

Alla Consip e altri

AG 33/13

16 maggio 2013

Oggetto : istanza di parere di Consip S.p.a. - proroga di quattro contratti quadro aventi ad oggetto la ripetizione di servizi analoghi a quelli oggetto di altrettanti contratti quadro aggiudicati con procedura ad evidenza pubblica

In relazione all'istanza di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta straordinaria del 16 maggio 2013, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con istanza dell'08/04/2013, acquisita al prot. gen. AVCP n. 35270 del 09/04/2013, Consip S.p.a. (d'ora in poi anche l'istante) ha chiesto a questa Autorità un parere circa la compatibilità con la disciplina del Codice dei contratti pubblici di una eventuale proroga, fino a 24 mesi, di quattro contratti quadro (c.d. Contratti Quadro di Ripetizione OPA) stipulati in data 25 maggio 2009 e con scadenza il 25 maggio 2013, aventi ad oggetto la ripetizione di servizi analoghi a quelli già oggetto dei Contratti quadro, conclusi il 25 maggio 2006, con i quattro operatori economici risultati aggiudicatari della procedura ad evidenza pubblica bandita nel 2005 per l'affidamento dei servizi di connettività, interoperabilità di base e sicurezza, nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività SPC di cui al D.lgs. 7 maggio 2005, n. 82. In alternativa all'ipotesi della proroga, l'istante ipotizza una procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c), del D.lgs. 163/2006 per l'affidamento, nella misura strettamente necessaria, dei medesimi servizi agli operatori economici già prestatori degli stessi, in forza dei precedenti Contratti Quadro di Ripetizione OPA, precisando che - in entrambi i casi - procederebbe alla pubblicazione di una nuova gara, con procedura aperta o ristretta, per l'affidamento a regime dei servizi de quibus.

Riferisce in particolare il richiedente che l'art. 83 del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale (di seguito, anche CAD), stabilisce che "Al fine della realizzazione del SPC, DigitPA a livello nazionale e le regioni nell'ambito del proprio territorio, per soddisfare esigenze di coordinamento, qualificata competenza e indipendenza di giudizio, nonché per garantire la fruizione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di elevati livelli di disponibilità dei servizi e delle stesse condizioni contrattuali proposte dal miglior offerente, nonché una maggiore affidabilità complessiva del sistema, promuovendo, altresì, lo sviluppo della concorrenza e assicurando la presenza di più fornitori qualificati, stipulano, espletando specifiche procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei contraenti, nel rispetto delle vigenti norme in materia, uno o più contratti-quadro con più fornitori per i servizi di cui all'articolo 77, con cui i fornitori si impegnano a contrarre con le singole amministrazioni alle condizioni ivi stabilite".

In ossequio a questa normativa, in data 25 maggio 2006 il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (di seguito, anche CNIPA) - poi divenuto DigitPA a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 1° dicembre 2009, n. 177, le cui funzioni, a seguito della soppressione disposta con D.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134, sono state trasferite all'Agenzia per l'Italia Digitale (di seguito anche Agenzia) - stipulava quattro contratti quadro (di seguito, anche Contratti/Quadro OPA) con i rispettivi fornitori, aggiudicatari della gara a licitazione privata per l'affidamento dei servizi di connettività, interoperabilità di base e sicurezza, nell'ambito del Sistema Pubblico di Connettività (di seguito, anche SPC o Sistema), di cui al citato D.lgs. 82/2005. Secondo quanto previsto dall'art. 5 di detti Contratti Quadro OPA, gli stessi avevano una durata di 5 (cinque) anni e potevano essere rinnovati dal CNIPA "anche in modo parziale in relazione alla durata, ai servizi, ai prezzi unitari ed al numero di Amministrazioni assegnate al fornitore per un periodo complessivamente non superiore a 4 (quattro) anni".

Peraltro, rappresenta l'istante che a distanza di 3 anni esatti dall'originario affidamento, il CNIPA, all'esito di un'apposita procedura negoziata ex art. 57, comma 5, lett. b), del Codice dei contratti pubblici, stipulava, con ciascuno dei quattro fornitori, un distinto contratto quadro per la ripetizione dei servizi analoghi (Contratti Quadro di Ripetizione OPA), la cui scadenza è fissata al 25 maggio 2013.

Tale data coincide, dunque, con il termine ultimo di fruizione dei servizi di connettività da parte delle Amministrazioni sottoscrittrici di contratti esecutivi OPA SPC, la cui scadenza è anch'essa prevista il 25 maggio p.v. Al riguardo, segnala l'istante che i servizi in questione sono rivolti ad un bacino di utenza quanto mai ampio, che comprende: amministrazioni ed enti di cui all'art. 1, comma 1, del D.lgs. 39/1993, che in ragione dell'art. 83, comma 2, del D.lgs. 82/2005, sono tenuti a stipulare contratti esecutivi; amministrazioni ed enti, diversi dai precedenti, che hanno facoltà di stipulare contratti esecutivi; gestori di servizi pubblici di cui all'art. 75, comma 3bis, del D.lgs. 82/2005.

Evidenzia inoltre il richiedente che gli intervenuti e ripetuti mutamenti del quadro normativo di riferimento, nonché delle competenze da esso derivanti, sarebbero idonei ad integrare una "circostanza eccezionale", che ha reso impossibile l'indizione di una nuova procedura ad evidenza pubblica, con tempestività rispetto alla data prevista (25 maggio 2013), per l'affidamento dei servizi di cui è parola.

Tanto premesso, il richiedente domanda a questa Autorità se la normativa sui contratti pubblici sia interpretabile nel senso di consentire la soluzione di una proroga tecnica dei Contratti quadro di Ripetizione OPA per il tempo necessario ad espletare una nuova gara (tempo che l'istante ritiene

essere di due anni) ed indica, quale alternativa, la possibilità di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ex art. 57, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, quale strumento per selezionare, in via d'urgenza, gli operatori economici cui affidare, nella misura strettamente necessaria, i servizi di connettività per il periodo immediatamente successivo alla scadenza dei contratti in essere.

In entrambi i casi, l'istante sottolinea il fine di salvaguardare l'interesse pubblico connesso allo svolgimento, da parte dei soggetti pubblici fruitori dei contratti, delle proprie funzioni istituzionali senza soluzione di continuità.

Con note del 3 maggio 2013, hanno presentato osservazioni gli operatori Wind Telecomunicazioni Spa, Telecom Italia Spa, nonché BT SpA.

Il primo, Wind, ha condiviso le argomentazioni esposte da Consip quanto alla percorribilità in questo caso di una proroga tecnica, sottolineandone il minor grado di lesività sotto il profilo concorrenziale, trattandosi di una proroga limitata al periodo di esperimento della procedura di gara, ed evidenziando altresì che "lo stesso periodo di proroga potrà essere, peraltro, opportunamente ridotto, ricorrendone le circostanze (...) attraverso l'inserimento della clausola di recesso unilaterale menzionata nella richiesta di parere della Consip".

Il secondo, Telecom, dopo aver ritenuto invece da escludersi l'ipotesi della proroga tecnica, ha rappresentato che "residua, dunque, l'ipotesi prospettata dalla stessa Consip, di procedere ai sensi dell'art. 57, co. 2, lett. c), dato che le sopravvenute modifiche del quadro di riferimento evidenziate nella richiesta di parere configurano effettivamente la sussistenza di circostanze eccezionali ed imprevedibili non imputabili alla stazione appaltante". Ha altresì evidenziato l'esigenza di prevedere una sorta di "automatismo" "nella confermata validità dei singoli contratti attuativi fra gli operatori assegnatari e le PP.AA. aderenti, fatta salva la facoltà di questi ultimi di esprimere la volontà contraria entro un termine breve"; ha espresso, infine, l'auspicio "che in sede di rinegoziazione siano rivalutati gli aspetti economici, anche sotto il profilo delle già previste clausole di riduzione dei prezzi".

Il terzo, BT SpA, unitamente all'osservazione secondo cui i termini per poter procedere e concludere tempestivamente una procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c), sono oltremodo ristretti e presentano il rischio di giungere alla scadenza contrattuale senza che la Consip abbia potuto individuare il nuovo fornitore, ha affermato che "la richiesta di una cd proroga tecnica degli accordi quadro, stipulati con gli attuali fornitori dei servizi sopra citati, potrebbe essere considerata positivamente, sia alla luce dell'ormai imminente scadenza degli stessi e in considerazione della necessità delle Amministrazioni contraenti di proseguire nella fruizione di detti servizi senza soluzione di continuità, sia alla luce delle non rare tesi giurisprudenziali e dottrinali che consentono il ricorso a detto istituto". Ciò premesso, tuttavia, ha chiarito che "se si considera che la proroga tecnica di un contratto consiste semplicemente nel prolungare la scadenza degli effetti del medesimo, mantenendo del tutto immutate le altre clausole contrattuali, deve concludersi che non sarebbe possibile integrare i contratti esistenti con una previsione di recesso anticipato, a favore dell'Amministrazione da esercitarsi al momento dell'aggiudicazione della nuova gara e che renderebbe l'affidamento ancor più aderente al suo scopo".

Il quarto operatore, Fastweb SpA, ha infine presentato osservazioni con nota del 6 maggio 2013.

Fastweb - dopo aver espresso una sostanziale equidistanza sia dalla eventuale opzione di proroga tecnica che dalla procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, in ragione della sussistenza dei presupposti eccezionali e di estrema urgenza che caratterizzano le due procedure - si è soffermato su alcuni particolari della vicenda contrattuale de qua che riguardano la sua posizione specifica di operatore aggiudicatario tenuto a prestare servizi agli altri tre fornitori. Ha rappresentato, infatti, da un lato, che i servizi SPC sono sottoposti ad un meccanismo di riduzione automatica annuale dei prezzi unitari posti a base dell'Accordo quadro OPA pari al 5%, nonché ad una revisione biennale parametrata ai valori di mercato, per evitare che le pp.aa. si trovino a dover sostenere costi più altri rispetto a quelli di cui potrebbero godere fuori da SPC; da un altro lato, ha evidenziato che - oltre ai contratti di cui si è sinora parlato - Fastweb, nella sua veste di soggetto aggiudicatario della procedura, si è obbligata, così come previsto dalle regole di gara, alla fornitura all'ingrosso dei servizi di connettività a favore degli altri 3 Fornitori SPC (c.d. servizi OPO), al fine di allineare le offerte dei contratti a valle alla sua migliore offerta.

In sintesi Fastweb ha rilevato che, da un lato, i prezzi praticati al momento sono difficilmente comprimibili in considerazione della particolare contingenza economica, dell'avvenuto aumento dei costi all'ingrosso non prevedibile al momento della precedente gara SPC, nonché del fatto che le soluzioni tecniche di erogazione del servizio risultano, allo stato, datate. Da queste prime considerazioni, l'istante fa discendere la necessità di eliminare la clausola contrattuale di decalage automatico del 5% annuo su tutte le voci di listino. Da un altro lato, che la prestazione dei servizi c.d. OPO, per i quali Fastweb è obbligata nei confronti degli altri tre operatori a garantire un supporto tecnologico, è ormai per lui particolarmente antieconomica e non remunerativa.

Ritiene dunque Fastweb che, date queste condizioni, sulla stessa società graverebbero le maggiori conseguenze negative di un prolungamento di questi stessi contratti, a fronte di un mutamento delle circostanze di fatto che avevano portato la stessa azienda ad accettare tali condizioni contrattuali circa otto anni prima, nonché di una variazione del contesto economico un tempo decisamente più favorevole. Ciò premesso, osserva Fastweb che - in alternativa alle due soluzioni prospettate da Consip - si potrebbe ipotizzare una terza via. Infatti, "i servizi attualmente resi nell'ambito di SPC potrebbero trovare adeguata copertura nell'ambito dell'adesione alla convenzione Consip per i servizi di fonia e connettività IP (in breve TF4), di cui Fastweb e Telecom sono i fornitori e che,

stando alle disposizioni in essa contenute dovrebbero scadere a settembre 2015 (considerato, anche, il possibile esercizio della proroga di un anno contrattualmente prevista)". Tale convenzione - asserisce Fastweb - è sovrapponibile al Quadro OPA quanto alla tipologia dei servizi offerti e, inoltre, sarebbe ancora capiente, non avendo raggiunto la soglia massima di adesioni. Infine, con nota del 7 maggio 2013, ha ritenuto di presentare osservazioni anche la società HP Enterprise Service Italia S.r.l. - mandante nel RTI aggiudicatario composto da Fastweb SpA (capogruppo) e, appunto, da HP Enterprise Service Italia S.r.l. - non coinvolta d'ufficio nella partecipazione al procedimento in ragione dell'invio della Comunicazione di avvio dello stesso, come di prassi, alla sola mandataria. L'interveniente HP S.r.l. ha segnalato che - constatato il carattere istituzionalmente sensibile delle proprie attività, che attengono a servizi obbligatori per la messa in sicurezza del sistema di INPS e INAIL, oltre a servizi di data center per hosting di applicazioni presso i medesimi istituti - sussiste l'evidente necessità di garantire la permanenza dei servizi ai fini di continuità dell'azione amministrativa delle amministrazioni aderenti. A tale riguardo, l'interveniente ha espresso il proprio avviso di adeguatezza della eventuale proroga tecnica, anche sotto l'aspetto della durata di 24 mesi, con l'ulteriore precisazione che - nel caso di raggruppamenti temporanei di imprese - essa consentirebbe di proseguire nella esecuzione dei servizi evitando ulteriori adempimenti relativi alla ricostituzione dell'associazione temporanea ed alle formalità del mandato. Ha aggiunto, inoltre, che la diversa soluzione della procedura negoziata richiederebbe inevitabilmente rinegoziazione e stesura di nuovi contratti con annesse produzioni documentali e amministrative, non facilmente praticabili entro la scadenza contrattuale imminente. Ha evidenziato, infine, per ciascuna delle due opzioni, l'esigenza di rivedere la clausola contrattuale di decalage automatico del 5% annuo su tutte le voci del listino.

A fronte della ricostruzione in fatto che precede, si ritiene opportuno ripercorrere brevemente le caratteristiche principali dei due menzionati istituti della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), del Codice contratti - consentita nella misura strettamente necessaria quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili e non imputabili alle stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara - e della proroga contrattuale.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara consiste in una eccezionale procedura di aggiudicazione prevista dal Codice - nel caso che qui interessa - all'art. 57, comma 2, lett. c).

Ivi è disposto che tale procedura sia ammessa "nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti". Il D.Lgs. 163/2006 contempla dunque tale possibilità quando l'estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti non sia compatibile con i tempi imposti dalle ordinarie procedure di evidenza pubblica.

In accordo con quanto afferma la giurisprudenza, l'urgenza richiesta dalla norma deve scaturire da cause impreviste ed avere carattere cogente ed obiettivo; essa inoltre deve essere qualificata e non generica, deve corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti, tali da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso (cfr. Deliberazione 9 febbraio 2011, n. 22). Questa Autorità ha inoltre ritenuto che le sopravvenienze normative non sono in grado di integrare il presupposto dell'estrema urgenza che può legittimare un affidamento ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c): tale urgenza si configura, infatti, soltanto "quando risulta da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili (anche per ritardo di attivazione dei procedimenti) (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, n. 8006 del 10.11.2010)" (Parere sulla normativa 13 marzo 2013, AG 28/12).

La c.d. "proroga tecnica" è invece un istituto non previsto dalle disposizioni del Codice, ma elaborato in via pretoria, in particolare dalla giurisprudenza amministrativa e da questa stessa Autorità. Si tratta pertanto, tecnicamente, di una prassi amministrativa, riconducibile ad ipotesi del tutto eccezionali e straordinarie, in considerazione della necessità - riscontrata e adeguatamente ponderata nella circostanza concreta - di evitare un blocco dell'azione amministrativa, ma tenendo presente che essa, in generale, comporta una compressione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

Essa può trovare la sua giustificazione teorica nel principio di continuità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 della Costituzione e, più precisamente, discende dal bilanciamento tra il suddetto principio ed il principio comunitario di libera concorrenza, che si trova alla base dell'imperativo di bandire procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di commesse pubbliche. Più nello specifico, si osserva che - a seguito delle disposizioni di cui all'art. 23 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) - la giurisprudenza amministrativa si è invero pronunciata in modo costante ed univoco a sfavore della prorogabilità dei contratti quale strumento alternativo alle normali procedure concorsuali di affidamento (ex multis, Consiglio di Stato, VI, 16/02/2010, n. 850; T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 04-04-2011, n. 310; T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 25-11-2008, n. 3637). La proroga contrattuale, infatti, sottrae evidentemente al confronto

concorrenziale tutta quella parte di contratto che viene proseguita attraverso il mero slittamento in avanti del termine di scadenza del rapporto obbligatorio convenuto.

Conformemente a parte della giurisprudenza, l'Autorità ha individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa sopra richiamato, restringendo però tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (ex multis, Deliberazione 19 gennaio 2011, n. 7, Deliberazione 19 dicembre 2012, n. 110, Deliberazione 19 settembre 2012, n. 82, Deliberazione 10 settembre 2008, n. 36, Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 86; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882, Consiglio di Stato, V, 7 aprile 2011, n. 2151).

Fermo restando che ogni decisione di merito compete all'amministrazione istante, ove quest'ultima optasse per una proroga tecnica, la stessa dovrebbe protrarsi per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova procedura - che dovrebbe essere già avviata al momento dell'adozione della proroga - ed avviare l'esecuzione da parte del/i nuovo/i aggiudicatario/i, nei limiti di proporzionalità e adeguatezza e previa motivata e documentata istruttoria in tal senso. A tale riguardo, l'Autorità ha chiaramente affermato, infatti, che "il ricorso alla proroga reiterato per periodi talmente prolungati da eccedere quello strettamente necessario all'individuazione del nuovo contraente non può considerarsi legittimo" (Deliberazione n. 7/2011, cit.).

Maria Luisa Chimenti