. La precipua tutela connessa al principio di rotazione negli affidamenti “sotto soglia” è quella, anticipata, mirante all’obiettivo di evitare che la gara possa essere falsata, a danno degli altri partecipanti, dalla partecipazione di un soggetto che vanta conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento. Ne deriva che l’esclusione del gestore uscente, non richiede alcuna prova della posizione di vantaggio da questi goduta, che è presupposta direttamente dalla legge.

3. **Né vale opporre, come fa il Comune, l’ampiezza della platea dei candidati** cui è stato trasmesso l’invito a seguito della manifestazione di interesse espressa in esito all’avviso pubblicato dall’Amministrazione, o il documento con cui il RUP ha espressamente richiesto alla Centrale di committenza di ammettere tutti i candidati, ivi compreso il gestore uscente, che avessero chiesto di partecipare alla gara, e, più in generale, la circostanza che l’Amministrazione non si sia avvalsa della potestà di operare limitazioni al numero di operatori tra cui effettuare la selezione. Difatti, anche in disparte l’evidente rilievo che la motivazione richiesta per derogare al principio di rotazione si incentra non su tutti i concorrenti, ma solo sul gestore uscente, e gli elementi di cui sopra non attengono a tale ambito, la sola considerazione dell’ampiezza della platea dei concorrenti non comporta la mancata applicazione del principio di rotazione, essendo, piuttosto e di contro, **il numero eventualmente ridotto di operatori presenti sul mercato a rilevare in tema di deroga al principio** (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854).

5. Laddove si lamenti la mancata applicazione del principio di rotazione, il concorrente può ricorrere già avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, che concreta a suo danno, in via immediata e diretta, la paralisi di quell’ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione che il principio di rotazione mira ad assicurare.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 giugno 2019 n. 3943**

**Sul principio di rotazione (anche per l’impresa uscente di una gara aperta)**

Ai fini dell’applicazione del principio di rotazione, **rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo sia scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura**; per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, 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.

L’impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova gara per l’affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LIGURIA, SEZ. II – sentenza 22 ottobre 2019 n. 805**

***Sulla derogabilità del principio di rotazione in caso di invito a tutti i candidati***

Il principio di rotazione previsto dall’art. 36 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. In sostanza, il principio di rotazione deve considerarsi servente e strumentale rispetto al principio di concorrenza su cui è imperniato tutto il sistema degli appalti, ed opera dunque soltanto nel caso in cui l’amministrazione abbia selezionato o comunque limitato il numero degli operatori cui attingere per gli inviti.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. I – sentenza 20 novembre 2019 n. 993**

***Sulla derogabilità del principio di rotazione***

1. Il fondamento del principio di rotazione delle imprese richiamato dall’art. 36, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è individuato tradizionalmente nell’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato; tale principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all’Amministrazione nell’individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l’affidamento (nell’ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l’invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell’eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del favor partecipationis e della concorrenza.

2. Il principio di rotazione delle imprese, al quale fa riferimento 36, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non trova applicazione – come peraltro affermato nelle Linee guida di ANAC n. 4 – ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l’amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 10 ottobre 2018 n. 5833**

**Sull’illegittimità della scelta arbitraria dei soggetti da invitare**

Anche quando la stazione appaltante è obbligata a scegliere operatori economici presenti sul mercato elettronico essa non è esonerata dall’obbligo di esperire un’indagine esplorativa o, almeno, di indicare i criteri utilizzati per la scelta degli operatori, non potendosi distinguere tale ipotesi, da quella nella quale il ricorso al mercato elettronico e alla procedura interamente telematica gestita da Consip sia facoltativo per la stazione appaltante.

In entrambe le ipotesi, in assenza di criteri di scelta predeterminati non vi sia nessuna garanzia di imparzialità della scelta medesima, ben potendo la singola stazione appaltante invitare alla gara solo alcuni operatori perché, in ipotesi, più graditi e non invece quelli in grado di fornire le migliori garanzie nell'esecuzione della commessa nell'interesse pubblico.

Le stesse Linee Guida n. 4 dell'ANAC, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al d. lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 con la delibera n. 206 del 1° marzo 2018, hanno chiarito, al punto 5.1.1., lett. c), che le stazioni appaltanti possano dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengano disciplinati, tra gli altri, i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo all'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pp.aa. o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**CORTE DEI CONTI CAMPANIA – delibera n. 77 del 14 giugno 2018.**

**Sull’accordo quadro e sul rispetto degli obblighi finanziari**

**(Quesito: se al momento della stipula dell'accordo quadro è necessario effettuare prenotazione di impegno ex articolo 183, comma 3 del Tuel»).**

L'accordo quadro (disciplinato dall’articolo 54 del cdc) non genera alcuna obbligazione di tipo finanziario/contabile non richiedendo, pertanto, l'adozione dell'impegno di spesa.

L'accordo quadro deve essere previsto nel programma biennale dei beni e dei servizi in caso di «affidamenti complessivi» di importo unitario stimato pari o superiore a 40mila euro, come prevede l'articolo 21, comma 6 del Dlgs 50/2016. Se l'oggetto si configura in termini di lavori, per un importo di affidamenti pari o superiore ai 100mila euro, l'intervento deve essere previsto nel piano triennale delle opere pubbliche.

In relazione alla **questione contabile**, la sezione precisa che l'accordo-quadro realizza un contratto «normativo» dal quale **non scaturiscono effetti reali o obbligatori**, ma la cui efficacia consiste nel «vincolare» la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle parti. L'accordo quadro si limita a stabilire «come verranno stipulati i successivi contratti attuativi (contratti applicativi) riguardanti un determinato bene della vita e lasciano all' individuazione operata da una delle parti la determinazione del se, quando e quantum».

Dal punto di vista del diritto amministrativo, l'accordo corrisponde a una procedura a evidenza pubblica con cui si «individua il soggetto di tali future contrattazioni e le condizioni della piattaforma preparatoria all' affidamento di uno o più appalti successivi».

Non c' è «affidamento» La fattispecie non realizza un affidamento come le altre procedure, ma «il titolo per una serie successiva di affidamenti diretti, esaurendo a monte, e per una determinata base di valore, la fase competitiva per l'aggiudicazione futura di tali contratti attuativi».

Sorge quindi un «titolo» che consente di applicare ai futuri contratti «le condizioni contrattuali predefinite nell' accordo quadro». In questo senso, la previsione o la stipula dell'accordo non costituisce titolo per il sorgere di obbligazioni pecuniarie, e non consente di «impegnare e pagare con imputazione all' esercizio cui lo stanziamento si riferisce (articolo 183 del Tuel)».

In relazione all'accordo quadro non si pongono quindi neppure problemi di prenotazione di impegno di spesa, né viene in rilievo l'operatività del fondo pluriennale vincolato.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**