

# La programmazione della gara e la predisposizione della lex specialis

**Autore:** Laura Facondini

**In:** Diritto amministrativo

L'articolo 21 del Codice degli appalti prevede alcuni strumenti di programmazione: il programma triennale dei lavori pubblici ed il programma biennale degli acquisti di beni e servizi.

Le stazioni appaltanti adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici. I programmi sono approvati secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti.

Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato di valore pari o superiore a 100.000 euro. Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro.

## La predisposizione degli atti di gara

Il bando, il disciplinare ed il capitolato costituiscono la lex specialis della gara.

Quello che è importante nella predisposizione degli atti di gara è individuare dei criteri di selezione, sin dal momento della progettazione della gara, ben definiti. In particolare, è importante definire: criteri di selezione dell'operatore economico; criteri di aggiudicazione; criteri di valutazione; criteri di attribuzione del punteggio.

Una corretta definizione del valore complessivo dell'appalto di cui all'art. 35 è fondamentale per individuare la corretta procedura da seguire nell'aggiudicazione di un appalto, verificare gli obblighi previsti dall'art.21 del Codice dei contratti, inserire rispettivamente, i lavori nella programmazione triennale dei lavori e le forniture/servizi nel programma biennale di forniture e servizi ed indicare il Codice Identificativo di Gara con l'importo corretto.

Il supporto giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con parere n. 581/2019 chiarisce la **differenza tra importo a base d'asta e valore stimato dell'appalto**. Tale differenza è essenziale per individuare la corretta procedura da seguire nell'aggiudicazione di un appalto.

Laddove l'**articolo 35 comma 4 del Codice dei contratti** prevede la dicitura "importo massimo stimato come valore contrattuale dell'appalto" e si riferisce al valore stimato di un appalto pubblico.

Ai sensi dell'art. 35 del Codice, il **valore stimato di un appalto** da prendere in considerazione al fine di valutare l'eventuale superamento della soglia comunitaria è quello derivante dalla **somma dell'importo a base di gara e di eventuali opzioni, rinnovi, premi e pagamenti**. È infatti lo stesso comma 4, dell'articolo 35 a fornire indicazioni sulle voci che costituiscono il valore stimato dell'appalto, il quale va quantificato: a) senza considerare l'IVA b) comprendendo il valore di opzioni e rinnovi - previsti dalla documentazione di gara c) comprendendo il valore dei premi o pagamenti per candidati o offerenti - se previsti. L'**importo a base d'asta** è invece il valore di riferimento per la presentazione delle offerte economiche da parte dei concorrenti; ai fini della determinazione dello stesso non occorre tener conto di eventuali opzioni.

## La proroga ed il rinnovo

La proroga è uno strumento con il quale si modifica un contratto limitatamente al tempo lasciando invariati tutti gli altri elementi ed ha la finalità di dare continuità al servizio o alla fornitura in essere.

L'art. 106 del Codice dei Contratti prevede due condizioni per l'esercizio della proroga: essere stata prevista nei documenti di gara ed essere limitata al tempo strettamente necessario per la conclusione delle procedure di gara per l'individuazione del nuovo contraente. Questa è quella che viene definita **proroga contrattuale** e può essere utilizzata solo se viene espressamente prevista in sede di predisposizione degli atti di gara. Nel caso in cui nei documenti di gara sia prevista ab origine un'opzione di proroga negoziale indipendentemente dall'avvio di una nuova gara, ai sensi dell'art. 35 del Codice dei Contratti, l'importo della proroga deve essere computato nell'importo a base d'appalto e in tal caso il principio della concorrenzialità risulta rispettato.

A questa si contrappone la **proroga c.d tecnica**, la quale ha una ratio completamente differente e costituisce un'eccezione. La giurisprudenza ammette che si possa procedere a proroga anche nel caso in cui l'opzione di proroga non sia stata prevista nel bando, ma in tal caso occorre una **motivazione forte** che si fondi su una **situazione imprevista che impedisce la normale prosecuzione del procedimento**. La sentenza del Consiglio di Stato n. 3588 del 29/05/2019 sez. V ha previsto che "La cd. "proroga tecnica" - istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità - rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali."

La previsione di legge e l'elaborazione giurisprudenziale trova ragion d'essere nel fatto che la proroga opera un'eccezione alla normale regola dell'obbligo della procedura di gara per la scelta del contraente. Anche ANAC con Delibera n. 384 del 17/04/2018 si è pronunciata nel senso che la proroga costituisce un rimedio eccezionale teso ad assicurare la prosecuzione del servizio senza soluzione di continuità, nelle more della stipula del nuovo contratto con gara che peraltro, dovrebbe essere già stata avviata al momento dell'adozione della proroga stessa.

**Il Tar Lazio nella sentenza n. 9212 del 10/09/2018** ha previsto la regola per la quale l'amministrazione alla scadenza del contratto deve effettuare nuova gara "in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno 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."

Mentre il rinnovo comporta una nuova negoziazione con lo stesso soggetto e tale negoziazione può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di queste, la proroga, invece, ha come unico effetto la modifica del termine finale del rapporto e le altre condizioni contrattuali rimangono immutate.

Il rinnovo deve necessariamente essere previsto nei documenti di gara. La proroga può essere prevista ed in tal caso può essere utilizzata richiamando la *lex specialis* ed avendo computato tale importo nella definizione del valore stimato dell'appalto oppure può non essere prevista ma in tal caso si parla di proroga tecnica esercitabile esclusivamente nel rispetto di rigide limitazioni.

### **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/la-programmazione-della-gara-e-la-predisposizione-della-lex-specialis/>