

Parere sulla rinnovabilità dei contratti pubblici.

1. Premessa

Si chiede il parere in ordine alla rinnovabilità dei contratti pubblici, dopo l'entrata in vigore dall'art. 23 della legge n. 62/2005, di modifica dall'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993, e alla luce della disciplina comunitaria (direttiva 2004/18/Ce) e del nuovo codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). L'istruttoria preliminare e la ricerca degli elementi (normativi, dottrinari e giurisprudenziali) utili alla definizione della questione è stata svolta dal servizio studi legali del Codau.

Prima di procedere nell'analisi della normativa generale, va ricordato che per le università vige, in materia di contratti, il disposto di cui all'art. 7 della legge n. 168/1989 secondo cui il regolamento di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità è adottato "anche in deroga alle norme dell'ordinamento contabile dello Stato e degli enti pubblici, ma comunque nel rispetto dei relativi principi". Lo stesso rispetto è dovuto ai principi derivanti dall'ordinamento comunitario.

2. L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo

In termini generali, le disposizioni sui contratti pubblici si applicano alle università quando vi è un espresso riferimento ad esse in quanto rientranti nell'ambito soggettivo di applicazione delle normative. Ora, la direttiva 2004/18/Ce definisce, all'art. 1, comma 9, le amministrazioni aggiudicatrici e gli "organismi di diritto pubblico" che sono tenuti all'applicazione della disciplina e comprende tra questi esplicitamente le università (tramite il rinvio all'allegato III della stessa direttiva). La stessa disciplina è recepita nel codice degli appalti (art. 3, comma 26).

Va inoltre tenuto presente che, sebbene vi sia un atto un processo di unificazione di tutte le discipline in materia di contratti, rimangono ferme alcune specificità riferite sia ai diversi settori (lavori, servizi, forniture) sia a particolari attività (es. servizi socio-sanitari). Per cui vi sono regole generali e regole specifiche che vanno lette e interpretate contestualmente.

3. Rinnovo tacito e rinnovo espresso

Non può dubitarsi che esista oggi, proprio in base all'art. 6, comma 2, della l. n. 537/1993 e successive modificazioni, un generale "divieto di rinnovo tacito" dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Inoltre, l'art. 57, comma 7, del codice degli appalti lo ribadisce, così disponendo "è in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli".

Di conseguenza, a determinate condizioni, è ammessa la possibilità di rinnovo espresso dei contratti.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 23 della legge n. 62/2005, la possibilità di procedere al rinnovo espresso e motivato, alle condizioni indicate dalla legge, sussisteva anche in assenza di specifiche clausole di rinnovo stabilite dagli stessi contratti. In pratica, la prosecuzione del rapporto contrattuale poteva avvenire a seguito della valutazione di convenienza ed opportunità per l'amministrazione e a condizione che l'oggetto e le clausole contrattuali rimanessero invariate; non si trattava in sostanza di un nuovo affidamento in senso tecnico giuridico, ma di un rapporto unitario regolato da un'unica fonte negoziale iniziale.

Oggi, invece, si pone in concreto il problema di quali siano i presupposti e quali le procedure da seguire in materia di rinnovo espresso. In effetti, l'abrogata ultima parte dell'art. 6, comma 2, l. n. 537/1993 prevedeva un meccanismo specifico (verifica della sussistenza delle ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione) espressamente eliminato dall'art. 23 della l. n. 62/2005. Tale abrogazione deve essere interpretata alla luce della evoluzione della disciplina e del nuovo quadro normativo, che scaturisce dalla stessa legge n. 63/2005, dalla direttiva 18/2004/Ce e dal codice sugli appalti. In sostanza, l'eliminazione dell'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993 non può essere interpretata come divieto assoluto di rinnovo dei contratti scaduti o in essere, altrimenti verrebbero totalmente vanificate le aperture e le possibilità esistenti in base alle nuove disposizioni.

Occorre, inoltre, considerare che la disposizione contenuta nell'art. 23 della legge appena citata – soppressivo dell'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, della legge 537/93, nella parte in cui era prevista la facoltà di procedere a rinnovi contrattuali, sia pure sulla base di una valutazione di pubblico interesse – non è suscettibile di applicazione senza il necessario coordinamento con la disciplina di matrice comunitaria

di cui al D.Lgs 157/95 (Attuazione della direttiva 92/50 CEE in materia di appalti pubblici di servizi).

A tale riflessione sembra condurre la ratio - sottesa alla soppressione operata dal richiamato art. 23 della legge comunitaria, in coerenza con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano all'unione europea - che può rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardare la effettiva esplicazione della libera concorrenza nel mercato, attraverso l'eliminazione di un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie a gare ad evidenza pubblica, per scongiurare una prassi consolidata di attribuire pubblici servizi in assenza di trasparenza nelle procedure.

Peraltro, non può essere disconosciuto come anche all'interno dello stesso ordinamento comunitario sia pacificamente consentito, sia pure in presenza di determinate condizioni, il ricorso alla trattativa privata, in assenza del previo bando di gara.

Sotto il delineato profilo viene in evidenza, ad esempio, l'art. 7, comma 2, lettera f), del D.Lgs 157/95, nella parte in cui è previsto che gli appalti, ivi contemplati, possono essere aggiudicati a trattativa privata, senza preliminarmente pubblicazione di un bando di gara, tra le altre ipotesi, per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure ad evidenza pubblica, con ammissibilità del ricorso alla trattativa privata, solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, ove sia espressamente indicato in occasione del primo appalto ed il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato preso in considerazione dell'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto.

Il ricorso a tale strumento negoziale, in quanto espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria, non si pone in contrasto con i principi sopra enunciati di concorrenza e trasparenza tutte le volte che detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale.

La conoscenza di una tale possibilità in sede di espletamento della competizione concorsuale pone, infatti, i partecipanti su un medesimo piano, tutti egualmente in condizione di tenerne conto in sede di elaborazione dell'offerta.

4. I presupposti e le procedure per il rinnovo espresso

In base alla normazione positiva è possibile individuare i seguenti presupposti che inducono a ritenere ammissibile la proroga o il rinnovo espresso dei contratti:

4.1. Art. 6 , comma 2, l. n. 537/1993

I contratti stipulati fino alla data di entrata in vigore della l. n. 63/2005, che recano la clausola di rinnovo espresso secondo le procedure della verifica della sussistenza delle ragioni di convenienza e di interesse pubblico per la rinnovazione, possono essere rinnovati in quanto l'abrogazione di legge successiva non incide quale norma imperativa sui negozi stipulati in conformità della legge allora vigente. Non possono invece essere rinnovati secondo questa procedura i contratti in essere che non recano una clausola espressa, in quanto al momento dell'applicazione del rinnovo vige(rà) un regime giuridico diverso.

4.1. Art. 23, commi 2 e 3 della l. n. 62/2005

Il comma 2 prevede la possibilità di "prorogare" i contratti per "acquisti e forniture di beni e servizi" (lavori esclusi) già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della legge, per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica... Si tratta – è evidente – di una disposizione di carattere generale da applicare quando non ci si trova di fronte a specifiche disposizioni e procedure che consentono forme particolari di rinnovo (come poi si vedrà, contratti di durata e procedure negoziate senza bando).

Il comma 3 prevede la possibilità di proroga per una sola volta e per un periodo non superiore alla metà della originaria durata contrattuale dei contratti relativi a servizi pubblici (diversi da quelli ex art. 113 d.lgs. n. 267/2000), a condizione che venga concordata una riduzione del corrispettivo di almeno il 5%.

In entrambi i casi, l'uso del termine "proroga" anziché "rinnovo" non è solo un fatto letterale, ma configura l'autorizzazione ad una mera prosecuzione di un rapporto contrattuale (per un breve periodo) agli stessi patti e condizioni iniziali utili a garantire che non vi siano soluzioni di continuità nelle erogazioni dei servizi o delle forniture.

4.2. Art. 9 direttiva 2004/18/Ce e Art. 29 codice degli appalti

Queste disposizioni disciplinano il metodo di calcolo del valore stimato dei contratti da porre come costo base. In entrambi i casi si dispone espressamente che occorre comprendere nel calcolo qualsiasi forma di opzione o di rinnovi eventuali del contratto. Da ciò è facile dedurre che i rinnovi contrattuali non sono “vietati in assoluto” né dall’ordinamento comunitario né dall’ordinamento interno.

4.3. Art. 31 direttiva 2004/18/Ce e art. 57 codice degli appalti

Si tratta delle disposizioni che disciplinano la procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara. Tra i casi ammessi vi sono forniture, lavori o servizi complementari (che non devono superare il 50% dell’importo dell’appalto iniziale e riferirsi a contratti iniziali conclusi da meno di tre anni). La possibilità di avvalersi di questa procedura deve essere indicata sin dall’avvio del confronto competitivo nella prima operazione. L’importo derivante dal rinnovo contrattuale deve essere computato per la determinazione del valore globale del contratto e stabilito all’avvio della procedura principale.

4.4. Allegati VII A della direttiva 2004/18/Ce e IX A del codice degli appalti

In entrambi i casi, che si occupano delle informazioni che devono figurare nei bandi e degli avvisi, si fa riferimento alla indicazione degli “eventuali rinnovi del contratto”; ciò è presente per lavori, servizi e forniture. Ne consegue che se c’è la possibilità di rinnovo del contratto, questa deve essere prevista nel bando.

5. Conclusioni

Dal quadro tracciato scaturiscono le seguenti conclusioni:

- a) l’ordinamento italiano vieta espressamente la possibilità di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni, il che costituisce un principio inderogabile;
- b) è ammessa, tuttavia, la possibilità di rinnovo espresso, al ricorrere di determinati presupposti e secondo specifiche procedure;
- c) innanzi tutto esiste la possibilità di rinnovo ammessa nei casi previsti dalla normativa (es. procedura negoziata senza bando);

- d) la facoltà di rinnovo può inoltre seguire altre procedure, conformi alla generale esigenza di rispettare i principi dell'ordinamento interno e comunitario e riconducibili al quadro normativo oggi vigente;
- e) pertanto, la facoltà di rinnovo deve essere prevista nel bando di gara pubblica e nel contratto; la clausola di rinnovo non deve configurare un nuovo affidamento ma un prolungamento della durata complessiva del rapporto, ridefinendo eventualmente alcuni elementi quantitativi del contratto;
- f) il valore complessivo dell'appalto va calcolato sommando gli importi globali del contratto iniziale e dei contratti rinnovati successivamente;
- g) la procedura di rinnovo va motivata a seguito di verifiche della qualità del servizio, in quanto quella basata solo sulla convenienza economica e di pubblico interesse non è più consentita, essendo venuta a mancare, dopo l'intervento abrogativo dell'art. 23 l. n. 62/2005, la legittimazione normativa.