

IN TEMA DI RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI IN LUOGO DELL'AVVIO DELLA NUOVA GARA

1. Deroga alla procedura di affidamento tramite evidenza pubblica¹

Nell'ordinamento giuridico vige il divieto di proroga e rinnovo dei contratti pubblici sancito dalla norma di cui all'art. 106 d. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 in conformità ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza anche in virtù del fatto che ogni vantaggio economico derivante dall'erogazione di denaro pubblico deve seguire una procedura ad evidenza pubblica.

La differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico consiste nel fatto che il primo determina una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la proroga, invece, ha come effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

L'utilizzo improprio degli istituti della proroga o del rinnovo costituisce un'illegittima fattispecie di affidamento senza gara².

In materia di rinnovo dei contratti pubblici di appalto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che non vi sia *“spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica”*³.

Anche l'Anac che, nella Delibera n. 184 del 3 marzo 2021, ha affermato che la proroga ed il rinnovo si traducono in fattispecie di affidamento senza gara con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento enunciati dall'art. 30, comma 1 del d. lgs. 50/2016⁴.

Il D. Lgs., 30 maggio 2008 n. 115, emanato in attuazione della Direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici, all'art. 2, lett. a) dell'Allegato II definisce il contratto servizio energia come quello *“che nell'osservanza dei requisiti e delle prestazioni di cui al paragrafo 4 disciplina*

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Alessandra Ciccarelli Università di Camerino

² Anche la Legge 18 aprile 2005, n. 62 recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004”, all'art. 23 recita testualmente: “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 Cons. Stato, 20 agosto 2013 n. 4192

⁴ Ancora prima Anac, Delibera n. 304 del 1.4.2020.

l'erogazione dei beni e servizi necessari alla gestione ottimale ed al miglioramento del processo di trasformazione e di utilizzo dell'energia".

Ebbene, tale tipologia di contratto è soggetta ad una disciplina speciale, derogatoria rispetto alla stessa procedura di evidenza pubblica nonché rispetto all'ordinaria durata dei relativi contratti.

Lo stesso Consiglio di Stato, con pronunce costanti, ha chiarito che *"l'art. 6, comma 2, si inserisce in una normativa che mira alla tutela dell'ambiente ed al miglioramento dell'efficienza negli usi finali dell'energia; la sua ratio ha dunque carattere ambientale, ed è legata all'opportunità di conseguire un più rapido adeguamento dei servizi energia ai sopravvenuti parametri di efficienza energetica, senza attendere la naturale scadenza dei contratti e consentendone la rinegoziazione anticipata, incentivandola mediante l'allungamento della durata, con possibilità quindi di spalmare su un periodo più lungo i corrispettivi a fronte degli investimenti necessari per far fronte agli interventi volti al conseguimento dell'efficienza energetica"*⁵.

Ha inoltre allontanato ogni dubbio in merito alla eventuale inapplicabilità – *ratione temporis* – della suddetta disciplina alla rinegoziazione per via della possibile carenza delle caratteristiche ivi previste, affermando che *" l'art. 16, comma 4, del d.lgs. 115/2008, nel prevedere che tra i contratti che possono essere "proposti" nell'ambito della fornitura di un servizio energetico rientra il contratto di servizio energia di cui all'art. 1, comma 1, lett. p), del d.P.R. 412/1993, "rispondente" a quanto stabilito nell'allegato II, riguarda la tipologia ed i contenuti dei nuovi contratti da stipulare, e non impedisce quindi che la rinegoziazione si applichi anche ad un contratto rientrante nella tipologia secondo la normativa pregressa, in vigore al momento della stipula, e con contenuti ad essa rispondenti"*⁶.

Sulla base di quanto sopra, utilizzando le parole del Consiglio di Stato in una recente sentenza, ne deriva che la disposizione di cui all'art. 6, comma 2 avrebbe carattere speciale *"come tale di stretta interpretazione, se non addirittura eccezionale, siccome derogatoria rispetto alla regola generale, nazionale ed europea, di individuazione del contraente dell'amministrazione mediante procedimento di gara, tanto al fine di realizzare un quanto più sollecito adeguamento degli impianti energetici per finalità di tutela ambientale, anticipando tale azione rispetto alla naturale scadenza dei rapporti contrattuali in essere"*⁷.

2. L'onere motivazionale in capo all'amministrazione

⁵ Cons. Stato, 15 aprile 2016, n. 1532.

⁶ Aggiungendo, altresì, che "i requisiti previsti dall'Allegato II che il contratto servizio energia deve rispettare, riguardano logicamente i contratti futuri, e la circostanza che tra i requisiti vi sia che il contratto "faccia esplicito e vincolante riferimento al presente atto" non significa che i contratti precedenti non possano essere considerati contratti di servizio energia, ai fini della rinegoziazione, ma soltanto che dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 115/2008 il contenuto dei contratti di servizio energia deve univocamente riferirsi alle previsioni della normativa ed in particolare dell'Allegato II, in modo da consentire la possibilità di rinegoziazione (per introdurre contenuti migliorativi) solo ai contratti che risultano stipulati in aderenza alle previsioni di legge pro-tempore vigenti (ed abbiano quindi, dal punto di vista dell'efficienza energetica, un contenuto legittimo).

⁷ Consiglio di Stato, 3 dicembre 2018, n. 6944. Conforme Cons. Stato, 10 novembre 2020 n. 6911

Accertato dunque che la scelta di ricorrere alla rinegoziazione del contratto pubblico possa essere, in astratto, ritenuta legittima e meritevole di tutela, è assolutamente necessario, con riferimento alla fattispecie concreta, che la singola amministrazione dia conto, in maniera chiara e puntuale, dei significativi miglioramenti in termini di efficienza energetica e di risparmi a seguito di un'approfondita istruttoria.

Il rischio infatti è quello che potenziali competitori dell'impresa affidataria nel settore dei servizi energetici possano impugnare la deliberazione avente ad oggetto la rinegoziazione del contratto, con conseguente domanda di risarcimento danni.

Ne deriva la necessità di una congrua, adeguata e puntuale motivazione in merito alla scelta di procedere alla rinegoziazione del contratto trattandosi di eccezione al principio generale garantito dalla procedura ad evidenza pubblica.

L'amministrazione, perciò, è tenuta a rendere conto del percorso valutativo attraverso il quale è giunta alla decisione di rinegoziare il contratto in luogo dell'avvio di una nuova gara. Ciò vuol dire che la motivazione contenuta in una eventuale delibera dovrà dare conto dei vantaggi in termini di risparmio energetico, di efficientamento e di tutela ambientale derivanti dalla rinegoziazione, da analizzare in comparazione con le possibili soluzioni alternative⁸.

Nello specifico, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che la motivazione del provvedimento deve esplicitare una compiuta valutazione in merito a:

- l'opportunità della proroga/rinegoziazione;
- la convenienza delle tariffe che saranno applicate;
- la congruità o meno del termine di durata del contratto rispetto all'effettiva entità degli interventi previsti;
- la comparazione rispetto ad eventuali soluzioni alternative⁹.

Si aggiunge che il rinnovo del contratto deve essere preceduto altresì *“dall'accertamento, ad opera dell'Amministrazione, della sussistenza del pubblico interesse a rinnovare il rapporto con il precedente contraente, mediante l'acquisizione di utili elementi di valutazione comparativa per accertare se sia il caso di orientarsi per una scelta diversa, ovvero, se sia il caso di confermare nel pregresso rapporto l'originario interlocutore (sussistendo in tale ultima ipotesi l'onere di dare puntuale contezza, in base agli utili elementi acquisiti, delle ragioni di convenienza al riguardo tenute presenti)”*¹⁰.

⁸ Cons. Stato, 2 marzo 2021, n. 1774

⁹ Tar Venezia, 16 gennaio 2017 n. 94.

¹⁰ Tar Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2006, n. 1062.

3. Natura giuridica della rinegoziazione e termine di durata del contratto

L'ulteriore domanda che ci si pone riguarda la natura giuridica della rinegoziazione per poter discernere se si tratti di modifica al contratto già in corso di esecuzione ovvero di costituzione di un nuovo rapporto contrattuale.

A tal proposito la giurisprudenza ha avuto modo di spiegare che la previsione di cui all'allegato II, punto 6, comma 2, lett. b) del d.lgs. 115 del 2008 prevede e consente la proroga della durata contrattuale soltanto qualora, nella vigenza del contratto, le parti concordino l'esecuzione di nuove e/o ulteriori prestazioni, dando luogo ad una ipotesi di novazione oggettiva¹¹.

Proprio il riferimento all'istituto della novazione oggettiva porta a concludere nel senso che la rinegoziazione contrattuale tra l'amministrazione e l'impresa aggiudicataria determinerebbe, senza dubbio, la costituzione di un nuovo rapporto integralmente sostitutivo del precedente che dunque viene estinto, con conseguente necessità della richiesta, da parte dell'amministrazione, di un nuovo CIG visto che i casi di rinnovo del contratto non rientrano tra quelli che consentono il mantenimento del CIG già esistente".

Ciò influisce anche sulla determinazione del termine di durata che non potrà in alcun modo sommarsi a quello di scadenza del contratto in essere bensì decorrerà *ex novo* dalla sottoscrizione del nuovo contratto.

Ovviamente, all'interno della motivazione, sarà necessario evidenziare la congruità del termine che dovrà essere strettamente ancorata al raggiungimento degli obiettivi del miglioramento in termini di efficienza energetica e di risparmi per l'amministrazione.

In ogni caso, all'interno della convenzione dovranno essere previste specifiche facoltà di recesso ovvero rimedi contrattuali che consentano all'amministrazione di risolvere il vincolo contrattuale al sopraggiungere di condizioni economiche migliorative derivanti da convenzioni Consip successivamente alla stipula della convenzione in oggetto (D.L. 6 luglio 2012 n. 95, art. 1 comma 13).

¹¹ Consiglio Stato, 29 maggio 2018 n. 3230.