

Bando di gara

C'era una volta, il rinnovo dei contratti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194 - Pres. Severini - Est. Taormina - Co.-La.Coop.- Consorzio Laziale Cooperative s.c.ar.l. c. Ministero dell'Interno

Il divieto di rinnovo dei contratti pubblici scaduti (che riguarda gli appalti di lavori, servizi e forniture, nonché le concessioni), ha valenza generale e inderogabile, ed è preclusivo sulle altre e diverse disposizioni dell'ordinamento. Di conseguenza, nessun onere motivazionale può essere imposto alla pubblica amministrazione qualora disattenda la possibilità di rinnovo prevista nel precedente bando di gara e nel contratto.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6458, in questa <i>Rivista</i> , 2007, 4, 2007; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5116, in questa <i>Rivista</i> , 2003, 1, 57; Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151, in www.lexitalia.it
Difforme	T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 13 febbraio 2006, n. 1064, in questa <i>Rivista</i> , 2006, 7, 843; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 18 maggio 2006, n. 3564, in questa <i>Rivista</i> , 2006, 10, 1209

Diritto

1. L'appello è infondato e va respinto.
 2. Il ricorso di primo grado era ammissibile, posto che l'appellante si doleva di una condotta che si poneva a valle dell'esperimento della nuova gara da parte dell'amministrazione e prospettava una domanda che, se accolta, avrebbe impedito di bandire la procedura pubblica. Perciò non potevano riscontrarsi posizioni di controinteresse immediatamente identificabili. Va pertanto affermata la infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del mezzo di primo grado riproposta dall'appellata amministrazione.
 3. Nel merito, il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dal costante orientamento della giurisprudenza secondo cui il principio del divieto di rinnovo dei contratti (di appalto) scaduti, stabilito dall'art. 23 L. 18 aprile 2005, n. 62, ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell'ordinamento (Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6462).
 È vero che la giurisprudenza ha distinto l'ipotesi in cui la possibilità di proroga non è stata espressamente indicata nella *lex specialis*, da quella in cui il bando contempla detta eventualità, facendone discendere, in tale seconda ipotesi, la possibilità che le amministrazioni motivatamente dispongano la proroga dei rapporti in corso. Ed è altresì vero che, nel caso di specie, l'art. 6 del bando di gara espressamente contemplava detta eventualità prevedendo «la facoltà, prevista dall'art. 7, comma 2 lett. f) del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di affidare l'appalto al medesimo contraente per il successivo triennio». Sennonché, costituisce principio consolidato che anche

laddove una tal previsione sia contenuta nella *lex specialis*, essa potrebbe, al limite, consentire una limitata deroga al principio del divieto di rinnovo, purché con puntuale motivazione l'amministrazione dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale.

Tale rapporto tra regola ed eccezione si riflette sul contenuto della motivazione. Se l'amministrazione opta per l'indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria. Non così, invece, se si avvale della possibilità di proroga prevista dal bando. Detta ultima opzione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali si sia stabilito di discostarsi dal principio generale. Del resto, il divieto di rinnovo tacito dei contratti della p.a., anche se posto dalla legge con espresso riferimento agli appalti di servizi, opere e forniture, esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato CE che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici ed è estensibile anche alle concessioni di beni pubblici (Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151).

Ne consegue che l'operato dell'Amministrazione è esente da censure, perché essa ha applicato la regola ordinaria, che prevede l'esperimento del procedimento pubblico al cessare del contratto in corso, e che tale determinazione non è censurabile per violazione di legge né per eccesso di potere.

Sotto altro profilo, posto che il dovere di bandire la nuova gara scaturiva dalla legge, nessuna garanzia infra-procedimentale doveva essere assicurata all'appellante (per il bando la stessa possibilità di proroga era prevista come meramente eventuale e rientrava nella latissima discrezionalità dell'amministrazione).

Si rileva in proposito che i contratti di cui l'appellante era parte erano venuti in scadenza, perciò non è possibile ravvisare in capo al medesimo una posizione qualificata (quasi un "diritto di insistenza") da tutelare sotto il profilo infraprocedimentale. In ogni caso, l'Amministrazione, conformandosi alle prescrizioni di legge, non avrebbe potuto fare altro che bandire la nuova procedura evidenziale: il che porta ad affermare che comunque

l'eventuale carenza infraprocedimentale rientrerebbe nella clausola dell'art. 21-octies L. 7 agosto 1990, n. 241. La impugnata sentenza - che comunque non ha in alcun modo integrato la motivazione del provvedimento impugnato, avendo fatto riferimento al medesimo principio del divieto di rinnovo automatico dei contratti in corso tenuto presente dall'amministrazione appellata - resiste dunque alle censure proposte.

4. Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

IL COMMENTO di Stefano Calvetti

In tema di contratti pubblici esistono ancora delle sacche di resistenza al cambiamento di mentalità e alla piena apertura ai principi dell'evidenza pubblica e della concorrenza. Un esempio paradigmatico di difficoltà in tal senso è dato dalla questione legata al rinnovo dei contratti ovvero alla proroga degli stessi. Anche il codice dei contratti pubblici ha ribadito un espresso divieto di rinnovo tacito di qualsivoglia tipologia di contratto. Tuttavia, in caso di presenza di alcune clausole della legge speciale di gara o del contratto che ammettono in modo esplicito il rinnovo, ci si pone il dubbio della posizione di privilegio del precedente contraente rispetto agli altri potenziati contendenti. La sentenza del Consiglio di Stato in commento ribadisce alcuni principi di fondamentale importanza in questa specifica materia, offrendo lo spunto per una riflessione di più ampio respiro che si interroga sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario di qualsivoglia forma di rinnovo (espreso o tacito che sia).

Le questioni affrontate dalla sentenza qui commentata sono di particolare importanza e riguardano il tema, sempre attuale, del rinnovo dei contratti pubblici (1). Il caso specifico è quello delle clausole, contenute nella legge speciale di gara ovvero nel contratto, che in modo esplicito prevedono, almeno in linea teorica, la possibilità di rinnovo.

Infatti, in relazione ad un appalto di servizi (di pulizia), la ricorrente (un consorzio titolare di ben tre distinti contratti) contestava che, pur in presenza della possibilità di rinnovare per un triennio i rapporti contrattuali in scadenza, non di meno l'amministrazione aveva deciso di affidare i servizi in questione mediante l'esperimento di una procedura di selezione ad evidenza pubblica (licitazione privata).

La ricorrente quindi sosteneva la violazione del proprio diritto di affidamento, considerato che il precedente bando di gara e il consequenziale contratto specificatamente prevedevano, con apposita clausola, la facoltà di rinnovo, contestando altresì alla pubblica amministrazione di aver illegittimamente, dal punto di vista procedimentale, optato per la gara pubblica senza fornire alcuna specifica motivazione quanto all'auspicato, ma disatteso, rinnovo contrattuale.

Le pretese della ricorrente venivano però respinte sia in primo grado dal TAR Lazio (2), sia in appello.

Note:

(1) Si tratta di un argomento piuttosto delicato, al quale anche questa *Rivista* ha dedicato più volte attenzione in passato: Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6458, con commento di C. Vivani, *Rinnovo e proroga dei contratti pubblici: un chiarimento dal Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2007, 467; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 18 maggio 2006, n. 3564, con commento di A. Valletti, *Il rinnovo dei contratti pubblici dopo il Codice appalti*, in questa *Rivista*, 2006, 1211; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 13 febbraio 2006, n. 1064, con commento di C. Vivani, *Rinnovo e proroga dei contratti pubblici: recenti sviluppi giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 2006, 846; M. Comba, *Il rinnovo senza gara degli appalti di servizi e forniture*, in questa *Rivista*, 2005, 129; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5116, con commento di L. Piochi, *Il rinnovo dei contratti di forniture e servizi sottoscritti dalle pubbliche amministrazioni*, in questa *Rivista*, 2003, 58; F. Caringella, *Contratti pubblici: diniego di rinnovo tacito*, in questa *Rivista*, 1998, 1318. Si vedano anche i contributi, tra gli altri, di D. Pantano, in commento a Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6458, in www.lexitalia.it; L. Oliveri, *Il divieto di rinnovo dei contratti è un principio generale (nota a margine di Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6458)*, in www.lexitalia.it; M. G. Roversi Monaco, *Rapporti in corso e rinnovazione nei contratti della P.A.*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. Fino, *Il rinnovo tacito del contratto tra giurisprudenza ed entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: principi interpretativi del sistema nella decisione del TAR Lazio n. 1786 del 2006*, in *Riv. Trim. App.*, 2007, 304; M. Gatti, M. Faviere, *Evidenza pubblica e rinnovi contrattuali*, in *Riv. Trim. App.*, 2004, 657; T. Siciliano, *Il divieto di rinnovo tacito dei contratti*, in *AA.VV., Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di Saitta, Padova, 2008, 546.

(2) Si tratta di una sentenza piuttosto nota che ha richiamato l'attenzione degli operatori: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 8 marzo 2006, n. 1786, che si trova commentata da G. Fino, *Il rinnovo tacito*, op. cit.

La risposta secca del Consiglio di Stato sulla possibilità di rinnovo

Il Consiglio di Stato affronta e risolve la questione fondamentale della vertenza in modo piuttosto secco, in pratica richiamando, in termini sintetici, un proprio precedente molto significativo: Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6462. Così facendo si vuole ribadire un orientamento interpretativo estremamente chiaro e al tempo stesso assai rigoroso: a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 23, L. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), non è più possibile parlare nel nostro ordinamento di rinnovo contrattuale.

La sentenza in commento, tuttavia, nel prendere in considerazione altri aspetti della vicenda (l'onere di motivazione della pubblica amministrazione qualora intenda disattendere la facoltà di rinnovo prevista nella legge speciale di gara e nel contratto; aspetto sul quale si tornerà tra poco), sembra aprire la strada a qualche residua *chance* di reiterazione negoziale, quanto meno di tipo espresso.

Ma a ben vedere non è così.

Del resto, il principio enunciato dalla citata sentenza Cons. Stato, sez. IV, n. 6462/2006, invero non lascia scampo, perché quella decisione, che evidentemente in questa occasione i Giudici di Palazzo Spada hanno inteso abbracciare e ribadire, afferma in termini particolarmente risoluti che l'intervento normativo di cui all'art. 23, L. n. 62/2005, deve essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione dei contratti di appalto scaduti.

Non solo: le disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento senza gara degli stessi servizi per ulteriori periodi, devono essere ripensate alla stregua del vincolante criterio che vieta (appunto con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti.

Questa conclusione sembra trovare conforto anche in un altro dato significativo. Infatti, con una decisione "gemella" rispetto a quella citata nella sentenza qui in esame (stessa data, stessa sezione, stesso estensore), il Consiglio di Stato aveva ancor di più affondato il colpo, parlando di un divieto generalizzato di rinnovazione che si impone, in ragione della sua valenza imperativa ed inderogabile, anche su eventuali clausole difformi contenute nel bando di gara e nel successivo consequenziale contratto (3).

Rinnovo e motivazione: il rapporto tra regola ed eccezione

La sentenza si sarebbe forse potuta arrestare appena enunciati i principi poco fa esaminati, senza necessità, quindi, di esaminare l'ulteriore profilo di doglianza legato ad una presunta violazione procedimentale sotto il profilo della carenza di motivazione.

Ma si tratta probabilmente di un percorso argomentativo necessitato dalla portata delle censure sollevate dall'appellante.

Infatti, la sentenza oggetto di queste note, dopo aver richiamato i nitidi e netti principi di cui si è sinora dato conto, in modo in apparenza quasi contraddittorio (se non fosse per l'esigenza di completezza argomentativa cui si faceva cenno), ricorda che in effetti, seguendo una certa opzione interpretativa, nel caso in cui la possibilità di proroga sia stabilita dalla *lex specialis*, le pubbliche amministrazioni potrebbero disporre motivatamente la proroga dei rapporti in corso.

Tuttavia, anche volendo accedere a simili ipotesi ricostruttive (che seguendo però l'impostazione qui avvalorata devono invero ritenersi non più attuali), costituisce un principio consolidato quello per cui, anche laddove la previsione di una proroga sia contenuta nella *lex specialis*, essa potrebbe, al più, consentire una limitata deroga al principio del divieto di rinnovo, purché con puntuale motivazione l'amministrazione dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale.

In altre parole, viene per tal via stabilita una gerarchia tra regola ed eccezione che si riflette sul contenuto della motivazione.

Di conseguenza, se l'amministrazione opta per l'indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria. Al contrario, se essa ritiene di avvalersi della possibilità di proroga prevista dal bando, scatterà un vero e proprio onere di puntuale ed analitica motivazione, comportando questa scelta una deviazione dalla regola consueta atta a favorire il confronto concorrenziale.

Nota:

(3) Per la precisione, Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6458, afferma: «Né varrebbe, ancora, sostenere l'illegittimità del controverso diniego sulla base dell'argomento della previsione della possibilità del rinnovo nel bando di gara e nel successivo contratto, posto che la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta disposizione legislativa che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni implica la sopravvenuta inefficacia delle previsioni, amministrative e contrattuali, confliggenti con il nuovo e vincolante principio, che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi clausole negoziali (attesa la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti)».

In definitiva sul punto, le doglianze dell'appellante non colgono nel segno, perché avendo scelto di percorrere la via maestra (vale a dire: la procedura ad evidenza pubblica), nessuna giustificazione circa il disatteso rinnovo contrattuale doveva essere offerta dalla stazione appaltante al precedente contraente.

Ma, a chiusura di queste osservazioni, appare il caso di ribadire che si rischia di essere disorientati da un'illusione ottica se si valorizzano eccessivamente queste argomentazioni che fanno comunque perno su una residuale (e, più che altro, riferita, per completezza di motivazione) possibilità di proroga.

Del resto, altrimenti, non si spiegherebbero le precedenti considerazioni della sentenza, così come non si spiegherebbe l'ulteriore richiamo, sempre contenuto nella decisione, ad un altro precedente del Consiglio di Stato, a tenore del quale la legislazione vigente - partendo dal presupposto che la procrastinazione meccanica del termine originario di durata di un contratto sottrarrebbe in modo intollerabilmente lungo un bene economicamente contendibile alle dinamiche fisiologiche del mercato -, non consente di procedere al rinnovo o alla proroga automatica dei contratti in corso, ma solo alla loro proroga espressa per il tempo strettamente necessario alla stipula di nuovi contratti a seguito dell'espletamento di apposite procedure ad evidenza pubblica (4).

L'inesistente "diritto di insistenza" del precedente contraente

Se il dovere per la pubblica amministrazione di procedere con una gara pubblica discende direttamente dalla legge, allora nessuna tutela infraprocedimentale (quasi un diritto "di insistenza") può essere riconosciuta al contraente uscente.

Del resto, nella fattispecie la facoltà di rinnovo era comunque, ed appunto, una mera facoltà, ed in quanto tale riservata alla discrezionalità della stazione appaltante.

Inoltre, la sentenza qui annotata rileva che in ogni caso l'amministrazione, conformandosi alle prescrizioni di legge, non avrebbe potuto fare altro che bandire la nuova procedura; saremmo in altre parole in presenza di una sorta di attività vincolata (5). Per cui, l'eventuale carenza infraprocedimentale sarebbe al più rientrata nella clausola, dagli effetti neutralizzanti circa eventuali violazioni di procedura, dell'art. 21-*octies*, L. 7 agosto 1990, n. 241.

Allargando lo sguardo, proprio con riguardo ad un eventuale diritto "di insistenza" e a proposito di

una qualche posizione di privilegio in capo al precedente gestore di un servizio, viene in mente il principio attualmente vigente in materia di affidamenti in economia (altro ambito nel quale sovente si incontrano sacche di resistenza al cambiamento di mentalità rispetto alle prassi del passato).

Secondo questo novellato orientamento, il precedente affidatario non vanta più alcun diritto di essere ulteriormente invitato alla nuova procedura negoziata; il principio della rotazione ha, infatti, ribaltato la situazione, affermandosi il superamento del criterio che riconosceva una posizione qualificata in capo al precedente gestore nel caso di successivi affidamenti dello stesso servizio (6). Anzi, se

Note:

(4) Questo, in pratica, è l'insegnamento di Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151, che pure avverte: «Il rinnovo tacito altro non è che una forma di trattativa privata che esula dalle ipotesi ammesse dal diritto comunitario (Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2006, n. 6458). L'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 6 della L. n. 537/1993 e poi con l'art. 23 L. n. 62/2005 al fine di adeguare l'ordinamento interno ai precetti comunitari, ha quindi valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario che considera il rinnovo e la proroga come un contratto originario necessitante della sottoposizione ai canoni di evidenza pubblica, mentre, accedendo a letture sistematiche che limitino la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea».

(5) Di «attività vincolata in relazione alla inequivocabile disposizione di legge che impedisce i rinnovi contrattuali», parla T.A.R. Catania, Sicilia, sez. IV, 15 aprile 2010, n. 1119. Si veda anche, nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5116, in questa *Rivista*, 2003, 57, che esclude in queste ipotesi la sussistenza in capo alla amministrazione di alcuna «disponibilità volitiva».

(6) A questo proposito è esemplare la decisione del T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 30 luglio 2010, n. 7142, che avverte: «Dall'art. 125 commi 8 e 11, D.Lgs. n. 163 del 2006, e dai principi in esso contenuti (fra cui quello della "rotazione" tra gli operatori economici in possesso dei prescritti requisiti d'idoneità e capacità tecnico-economico-professionale) discende il superamento del criterio che riconosceva una posizione qualificata, in capo al precedente gestore, nel caso di successivi affidamenti dello stesso servizio attraverso procedure negoziate dato che lo strumento della rotazione è coerente con i principi di trasparenza e pari opportunità tra gli operatori che ricevono commesse dalla p.a. senza l'attivazione di procedure selettive pubbliche. Conseguentemente, la scelta di non estendere l'invito all'impresa già affidataria di un precedente contratto non esige, al riguardo, una puntuale motivazione». Aspetto, quest'ultimo, che riecheggia lo stesso principio espresso nella sentenza del Consiglio di Stato qui in commento a proposito del presunto onere di specifica motivazione (come visto, inesistente) qualora la stazione appaltante decida di disattendere la facoltà di rinnovo contrattuale a favore del precedente operatore economico.

una stazione appaltante intendesse invitare il precedente contraente, su di essa graverebbe un onere di puntuale motivazione, perché in quel caso dovrebbe essere adeguatamente giustificato un comportamento difforme dalla regola generale (7).

Queste più ampie considerazioni, da un lato, testimoniano l'evoluzione normativa in materia; dall'altro, danno conto della sussistenza di consolidate prassi che affondano le radici in un impianto legislativo in parte ormai superato grazie alla capacità propulsiva dei principi comunitari.

Un aspetto processuale: la sussistenza (meglio: l'insussistenza) di soggetti controinteressati cui notificare il ricorso

La sentenza risolve in modo quasi brusco un profilo processuale inerente la eccepita inammissibilità del ricorso di primo grado; eccezione che faceva leva sulla asserita mancata notificazione del ricorso originario ad almeno uno dei controinteressati. Infatti, a dire della amministrazione resistente, essendo già stata indetta una gara pubblica ed essendo oltretutto già scaduto il termine per presentare offerte, la ricorrente ben avrebbe potuto conoscere ed individuare facilmente i controinteressati, rintracciabili tra i soggetti che hanno optato per la partecipazione alla procedura concorrenziale.

Tuttavia, secondo i Giudici di Palazzo Spada, il ricorso era ammissibile, posto che il ricorrente originario contestava una condotta della pubblica amministrazione che si poneva a valle (*rectius*: a monte?) dell'esperimento della nuova gara. In altri termini, l'accoglimento della domanda proposta con il gravame avrebbe impedito, a mò di corollario, di procedere con una gara pubblica. Per questo non erano ravvisabili, nel caso concreto, posizioni di controinteressati immediatamente identificabili.

Questo ragionamento, come accennato, appare particolarmente sintetico, soprattutto se rapportato alle inerenti argomentazioni sviluppate dal Giudice di primo grado in termini molto più articolati (8), anche se invero a tratti quasi contraddittori (9).

In altre parole sembra che il Consiglio di Stato abbia inteso compendiare il ragionamento del Giudice di primo grado, esprimendo con efficacia e in poche righe la regola indicata.

La decisione sembra corretta perché in effetti il ricorrente ha inteso contestare il potere stesso della amministrazione di procedere con la gara pubblica, in quanto, a suo dire, si sarebbe dovuto procedere con un rinnovo a suo favore.

Da un punto di vista strettamente logico, quindi, se il contratto doveva essere davvero rinnovato, allora non ci sarebbe stato spazio alcuno per la procedura ad evidenza pubblica, finalizzata a colmare un vuoto che non ci sarebbe stato.

L'eventuale illegittimo rifiuto al rinnovo contrattuale avrebbe così, in ultima analisi, travolto in via consequenziale e derivata gli atti di gara.

Il rinnovo dei contratti: possibilità ancora attuale?

La riposta non può che essere negativa.

Se da un lato il rinnovo tacito dei contratti (10) è espressamente vietato (ora dall'art. 57, comma 7, del codice dei contratti, che ha esteso il divieto an-

Note:

(7) In questo senso è particolarmente chiaro T.A.R. Brescia, sez. I, 15 aprile 2008, n. 372: «Nell'attuale ordinamento non può essere riconosciuta, in capo al precedente gestore (specie se affidatario a seguito di procedura negoziata), alcuna pretesa qualificata ad essere ulteriormente invitato alla successiva procedura negoziata ovvero a conoscere le ragioni dell'omesso invito, ma vige il principio opposto, per cui l'amministrazione è tenuta a fornire una congrua motivazione nel caso in cui ritenga di estendere il nuovo invito anche al precedente gestore».

(8) Secondo il TAR Lazio, la parte ricorrente non ha sollecitato l'annullamento del bando di gara (e della lettera di invito) in ragione della dedotta illegittimità della *lex specialis* della procedura sotto particolari aspetti o profili; ma, piuttosto, ha contestato *in nuce* la possibilità per l'Amministrazione di procedere all'affidamento del servizio mediante indizione di pubblica procedura di selezione, sostenendo che il servizio stesso dovesse formare oggetto di rinnovo in favore del precedente affidatario. Di conseguenza, a fronte di un *petitum* sostanziale di annullamento, una integrale "lettura" della pretesa fatta valere in giudizio porta a ritenere che l'interesse del quale parte ricorrente è portatrice consiste nella rivendicata rinnovabilità del rapporto negoziale, alla quale accede la confutata possibilità, per l'Amministrazione, di procedere all'affidamento del servizio mediante gara.

(9) In effetti la motivazione del TAR Lazio, se da un lato è apprezzabile perché tenta di affrontare il tema specifico in modo estremamente critico ed approfondito, dall'altro finisce per ripiegarsi su se stessa, laddove, sul finale, afferma che le considerazioni svolte inducono il Collegio a ritenere che, pur ribaditi i rappresentati principi giurisprudenziali in materia di configurabilità delle parti necessarie del giudizio promosso avverso il bando di gara, nondimeno la peculiare vicenda ora all'attenzione ben avrebbe potuto consentire di configurare in capo ai soggetti che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara quella qualità di parti necessarie del giudizio (e, quindi, di controinteressati) in corrispondenza della tutela di un interesse, pur strumentale, tuttavia indefettibilmente presupposto rispetto all'interesse sostanziale. Sembra quindi che il TAR Lazio, sul punto specifico, abbia posto le basi per un successivo ripensamento della materia, resosi conto che qualche interesse alla tutela ben potrebbero averlo i soggetti che hanno partecipato alla gara travolta, o che rischia di essere travolta, dal gravame inerente il rinnovo del contratto.

(10) Secondo R. De Nictolis, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, 2010, 546, il rinnovo tacito altro non è se non una forma di trattativa privata che esula dalle ipotesi consentite dal diritto comunitario. Opinione recentemente ribadita da Cons. Stato, sez. V, n. 2151/2011.

che ai lavori), dall'altro ci si deve interrogare sulla ammissibilità di un rinnovo espresso.

Ebbene, da un punto di vista strettamente letterale, proprio perché la legge pone il divieto, con tanto di sanzione di nullità, per il rinnovo tacito, e solo per esso (11), sembrerebbe più che legittimo il rinnovo espresso dei contratti. Altrimenti il legislatore avrebbe potuto affermare, eliminando così ogni dubbio al riguardo, che è vietato il rinnovo *tout court* dei contratti, senza aggiungere aggettivi (espresso, tacito) che anziché chiarire rischiano di ingarbugliare il tema di indagine.

È peraltro vero che l'aggettivo "tacito" qui in esame aveva forse ragione di essere in contrapposizione al cd. rinnovo espresso, contemplato nell'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, L. 24 dicembre 1993, n. 537; periodo però abrogato proprio dal già ricordato art. 23, L. n. 62/2005. Di conseguenza, sembrerebbe venuto meno il termine di paragone e contrapposizione che dava un senso alla precisazione terminologica appena vista.

Ad ogni buon conto, è opportuna una considerazione dalla valenza più generale.

Non è il caso qui di addentrarci nella discussione circa l'esatta portata dell'istituto del rinnovo, e delle differenze con quello della proroga.

Ma sia che si intenda il rinnovo come rinegoziazione (con possibili modifiche) del precedente contratto e con conseguente creazione di un rapporto *ex novo*; sia che si intenda il rinnovo come proroga pura e semplice del contratto in corso (con esclusione dunque di qualsivoglia eventuale alterazione del precedente assetto contrattuale) (12); in ambedue i casi è innegabile che si finirebbe per eludere le regole poste a tutela della concorrenza.

In altre parole, in entrambe le ipotesi si giungerebbe ad affidare un contratto pubblico senza effettiva competizione. E questa possibilità non può essere più tollerata, anche perché non vi può essere alcun dubbio circa il fatto che le procedure concorsuali per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione rappresentano la regola orientativa cardine (13).

Sotto altro profilo, non meno importante, non va dimenticato che la *ratio* della previsione che vieta il rinnovo mira a scongiurare gli affidamenti reiterati al medesimo soggetto, eludendo di fatto le prescrizioni poste a tutela della verifica dei requisiti di qualificazione tecnica, economica e finanziaria degli operatori economici (14).

Dal rinnovo puro e semplice devono così essere tenute ben distinte le peculiari ipotesi racchiuse nell'art. 57 del codice dei contratti, che si occupa

delle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Del resto, valorizzando una interpretazione sistematica delle norme, non può essere sottovalutata la circostanza per cui l'esplicito divieto di rinnovo è collocato proprio all'interno, e a chiusura, della disposizione del codice dei contratti appena ricordata, vale a dire in un ambito nel quale anche la trattativa privata senza bando deve pur sempre rispettare i principi del Trattato, mediante un minimo di garanzie procedurali (15). Garanzie che invece sarebbero del tutto trascurate in caso di rinnovo, espresso o tacito che sia.

Il rinnovo, nel senso poc'anzi precisato, è in conclusione sempre e comunque vietato (16), e le clausole (di gara o contrattuali) che detta possibilità contemplano devono intendersi come vietate e nulle, anche perché si finirebbe per costituire una violazione dei principi comunitari da sempre improntati a favorire al massimo la competizione tra i vari operatori economici.

Note:

(11) Si coglie occasione per ricordare che anche il codice del processo amministrativo utilizza la medesima terminologia, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al divieto di rinnovo "tacito" dei contratti (art. 133, comma 1, lett. e, n. 2).

(12) A questo proposito cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 1997, n. 269.

(13) Di regola orientativa "cardine" parla espressamente T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, n. 1786/2006; la stessa terminologia è utilizzata da T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 18 maggio 2006, n. 3564, a tenore della quale le procedure concorsuali per la scelta del contraente da parte della pubblica Amministrazione rappresentano, infatti, la regola orientativa "cardine" dell'operato della pubblica Amministrazione nella scelta del privato contraente, mentre la trattativa privata costituisce l'eccezione e, quindi, è suscettibile di essere legittimamente scelta laddove ricorrano le condizioni ed i presupposti di legge.

(14) Così M. L. Fioretti, Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente, in AA.VV., *La disciplina dei contratti pubblici*, a cura di Baldi, Tomei, Milano, 2007, 562.

(15) Così R. De Nictolis, *Manuale dei contratti pubblici*, op. cit., 546. Si veda sempre R. De Nictolis, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007, 334, ove si fa riferimento, a proposito della procedura negoziata non preceduta da bando di gara, a garanzie procedurali volte ad assicurare la trasparenza e la *par condicio*.

(16) Sostiene che via sia in capo alla pubblica amministrazione un divieto di rinnovo o proroga dei contratti, in qualsiasi forma, espressa o tacita, G. Armao, *Procedure di affidamento*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di Rota, Rusconi, Torino, 2007, 822. Nello stesso senso v. T. Siciliano, *Il divieto di rinnovo tacito dei contratti*, op. cit., 550.