

IL RINNOVO DEI CONTRATTI PUBBLICI: facciamo il punto

La questione inerente il rinnovo dei contratti pubblici è una questione piuttosto complessa e, in parte, anche controversa, soprattutto all'esito dell'intervento legislativo realizzato con la legge n. 62 del 2005 (la c.d. legge comunitaria 2004) che ha modificato significativamente il quadro della situazione.

Facciamo il punto.

A) Distinzione tra rinnovo e proroga dei contratti

Al fine di capire di che cosa si tratta quando si parla di rinnovo, ritengo che l'analisi debba necessariamente partire da una distinzione concettuale: la distinzione tra rinnovo e proroga dei contratti pubblici.

Della distinzione tra rinnovo e proroga si è già abbondantemente parlato e si può dire che almeno questo è un argomento pacifico, in quanto generalmente risolto in maniera univoca anche dalla giurisprudenza.

Ebbene, la proroga consiste semplicemente nel prolungare la scadenza del contratto originariamente prevista, mantenendo del tutto immutate le altre clausole; il rinnovo, invece, presuppone una rinegoziazione delle clausole contrattuali.

La distinzione è stata più volte posta in questi termini dalla giurisprudenza.

Da ultimo, anche dal Tar Lazio, Sez. I, con la sentenza n. 1064 del 13.2.2006, già pubblicata per esteso sul sito web www.professioneacqua.it ("*TAR Lazio: la differenza tra proroga e rinnovo di un contratto*", di Sonia Lazzini) e di cui, in questa sede, si riporta un estratto significativo:

"In altri termini, la proroga del contratto determina il solo effetto del differimento del termine di scadenza del rapporto (il quale resta regolato dalla convenzione annessa all'atto di affidamento di un 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: conseguentemente dimostrandosi presente una sostanziale differenza, sia sul piano giuridico-concettuale, che con riferimento alle ricadute effettuali, fra gli istituti della proroga e della rinnovazione del contratto".

Sul piano operativo, il Tar Lazio ha messo in evidenza una ulteriore differenza importante intercorrente tra rinnovo e proroga:

"(...) va rimarcato che l'esercizio della proroga in questione – peraltro connotata da valenza temporalmente astretta – corrisponde a facoltà legittimamente esercitabile dall'Amministrazione, previo svolgimento di apprezzamento avente ampia latitudine discrezionale. Diversamente dalla proroga, è invece la rinnovazione del rapporto (che esclude, per il relativo arco temporale di vigenza, l'indizione di una nuova procedura di selezione) ad abbisognare di un più congruo conforto motivazionale: e ciò in quanto essa deve essere preceduta dall'accertamento, ad opera dell'Amministrazione, circa la sussistenza del pubblico interesse a rinnovare il rapporto con il precedente contraente, mediante l'acquisizione, anche formale, di utili elementi di valutazione comparativa per accertare se è il caso di orientarsi per una scelta diversa o se è il caso di confermare nel pregresso rapporto l'originario interlocutore (sussistendo in tale ultimo caso

l'onere di dare contezza precisa, in base agli utili elementi acquisiti, delle ragioni di convenienza tenute presenti)".

Come dire che la proroga consente un maggior margine di discrezionalità a favore della P.A. e, in ogni caso, non richiede specifiche motivazioni, mentre il rinnovo (ammesso e non concesso che, come in seguito si vedrà, sia ancora consentito) necessita *"di un più congruo conforto motivazionale"*.

B) L'evoluzione legislativa

Fatta la doverosa premessa che precede, in merito alla distinzione concettuale tra rinnovo e proroga dei contratti pubblici, a questo punto sembra opportuno ripercorrere i vari passaggi che hanno portato alla attuale situazione normativa.

I problemi sono sorti da quanto il legislatore è intervenuto con la già citata legge n. 62 del 2005 il cui articolo 23 ha determinato l'abrogazione dell'ultimo periodo dell'art. 6, c. 2, legge n. 537 del 1993 e s.m.i..

In epoca antecedente al predetto intervento legislativo, l'art 6, c. 2, legge n. 537 del 1993, come modificato dall'art. 44, legge n. 724 del 1994, così recitava:

"6. Contratti pubblici.

2. 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. 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".

Pertanto, se, da una parte, tale norma poneva il divieto del rinnovo tacito dei contratti pubblici sanzionando con la nullità i contratti rinnovati in violazione di tale divieto, dall'altra parte, consentiva il rinnovo espresso previo accertamento della sussistenza, ai fini del rinnovo, di *"ragioni di convenienza e di pubblico interesse"*.

Per onor di cronaca occorre ricordare che, successivamente, è intervenuta una ulteriore norma in tema di rinnovo: si tratta dell'art. 27, c. 6, della legge n. 488 del 1999, che prevedeva, in sintesi, la facoltà di rinnovare, nel triennio 2000-2002, i contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione per una sola volta è previa riduzione, a favore di quest'ultima, del prezzo così come stabilito nel contratto originario, perlomeno nella misura del 3%.

Alla luce di tale intervento legislativo, c'è chi ha ritenuto che, successivamente al triennio 2000-2002 (e, quindi, a partire dal 2003), il rinnovo – anche espresso – dei contratti pubblici non sarebbe stato più consentito.

Secondo tale orientamento, il predetto art. 27, c. 6, legge 488/99, avrebbe determinato una abrogazione implicita dell'art. 6, c. 2, legge n. 537/93, così come modificato dall'art. 44, legge n. 724 del 1994; in tal senso, per esempio, si è espresso il Consiglio di Stato con sentenza n. 921 del 2003: *"ormai deve ritenersi implicitamente abrogato per incompatibilità l'art. 44 della L. 724/94 nella parte in cui aveva previsto, alle condizioni ivi stabilite, la facoltà di rinnovare in modo*

espresso i contratti per la fornitura di beni e servizi anche per tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 comma 2 D. Lgs. 29/93”.

Non si è trattato, tuttavia, di un orientamento univoco (in senso contrario a tale orientamento si veda Cons. Stato n. 2079 del 2003).

A ciò si aggiunga che anche la Corte dei Conti ha negato l'abrogazione implicita dell'art. 6, c. 2, legge n. 537/93, così come modificato dall'art. 44, legge n. 724 del 1994, rilevando come l'art. 44 della legge n. 724/94 sia norma di carattere generale rispetto all'art. 27, comma 6, della legge n. 488/99 (Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Calabria, deliberazione n. 10/2003).

Aperta e chiusa la parentesi inerente la valenza dell'art. 27, c. 6, legge n. 488/99, veniamo ora alla c.d. legge comunitaria 2004.

Infatti, come noto, la Commissione Europea ha avviato nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n. 2110/2003, per valutare la compatibilità delle disposizioni di cui all'art. 44, legge n. 724/94, e all'art. 6, legge n. 537/93, rispetto alla normativa comunitaria in tema di appalti pubblici.

La Commissione, da ultimo, così si è espressa: “(...) *Stante un'obiettiva incertezza interpretativa (...) si rende utile l'emanazione di apposita norma (...) che consenta di porre fine alla procedura di infrazione*”.

Ebbene, per porre fine alla procedura di infrazione, il Legislatore italiano ha emanato il più volte citato art. 23, legge n. 62/05 (legge comunitaria 2004) che, al comma 1, così ha disposto: “*L'ultimo periodo dell'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, è soppresso*”.

C) Sopravvivenza o meno dell'istituto del rinnovo dei contratti pubblici successivamente alla legge comunitaria 2004.

La domanda che, a questo punto, occorrerebbe porsi è se, successivamente al predetto intervento legislativo di cui all'art. 23 della legge n. 62/05, nell'Ordinamento Italiano, l'istituto del rinnovo dei contratti pubblici sia stato completamente abolito ovvero se, in qualche modo, sopravviva ancora ed, eventualmente, in quale misura sopravviva.

Ebbene, occorre fin da subito chiarire che c'è chi, a tale domanda, ha risposto in senso negativo e c'è chi, al contrario, ritiene che il rinnovo dei contratti pubblici sia ancora una strada perseguibile.

La tesi negativa

La tesi maggiormente diffusa è quella negativa secondo la quale, a seguito dell'abrogazione compiuta in forza dell'art. 23 della legge comunitaria 2004, l'istituto del rinnovo dei contratti pubblici, non sarebbe sopravvissuto.

In tal senso, per esempio, si è espresso il T.A.R. Napoli con sentenza pronunciata in data 16.11.2005.

Il Giudice Amministrativo, infatti, (i) tenuto conto del contesto nel quale il citato art. 23 è stato emanato (i.e. la legge comunitaria 2004), (ii) tenuto conto che tale disposizione segue la procedura di infrazione mossa dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia proprio in relazione alle

disposizioni -oggi abrogate - di cui all'art. 6, c. 2, legge n. 537/93 e s.m.i., (iii) individuata la *ratio* della norma nella volontà di adeguarsi al monito della Commissione Europea e, quindi, di dare maggiore tutela al “*principio dell'evidenza pubblica (obbligo di gara) in materia di contratti della pubblica amministrazione*”, interpreta la disposizione in esame nel senso di ritenere che essa sia finalizzata ad escludere radicalmente l'istituto del rinnovo dei contratti pubblici.

Si riporta un estratto di tale sentenza:

“In altre parole, se si legge la norma in questione nella sua interezza, non può non rilevarsi il collegamento logico fra le diverse previsioni: da un lato, il comma 1, in attuazione delle richieste della Commissione, elimina le disposizioni inerenti il rinnovo espresso e motivato dei contratti pubblici; dall'altro, i commi 2 e 3 disciplinano contestualmente la proroga eventuale dei contratti stessi, facendo espresso riferimento ai contratti scaduti o in scadenza entro sei mesi, e presupponendo pertanto che il rinnovo non possa più avere luogo neppure per i contratti già scaduti (siano essi già o non ancora rinnovati all'entrata in vigore della legge), che possono soltanto essere prorogati alle condizioni previste.

Tale orientamento, inoltre, trova un ulteriore supporto argomentativo nella ratio legis e nella collocazione della norma all'interno della Legge comunitaria per il 2004, assumendo decisiva rilevanza, al riguardo, la genesi della disposizione considerata.

Infatti, come già osservato in dottrina, la Commissione Europea ha avviato nei confronti dell'Italia apposita procedura di infrazione n. 2110/2003, in quanto le disposizioni dettate dall'art. 44 della legge n. 724/1994 e dall'art. 6 della legge n. 537/1993 “consentirebbero alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e di forniture, che verrebbero così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario...Invero le norme in questione interpretate sistematicamente risultano già abrogate. Le censure mosse ... nondimeno muovono dalla constatazione di pronunce giurisprudenziali e prassi amministrative orientate nel senso di ammettere la vigenza delle norme in questione. Stante un'obiettiva incertezza interpretativa ..si rende utile l'emanazione di apposita norma...che consenta di porre fine alla procedura di infrazione ”.

Ne consegue che l'art. 23 della legge n. 62/2005 costituisce la diretta risposta del legislatore alle censure della Commissione e, per tale motivo, la ratio legis è proprio quella di massimamente tutelare il principio dell'evidenza pubblica (obbligo di gara) in materia di contratti della pubblica amministrazione. Tanto più che i principi e le direttive comunitarie in materia di appalti impongono il rispetto della concorrenza e della par condicio quali principi fondanti della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, e quindi il ricorso alle procedure di evidenza pubblica (gara) nella scelta dei contraenti delle pubbliche amministrazioni, senza che tali principi possano essere elusi attraverso forme (quali, nell'ottica della Commissione Europea, il rinnovo) alternative alla gara”.

Il T.A.R. Napoli conclude non lasciando alcun margine di dubbio sulla sorte dell'istituto del rinnovo:

“Lo scopo della norma del 2005 sembra, così, essere quello di eliminare le fattispecie di rinnovo contrattuale in sé considerato, sia esso tacito o espresso, rendendo 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”.

A favore della tesi negativa si era espresso, ancora prima, il Tar Lecce, con sentenza n. 3929 del 3.8.2005, di cui si riporta un estratto:

“per quanto riguarda il primo profilo, sussiste il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di controversia relativa alla fase di esecuzione di un contratto di appalto di servizi, al quale era stata apposta (vedasi l'art. 20 del Capitolato speciale – doc. n. 4 allegato al ricorso) la clausola del rinnovo triennale, secondo quanto consentito dalla normativa vigente ratione temporis

(la gara risaliva all'anno 2002). Peraltro, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 62/2005, tale facoltà è venuta meno, potendosi far ricorso solo alla proroga – di durata massima semestrale – del contratto, nelle more dell'indizione della nuova gara” (la sottolineatura è nostra).

La tesi positiva

Il ragionamento proposto dal T.A.R. Campania (e dal T.A.R. Lecce) parrebbe non essere contestabile.

Tuttavia, non manca chi ritiene che, anche a seguito dell'intervento legislativo di cui all'art. 23, legge n. 62/05, l'istituto del rinnovo sia ancora applicabile e ciò sulla base di argomentazioni non trascurabili (*“Il rinnovo dei contratti della P.A.: un istituto duro a morire”*, di Dioniso Pantano, in www.lexitalia.it).

Ecco le argomentazioni:

- se, da una parte, l'art. 23 della legge comunitaria 2004 abroga l'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 6, legge 537/93 e s.m.i., dall'altra parte non introduce (come avrebbe potuto fare) un divieto espresso di rinnovo dei contratti pubblici;
- non essendo stato introdotto, nell'ordinamento, un divieto espresso di rinnovo dei contratti pubblici, si potrebbe ipotizzare che persista la facoltà di rinnovo, purché tale facoltà sia esercitata in conformità ai fondamentali principi della libertà di concorrenza, della trasparenza, della efficienza, della economicità e del buon andamento dell'azione amministrativa;
- a conferma della persistenza della facoltà di rinnovo, vi sono norme di fonte comunitaria, tra le quali l'art. 7, c. 2, lett. f), Dlgs. N. 157 del 1995, che consente il ricorso alla trattativa privata con il contraente originario (il rinnovo, del resto, non è altro che una trattativa privata con il contraente originario) 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 ad un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure di cui al comma 3; in questo caso il ricorso alla trattativa privata, ammesso solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, deve essere indicato in occasione del primo appalto e il costo complessivo stimato dei servizi successivi è preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto”*;
- del resto, se non si ammettesse la persistenza della facoltà di rinnovo dei contratti pubblici, non ci si potrebbe spiegare la ragione per la quale il Legislatore, abrogando la norma che consentiva il rinnovo espresso, non abbia, contestualmente, abrogato la norma che vieta il rinnovo tacito; usando le parole del commentatore Dioniso Pantano, tale argomentazione si può così spiegare: *“Ora, sembra perlomeno bizzarro che un ordinamento sancisca la nullità di un minus rispetto al rinnovo espresso, qual è il rinnovo tacito, volendo sancire l'illegittimità anche del rinnovo espresso. In soldoni, non si capisce perché l'ordinamento, pur volendo sancire (secondo la tesi che qui si contesta) l'illegittimità tout court dei rinnovi, si sia occupato di una sottocategoria dell'istituto generale del rinnovo qual è il rinnovo tacito: molto più logicamente avrebbe dovuto prevedere l'illegittimità, sanzionata con la nullità, dei rinnovi espressi. Vietata la fattispecie più ampia, infatti, automaticamente conseguirebbe il divieto della fattispecie meno ampia”*;

In conclusione, secondo la tesi positiva, l'istituto del rinnovo è sopravvissuto alla legge comunitaria 2004, anche se nell'ambito di limiti più ristretti.

Il rinnovo può ancora essere disposto purché ciò avvenga in conformità ai principi di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa, in conformità ai principi di libera concorrenza, di par condicio e di pubblicità, nonché nell'ambito di un periodo di tempo comunque ristretto (gli stessi principi ai quali deve conformarsi il rinnovo così come espressamente consentito dall'art. 7, c. 2, lett. f), Dlgs. N. 157 del 1995).

D) La sorte delle clausole contrattuali che ammettono il rinnovo del contratto.

Come sopra esposto, vi sono argomentazioni utili sia per sostenere che l'istituto del rinnovo, ad oggi, non sia più ammesso, sia per sostenere che, entro certi limiti, il rinnovo sia ancora consentito.

Ciò posto, ove si opti per la tesi secondo la quale i contratti pubblici non possano più essere rinnovati, si pone un ulteriore problema puntualmente affrontato in dottrina ("*Rapporti in corso e rinnovazione nei contratti della P.A.*", di Maria Giulia Roversi Monaco, in www.giustizia-amministrativa.it).

Infatti, all'epoca della vigenza dell'ultimo periodo dell'art. 6, c. 2, legge 537/93 e s.m.i. (che ammetteva il rinnovo espresso), molti contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione erano stati strutturati in modo tale da contenere una clausola che prevedeva la facoltà di rinnovare i contratti medesimi.

La questione che si è venuta a porre è se la legge comunitaria 2004 imponga l'espunzione di tali clausole dai contratti ovvero se tali clausole possano persistere e, quindi, consentire, ancora oggi, il rinnovo dei contratti che le contengono.

Anche in questo caso, vi sono argomentazioni favorevoli all'una e all'altra tesi.

E' possibile sostenere che le clausole inerenti la facoltà di rinnovo già inserite nell'ambito dei contratti non sia travolte dalla nuova disciplina e ciò sulla base di un principio fondamentale dell'ordinamento che trova affermazione in forza dell'art. 11 delle preleggi: il principio della irretroattività della legge, salvo che sia diversamente stabilito.

Orbene, se la legge non può che disporre per l'avvenire, il divieto di rinnovo può riguardare soltanto i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge n. 62/05, mentre i contratti stipulati in epoca antecedente, contenenti clausole che ammettono il rinnovo, potrebbero essere ancora rinnovati.

Tuttavia, vi sono almeno due ragioni per ritenere che le clausole di rinnovo originariamente inserite nei contratti pubblici, per effetto della nuova normativa, debbano soccombere.

Se, infatti, l'abrogazione disposta dall'art. 23, legge n. 62/05, è finalizzata ad adeguarsi al monito della Commissione Europea e, quindi, ad escludere l'istituto del rinnovo in quanto contrario ai principi comunitari, il rinnovo non può essere ammesso neppure per i contratti stipulati antecedentemente a tale abrogazione, ancorché contenenti clausole che ammetterebbero il rinnovo stesso.

Del resto, il citato art. 23, si occupa espressamente anche dei contratti scaduti o scadenti nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge ammettendone, entro certi limiti, la proroga finalizzata a consentire alle Pubbliche Amministrazioni di rinvenire un nuovo contraente attraverso le consuete procedure ad evidenza pubblica (commi 2 e 3).

Non solo. Occorre anche fare i conti con la natura imperativa dell'art. 23.

Visti gli artt. 1339 e 1419, cod. civ., la natura imperativa dell'art. 23 determinerebbe la necessaria caducazione delle clausole contrarie a tale disposizione legislativa e, quindi, delle clausole che ammettono il rinnovo.

La conclusione suggerita in relazione all'ultimo interrogativo posto è la seguente:

“Alla luce di ciò, l'art. 23, comma 1, della legge n. 62/2005, che, abrogando il secondo periodo dell'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993, vieta nella sostanza il rinnovo (anche espresso e motivato) dei rapporti contrattuali, si applica ai contratti in essere al momento della sua entrata in vigore non perché esso abbia portata retroattiva, dal momento che ciò non è espressamente previsto e la norma si rivolge a contratti per i quali il rinnovo deve ancora intervenire, ma perché ha natura imperativa e prevale sulle clausole rispetto ad esso difformi” (in “Rapporti in corso e rinnovazione nei contratti della P.A.”, cit.).

Avv. Lorenzo Bolognini