

LA PROSECUZIONE DEL RAPPORTO CONTRATTUALE CON L'ORIGINARIO CONTRAENTE

- **RINNOVO DEL CONTRATTO**
 - tacito
 - non conforme alle direttive comunitarie
 - conforme alle direttive comunitarie
- **RIPETIZIONE DI SERVIZI ANALOGHI**
- **PROROGA DEL CONTRATTO**
 - proroga prevista ab origine nel contratto
 - proroga tecnica per speciali circostanze

PRINCIPI GENERALI

Art. 12 R.D. 2440/1923

**I contratti debbono avere termini e durata certa.
Per le spese ordinarie la durata non può
oltrepassare i nove anni.**

Art. 50 R.D. 827/1924

**Non si può variare la durata dei contratti già
stipulati quando siano in corso di esecuzione.**

RINNOVO

RINEGOZIAZIONE

CONTRATTO
INIZIALE

CONTRATTO
RINNOVATO

Nuovo rapporto contrattuale

Previo accertamento convenienza e
pubblico interesse

3

Avv. Alessandro Massari

IL RINNOVO DEI CONTRATTI

- Art. 6 della L. 24 dicembre 1993, n. 537
(sostituito dall'art.44, comma 1, della L.724/1994)
- Parzialmente abrogato dalla Legge Comunitaria 2004

E' vietato il rinnovo tacito dei contratti per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. *[Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione]*

4

Avv. Alessandro Massari

IL RINNOVO DEI CONTRATTI

- Art. 27, c.6 L. 23.12.1999 n. 488
(ora abrogato)

“i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi delle amministrazioni statali stipulati a seguito di esperimento di gara, in scadenza nel triennio 2000-2002, possono essere rinnovati per una sola volta e per un periodo non superiore a due anni, a condizione che il fornitore assicuri una riduzione di almeno il 3 per cento, fermo restando il rimanente contenuto del contratto”.

5

Avv. Alessandro Massari

Legge comunitaria 2004

Ha espunto dall'ordinamento una norma incompatibile col superiore diritto comunitario: il rinnovo SOLO sulla base della convenienza economica

***La legge comunitaria 2004 non ha vietato qualsiasi forma di prosecuzione del rapporto contrattuale:
rimane vietato il rinnovo tacito***

Il diritto comunitario prevede espressamente la possibilità di rinnovo – proroga o ripetizione degli appalti

Avv. Alessandro Massari

Tar Lazio, 18.5.2006 n.3564

- In ordine all'ambito di corretta interpretazione della disposizione di cui all'art. 23, comma 1, della legge 62 del 2005, va affermato come con tale previsione di legge **non sia stata espunta dall'ordinamento la possibilità di rinnovazione del rapporto negoziale oltre il termine per esso originariamente fissato**, dovendosi individuare la ratio sottesa alla soppressione operata dall'art. 23 della citata legge 62/2005, in coerenza con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano all'Unione Europea, nell'esigenza di salvaguardia di una effettiva esplicazione della libera concorrenza del mercato, attraverso l'eliminazione di un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie al principio della gara ad evidenza pubblica, onde scongiurare una prassi generalizzata di attribuzione di pubblici servizi in assenza di uniformità e trasparenza di procedure,

7

Avv. Alessandro Massari

Tar Lazio, 18.5.2006 n.3564

- e dovendosi escludere che nella novella del 2005 possano essere fondate ragioni ostative all'esercizio del potere di procedere al rinnovo dei contratti di appalto, in virtù del ricorso dell'istituto della trattativa privata secondo quanto disciplinato dall'art. 7, comma 2, lett. f), del D. Lgs. 157/1995.

8

Avv. Alessandro Massari

Tar Campania Napoli n.7853/2006

Il rinnovo contrattuale, consistente, come noto, in una nuova negoziazione tra le medesime parti per l'instaurazione di un nuovo rapporto giuridico, si atteggia quale trattativa privata, ovvero, quale rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale tra gli originari contraenti: e , dunque, la stessa trova piena praticabilità, sia pure nei limiti di un'eccezionale deroga all'esperienza di procedure selettive ad evidenza pubblica, come indicati dalla normativa di matrice comunitaria sopra esaminata.

Il ricorso a detto strumento negoziale, siccome espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria, non si pone contrasto con i sopra enunciati principi 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.

Tar Campania Napoli n.7853/2006

Ed invero, la conoscenza di una tale possibilità in sede di espletamento della competizione concorsuale pone tutti i partecipanti su di un medesimo piano, in quanto tutti egualmente in condizione di tenerne in debito conto in sede di elaborazione dell'offerta. Sotto altro aspetto, la stessa stazione appaltante, che pure potrebbe prevedere in sede di gara l'affidamento di un servizio pluriennale, riservandosi, invece, la facoltà di un rinnovo, ha la possibilità di raggiungere un arco temporale più lungo attraverso fasi successive, all'inizio di ognuna delle quali conserva, peraltro, la potestà di verificare la persistenza di un pubblico interesse all'espletamento del servizio, ovvero, di verificarne l'adeguatezza alle esigenze poste a base dell'affidamento.

RINNOVO ESPRESSO

- Non programmato e dunque non reso noto sin dall'inizio ai potenziali concorrenti; disposto solo per ragioni di convenienza economica (non è più ammesso)
- Programmato negli atti di gara e dunque reso noto ai potenziali concorrenti e quantificato nel valore complessivo dell'appalto: è tuttora previsto dalle direttive comunitarie e dal codice

art.9 Direttiva 2004/18/CEE art. 29 Codice

Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto.

Direttiva 2004/18/CEE

Schema di bando di gara

Appalti pubblici di forniture / servizi:

... Quantità dei prodotti da fornire, specificando eventuali opzioni per **ulteriori commesse** e, se noto, il calendario provvisorio dell'esercizio di tali opzioni e **il numero di eventuali rinnovi del contratto,**

Nel caso di appalti regolari o di appalti **rinnovabili** nel corso di un determinato periodo, fornire altresì, se noto, il calendario dei successivi appalti pubblici di forniture previsti.

RINNOVO TACITO

*Vietato a pena di nullità
(art. 6 L.537/1993
Art. 57, c.7 Codice)*

RINNOVO SOLO PER CONVENIENZA ECONOMICA

*Non è più consentito dopo
la legge 62/2005*

RINNOVO PROGRAMMATO E QUANTIFICATO NEL BANDO DI GARA

*E' ammesso dall'art. 9 direttiva
2004/18 e dall'art. 29 Codice*

C.d.S. sez. IV, 31.10.2006, n. 6458

“...all’eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l’art.23 l. n.62/05, deve assegnarsi una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell’ordinamento che si risolvono, di fatto, nell’elusione del **divieto di rinnovazione dei contratti pubblici**.”

C.d.S. sez. IV, 31.10.2006, n. 6458

...non solo l’intervento normativo di cui all’art.23 l. n. 62/05 dev’essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l’esegesi di altre disposizioni dell’ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l’affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev’essere condotta alla stregua del **vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti**

...

C.d.S. sez. IV, 31.10.2006, n. 6458

...il richiamo dell'art.7, comma 2, lett.f), d.lgs. n.157/95, sulla base del quale i giudici di prima istanza hanno affermato la praticabilità del rinnovo nella fattispecie controversa, risulta del tutto inappropriato, sia in quanto l'anzidetta disposizione si riferisce alla diversa ipotesi di una nuova aggiudicazione, come si ricava dall'esplicita e testuale espressione contenuta nel primo periodo del comma 2, sia in quanto, in ogni caso, l'applicabilità della disposizione esige indefettibilmente la conformità dei nuovi servizi (affidati a trattativa privata) ad un progetto di base (nella specie inesistente).

C.d.S. sez. IV, 31.10.2006, n. 6458

Né varrebbe, ancora, sostenere l'illegittimità del controverso diniego sulla base dell'argomento della previsione della possibilità del rinnovo nel bando di gara e nel successivo contratto, posto che **la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta disposizione legislativa che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni implica la sopravvenuta inefficacia delle previsioni, amministrative e contrattuali, configgenti con il nuovo e vincolante principio, che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi clausole negoziali** (attesa la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti).

C.d.S. – sez. V – sent. 2961/2004

RINNOVO VS PROROGA

- Del tutto diverso è, invece, l'istituto, individuato comunemente come **proroga** dei contratti in corso, ma che più correttamente potrebbe definirsi come prosecuzione dell'efficacia degli stessi, che si sostanzia nella facoltà (in termini civilistici in un diritto potestativo) di richiedere un prolungamento della prestazione al contraente privato, beninteso nel limite massimo novennale previsto per la durata dei contratti degli Enti Pubblici che prevedano "spese ordinarie" (cfr. art. 12, secondo comma del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440), e che abilita l'Ente pubblico alla mera prosecuzione dei contratti alle stesse condizioni e per i periodi indicati in specifiche clausole contrattuali da attivare con atti formali.

C.d.S. – sez. V – sent. 2961/2004

- Non vi è lesione dell'affidamento del partecipante alla gara che sia poi aggiudicatario posto che la conoscenza di tale facoltà e la sua accettazione sono dimostrate dalla sottoscrizione ovvero dalla pubblicità degli atti di gara che tale facoltà prevedono.
- Né vi è incisione dei principi di trasparenza e di concorrenza in quanto a tutti i partecipanti alla gara è reso noto che un determinato contratto è esposto ad prolungamento della sua durata e, quindi, tutti possono tenerne conto ai fini della partecipazione alla gara e della formulazione delle proprie offerte.

C.d.S. – sez. V – sent. 2961/2004

- L'autonomia dell'Ente aggiudicatore, che nel definire l'oggetto contrattuale è assimilabile a quella propria dei soggetti privati discendente dall'art. 1322 del codice civile, è rispettata appieno posto che, come si è detto nel limite di durata massima consentito per i contratti a prestazioni continuative o periodiche che prevedono spese ordinarie, l'Ente può scegliere legittimamente, così come è avvenuto nel caso in esame, se fissare una durata quinquennale, ovvero triennale con facoltà di espansione del termine di scadenza al quinto anno, previo gradimento dell'esecutore e verifica dell'interesse pubblico a proseguire nello svolgimento del servizio alle condizioni in atto.
- Né, oggettivamente, vi sarebbe ragione di restringere l'ambito delle scelte di autonomia privata dell'Ente che come si è visto sono compatibili con la cura degli interessi pubblici fondamentali coinvolti nei procedimenti di aggiudicazione ad evidenza pubblica.

La deliberazione n.183/2007 dell'Autorità di vigilanza

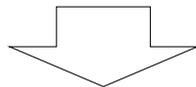
Il problema della rinnovabilità dei contratti della p.a. si pone con riferimento al fatto che l'art. 23 della legge comunitaria n. 62/2005 ha soppresso la disposizione della legge n. 537/1993 che prevedeva la facoltà di rinnovare i contratti di fornitura di beni e servizi (art. 6 comma 2, come modificato dall'art. 44 della legge 724/94). Tale abrogazione secondo un recente orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Stato sez. IV 31/10/2006 n. 6458, invero riferita a un caso anteriore all'entrata in vigore del Codice dei contratti) deve essere interpretata come un divieto generalizzato di rinnovo dei contratti operante per tutti gli appalti di forniture e servizi. ***Invero la tesi del CdS non è stata del tutto favorevolmente accolta in dottrina, mentre si registrano in giurisprudenza tesi diverse; l'orientamento del CdS in effetti non appare pienamente condivisibile, nella misura in cui estende i limiti del divieto di rinnovo oltre l'ambito direttamente ricavabile dalla norma abrogatrice, sulla base di un asserito contrasto di tale istituto con l'ordinamento comunitario.***

La deliberazione n.183/2007 dell'Autorità di vigilanza

...Può infatti, ritenersi, in alternativa, che nonostante la caducazione dell'art. 6, 2° comma della legge 537/93, residuino margini di applicabilità del rinnovo espresso - previsto dalle citate disposizioni del Codice - a determinate condizioni e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e par condicio alla base dell'evidenza pubblica; ***d'altra parte, se è ammessa la ripetizione dei servizi analoghi, non si comprende perché debba vietarsi il semplice rinnovo, che è fattispecie in qualche misura riconducibile alla prima, purché il rinnovo sia espressamente previsto e stimato nel bando e rientri in determinati limiti temporali.***

La deliberazione n.183/2007 dell'Autorità di vigilanza

- Dimensionamento requisiti di partecipazione (in particolare il fatturato)
- Cauzione provvisoria
- Contributo all'Autorità di vigilanza



Vanno riferiti all'importo certo e non alle opzioni (che sono sempre facoltative e potrebbero venire non azionate: applicazione principio di massima concorrenza e di non aggravamento oneri partecipativi)

**Corte dei Conti Sezione del controllo -
Regione Sardegna 7/3/2008 n. 4**

<<Né nell'ordinamento interno né nell'ordinamento comunitario, è rinvenibile alcuna disposizione specifica volta a vietare il rinnovo dei contratti stipulati dalle Amministrazioni Pubbliche>>.

**Tar Campania Napoli sez. I
sent. 6/5/2008 n. 3379**

<<Il fatto che il rinnovo risulti programmato come facoltà eventuale negli atti di gara rende avvertiti tutti i possibili concorrenti, sin dall'inizio, del potenziale sviluppo del rapporto contrattuale, garantendo la trasparenza e la par condicio tra gli operatori economici>>.

Tar Veneto
sez.I - sentenza 25/11/2008 n. 3637

In presenza di una clausola di rinnovo opzionale del contratto per 24 mesi, prevista nel capitolato d'appalto, è rilevabile nella specie, più di un rinnovo in senso stretto, in realtà una proroga del contratto (spostamento in avanti del termine di scadenza del rapporto) ed in ogni caso tale proroga opzionale è stata inserita nell'oggetto della gara e anche su essa vi è stato il confronto concorrenziale; ne discende che la proroga citata non contrasta con il principio comunitario che vieta alle amministrazioni (in modo diretto o indiretto) di attribuire, senza procedura di gara, un appalto di servizi e forniture.

D'altra parte è lo stesso codice e contratti (D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163) che implicitamente (ma univocamente) ammette il rinnovo del contratto laddove all'art. 29, comma 1°, prevede che "che il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici (...) tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.

27

Consiglio di Stato, sez. IV, 16.3.09 N. 1555

"il principio di trasparenza impone di indicare chiaramente nella documentazione di gara le possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto e di specificare le possibilità di assegnazione di nuovi compiti." Non è esclusa, pertanto, ad avviso della Commissione europea () la possibile assegnazione di nuove incombenze (rispetto a quelle originariamente prefissate, è ovvio: il tutto, purchè di ciò sia data preventiva informazione ai concorrenti).*

(*) Commissione europea - Comunicazione interpretativa del 5.2.2008 (C 6661/2007) sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPP)²⁸

Consiglio di Stato, sez. V, 11.5.2009 n. 2882

Il Consiglio di Stato, nel negare la legittimità di proroghe plurime, non riconducibili alla fattispecie della ripetizione di servizi analoghi ha affermato:

“D'altronde assorbente risulta il rilievo che la plurima prorogabilità dei rapporti in questione (recte, rinnovabilità) non era stata prevista nel bando originario...”

29

Consiglio di Stato sez.VI 16/2/2010 n. 850

- All'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. ***Infatti le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati.*** Una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara.

30

Avv. Alessandro Massari

Proroga – Rinnovo e Contributo all’Autorità di vigilanza

- **D51. Le proroghe di contratti o convenzioni esistenti, sono sottoposte al pagamento di un nuovo contributo, ove venga stipulato un nuovo contratto?**

R51. Solo il rinnovo dà vita ad un contratto che può considerarsi “nuovo” e, quindi, è doveroso il pagamento della contribuzione. La proroga, invece, sposta in avanti il solo termine di scadenza del rapporto, che resta regolato dal contratto o convenzione accettata all’atto di affidamento. In tal caso, quindi il pagamento di un nuovo contributo non è dovuto. Pertanto, nei limiti di ammissibilità di proroghe secondo la normativa vigente (molto ristretti), si ritiene che in presenza di un nuovo contratto derivante quindi da una nuova procedura il contributo sia dovuto.

L’implementazione delle opzioni nell’appalto

- Previsione dell’opzione nel bando con richiamo all’art.29 Codice
- Preferibile il riferimento alla mera “proroga” attesa l’incertezza della giurisprudenza sul “rinnovo” programmato
- Quantificazione dell’opzione nel valore complessivo dell’appalto al fine di verificare la disciplina procedimentale applicabile (Importo a base di gara – Valore complessivo comprensivo op.)
- Dimensionamento dei requisiti, cauzione e contributo all’Autorità: sull’importo a base di gara certo
- Verifica convenienza e pubblico interesse al fine di attivare l’opzione
- Preavviso all’appaltatore qualora l’ente non intenda avvalersi dell’opzione ma preferisca esperire un nuovo confronto concorrenziale (esigenza di modificare la struttura tecnico-economica dell’appalto o le modalità esecutive, ecc.)
- Possibilità di incentivare la buona gestione dell’appalto mediante clausole che precludano la possibilità di attivare l’opzione in caso di applicazione di un certo numero di penali o inadempimenti o riserve sulla qualità del servizio prestato, fatta comunque salva la valutazione di opportunità e convenienza della p.a.