

SUL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE – DELIBERA 1 marzo 2018 (in G.U. n. 69 del 23 marzo 2018) – Aggiornamento al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 delle Linee guida n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recanti: «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici». (Delibera n. 206/2018). (18A01990)

TAR LAZIO, ROMA, SEZ. I *quater*, sentenza 31 gennaio 2018, n. 1115

CONS. STATO, SEZ. V, sentenza 13 dicembre 2017, n. 5854

Sull'obbligatorietà del principio di rotazione negli appalti sotto-soglia e sulla questione della territorialità dei soggetti invitati

L'applicazione del principio di rotazione, previsto dall'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è **obbligatorio** per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia".

Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e 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 soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

Tale principio è dunque volto proprio 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.

Pertanto, anche al **fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo** che ostacolano 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 l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo, **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 (delibera ANAC 26 ottobre 2016, n. 1097 - linee guida n. 4).

Circa invece **la questione della territorialità dei soggetti invitati**, va richiamato il principio espresso da Cons. Stato, V, 20 agosto 2015, n. 3954, secondo cui la questione va risolta, caso per caso, alla luce delle concrete caratteristiche della prestazione oggetto di gara.

Nel caso di specie, invero, è l'oggetto stesso del servizio da effettuarsi in favore del Comune di Trieste, articolato nell'allestimento palchi e service tecnici audio-luci per la realizzazione della manifestazione "Trieste Estate 2016", che ha ragionevolmente indotto la stazione appaltante a privilegiare, nell'ambito della piattaforma informatica, del MePa, (che prevede la possibilità di selezionare gli operatori su base regionale o provinciale), le imprese in grado di offrire tempestivamente le prestazioni richieste, incontestabilmente riferite ad un ben preciso territorio e ad un arco temporale circoscritto.

T.A.R. TOSCANA, SEZ. I, sentenza 02 gennaio 2018, n. 17

Sull'applicazione del principio di rotazione anche alle concessioni

L'art. 164, 2° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (riguardante i contratti di concessione) sancisce l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi, anche dell'art. 36) sulla base di una valutazione di compatibilità ("per quanto compatibili"), mentre l'omesso richiamo letterale del principio di rotazione nel corpo dei criteri di aggiudicazione delle concessioni previsti dall'art. 30, 1° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non esclude l'applicabilità del principio anche al settore delle concessioni, dovendo, al contrario, concludersi per il richiamo implicito dello stesso, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza sancito dal citato art. 30 e dall'art. 172, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (di cui il principio di rotazione costituisce espressione: TAR Toscana, II, 23.3.2017, n. 454).

Sulla ratio del principio di rotazione

Nello stesso senso si è recentemente posto il Consiglio di Stato (sez. VI, n. 4125 del 31.8.2017; sez. V, 13.12.2017, n. 5854), secondo cui "Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella 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), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato".

Sull'applicazione del principio di rotazione anche di gestore uscente convenzionato Consip

La sopra delineata *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, come nel caso in esame, **dall'adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta.**

Invero, il suddetto principio è volto proprio 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 (Cons. Stato, V, 13.12.2017, n. 5854). 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.

Né la circostanza che **l’avviso per manifestazione d’interesse sia stato pubblicato sul sito internet** del Comune e sulla **piattaforma Start** costituisce ragione sufficiente per derogare al principio della "rotazione" (normativamente prescritto per gli inviti e non solo per gli affidamenti), sia per la **limitata efficacia dello specifico strumento** di pubblicità utilizzato, sia in quanto si tratta comunque di procedura negoziata alla quale il succitato art. 36 comma 2 lett. b, ascrive esplicitamente il criterio di rotazione. Il suddetto avviso non costituisce infatti una procedura di gara concorsuale, ma un’indagine conoscitiva tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata, e già nella fase dell’invito, per espressa statuizione dell’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, si innesta la regola dell’esclusione del gestore uscente.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, sentenza 18 gennaio 2018, n. 413

TAR CALABRIA, CATANZARO, SEZ. II, sentenza 10 gennaio 2018, n. 73

TAR VALLE D’AOSTA 23 giugno 2017 n. 36

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 12 aprile 2017 n. 188

Sul principio di rotazione e sull’obbligo di motivare l’invito al gestore uscente

Il rispetto del principio di rotazione, sancito dall’art. 36, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, fa sì che l’affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione o **della riscontrata effettiva assenza di alternative** ovvero del **grado di soddisfazione maturato** a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della **competitività del prezzo offerto** rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche **tenendo conto della qualità** della prestazione.

L’obbligo di rispettare i principi definiti dal richiamato 30, comma 1, del codice dei contratti (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), se da un lato esclude di riconnettere automaticamente la possibilità per le pubbliche amministrazioni di contrarre con uno specifico operatore economico senza procedure specifiche al solo dato oggettivo dell’importo economico, dall’altro implica che la motivazione può e deve essere costruita anche senza ricorrere all’acquisizione di una pluralità di preventivi atteso che la congruità di una proposta contrattuale può ricostruirsi anche *aliunde* (ad esempio, confrontandola con listini pubblici, quali i prezzi del MePa, o, ancora, con affidamenti di prestazioni analoghe di altre amministrazioni, dopo semplici ricerche in rete).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 3 aprile 2018 n. 2079

Sul principio di rotazione

1. Una procedura sotto soglia comunitaria con modalità negoziata, come prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, soggiace al rispetto del cd. principio di rotazione, che prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli "appalti cd. "sotto soglia", al fine 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), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato (1); tale principio è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, 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;

2. È illegittima una procedura negoziata "sotto soglia" indetta da un Comune alla quale abbia partecipato il gestore uscente; in tal caso infatti il Comune stesso, in applicazione del principio di rotazione, avrebbe dovuto escludere dal proseguimento della gara il gestore uscente, ovvero, in alternativa, invitarlo, motivando puntualmente le ragioni per le quali ha ritenuto di non poter prescindere dall'invito, motivazione che in nessun modo è rintracciabile nel caso di specie.

TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 21 febbraio 2018 n. 288

Sul rapporto tra principio di rotazione e principio di concorrenza

Nelle gare di appalto, il principio di rotazione delle imprese appaltatrici non ha carattere assoluto ma relativo, altrimenti esso limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara; si tratta di un principio servente e strumentale rispetto a quello della concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo. Nella fattispecie, **in presenza di due sole imprese** (compreso il gestore uscente) la S.A. ha legittimamente deciso di ammettere alla gara anche quest'ultimo, al fine di far prevalere l'esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione.

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV – sentenza 9 febbraio 2018 n. 380

Sulla derogabilità del principio di rotazione

Anche se è vero che l'art. 36, comma 2, lettera b), del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio "di rotazione degli inviti", tuttavia non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile.

Ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto (TAR Napoli, II, 27 ottobre 2016 n. 4981).

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 21 marzo 2018 n. 320

Sul principio di rotazione

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto c.d. "sotto soglia", ove sia stato violato il principio di rotazione per il fatto che è stato invitato, senza alcuna specifica motivazione, alla partecipazione alla gara l'operatore economico che nell'anno precedente era risultato affidatario dello stesso servizio oggetto della gara (il quale avrebbe dovuto "saltare il primo affidamento successivo" in ragione della posizione di vantaggio acquisita rispetto agli altri concorrenti).

TAR LAZIO LATINA, SEZ. I – sentenza 6 marzo 2018, n. 105

Sull'inapplicabilità del principio di rotazione in caso di affidamenti aventi ad oggetto i servizi di assistenza specialistica

La ricorrente invoca un principio di rotazione, che assume enucleabile dalle linee guida dell'ANAC, di cui alla delibera n. 1097 del 26.10.2016 e da orientamenti giurisprudenziali i quali ritengono che l'invito in gara all'affidatario del servizio uscente debba essere eccezionale e comunque motivato sulla necessità specifica. La cooperativa Stile Libero ha svolto il servizio nell'anno scolastico 2016/2017 e per questa circostanza secondo la ricorrente non avrebbe dovuto essere invitata alla gara, che si è svolta secondo il sistema della procedura negoziata.

Nel piano d'interventi, per l'anno scolastico 2017/2018, finalizzati all'integrazione e inclusione scolastica e formativa degli allievi con disabilità l'avviso pubblico per la presentazione delle proposte progettuali approvato dalla Regione Lazio con D.D. del 23.6.2017 stabilisce che "nella scelta del personale specialistico qualificato le istituzioni scolastiche cercheranno di favorire, ove necessario, la continuità del personale che ha avviato nei precedenti anni scolastici percorsi positivi ed efficaci". Un indirizzo che per il tipo di servizio richiesto giustifica con validi argomenti la scelta di chiamare in gara anche i gestori del servizio di assistenza nel precedente anno scolastico, qualora non siano emerse negatività della gestione.

CONS. STATO, SEZ. VI - sentenza 31 agosto 2017, n. 4125

Sul principio di rotazione e sulla legittimazione ad impugnare

Ai sensi dell'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in applicazione del principio di rotazione negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria la stazione appaltante **ha l'alternativa o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito.**

Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nella 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), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste 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 ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, v. le Linee guida n. 4 del 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Anac).

L'art. 36, d.lgs. 50 del 2016 non è contrario ai principi costituzionali: a) con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere "asimmetrico" del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti; b) quanto alla violazione dell'art. 41, in senso contrario è dirimente rilevare che l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale – salvo motivate eccezioni – si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti; c) in relazione all'art. 97, l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

La mancata applicazione di tale principio può essere dedotta in sede giurisdizionale anche da chi ha partecipato alla gara, risultandone non vincitore e non solo dagli operatori economici pretermessi, e ciò in quanto la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione.

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I – sentenza 6 febbraio 2018 n. 184

Sulla illegittimità di una gara per violazione del principio di rotazione

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha annullato in autotutela una gara di appalto (nella specie si trattava di una procedura negoziata ex art. 36, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento dei servizi cimiteriali, di pulizia manutenzione e cura delle aree a verde

del cimitero comunale), motivato con riferimento alla necessità di applicare il principio di rotazione nelle gare di appalto, nel caso in cui alla procedura di evidenza pubblica abbia partecipato un solo concorrente, che sia l'operatore economico uscente, affidatario del servizio da numerosi anni, in virtù di un originario contratto quinquennale, in regime di proroga. In tal caso, infatti, la decisione dell'Amministrazione di annullare la gara per violazione del principio di rotazione è conforme a legge e non richiede particolari motivazioni; diversamente una puntuale e specifica motivazione occorre qualora, eccezionalmente, l'Amministrazione voglia disattendere il predetto principio.

TAR LOMBARDIA – BRESCIA, SEZ. II – sentenza 26 marzo 2018 n. 354

Sul principio di rotazione e sull'obbligo di motivazione per invitare l'uscente

1. Il principio di rotazione delle imprese può ritenersi essere precipitato ed espressione di quello di non discriminazione; tale principio non pare, dunque, poter trovare deroga per la particolarità della procedura finalizzata a selezionare una cooperativa sociale che svolge attività di cui all'art. 1, comma 1, lett. B) della legge n. 381/1991 e s.m.i., per la stipula di una convenzione strumentale ad una prestazione di servizi, che produca anche l'effetto di favorire soggetti svantaggiati.

2. Il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 trova fondamento nella 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), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non sia elevato (3).

3. Poiché il principio di rotazione è stato affermato allo scopo di evitare posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, se esso dovesse essere inteso nel senso che quest'ultimo possa sempre e comunque essere invitato, la previsione non avrebbe alcun senso; deve piuttosto ritenersi che il predetto principio ammetta l'invito anche del gestore uscente, purchè ciò trovi motivazione nella presenza di particolari condizioni che debbono essere esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare.

TAR VENETO, SEZ. I – sentenza 9 febbraio 2018 n. 146

Sulla possibilità del doppio sorteggio in caso di procedura negoziata andata deserta

E' legittimo il doppio sorteggio, anche se non previsto nell'avviso pubblico. In particolare, nel caso di specie, la stazione appaltante, alla quale erano pervenute 54 manifestazioni di interesse, aveva dato corso al primo sorteggio in forma anonima; tuttavia, dato che nessuna delle n. 5 ditte sorteggiate ha poi presentato la propria offerta, la procedura negoziata è andata deserta. A quel punto, la stazione appaltante ha proceduto ad un secondo sorteggio e, delle cinque ditte sorteggiate, solo due hanno presentato la propria offerta, pervenendosi infine all'aggiudicazione.

La decisione di procedere ad un secondo sorteggio, dopo che il primo non aveva sortito alcun effetto, si è rivelata legittima, perché conforme al principio di economicità di cui all'art. 1, comma

1, della l. n. 241/1990, nonché al divieto di aggravio ingiustificato del procedimento, stabilito dal comma 2 del medesimo art. 1 della l. n. 241.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 7 febbraio 2018 n. 74

Sull'illegittimità dell'estensione di un affidamento non prevista nel bando originario

E' illegittima la deliberazione con la quale il direttore generale di una ASL ha disposto che il servizio di ristorazione a favore dei degenti di alcuni Presidi ospedalieri sia affidato ad una r.t.i. utilizzando un precedente contratto attivo nelle more della indizione della nuova gara e fino alla conclusione della stessa. Tale deliberazione infatti, sostanzialmente, implica un "affidamento diretto" illegittimo, in quanto disposto in favore del medesimo operatore che partecipò e si aggiudicò altra gara, analoga, espletata da altra ASL, estendendo l'originario contratto per il medesimo oggetto (lo stesso servizio per intero e per il medesimo ammontare) non prevista nelle originarie regole di gara e nel contratto che ne è seguito.

Nel caso di specie l'operatore che era risultato aggiudicatario nella gara di Sassari (senza alcuna previsione esplicita di possibile "estensione" del contratto) ottiene, con la determinazione impugnata, una integrale "rinnovazione" e duplicazione del contratto, in favore di altra azienda sanitaria (Nuoro). Per decisione unilaterale. Tale decisione non è consentita ed ammessa dall'ordinamento.

TAR BASILICATA – POTENZA, SEZ. I, 22 marzo 2017, n. 252

Sul sorteggio in seduta pubblica delle ditte da invitare alla procedura negoziata

Per quanto riguarda gli appalti sotto soglia, l'art. 30, comma 1, del nuovo Codice degli Appalti prescrive l'obbligo del "rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1", cioè, oltre ai principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità, anche quelli di trasparenza e pubblicità. Al riguardo, per quanto riguarda i principi di trasparenza e pubblicità, va evidenziato che il nuovo Codice degli Appalti all'art. 53, comma 2, lett. b), come il previgente art. 13, comma 2, lett. b), D.Lg.vo n. 163/2006, statuisce nelle procedure negoziate, come quella di cui è causa, anche il differimento dell'accesso "all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, ed in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime", con l'evidente finalità di assicurare una corretta dinamica concorrenziale, evitando accordi collusivi in seguito alla conoscenza dei nominativi dei concorrenti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e/o condizionamenti nella scelta di partecipare o meno alla procedura ristretta e/o negoziata, come per es. quello di parametrare l'offerta in base al numero e le caratteristiche dei soggetti invitati o addirittura l'intento di alterare il meccanismo di determinazione della soglia di anomalia, con

gravi ripercussioni sul regolare svolgimento della gara (cfr. TAR Basilicata sent. n. 664 del 24.6.2016).

Dal combinato disposto dei punti 4.1.5 e 4.2.3 delle Linee Guida del 26.10.2016 si desume che la stazione appaltante deve effettuare il sorteggio degli offerenti da invitare in un'apposita seduta pubblica, alla quale possono assistere i rappresentanti di tutte le imprese che hanno presentato la domanda di partecipazione, ma con modalità tali da non far conoscere ai presenti le imprese sorteggiate. La data di tale seduta pubblica, dedicata al sorteggio, può essere indicata nell'Avviso di indagine di mercato oppure con qualche giorno di anticipo nel sito internet della stazione appaltante. Pertanto, poiché la stazione appaltante ha effettuato il sorteggio esclusivamente alla presenza del RUP, del Segretario Comunale (nella qualità di Responsabile per la Prevenzione della Corruzione) e di due testimoni, senza consentire la presenza dei rappresentanti delle imprese deve ritenersi che sono stati violati i principi di trasparenza e pubblicità.
