

Comunicato congiunto AGCM – ANAC del 21 dicembre 2016

Oggetto: affidamenti di appalti pubblici mediante adesione postuma a gare d'appalto bandite da altra stazione appaltante

Nello svolgimento delle attività istituzionali dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) è emersa l'opportunità di fornire indicazioni in tema di affidamenti di appalti pubblici disposti senza gara riconducibili alla fattispecie c.d. "di adesione postuma" (ovverosia, affidamenti posti in essere attraverso la mera adesione agli esiti di una gara bandita da un'altra amministrazione e confezionata per soddisfare esclusivamente le esigenze e il fabbisogno di quest'ultima).

Tale prassi deve essere stigmatizzata in quanto potenzialmente elusiva dell'obbligo di programmazione delle acquisizioni di cui all'art. 21 d.lgs. 50/2016 e lesiva dei principi che presidono l'affidamento dei contratti pubblici e della concorrenza.

Sotto il primo profilo, si ricorda che la programmazione è una fase prodromica all'affidamento, finalizzata ad individuare i fabbisogni che si intendono soddisfare, le strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, e costituisce, pertanto, concreta attuazione dei principi di buon andamento, trasparenza, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In questo senso, la fase della programmazione è funzionale a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione del contratto, migliorando le chance di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione. Tale verifica può ritenersi effettiva solo ove la stazione appaltante sia in grado di confrontare le prestazioni eseguite con i livelli quantitativi e qualitativi promessi in sede di gara e definiti nel contratto, secondo il corrispettivo e la tempistica pattuiti. L'importanza della fase di programmazione appare con maggior evidenza ove si consideri che specie negli appalti di servizi e forniture, la carenza di programmazione genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, il ricorso all'adesione postuma, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa.

Sotto il secondo profilo, si ricorda che ai sensi dell'art. 35, comma 4, d.lgs. 50/2016 il valore stimato dell'appalto è basato sull'importo totale pagabile e deve tener conto, quindi, di qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Tale valore deve essere quantificato al momento in cui la stazione appaltante avvia la procedura di affidamento (art. 35, comma 7, d.lgs. 50/2016) e tenuto presente ai fini della parametrizzazione dei requisiti speciali di partecipazione, che devono rispettare i principi di proporzionalità e adeguatezza. Conseguentemente un'eventuale estensione contrattuale non prevista nell'avviso di indizione di gara o nel bando rischia di

falsare il confronto competitivo in quanto quest'ultimo, a ben vedere, si è svolto per l'affidamento di prestazioni – in parte qua – qualitativamente e quantitativamente diverse da quelle che poi vengono affidate all'aggiudicatario.

In considerazione di quanto sopra esposto e in coerenza con gli orientamenti interpretativi resi in merito dalla giurisprudenza amministrativa, si ritiene che la legittimità della clausola di estensione deve essere scrutinata caso per caso, secondo coordinate esegetiche idonee ad assicurare un adeguato bilanciamento tra due ordini di principi normativi di derivazione comunitaria: da un lato, la libera concorrenza e la parità di trattamento e, dall'altro, la concentrazione ed aggregazione della domanda.

In linea generale si osserva che il ricorso all'istituto dell'aggregazione della domanda, anche attraverso l'utilizzo degli strumenti aggregativi della committenza come da ultimo disciplinati dall'art. 37 del d.lgs. n. 50/2016, non può di per sé giustificare l'eventuale adesione postuma, non potendo il ricorso allo stesso consentire di derogare né ai principi che presiedono il regolare svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, né alle norme sopra richiamate. Parimenti, il perseguimento dell'obiettivo di conseguire un eventuale risparmio di spesa, anche in ottemperanza a specifiche previsioni normative di riduzione e contenimento dei costi, non può legittimare l'esistenza e l'applicazione di una clausola di adesione indeterminata in violazione delle regole dell'evidenza pubblica (così, Consiglio di Stato, sent. n. 4387/2016). Ne consegue che al fine di non alterare il confronto concorrenziale a valle è necessario che:

1. la predetta clausola di adesione postuma indichi in modo sufficientemente chiaro, determinato ed omogeneo:
 - ✓ sotto il profilo soggettivo, la perimetrazione delle stazioni appaltanti che potranno eventualmente aderire;
 - ✓ sotto il profilo oggettivo, il valore economico complessivo massimo delle eventuali adesioni ed estensioni consentite, ai fini sia del calcolo del valore stimato dell'affidamento ex art. 35 d.lgs. 50/2016 sia della determinazione dei requisiti speciali di cui all'art. 83 d.lgs. 50/2016 e degli importi cauzionali prescritti;
 - ✓ l'oggetto dell'appalto e il contenuto delle offerte in modo tale che il confronto concorrenziale si estenda anche alle specifiche prestazioni contrattuali richieste dalle stazioni appaltanti che potrebbero aderire successivamente agli esiti della gara;
2. l'adesione successivamente disposta avvenga senza alcuna rinegoziazione delle condizioni prestazionali ed economiche formulate in sede di offerta dal soggetto aggiudicatario e definite dalla *lex specialis* della gara originaria.

Si sottolinea, infine, che l'estensione del contratto anche in assenza di tutte le predette condizioni oltre ad arrecare un grave *vulnus* alla concorrenza ed al sistema di affidamento dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 finisce per violare il principio di determinabilità dell'oggetto del contratto, stravolgendone sotto il profilo economico-qualitativo l'originaria previsione, nonché per modificarne sotto il profilo soggettivo le parti negoziali.

per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Il Presidente
Giovanni Pitruzzella

per l'Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente
Raffaele Cantone