

**Le nuove direttive appalti e la disciplina
dell'in house providing
Giuseppe Franco Ferrari**

In house providing, rinnovi e proroghe

1. L'espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della Pubblica Amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquistare un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato¹: l'*in house* rappresenta il tentativo di conciliare il principio di auto-organizzazione amministrativa (che trova corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale), con i principi di tutela della concorrenza e del mercato².

L'*in house providing* costituisce una parte rilevante del fenomeno delle Società Pubbliche. Più precisamente, per la particolarità della disciplina che le caratterizza, le società *in house* possono essere definite “*società ad evidenza pubblica*”³.

¹ G. Urbano, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

² R. Giovagnoli, *Gli affidamenti in house tra le lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustizia-amministrativa.it

³ F. Cintioli, *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2014, I, p. 7; Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283.

Esse, come ogni altro tipo di società, sono soggette al diritto comune e dunque alle disposizioni dettate dal codice civile⁴, ma, in quanto *species* del *genus* “società pubbliche”, sono rette anche da un regime particolare⁵. Si pensi, ad esempio, alla responsabilità erariale degli amministratori per i danni subiti dai soggetti pubblici partecipanti al capitale sociale, alla previsioni di vincoli all’oggetto sociale, derivanti dalla necessità che l’attività prevalente della Società (nella misura dell’80 %, secondo le nuove direttive nn. 2014/24/UE, 2014/23/UE e 2014/25/UE) sia svolta in favore del soggetto controllante, nonché alla composizione della compagine societaria, essendo imposto il requisito della totale partecipazione pubblica (con ammissibilità, come da ultimo previsto dalle direttive del 2014, di una apertura al capitale privato, purché sia connotata dall’assenza di poteri di influenza sulla gestione della Società, e su cui più diffusamente *infra*).

Nonostante la centralità della tematica, l’*in house providing* non trova (quanto meno sino alle direttive del 2014) disciplina positiva, qualificandosi piuttosto quale istituto di produzione giurisprudenziale (soprattutto comunitaria) a partire dalla sentenza Teckal⁶, che si è preoccupata di dettare le condizioni necessarie affinché si possa legittimamente derogare alla gara pubblica, ed identificandole in due capisaldi, ossia:

⁴ Art. 4, comma 13, d.l. 95/2012 (l. conv. 135/2012), a mente del quale “*le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*”.

⁵ C. Volpe, *L’affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell’istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, n. 3/2014.

⁶ Sentenza 18 novembre 1999, Causa c-107/98, Teckal s.r.l. contro Comune di Viano e Azienda Gas – Acqua consorziale (AGAC) di Reggio Emilia

- i. l'esercizio da parte dell'ente committente, sul soggetto affidatario, di un “*controllo analogo*” a quello esercitato sui propri servizi;
- ii. la necessità che il soggetto affidatario realizzi la **parte più importante della propria attività con l'ente committente** (o gli enti, se sono più di uno) che lo controlla.

2. L'individuazione del preciso contenuto semantico dell'espressione “*controllo analogo*” è stata oggetto di plurimi pronunciamenti della Corte di Giustizia.

Già nella sentenza Teckal la Corte fornisce una prima definizione di “controllo analogo” quale “*rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione [...] che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione*”.

Tale conclusione è ribadita anche nella sentenza Stadt Halle⁷ - oltre che nella sentenza 13 ottobre 2005, causa n. c-458/03 (c.d. Parking Brixen) – con la quale viene affermato un ulteriore principio fondamentale (che, sino alle direttive del 2014, ha costituito un caposaldo dell'*in house providing*), ossia la necessaria partecipazione pubblica totalitaria al capitale della società affidataria: la presenza (pure minoritaria) di un'impresa privata nel capitale esclude in ogni caso che l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto a sua volta in possesso di

⁷ Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna

partecipazione azionaria, possa esercitare sulla società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi⁸.

Sul requisito del controllo analogo la giurisprudenza comunitaria è intervenuta poi a più riprese, chiarendo che la sola partecipazione pubblica totalitaria, per quanto necessaria, non poteva comunque ritenersi sufficiente a garantire la ricorrenza del requisito *de quo*⁹, occorrendo strumenti di controllo da parte dell'ente molto più pregnanti rispetto a quelli previsti dal diritto civile e tali da concentrare nelle mani dell'ente socio la gestione della società, con radicale ridimensionamento dei poteri del Consiglio di Amministrazione.

L'*in house* dunque, nella ricostruzione fornita dalla giurisprudenza, esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante, il quale è nella posizione di determinarne le scelte, essendo l'impresa assoggettata all'influenza dominante dell'ente socio¹⁰.

La società *in house* deve quindi qualificarsi come *longa manus* dell'Amministrazione aggiudicatrice: la prima si qualifica come soggetto giuridico distinto dalla seconda sul piano formale, ma non anche alla stregua di una valutazione sostanziale, attenta all'effettiva capacità decisionale; proprio l'assenza di terzietà del soggetto affidatario rispetto al soggetto affidante e, dunque, la possibilità di considerare il primo quale parte integrante e prolungamento del secondo, valgono a

⁸ C. Volpe, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. un caso di convergenze parallele?*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁹ Sentenza 11 maggio 2006, Causa C-340/04, Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP

¹⁰ C. Volpe, in op. cit.

giustificare il mancato ricorso all'evidenza pubblica in cui si sostanzia il modulo dell'*in house providing*¹¹.

Perché tale giudizio di unitarietà possa essere positivamente formulato è però necessario – ha aggiunto la giurisprudenza comunitaria¹² - che vi sia affinità di intenti perseguiti, e affinché tale affinità ricorra occorre che la struttura societaria sia integralmente partecipata dall'ente pubblico, essendo viceversa sufficiente che ci sia un privato anche in quota minoritaria perché la Società possa deviare dal perseguimento dell'interesse pubblico del socio di maggioranza (elidendo il presupposto legittimante il regime derogatorio ai principi dell'evidenza pubblica).

Se dunque la totale concentrazione in mano pubblica del capitale non costituisce elemento sufficiente, a giudizio degli interpreti, a garantire la configurabilità di un'ipotesi di *in house* (dovendo ricorrere anche i sopra richiamati presupposti di penetrante ingerenza nella gestione della Società, da valutarsi alla stregua delle previsioni statutarie), esso costituisce sicuramente un presupposto a ciò necessario.

Ecco quindi che torna di centrale rilevanza la tematica della concentrazione in mano pubblica del capitale.

L'orientamento della Corte è stato fatto proprio, in termini altrettanto rigorosi, dalla giurisprudenza nazionale. Tra le altre merita, in particolare, di essere citata la sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 1/2008, che opera una precisa ricostruzione del panorama giurisprudenziale comunitario e ne recepisce e conferma pedissequamente i contenuti.

¹¹ R. Garofoli, *L'affidamento diretto a società in house e a società a capitale misto: ricognizione degli indirizzi sul tappeto*, in www.neldiritto.it

¹² Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna

E' nel panorama appena descritto che si inseriscono le direttive 2014/24/UE nei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali) – che sostituiscono le direttive 2004/18/CE 2004/17/CE – e 2014/23/UE¹³ sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, pubblicate in GUCE in data 28 marzo 2014.

Le direttive forniscono, per la prima volta, la disciplina positiva dell'*in house providing*, definendone i presupposti ed individuando anche parametri oggettivi cui ancorare, nel concreto, la verifica di ricorrenza di un modello di gestione *in house*, stabilendo che l'appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato può essere sottratto alle regole dell'evidenza pubblica ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui si tratta un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui si tratta; e
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei

¹³ Il riferimento normativo è all'art. 12 della direttiva appalti (2014/24/UE), all'art. 28 della direttiva settori speciali (2014/25/UE) e all'art. 17 della direttiva concessioni (2014/23/UE)

trattati, e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Le direttive precisano altresì quando possa ritenersi che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, richiedendo che la stessa sia titolare di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Con le direttive del 2014 il Legislatore traduce dunque in norme le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria, confermando, *in primis*, il requisito del controllo analogo.

La concentrazione della totalità del capitale in mano pubblica costituisce, si è detto, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia, il presupposto indispensabile affinché siffatta influenza possa in concreto esplicarsi.

Tale principio non è superato nemmeno dalle innovative direttive del 2014, che continuano a richiedere la partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale, pur introducendo una sostanziale novità: è ammessa la compatibilità con il modulo dell'*in house providing* della presenza di capitale privato, purché operata con modalità tali da escludere che il socio privato possa esercitare un'influenza dominante sulla persona giuridica affidataria.

La portata innovativa è evidente, essendo per tale via demolito il totem della concentrazione in mano pubblica del capitale sociale quale requisito assolutamente necessario – anche se non sufficiente – perché possa parlarsi di *in house providing*, anche se la stessa connotazione in

via derogatoria dell'ipotesi di presenza di capitale privato, assoggettata peraltro a vincoli stringenti – sono ammesse solo forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, con esclusione di ipotesi di influenza determinante sulla persona giuridica controllata – porta comunque a confermare che la totale partecipazione pubblica costituisce la regola aurea dell'*in house*, anche se non più assistita dai connotati di imprescindibilità che le erano stati assegnati dalla giurisprudenza ormai consolidata.

Fondamentale, quindi, è la valutazione, da operarsi in concreto, della dinamica societaria, che deve comunque essere nel suo complesso idonea a garantire che la gestione della società affidataria sia nella piena ed esclusiva disponibilità del socio pubblico, così da garantire quel rapporto di “delegazione interorganica” che, solo, può giustificare il superamento delle regole dell'evidenza pubblica, che continuano a costituire la via ordinaria di affidamento dei contratti della P.A., come confermato dalla circostanza che la stessa disciplina dell'*in house* è configurata espressamente dalle direttive in chiave derogatoria.

Particolarmente significativo al riguardo è infatti il primo comma dell'art. 12, dir. 2014/24/UE sui settori ordinari (ma di identico tenore sono, altresì, l'art. 28 della direttiva settori speciali n. 2014/25/UE e l'art. 17 della direttiva concessioni b. 2014/23/UE), il quale così dispone: *“Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni [...]”*.

Per quanto quindi la portata dell'innovazione delle direttive sia meno dirompente rispetto a quanto a prima vista appaia, presentando accanto all'elemento di certa discontinuità, anche evidenze della volontà di conservare e confermare i capisaldi dell'*in house providing*, essa ha suscitato l'interesse degli interpreti – nonché, ovviamente, degli operatori del settore –, che si sono interrogati sulla possibilità di dare immediata applicazione alle novità introdotte dal Legislatore comunitario.

Parte della giurisprudenza ha affermato l'impossibilità di procedere in tal senso, evidenziando come le direttive non siano ancora state recepite dagli Stati membri¹⁴ (e il termine per provvedervi – fissato al 17 aprile 2016 – non sia spirato) e debbano ritenersi prive del carattere dell'immediata esecutività, con conseguente conferma dell'esigenza che si prosegua a dare applicazione all'orientamento che interpreta in termini assoluti il requisito della totale concentrazione in mano pubblica del capitale della società *in house*, tanto da ritenere censurabile anche la partecipazione non solo minoritaria, ma altresì in via indiretta (ossa di secondo grado) di capitale privato (Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 4 dicembre 2014, n. 629).

Di segno opposto è, però, un recente parere del Consiglio di Stato in sede consultiva, il quale, in ordine alla prescrizione innovativa dettata dal sopra richiamato art. 12, paragrafo 1, lett. c), dir. 2014/24/CE, ha affermato che *“come è noto, la direttiva 2014/24 non è stata ancora recepita, essendo ancora in corso il termine per il relativo incombente, e tuttavia essa appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da*

¹⁴ Il ddl di recepimento è attualmente all'esame della Commissione Lavori Pubblici del Senato.

presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione. Non vi è dubbio quindi che nel caso in esame, se non vi è addirittura un'applicazione immediata del tipo "self executing", non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'U.E." (sezione II, parere n. 298/2015).

Di minore impatto e quindi anche di più ridotta difficoltà ermeneutica e applicativa, ma certo di apprezzabile contributo a definire con maggiore certezza i contorni dell'*in house providing*, è anche la scelta del Legislatore comunitario di codificare con le direttive del 2014 anche il c.d. *in house* frazionato o pluripartecipato, delineando le modalità attraverso le quali anche le Amministrazioni che detengano quote di minoranza possano ritenersi titolari del controllo analogo sull'affidatario. Più in particolare, è richiesto a tali fini che 1) gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, con la precisazione che singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; 2) tali amministrazioni aggiudicatrici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e 3) la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti (riproponendosi quindi in via espressa la necessità, già evidenziata dalla giurisprudenza, della concordanza dei fini).

La disciplina positiva sostanzialmente ricalca le indicazioni della giurisprudenza, che già in passato aveva trattato la questione del controllo analogo in presenza di azionariato pubblico diffuso.

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sezione III, con la sentenza 29 novembre 2012, pronunciata nelle cause riunite C-182/11 Econord SpA contro Comune di Cagno e Comune di Varese e C-183/11 Econord S.p.A. contro Comune di Solbiate e Comune di Varese, aveva risposto alla questione sollevata dal Consiglio di Stato affermando il seguente principio: *“Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta”*.

3. Ulteriore requisito per il legittimo ricorso all'*in house providing*, si è visto, è costituito dalla c.d. attività prevalente, che si sostanzia nella necessità che l'affidatario svolga la più parte della propria attività in favore dell'ente che lo controlla.

Già la giurisprudenza comunitaria¹⁵ aveva fornito i parametri di valutazione della sussistenza del requisito in esame, precisando come a tale fine occorresse tenere in considerazione tutte le attività svolte dall'affidatario, a prescindere da chi in concreto le remunerasse (se l'amministrazione aggiudicatrice o il fruitore finale della prestazione), e a nulla rilevando l'ambito territoriale in cui esse venivano svolte (sul punto, occorre però evidenziare come, per quanto sia ritenuto influente ai fini della determinazione della sussistenza del requisito dell'attività prevalente sapere su quale territorio siano erogate le prestazioni, non di meno la giurisprudenza riteneva necessario che lo sviluppo dei servizi affidati *in house* si svolgesse nell'ambito territoriale di riferimento dell'ente locale socio, in quanto, in difetto, non sarebbe stato possibile ipotizzarsi la ricorrenza del controllo analogo¹⁶).

A giudizio degli interpreti, quindi, il requisito dell'attività prevalente poteva essere predicato sia nel caso di prestazioni svolte nei confronti dell'ente controllante, sia nel caso di prestazioni svolte per conto dello stesso, nello svolgimento diretto da parte dell'aggiudicatario delle attività istituzionali dell'ente pubblico¹⁷.

La medesima giurisprudenza aveva anche chiarito che nell'ipotesi in cui diversi enti detenessero un'impresa, poteva dirsi integrato il requisito anche qualora tale impresa svolgesse la parte più importante della propria attività con tali enti complessivamente considerati¹⁸.

Nel tentativo di fornire parametri di riferimento, gli interpreti avevano individuato nel fatturato il dato oggettivo su cui concentrare le

¹⁵ Sentenza dell'11 maggio 2006 - causa C-340/04, Carbotermo SpA e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA.

¹⁶ Sentenza del 10 settembre 2009 – causa C-573/07, Sea Srl contro Comune di Ponte Nossa

¹⁷ R. Garofoli, in *op. cit.*

¹⁸ C. Volpe, in *op. cit.*

valutazioni sul requisito dell'attività, con l'importante precisazione – in linea con la tendenza sostanzialistica assunta dalla giurisprudenza nel valutare i requisiti dell'*in house* – che il fatturato determinante fosse rappresentato da quello che l'impresa in questione realizzava in virtù delle decisioni dell'ente controllante (ivi compreso, dunque, quello ottenuto con gli utenti, in attuazione di tali decisioni)¹⁹, e che, più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale, necessitasse un giudizio pragmatico nel caso concreto fondato non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, doveva anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato²⁰.

Sino alle direttive del 2014 è spettato quindi agli interpreti fornire i riferimenti per il giudizio di prevalenza.

Oggi è normativamente previsto che tale condizione è da ritenersi soddisfatta ove oltre l'80% dell'attività del soggetto affidatario *in house* sia effettuata nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'Amministrazione affidante, da verificarsi ponendo mente al fatturato medio totale dell'affidatario o, comunque, ad un'inidonea misura alternativa dell'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica affidataria o dall'amministrazione aggiudicatrice nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto.

¹⁹ Sentenza dell'11 maggio 2006 - causa C-340/04, Carbotermo SpA e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA.

²⁰ Consiglio di Giustizia Amministrativa Siciliana, 4 settembre 2007, n. 719

Le direttive precisano poi che, se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività dell'affidatario o dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, ad integrare il requisito è sufficiente la dimostrazione, in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

E' interessante evidenziare come il Legislatore comunitario abbia scelto un parametro numerico per definire il requisito dell'attività prevalente, ponendosi in qualche modo in controtendenza rispetto alle indicazioni della giurisprudenza che da sempre pone l'accento sul concreto atteggiarsi dell'attività, rispetto all'esigenza che sia garantito il requisito del rapporto "organico" tra l'affidatario e la P.A. affidante.

4. Il ricorso al modulo gestorio della Società *in house* costituisce dunque – con ogni evidenza – una fattispecie, se non eccezionale, certamente derogatoria all'ordinario e pacifico principio della selezione del contraente mediante gara.

Nella stessa ottica possono essere analizzati altri due strumenti di gestione del contratto di appalto, ossia la proroga e il rinnovo dell'affidamento.

Secondo la distinzione tradizionalmente individuata dalla giurisprudenza, la proroga del contratto sposta in avanti il solo termine di scadenza del rapporto, mentre il rinnovo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio

dell'autonomia negoziale (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 20 gennaio 2015, n. 159).

Il provvedimento amministrativo che disponga la proroga dell'affidamento di un servizio (o di un lavoro, o di una fornitura), così come la firma del contratto di proroga, deve quindi intervenire prima della scadenza del contratto originario.

Ora, la giurisprudenza in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto ha assunto una posizione di principio piuttosto chiara, evidenziando l'assenza di spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in relazione alla normativa inderogabile stabilita dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, *“in quanto vige il principio 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”* (C. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192).

Tale statuizione di principio non ha però impedito, ferma restando l'affermazione del ricorso all'evidenza pubblica quale strumento ordinario di selezione del contraente, di dare ingresso anche ad ipotesi di proroga dei contratti dell'Amministrazione, seppur in presenza di ben precisi e tassativi presupposti.

A sostegno della legittimità della proroga di contratti di appalto, il Giudice amministrativo²¹ ha posto la necessità che vi sia espressa previsione nella *lex specialis* della possibilità di procedere alla proroga del rapporto, nonché che l'esercizio di siffatta facoltà sia accompagnato

²¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 24 novembre 2011, n. 6194; sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192; sez. III, 8 luglio 2013, n. 3580.

dall'assunzione di puntuale motivazione da parte dell'Amministrazione, che dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale dell'evidenza pubblica.

Con la sentenza della Terza Sezione del Consiglio di Stato n. 3580/2013, i giudici evidenziano come il principio di concorrenza, più di ogni altro, garantisca la scelta del miglior contraente, sia sotto il profilo della qualificazione tecnica dell'operatore, sia della convenienza economica del contratto, ma che, allorché la possibilità della "proroga" contrattuale sia resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno possa formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente sarebbe riscontrabile, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui l'amministrazione avesse operato, *ab initio*, una scelta "secca" per la più lunga durata del contratto.

I Giudici aggiungono, inoltre, che la soluzione di operare un frazionamento della durata del contratto (con riserva espressa di optare per il suo prolungamento eventuale, nei termini anzidetti) meglio risponderebbe all'interesse pubblico, poiché consentirebbe di rivalutare la convenienza del rapporto dopo un primo periodo di attività, alla scadenza contrattuale, sulla base dei risultati ottenuti, senza un vincolo di lungo periodo, ed eventualmente, se ritenuta non conveniente la prosecuzione del rapporto, lascerebbe libera l'Amministrazione di reperire sul mercato condizioni migliori.

Nell'affrontare la diversa tematica della possibilità per la P.A. di rinnovare in via diretta il rapporto contrattuale con l'affidatario scelto con gara, occorre in primo luogo considerare il disposto dell'art. 23, l. 18 aprile 2005, n. 62, Legge Comunitaria 2004, con il quale, allo scopo di ottenere l'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria avente ad oggetto la previsione normativa nazionale della facoltà di procedere al rinnovo espresso dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ritenuta incompatibile con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati nel Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici, è stata disposta la soppressione dell'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, l. 537/1993, che, nella sua lettera originaria, così disponeva: *“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”*.

Prima dell'intervento demolitorio del 2005 era dunque vietato espressamente il rinnovo tacito dei contratti, pur essendo consentito – se preceduto da puntuali valutazioni di convenienza e corrispondenza all'interesse pubblico – il rinnovo espresso del rapporto contrattuale.

Gli interpreti hanno assegnato alla modificazione introdotta con la legge 62/2005 valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell'ordinamento, assumendo sin da subito posizioni estremamente intransigenti (tra le altre, C. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6459), e qualificando l'intervento in questione come evidentemente volto a precludere non solo il rinnovo tacito (già vietato *expressis verbis*), ma altresì il rinnovo espresso dei contratti della P.A. (si veda, altresì, C. Stato, sezione V, 8 luglio 2008, n. 3391).

Una parziale apertura – limitata, invero, al caso di appalti di servizi – all'ipotesi di rinnovo espresso (e motivato) del contratto potrebbe però venire dall'art. 57, d. lgs. 163/2006, che, se al comma 7 espressamente reitera il divieto di tacita rinnovazione dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, sanzionando con la nullità i sinallagmi stipulati in violazione del predetto divieto, con la previsione del quinto comma ammette il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nel caso di appalti per nuovi servizi “*consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta, e con la precisazione che il ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentito solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario*”.

Tuttavia, deve osservarsi che, a stretto rigore, l'articolo è deputato a disciplinare l'ipotesi di un nuovo affidamento in via negoziata, e non il

vero e proprio rinnovo in senso stretto (il quale ha una connotazione giuridica propria e distinta).

Inoltre, come rilevato, si tratterebbe di una deroga al regime dell'evidenza pubblica e alla necessità di farvi ricorso alla scadenza del contratto originario (come da ultimo riaffermato dal Consiglio di Stato con la citata sentenza 4192/2013) limitata al solo caso dell'appalto di servizi, e quindi non dotata di forza sufficiente a consentire di ritenere superabili le obiezioni mosse dagli interpreti, a seguito della Legge comunitaria del 2004, circa la possibilità di ritenere ancora ammissibile nel nostro ordinamento ipotesi di rinnovo (anche espresso) del contratto di appalto.