

Il ricorso alla procedura negoziata
senza previa pubblicazione
di un bando di gara: *extrema ratio*
del sistema di *public procurement*
(Nota a Consiglio di Stato
Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827)

Antonino Longo

Numero 4/2021
31 dicembre 2021

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827 – Pres. Franconiero – Est. Barreca – Comune di Milano c. Alascom s.r.l. e Laser Soc. Cons. a r.l.

Procedura negoziata senza bando – Affidamento contratto ponte – Proroga tecnica – Principio di Rotazione – Gestore uscente – Ragioni di estrema urgenza – Servizi indispensabili e indifferibili – Discrezionalità amministrativa – Motivazione – Presupposti

La pendenza di contenziosi giudiziari costituisce un'evenienza atta a rendere lecito il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire un servizio indispensabile e indifferibile nel tempo strettamente necessario sia all'indizione di una nuova gara - nell'ipotesi in cui la procedura ordinaria, nelle more, venga annullata dall'autorità giudiziaria- o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara sub iudice. La scelta di tale possibile soluzione, eccezionale e residuale rispetto alle procedure ordinarie ad evidenza pubblica, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione.*

FATTO e DIRITTO. – (*Omissis*). – 1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha accolto il ricorso proposto dalla Alascom s.r.l. contro il Comune di Milano e nei confronti della Laser soc. cons. a r.l. per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 3547 del 14 maggio 2021 di affidamento a quest'ultima società dell'appalto dei “servizi di manutenzione ordinaria di *software* e *hardware* in uso al Comune di Milano”

1.1. La sentenza, dato atto della cessazione della materia del contendere sulla domanda di accesso presentata col ricorso e respinta l'eccezione di carenza di interesse e di legittimazione attiva sollevata dall'amministrazione resistente, ha ricostruito i fatti e la vicenda procedimentale come segue:

«- con determinazione n. 3547 del 14.05.2021, il Comune ha affidato i “Servizi di manutenzione ordinaria di *software* e *hardware* in uso al Comune di Milano” relativi alla manutenzione ordinaria dell'informatica personale distribuita per un periodo di 6 mesi, eventualmente prorogabili di ulteriori 3 mesi, a Laser s.c. a r.l., al prezzo di € 430.000,00 oltre I.V.A.;

- l'affidamento è avvenuto mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, in ritenuta applicazione dell'art. 63, comma 2 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50, come

* Massime non ufficiali.

chiaramente esplicitato dal provvedimento impugnato e ribadito dalla difesa comunale nelle memorie depositate;

- il provvedimento specifica che la scelta di Laser quale affidataria è dipesa dal fatto che “tale operatore è risultato primo in graduatoria nella procedura” indetta con determinazione n. 10346/2020, tanto che il servizio le è stato assegnato “alle medesime condizioni economiche offerte nell’ambito della procedura ristretta” appena richiamata e svolta secondo il criterio del prezzo più basso, con la precisazione che Laser “ha già svolto il servizio, in affiancamento con il precedente gestore, per il periodo 1.4.2021-30.4.2021”;

- la gara anzidetta, nella quale Laser si è collocata al primo posto della graduatoria, è stata annullata dal Tribunale con sentenza n. 1095/2021, pubblicata in data 30 aprile 2021, in ragione dell’erronea applicazione del criterio del prezzo più basso in luogo di quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con conseguente travolgimento di tutti gli atti di gara a partire da quelli indittivi;

- l’art. 63, comma 2 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50 consente l’attivazione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, tra l’altro, “c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”;

- il comma 6 dell’art. 63 precisa che “Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L’amministrazione aggiudicatrice sceglie l’operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell’articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l’affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione”;

- l’amministrazione sostiene che le ragioni di urgenza che l’hanno indotta ad affidare a Laser il servizio sarebbero riconducibili ad eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice e comunque ad essa non imputabili;

- in particolare, si sostiene che l’urgenza sarebbe conseguente all’intervenuto annullamento, con sentenza TAR Lombardia n. 1095/2021, degli atti della gara aggiudicata a Laser, fatto che, secondo la stazione appaltante, “costituisce evento non previsto, non prevedibile e non imputabile all’Amministrazione”».

1.2. Il tribunale non ha condiviso le argomentazioni del Comune di Milano, ritenendo, in accoglimento del primo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La motivazione richiama un precedente giurisprudenziale (Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2021, n. 920) che ha escluso che *“l’insorgenza di contenziosi giudiziari”* sia fatto imprevedibile che consenta il ricorso alla procedura negoziata senza bando ed osserva che, *“a fronte di un accadimento di normale verifica nel settore di riferimento”*, non si possa ritenere che l’annullamento della gara abbia provocato l’insorgenza di una situazione di urgenza non prevedibile e non imputabile all’amministrazione; perciò conclude che sarebbe stato onere di quest’ultima *“attivare la nuova procedura in tempo utile per garantire l’espletamento del servizio sin dalla scadenza del rapporto contrattuale pregresso”*.

Alla base di siffatta conclusione vi è la constatazione della natura eccezionale della procedura negoziata senza bando e dell’onere dell’amministrazione resistente di dimostrare la sussistenza dei presupposti giustificativi, da interpretarsi peraltro restrittivamente, in coerenza con la direttiva n. 24 del 2014, considerando n. 50 e art. 32.

1.3. Sotto altro profilo, il tribunale ha condiviso la doglianza della ricorrente volta a sottolineare l’irragionevolezza della scelta di affidare il servizio a Laser per essere stata la società aggiudicataria della procedura annullata con sentenza dello stesso T.a.r., n. 1095/2021, con effetto dalla sua pubblicazione in data 30 aprile 2021.

1.4. Il tribunale ha inoltre constatato che il provvedimento impugnato non attesta *“l’osservanza delle modalità previste dal comma 6 dell’art. 63, dirette a garantire il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, attraverso la selezione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei”* e che *“non risulta che il Comune abbia contattato altri operatori ai fini indicati, né è documentata l’impossibilità di individuare sul mercato dei soggetti in grado di offrire il servizio, che si connota, comunque, per avere ad oggetto prestazioni standardizzate e sostanzialmente routinarie”*. Ha aggiunto di ritenere insufficiente allo scopo la proposta presentata dall’ATI tra la mandataria Fastweb s.p.a. e la mandante Maticmind s.p.a. (aggiudicataria ed esecutrice del servizio sino al 30 aprile 2021 in base ad una convenzione Consip del 2018) poiché si era trattato dell’offerta di continuare per un ulteriore periodo nella prosecuzione della gestione, sulla base della predetta convenzione.

1.5. Ancora, il tribunale ha escluso che l’amministrazione comunale abbia fatto applicazione in sede di gara del principio di rotazione perché non ha scelto Laser consultando altri operatori economici, né ne ha selezionati cinque.

1.5.1. Ha tuttavia osservato che l’amministrazione ha richiamato negli atti difensivi il principio di rotazione e l’ha opposto per sostenere il difetto di legittimazione e di interesse ad agire di Alascom (in quanto l’applicazione del principio di rotazione non avrebbe consentito

l'affidamento del servizio in suo favore). L'eccezione di difetto di legittimazione attiva – già respinta in via preliminare perché la società ricorrente “è un soggetto imprenditoriale operante nel settore economico oggetto dell'affidamento” – è stata ritenuta infondata per l'ulteriore ragione che la ricorrente non era gestore uscente, ma gestore di una parte soltanto del servizio in regime di subappalto.

1.6. Ribadita quindi l'illegittimità del ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando in difetto dei relativi presupposti e senza l'osservanza delle modalità previste dal sesto comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'accoglimento delle doglianze esaminate ha comportato l'annullamento dell'affidamento.

Di qui la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato il 3 giugno 2021, in applicazione dell'art. 121, comma 1, lett. b), c.p.a.

Tuttavia, considerati “la situazione fattuale complessiva e il carattere necessario del servizio” l'inefficacia è stata limitata alle sole prestazioni non ancora eseguite alla data di pubblicazione della sentenza.

E' stata invece respinta la domanda di subentro della ricorrente, perché, non essendo stata invitata, non aveva nemmeno formulato un'offerta valutata dall'amministrazione.

L'amministrazione resistente è stata condannata a corrispondere le spese di lite in favore della ricorrente.

2. Avverso la sentenza il Comune di Milano ha proposto appello con tre motivi.

2.1. Alascom e Laser si sono costituite in giudizio, la prima, per resistere all'appello e, la seconda, per aderirvi.

2.2. Con decreto monocratico n.4090 del 27 luglio 2021, confermato con ordinanza cautelare n. 4507 del 27 agosto 2021, è stata sospesa l'esecutività della sentenza appellata.

2.3. All'udienza pubblica del 21 ottobre 2021 la causa è stata assegnata a sentenza senza discussione orale, come concordemente richiesto da tutte le parti, previo deposito di memorie e repliche.

3. Il primo motivo di appello censura l'affermazione che sono mancati i presupposti dell'imprevedibilità e della non imputabilità all'amministrazione della situazione che ha determinato l'urgenza.

La difesa civica obietta che l'annullamento deciso con la sentenza n. 1095 del 30 aprile 2021 ha costituito soltanto l'ultimo tassello di un insieme di circostanze che hanno determinato la necessità di un affidamento “ponte” ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, tra cui in principalità la situazione emergenziale creatasi nel Paese a partire dal marzo 2020, a seguito del diffondersi della pandemia da Covid-19. A causa di tale situazione pregressa, che aveva comportato un notevole ritardo nell'indizione della gara poi annullata, si è verificato che l'annullamento giurisdizionale sia sopravvenuto a ridosso della scadenza del precedente

contratto ed abbia perciò indotto l'amministrazione all'affidamento "ponte", disposto nella misura strettamente necessaria per provvedere alla rinnovazione della gara e per ragioni di estrema urgenza, non riconducibili a fatto della medesima amministrazione, come richiesto dalla richiamata disposizione del *Codice di contratti pubblici*.

Il Comune di Milano aggiunge che comunque l'annullamento giurisdizionale della precedente procedura non avrebbe potuto semplicisticamente essere ritenuto evento prevedibile ed imputabile all'amministrazione, tenuto conto del fatto che il ricorso ed il successivo suo accoglimento non possono considerarsi eventi ordinari, né tanto meno prevedibili, alla luce delle statistiche e dei dati relativi alle impugnazioni degli atti delle procedure di evidenza pubblica.

3.1. Il motivo è fondato.

Il quesito se la presentazione di un ricorso giurisdizionale e l'annullamento degli atti di una gara siano eventi imprevedibili e non imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi e per gli effetti dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 non è posto correttamente, poiché la giusta esegesi della disposizione non consente una risposta univoca, in senso positivo o negativo.

Non è in discussione la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE (*"tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali"*) e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 65, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'eccezionalità cui si riferisce tale ultima disposizione - della quale il Comune di Milano ha ritenuto di fare applicazione per l'affidamento in oggetto - attiene alle *"ragioni di estrema urgenza"*, non tanto quindi agli eventi che l'hanno determinata, che invece devono essere *"imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice"* ed a questa non imputabili.

Pertanto, è vero che nel settore dei contratti pubblici non è eccezionale l'insorgenza di un contenzioso giudiziario, ma non è affatto questo il dato rilevante per escludere il legittimo ricorso alla procedura negoziata senza bando.

Piuttosto, rileva che l'amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza e che questa situazione sia derivata non solo dalla pendenza del contenzioso, ma (anche) da eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara.

3.2. Nel caso di specie non vi può essere alcun dubbio sul fatto che il Comune di Milano, a seguito dell'annullamento della gara con la sentenza del 30 aprile 2021, si sia venuto a trovare in una situazione di *"estrema urgenza"*.

La procedura di gara annullata aveva ad oggetto il servizio di manutenzione ordinaria di *software* e *hardware* degli uffici comunali, concernente quindi l'assistenza operativa ad oltre 14.000 dipendenti comunali ed altri soggetti operanti nell'organizzazione comunale che utilizzano gli strumenti informatici (sindaco, assessori e consiglieri comunali, come esemplificato dal Comune).

L'indispensabilità del servizio per assicurare il continuo e corretto funzionamento dell'organizzazione e dei servizi comunali è sottolineata dalla difesa civica, che, senza essere smentita, nell'atto di appello:

- enumera le prestazioni: gestione e manutenzione di circa 11.000 postazioni di lavoro, quasi 9.000 stampanti, 67 *tablet* e 36 *plotter*; servizio *help desk* per i problemi di funzionamento; riparazione delle postazioni di lavoro guaste;

- dà conto delle statistiche relative allo svolgimento dei servizi: circa 5.000 interventi all'anno di c.d. IMAC (*Install, Move Add or Change*) e circa 9.000 *ticket* all'anno aperti presso il servizio *help desk*.

La situazione di urgenza è qualificabile come oggettivamente “estrema” se si tiene conto del fatto che, alla data di pubblicazione della sentenza, erano già scaduti il precedente contratto (31 gennaio 2021) e la c.d. “proroga tecnica” (30 aprile 2021) e si era dato avvio all'esecuzione del nuovo contratto in via d'urgenza - peraltro legittimamente, come si dirà nel prosieguo – da parte dell'aggiudicataria della gara annullata.

Dal 1° maggio 2021 il Comune di Milano si è quindi ritrovato privo di legittimo affidatario del servizio di manutenzione informatica, ma nell'impossibilità di interrompere il servizio medesimo, cui sarebbe potuta conseguire l'interruzione dello svolgimento e dell'erogazione delle attività e dei servizi comunali in caso di malfunzionamento dei sistemi informatici.

3.2.1. Il giudice di primo grado ha ascritto al Comune il ritardo nell'indizione della gara (poi annullata) per non avere attivato “*la nuova procedura in tempo utile per garantire l'espletamento del servizio sin dalla scadenza del rapporto contrattuale pregresso*” ed anche per non aver avviato “*a tempo debito la procedura, tenendo conto della probabile presentazione di ricorsi*”.

La duplice affermazione della sentenza impugnata non tiene conto di tutte le circostanze di fatto che hanno determinato la descritta situazione di estrema urgenza.

Questa è infatti dipesa solo in via immediata dall'esito del contenzioso instaurato da Alascom avverso l'aggiudicazione a Laser e gli atti della gara precedente, ma è causalmente dipendente da una successione di eventi, in gran parte imprevedibili e non imputabili all'ente locale per illegittimo, scorretto o negligente esercizio dell'attività amministrativa.

La procedura di gara annullata con la citata sentenza del 30 aprile 2021 è stata effettivamente indetta nel novembre 2020, ma è condivisibile, né è smentita in fatto, la

deduzione del Comune che tale ritardo sia stato provocato dall'imprevedibile e notoria situazione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid 19, che ha bloccato i procedimenti amministrativi in atto e le attività economiche ed imprenditoriali, provocando anche una situazione di criticità delle entrate comunali.

Risulta dagli atti che il precedente rapporto sarebbe venuto a scadenza regolare il 31 gennaio 2021 e che le attività per il nuovo affidamento del servizio, pur essendo state avviate nel febbraio 2020 (a ridosso quindi della situazione di emergenza sanitaria dichiarata in Italia nel marzo 2020), sono rimaste bloccate fino a novembre 2020, quando è stata adottata la delibera della Giunta comunale n. 1303 del 20 novembre 2020, necessaria per l'autorizzazione della relativa spesa.

La procedura di gara si è quindi svolta nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione ex art. 55 del d.lgs. n. 50 del 2016, con procedura notoriamente più rapida di quella ordinaria (come riconosce, sia pure ad altri fini, la difesa di Alascom), a seguito di lettera di invito del 22 dicembre 2020, pervenendo all'aggiudicazione con determina adottata il 1° marzo 2021.

Quanto esposto rende palese la sussistenza di eventi imprevedibili e non imputabili al Comune che hanno provocato il ritardo nell'indizione della gara poi annullata e che vanno reputati rilevanti per il giudizio di non imputabilità di cui all'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016.

In risposta al suggestivo argomento di Alascom, secondo cui il provvedimento impugnato fa menzione soltanto dell'annullamento giurisdizionale, va detto che l'onere della motivazione che pure è richiesto in termini stringenti per giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza bando è adeguatamente assolto mediante l'esposizione delle ragioni di estrema urgenza (ampiamente descritte nella determinazione del 14 maggio 2021) e dell'evento imprevedibile che le ha determinate, senza necessità di ulteriore motivazione che ne espliciti la non imputabilità all'amministrazione aggiudicatrice.

3.2.2. Peraltro, in punto di prevedibilità ed evitabilità dell'annullamento giurisdizionale, non va generalizzata l'affermazione che la possibile insorgenza di contenziosi giudiziari sia evento "non imprevedibile" nel settore dei contratti pubblici ed imputabile all'amministrazione, tanto da impedire *ex se* ed in ogni caso il ricorso alla procedura negoziata senza bando.

All'opposto, come dimostra anche la peculiarità della fattispecie oggetto del precedente giurisprudenziale citato nella sentenza di primo grado (Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2021, n. 920), proprio la pendenza di contenziosi giudiziari e i loro esiti costituiscono, in riferimento agli appalti di servizi indispensabili ed indifferibili, evenienza atta a rendere lecito il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016. Questa infatti consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente

necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara *sub iudice* (cfr. Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687), con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice.

Deve perciò escludersi che l'impugnazione degli atti di gara e la pendenza del relativo contenzioso siano sempre circostanze prevedibili ed imputabili all'amministrazione aggiudicatrice.

La sussistenza dei presupposti per ricorrere alla pur eccezionale procedura negoziata senza bando ed il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta dello strumento più idoneo a garantire la continuità del servizio, nei limiti della sua sindacabilità in sede giurisdizionale, vanno perciò valutati caso per caso, tenendo conto delle modalità e dei tempi di insorgenza del contenzioso giudiziario, del contenuto più o meno controverso del *thema decidendum*, degli esiti, anche cautelari, dell'intero giudizio.

Nel caso di specie, gli atti della precedente procedura ed il provvedimento di aggiudicazione del 1° marzo 2021 sono stati impugnati soltanto il 6 aprile 2021, quando il servizio con il nuovo gestore era stato avviato il 1° aprile 2021, a seguito di ordine impartito sin dal 23 marzo 2021 (peraltro in conformità alla disposizione dell'art. 8, comma 1, lett. a), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha reso non più eccezionale l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, anche prima dell'efficacia dell'aggiudicazione, nelle more della verifica dei requisiti). In punto di fatto, è smentito che il Comune di Milano abbia agevolato il subingresso nel servizio da parte di Laser dopo la proposizione del ricorso e, men che meno, dopo che la precedente gara era stata annullata.

Inoltre, il contenzioso introdotto dopo l'avvio d'urgenza dell'esecuzione da parte di Laser Scarl non presentava affatto gli esiti scontati sostenuti dalla ricorrente Alascom laddove dibatte negli scritti difensivi di un "*errore davvero plateale del Comune di Milano*" che avrebbe provocato l'annullamento della gara precedente, atteso che la qualificazione del servizio "ad alta intensità di manodopera" (per la quale la sentenza n. 1095/21 ha ritenuto illegittimo l'utilizzo del criterio del prezzo più basso) è emersa con evidenza soltanto in sede giudiziale, per l'incidenza dei costi della manodopera desumibile dalle offerte dei concorrenti.

In definitiva, i tempi e il contenuto del contenzioso in atto, rispetto allo stato della procedura, sono stati tali da consentire, all'esito dell'annullamento della gara precedente, il legittimo ricorso alla procedura negoziata senza bando, per la stipulazione di un contratto-ponte nelle more della rinnovazione della gara.

3.3. Il primo motivo di appello va perciò accolto ed, in parziale riforma della sentenza gravata, va esclusa l'illegittimità del ricorso da parte del Comune di Milano alla procedura di cui all'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

4. Il secondo motivo censura il giudizio di irragionevolezza della scelta di affidare il servizio a Laser, nonché l'affermazione del mancato rispetto delle modalità di scelta del contraente di cui al sesto comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016.

4.1. La difesa comunale osserva che, contrariamente affermato in sentenza, Laser non è stata scelta perché si era aggiudicata la gara annullata, ma perché stava in concreto svolgendo il servizio già da un mese nel momento in cui è intervenuto l'annullamento, mentre il contratto del gestore uscente era giunto da tempo alla sua conclusione.

4.1.1. Quanto poi alle modalità seguite, sottolinea che l'affidamento-ponte è stato disposto in forza di procedura a sé stante, con scambio di proposta e accettazione tra l'operatore e l'amministrazione. Secondo il Comune, la natura indispensabile ed urgente dei servizi e l'inaffidabilità di una loro interruzione avrebbero reso impossibile l'esperimento di consultazioni o indagini di mercato e quindi l'applicazione delle modalità di cui al comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. n.50 del 2016.

4.2. Il motivo va respinto, pur se con le precisazioni di cui appresso.

Va premesso che, in astratto, può non essere manifestamente irragionevole la scelta di stipulare il contratto-ponte, in via temporanea e per il tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova gara, con l'aggiudicatario autorizzato all'avvio dell'esecuzione in via d'urgenza, quando questa sia l'unica o la più conveniente possibilità per assicurare la continuità di un servizio indispensabile.

Nel caso di specie, peraltro, la determinazione dirigenziale n. 3547 del 14 maggio 2021 non si limita ad individuare la Laser Scarl, come affidatario temporaneo, soltanto perché operatore economico “*risultato primo in graduatoria nella ... procedura*” annullata, come contestato dalla ricorrente Alascom e riduttivamente presupposto nella sentenza gravata. Infatti, il provvedimento impugnato specifica che si tratta dell'operatore che “*ha già svolto il servizio, in affiancamento con il precedente gestore, per il periodo 1.4.2021-30.4.2021, e sta tuttora svolgendo il servizio*”.

Inoltre, non appare decisiva in senso sfavorevole al Comune di Milano nemmeno la circostanza, contestata dalla ricorrente Alascom e valorizzata in sentenza, che l'amministrazione abbia chiesto a Laser Scarl “*la disponibilità a prestare il predetto servizio alle medesime condizioni economiche offerte nell'ambito della procedura ristretta oggetto dell'annullamento*”. Infatti, in linea di massima, tali condizioni, risultate le migliori all'esito di un confronto competitivo (sia pure basato sul criterio del prezzo più basso, ritenuto non conforme a legge dalla sentenza di annullamento), potevano legittimamente essere recepite dalla stazione appaltante non in esecuzione dell'aggiudicazione annullata, ma come “*meri parametri di fatto*” (cfr. Cons. Stato, III, n. 2687/19, citata). Tale conclusione vieppiù si giustifica nel caso di specie, in cui le condizioni alternative proposte dall'ATI Fastweb S.p.A. – Maticmind S.p.A.,

basate sulla convenzione Consip del 2018, erano economicamente meno convenienti (in quanto più gravose di circa il 37%).

Va poi considerato che la durata del contratto – ponte non risulta manifestamente eccedente la “misura strettamente necessaria” per consentire al Comune di Milano di indire la nuova gara con il diverso criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, né - al contrario di quanto, pur suggestivamente, assume l’appellante – è sintomatica, unitamente ai detti smentiti elementi, di uno sviamento di potere, per avere l’amministrazione aggiudicatrice sostanzialmente inteso cristallizzare gli effetti dell’affidamento annullato, al fine di agevolare illegittimamente la precedente aggiudicataria.

Premesso che la durata è stata fissata in sei mesi dall’1 maggio 2021 al 31 ottobre 2021 (eventualmente prorogabile di ulteriori tre mesi), la difesa del Comune di Milano secondo cui non si è trattato di determinazione illegittimamente dilatoria trova riscontro negli atti prodotti in primo grado, in specie nella deliberazione della Giunta comunale n. 877/2021. Questa, sebbene adottata il 23 luglio 2021, dà conto delle ragioni del ritardo, rispetto all’annullamento giurisdizionale del 30 aprile 2021: in un primo tempo, l’amministrazione aveva ritenuto di poter aderire all’Accordo Quadro Consip *Desktop Outsourcing 3*, poi non attivato, e quindi è stata costretta all’utilizzazione della piattaforma *e-Procurement Sintel* della Centrale di committenza regionale ARIA s.p.a., con necessità di esperire altri adempimenti a causa del fatto che questa non è concepita come strumento di negoziazione elettronico.

Inoltre va tenuto conto delle esigenze legate alla difficoltà di indire una nuova gara da aggiudicare col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, perciò richiedente tempi prevedibilmente più lunghi sia per la predisposizione *ex novo* del capitolato di appalto sia per il suo espletamento.

4.2.1. Orbene, proprio tali esigenze e la ragionevole previsione di tempi più lunghi avrebbero dovuto indurre il Comune di Milano a procedere conformemente all’art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si tratta di disposizione cruciale per assicurare il confronto concorrenziale minimo esigibile in ragione dell’eccezionalità della procedura, come richiesto dalla direttiva europea.

L’unico limite posto esplicitamente dall’art. 63, comma 6, è individuato nella insussistenza di almeno cinque operatori economici “idonei”, da consultare “*sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione*”.

Lo stesso Comune di Milano riconosce che tale situazione di esonero dalla consultazione concorrenziale non ricorreva nel caso di specie e, a riprova di ciò, va sottolineato che risulta dagli atti che alla gara precedentemente annullata erano stati ammessi a partecipare dieci operatori economici.

4.2.2. Assume invece l'appellante che l'esperimento di consultazioni o indagini di mercato e l'applicazione delle modalità di cui all'art. 63, comma 6, sarebbero state rese impossibili dalla natura indispensabile ed urgente dei servizi in questione e dall'inammissibilità di una loro interruzione.

L'argomento difensivo prova troppo, considerato che si tratta di difficoltà ordinariamente poste dalle procedure di affiancamento e di "cambio appalto" ogniqualvolta si sostituisca il gestore in atto dei servizi. Il periodo di sei mesi, prorogabile di altri tre, è sufficientemente lungo per affrontare siffatte difficoltà, sol che si consideri che non sarebbe stata necessaria alcuna spesa di tempo per "consultazioni o indagini di mercato" se il Comune avesse individuato gli operatori economici da consultare tra coloro che avevano partecipato alla gara annullata, in numero addirittura eccedente il minimo di cinque indicato dalla disposizione del *Codice dei contratti pubblici*.

4.3. Va perciò confermata la sentenza gravata laddove ha ritenuto illegittimo l'operato dell'amministrazione comunale per non avere contattato altri operatori ai fini indicati, né documentato "*l'impossibilità di individuare sul mercato dei soggetti in grado di offrire il servizio, che si connota, comunque, per avere ad oggetto prestazioni standardizzate e sostanzialmente routinarie*" (dato, quest'ultimo, nemmeno specificamente censurato dall'appellante).

Trattasi, all'evidenza, di condotta in violazione dell'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 che comporta la conferma dell'illegittimità dell'affidamento disposto in favore di Laser Scarl con la determinazione dirigenziale impugnata, per mancato rispetto del principio di concorrenza non superato dalla circostanza (su cui insiste l'avvocatura civica), attinente invece alla trasparenza, che il Comune di Milano abbia instaurato un'autonoma procedura per l'affidamento-ponte.

4.4. Il secondo motivo di appello va quindi respinto.

4.5. Resta con ciò definitivamente assorbito il secondo ordine di censure, già dichiarato assorbito in primo grado e riproposto da Alescom in appello, concernente la forma giuridica dell'affidataria.

5. Il terzo motivo d'appello censura, infine, la sentenza che, dopo aver addebitato al Comune di non aver fatto applicazione del principio di rotazione, pur avendolo richiamato nei propri scritti difensivi, ha escluso la carenza di interesse all'impugnazione da parte di Alascom perché il principio di rotazione non avrebbe impedito l'affidamento del servizio in suo favore, avendo svolto il precedente affidamento solo in parte e solo in qualità di subappaltatore.

5.1. L'appellante ripropone la medesima eccezione, deducendo che il tribunale ha richiamato dei precedenti giurisprudenziali sul divieto di invitare alla gara il contraente uscente, senza tuttavia coglierne la *ratio*, quale si evince anche dalla recente giurisprudenza del Consiglio

di Stato (Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3999 e Cons. Stato, VI, 17 luglio 2020, n. 4627). Ad avviso del Comune di Milano questa *ratio* smentirebbe l'interpretazione formalistica del primo giudice ed avrebbe dovuto, invece, condurre all'affermazione del divieto di invito di Alascom, la quale – come riconosciuto in sentenza – ha gestito gran parte dei servizi oggetto di appalto in qualità di subappaltatore del contraente uscente ed, al pari di questi, avrebbe potuto godere di quella “rendita di posizione” che sta a fondamento del detto divieto.

5.2. Il motivo d'appello non merita di essere accolto.

Quanto alla legittimazione e all'interesse ad agire di Alascom non può che essere ribadito che la società, operatore economico nel settore oggetto dell'affidamento (in quanto *system integrator* e fornitore di servizi di consulenza tecnica nel settore ICT, con riferimento alle reti di telecomunicazione e tecnologie IP), è portatore di posizione giuridica differenziata che, distinguendolo dal *quisque de populo*, lo legittima all'impugnazione degli atti di gara ed a maggior ragione è legittimato ad agire quando, come nel caso di specie, lamenta che l'affidamento avrebbe dovuto rispettare le procedure del d.lgs. n. 50 del 2016, che assume invece violate, invocando la rinnovazione integrale della procedura di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2011 e n. 4/2018).

Nel caso di specie, il ricorso era volto, in via principale, a contestare l'utilizzazione della procedura negoziata senza pubblicazione di bando, in luogo della procedura aperta o ristretta, per le quali non opera l'invocato principio di rotazione.

Quanto alle contestazioni concernenti le modalità di svolgimento della procedura di cui all'art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, è sufficiente osservare che, ai fini della legittimazione attiva all'impugnazione degli atti di gara al fine di ottenerne la rinnovazione integrale, non è richiesta la prova di resistenza dell'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 3 luglio 2018, n. 4054).

In merito, poi, alla qualità di gestore uscente del subappaltatore, evidente è la differenza dal punto di vista formale tra l'operatore economico partecipante alla gara e contraente selezionato ed il subappaltatore. Tuttavia, vanno condivise le considerazioni difensive del Comune di Milano e della controinteressata basate su un'interpretazione teleologicamente orientata del principio. In sintesi, l'applicazione concreta del canone della rotazione ha riguardo, non tanto (o non solo) all'operatore economico affidatario, quanto all'operatore economico che sia stato l'effettivo esecutore delle prestazioni oggetto del precedente contratto, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti (così, da ultimo, sulla *ratio* del principio di rotazione, volto ad evitare il consolidamento di “rendite di posizione”, Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3999 che richiama

in tal senso il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, sulle «Linee guida» dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017).

Trattasi peraltro di opzioni interpretative rimesse alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale, nel riconoscere ampi margini di discrezionalità, s'impongono però stringenti oneri motivazionali. Di questi non è dato occuparsi nel presente giudizio, trattandosi di potere amministrativo non esercitato nel caso di specie (arg. ex art. 34, comma 2, Cod. proc.amm.) e non essendo rilevante la questione ai fini della legittimazione ad agire di Alascom.

5.3. Il terzo motivo di appello va quindi respinto.

6. Il rigetto del secondo e terzo motivo non consente però di accogliere la domanda di risarcimento del danno, così come avanzata da Alescom nei termini che seguono:

- in primo grado per la condanna *“ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc.amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio”*;

- in appello reiterata con la memoria di costituzione, *“integralmente ... in forma specifica e, in subordine, per equivalente, già formulata in primo grado evidenziando che la domanda risarcitoria per equivalente (in relazione alla quale si risponderà l'interesse di Alescom ove l'affidamento diretto dovesse avere esecuzione e l'indizione della nuova gara dovesse essere ulteriormente procrastinata) si configura nel duplice contenuto del danno emergente e del lucro cessante, la cui entità verrà determinata nel corso del giudizio”*.

6.1. E' inammissibile la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante subentro nel contratto della società ricorrente, pur avendo questa esplicitamente riproposto la domanda e dichiarato *“la propria disponibilità in tal senso”* anche nelle conclusioni della memoria di costituzione in appello.

L'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. è infatti applicabile soltanto alle domande dichiarate assorbite o non esaminate in primo grado.

Poiché il giudice di primo grado si è espressamente pronunciato sulla domanda di subentro respingendola con apposita motivazione (per non avere la ricorrente presentato un'offerta valutata dall'amministrazione), la relativa decisione avrebbe dovuto essere impugnata con appello incidentale.

6.2. La domanda di risarcimento per equivalente è stata avanzata lamentando e chiedendo il risarcimento del danno, patrimoniale, per lucro cessante e c.d. curriculare, corrispondente alla perdita delle *chances* di aggiudicazione per la mancata indizione di una nuova gara con procedura aperta, dopo l'annullamento giurisdizionale della precedente.

6.3. L'indizione della nuova gara, a seguito della sentenza qui appellata, è peraltro sufficiente, come riconosciuto dalla stessa Alascom con la memoria di costituzione in appello, a reintegrare la società nelle *chances* di aggiudicazione, che ad essa erano state precluse dall'illegittimo affidamento a Laser Scarl. L'intervenuta pubblicazione degli atti delle gara in corso di fa sì che l'interesse della ricorrente in primo grado, Alascom, all'esperimento di una procedura aperta, cui la medesima potrà partecipare, possa oggi ritenersi soddisfatto.

6.4. Tuttavia, con la memoria difensiva depositata il 5 ottobre 2021, Alascom si è dichiarata “*costretta ad insistere affinché venga accertata la responsabilità del Comune resistente ex articolo 2043 del codice civile, nonché il riconoscimento del risarcimento per equivalente del danno subito a causa dell'illegittimo affidamento*”, in ragione del fatto che Laser Scarl ha continuato nell'esecuzione dell'affidamento illegittimo e che le operazioni finalizzate all'indizione della nuova gara si sono protratte tanto da lasciarne presumere la conclusione ben oltre il termine di sei mesi di durata del contratto-ponte.

Chiede pertanto il risarcimento del danno da lucro cessante e del danno curriculare commisurati all'importo dell'affidamento illegittimo, tenuto conto dell'utile dichiarato da Alascom nella gara annullata.

6.4.1. La domanda risarcitoria così riproposta non è meritevole di accoglimento.

In proposito è sufficiente osservare che l'azione di risarcimento del danno per aver perso le *chances* di partecipare ad una procedura aperta, così come avanzata dalla ricorrente sin dal primo grado di giudizio, presuppone che il Comune non potesse affidare nemmeno temporaneamente il servizio ricorrendo alla procedura negoziata senza bando. Nel momento in cui, però, si ritiene – così come si è sopra ritenuto – che vi fossero i presupposti di legge per procedere ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, in tanto il danno sofferto dall'operatore economico pretermesso, commisurato al valore dell'affidamento-ponte, è risarcibile in quanto risulti (con onere della prova a carico del danneggiato) che avrebbe avuto delle *chances* di affidamento anche in caso di procedura negoziata senza bando.

In sintesi, la prova della *chance* di aggiudicazione - che, come detto sopra, non è richiesta ai fini della legittimazione a proporre l'azione di annullamento degli atti di gara - è invece indispensabile, sia pure nei termini indiziari e probabilistici che connotano la risarcibilità del danno c.d. da perdita di *chance*, per ottenerne appunto il risarcimento. Nel caso di specie, avendo Alascom richiesto il risarcimento del danno per la perdita delle *chances* di aggiudicazione di una procedura aperta, la domanda come riformulata in corso di causa presenta un'inammissibile modifica della *causa petendi*.

Nel merito poi vi è un dato che elide il nesso causale tra la mancata selezione di cinque operatori – in cui risiede il vizio della procedura seguita dal Comune – e la perdita di *chance* di aggiudicazione in capo ad Alascom, costituito dal fatto che la scelta di almeno cinque “soggetti

idonei” da selezionare ai sensi dell’art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, sottratta, in positivo, al sindacato giurisdizionale.

6.5. Va quindi respinta la domanda di risarcimento del danno, sia in forma specifica che per equivalente, avanzata da Alascom per l’illegittimità dell’affidamento - ponte a Laser Scarl.

7. Parimenti va respinto l’appello del Comune di Milano, pur dovendo essere corretta la motivazione della sentenza di primo grado nel senso sopra precisato ed in parziale riforma delle ragioni della decisione.

7.1. Riguardo alle sorti del contratto, è infondata l’eccezione di carenza di interesse sollevata dalla difesa di Alascom per non avere il Comune di Milano specificamente impugnato il capo di sentenza dichiarativo dell’inefficacia, che, ad avviso dell’appellata, sarebbe oramai passato in giudicato.

La decisione sulla dichiarazione di inefficacia del contratto dipende, nel caso di specie, dalla decisione sull’annullamento dell’aggiudicazione.

Non sono pertinenti i precedenti giurisprudenziali richiamati per sostenere il contrario nella memoria difensiva di Alascom (in specie, Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 788, attinente al rapporto tra la domanda di dichiarazione di inefficacia e la domanda di tutela in forma specifica e per equivalente da avanzarsi da parte ricorrente).

Impugnata dal Comune di Milano la decisione di annullamento dell’aggiudicazione per essere stata disposta con procedure negoziata fuori dai casi consentiti, la relativa decisione coinvolge necessariamente la dichiarazione di inefficacia del contratto che è stata pronunciata dal T.a.r. applicando l’art. 121, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.

Ai sensi dell’art. 336, comma 2, cod. proc. civ., applicabile anche al processo amministrativo, la statuizione sulle sorti del contratto va riformata in caso di riforma della decisione di annullamento, non solo totale ma anche parziale, come nel caso di specie.

7.2. Alla stregua delle ragioni di accoglimento del primo motivo di appello e di rigetto dei restanti due, vanno infatti confermate le statuizioni di annullamento dell’affidamento e di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 3 giugno 2021 tra il Comune di Milano e Laser Scarl in esecuzione della determinazione dirigenziale caducata.

Tuttavia, in parziale riforma di quanto affermato nella sentenza di primo grado, va escluso che ricorra la fattispecie dell’art. 121, comma 1, lett. b), c.p.a., atteso che la procedura negoziata senza bando non è stata espletata dal Comune di Milano fuori dai casi consentiti, pur se illegittima nel *quomodo* per violazione dell’art. 63, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016. Non applicandosi l’art. 121 cod. proc. amm., nemmeno vi è luogo a dibattere dell’applicazione delle sanzioni alternative dell’art. 121, comma 4, e 123 cod. proc. amm., invocata dalla Alascom.

Va infatti applicato l’art. 122 c.p.a. La disposizione prevede che, quando l’aggiudicazione sia annullata per un vizio che comporta l’obbligo di rinnovare la gara, il giudice si pronuncia

anche d'ufficio sulle sorti del contratto pure se il subentro non sia stato chiesto o non sia possibile, come stabilito nel caso di specie dalla sentenza di primo grado, con efficacia oramai di giudicato, secondo quanto detto sopra. Ciò precisato, per il subentro ai sensi della disposizione da ultimo richiamata è opportuno modularne gli effetti sulla base della situazione di fatto venutasi a creare in seguito all'indizione della nuova procedura di gara, e dunque secondo la dilazione indicata in dispositivo.

La parziale riforma delle ragioni di annullamento dell'affidamento in favore di Laser Scarl consente di riformare in parte anche la dichiarazione di inefficacia del contratto, spostandone la decorrenza.

Considerati lo stato attuale di esecuzione del contratto (anche in considerazione dei provvedimenti cautelari, monocratico e collegiale, adottati nel presente giudizio di appello) e l'impossibilità di subentrarvi della ricorrente in primo grado, nonché soprattutto l'interesse pubblico allo svolgimento senza interruzioni del servizio oggetto di affidamento, in parziale riforma della sentenza di primo grado, la decorrenza della dichiarazione di inefficacia va fissata dalla data della comunicazione della presente sentenza al Comune di Milano.

8. La correzione della motivazione e la riforma di parte delle ragioni della sentenza gravata consentono la compensazione per giusti motivi delle spese del grado di appello, ferma restando la statuizione di condanna del primo grado.

Il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: *extrema ratio* del sistema di *public procurement*

di Antonino Longo*

Sommario

1. Premessa – 2. La discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nelle procedure negoziate: le limitazioni previste nella procedura negoziata per una gara-ponte – 3. Gli obblighi della stazione appaltante – 4. Conclusioni.

Sintesi

La pendenza di contenziosi giudiziari costituisce un'evenienza atta a rendere lecito il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire un servizio indispensabile e indifferibile nel tempo strettamente necessario sia all'indizione di una nuova gara – nell'ipotesi in cui la procedura ordinaria, nelle more, venga annullata dall'autorità giudiziaria – o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara *sub iudice*. La scelta di tale possibile soluzione, eccezionale e residuale rispetto alle procedure ordinarie ad evidenza pubblica, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione.

Abstract

The existence of legal disputes is an event capable of making lawful the use of the negotiated procedure without notice pursuant to art. 63, paragraph 2, lit. c), of Legislative Decree no. 50 of 2016, which allows, as a rule, the conclusion of the c.d. contract-bridge, as an alternative to the technical extension, where there is a need to ensure an indispensable service and indifferibile in the time strictly necessary is to call for a new tender -in the event that the ordinary procedure is annulled by the court in the interim or at the conclusion of the contract with the successful tenderer, sub iudice. The choice of this possible solution, exceptional and residual compared to ordinary procedures with public evidence, is left to the discretion of the contracting authority, in compliance with the principles of transparency, competition, rotation .

Parole chiave

Procedura negoziata; appalti pubblici; contratti pubblici; *public procurement*.

* Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Catania.

1. Premessa.

La sentenza in commento si segnala, innanzitutto, per aver escluso come l'insorgenza di contenziosi giudiziari, nel settore dei contratti pubblici, possa costituire, aprioristicamente, un evento prevedibile dall'amministrazione aggiudicatrice e, di conseguenza, ipotesi non legittimante *ex se* il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c)¹, del D.Lgs. n. 50/2016, per la stipulazione di un contratto-ponte.

In particolare, la pronuncia in questione chiarisce come l'utilizzo della sopraindicata procedura, stante la portata eccezionale della stessa, sia condizionato non tanto alla presenza di eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice e a questa non imputabili che l'hanno determinata quanto, piuttosto, alla sussistenza delle “*ragioni di estrema urgenza*” che ne hanno reso necessario l'espletamento.

In altri termini, seppur l'insorgenza di un contenzioso giudiziario in materia di procedure pubbliche di appalto non sia considerabile alla stregua di un evento di per sé eccezionale, esso può assumere tale valenza, ai fini del ricorso alla procedura negoziata senza bando, qualora si verifichi in concomitanza con una situazione di estrema urgenza, dipesa altresì dalla presenza di circostanze imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice per illegittimo, scorretto o negligente esercizio dell'attività amministrativa.

Sulla base delle considerazioni svolte dai Giudici nella sentenza in esame, la sussistenza dei presupposti per il corretto utilizzo della procedura negoziata senza bando – soprattutto in riferimento agli appalti di servizi indispensabili ed indifferibili – deve essere verificata caso per caso, tenendo conto delle modalità e dei tempi di insorgenza del contenzioso giudiziario, del contenuto più o meno controverso del *thema decidendum* e degli esiti – anche cautelari – dell'intero giudizio.

Inoltre, la pronuncia in questione riveste un certo rilievo stante come affronti anche con riferimento alle procedure c.d. “ponte” che abbiano ad oggetto appalti di servizi indispensabili ed indifferibili la questione relativa all'applicazione del principio di rotazione per la scelta del contraente, previsto al comma 6² dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016.

¹ La lettera in esame, prevede che nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione possa essere utilizzata “nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”.

² Comma 6, dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016 “Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione”.

Nello specifico, viene chiarito come, in astratto, non possa definirsi manifestamente irragionevole la scelta dell'Amministrazione di stipulare un contratto-ponte, in via temporanea e per il tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova gara, con l'aggiudicatario autorizzato all'avvio dell'esecuzione in via di urgenza quando tale possibilità sia l'unica o la più conveniente per assicurare la continuità di un servizio indispensabile.

Senonché, tale scelta può divenire illegittima laddove, in concreto, la stazione appaltante individui l'affidatario-temporaneo violando i principi previsti al comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016.

Per l'appunto, nella sentenza in commento, i Giudici hanno censurato la scelta della stazione appaltante di affidare temporaneamente l'appalto all'operatore economico che era risultato primo in graduatoria nella procedura di gara espletata e che nelle more dell'insorgenza del contenzioso giudiziario aveva altresì avviato l'esecuzione dell'appalto in affiancamento con il precedente gestore proprio per la sua peculiare qualità di "pseudo" gestore uscente.

Ed invero, a parere dei Giudici, le suddette circostanze, unitamente alla previsione di un termine sufficientemente lungo previsto per l'espletamento dell'affidamento-ponte (sei mesi con previsione di proroga per altri tre) e la mancata consultazione di altri operatori economici avrebbero fatto venir meno quel confronto concorrenziale minimo, esigibile in ragione dell'eccezionalità della procedura.

2. La discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nelle procedure negoziate: le limitazioni previste nella procedura negoziata per una gara-ponte.

La discrezionalità di cui gode l'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito delle procedure negoziate³ è certamente maggiore rispetto a quella che la stessa è abilitata ad esercitare allorquando procede all'indizione di una procedura aperta o ristretta, atteso come in queste ultime non sia riconosciuta alla P.A. la possibilità di scegliere i soggetti con cui trattare né l'elemento dell'offerta tecnica e/o economica da negoziare⁴.

In tal senso, la procedura negoziata rappresenta l'istituto che, dal punto di vista pratico, maggiormente si avvicina alle modalità di formazione dei contratti tipici della sfera privata.

³ All'art. 3, comma 1, lett. uuu), del d.lgs. n. 50/2016, le procedure negoziate sono descritte come quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

⁴ In un primo tempo si è negata la sussistenza di un qualsiasi interesse legittimo del privato riguardo al potere della P.A. di scegliere il tipo di procedimento di formazione del contratto (Cons. Giust. Amm. Sic., 19 ottobre 1974, n. 382, in *Il Cons. di Stato*, 1974, I, 1335; Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 1972, n. 265, in *Arb. e app.*, 1972, 406). La giurisprudenza successiva, ritiene, viceversa, legittimata ad impugnare la delibera di scelta l'impresa in cui capo siano maturate aspettative giuridicamente rilevanti o anche, semplicemente, in relazione alla sua appartenenza al settore economico interessato (Cons. St., Sez. V, 18 luglio 2019, n. 5057, in *De Jure Giuffrè*).

Detta caratteristica, unitamente all'inusuale e accrescente utilizzo, in passato, l'ha, infatti, resa una delle principali cause di degenerazione del settore dei pubblici appalti.

Ciò premesso, occorre rilevare come nell'ambito delle procedure in parola, un'ampia discrezionalità dell'azione amministrativa si manifesti soprattutto nelle gare espletate senza la previa pubblicazione di un bando di gara stante come in queste ultime le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità di individuare autonomamente i concorrenti da invitare alla selezione.

Relativamente a tali peculiari procedure, sulla scorta della giurisprudenza sviluppatasi al riguardo, l'ANAC⁵ ha più volte evidenziato come le stesse costituiscano una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e che come tali possano essere utilizzate soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma.

In particolare, l'Authority ha avuto modo di chiarire come la scelta di tale modalità di affidamento – in quanto derogatoria dell'evidenza pubblica – richieda all'amministrazione aggiudicatrice, da un lato, un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi e, dall'altro, l'obbligo di darne effettiva evidenza⁶, dal momento che, l'art. 63 comma 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016 prevede l'utilizzo di tale specifica procedura nella misura strettamente necessaria, quando le amministrazioni aggiudicatrici, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili e ad esse non imputabili, non possano espletare le procedure aperte o le procedure ristrette o competitive con negoziazione.

Sia l'ANAC che la giurisprudenza amministrativa hanno avuto modo di pronunciarsi sulla nozione della "estrema urgenza", precisando come quest'ultima debba essere qualificata, ossia connotata da speciali caratteristiche che rendano la scelta dell'operatore da selezionare non compatibile con i tempi imposti dalle ordinarie procedure di evidenza pubblica. In tal senso, ci si riferisce anche ad uno stato di necessità derivante da eventi imprevedibili per la stazione appaltante ovvero a situazioni eccezionali e contingenti⁷.

Sul punto, si osservi come il legislatore non abbia di fatto tipizzato le fattispecie che legittimano il ricorso alla procedura *de qua*, riconoscendo, viceversa, all'amministrazione appaltante la possibilità di ravvisare di volta in volta le ipotesi eccezionali che consentono di derogare alle procedure selettive ordinarie.

⁵ In ordine alla tassatività delle ipotesi previste dalla norma, si veda Cons. St., Sez. III, 26 aprile 2019, n. 2686, in *De Jure Giuffré*; TAR Campania, Sez. VIII, 23 aprile 2020, n. 1443, in *Foro amm.*, 2020, 902; TAR Abruzzo, Sez. Pescara, 29 luglio 2019, n. 197, in *De Jure Giuffré*. In dottrina si veda B. VECA, *Le procedure di scelta del contraente*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di CARINGELLA, GIUSTINIANI e MANTINI, Roma, 2016, 191.

⁶ Delibere Anac n. 346 del 22 aprile 2020, n. 447 del 27 maggio 2020; Linee guida n. 8 approvate con Delibera n. 950/2017.

⁷ Delibera Anac n. 268 del 30 marzo 2019.

La decisione in rassegna è degna di menzione giacché rappresenta un caso esemplare di corretta applicazione dei presupposti legittimanti l'utilizzo della procedura negoziata senza bando.

Ed invero, il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire come l'impugnazione degli atti di gara e la pendenza del relativo contenzioso – a differenza di quanto ritenuto dai Giudici di primo grado – giustifichino, in presenza di determinati presupposti, il ricorso alle suddette procedure.

In giurisprudenza, per circoscrivere la portata del requisito dell'urgenza – essendo uno dei presupposti di cui si è maggiormente abusato – è stato affermato che tale presupposto non debba essere addebitabile all'amministrazione aggiudicatrice per carenza di adeguata organizzazione o programmazione, ovvero per sua inerzia o responsabilità⁸.

In buona sostanza, nessun giudizio di rimproverabilità deve poter essere mosso alla stazione appaltante con riferimento alle circostanze poste a fondamento dell'urgenza.

Al riguardo, occorre rilevare come, sotto il profilo pratico, la programmazione rappresenti lo strumento fondamentale per l'ottimizzazione delle risorse e la razionalizzazione degli acquisti delle stazioni appaltanti. La programmazione degli acquisti di beni e servizi costituisce infatti concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa ed è funzionale a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione degli approvvigionamenti, migliorando le chance di un'efficiente gestione degli stessi, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione⁹.

Per costante giurisprudenza, l'atto di programmazione, non potendosi considerarsi *ex se* immediatamente lesivo, non sarebbe immediatamente impugnabile¹⁰.

In un siffatto contesto, appare, dunque, evidente come il rispetto dell'“estrema urgenza”, che induce la stazione appaltante a dar corso alla procedura negoziata senza bando, posticipi la verifica sull'operato dell'amministrazione, in relazione all'adeguatezza dell'attività di programmazione posta in essere, ad una fase successiva e, peraltro, solo in sede di eventuale giudizio di impugnazione degli atti della procedura negoziata.

Nel solco appena tracciato, risulta chiaro come la tipizzazione delle condizioni in costanza delle quali è ammessa la procedura negoziata senza bando non sia sufficientemente delineata,

⁸ In riferimento alla norma in esame, è stato ribadito il principio, già esposto in passato, secondo cui il requisito dell'urgenza di provvedere, quale presupposto legittimante del sistema di scelta del contraente mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando, presuppone che la stessa non debba essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione. Cfr. TRGA Trentino Alto Adige, 22 febbraio 2019, n. 36; *ibidem* TAR Trento, Sez. I, 22 febbraio 2019, n. 36; T.A.R. Roma, Sez. I, 04 settembre 2018, n. 9145, in *De Jure Giuffrè*.

⁹ Determinazione Anac n. 5 del 6.11.2013; deliberazione Anac AG32/2015/AP del 13 maggio 2015.

¹⁰ TAR Napoli, Sez. V, 02 novembre 2020, n. 4965; cfr., in termini, TAR Basilicata, Sez. I, 19 gennaio 2010, n. 17; TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 10, in *De Jure Giuffrè*.

risultando esposta a numerose criticità afferenti alla corretta applicazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori, soprattutto nell'attuale contesto socio-economico caratterizzato dalle misure per contrastare e prevenire gli effetti dovuti dalla pandemia da Covid-19¹¹.

3. Gli obblighi della stazione appaltante.

Sul piano formale, la procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione del bando di gara comporta per le stazioni appaltanti un *iter* procedimentale più snello rispetto a quello previsto per la procedura negoziata con pubblicazione del bando.

Ciononostante, il nostro ordinamento¹² ha previsto in capo all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di esplicitare nel primo atto della procedura, con “*adeguata motivazione*”, la sussistenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata e con essi la presenza di un nesso di necessaria implicazione causale tale da non consentire l'utilizzo di una procedura ordinaria¹³.

Ed invero, a differenza delle gare ordinarie o comunque aperte al mercato, certamente più aderenti ai principi comunitari e come tali non richiedenti alcuna giustificazione per il loro espletamento, per le procedure negoziate senza bando, le quali rappresentano l'*extrema ratio* del sistema di *public procurement*, il legislatore italiano ha previsto la necessaria esplicitazione di una puntuale motivazione dalla quale si evinca l'impossibilità per l'amministrazione di esperire una procedura ad evidenza pubblica.

¹¹ Al riguardo si rileva come, temporaneamente, a valere sino al 31 dicembre 2021 –termine prorogato al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lett. b), n. 1), del d.l. n. 77 del 2021, conv. in l. n. 108 del 2021– l'art. 2, comma 3, del d.l. n. 76 del 2020, conv. in l. n. 120 del 2020, abbia aggiunto, nella definizione della misura “strettamente necessaria” i casi in cui, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati; vi ha aggiunto altresì, il caso di singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa ai sensi dell'art. 27 del d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012, che, con riferimento a dette aree ed anteriormente alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria da COVID-19 del 31 gennaio 2020, abbiano stipulato con le pubbliche amministrazioni competenti un accordo di programma ai sensi dell'art. 252-*bis* del d.lgs. n. 152 del 2006. In tali ipotesi e nelle altre indicate nel susseguente comma 4 del suddetto art. 2 alle stazioni appaltanti è dato procedere in deroga delle leggi antimafia, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, dei principi agli artt. 30 (disciplinante le regole generali in materia di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni), 34 (recante i criteri di sostenibilità energetica ed ambientale) e 42 (concernente il conflitto di interessi) del d.lgs. n. 50/2016.

¹² Sul fronte europeo, nella direttiva 2014/24/UE sugli appalti ordinari non compare alcun obbligo preliminare di motivazione, in capo alla P.A. relativamente all'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando.

¹³ Cfr., in tal senso TAR Torino, 24 maggio 2021, n. 528 che ha avuto modo di affermare come “la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando costituisce un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità, tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva”, in *De Jure Giuffrè*.

L'obbligo motivazionale svolge infatti una precipua funzione di garanzia procedimentale, volta ad assicurare la trasparenza e la correttezza dell'azione amministrativa.

A ciò si aggiunga come, sul piano procedurale, il legislatore nazionale abbia altresì previsto il rispetto di ulteriori garanzie poste a tutela del corretto reperimento dell'affidatario da parte della stazione appaltante.

In particolare, il comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, ha sancito il necessario rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, che deve essere ossequiato dalle stazioni appaltanti nell'ambito delle procedure derogatorie dell'ordinaria evidenza pubblica.

Nella fattispecie in rassegna, il Consiglio di Stato ha valorizzato l'importanza di tale principio, censurando la scelta della stazione appaltante – probabilmente improntata al rispetto dei principi di efficienza ed economicità¹⁴ dell'*agere* pubblico – di affidare il contratto-ponte, tramite procedura negoziata senza bando, all'operatore economico che non soltanto era risultato primo in graduatoria nella procedura di gara successivamente annullata in sede giudiziaria, ma che, nelle more dell'insorgenza del predetto contenzioso giudiziario, aveva legittimamente avviato l'esecuzione dell'appalto in affiancamento con il precedente gestore. In particolare, nella decisione in commento i Giudici non hanno ritenuto irragionevole la scelta di stipulare il contratto-ponte in via temporanea, ossia per il tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova gara, quanto piuttosto l'individuazione, da parte dell'amministrazione appaltante, dell'affidatario senza l'attivazione delle garanzie prestabilite dal Codice dei contratti pubblici. Del resto, a detta dei Giudici, l'eccezionalità della procedura negoziata e dunque il rispetto dei richiesti presupposti previsti per la sua applicazione, unitamente ai tempi prevedibilmente più lunghi per l'espletamento di una nuova gara, avrebbero dovuto indurre la stazione appaltante a conformarsi ai principi di cui al comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016 al fine di assicurare un confronto concorrenziale minimo. Quest'ultima, al contrario, si era determinata nel senso di affidare il contratto-ponte all'operatore economico risultato primo nella gara (successivamente annullata) stante la difficoltà di attuare, a causa della natura indispensabile e dell'urgenza dei servizi oggetto dell'appalto e dall'inammissibilità di una loro interruzione, gli strumenti previsti dalla suddetta disposizione. I Giudici di Palazzo Spada hanno, viceversa, ritenuto di non aderire alla tesi dell'amministrazione appaltante giacché nel caso di specie sussisteva la possibilità di individuare gli operatori economici da consultare tra coloro che avevano partecipato alla gara annullata, essendo, peraltro, in numero addirittura eccedente il minimo di cinque legislativamente previsto.

Al di là delle peculiarità del caso concreto, la pronuncia in commento rappresenta, nella materia in oggetto, la chiara applicazione, su tutti, del principio di rotazione quale giusto

¹⁴ Anch'essi previsti all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016.

contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta alla P.A. nella selezione degli operatori economici da invitare alla procedura.

Oggi, si può, dunque, affermare come risulti senz'altro evidente la consacrazione del principio di rotazione che risulta applicabile sia negli affidamenti di contratti pubblici c.d. sotto soglia¹⁵ sia negli affidamenti di contratti di valore superiore alle soglie comunitarie. Al riguardo, è consolidato l'orientamento secondo cui «il rispetto del principio di rotazione non è previsto solo dall'art. 36 d.lgs. n. 50/2016 per i contratti sotto soglia, ma anche in ogni caso di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 63, comma 6, del medesimo d.lgs.»¹⁶. Attraverso tale principio si vuole garantire il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico.

La pronuncia in esame ha, altresì, avuto modo di chiarire come il principio di rotazione vada senz'altro applicato anche con riferimento al subappaltatore uscente, essendo quest'ultimo considerato alla stregua del gestore uscente in quanto effettivo esecutore della prestazione oggetto del precedente contratto¹⁷, in capo al quale si è consolidata una posizione di vantaggio derivante dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento.

¹⁵ L'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 prevede 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».

¹⁶ TAR Roma, 16 ottobre 2018, n. 10016; cfr. nello stesso senso Cons. St., Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e TAR Salerno, Sez. I, 06 febbraio 2018, n. 184, secondo cui «l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture opera in relazione agli appalti cd. "sotto soglia" disciplinati dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016 (Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125), nonché per le procedure negoziate senza bando, come è reso manifesto dall'art 63, comma 6, che espressamente menziona il principio di rotazione insieme agli altri principi (trasparenza, concorrenza) che devono ispirare tali procedure caratterizzate dall'assenza di una vera e propria procedura di gara. Il principio di rotazione, quindi, è applicabile esclusivamente in presenza di contratti sotto soglia in cui le procedure di gara sono particolarmente semplificate e in presenza di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando», in *De Jure Giuffrè*.

¹⁷ In particolare, le Linee guida ANAC n. 4, per quanto concerne la rotazione prevedono che «si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. 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. 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. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali

A tale profilo si ricollega l'orientamento della giurisprudenza secondo cui “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.¹⁸ Costituisce, pertanto, corollario del principio di rotazione il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente¹⁹.

Si ritiene, quindi, che “se la procedura di selezione del contraente è preceduta dall'individuazione discrezionale dei soggetti partecipanti, essa va qualificata come procedura negoziata in senso stretto e soggiace al principio di rotazione (suscettibile di deroga espressamente motivata allorché l'equilibrio concorrenziale possa ragionevolmente recedere innanzi alle particolari caratteristiche del mercato di riferimento, all'esiguità del numero di operatori economici interessati e alla natura dell'affidamento); se invece la gara risulta preceduta da un avviso aperto a tutti gli operatori, come precisato dal Consiglio di Stato si è fuori dalle procedure negoziate e non deve applicarsi il principio di rotazione e non opera alcun meccanismo preclusivo, capace di impedire al gestore uscente l'accesso alla procedura, con la conseguenza che, in tale diversa situazione, la partecipazione di quest'ultimo non costituisce deroga al suddetto principio e neppure richiede alcuna esplicita motivazione da parte dell'amministrazione”²⁰.

Sul principio di rotazione la giurisprudenza più recente ha evidenziato l'esistenza di interpretazioni differenti, talora antitetiche. In senso restrittivo, esso comporterebbe l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di non invitare il precedente affidatario dell'appalto alla

determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici.”

¹⁸ Cfr. Cons. St., Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030; *ex pluribus* Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854, in *De Jure Giuffrè*.

¹⁹ Cfr. Cons. St., VI, 04 giugno 2019, n. 3755, in *De Jure Giuffrè*.

²⁰ TAR Venezia 26 marzo 2021, n. 389, in *De Jure Giuffrè*. Nello stesso senso Cons. St., Sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999, che ha affermato come il procedimento di gara svolto sulla piattaforma M.E.P.A. e dunque mediante richiesta di offerta rivolta a tutti gli operatori iscritti al portale telematico “delinea un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento dell'amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura. Pertanto, seppure la procedura descritta presenti profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata), non ricorre la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale – in attuazione del principio di concorrenza – ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato”, in *De Jure Giuffrè*.

nuova procedura senza gara avviata per la medesima o analoga commessa. Secondo una diversa lettura, il principio di rotazione sarebbe posto a tutela dei soggetti pretermessi piuttosto che degli operatori economici invitati alla procedura negoziata.²¹

Con riferimento alla posizione del gestore uscente, di recente, il Consiglio di Stato²², in parziale contraddizione rispetto al precedente orientamento²³, ha ritenuto la legittimità dell'esclusione dell'impresa che, non invitata, abbia comunque presentato un'offerta in una procedura negoziata. Secondo quest'ultimo arresto, in caso di procedure negoziate il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, cosicché l'introduzione dell'eccezione per l'operatore non invitato che sia, però, venuto a sapere della procedura e nutra interesse a prendervi parte, introdurrebbe una inevitabile distonia rispetto alla portata della norma in esame e certo sarebbe elusa la necessaria rotazione degli operatori sin dalla fase dell'invito dei partecipanti.

Dall'analisi dell'istituto e dal panorama giurisprudenziale citato emerge, con tutta evidenza, l'esigenza di porre limiti interpretativi più stringenti all'applicazione del principio di rotazione. E ciò in quanto, con riferimento alla posizione del gestore uscente, il diritto dell'Unione europea²⁴ non prevede un'estromissione *tout court* di quest'ultimo né tantomeno

²¹ Perfetti. L. R., in *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2017, 631.

²² Cons. St., Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160, in *De Jure Giuffrè*.

²³ Cfr. Cons. St., Sez. V, 28 giugno 2018, n. 3989, in seno alla quale i Giudici hanno affermato che “se, in ragione del potere riconosciuto all'amministrazione di individuare gli operatori economici idonei a partecipare e pertanto invitati a partecipare alla gara, un operatore economico non possa vantare alcun diritto ad essere invitato a partecipare a tale tipo di gara (potendo eventualmente, qualora sussista una posizione legittimante e l'interesse, ricorrere nei confronti della scelta discrezionale della amministrazione appaltante dell'individuazione dei soggetti da invitare), non può negarsi ad un operatore economico, 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 (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) 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 che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato dall'art. 122, comma 7, e 57, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006: conseguentemente anche gli altri partecipanti, in quanto invitati, non possono dolersi della partecipazione alla gara di un operatore economico e tanto meno dell'aggiudicazione in favore di quest'ultimo della gara, salva evidentemente la ricorrenza di vizi di legittimità diversi dal fatto della partecipazione in quanto non invitato”, in *De Jure Giuffrè*.

²⁴ Art. 41 della Direttiva appalti n. 2014/24/UE “Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o a un offerente abbia fornito una consulenza all'amministrazione aggiudicatrice, nel contesto dell'articolo 40 o meno, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente in questione. Tali misure includono la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte. Il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura unicamente nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento. Prima di tale eventuale esclusione, ai candidati o agli offerenti è offerta la possibilità di provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non è un

consente l'automatica esclusione del concorrente laddove abbia persino partecipato alla preparazione della procedura di appalto, prevedendo semplicemente in capo alla stazione appaltante l'adozione di misure idonee ad evitare che il pregresso apporto fornito dal concorrente possa far venir meno la concorrenza nell'ambito della procedura.

Il riconoscimento di un ampio alveo applicativo del principio di rotazione terminerebbe per pregiudicare esclusivamente l'operatore economico al quale non può essere mosso alcun rilievo se non quello di essere stato il pregresso legittimo aggiudicatario della commessa.

Del resto, le regole eurocomunitarie poste a tutela della concorrenza non impediscono l'affermarsi di posizioni dominanti su diversi mercati ma vietano unicamente che tali posizioni vengano acquisite in modo illecito o che, una volta acquisite, vengano mantenute tramite pratiche da considerarsi abusive²⁵.

4. Conclusioni.

Esaurita, così, la disamina della pronuncia in rassegna, appare evidente come l'utilizzo della procedura negoziata senza bando – pur ponendosi come legittima alternativa alla proroga tecnica- ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario in presenza di una precedente gara *sub iudice*, necessiti di ulteriori e paralleli adempimenti da parte della stazione appaltante per il suo corretto utilizzo.

In particolare, in queste circostanze emerge come, ove la procedura negoziata senza pubblicazione di bando venga indetta per sopperire alla gestione temporanea del servizio in attesa della definizione della controversia giudiziaria, la durata contrattuale dell'affidamento temporaneo dovrebbe senz'altro coordinarsi con l'eventuale sopravvenienza della definizione della vicenda contenziosa. E ciò al fine di rendere l'utilizzo di tale procedura quanto più aderente possibile al dettato normativo, che ne esige il ricorso solo nella misura strettamente necessaria.

In quest'ottica, appare soggetta a possibili censure la mancata previsione nella *lex specialis* di una condizione risolutiva espressa che possa subordinare la durata dell'affidamento alla conclusione definitiva della precedente gara *sub iudice*.

Del resto, la revoca della procedura negoziata senza bando è ampiamente ammessa se nel corso dell'espletamento della gara-ponte sopravvenga l'aggiudicazione del contratto principale rispetto al quale la stessa gara "ponte" era funzionale²⁶.

elemento in grado di falsare la concorrenza. Le misure adottate sono documentate nella relazione unica prevista ai sensi dell'articolo 84”.

²⁵ Cfr. TAR Milano, Sez. II, 06 aprile 2021, n. 881, in *De Jure Giuffrè*.

²⁶ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7537, in *De Jure Giuffrè*, in dottrina Deiana S., *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urbanistica e appalti*, 2018.

Inoltre, dall'analisi dell'istituto in esame emerge come se per un verso la natura della procedura negoziata senza bando -costituendo eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta- richieda il rispetto dei principi di cui al comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016 e in particolare del principio di rotazione, per un altro verso la rigida applicazione di tale principio, in alcune ipotesi, finisca per rendere poco flessibile una procedura di gara che, invece, a mente della chiara prescrizione discendente dalla disciplina euro-unitaria è stata concepita priva di obblighi procedurali previsti, viceversa, dal legislatore nazionale.

Al riguardo, appare interessante il *focus* della Commissione Europea emerso nella Comunicazione²⁷ intitolata “Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”, pubblicata a seguito della crisi sanitaria causata dal Covid-19.

La Commissione Europea nella citata Comunicazione ha avuto modo di osservare come “in concreto, la procedura negoziata senza previa pubblicazione consente agli acquirenti pubblici di acquistare forniture e servizi entro il termine più breve possibile. Come stabilito all'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE, tale procedura consente agli acquirenti pubblici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti e non sono previsti obblighi di pubblicazione, termini, numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali. Nessuna fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE. Questo significa, nella pratica, che le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna”.

Anche alla luce di tale ultimo orientamento, dunque, sembra auspicabile un intervento del legislatore nazionale affinché si proceda a modificare tempestivamente l'attuale articolo 63, al fine di rendere la procedura negoziata senza bando una procedura snella e deprocedimentalizzata, più aderente alle previsioni del diritto dell'Unione.

²⁷ Comunicazione della Commissione (2020/C 108 I/01).