

Oggetto: Rinnovo dei contratti per la fornitura di beni e servizi stipulati dalle pubbliche amministrazioni.

QUADRO NORMATIVO (Stralcio in Allegato n.1):

L'art. 23 della L.62/2005 (Comunitaria 2004) ha eliminato l'ultimo periodo dell'art. 6, co. II, L.537/93 il quale prevedeva che, entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertassero la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti e, ove verificata detta sussistenza, comunicassero al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione.

L'art. 23 della L.62/2005 costituisce la diretta risposta del legislatore alle censure della Commissione Europea che, a seguito dell'avvio della procedura di infrazione n. 2110/2003, ha censurato le disposizioni recate dall'art. 6 comma II L. 537/93 ritenendo che tali disposizioni, in contrasto con i principi di non discriminazione e di trasparenza, consentirebbero alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza ricorrere ad alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e forniture che verrebbero affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario.

La questione che si è aperta, conseguentemente all'abrogazione della previsione esplicita della rinnovabilità dei contratti, è relativa al se tale abrogazione ha comportato l'eliminazione nell'ordinamento italiano del principio di rinnovabilità dei contratti.

DOTTRINA (Riferimenti in Allegato n.2):

Sul punto si può rilevare che la dottrina è orientata nel senso di ammettere la rinnovabilità per i contratti stipulati sia anteriormente che successivamente all'entrata in vigore della legge.

Osserva preliminarmente che la normativa, lasciando invariato il divieto di rinnovo *tacito* dei contratti per la fornitura di beni e servizi di cui all'art. 6 comma II così come modificato, non ha vietato in modo espresso la possibilità di rinnovo o prosecuzione dei rapporti contrattuali della p.a. limitandosi ad eliminare dall'ordinamento una disposizione che, ancorando il rinnovo soltanto alla presenza di ragioni di convenienza ed opportunità, veniva, forse, applicata con disinvoltura dalle p.a. a detrimento di principi di concorrenza e trasparenza. Sostiene, quindi, che l'istituto del rinnovo, purchè risulti *programmato* come facoltà eventuale negli atti di gara e computato nel valore complessivo dell'appalto, è tuttora ammesso nell'ordinamento comunitario. Evidenzia, a tal fine, le disposizioni di cui all'art. 9 comma I della Direttiva Comunitaria 2004/18/CE, ove è esplicitamente prevista la possibilità del rinnovo sia pure per la valutazione del valore economico dell'appalto, e quelle di cui all'art. 57, comma VII, del Codice degli Appalti, in via di pubblicazione, ai sensi del quale si conferma esplicitamente soltanto il divieto di rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori.

Rileva poi che se è consentito alla stazione appaltante bandire una gara nella quale sia stabilita una durata contrattuale anche piuttosto lunga, non si vede perché dovrebbe precludersi alla medesima la facoltà di raggiungere quell'obiettivo temporale complessivo articolando la durata del contratto in due fasi, di cui la prima certa e la seconda subordinata alla opzione del rinnovo, da esercitarsi all'esito di verifiche sulla qualità del servizio reso. Accedere ad una tesi contraria significherebbe affermare l'esistenza di un'esasperata regola di trasparenza che escluda ogni margine di valutazione discrezionale successiva alla stipulazione di un contratto aggiudicato mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Alla luce del quadro normativo vigente, la dottrina ritiene, perciò, ammissibile il rinnovo, quale forma di sostanziale prosecuzione del contratto, aggiudicato a seguito di procedura ad evidenza pubblica, in presenza di due condizioni: 1) la facoltà di rinnovo deve essere prevista nel bando di gara e nel contratto; 2) il valore complessivo dell'appalto deve tenere necessariamente conto dell'importo riferito al periodo di rinnovo. Osserva, infatti, in linea anche con quanto osservato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 11.05.2004 n. 2961), che, qualora il rinnovo risulti "programmato", non vi è incisione dei principi di trasparenza e di concorrenza in quanto tutti i partecipanti alla gara sono informati sin dall'inizio della procedura dello sviluppo potenziale del rapporto contrattuale e, pertanto, potranno tenerne conto ai fini della partecipazione alla gara e della formulazione delle offerte.

Rileva, infine, che, oltre che il predetto rinnovo, la disciplina comunitaria (art. 31 par. 4 della Direttiva 2004/18/CE e art. 57 Codice degli appalti, in via di pubblicazione) riconosce altre forme di prosecuzione contrattuale tra cui la facoltà di avviare, in presenza di determinate condizioni, una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale.

Conclude che, nell'ordinamento italiano, dopo la legge comunitaria 2004 (L. 62/2005) può ritenersi che:

- Il *rinnovo tacito* continua ad essere vietato ai sensi del vigente art. 6, comma II, L.537/93;
- Il *rinnovo* basato solo sulla *convenienza economica e di pubblico interesse* non è più consentito, in quanto è venuto a mancare, dopo l'intervento

abrogativo dell'art. 23 L. 62/05, il supporto normativo che autorizzava la deroga al generale obbligo dell'espletamento di gara ad evidenza pubblica;

➤ Sono individuabili, per l'analisi che qui interessa, le seguenti *forme di prosecuzione sostanziale del rapporto contrattuale*:

1. facoltà di rinnovo, ove programmato negli atti di gara e computato nel valore complessivo d'appalto. Il rinnovo sarà esercitato a seguito di verifiche sulla qualità del servizio e opportunamente motivato con riferimento ad aspetti di merito.
2. facoltà di ripetizione di servizi analoghi (art. 31 par. 4 Dir. 2004/18/CE) nei limiti di cui all'art. 57, co.V, lett.b) del Codice degli Appalti in via di pubblicazione purchè ricorrano le seguenti condizioni:
 - affidamento dell'appalto originario mediante procedura aperta o ristretta;
 - conformità dei servizi oggetto di ripetizione ad un progetto di base, sul quale è stato affidato l'appalto iniziale;
 - indicazione di tale facoltà nel bando;
 - costo complessivo stimato dei servizi successivi preso in considerazione per la determinazione del valore globale d'appalto;
 - rispetto del limite temporale dei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale.

PRONUNCE ORGANI AMMINISTRATIVI (massime in Allegato n. 3):

La giurisprudenza non è giunta, ad oggi, ad una soluzione che possa definirsi consolidata o prevalente e il Consiglio di Stato si è pronunciato, soltanto, in sede consultiva.

Il TAR Campania, nella pronuncia n. 20502 del 20.12.2005, si è espresso nel senso del divieto di qualsiasi facoltà di rinnovo affermando che lo scopo della L. 62/2005 è proprio quello di eliminare dall'ordinamento italiano la fattispecie del rinnovo contrattuale e di rendere, comunque, necessario, alla scadenza del contratto l'espletamento delle gare ad evidenza pubblica in conformità con la disciplina comunitaria e con i principi generali dell'ordinamento.

Il TAR Lazio, invece, in una serie di pronunce (Tar Lazio, Roma, Sez. 1 bis, del 12.12.05 nn. 13403/05,13404/05,13405/05,13406/05,13407/05) ha affermato che, nonostante il divieto di cui all'art. 23 L. 62/2005, è ammissibile il rinnovo del contratto scaduto laddove tale possibilità sia stata prevista dal bando di gara e ricorrano i presupposti e le condizioni di cui all'art. 7, co. II, lett. F) D.Lgs. 157/95 il quale prevede la trattativa privata per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione

Il Consiglio di Stato con parere n. 3260 del 12.10.2005 in materia di rinnovabilità dei contratti per la fornitura di servizi (trasmesso dal MEF con circolare n. 12 del 13.3.06 ai suoi rappresentanti in seno ai Collegi sindacali di una serie di enti tra cui non sono comprese le Università, ma sono indicate le Aziende ospedaliere universitarie) ha, in modo molto netto, affermato che il quadro normativo è da intendersi nel senso di negare in modo assoluto la facoltà di rinnovo per i contratti (salvo il regime di proroga normativamente previsto).

Di fronte al suesposto quadro normativo e giurisprudenziale di difficile interpretazione si possono esprimere, in merito alla facoltà di rinnovo e salve in ogni modo le altre forme di sostanziale prosecuzione contrattuale consentite dalla legge, le seguenti considerazioni:

- per quanto concerne i contratti in essere, dotati di clausola di rinnovo e per le quali il medesimo non sia ancora stato esercitato, sembrerebbe, alla luce del quadro normativo e dottrinale richiamato, non escludersi la facoltà per le p.a. di procedere al rinnovo.

- per quanto concerne i contratti ancora da stipulare, sembrerebbe che possa scegliersi:

a) la via assolutamente cautelativa di non prevedere alcuna clausola di rinnovo, ma indicare già in sede di gara una durata contrattuale più rispondente alle esigenze dell'amministrazione;

oppure

b) adeguarsi al quadro delineato dalla dottrina e prevedere, negli atti di gara e nel contratto, la facoltà di rinnovo, tenendone conto nella stima del valore complessivo dell'appalto.