

Il rinnovo dei contratti pubblici di fornitura di beni e servizi

Il problema della clausola del rinnovo tacito/espresso. La disciplina nazionale e la normativa comunitaria. Il concetto di "rinnovazione". I principali orientamenti giurisprudenziali e le recenti novità legislative.

a cura di **Gianluca Sposito***

LA QUESTIONE

Che limiti incontrano le Pubbliche Amministrazioni nel rinnovo di un contratto in essere o per l'affidamento ad un nuovo soggetto? Che limiti incontra la clausola del rinnovo tacito/espresso?

INTRODUZIONE

Il rinnovo dei contratti di forniture e servizi della Pubblica Amministrazione è materia che la pratica amministrativa troppo spesso rende oggetto di automatismi poco rispettosi delle procedure e della valutazione delle ragioni di convenienza che devono presiedere alla scelta del rinnovo contrattuale, esponendo poi le Amministrazioni al rischio di azioni da parte di chi può legittimamente aspirare a ricoprire il ruolo di contraente e, in quanto tale, risulta titolare di un'aspettativa tutelata giuridicamente.

L'art. 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (come modificato dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994) ha dettato la disciplina fondamentale sulla materia del rinnovo contrattuale di tutte quelle Amministrazioni indicate nell'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 29/1993. Risulta invece abrogata per effetto dell'art. 3, comma 166, della legge n. 350 del 2003 l'altra disposizione (art. 27, comma 6, della legge n. 488 del 1999) che aveva previsto la facoltà per le Amministrazioni, ma solo per quelle statali, di procedere al rinnovo dei contratti stipulati a seguito di gara ed in scadenza nel triennio 2000-2002, solo per una volta e per un periodo non superiore a due anni, previa assicurazione da parte del fornitore di una riduzione del corrispettivo di almeno il 3%. Storicamente, la previsione legislativa del generale divieto di rinnovare tacitamente allo stesso contraente i contratti di forniture e servizi si è sempre accompagnata a quella di specifiche deroghe in favore del rinnovo espresso, al fine di ottenere, a clausole contrattuali invariate, una riduzione del prezzo.

* *Avvocato del Foro di Pesaro, docente di Argomentazione giuridica e retorica forense presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino "Carlo Bo".*

Recentemente, la legge comunitaria per il 2004 (legge 18 aprile 2005, n. 62) – con la quale il Parlamento ha conferito delega al Governo per il recepimento di una serie di direttive comunitarie – è intervenuta a ridisegnare, con una norma direttamente applicabile, proprio gli istituti della proroga e del rinnovo dei contratti pubblici di forniture e servizi.

LE NORME

R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 – Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato.

Art. 12, comma 1

R.D. 23 maggio 1924, n. 827 – Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato.

Art. 111

D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 – Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE.

Art. 9, comma 4, lett. e) – Procedure di aggiudicazione

Legge 24 dicembre 1993, n. 537 – Interventi correttivi di finanza pubblica.

Art. 6, comma 2 – Contratti pubblici

Legge 23 dicembre 1994, n. 724 – Misure di razionalizzazione della finanza pubblica.

Art. 44, comma 2 – Contratti pubblici

D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 – Attuazione della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi.

Art. 7 – Trattativa privata

Direttiva n. 2004/18/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 – Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Art. 31

Legge 18 aprile 2005, n. 62 – Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee (Legge comunitaria 2004).

Art. 23, commi 2 e 3 – Disposizioni in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi

LA FATTISPECIE

Il principio di certezza e determinatezza della durata dei contratti

L'articolo 12 della legge di contabilità di Stato enuncia il principio di certezza e determinatezza della durata dei contratti della Pubblica Amministrazione con l'evidente scopo di evitare che possano essere assunti oneri finanziari continuativi, di carattere e di durata pressoché indeterminata, a carico del bilancio dello Stato¹.

¹ L'art. 12, comma 1, del R.D. n. 2440/1923 dispone che «I contratti debbono avere termini e durata certa e non possono essere stipulati con onere continuativo per lo Stato, se non per ragioni di assoluta convenienza o necessità da indicarsi nel decreto di approvazione del contratto».

Tale principio, peraltro, trova un primo temperamento nella parte finale della citata disposizione che ammette, per motivate ragioni di assoluta convenienza o di necessità, una deroga all'esigenza di stabilire in maniera certa la durata del contratto e, di conseguenza, il suo esatto ammontare. In tale prospettiva, l'art. 111 del Regolamento di contabilità di Stato prevede che, qualora non sia possibile determinare con precisione l'ammontare del contratto da stipulare, lo stesso deve essere indicato «in via di approssimazione» (cd. impegno presunto) per poi adottare, una volta individuate le somme effettivamente necessarie, appositi decreti motivati che apportino le variazioni accertate rispetto all'impegno presunto assunto².

Il divieto di rinnovo tacito

Effetti potenzialmente analoghi a quelli prodotti da un impegno presunto in ordine alla possibile deroga al principio di certezza della durata del contratto possono essere determinati dal diverso istituto del rinnovo disciplinato, in materia di appalti di forniture e servizi, dall'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993, così come modificato dall'art. 44 della legge n. 724/1994. Tale norma pone il divieto del rinnovo tacito dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi; i contratti stipulati in violazione di siffatto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti – aggiungeva la norma – 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. La norma in questione si pone quale limite all'operatività di clausole contrattuali che dispongano il rinnovo tacito del rapporto, ritenute incompatibili con il rispetto delle condizioni ottimali di economicità e convenienza negli approvvigionamenti di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione, introducendo così il principio secondo cui l'Amministrazione non può consentire la rinnovazione tacita del contratto oltre il termine della prevista scadenza se non sulla base di una valutazione di convenienza espressa con provvedimento formale.

Problemi di compatibilità tra norme

Premesso l'esatto inquadramento del termine "rinnovazione", il problema che ci si è posti è stato quello circa la compatibilità della norma di cui alla legge n. 724/1994 con il decreto legislativo n. 157/1995 (per i servizi) e con il decreto legislativo n. 358/1992 (per le forniture) – entrambi di attuazione di normativa comunitaria – là dove essi impongono l'obbligo di gara per l'acquisto di beni e servizi sopra una determinata soglia, consentendo l'affidamento a trattativa privata senza previa pubblicazione del bando solo in casi molto limitati. In particolare, si trattava di verificare se il ricorso all'istituto del rinnovo costituisse un modo per eludere l'obbligo dell'esperimento delle procedure di gara per la scelta del contraente dell'amministrazione.

² L'art. 111 del R.D. n. 827/1924, dopo aver stabilito che i decreti di approvazione dei contratti debbono indicare la somma dell'entrata o della spesa che ne derivi per lo Stato, prevede, al secondo comma, che «quando queste somme non possano accertarsi in modo determinato e preciso, sono indicate in via di approssimazione. In questo caso le variazioni che occorra di arrecare in più o in meno alle somme presuntive di entrata o di spesa, di aumento o di diminuzione nel patrimonio, sono approvate di volta in volta con decreti motivati del competente ministro da registrarsi, ove ciò sia prescritto, alla Corte dei conti. Deve però sentirsi il Consiglio di Stato, allorché colle variazioni da introdurre si ecceda il limite di somma oltre il quale il Consiglio medesimo deve dare il suo parere».

Le procedure di assegnazione di forniture e servizi

In linea di principio, la normativa nazionale e quella comunitaria stabiliscono la regola della procedura aperta o ristretta e consentono solo in casi specifici, tassativamente indicati, il ricorso alla trattativa privata, con o senza previa pubblicazione di bando.

L'affidamento a trattativa privata si caratterizza per la mancanza di formalità procedurali, sia con riferimento alla determinazione dell'oggetto del contratto, sia con riferimento alle modalità di scelta del contraente³. Mentre il pubblico incanto costituisce "procedura aperta", la trattativa privata rappresenta una "procedura negoziata", laddove l'appalto concorso e la licitazione privata sono "procedure ristrette"⁴. Nelle procedure aperte sono ammesse a partecipare alla gara tutte le imprese che sono in possesso dei previsti requisiti e che ne abbiano fatto domanda. Nelle procedure ristrette, invece, sono ammesse le sole imprese previamente selezionate ed invitate dalla stazione appaltante.

In particolare, la normativa comunitaria

Lo stesso ordinamento comunitario ammette il ricorso a tale istituto seppure circondandolo delle cautele di cui si è detto. L'art. 11, paragrafo 3, lettera f) della Direttiva n. 92/50/CEE, relativa all'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, stabilisce infatti che le amministrazioni possono ricorrere alla procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento di servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore in forza di precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione, purché tali servizi siano conformi ad un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto mediante procedura aperta o procedura ristretta. Tale possibilità deve essere indicata in occasione del primo appalto ed il costo complessivo stimato per i servizi successivi deve essere preso in considerazione dall'Amministrazione per il calcolo della soglia di rilievo comunitario. In ogni caso, la procedura può essere applicata soltanto durante i tre anni susseguenti la conclusione dell'appalto iniziale. Il diritto comunitario disciplina, comunque, alcune figure analoghe al rinnovo dei contratti. Si pensi alla possibilità, riconosciuta dall'art. 7, comma 2, lett. f), del D.Lgs. n. 157/1995, di procedere all'affidamento diretto di «nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati allo stesso prestatore di servizi mediante un precedente appalto aggiudicato dalla stessa amministrazione (...)». In tal caso, infatti, l'Amministrazione, al pari dell'ipotesi del rinnovo, si trova a rinegoziare con il medesimo contraente, già affidatario del servizio in quanto risultato aggiudicatario dello stesso in una precedente procedura di gara, le condizioni del contratto che le parti si accingono a ripetere. In entrambi i casi si deve trattare dell'affidamento dei medesimi servizi o, tutt'al più, di servizi analoghi che debbono essere tempestivamente effettuati e che, in ragione di valutazioni di pubblico interesse, non consentono di attendere l'esaurimento di una nuova procedura di gara. In materia di appalti di forniture, l'art. 9, comma 4, lett. e), del D. Lgs. n. 358/1992 prevede la possibilità di ricorrere alla trattativa privata senza pubblicazione di bando per l'affidamento di «forniture

³ In giurisprudenza si è ritenuto che «la trattativa privata è la scelta di un contraente senza gara, eventualmente preceduta da un semplice sondaggio, sicché, quando un'amministrazione ricorra alla trattativa privata, non tanto essa gode di libertà di forme nella procedura di scelta del contraente, quanto, più semplicemente, non si può contestare un procedimento di gara che non esiste»: Cons. St., Sez. V, 20 agosto 1996, n. 937.

⁴ Cons. Stato, Sez. I, 30 aprile 1997, n. 732.

complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o impianti d'uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti», qualora la sostituzione del fornitore originario rischi di produrre per l'Amministrazione un aggravio delle condizioni di utilizzo o di manutenzione degli stessi impianti.

Anche la recente direttiva comunitaria 2004/18/CE del 31 marzo 2004, all'art. 31, dispone che si possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle seguenti fattispecie:

- per gli appalti pubblici di forniture, nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe l'Amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate – la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può, come regola, superare i tre anni;
- per gli appalti pubblici di servizi, nel caso di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime Amministrazioni, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure aperte o ristrette⁵.

Ebbene, in assenza di legittime clausole contrattuali di rinnovo (espreso) del contratto, l'affidamento al contraente originario dello stesso servizio per il periodo successivo alla scadenza contrattuale è soggetto al rispetto delle norme di carattere generale che impongono il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica ed ai limiti che circondano l'espletamento delle procedure negoziate. Le procedure negoziate dirette, volte al rinnovo di un contratto in essere o all'affidamento ad un nuovo soggetto, sono in ogni caso viste con sfavore dall'attuale ordinamento fondato sul principio della concorrenza e dell'evidenza pubblica per l'affidamento di servizi, lavori e forniture, per cui il ricorso alle stesse deve essere assistito da specifica e puntuale motivazione non solo in ordine ai relativi presupposti ma anche con riferimento alle concrete ragioni di convenienza e di pubblico interesse.

► Le recenti modifiche normative

La Legge comunitaria 2004 ha di recente modificato la disciplina in oggetto. L'art. 23 della legge n. 62/2005 prescrive infatti alcune «disposizioni in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi», statuendo, innanzitutto, la soppressione dell'ultimo periodo dell'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993 n. 537, ovvero della parte della norma che prevedeva la possibilità di rinnovo espresso da attivare entro tre mesi dalla scadenza del contratto. Inoltre detta, al secondo comma, una disciplina transitoria in virtù della quale «i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario

⁵ La possibilità di valersi di questa procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione della prestazione di servizi è preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'art. 7 (importo delle soglie degli appalti pubblici). Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale.

alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge» (ovvero il 12 maggio 2005).

L'attuale tenore dell'art. 6, comma 2, legge n. 537/1993, come modificato dall'art. 23 della legge n. 62/2005, risulta pertanto essere il seguente: «è vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni 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». Si è posto immediatamente l'interrogativo in merito alla sorte dell'istituto del rinnovo e ci si è chiesti se la legge comunitaria 2004, lasciando vivere il divieto di rinnovo tacito, avesse voluto eliminare del tutto anche la possibilità di un rinnovo espresso dei contratti di fornitura e servizi.

L'intervento⁶ è apparso subito tutt'altro che risolutore: ha infatti contribuito ad alimentare una serie di dubbi in sede applicativa. Dubbi che nascono, innanzitutto, dalla stessa formulazione utilizzata dal legislatore che, nella rubrica del citato art. 23, parla di "rinnovo", laddove nel testo della disposizione si riferisce esclusivamente alla "proroga" dei contratti, come se vi fosse una sostanziale identità tra i due istituti.

LA GIURISPRUDENZA

Il concetto di "rinnovazione"

In giurisprudenza si è ampiamente dibattuto in merito alla riferibilità del termine "rinnovazione" (di cui all'art. 6 della legge n. 537/1993) alla nozione di mera proroga ovvero a quella di rinnovo del contratto, istituti tra i quali intercorre una sostanziale differenza⁷. In particolare, si ha mera proroga di un contratto quando non si ha una nuova contrattazione ma ci si limita ad un prolungamento della durata dello stesso, senza alcuna rinegoziazione delle sue clausole; viceversa, il rinnovo del contratto presuppone una rinegoziazione delle condizioni

⁶) All'origine dell'intervento vi è una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano con la quale si contestava che la disposizione di cui all'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993, pur vietando il rinnovo tacito dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, avrebbe consentito alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza ricorrere ad alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e di forniture, che sarebbero stati così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario (in materia di appalti pubblici di servizi e di forniture). Inoltre, ad avviso della Commissione, tale normativa sarebbe stata in contrasto con i principi di non discriminazione e di trasparenza, preordinati ad assicurare le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi contemplate dagli articoli 43 e 49 del Trattato CE. Si tratta della procedura di infrazione avviata, ex art. 226 Trattato CE, con l'adozione del parere motivato della Commissione 16 dicembre 2003 n. 2110. Per porre fine al contrasto sorto in sede comunitaria, il legislatore nazionale è intervenuto ad abrogare la disposizione contestata.

⁷) Cons. Stato 31 dicembre 2003, n. 9302, in Foro amm., CDS, 2003, 3779: ribaltando la tesi del giudice di primo grado (TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 18 dicembre 2002, n. 8416), il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso di un'impresa del settore che aveva contestato la delibera di giunta comunale di rinnovo fino al 2011 del contratto relativo al servizio di manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione e di regolazione del traffico che l'impresa intimata si era aggiudicato, a seguito di gara mediante licitazione privata, a decorrere dal 1994, per la durata di cinque anni, ma ancora in corso, in quanto tacitamente prorogato. La decisione del Consiglio di Stato si basa sulla distinzione tra rinnovo tacito del contratto (vietato) e proroga del termine di scadenza (consentita). Nel caso di specie il contratto originario era ancora in corso, poiché conteneva una clausola (consentita) di proroga automatica di anno in anno, fino ad un massimo di quattro anni, salvo disdetta da una delle parti sei mesi prima della scadenza. Clausola, questa, che non costituirebbe - a detta dei giudici d'appello, e contro l'opinione del TAR - un caso (vietato) di rinnovo tacito (colpito dalla nullità prevista dall'art. 6 della legge n. 537 del 1993 come sostituito dall'articolo 44 della legge n. 724 del 1994), ma un caso (consentito) di mera prosecuzione del contratto.

contrattuali con il contraente originario o, perlomeno, di alcune di esse per addivenire, quindi, ad una nuova stipulazione.

Un isolato orientamento, peraltro immediatamente smentito da una copiosa produzione giurisprudenziale in materia, era giunto ad affermare che la proroga altro non sarebbe se non una particolare forma di rinnovo ai medesimi patti e condizioni e, quindi, una ripetizione del contratto allo stesso prezzo in precedenza concordato tra le parti, giacché, diversamente opinando, si verrebbe ad introdurre in maniera surrettizia la possibilità di modificare *ad libitum*, ed in sede di trattativa privata, il contenuto del contratto medesimo.

In realtà, la fattispecie descritta integra indubbiamente una ipotesi di rinnovo in senso proprio e non già di proroga del contratto⁸: nessun elemento testuale autorizza infatti a limitare la sfera di operatività dell'art. 6 alla mera proroga dei contratti in scadenza alle stesse condizioni ivi stabilite, così da escludere la possibilità alternativa di una rinnovazione con novazione di taluni elementi del contratto e principalmente, com'è ovvio, del suo prezzo.

Relativamente, poi, all'ulteriore profilo del momento in cui deve essere disposta la proroga rispetto a quello in cui può intervenire il rinnovo del contratto, soltanto il rapporto che si instaura tra le parti dopo la scadenza del periodo di durata del contratto può considerarsi nuovo, proprio perché dà vita ad un rapporto giuridicamente autonomo rispetto a quello originario, laddove la proroga riguarda lo stesso contratto originariamente stipulato, che resta regolato dalla convenzione accessiva all'atto di affidamento del servizio o della fornitura.

Compatibilità dell'art. 6 della legge n. 537/1993 con la normativa comunitaria

La giurisprudenza pare non aver mai affrontato esplicitamente il problema della compatibilità tra la legislazione nazionale (art. 6 legge n. 537/1993 e successive modifiche) e la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi. Ha però più volte lasciato ad intendere di non intravedere un contrasto (che sarebbe peraltro rilevabile d'ufficio perché riguarderebbe l'individuazione della legge applicabile; inoltre, se ritenuto in contrasto con la normativa comunitaria, la norma nazionale sarebbe non applicabile dal giudice). Sembra dunque che sia pacificamente riconosciuto il carattere non ostativo della disciplina comunitaria alla previsione della possibilità di rinnovo, essendo, piuttosto, rimessa all'Amministrazione la decisione in ordine all'attuazione di un rinnovo a favore del precedente affidatario ovvero all'espletamento di una nuova procedura ad evidenza pubblica.

In particolare, il Consiglio di Stato⁹ ha riconosciuto che l'Amministrazione può, prima di decidere se bandire una nuova gara, «chiedere all'affidatario uscente se e a quali condizioni di maggior favore potrebbe eventualmente accettare il rinnovo contrattuale, senza dovere, per ciò solo, poi assumere puntuali determinazioni di ritiro degli atti a ciò preordinati qualora ritenga di non avvalersi più di tale prestatore di servizi, trattandosi, in questo caso, di mera indagine conoscitiva», presupponendo, in tal modo, la libertà di scelta dell'Amministrazione in ordine alla decisione di rinnovare senza gara il contratto all'affidatario, ovvero di ricorrere all'espletamento di una nuova procedura di gara. Altro provvedimento¹⁰ ha riconosciuto un am-

⁸) TAR Puglia, Bari, Sez. II, 21 dicembre 1995, n. 1217, in TAR, 1996, 673.

⁹) Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860, in Cons. Stato, 2002, I, 2324.

¹⁰) Cons. Stato, Sez. VI, 20 febbraio 1998 n. 371, in Urb. e App., 1998, 416.

pio margine discrezionale in capo all'Amministrazione in merito alla decisione se procedere o meno alla rinnovazione del contratto: nella specie, il diniego di rinnovo era stato motivato in relazione alla verifica di convenienza dei prezzi ed all'opportunità di evitare il protrarsi del pregresso contenzioso.

È stato peraltro osservato che la facoltà di rinnovo, prevista dal citato art. 6, comma 2, legge n. 537/1993, trova il suo fondamento in una valutazione di pubblico interesse alla cui cura lo stesso è preordinato: in tal senso, l'atto di rinnovo rappresenta l'esplicazione di una pubblica funzione che reca implicita la determinazione, pur espressamente consentita dalla legge, di derogare all'ordinario regime di scelta del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica¹¹. In particolare, dalle motivazioni di una recente sentenza del TAR Lazio¹² si desume, *a contrario*, che – nel caso di enti pubblici e di appalto di servizi, con appalto sopra soglia comunitaria – l'art. 6, comma 2, legge n. 537/1993 non troverebbe alcuna difficoltà di applicazione¹³. Anche in precedenti provvedimenti¹⁴ sul tema, la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici sembra essere pacificamente considerata non ostativa all'applicazione del citato art. 6.

Il termine trimestrale per esercitare la facoltà di rinnovo

L'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993 (così come successivamente modificato) disponeva 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 medesimi e, ove tale sussistenza fosse stata verificata, comunicassero al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione – il termine è venuto meno a seguito della riforma operata dalla Legge comunitaria 2004.

L'espressione «entro tre mesi dalla scadenza dei contratti» è stata alquanto problematica, perché avrebbe potuto leggersi nel senso di «entro i tre mesi precedenti» oppure «entro i tre mesi successivi».

Sul punto, la giurisprudenza è apparsa discorda. Secondo un primo orientamento¹⁵, il termine andava inteso come successivo alla scadenza del contratto: non poteva difatti intendersi riferito al momento anteriore alla scadenza considerato che si trattava di rinnovo e non di proroga del contratto.

Altro orientamento¹⁶ faceva viceversa leva sull'esigenza di continuità del servizio, che avrebbe indotto a ritenere che la procedura per la rinnovazione dovesse essere svolta prima della scadenza del termine. Inteso in senso contrario, esso infatti sarebbe stato in contrasto con l'esplicito divieto di rinnovo tacito del contratto già scaduto.

11) Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2002, n. 726, in Cons. Stato, 2002, I, 280.

12) TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, 12 febbraio 2004, n. 1395, in Cons. Stato, 2004, 5-6, 2, 1334.

13) Il TAR ha affermato la non applicabilità dell'art. 6, comma 2, legge n. 537/1993 ad un appalto sovrasoglia comunitaria in quanto aggiudicato da una società di diritto privato e non da un ente pubblico, come richiesto, invece, dal comma 1 del citato art. 6, dando quindi per assodato che il rinnovo di cui all'art. 6 non incontrerebbe alcun ostacolo per appalti banditi da enti pubblici.

14) Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9302, in Foro amm. CDS, 2003, 3779: l'art. 6, comma 2, legge n. 537/1993 «vieta il rinnovo tacito dei contratti, ma ne consente il rinnovo esplicito per valutate ragioni di pubblico interesse»; Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860, in Giornale di diritto amministrativo, 2002, 12, 1310; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2002, n. 726, in I Contratti dello Stato e degli enti pubblici, 2002, f. 2, 287.

15) Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9302, cit.

16) Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2002, n. 726, cit.

Le ipotesi di annullamento dell'atto di affidamento

Nelle ipotesi di annullamento dell'atto di affidamento, relativamente agli effetti sul successivo contratto, secondo l'insegnamento tradizionale l'annullabilità del contratto stipulato con l'illegittimo affidatario determina il potere-dovere della Pubblica Amministrazione di instaurare un apposito giudizio finalizzato all'annullamento giudiziario del contratto invalido previa valutazione dell'interesse pubblico al mantenimento del rapporto illegittimamente instaurato in presenza di più forti interessi pubblici. L'eventuale danno sofferto dal ricorrente potrà trovare soddisfazione in forma specifica a seguito di indizione della gara per l'affidamento del servizio.

Una possibile perdita di chance per la ditta risultata danneggiata da illegittimo affidamento

La giurisprudenza non ritiene invece fondate le istanze risarcitorie in tema di possibile danno da perdita di *chances* nelle more di esecuzione del contratto illegittimamente stipulato. Come ribadito dalla giurisprudenza della Cassazione civile, la *chance*, quale concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde della sua perdita, vale a dire della perdita della possibilità di conseguire un qualsivoglia risultato utile, deve essere provata la sussistenza¹⁷.

Anche la giurisprudenza amministrativa si muove nella direzione tracciata da quella civile ritenendo che la perdita di *chance* costituisca un danno derivante da responsabilità contrattuale o extracontrattuale che si identifica con la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, e non con la perdita di quel risultato, ma richiede che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato. La giurisprudenza amministrativa, sulla scorta di quella civile, ha altresì affermato che la possibilità di conseguire il risultato utile, per avere la concretezza prima indicata, presuppone che sussista una probabilità di successo maggiore del 50%¹⁸. Lo stesso giudice amministrativo appena richiamato chiarisce che, in caso contrario, diverrebbero risarcibili anche mere possibilità statisticamente non significative e accolla al ricorrente l'onere di allegare e provare i concreti elementi che consentano di accertare la rilevanza del grado di probabilità di conseguire il bene della vita a cui ambisce.

RINNOVO DEL CONTRATTO

Consiglio di Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9302

La proroga sposta in avanti il solo termine di scadenza del rapporto, che resta regolato dalla convenzione accessiva all'atto di affidamento del servizio, mentre il rinnovo del contratto, anche se in forma tacita, comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale. Dunque, tra la proroga e la rinnovazione del contratto corre una sostanziale differenza e appunto per tale ragione deve ritenersi che l'art. 6 L. 537/1993, nella prima parte, vieta, in modo diretto ed assoluto, solo l'effetto del rinnovo, ma non impedisce l'inserimento di clausole che prevedano la prorogabilità del contratto.

Il disposto dell'art. 6, secondo comma, della legge n. 537 del 1993 come sostituito dall'articolo 44 della legge n. 724 del 1994, secondo il quale "entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione", va interpretato nel senso che il termine di tre mesi va inteso come successivo alla scadenza del contratto. Anche per ragioni logiche, detto termine non può intendersi riferito al momento anteriore alla scadenza, considerato che si tratta di rinnovo e non di proroga del contratto. (*Foro Amm.*, DS, 2003, 3779)

¹⁷ Cass. civ., Sez. II, 18 marzo 2003, n. 3999, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, 6, pt. 1, 873 (con nota di MONTICELLI, «Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile»).

¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686, che richiama Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207.

TAR Lombardia Brescia 5 agosto 2003, n. 1185¹⁹

È illegittimo il rinnovo di un contratto, invocando l'articolo 44 della legge n. 724 del 1994, se tale possibilità non sia stata prevista in origine negli atti di gara.

In assenza di una legittima clausola di rinnovo (in ogni caso espresso) del contratto, l'affidamento successivo dello stesso servizio per il periodo successivo alla scadenza contrattuale è soggetto alle procedure ad evidenza pubblica ed ai limiti che circondano l'espletamento delle procedure negoziate. (*Foro amm.* 1990, 2093)

Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860

Ben può l'Amministrazione, prima di definire le proprie scelte, chiedere all'affidatario uscente se e a quali condizioni di maggior favore potrebbe eventualmente accettare il rinnovo contrattuale, senza dovere, per ciò solo, poi assumere puntuali determinazioni di ritiro degli atti a ciò preordinati qualora ritenga di non avvalersi più di tale prestatore di servizi, trattandosi, in questo caso, di mera indagine conoscitiva; sicché, una volta conosciute le condizioni offerte, è libera di valutarle sia ai fini della loro accettazione, sia per determinarsi diversamente, eventualmente attraverso una apposita procedura concorrenziale; con la conseguenza che nessuna certezza di affidamento poteva ricondursi alla richiesta anzidetta. (*Cons. St.*, 2002, I, 280)

Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686

Il danno da perdita di chance esula certamente dalla categoria dei danni futuri ossia da quei danni (danni emergenti o lucri cessanti) che si prevedono doversi verificare in un tempo successivo a quello in cui il danneggiato fa valere la sua pretesa. Il criterio differenziale va individuato nel fatto che il danno da perdita di chance costituisce un danno attuale (non irrealizzato), presente e costituito dalla lesione della possibilità di conseguire il risultato favorevole. (www.lexfor.it)

LA DOTTRINA

Il termine "rinnovazione"

In dottrina c'è chi ha sostenuto l'opinione secondo la quale il termine "rinnovazione" di cui all'art. 6 sia riferibile sia alla mera proroga del contratto sia al rinnovo dello stesso²⁰.

Si è rilevato come la disposizione legislativa ponga quali unici limiti alla possibilità di rinnovazione del contratto «la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse» e come, pertanto, talvolta vi possa essere convenienza e pubblico interesse per la mera proroga del contratto e talvolta, invece, potrebbe essere più conveniente procedere ad un rinnovo con rinegoziazione delle clausole contrattuali, con la conseguenza che, ferma rimanendo la necessaria sussistenza dei presupposti di legge, saranno consentiti ora la proroga ora il rinnovo.

Dall'orientamento interpretativo che afferma come l'art. 6 disciplini sia la proroga sia il rinnovo discende che, quando la Pubblica Amministrazione, entro tre mesi dalla scadenza di un contratto per la fornitura di beni o di servizi, accerti che vi sia convenienza economica e interesse pubblico (che va oltre le mere valutazioni economiche) nel prolungare il rapporto contrattuale con l'originario contraente, comunica questa volontà all'altro contraente e procede alla proroga del contratto ovvero al rinnovo con rinegoziazione delle condizioni con-

¹⁹ Nel caso di specie, il Collegio ha condiviso le censure avanzate dal ricorrente con riferimento al difetto di motivazione ed alla carenza di attività istruttorie nella scelta della procedura per l'affidamento del servizio dopo la scadenza del rapporto in essere, indicate dall'amministrazione con l'alternativa fra il rinnovo contrattuale con il precedente gestore o l'espletamento di una procedura di gara. In particolare, la determinazione del Responsabile del servizio si limitava ad affermare genericamente la sussistenza dei presupposti per il rinnovo dell'appalto, identificando gli stessi nel fatto che il gestore avrebbe svolto un servizio non oggetto di lamentele da parte dell'utenza unitamente ad un miglioramento del corrispettivo quale quota della tariffa fissata dall'amministrazione. Nessuna indicazione compariva, invece, in ordine ai benefici che l'amministrazione e la collettività avrebbero potuto trarre a seguito dello svolgimento della pubblica gara dalla quale sarebbe potuta seguire la soppressione dell'assetto monopolistico instaurato da oltre trent'anni a favore dell'impresa controinteressata.

²⁰ FAVIERE-GATTI, «Evidenza pubblica e rinnovi contrattuali», in Riv. trim. degli appalti, 2004, 3.

trattuali a seconda che sia di maggior convenienza e pubblico interesse la prima ovvero la seconda soluzione.

In definitiva, la Pubblica Amministrazione sarebbe fornita di ampia discrezionalità nello stabilire se rinnovare un contratto o meno e, in caso affermativo, nello stabilire come rinnovarlo.

Compatibilità dell'art. 6 legge n. 537/1993 (e successive modificazioni) con la normativa comunitaria

Si è tentato di giustificare la compatibilità dell'art. 6 legge n. 537/1993 (e successive modifiche) con i principi comunitari di non discriminazione e di tutela della concorrenza sostenendo che esso sarebbe comunque applicabile in casi assolutamente eccezionali, in cui vi sia una palese e dimostrata convenienza per l'ente pubblico a rinnovare il contratto in relazione alle condizioni che sarebbero offerte dal mercato. Ovvero – si sostiene opportunamente – si tratterebbe di dimostrare che il mercato non potrebbe comunque offrire condizioni così vantaggiose – «il che è però alquanto arduo in quanto proprio la gara pubblica è il miglior modo per verificare quale sia l'offerta più conveniente sul mercato»²¹.

Termine trimestrale

La dottrina assolutamente maggioritaria riteneva che la valutazione dell'Amministrazione circa la convenienza ed il pubblico interesse al rinnovo dovesse essere svolta nell'imminenza della scadenza, in quanto l'elemento principale di siffatta valutazione consisteva nel verificare se il mercato – in quel momento – potesse offrire condizioni più convenienti. Conseguentemente, la valutazione dell'Amministrazione non poteva che avvenire nel corso dei tre mesi antecedenti la scadenza del contratto.

L'intervento della legge comunitaria 2004

Il recente intervento del legislatore ha destato non poco sconcerto²². Il suo effetto potrebbe essere – concordando pienamente con quanto affermato dalla SCICOLONE – «quello di aver limitato la possibilità di rinnovo alle sole ipotesi in cui la stessa sia espressamente prevista dal bando di gara»²³, nel senso che, mentre in passato tale facoltà trovava la propria fonte direttamente nella legge n. 537/1993 (a prescindere, quindi, dal fatto che la stessa fosse prevista anche dal contratto) oggi, viceversa, eliminata la fonte legislativa, questa potrebbe trovare il proprio fondamento esclusivamente nel contratto medesimo e, prima ancora, nel relativo bando di gara.

Come, del resto, concepire l'esclusione di qualsiasi forma di rinnovo, sia per gli appalti sopra soglia che per quelli sotto soglia comunitaria? Così facendo, si giungerebbe al paradosso di consentire di ricorrere ad istituti analoghi alla rinnovazione per i contratti sopra soglia, per i

21) COMBA, «Il rinnovo senza gara degli appalti di servizi e forniture», in *Urbanistica e appalti*, 2005, 2, 130.

22) Sulle recentissime posizioni della dottrina, si veda in maniera sintetica ed esaustiva, SCICOLONE, «Quale sorte per la proroga ed il rinnovo dei contratti pubblici di fornitura di beni e servizi dopo la legge comunitaria 2004?», in <http://www.giurisprudenza.it>.

23) SCICOLONE, «Quale sorte per la proroga ed il rinnovo dei contratti pubblici di fornitura di beni e servizi dopo la legge comunitaria 2004?», cit.

quali, invece, dovrebbe essere maggiormente sentita l'esigenza del confronto concorrenziale e del rispetto dei principi comunitari di trasparenza e di massima partecipazione, imponendo invece un regime più restrittivo per i contratti sotto soglia comunitaria.

Per ulteriori approfondimenti dottrinali

- BECCATI, «Rinnovo e proroga dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni: la sentenza del Consiglio di Stato n. 9302 del 31.12.2003», in *www.diritto.it*;
- BECCATI, «Appalti pubblici di forniture di beni e servizi: rinnovo, proroga e ripetizione», marzo 2005, in *www.diritto.it*;
- BOLOGNINI, «La "rinnovazione" dei contratti della Pubblica Amministrazione ex art. 44, l. 724 del 1994», in *www.diritto.it*;
- BOTTEON, «Il rinnovo è "post-mortem"?», in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2004, 1, 129;
- BOTTEON, «Procedura negoziata e controllo sulle giustificazioni nel quadro comunitario e nazionale», in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, 4, 545;
- CANULLO, «La distinzione fra trattativa privata e cottimo fiduciario ex art. 5, comma 3, del D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384, nelle procedure volte all'acquisizione di beni e servizi», in *Il nuovo diritto*, 2003, 10, 2, 841;
- COMBA, «Il rinnovo senza gara degli appalti di servizi e forniture», in *Urbanistica e appalti*, 2005, 2, 129;
- DE ROSE, «La trattativa privata nei lavori pubblici: se e quando si può fare», in *Cons. St.*, 2004, 10, pt. 2, 2049;
- DELLA PORTA, «Rinnovo e proroga dei contratti pubblici», in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, 4, 623;
- FALSONE, «L'esecuzione "in economia" con particolare riferimento ai lavori», in *Nuove autonomie*, 2004, 1-2, 225;
- FAVIERE, «Rinnovi dei contratti della p.a.: prime osservazioni sull'ipotesi di abrogazione dell'art. 6, comma 2, della L. 537/93», in *Giustizia amministrativa*, 2004, 2;
- FISCHIONE, «Ambiti di ammissibilità del rinnovo del contratto», in *Giustizia amministrativa*, 2005, 4;
- GATTI, «Evidenza pubblica e rinnovi contrattuali», in *Riv. trim. appalti*, 2004, 3, 657;
- IOVINELLI, «Sul divieto di rinnovo tacito dei contratti delle amministrazioni pubbliche per fornitura di beni e servizi e sulla differenza tra proroga e rinnovo», in *Riv. tributi locali*, 2004, 2;
- LUCE, «Commento all'art. 24 legge 109/1994», Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in *massimario.avlp.it*;
- MASTRANDREA, «L'attività contrattuale di diritto privato delle Aziende sanitarie tra normativa e giurisprudenza: il caso delle forniture di beni e servizi "sotto soglia"», in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- MAURO, «Profili della tutela giurisdizionale dell'impresa non invitata a una trattativa privata previa gara informale», in *Foro amm. - T.A.R.*, 2004, 10, 3159;
- PURCARO, «La proroga dei contratti della Pubblica Amministrazione nella nuova legge comunitaria», in *www.lexitalia.it*, 2005, 4;
- SCICOLONE, «Quale sorte per la proroga ed il rinnovo dei contratti pubblici di fornitura di beni e servizi dopo la legge comunitaria 2004?», in *www.giurisprudenza.it*;
- SPAGNOLO, «Il rinnovo dei contratti di forniture e servizi della pubblica amministrazione», in *Rassegna giuridica*, Provincia di Lecce, 2004, 1, in *www.provincia.le.it/rassegnagiuridica*;
- TERRACCIANO, «Il rinnovo dei contratti di forniture e servizi: l'attuale applicabilità dell'art. 44 della L. n. 724 del 1994», in *http://gestorspa.it*.

LE CONCLUSIONI

La nuova legge comunitaria 2004 è intervenuta con l'art. 23, commi 2 e 3, a modificare la disciplina in materia di proroga dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Il comma 2 disciplina le proroghe dei contratti di acquisto e fornitura di beni e servizi; il successivo comma 3 disciplina le proroghe dei contratti per l'affidamento dei servizi pubblici privi di rilevanza economica:

- *comma 2*: «I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge».
- *comma 3*: «I contratti che hanno ad oggetto lo svolgimento di funzioni e servizi pubblici non ricadenti nell'ambito di applicazione dell'articolo 113 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, in scadenza entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per una sola volta per un periodo di tempo non superiore alla metà della originaria durata contrattuale, a condizione che venga concordata una riduzione del corrispettivo di almeno il 5 per cento. Resta fermo che la durata dei contratti prorogati ai sensi del presente comma in ogni caso non può superare la data del 31 dicembre 2008». L'attuale tenore dell'art. 6, comma 2, legge n. 537/1993 – che riguarda, indifferentemente, sia gli appalti sopra soglia che quelli sotto soglia comunitaria – risulta pertanto essere il seguente: «È vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni 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». L'effetto di tale intervento potrebbe essere – ma le discussioni sono appena cominciate – quello di aver limitato la possibilità di rinnovo alle sole ipotesi in cui la stessa sia espressamente prevista dal bando di gara²⁴.

LA PRATICA

Tenuto conto delle previsioni legislative e delle interpretazioni giurisprudenziali così come sopra esaminate, in concreto le Amministrazioni interessate dalla disposizione in esame assumeranno presumibilmente un atteggiamento necessariamente prudentiale, attivando, per il periodo (massimo) di sei mesi (v., sopra, art. 23, comma 2, legge comunitaria 2004), la “proroga” dei contratti scaduti o in scadenza, per procedere, nel frattempo, alla tempestiva pubblicazione dei bandi per il successivo espletamento delle procedure di gara per l'affidamento dei servizi o delle forniture oggetto dei predetti contratti.

Ciò ovviamente in attesa che la questione circa la praticabilità del rinnovo e della proroga sia oggetto di opportuna valutazione giurisprudenziale o di una ancora più opportuna «rivisitazione» normativa.

²⁴ Occorre peraltro considerare che laddove la norma (D.P.R. n. 384/2001) consente l'affidamento diretto (ad esempio acquisto di beni e servizi in economia di importo inferiore a € 20.000) senza gara, neppure informale, un nuovo affidamento alla scadenza al medesimo soggetto resta sempre un'opzione praticabile: cfr. PURCARO, «La proroga dei contratti della pubblica amministrazione nella nuova legge comunitaria», in <http://www.lexitalia.it>.

1950

1950-1951

1951-1952

1952-1953

1953-1954