



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 63, comma 5 d.lgs. 50/2016 – ripetizione del servizio – richiesta di parere.

FUNZ CONS 59/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 26 luglio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 60910, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 novembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Esula, inoltre, dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara e contrattuali dalle stesse predisposti (in tal senso parere AG 9/2017/AP e pareri Funz Cons n. 47/2022 e n. 58/2022).

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto, la stazione appaltante chiede all'Autorità se, sulla base delle previsioni del bando, del disciplinare e del capitolato d'appalto, possa procedere all'affidamento dei "servizi analoghi" in favore dell'appaltatore, rappresentando la non univocità, al riguardo, dei predetti documenti, i quali farebbero riferimento alla possibilità di avvalersi della procedura di cui all'art. 63, comma 5 del d.lgs. 50/2016, ma solo nel capitolato d'appalto sarebbe specificata la durata (ulteriori trentasei mesi).

Al riguardo, al fine di fornire un orientamento alla stazione appaltante si osserva in via generale che la giurisprudenza amministrativa, dopo aver sottolineato che incombe in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede) nella predisposizione degli atti che regolano la procedura, ha aggiunto che «benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto abbiano ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 25 maggio 2010, n. 3311; id. 12 dicembre 2009, n. 7792), in tal modo sottolineandosi il *carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono* non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97) (...)» (Cons. stato n. 1813/2021).

Pertanto, la disciplina di gara deve essere individuata «nella globalità delle prescrizioni previste dalla *lex specialis* e non nelle sole previsioni di bando» (TAR Toscana n. 674/2022).

Quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della *lex specialis* ed alla loro risoluzione, «tra i ricordati atti sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id. 23 giugno 2010, n. 3963), laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439)» (Cons. stato n. 1813/2021 cit.).

Occorre inoltre evidenziare che «la *lex specialis* di una gara d'appalto soggiace, come tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., tra cui ha carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo; ulteriormente, l'intento perseguito dall'Amministrazione ed il potere concretamente esercitato sulla base del contenuto complessivo dell'atto (interpretazione sistematica) andranno individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere dal dato letterale (cfr. C.d.S., Sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684; id., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 136) (...)» (TAR Veneto n. 1163/2016 e, in tal senso anche Anac delibera n. 159/2021-Prec23/2021/S).

Pertanto, «nell'interpretazione delle disposizioni che regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara – contenute nel bando o nella lettera di invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni, ecc.) e *costituenti nel loro insieme, la lex specialis di gara* – un corretto rapporto tra la P.A. ed il privato, rispettoso dei principi di imparzialità e di buon andamento, nonché del dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative (art. 1337 c.c.), impone di dare una lettura della stessa *lex specialis* idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa dice espressamente e dispensando il concorrente dal ricostruire, con indagini ermeneutiche integrative, ulteriori ed inespressi significati (...)» (TAR Veneto n. 1163/2016 cit.).

Nel caso di specie, sulla base degli elementi forniti nell'istanza di parere, non sembrano sussistere clausole contrastanti tra bando, disciplinare di gara e capitolato d'appalto, in ordine alla volontà della stazione appaltante di voler eventualmente ricorrere alla procedura di cui all'art. 63, comma 5, del Codice, posto che le fonti citate indicherebbero tale possibilità, integrata nel Capitolato speciale d'appalto, con l'indicazione della durata.

Pertanto, sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale richiamato e tenuto conto della globalità delle prescrizioni previste dalla *lex specialis*, può ritenersi indicata in maniera chiara la volontà dell'amministrazione di poter attivare la suindicata opzione.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, che il ricorso alla procedura prevista dall'art. 63, comma 5 del d.lgs. 50/2016, come più volte osservato dall'Autorità, è legato a stringenti presupposti, opportunamente indicati dalla norma.

Ai sensi della previsione citata, infatti, la procedura negoziata senza bando «può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1. Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione

delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale».

Secondo l'indirizzo dell'Autorità, il ricorso alla procedura di cui all'art. 63, comma 5 del d.lgs. 50/2016 (e già dell'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. 163/2006) «trova legittimazione in presenza di specifici presupposti, particolarmente restrittivi, previsti dalla legge quali:

1. la presenza di "nuovi servizi" ovvero "di servizi in relazione ai quali il bisogno è eventuale e può sorgere solo successivamente alla gara originaria" riferiti ad eventuali esigenze di "servizi analoghi (distinti dai servizi complementari) sopravvenute nel triennio successivo alla stipula del contratto" (Consiglio di Stato decisione n. 2882/2009);
2. la conformità dei nuovi servizi ad un "progetto di base" che sia stato oggetto di un primo contratto;
3. la ricorrenza del presupposto della continuità temporale ovvero che il ricorso alla procedura negoziata senza bando avvenga nei tre anni decorrenti dalla stipula del contratto originario (Consiglio di Stato decisione n. 2882/2009);
4. l'importo complessivo stimato dei servizi successivi deve essere computato per la determinazione complessiva del contratto in conformità a quanto previsto dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. 163/2006 [come oggi sostituito dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016] (...)» (delibera n. 735/2019).

Ai fini dell'opzione prevista dalla norma, pertanto, come ulteriormente sottolineato dall'Autorità, «Deve trattarsi ... di ripetizione di servizi analoghi con il medesimo contraente, quale esecuzione di un unico disegno progettuale, oggetto di procedura aperta o ristretta, con previsione sin dal primo affidamento, nel relativo bando di gara oltre che nel contratto stipulato con l'aggiudicatario della prima procedura, di tale possibilità di ripetizione. Ciò impone, peraltro, all'ente committente, ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto, di prendere in considerazione *l'importo complessivo stimato anche dei servizi successivi da ripetere eventualmente*. L'appaltatore, pertanto, è da subito al corrente che alla scadenza della prima esecuzione del servizio il committente potrà chiedergli l'esecuzione a trattativa diretta di un servizio analogo, evidentemente con costi determinati anni prima, quando venne redatto il progetto posto alla base della ripetizione del servizio. L'accettazione da parte dell'appaltatore delle condizioni stabilite nel primo contratto aggiudicato con gara, implica anche l'acquiescenza al progetto ed al prezzo predeterminato, da applicare nel nuovo servizio costituente ripetizione di servizio analogo» (parere AG 7/2016 in relazione al previgente art. 57, comma 5, lett. b) di contenuto analogo all'art. 63, comma 5 del d.lgs. 50/2016).

L'Autorità ha altresì chiarito che «L'esercizio di tale facoltà postula ... che il contratto originario non sia ancora scaduto, disciplinando la norma in esame il caso di affidamenti paralleli e non in sequenza tra di loro. Ciò è reso evidente dal termine entro il quale i servizi aggiuntivi possono essere affidati, ossia il triennio decorrente dal momento di stipulazione del contratto iniziale, termine che implica fisiologicamente una concomitanza dei rapporti contrattuali piuttosto che una successione dei medesimi (TAR Piemonte sez. I, 12 giugno 2014, n. 1029; TAR Abruzzo Pescara, sez. I, 22 luglio 2014 n. 357)» (nota illustrativa Bando-tipo n.1/2017).

Si evidenzia, pertanto, che ai fini sopra indicati è necessario il rispetto delle condizioni tassativamente stabilite dall'art. 63, comma 5 del Codice, nonché delle previsioni dell'art. 35 del Codice, a tenore delle quali ai fini del calcolo del valore del contratto e dell'eventuale superamento delle soglie, è necessario determinare il valore complessivo dell'appalto come somma dell'importo a base di gara (al netto dell'IVA e degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso) e delle eventuali *opzioni o rinnovi*. In base a tale disposizione, è necessario che le stazioni appaltanti calcolino tale

valore sommando all'importo a base di gara gli importi connessi all'eventuale previsione di servizi analoghi (nota illustrativa Bando-tipo n.1/2017).

Conclusivamente, si osserva che l'accertamento in ordine alla sussistenza di tutti i presupposti legittimanti il ricorso alla procedura di cui all'art. 63, comma 5, del d.lgs. 50/2016 è rimesso all'esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente