

**Appalti di servizi – Facoltà di rinnovo contrattuale ai sensi dell’art. 7, comma 2, lett. f) d. lgs. n. 157 del 1995 – Persistenza dopo l’entrata in vigore della legge n. 62 del 2005 (legge comunitaria 2004) – In particolare con riferimento al servizio di brokeraggio ed ai servizi assicurativi – Soluzioni esperibili – Parere.**

L’Amministrazione richiedente si interroga in ordine alla possibilità di procedere al rinnovo dei contratti di appalto di servizi di brokeraggio e dei servizi assicurativi, dopo l’entrata in vigore della legge 18 aprile 2005, n. 62, il cui art. 23 ha soppresso l’ultima parte della disposizione normativa che espressamente contemplava tale facoltà (art. 6, comma secondo, l. n. 537 del 1993 e successive modificazioni).

La questione deve essere affrontata sotto due profili: la portata della nuova normativa, se preclusiva di ogni forma di rinnovo oppure soltanto prescrittiva circa le modalità per procedere al rinnovo; le condizioni per poter procedere al rinnovo, in generale e nel caso concreto.

#### **In ordine alla persistenza della facoltà del rinnovo contrattuale.**

Sotto il primo profilo occorre rilevare che il Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, con “circolare” n. 12 del 13 marzo 2006 ha offerto una lettura molto rigida dell’art. 23 l. n. 62 del 2005, ritenendo che tale disposizione tende comunque ad “impedire l’ulteriore protrarsi della procedura del rinnovo contrattuale”. A sostegno di tale interpretazione la circolare richiama il parere reso dalla prima sezione del Consiglio di Stato 12 ottobre 2005, n. 3260/2005, a mente del quale non si ritiene “sufficientemente supportata una linea interpretativa in favore della tesi di una facoltà riconosciuta all’Amministrazione di pervenire ad un “rinnovo” dei contratti in questione, in particolare avvalendosi della procedura della trattativa privata di cui all’art. 7 del d. lgs. n. 157 del 1995 e senza l’avvio di procedure concorsuali”, ed ammette in tali casi l’aggiudicazione a trattativa privata previa pubblicazione del bando.

L'interpretazione fornita, oltre a non essere vincolante, non pare nemmeno discendere da una interpretazione sistematica della normativa vigente in materia. In primo luogo è noto che una "circolare" non è fonte normativa ma atto amministrativo; in secondo luogo il parere del Consiglio di Stato su cui si fonda è espressione di attività consultiva facoltativa, su richiesta di apposita Amministrazione, e non assume efficacia *erga omnes*, né carattere vincolante. In ogni caso, la stessa circolare ministeriale assume quali principi di riferimento la trasparenza nei procedimenti di acquisizione di beni e servizi e l'economicità delle aggiudicazioni: principi che dovrebbero proprio condurre a giustificare l'ammissione del rinnovo contrattuale, purché sussistano le correlate ragioni di interesse pubblico e gli adempimenti procedurali di cui in seguito.

Sulla questione consta peraltro un unico precedente giurisprudenziale, favorevole alla persistenza della facoltà del rinnovo contrattuale. Si tratta di T.a.r. Lazio, Roma - sez. I bis, sentenza 12 dicembre 2005, n. 13407, pronunciata sul ricorso di un consorzio di cooperative avverso la determinazione adottata dal Ministero della Difesa in ordine alla ritenuta impossibilità di procedere al rinnovo del contratto stipulato con la parte ricorrente (avente ad oggetto il servizio di manovalanza occasionale ed urgente presso Enti e Reparti dell'A.D. ed in scadenza il 31.12.2005), in relazione all'entrata in vigore dell'art. 23, primo comma, della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004".

Nella fattispecie, deve rilevarsi come l'Amministrazione della Difesa avesse affidato l'appalto a seguito di espletamento di procedura ad evidenza pubblica, il cui bando prevedeva espressamente la rinnovabilità annuale del contratto, per un massimo di due anni, nei limiti indicati dall'art. 7, comma 2, lett. f), d.lgs. n. 157 del 1995.

La pronuncia in esame, nel ripercorrere le vicende normative che hanno contraddistinto la disciplina sul rinnovo dei contratti, osserva che "Come noto, con l'art. 6, legge n. 537 del 1993, introdotto il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche

amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, pena la nullità degli stessi atti negoziali, si disponeva, al secondo comma che, entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni potessero accertare la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi”.

La pronuncia assume particolare rilevanza proprio perché tiene già conto della disciplina introdotta dalla legge comunitaria 2004, legge n. 62 del 2005. Si riportano i passaggi della motivazione:

“Il legislatore nazionale è, da ultimo, intervenuto in ordine a quanto disposto in materia di rinnovo contrattuale, con la sopra richiamata legge n. 62 del 2005 - c.d. legge comunitaria 2004 - disponendo, a mente dell'art. 23, 1° comma, la soppressione dell'ultimo periodo dell'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nella parte in cui, appunto era prevista alla facoltà di procedere a rinnovi contrattuali, sia pure sulla base di una valutazione del pubblico interesse”.

Al riguardo la pronuncia afferma che “La norma ... non ha espressamente sancito un divieto generalizzato di ricorrere all'istituto del rinnovo negoziale *tout court*, ma è intervenuta chirurgicamente nell'ambito di pregressa norma finanziaria, elidendone un parte”.

Invero, può ritenersi come un eventuale divieto in tal senso non risulterebbe comunque giustificato, in relazione al principio della piena capacità negoziale di diritto privato della P.A., come ulteriormente rafforzato dalla novella della legge n. 15 del 2005, e all'acquisita e pacifica ammissibilità ordinamentale dei negozi giuridici ripetitivi (in tale direzione si vedano A. MASSARI, *L'ammissibilità del rinnovo “trasparente” dopo la legge comunitaria 2004: la conferma della giurisprudenza*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), 2005; M.G. ROVERSI MONACO, *Rapporti in corso e rinnovazione nei contratti della p.a.*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Secondo il T.a.r. Lazio “La questione (...) è, dunque, se la novella del 2005 abbia, o meno, valenza estensiva in ordine a qualunque ipotesi di rinnovo dei contratti aventi ad

oggetto l'affidamento di servizi pubblici, tenuto anche conto che il legislatore, con disposizione transitoria, ha previsto la possibilità di prorogare per un limitato periodo i contratti in scadenza o già scaduti all'entrata in vigore della stessa disposizione normativa, con contestuale avvio delle nuove procedure di affidamento (cfr art. 23, secondo comma)".

Merita attenzione la ricostruzione sistematica delle ipotesi di rinnovabilità e ripetizione dei contratti alla luce della superiore disciplina comunitaria e delle ragioni sottese all'intervento abrogativo operato dall'art. 23 della l. n. 62 del 2005, individuate nell'esigenza di salvaguardia della libera concorrenza del mercato.

“Ritiene il Collegio, in proposito, che la portata della norma in esame, nella parte in cui espunge dall'ordinamento norma recante la possibilità di rinnovo contrattuale - fermo restando il divieto di rinnovo tacito – non può essere disgiunta dal necessario coordinamento con la normativa di matrice comunitaria di cui al d. lgs. n. 157 del 1995, recante attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”.

“Osserva il Collegio che la *ratio* sottesa alla soppressione operata dall'art. 23, legge 62/2005, in coerenza con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato italiano all'Unione Europea, può rinvenirsi nell'esigenza di salvaguardia di una effettiva esplicazione della libera concorrenza del mercato, attraverso l'eliminazione di un indiscriminato ricorso a procedure derogatorie al principio della gara ad evidenza pubblica, onde scongiurare una prassi generalizzata di attribuzione di pubblici servizi in assenza di uniformità e trasparenza di procedure”.

Può in tal senso essere utile richiamare le motivazioni indicate dalla Commissione europea nella procedura di infrazione a suo tempo avviata rispetto alla disciplina nazionale sul rinnovo, come riportate nella relazione di accompagnamento alla legge comunitaria 2004: “La Commissione europea ha censurato le disposizioni recate dall'articolo 6, comma 2, della legge n. 537 del 1993, come sostituito dall'articolo 44 dalla legge n. 724 del 1994 (procedura di infrazione 2003/2110 *ex art.* 226 Trattato CE). Il citato comma 2, in particolare, pur vietando il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per

la fornitura di beni e servizi, prevede altresì che “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 Commissione europea ha ritenuto che tali disposizioni consentirebbero 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 verrebbero così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario. Si verificherebbe un contrasto con i principi recati dalle direttive 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, e 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, rispettivamente, in materia di appalti pubblici di servizi e di forniture. Inoltre, tale normativa si collocherebbe 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. Invero le norme in questione interpretate sistematicamente risultano di già abrogate (...) Stante un'obiettivo incertezza interpretativa, anche nella giurisprudenza dei giudici superiori, si rende utile l'emanazione di apposita norma interpretativa, che consente di porre termine alla procedura d'infrazione”

Peraltro, ancor prima della novella della legge n. 62 del 2005, la disciplina nazionale sul rinnovo di cui all'abrogato art. 6 l. 537 del 1993 poteva essere oggetto di disapplicazione da parte dell'amministrazione per contrasto con la superiore normativa comunitaria: tutte le direttive sugli appalti, oltre a non prevedere in nessuna ipotesi di affidamento a trattativa privata la fattispecie del riaffidamento del servizio sulla base della sola convenienza economica e del pubblico interesse, stabiliscono, alla fine della elencazione dei casi in cui è ammessa la procedura negoziata, che “in tutti gli altri casi si osservano le procedure aperte o ristrette”. Con la conseguenza che la disciplina di cui all'art. 6 l. n. 537 del 1993 ss.mm. poteva trovare disapplicazione per gli appalti di rilievo comunitario anche prima della legge n. 62 del 2005.

Se, dunque, dal 12 maggio 2005 (data di entrata in vigore della legge comunitaria 2004) non è più possibile rinnovare i contratti solo ed esclusivamente sulla base della convenienza e del pubblico interesse, afferma il collegio come “non può essere

disconosciuto come anche all'interno dello stesso ordinamento comunitario sia pacificamente consentito, sia pure in presenza di determinate condizioni, il ricorso alla trattativa privata, in assenza di previo bando di gara”.

“Viene in considerazione, sotto il delineato profilo, l'art. 7, secondo comma, lett. f), d. lgs n. 157 del 1995, nella parte in cui è previsto che gli appalti ivi contemplati possono essere aggiudicati a trattativa privata, senza preliminarmente pubblicazione di un bando di gara, tra le altre ipotesi, 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 a un progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto conformemente alle procedure ad evidenza pubblica, con ammissibilità del ricorso alla trattativa privata, solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, ove sia espressamente indicato in occasione del primo appalto ed il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto”.

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

“Il ricorso a detto strumento negoziale, siccome espressamente previsto dalla stessa norma nazionale di recepimento di quella comunitaria, non si pone contrasto con i sopra enunciati principi di concorrenza e trasparenza tutte le volte che detta facoltà sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale”.

“... l'aver previsto nel bando di gara prima, e nel vincolo negoziale poi, il ricorso all'istituto del rinnovo del contratto, non pregiudica i sopra enucleati principi, ma anzi si inserisce nello stesso solco della normativa comunitaria, di cui reca applicazione nel nostro ordinamento giuridico il Decreto legislativo n. 157 del 1995”.

“Ed invero, la conoscenza di una tale possibilità in sede di espletamento della competizione concorsuale pone tutti i partecipanti su di un medesimo piano, in quanto tutti egualmente in condizione di tenerne in debito conto in sede di elaborazione dell'offerta”.

Si tratta, dunque, del rinnovo che si potrebbe definire “programmato” e “trasparente”: in tal caso infatti la concorrenza è informata sin dall'inizio dello sviluppo potenziale ulteriore del rapporto contrattuale<sup>1</sup>. La giurisprudenza ha in tal senso attentamente osservato, ancorché con riguardo alla figura della proroga, come in tal caso non vi sia incisione dei principi di trasparenza e di concorrenza “in quanto a tutti i partecipanti alla gara è reso noto che un determinato contratto è esposto ad prolungamento della sua durata e, quindi, tutti possono tenerne conto ai fini della partecipazione alla gara e della formulazione delle proprie offerte” (Consiglio di Stato, sez. V 11 maggio 2004, n. 2961).

Può inoltre osservarsi come l'ammissibilità del rinnovo conforme al diritto comunitario, dovrebbe essere affermata non solo nella forma della “ripetizione dei servizi analoghi” ma come facoltà generalizzata, applicabile quindi anche alle forniture, sempre se espressamente prevista nel bando di gara e computata nel valore complessivo dell'appalto, e nel limite massimo di durata novennale dei contratti passivi ex art. 12 R.D. 2440/1923.

---

<sup>1</sup> Con riferimento alla disciplina previgente, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2003 n. 921; Id., 8 luglio 2002 n. 3795, secondo i quali “L'art. 44 l. n. 724 del 1994 subordina la facoltà di procedere al rinnovo del contratto in scadenza alla condizione che l'amministrazione e, indirettamente, la collettività ne possano trarre uno specifico vantaggio, consistente nella rinegoziazione delle condizioni economiche del rapporto contrattuale in corso, che configura una adeguata contropartita per la rinuncia a cercare soluzioni più convenienti mediante un ampliamento della platea degli offerenti”.

L'art. 9 della nuova direttiva 2004/18, con riguardo 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. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di rinnovi eventuali del contratto”. E, ancora, nell'allegato VII A alla direttiva, relativo alle “Informazioni che devono figurare nei bandi e negli avvisi di appalti pubblici” si trova inoltre riportato:

a) per gli appalti pubblici di forniture: “Quantità dei prodotti da fornire, specificando eventuali opzioni per ulteriori commesse e, se noto, il calendario provvisorio dell'esercizio di tali opzioni e il numero di eventuali rinnovi del contratto...”;

b) per gli appalti di servizi: “Quantità dei servizi da prestare. Specificare eventuali opzioni per ulteriori commesse e, se noto, il calendario provvisorio dell'esercizio di tali opzioni e il numero di eventuali rinnovi del contratto...”.

Convincente è altresì l'argomentazione del Tribunale Amministrativo per la quale “Sotto altro aspetto, la stessa stazione appaltante, che pure potrebbe prevedere in sede di gara l'affidamento di un servizio pluriennale, riservandosi, invece, la facoltà di un rinnovo, ha la possibilità di raggiungere un arco temporale più lungo attraverso fasi successive, all'inizio di ognuna delle quali conserva, peraltro, la potestà di verificare la persistenza di un pubblico interesse all'espletamento del servizio, ovvero, di verificarne l'adeguatezza alle esigenze poste a base dell'affidamento”.

Anche tra i commentatori si è affermata la legittimità del rinnovo o della proroga quale “tecnica di determinazione della durata del contratto” mediante la previsione, accanto alla durata certa, della facoltà di ulteriore prosecuzione del rapporto contrattuale, beninteso nel limite novennale di durata dei contratti che comportano una spesa ordinaria ai sensi dell'art. 12, comma 2, R.D. n. 2440 del 1923: “Del resto, se si ammettesse, come si dovrebbe, che la Stazione Appaltante nel bandire una gara possa stabilire una certa durata,



piuttosto lunga, di un appalto di fornitura o servizi, non si vede perché dovrebbe precludersi alla stessa di raggiungere quell'obiettivo temporale complessivo, articolando la durata in due fasi, di cui la prima sia certa e la seconda subordinata all'opzione sul rinnovo (accettata dall'appaltatore), da esercitarsi all'esito di verifiche sulla qualità del servizio/fornitura resi..." (cfr. G. FISCHIONE, *Ambiti di ammissibilità del rinnovo dei contratti*, in *Giust. amm.*, n. 4/2004).

Con riferimento specifico ai fatti in controversia, e alla previsione della facoltà di rinnovabilità del contratto prevista espressamente nel bando con richiamo espresso dell'art. 7, comma 2, lett. f), D. lgs. n. 157 del 1995, il collegio ha altresì affermato che l'aggiudicazione dell'appalto, avvenuta previo esperimento di gara comunitaria, "si è concretizzata sulla base della presentazione di offerte calibrate anche in vista di un possibile rinnovo delle prestazioni allo stesso connesse, potendo le imprese partecipanti, ivi compresa l'aggiudicataria odierna ricorrente, ragionevolmente confidare nel rinnovo del contratto, ove ricorrenti le ragioni di pubblico interesse alla base della facoltà del rinnovo stesso".

In ultima analisi, la norma di cui all'art. 23 della legge n. 62 del 2005 "non ha intaccato - né avrebbe potuto - la piena espansività del complesso di norme di rango comunitario in materia di affidamento di pubblici servizi, con la conseguenza che il Ministero della Difesa ha erroneamente ritenuto applicabile al caso che ne occupa la novella del 2005, non potendo la stessa essere considerata preclusiva dell'esercizio del potere di procedere al rinnovo del contratto di appalto de quo, già attribuito alla parte ricorrente a seguito di espletamento di procedura ad evidenza pubblica, in virtù del ricorso dell'istituto della trattativa privata secondo quanto disciplinato con il più volte richiamato art. 7, II comma, lett. f), d. lgs. n. 157 del 1995".

Sulla base di tali considerazioni, il T.a.r. Lazio ha pertanto annullato il provvedimento ministeriale di diniego del rinnovo, "siccome basato su erroneo presupposto di diritto". Con la conseguenza che l'amministrazione dovrà eventualmente motivare il mancato esercizio della facoltà *ex art. 7, c. 2, lett. f) d. lgs. n. 157 del 1995*, sulla base di

valutazioni di merito connesse alla carenza di pubblico interesse (inopportunità, per ragioni tecniche od economiche, della prosecuzione del rapporto contrattuale con l'originario contraente).

Concludendo in termini generali, anche alla luce dell'unico precedente giurisprudenziale, può ritenersi che dopo l'entrata in vigore della legge comunitaria 2004:

Il rinnovo tacito continua ad essere vietato: l'art. 6, c. 2, primo periodo, tuttora in vigore recita "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";

Il rinnovo solo sulla base di convenienza economica e del pubblico interesse non è più consentito, in quanto mancante, dopo l'intervento abrogativo dell'art. 23 l. 62 del 2005, il supporto normativo che autorizzava la deroga al generale obbligo ordinamentale della gara ad evidenza pubblica;

Il rinnovo trasparente, conforme alla disciplina comunitaria, deve ritenersi ammissibile, come ribadito alla condizione che si tratti di facoltà programmata *ab origine* negli atti di gara, e che il valore complessivo dell'appalto (al fine di verificare il superamento o meno della soglia) comprenda anche l'importo presunto riferito al periodo di rinnovo. In tale ambito dovrebbe ritenersi ammissibile sia la fattispecie della ripetizione dei servizi analoghi, sia l'ulteriore ipotesi del rinnovo (e della proroga) degli appalti di servizi e forniture, quale tecnica di determinazione della durata dei contratti, come ricavabile in via sistematica dalla disciplina delle direttive comunitarie.

### **I singoli requisiti per l'ammissibilità del rinnovo contrattuale.**

Ciò premesso e dunque acclarata la possibilità di procedere al rinnovo contrattuale soltanto nel rispetto dei precisi limiti indicati, occorre verificare se essi ricorrano nel caso di specie.

Nel caso di specie si distinguono i seguenti procedimenti di aggiudicazione contrattuale:

1) Servizio di assistenza e gestione dei contratti assicurativi, nonché assistenza e consulenza per eventuali coperture da attivare per il periodo 31.12.2003-31.12.2006: il bando prevede l'aggiudicazione mediante trattativa privata e prevede che alla scadenza del periodo originario la stazione appaltante "verificata la qualità dei servizi svolti ed accertata la sussistenza delle ragioni di convenienza e di interesse pubblico, si riserva la facoltà di procedere al rinnovo del contratto". Di seguito, per comodità espositiva, tale procedimento verrà indicato "Broker";

2) Servizi assicurativi categoria 6 lett. a) CPC ex 814 All. 1 d. lgs. n. 157 del 1995, da aggiudicarsi per lotti (codice gara S/ASS 05/2003): il bando prevede l'aggiudicazione mediante procedura negoziata. Nelle allegate indicazioni sui contenuti contrattuali, alla voce "durata dell'assicurazione" si prevede la scadenza automatica del contratto al 31.12.2006, "tuttavia il Contraente, espletato l'accertamento della sussistenza delle ragioni di convenienza e di pubblico interesse, ha facoltà di proseguire il rapporto contrattuale previa rinegoziazione del corrispettivo ex art. 11 comma 3, lett. f), Dir. Cee 92/50 e art. 7, comma 2, lett. f) d. lgs. n. 157 del 1995, manifestandolo con comunicazione scritta da inviarsi alla Società entro il 90° giorno precedente la scadenza stabilita (...)" (così la clausola relativa alla copertura assicurativa all risks Lotto I di cui si dispone). All'esito di tale procedura sono stati aggiudicati solo i lotti V, VI, VII e VIII (in particolare per i lotti I, II e IV non era pervenuta nessuna offerta): per i lotti non aggiudicati con decreto dirigenziale n. 5031 del 18 novembre 2003 è stato autorizzato l'esperimento di trattativa privata ai sensi dell'art. 7, comma 2, lett. d), d. lgs. n. 157 del 1995 ("impellente urgenza", senza previa pubblicazione del bando);

3) Per i lotti I (All risk) e II (Rc verso terzi e dipendenti) di cui al punto precedente si è proceduto a trattativa privata senza bando : il lotto I è stato aggiudicato con D.D. n. 5645 del 22 dicembre 2003; il lotto II è stato aggiudicato in seguito all'esame delle offerte delle due imprese selezionate dal broker con D.D. n.

5714 del 30 dicembre 2003, rinnovando il contratto con l'impresa originaria per il periodo di un anno;

4) Con D.D. n. 3965 del 12 luglio 2004 è stato approvato il nuovo "schema di polizza" per la copertura assicurativa della responsabilità civile; è stata conseguentemente bandita l'aggiudicazione con procedura negoziata del servizio assicurativo RC, corrispondente al vecchio lotto II di cui ai punti 2 e 3 e per la responsabilità amministrativa, per il periodo 31 dicembre 2004 – 31 dicembre 2006 (D.D. 30 luglio 2004, n. 4371). L'allegato II al bando, recante schema di polizza RC verso terzi, all'art. 11 recita: "Il presente contratto ha durata di 24 mesi e si intende automaticamente disdettato alla sua naturale scadenza senza obbligo di comunicazione inviata dalle parti. Tuttavia il Contraente, espletato l'accertamento della sussistenza delle ragioni di convenienza e di pubblico interesse, ha facoltà di proseguire il rapporto contrattuale previa rinegoziazione del corrispettivo ex art. 11 comma 3, lett. f), Dir. Cee 92/50 e art. 7, comma 2, lett. f) d. lgs. n. 157 del 1995, manifestandolo con comunicazione scritta da inviarsi alla Società entro il 90° giorno precedente la scadenza stabilita (...)". Con D.D. n. 6604 del 20 dicembre 2004 è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ricostruite le vicende contrattuali per cui è questione, si può procedere a valutare distintamente la sussistenza dei requisiti per procedere al rinnovo.

1) Il Servizio "Broker", in scadenza al 31 dicembre 2006, è stato aggiudicato con procedura negoziata preceduta da bando e con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel bando, come si è visto, era riportata la clausola in ordine alla possibilità di rinnovo, così soddisfacendo il requisito della "trasparenza" e della "programmazione". È tuttavia noto che lo stesso art. 7, secondo comma, lett. f), d. lgs. n. 157 del 1995 ammette il rinnovo contrattuale soltanto qualora il contratto originario sia stato aggiudicato in seguito a procedura aperta o ristretta (giusto il rinvio all'art. 6, primo comma, lett. a), b) e c) dello stesso decreto) : la disposizione è peraltro sostanzialmente ripresa dall'art. 31 della Direttiva comunitaria 2004/18. Si tratta conseguentemente di verificare se nel caso di

specie, a dispetto della qualificazione formale assunta dalla stessa stazione appaltante, la procedura di aggiudicazione sia per contro stata condotta con le garanzie partecipative della procedura ristretta, in particolare della licitazione privata. La licitazione privata è una procedura “ristretta” articolata in due momenti distinti:

a) richieste di partecipazione (in seguito a bando) da parte delle imprese concorrenti che vengono esaminate dalla Stazione appaltante in seduta riservata; la stessa approva, quindi, l'elenco delle ditte da invitare alla gara a mezzo di specifica “lettera d'invito”;

b) presentazione delle offerte economiche ed eventualmente tecniche nel caso la gara sia aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa. L'esame delle offerte economiche avviene in seduta pubblica.

Si tratta di una unica procedura concorsuale, ancorché articolata in due subprocedimenti selettivi (per tutte Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1267; Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 880; Id., 18 settembre 2003, n. 5309).

La differenza rispetto alla procedura negoziata, anche preceduta da bando, risiede dunque nella prima fase del procedimento: nella licitazione chiunque abbia interesse può presentare offerta; nella trattativa privata è la stessa Amministrazione aggiudicatrice a scegliere direttamente quali soggetti invitare al confronto.

Nel caso di specie la procedura selettiva risulta chiaramente disciplinata dal bando: “In una prima fase si procederà alla selezione in base ai requisiti del presente bando e del documento “Prescrizioni per la presentazione della domanda di partecipazione”; in una seconda fase si procederà all'individuazione dei broker con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base dei parametri indicati nel presente bando”. La stessa lettera del bando evidenzia senza alcun dubbio che qualunque soggetto in possesso dei requisiti previsti del bando avrebbe potuto trasmettere domanda di partecipazione alla procedura selettiva. Lo scrivente non dispone dei verbali della Commissione aggiudicatrice, ma il rispetto della procedura prevista dalla *lex specialis*

equivale all'adozione della procedura ristretta, ove appunto si riscontri la sussistenza di una prima fase aperta a chiunque abbia i requisiti previsti dal bando e di una seconda fase ristretta ai soli candidati invitati.

Vale del resto per tutta l'attività amministrativa il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, oggi codificato anche dalla legge n. 15 del 2005, e che la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto con specifico riguardo all'attività contrattuale (Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188; Id., 12 maggio 1987, n. 286; T.a.r. Lombardia, sez. III, 20 dicembre 2005, n. 5633 sulla concessione di pubblico servizio), sicché la auto-qualificazione in termini di procedura "negoziata" non assume *ex se* rilievo preclusivo al rinnovo, ove sussistano le condizioni sostanziali illustrate.

In ragione di tali considerazioni, riguardo al servizio "Broker" sarà possibile procedere al rinnovo solo alle seguenti condizioni:

- il ricorso alla trattativa privata, ammesso solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, oltre ad essere indicato in occasione del primo appalto (come nel caso in esame) impone che il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato "preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto". La giurisprudenza ha chiarito che si deve effettuare fin dall'inizio della procedura una "stima previsionale complessiva dei servizi da affidare, compreso il costo dei servizi successivi per la determinazione del valore globale dell'appalto" (T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I, 25 marzo 2005, n. 2108; T.a.r. Lazio, Sez. II *ter*, n. 7763 del 2004; T.a.r. Lecce, n. 833 del 2004; T.r.g.a. Bolzano, n. 399 del 2003);
- la originaria procedura di aggiudicazione deve essere identificabile quale procedura ristretta – licitazione privata, alla luce delle caratteristiche essenziali sopra illustrate;
- l'Amministrazione deve motivare puntualmente le ragioni di interesse pubblico e di convenienza addotte a sostegno del rinnovo contrattuale.

2 - 3) Si deve operare una distinzione riguardo ai servizi assicurativi di cui ai punti 2 e 3, con particolare riferimento ai lotti non aggiudicati all'esito della procedura negoziata con bando. Le procedure di cui ai lotti I, II e III sono andate deserte, così legittimando la stazione appaltante a procedere a trattativa privata senza bando. Al riguardo è necessario ricordare che per pacifica giurisprudenza la procedura negoziata assume natura autonoma e completamente distinta rispetto alla gara deserta o infruttuosa, attesa, come nel caso di specie, la necessità dell'avvio di un nuovo procedimento nel quale si svolge interamente rinnovata l'attività di scelta del contraente (Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3360; T.a.r. Sardegna, I, 23 dicembre 2005, n. 2445; T.a.r. Emilia Romagna, II, 2 dicembre 2003 n. 2570; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 14 giugno 2004, n. 5630). Di conseguenza i contratti per i servizi di cui ai lotti I e II aggiudicati in diverse date e con diversa durata all'esito di tale procedura selettiva non possono comunque essere rinnovati, in ragione della procedura selettiva originaria, che non assurge alla qualificazione di procedura ristretta, ma di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

4) Si è evidenziato che il contratto di cui al lotto II era stato aggiudicato per la durata di un solo anno. In vista della scadenza, con riferimento ai correlati servizi assicurativi e con riferimento alla copertura per la responsabilità amministrativa l'Amministrazione richiedente ha pubblicato un nuovo bando in data 30 luglio 2004 (del cui testo lo scrivente non dispone) prevedendo l'aggiudicazione con procedura negoziata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Dalla documentazione in possesso (provvedimento di aggiudicazione) si evince che la selezione è avvenuta, sotto il profilo tecnico, analizzando le proposte di varianti allo "schema di polizza" predisposto dalla Stazione appaltante. Orbene, anche in tal caso, come per il servizio "Broker" di cui al punto 1), si tratta di comprendere se la selezione possa rientrare nel novero delle procedure ristrette, in ragione delle garanzie partecipative alla selezione effettivamente prestate dall'Amministrazione aggiudicatrice. Di per sé, come noto, la possibilità di introdurre soluzioni tecniche alternative (nella specie varianti allo schema di polizza) rientra nelle caratteristiche tipiche della licitazione privata allorché questa sia esperita con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2000, n.

5666; T.a.r. Toscana, II, 27 novembre 2003, n. 6047), semmai potendo sconfinare nel sistema dell'appalto-concorso, che è sempre procedura ristretta.

Sgombrato il campo da tale questione, anche in questo caso bisogna ricordare che mentre nella licitazione chiunque abbia interesse può presentare offerta, nella trattativa privata è la stessa Amministrazione aggiudicatrice a scegliere direttamente quali soggetti invitare al confronto. Assume dunque rilievo dirimente la ricostruzione del procedimento selettivo: solo la sussistenza di una prima fase di preselezione aperta può permettere di qualificare il sistema di scelta del contraente quale procedura ristretta, così integrando il primo requisito per poter procedere al rinnovo contrattuale. La previa selezione delle imprese da invitare affidata al broker in seguito ad indagine di mercato non pare soddisfare tali requisiti, atteso che si tratta comunque di fase antecedente alla procedura negoziata. Come è stato rilevato in giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2001 n. 1881), la trattativa privata è uno strumento di negoziazione che può svolgersi a mezzo di un mero sondaggio di mercato oppure ricorrendo ad una gara ufficiosa: il primo è preordinato esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, e cioè quali sono i potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la seconda, invece, oltre ad essere strumento di conoscenza, implica anche una valutazione comparativa delle offerte, e di per sé comporta che, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione all'atto delle diramazione delle "lettere invito", l'Amministrazione sia comunque tenuta al rispetto dei principi insiti nel concetto stesso di gara, vale a dire quelli di trasparenza e *par condicio*. "Quando l'Amministrazione, per la scelta di un appaltatore, effettui un invito plurimo alla presentazione di offerte, del quale le imprese invitate vengono poste reciprocamente a conoscenza, si è in presenza di una gara e l'Amministrazione indicente è tenuta al rispetto delle regole e dei principi generali in materia di procedure concorsuali, e segnatamente al rispetto delle regole di valutazione prefissate, della contestualità della presentazione delle offerte, della pubblicità dell'apertura delle medesime, nonché dei canoni di logicità ed imparzialità dell'agire amministrativo e di parità di condizioni tra i concorrenti, di tal che non è sufficiente la denominazione di trattativa privata attribuita ad una gara perché l'Amministrazione si possa sottrarre all'osservanza delle regole sulle gare stesse" (Consiglio



di Stato, sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1726; Id., sez. V, 20 agosto 1996, n. 937; T.a.r. Piemonte, sez. II, 5 novembre 2001, n. 2031). E, ancora, sotto lo specifico profilo dell'obbligo di procedere all'apertura delle offerte in seduta pubblica: "Si manifesta irrilevante l'argomentazione per cui, trattandosi di una trattativa privata, non è assolutamente necessario che le operazioni di apertura delle offerte si svolgano in seduta pubblica; infatti, ci si trova pur sempre nell'ambito di un procedimento di evidenza pubblica di scelta del contraente rispetto al quale non possono ritenersi estranee le esigenze di trasparenza e *par condicio*. Inoltre, il principio di pubblicità delle sedute trova immediata applicazione indipendentemente da una sua espressa previsione nell'ambito della *lex specialis* di gara, atteso che costituisce una regola generale riconducibile direttamente ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., trovando di conseguenza immediata e piena cittadinanza in quella azione amministrativa specificamente volta alla scelta del miglior contraente" (T.a.r. Lombardia, Milano, 26 luglio 2004, n. 3179). Sicché la selezione dei soggetti da invitare con indagine di mercato e la seduta pubblica per la valutazione economica sono elementi propri della procedura negoziata.

Solo ove si riesca a superare la questione della riconducibilità della originaria procedura di scelta del contraente tra le procedure ristrette e dunque dimostrata la sussistenza di una prima fase selettiva aperta (in ragione della documentazione di gara), si può procedere ad esaminare se esistono gli altri requisiti per poter procedere al rinnovo contrattuale, cioè:

- il ricorso alla trattativa privata, ammesso solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale, oltre ad essere indicato in occasione del primo appalto (come nel caso in esame) impone che il costo complessivo stimato dei servizi successivi sia stato "preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto" (requisito specificato al punto 1);
- l'Amministrazione deve motivare puntualmente le ragioni di interesse pubblico e di convenienza addotte a sostegno del rinnovo contrattuale.