

## Normativa Regolamenti

### LEGISLAZIONE

#### **DECRETO LEGISLATIVO 29 novembre 2018, n. 142**

Attuazione della direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno e come modificata dalla direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi (GU Serie Generale n.300 del 28 dicembre 2018; in vigore dal 12 gennaio 2019).

#### **LEGGE 9 gennaio 2019, n. 3**

Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici (GU Serie Generale n.13 del 16 gennaio 2019; in vigore dal 31 gennaio 2019 a eccezione delle disposizioni di cui al comma 1, lettere d), e) e f) che entrano in vigore il 1° gennaio 2020).

#### **DECRETO LEGISLATIVO 27 dicembre 2018, n. 148**

Attuazione della direttiva (UE) 2014/55 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, relativa alla fatturazione elettronica negli appalti pubblici (GU Serie Generale n.14 del 17 gennaio 2019; in vigore dal 01 febbraio 2019).

#### **DECRETO-LEGGE 28 gennaio 2019, n. 4**

Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni (GU Serie Generale n.23 del 28 gennaio 2019; in vigore dal 29 gennaio 2019).

### PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

#### **DECRETO 15 novembre 2018**

Autorizzazione ad avviare procedure di reclutamento e ad assumere unità di personale, in favore di varie amministrazioni (GU Serie Generale n.298 del 24 dicembre 2018).

#### **DECRETO 8 novembre 2018, n. 149**

Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 178, in materia di registro pubblico delle opposizioni, con riguardo

all'impiego della posta cartacea (GU Serie Generale n.16 del 19 gennaio 2019; in vigore dal 03 febbraio 2019).

#### **DECRETO 21 dicembre 2018**

Modalità di funzionamento e di accesso al Fondo di innovazione sociale, istituito dalla legge di bilancio 2018 (GU Serie Generale n.32 del 07 febbraio 2019).

### MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

#### **DECRETO 27 dicembre 2018**

Aggiornamento degli importi delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti a violazioni al codice della strada (GU Serie Generale n.301 del 29 dicembre 2018).

### MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

#### **DECRETO 12 dicembre 2018**

Misure di sicurezza ed integrità delle reti di comunicazione elettronica e notifica degli incidenti significativi (GU Serie Generale n.17 del 21 gennaio 2019).

### MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI CONCORSO (scad. 16 luglio 2019)

Indizione della sessione annuale degli esami di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di consulente del lavoro - anno 2019 (GU n.8 del 29 gennaio 2019).

### MINISTERO DELL'INTERNO

Comunicato relativo alle elezioni del Parlamento europeo da tenersi nel maggio 2019 (GU Serie Generale n.24 del 29 gennaio 2019).

#### **DECRETO 28 dicembre 2018**

Definizione di procedure semplificate per le operazioni di migrazione ed integrazione delle SIM card da realizzarsi per via telematica (GU Serie Generale n.31 del 06 febbraio 2019).

## Circolari, Comunicati e Direttive

### GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

#### **DELIBERA 29 novembre 2018 n. 491**

Regole deontologiche relative al trattamento dei dati

personali nell'esercizio dell'attività giornalistica pubblicate, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 (GU Serie Generale n.3 del 04 gennaio 2019).

#### **DELIBERA 19 dicembre 2018 n. 515**

Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica (GU Serie Generale n.11 del 14 gennaio 2019).

#### **DELIBERA 19 dicembre 2018 n. 513**

Regole deontologiche per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse o per scopi di ricerca storica (GU Serie Generale n.12 del 15 gennaio 2019).

### **AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE**

#### **ANAC DELIBERA 24 ottobre 2018 n. 1019**

Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato ai dati e ai documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi della legge n. 241/1990 (GU Serie Generale n.297 del 22 dicembre 2018).

#### **ANAC DELIBERA 9 gennaio 2019 n. 10**

Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (GU Serie Generale n.22 del 26 gennaio 2019).

#### **ANAC DELIBERA 21 novembre 2018 n. 1102**

Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'articolo 211 del decreto stesso. (GU Serie Generale n.295 del 20 dicembre 2018).

#### **ANAC DELIBERA 21 novembre 2018 n. 1074**

Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2018 al Piano Nazionale Anticorruzione (GU Serie Generale n.296 del 21 dicembre 2018 - Suppl. Ordinario n. 58).

## Giurisprudenza

### **Consiglio di Stato - Sezione IV - Sentenza n. 00358/2019 - Pubblicata il 15/01/2019**

#### **Legge 241/90 art.2-bis - Risarcimento del danno da ritardo della Pubblica Amministrazione.**

Nella pronuncia viene offerta una preziosa ricostruzione della disciplina del danno da ritardo della P.A.e degli approdi della giurisprudenza non solo amministrativa

ma anche della Suprema Corte di Cassazione in merito alla risarcibilità del danno medesimo e ai correlati presupposti, che di seguito si riporta.

L'art. 2-bis l. n. 241/1990 prevede due distinte ipotesi di risarcimento del danno:

- la prima, afferente al "danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento" (art. 2-bis, co. 1, l. n. 241/1990);

- la seconda afferente al danno derivante di per sé dal fatto stesso di non avere l'amministrazione provveduto entro il termine prescritto, nelle ipotesi e alle condizioni previste (art. 2-bis, co. 1-bis).

L'art. 2-bis, co. 1, prevede la possibilità di risarcimento del **danno da ritardo/inerzia dell'amministrazione** nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2016 n. 4028).

Il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'an che sul *quantum* (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2016 n. 3059), deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al **comportamento inerte** ovvero all'**adozione tardiva del provvedimento** conclusivo del procedimento, da parte dell'amministrazione. E ciò sempre che, nell'ipotesi considerata, la legge non preveda, alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento, un'ipotesi di silenzio significativo (Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2016 n. 2019).

In particolare, sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (cfr. C.g.a., 16 maggio 2016 n. 139; Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2016 n. 1768; sez. V, 9 marzo 2015 n. 1182; sez. IV, 22 maggio 2014 n. 2638): *"l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono in linea di principio presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)"*.

In definitiva, benché l'art. 2-bis cit., rafforzi la tutela risarcitoria del privato nei confronti della pubblica amministrazione, **"la domanda deve essere comunque ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità"**.

Tale impostazione ha ricevuto l'avallo indiretto della Corte di Cassazione (Sezioni unite civili, ordinanza 17 dicembre 2018, n. 32620 che hanno confermato la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 22 settembre 2016, n. 3920); nella fattispecie è stato chiarito, sia pure nella peculiare prospettiva del giudizio su questione di giurisdizione, che:

a) il riconoscimento del danno da ritardo - relativo ad **un interesse legittimo pretensivo** - non è avulso da una valutazione di merito della spettanza del bene sostanziale della vita e, dunque, dalla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento fosse probabilmente destinata ad un esito favorevole, posto che l'ingiustizia e la sussistenza del danno non possono presumersi *iuris tantum* in relazione al mero fatto temporale del ritardo o del silenzio nell'adozione del provvedimento;

b) l'ingiustizia del danno non può prescindere dal riferimento alla concreta spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato (nella specie era incontrovertito che l'originario progetto non era stato autorizzato e non avrebbe potuto esserlo stante il negativo giudizio su di esso espresso dalla direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici del Molise). Tale configurazione del danno da ritardo non muta alla luce della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018 n. 5, secondo la quale, con l'art. 2-bis cit. "il legislatore - superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 - ha introdotto **la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo**, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento).

Il danno deriva dalla **lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale**: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione.

Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo **un danno da comportamento**, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente

sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali.

Non si tratta, a differenza, dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-bis dello stesso articolo 2-bis (inserito dall'art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere... l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990... sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo".

L'Adunanza plenaria riconosce, quindi, il danno da ritardo "a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento", ricollegandolo alla "**lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale**" e subordinandolo, comunque, a rigorosi oneri di allegazione e prova dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità.

Tale ricostruzione presuppone di regola la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo (Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 2018 n. 6266; Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2624, Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, 23 giugno 2017, n. 3068, 2 novembre 2016, n. 4580, 6 aprile 2016, n. 1371).

Per potersi, dunque, parlare di una condotta della Pubblica Amministrazione causativa di danno da ritardo, oltre alla concorrenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., occorre che esista, innanzi tutto, un obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine definito dalla legge a fronte di una fondata posizione di interesse legittimo ad ottenere il provvedimento tardivamente emanato.

E tale obbligo di provvedere sussiste, ai sensi del comma 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990, laddove vi sia un obbligo di procedere entro un termine definito ("ove il provvedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio...").

Al contempo, deve ritenersi che - sussistendo i suddetti

presupposti – il danno da ritardo, di cui all’art. 2-bis l. n. 241/1990, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato di ufficio (e, dunque, vi sia l’obbligo di concluderlo).

Ciò si desume, secondo il Supremo Collegio, oltre che da ragionevoli argomentazioni di ordine generale, dalla evidente differenza letterale tra i primi due commi dell’art. 2-bis, dove solo il secondo di essi (co. 1-bis), si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte.

Ma, in questo caso, devono esserci sia la chiara previsione normativa di un termine per l’avvio e per la conclusione del procedimento (supplendo in questo secondo caso, in difetto di previsione, il termine generale di cui all’art. 2, co.2, l. n. 241/1990), sia l’esistenza di una posizione di interesse legittimo che, come tale, presuppone la natura provvedimento dell’atto medesimo.

**CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE V - SENTENZA N. 435 PUBBLICATA IL 17 GENNAIO 2019 - CODICE CONTRATTI PUBBLICI - ART. 36 D.LGS. 18 APRILE 2018 N.50 - Principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti a garanzia dell’effettiva possibilità di partecipazione delle micro-imprese, piccole e medie imprese. Possibilità di ricorrere avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente.**

Il Consiglio di Stato ha richiamato e confermato precedenti pronunce in cui si afferma che *“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”, con la conseguenza che “La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione*

*appaltante ed il precedente gestore - 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”* (Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

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.

Diversamente opinando, ovvero se non vi fosse la possibilità di ricorrere avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, la specificazione operata dall’art. 36 comma 1 del Codice dei contratti pubblici che il principio di rotazione opera già nella fase degli inviti sarebbe priva di ratio.

L’art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2018 n. 50, “Contratti sotto soglia”, giova ricordare, stabilisce al comma 1 che *“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”*.

In tal senso, pertanto, non può essere posto in dubbio il collegamento con l’impugnazione immediata delle ammissioni disciplinata dall’art. 120 comma 2-bis del Codice del processo amministrativo, rinvenuto dalla sentenza appellata.

La Sezione aveva già messo in luce tale collegamento, rammentando che, per la giurisprudenza amministrativa, il principio di rotazione determina l’obbligo per le stazioni appaltanti, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, di non invitarlo nelle gare di lavori, servizi e forniture degli appalti “sotto soglia”, ovvero, in alternativa, di invitarlo previa puntuale motivazione in ordine alle relative ragioni (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854; VI, n. 4125 del 2017, cit.), e riconoscendo, per l’effetto, la ritualità dell’immediata impugnazione dell’ammissione del concorrente per violazione del principio di rotazione, verificandosi “la condizione prevista dall’art.120, comma 2-bis, c.p.a., il quale individua nella data di pubblicazione dell’atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, il dies a quo di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l’atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell’art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, introdotta dall’art.19 d.lgs. n. 56-2017” (Cons. Stato, V, sentenza breve 3 aprile 2018 n. 2079).

La precipua tutela connessa al principio di rotazione

negli affidamenti “sotto soglia” è quella 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, ove l'Amministrazione non abbia motivato in ordine alla ricorrenza di specifiche ragioni a sostegno della determinazione di invitarlo comunque a partecipare alla gara, non richiede alcuna prova della posizione di vantaggio da questi goduta, che è presupposta direttamente dalla legge.

Né vale opporre 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, ha evidenziato il Collegio, 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).

## CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE III - SENTENZA N. 518/2019 PUBBLICATA IL 21 GENNAIO 2019.

**Codice dei contratti pubblici – D.Lgs. n.50/2016 art.36, comma 2, lett. b - Linee Guida ANAC n. 4/2018. La stazione appaltante deve assicurare l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato nel caso di procedura semplificata di affidamento di contratti di importo pari o superiore ad euro 40.000,00 e inferiore a 150.000,00, “mediante procedura negoziata previa consultazione – ove esistenti - di almeno 10 operatori”.**

Con la detta sentenza il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado impugnata pronunciata in forma breve ex art.60 cpa dal T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE SEZIONE I n. 00252/2018. Con detta sentenza il TAR relativamente ad una procedura per l'affidamento del servizio di Data protection officer di importo compreso fra 40 mila e 150 mila euro bandita ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera b) del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n.50/2016, il TAR aveva evidenziato che l'urgenza nella fattispecie in esame non

poteva legittimare l'omessa effettuazione della pubblicità dell'affidamento e della consultazione di mercato.

Il Collegio ha innanzitutto riconosciuto la legittimazione all'impugnativa in capo a chi, pur non avendo presentato domanda e addirittura non essendo stato invitato, lamenta che sia stata omessa la pubblicità necessaria ad individuare gli operatori da invitare e, prima ancora, a permettere agli interessati di manifestare il proprio interesse.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto il caso sottoposto al vaglio giurisdizionale equivalente all'ipotesi in cui venga contestata la mancanza di una gara viceversa doverosa per legge.

Nel merito del vizio ravvisato dal TAR, il CS ha ritenuto corrette le premesse normative della sentenza di prime cure nella parte in cui richiama il disposto dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. 50/2016 che consente la procedura semplificata nel caso di affidamento di contratti di importo pari o superiore ad euro 40.000,00 e inferiore a 150.000,00, *“mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. (...) L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati”*.

Riguardo allo svolgimento della consultazione degli operatori economici, il Consiglio di Stato ha richiamato le Linee Guida ANAC n. 4/2018 che precisano che **“la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione «amministrazione trasparente» sotto la sezione «bandi e contratti», o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni”** (punto 5.1.4).

Nella fattispecie oggetto di causa l'Azienda sanitaria XXXX non aveva dimostrato di aver pubblicato l'avviso predetto, ovvero effettuato forme di pubblicità funzionalmente analoghe. La pubblicazione della deliberazione n.\*\*\* riguardante una fase successiva, nella quale erano già stati individuati i cinque operatori da invitare era irrilevante ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di pubblicità.

Invero dagli atti non era possibile individuare come fossero stati individuati i predetti 5 operatori.

Né secondo il supremo Collegio la novità della normativa da applicare e la correlata esiguità degli operatori specializzati presenti sul mercato potevano costituire esimenti, rispetto all'onere di previa pubblicità dell'avviso finalizzato all'individuazione dei concorrenti. Del pari non poteva essere sufficiente a soddisfare l'onere di legge, il riferimento ad una gara espletata da diversa Azienda poiché le finalità di trasparenza e di

garanzia della partecipazione più adeguata in relazione alle caratteristiche del singolo affidamento, ad esso sottese, non possono prescindere da una pubblicità attuale e specificamente riferita all'incarico da svolgere (senza contare la non piena corrispondenza tra i soggetti partecipanti alle due procedure).

Ad ulteriore supporto del percorso argomentativo seguito nella sentenza appellata, risulta l'ulteriore riferimento all'art. 63 del Codice dei contratti (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara).