

**fare**

Federazione delle Associazioni Regionali degli Economi e Provveditori della Sanità

**a.i.e.**



# **IL RINNOVO E LA PROROGA DEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA LEGGE COMUNITARIA 18 APRILE 2005, N. 62**

**Cesarino Panarelli  
Azienda Ospedaliera Carlo Poma di Mantova**



## **IL RINNOVO E LA PROROGA DEI CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA LEGGE COMUNITARIA 18 APRILE 2005, N. 62**

Perché è necessario parlare ancora oggi di Rinnovo e Proroga dei contratti della Pubblica Amministrazione? **Per 3 motivi:**

- 1) La recente entrata in vigore della Legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge Comunitaria 2004), che ha modificato, a far data dal 12 maggio 2005, la disciplina in materia di rinnovo dei contratti per la fornitura di beni e servizi;
- 2) Il dibattito della dottrina e della giurisprudenza sull'ammissione e sui contenuti del rinnovo (sia esso tacito che espresso) e della proroga non è ancora arrivato ad una soluzione definitiva o prevalente, anche in ragione delle incertezze sulla definizione stessa dell'istituto del rinnovo;
- 3) La necessità di analizzare e condividere, attraverso il reciproco confronto, gli strumenti contrattuali e le soluzioni operative a disposizione dei Responsabili della Funzione Acquisti delle Aziende Sanitarie Pubbliche.



## LE PREVIGENTI SCELTE DEL LEGISLATORE

1. L' art. 6, comma 2, della legge 24.12.1993, n. 537 (finanziaria 1994), come sostituito dall'art. 44, comma 1, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 (finanziaria 1995) prevedeva che:

*“E’ 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”*



## 1.1. Il fondamento della norma

La norma è stata introdotta allo scopo di porre fine alla diffusa prassi dei rinnovi taciti della P.A. oppure dei rinnovi espressi ma comunque automatici, e dunque svincolati da qualsiasi accertamento di reali ragioni di convenienza economica. La *ratio* della norma deve essere quindi rinvenuta sia **nell'esigenza di contenimento della spesa pubblica che nella necessità di rispettare le regole di trasparenza e di concorrenza**, ribadendo il principio, sia nazionale che comunitario, secondo cui l'evidenza pubblica deve costituire la regola, mentre il rinnovo doveva rappresentare l'eccezione, seppur motivata alla luce della verifica di specifici parametri. La norma in esame si connota infine per una peculiare valenza sotto il profilo erariale, in relazione al principio di economicità dell'azione amministrativa.



## 1.2 I presupposti per la rinnovabilità del contratto

- a) l'accertamento delle ragioni di pubblico interesse;
- b) l'accertamento delle ragioni di convenienza;
- c) il rispetto del termine di tre mesi dalla scadenza del contratto per definire l'accertamento dei presupposti di cui ai punti a) e b) e la conseguente comunicazione al contraente della volontà di procedere al rinnovo.

Ulteriori presupposti, sottesi alla norma:

- d) l'invarianza dell'oggetto del contratto;
- e) la necessità di idonea motivazione;
- f) il rispetto del limite di durata massima novennale del contratto oggetto di rinnovo;
- g) la volontà del contraente privato di accettare la proposta di rinnovo, al fine di perfezionare la fattispecie contrattuale.



### 1.3 Il rapporto tra disciplina legale e disciplina contrattuale

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 23 della legge n. 62/2005, sussisteva pertanto, accanto al divieto di rinnovo tacito, la **possibilità di procedere al rinnovo espresso e motivato**, alle condizioni indicate dalla legge, cioè **anche in assenza di specifiche clausole di rinnovo all'interno dei contratti**. L'unico presupposto fissato dal Legislatore per addivenire all'eventuale rinnovo era infatti costituito dalla verifica delle sussistenza delle ragioni di convenienza economica e di pubblico interesse, che assumevano quindi natura di condizioni generali, senza bisogno di inserire nei contratti apposite clausole di rinnovabilità.



## 1.4 L'ambito applicativo della norma

- Sotto il profilo **oggettivo** la norma, di stretta interpretazione e, quindi illegittima se adottata al di fuori dei casi consentiti dalla legge, si applica esclusivamente alla fornitura di beni e servizi. Non si applica agli appalti di lavori né agli appalti di durata relativi alla manutenzione ordinaria degli immobili patrimoniali dell'ente;

- Sotto il profilo **soggettivo**, il comma 1 dell'art. 6 della legge 537/1993 e ss. mm. Prescrive che “le disposizioni del presente articolo si applicano alle amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 1, comma 2 del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e ss. mm. ed ii.”.

La norma, richiamata dal primo comma, risulta oggi trasfusa nel T.U. 165/2000.



2. L'abrogato art. 27, comma 6, della legge 23.12.1999, n. 488 (finanziaria 2000)

L'art. 27, comma 6, della legge 23.12.1999, n. 488 (legge finanziaria 2000) aveva stabilito “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”.

Sul rapporto tra la disciplina generale di cui all'art. 6, legge n. 537/1993, e la disciplina speciale introdotta dall'art. 27, l. 488/1999, si è pronunciata la Corte dei Conti (deliberazioni n. 34/2001 e 17/2001), sancendo la specialità della disciplina della norma in esame rispetto a quella generale, che non risulta abrogata, sotto il profilo dell'ambito soggettivo (le sole amministrazioni statali) ed oggettivo (i contratti delle amministrazioni statali scadenti nel triennio 2000/2002) di applicazione.



### 3. Gli interventi della Regione Lombardia in materia di rinnovo:

- Nota della Direzione Generale Sanità del 16.6.2003.

Con tale nota la Regione, facendo espresso richiamo al sistema centralizzato degli acquisti, delineato dall'art. 24, l. n. 27.12.2002, n. 289 (finanziaria 2003) ed alla sentenza del Consiglio di Stato 19.2.2003, n. 921, giunge alla conclusione che lo scenario degli approvvigionamenti delle ASP non è più coerente con il ricorso ai rinnovi o alle proroghe dei contratti. La nota si conclude con la raccomandazione di non ricorrere a livello operativo all'istituto del rinnovo.

- Deliberazione di Giunta n. VII/14049 del 8.8.2003, recante le linee guida regionali per l'adozione dell'atto aziendale. Nell'ambito della disciplina dettata per l'acquisizione di beni e servizi, si dispone che “l'istituto del rinnovo non è più operativo, salvo i casi in cui sia previsto espressamente dagli atti di gara, che ne devono motivare termini e condizioni”;



## NATURA E CARATTERI DELL'ISTITUTO DEL RINNOVO

- Rinnovo e proroga

Secondo i principi generali del diritto civile, nel caso di rinnovo contrattuale le parti procedono alla formalizzazione di un nuovo negozio giuridico, in sostituzione di quello precedentemente in essere e da questo diverso, anche in parte, nel contenuto; nel caso di proroga, manca completamente tale momento rigenerativo della volontà, limitandosi le parti ad un semplice prolungamento nel tempo dei patti e delle condizioni contrattuali già contenute nella stipulazione originaria, che rimangono invariati.



Nella contrattualistica pubblica, secondo la tesi ormai consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza, si distingue tra:

a) “rinnovo”, con il quale si intende una prosecuzione del rapporto contrattuale, a seguito di valutazione di convenienza ed opportunità, a condizione che l’oggetto e le clausole contrattuali rimangano invariate (salve le quantità delle prestazioni ed il prezzo che può essere migliorato a favore dell’ente). In tal modo non può configurarsi né un nuovo affidamento né soluzione di continuità sulla durata del contratto originario, il quale costituirà l’unica fonte negoziale regolatrice del rapporto unitario.

b) “proroga” (o proroga tecnica), con la quale si intende una mera continuazione della durata contrattuale per un breve periodo, agli stessi patti e condizioni, e, generalmente, nella misura strettamente necessaria a garantire la continuità della fornitura di beni o servizi nelle more della definizione di una nuova gara d’appalto (o dell’istruttoria finalizzata al rinnovo vero e proprio). Non è ammessa una proroga del contratto oltre il suddetto limite, tenuto conto che essa si risolverebbe in un vero e proprio rinnovo in violazione dei limiti previsti dall’art. 6 della l. 537/1993.



Secondo la giurisprudenza dominante (C.d.S., sez. V, 31.12.2003, n. 9302) il disposto di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 537/1993, riallacciandosi alla distinzione civilistica, si riferiva al rinnovo del contratto inteso come nuova negoziazione con il medesimo soggetto con il quale si era stipulato il contratto originario ovvero al perfezionarsi di un nuovo accordo negoziale con eventuale modifica delle clausole contrattuali. Con ciò si veniva però a consentire la stipula di nuovi contratti al di fuori delle ipotesi di trattativa privata tassativamente previste dalla normativa nazionale e comunitaria.

Secondo altra significativa giurisprudenza, al contrario, il rinnovo del contratto previsto dall'art. 6 cit. altro non era se non una mera proroga dell'originaria durata, per un ulteriore periodo di tempo, invariate le restanti condizioni contrattuali (C.d.S., sez. III, 4.3.1997, n. 269). Tale indirizzo appariva senza dubbio maggiormente conforme alle normative vigenti, anche se faceva cadere nella sostanza la distinzione fra proroga e rinnovo, distinzione mantenuta nella l. comunitaria 2004.



- Rinnovo e trattativa privata

Anche il tema dell'assimilazione dei due istituti in commento risulta particolarmente controverso sia in dottrina che in giurisprudenza. Trattasi di un problema di particolare rilievo sia da un punto di vista sistematico che sotto un profilo pratico, poiché l'assimilabilità o meno della rinnovazione alla trattativa privata comporterebbe l'estensione alla prima dei requisiti procedurali e sostanziali previsti per la seconda.



Due le correnti di pensiero:

1) l'istituto del rinnovo, sostanziandosi in un riaffidamento al medesimo contraente, viene inquadrato nella più ampia cornice della trattativa privata e, in particolare, della trattativa diretta.

2) sotto altro profilo si evidenzia la profonda diversità tra le due fattispecie, rinvenibile nei presupposti di percorribilità che ne sono a fondamento. La rinnovazione trova il suo fondamento nell'ipotesi di simultanea sussistenza dei presupposti previsti nella fattispecie legale (convenienza economica e pubblico interesse), oggetto di preventiva e motivata valutazione, legittimanti il prolungamento di un contratto precedentemente concluso. La trattativa privata trova legittimazione nella ricorrenza di "ipotesi eccezionali", tassativamente elencate dalla legge e che legittimano, nell'ambito di un procedimento di scelta del privato contraente, in deroga al principio generale dell'evidenza pubblica.



## IL RINNOVO NELLA DISCIPLINA COMUNITARIA

La normativa comunitaria non contiene alcuna disposizione in ordine alla durata dei rapporti contrattuali, mentre disciplina espressamente la possibilità di prolungare il rapporto in essere con l'originario contraente.

Tali fattispecie, assimilabili nella sostanza all'istituto del rinnovo, si rinvengono, per i *servizi*, nell'art 7, comma 2, lett. f) del D. Lgs. n.157/1995 e ss. mm. e, per le *forniture di beni*, nell'art. 9, comma 4, lett. e) del D. Lgs. n. 358/1992 e ss. mm..



## IL RAPPORTO TRA DISCIPLINA NAZIONALE E DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI RINNOVO

Alla luce della più recente dottrina e giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore della legge comunitaria 2004, potevano individuarsi orientamenti diversi, riconducibili a tre posizioni:

- 1) la prima è quella che ammetteva la possibilità di rinnovo ex art. 6, l.n. 537/1993, sia sotto che sopra soglia, in quanto la lettera della norma non limitava l'applicabilità dell'istituto al solo ambito infracomunitario;
- 2) la seconda è quella che negava del tutto la compatibilità dell'istituto del rinnovo, come disciplinato dalla disposizione nazionale, con l'ordinamento comunitario, con conseguente disapplicabilità da parte del giudice nazionale (C.d.S., sez. V, n. 921/2003);
- 3) la terza, intermedia, che ritenendo vigente la norma sul rinnovo, come affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, tentava al contempo di conciliare la sua applicazione con i limiti imposti dalla disciplina comunitaria in materia di trattativa privata.



## LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA SULLA COMPATIBILITÀ DELL'ISTITUTO DEL RINNOVO CON L'ORDINAMENTO VIGENTE PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA COMUNITARIA 2004: LA PREVALENZA DELLA TESI POSITIVA

- La sentenza del Consiglio di Stato , sez. V, 19 febbraio 2003, n. 921, ha affermato l'incompatibilità dell'istituto del rinnovo, ai sensi dell'art. 6, l. n. 537/1993 e ss. mm. ed ii. con l'allora assetto della disciplina sulle modalità di acquisizione di beni e servizi dettate dalle più recenti Leggi finanziarie, con particolare riguardo all'entrata in vigore del sistema centralizzato degli acquisti Consip, di cui all'art. 24, comma 6, legge n. 448/1999 (finanziaria 2000).



In particolare la sentenza in parola, argomentando:

- che per conseguire maggiori risparmi negli acquisti di beni e servizi la P.A., sulla base della normativa intervenuta nel triennio 1999-2001, deve aderire alle convenzioni stipulate dalla Consip SpA o, in alternativa, esperire gare, ad evidenza pubblica, al ribasso sui prezzi Consip;
- che il rinnovo (anche se la pronuncia utilizza il termine proroga) è stato consentito in deroga per un solo biennio (limitatamente ai contratti in scadenza nel periodo 2000-2002) e limitatamente alle amministrazioni statali;

arrivava ad affermare che la fattispecie del rinnovo non risultava allo stato più applicabile.

Solo il TAR Campania ha aderito alla tesi espressa nella citata sentenza 921/2003 ( cfr. TAR Campania Napoli, sez. II, 16.12.2003, n. 15411 e TAR Campania Salerno, sez. I, 6.11.2003, n. 1994)



- La giurisprudenza successiva alla sentenza 921/2003 ha assunto posizioni di tenore nettamente contrario.

La stessa sezione del Consiglio di Stato, con due successive pronunce (n. 916 del 19.2. 2003 e n. 2079 del 17.4.2003) ha ritenuto espressamente vigente la facoltà di rinnovo anche dopo l'entrata a regime del sistema Consip.

Il TAR Lombardia, Brescia, con sentenza n. 1185 del 25.8.2003, pur sottolineandone il carattere eccezionale, ha ritenuto pienamente compatibile con l'ordinamento vigente l'istituto in parola.

La Corte dei Conti - sezione regionale di controllo per la Calabria, con deliberazione n. 10 del 15.5.2003, ha espresso in modo esplicito la non adesione alla sentenza 921/2003.

Infine, il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 9302 del 31.12.2003, ha ulteriormente confermato la vigenza della norma sui contratti.



•Anche la dottrina più autorevole si è discostata dalla pronuncia n. 921/2003 del Consiglio di Stato non condividendone né le argomentazione né le conclusioni.

Sul punto, tra molti, si citano Ugo Montella, “Gli appalti di forniture e di servizi alla luce dell’art. 24 della legge 27 dicembre 2002, n. 289”, in [www.giust.it](http://www.giust.it), n. 5/2003; M. Faviere, M. Gatti “Evidenza pubblica e rinnovi contrattuali”, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 3/200; L. Bellagamba “L’affidamento di forniture e servizi dopo la finanziaria 2004, Rimini, 2004. La Corte dei Conti, con deliberazione n. 26 del 20.6.2003, ha espressamente annoverato il rinnovo tra le modalità alternative esercitabili per l’acquisizione di beni e servizi.

In conclusione, prima dell’entrata in vigore della legge comunitaria 2004, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti consideravano la piena vigenza della normativa generale sul rinnovo di cui all’art. 6, legge 537/1993 e ss. mm. ed ii.



## LA LEGGE COMUNITARIA 2004

L'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62, "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità Europee. Legge Comunitaria 2004 (GU n. 96 del 27/4/2005-Suppl. Ordinario n. 76, in vigore dal 12 maggio 2005), ha modificato la disciplina in materia di rinnovo dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni per la fornitura di beni e servizi.



La norma contiene tre commi che stabiliscono rispettivamente che:

1. L'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, è soppresso.
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.
3. I contratti che hanno ad oggetto lo svolgimento di funzioni e servizi pubblici non ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 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 durata del 31 dicembre 2008.



## IL NUOVO QUADRO NORMATIVO

Dal 12 maggio 2005:

- Rimane in vigore il comma 2, primo e secondo periodo, dell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni: “E’ 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”
- E’ abrogato il comma 2, terzo periodo: “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”



## LA GENESI DELLA LEGGE COMUNITARIA 2004

Le motivazioni della disposizione in commento, ricavabili dalla relazione di accompagnamento alla comunitaria 2004, sono espressamente ricondotte all'esigenza di chiudere una procedura d'infrazione (n. 2110/2003) contro l'Italia instaurata dalla Commissione Europea per lesione del diritto comunitario, ed in particolare per contrasto con i principi della Direttiva 92/50/CE del Consiglio, della Direttiva 93/36/CE del Consiglio, rispettivamente in materia di appalti pubblici di servizi e di forniture e con gli artt. 43 e 49 del Trattato CE, relativi alla libertà di stabilimento ed alla libertà di prestazione dei servizi.



Nella relazione di accompagnamento alla comunitaria 2004 si legge infatti che secondo la Commissione Europea le disposizioni di cui all'art. 6, comma 2, della legge n. 537/93, come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724/1994:

“ (...) consentirebbero alle amministrazioni pubbliche di attribuire in modo diretto e senza alcuna procedura di messa in concorrenza, nuovi appalti di servizi e forniture , che verrebbero così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario (...) Invero le norme in questione interpretate sistematicamente risultano già abrogate (...) Stante un'obiettiva incertezza interpretativa, anche nella giurisprudenza dei giudici superiori, si rende utile l'emanazione di apposita norma interpretativa, che consenta di porre termine alla procedura d'infrazione”.



Ne consegue che l'art. 23 della legge n. 62/2005 rappresenta la risposta diretta del legislatore nazionale alle censure mosse dalla Commissione Europea e che pertanto la ratio della legge non può che essere quella della **tutela dei superiori principi comunitari di trasparenza e concorrenzialità.**

Il legislatore non ha inteso vietare, in maniera assoluta, l'istituto del rinnovo nell'ambito dei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione, ma al contrario ha inteso renderlo compatibile con il diritto comunitario, colpendone, pertanto, unicamente l'applicazione patologica, frutto di una prassi consolidata, che vedeva il ricorso all'istituto in parola in maniera automatica, anche se in forma espressa e non tacita, senza una documentazione concreta e basata su dati di fatto.

Il rinnovo rimane pertanto un istituto ancora ammesso e conforme al diritto comunitario, benchè subordinato ad altre condizioni e presupposti, diversi dalla mera verifica della sola convenienza economica e pubblico interesse.



## IL RINNOVO DEI CONTRATTI NELLA COMUNITARIA 2004

Con la soppressione dell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 6 della l.n. 537/1933 ss. mm. ii., non è stato introdotto un divieto assoluto di rinnovo del contratto. Due sono le ragioni fondamentali a sostegno di tale tesi:

1. La parte abrogata dell'art. 6 si limitava a riconoscere in via generale, anche in mancanza di specifica previsione nel bando e/o negli atti di gara, la facoltà della Pubblica Amministrazione di procedere al rinnovo del contratto. Ne deriva che, dopo l'entrata in vigore della comunitaria 2004, in mancanza di clausole di rinnovo espresso negli atti di gara, non vietate dalla norma in commento né da altre disposizioni, non si potrà più procedere al rinnovo degli appalti di fornitura di beni e servizi;

2. Il residuo frammento normativo del novellato art. 6, l.n. 537/1993 vieta esclusivamente il rinnovo tacito dei contratti. Se ne ricava, a contrario, la piena legittimità del rinnovo espresso.



## L'APPLICABILITA' DELLA COMUNITARIA 2004 AI CONTRATTI IN ESSERE

### a) Elementi a sostegno della non applicabilità ai contratti in essere:

- Ai sensi dell'art. 11 delle preleggi c.c., la legge non dispone che per l'avvenire, non potendo avere efficacia retroattiva, a meno che ciò non sia espressamente previsto, con la conseguente perdurante validità delle clausole di rinnovo contenute nei contratti già in essere al momento dell'entrata in vigore della comunitaria 2004. Tale tesi risulta ulteriormente suffragata dal fatto che la parte soppressa dell'art. 6, l. n. 537/1993, dettava una disciplina dell'istituto del rinnovo di carattere generale, indipendentemente dalla presenza o meno negli atti di gara di clausole espresse di rinnovabilità;
- l'abrogazione dell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 6 della l.n. 537/1933 ss. mm. ii. riguarda unicamente le ipotesi in cui non sia stata espressamente prevista negli atti di gara alcuna clausola di rinnovo, con piena salvezza di tali clausole contenute nei rapporti contrattuali in corso.



b) Elementi a sostegno dell' applicabilità ai contratti in essere:

- la *ratio legis* consiste nel tutelare massimamente il principio dell'evidenza pubblica (obbligo di gara) in materia di contratti della pubblica amministrazione, eliminando le fattispecie di rinnovo contrattuale, sia tacito che espresso, e rendendo comunque necessario l'espletamento di gare ad evidenza pubblica, conformemente ai principi comunitari. La non applicabilità ai contratti in essere, oltre a svuotare la norma in esame di buona parte del suo significato, costituirebbe violazione della *ratio legis* ad essa collegata;

- il comma 2 dell'art. 23 della legge comunitaria 2004 disciplina la sorte dei contratti scaduti o in scadenza nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge. Per quanto concerne i contratti relativi all'acquisto o alla fornitura di beni o servizi viene prevista una proroga, non superiore ai sei mesi, per il tempo necessario alla stipula di nuovi contratti e seguito di gare ad evidenza pubblica. Si esclude pertanto anche per i contratti non ancora scaduti l'ipotesi del rinnovo (possibile al momento della stipula del contratto originario) ammettendo solo una proroga limitata nel tempo.



- la natura imperativa della norma. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419 c.c. la norma di cui all'art. 23, comma 1, della legge n. 62/2005 incide direttamente sui contratti in essere, provocando la caducazione automatica delle clausole con essa contrastanti;
- il riferimento normativo ai “contratti in scadenza” ovvero ai “contratti scaduti” potrebbe essere interpretato, aderendo ad una importante, anche se minoritaria, corrente giurisprudenziale secondo cui il rinnovo si risolverebbe in una tecnica di determinazione della durata del contratto e di riparametrazione delle quantità dei beni e dei servizi da fornire, con riferimento ai contratti scaduti, considerando il termine di scadenza degli stessi come comprensivo anche dell'eventuale periodo di rinnovo. Tale opinione contrasta con la precedente basandosi sul presupposto che l'art. 23, comma 1, della l. n. 62/2005, non comporti la caducazione automatica delle clausole con esso contrastanti.



## LA PROROGA DEI CONTRATTI NELLA COMUNITARIA 2004

La fattispecie considerata dal comma 2 dell'art. 23 della comunitaria 2004 concerne la proroga che determina un differimento della durata del contratto con incremento delle quantità originarie. La disposizione è diretta a consentire l'adeguamento alla norma di cui al 1° comma, introducendo un regime transitorio finalizzato a consentire l'approvvigionamento, senza soluzioni di continuità rispetto al rapporto di fornitura in essere, dei beni o servizi oggetto di contratti scaduti o prossimi alla scadenza e in ordine ai quali non sia stata avviata in tempo utile la gara, essendo possibile, al momento della stipula dei contratti medesimi, il ricorso al rinnovo ai sensi dell'ultima disposizione del secondo comma dell'art. 6 l. n. 537/93, oggi soppressa.



## Altre annotazioni relative alla proroga disciplinata dalla comunitaria 2004:

- si applica sia sopra che sotto soglia comunitaria, non essendo previsti limiti alla misura dell'acquisizione "in regime di proroga";
- è applicabile unicamente ai contratti scaduti o in scadenza, in concomitanza con l'entrata in vigore della l.n. 62/2005. Letteralmente intesa, tale disposizione consentirebbe di prorogare di sei mesi anche i contratti in scadenza sino a sei mesi dopo l'entrata in vigore della legge (quindi complessivamente per un anno);
- i contratti in scadenza dopo i sei mesi dall'entrata in vigore della comunitaria 2004 non sono sottoposti ai limiti di proroga in esame;
- la proroga è ammessa a condizione che la stipula dei nuovi contratti avvenga a seguito di espletamento di gara ad evidenza pubblica. Trattasi ovviamente dell'ipotesi normali, non dovendosi pertanto escludere altre ipotesi di approvvigionamento ammesse dalla legislazione vigente (adesione a contratti aperti, adesione a convenzioni Consip, etc.).



## CONCLUSIONI

In conclusione, alla luce di quanto esposto fino ad ora, è possibile affermare che:

- 1) nessuna delle disposizioni dell'art. 23, comma 1, della legge 62/2005 (e/o del novellato art. 6, l. n. 537/1993) pone, in maniera esplicita, un divieto di rinnovo espresso;
- 2) l'ente pubblico può continuare ad avvalersi della clausola del rinnovo espresso, a condizione che: a) tale clausola sia inserita negli atti di gara; b) ai fini delle determinazione della soglia comunitaria si tenga conto dell'importo complessivo dell'appalto e, quindi, anche dell'importo riferito al periodo di eventuale rinnovo; c) la clausola di rinnovo non si sostanzi in un nuovo affidamento ma in una semplice tecnica di determinazione della durata complessiva del rapporto e di ridefinizione delle quantità di beni o servizi oggetto del contratto affidato con gara pubblica, il tutto entro parametri oggettivi, predeterminati in sede di gara;



3) resta ferma la possibilità di prevedere l'inserimento di clausole di rinnovo che prevedano la prorogabilità del contratto, purchè le stesse siano state oggetto di gara ad evidenza pubblica;

4) il **rinnovo che risulti programmato** come facoltà eventuale negli atti di gara e **calcolato nel valore complessivo dell'appalto** risulta rispettoso dei superiori principi comunitari di libera circolazione di beni e servizi, di trasparenza e di par condicio tra gli operatori economici, in quanti tutti i concorrenti di una procedura ad evidenza pubblica sono informati sin dall'inizio del potenziale sviluppo del rapporto contrattuale;

5) tale clausola di rinnovo risulta infine implicitamente ammessa dall'art 9, comma 1, della nuova direttiva comunitaria unificata 2004/18/CE che, relativamente ai "Metodi di calcolo del valore stimato degli appalti pubblici, degli accordi quadro e dei sistemi dinamici di acquisizione" stabilisce che "il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'Iva, valutato dall'Amministrazione aggiudicatrice. Tale calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovo eventuali del contratto".

**fare**

Federazione delle Associazioni Regionali degli Economi e Provveditori della Sanità

**a.i.e.**



**GRAZIE PER  
LA VOSTRA  
ATTENZIONE**