

# Clausola di adesione o estensione? Come applicarla

**D**a oltre un anno c'è un proliferare di accordi quadro con clausola di adesione soprattutto nella Sanità. Dopo aver la Corte di Giustizia europea con la sentenza n. C-216/17 del 19 dicembre 2018 sdoganato questa modalità di affidamento, le difficoltà operative di indire una gara, la carenza in molti casi di una copertura economica, più dei reali risparmi economici legati ai volumi, hanno portato all'accorpamento delle forniture e dei servizi.

La Corte ha fissato però alcuni elementi guida che possono riassumersi nel binomio chiarezza e specificità. Infatti, è possibile aderire successivamente ad un accordo quadro bandito da un'altra amministrazione a condizione che la clausola di estensione prevista nei documenti di gara sia chiaramente determinata sia sotto l'aspetto soggettivo, e quindi indichi in modo specifico e tassativo gli enti che se ne potranno avvalere, sia sotto l'aspetto oggettivo, nel senso di prevedere la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste all'atto della conclusione degli accordi successivi.

Secondo la Corte, ai fini dell'ammissibilità della clausola di adesione, ciò che rileva è che l'accordo quadro indichi nello specifico e in modo tassativo le amministrazioni che potranno aderire ai contratti basati su tale accordo quadro.

Tale indicazione può figurare vuoi nell'accordo quadro stesso, vuoi in un altro documento, come una clausola di estensione nel capitolato d'oneri, purché i requisiti di

pubblicità e di certezza del diritto e, pertanto, di trasparenza siano rispettati.

L'obbligo di trasparenza e di parità di trattamento impone, altresì, che l'accordo quadro determini, sin dall'inizio, la quantità e l'importo massimo (quale valore stimato del fabbisogno ordinario) delle forniture e/o servizi che potranno essere oggetto degli accordi successivi.

L'accordo quadro, pertanto, deve necessariamente indicare il valore stimato dei contratti successivi da esso derivanti, mediante i quali verranno aggiudicate singolarmente e a posteriori le diverse parti in cui si suddivide la totalità dei servizi richiesti, così da permettere a tutti gli offerenti di valutare la convenienza della partecipazione alla gara.

## **La ricostruzione di un quadro normativo di riferimento**

Occorre premettere che quella della adesione di una amministrazione aggiudicatrice ad un contratto stipulato da altra amministrazione costituisce una fattispecie problematica sia sul piano dell'inquadramento

normativo sia su quello della compatibilità con i principi comunitari che disciplinano la concorrenza fra operatori economici nel mercato delle commesse pubbliche.

Al momento è la giurisprudenza amministrativa quella che sta dettando i confini di un procedimento che potremmo definire rilevante nella prassi degli affari. E' stato correttamente e opportunamente evidenziato, che il meccanismo di affidamento incentrato sull'applicazione della cd. clausola di adesione non costituisce

**L'accordo quadro costituisce la cornice dei successivi contratti esecutivi, il cui oggetto è riconducibile all'oggetto dell'accordo stesso anche in via di analogia**

oggetto di una disciplina legislativa espressa, in particolare di fonte statale (attesa l'inerenza della materia alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost.), che ne sancisca l'ammissibilità e ne preveda presupposti e limiti applicativi. Al di là delle questioni di inquadramento, l'assenza di una normativa espressamente rivolta a disciplinare la cd. clausola di adesione ha posto, all'Amministrazione, il compito di modularne l'applicazione in vista, prioritariamente, del rispetto dei canoni inderogabili di trasparenza, pubblicità e salvaguardia della concorrenza, ed al giudice, quello di verificare la coerenza tra le soluzioni concretamente adottate e le suindicate finalità. Il fondamento normativo della estensione contrattuale a nuove amministrazioni è stato ravvisato dal giudice nei principi di economicità e buon andamento della p.a., ai quali risponderebbero sistemi di aggiudicazione volti a sollevare le amministrazioni e le imprese dagli oneri connessi alla indizione ed alla partecipazione di "gare fotocopia" e, più specificamente, nelle numerose norme nell'ordinamento nazionale e comunitario che prevedono e promuovono (fino renderle in taluni casi obbligatorie) i sistemi centralizzati di acquisizione di beni e servizi attraverso le cd. "centrali di committenza". Il tutto con la precisazione che, proprio nell'ordinamento della sanità, l'impulso legislativo alla centralizzazione degli acquisiti si sarebbe tradotto in specifiche disposizioni che consentono alle aziende sanitarie locali di stipulare contratti

aderendo a convenzioni quadro (art. 17 d.l. 98/2011) e di accedere alle convenzioni stipulate dalle centrali di acquisito appositamente istituite dalle Regioni (art. 1 comma 449 L. 296/2006).

L'argomentazione è stata oggetto di ulteriore e brillante approfondimento da parte del Consiglio di Stato proprio nell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia n. 1690 del 2017, nella quale il contratto con clausola di adesione non è stato più ricondotto alle discipline generali e di settore sulle centrali di committenza, ma più correttamente all'istituto dell'accordo quadro. Ciò soprattutto al fine di rinvenire una base normativa del fenomeno anche nel diritto comunitario, vista la sua atipicità nel panorama dei sistemi di aggiudicazione. E' infatti nella disciplina degli accordi quadro che le fonti comunitarie stabiliscono a quali condizioni il contratto stipulato fra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico possa essere utilizzato da amministrazioni aggiudicatrici diverse, prevedendo che queste debbano essere chiaramente individuate nel bando di gara (art. 33 comma 2 direttiva 24/2014) anche quando la stessa venga indetta da una centrale di committenza (la quale dovrebbe preventivamente rendere identificabili alle imprese interessate le identità delle amministrazioni aggiudicatrici che potenzialmente potrebbero far ricorso all'accordo quadro e la data in cui le stesse hanno acquisito il diritto di avvalersene – 60° considerando direttiva 24/2014).



Tale disciplina, pur essendo dettata con specifico riguardo agli accordi quadro, è espressione del più generale principio comunitario di pubblicità che sta alla base di tutti i confronti concorrenziali e risulta quindi applicabile anche nel caso in cui il contratto aperto non abbia carattere normativo, ma definisca in modo puntuale quantità e qualità delle prestazioni da eseguire.

La giurisprudenza ha già chiarito che “*benché per principio generale gli appalti pubblici si aggiudichino con una gara, è ammessa la possibilità di aggiudicare contratti successivi al primo anche in assenza di una nuova gara, ove tali contratti si fondino tutti su un originario accordo quadro, anche “se del caso” definendo le ulteriori condizioni*”. Ciò che rileva a tal fine è la identità dell’oggetto dei contratti o comunque le prestazioni acquisite attraverso l’estensione sia determinabili in base a criteri trasparenti che possono evincersi dalla stessa *lex specialis* (TAR Toscana, III, 783/ 2017 confermata da Consiglio di Stato, sez. III, n. 442/2016.).

La necessità di assicurare il rispetto dei principi ispiratori delle procedure di evidenza pubblica costituisce del resto il paradigma interpretativo cui la giurisprudenza si affida ogniqualvolta la concreta fattispecie non trovi una espressa e puntuale regolamentazione normativa, ma in un’ottica di ampio respiro, giungendo a ricondurre alla categoria degli accordi quadro delle ipotesi di affidamento con clausola di estensione anche nelle ipotesi di accordi conclusi con un unico operatore e di contratti esecutivi dal contenuto non compiutamente individuato a monte (Consiglio di Stato, sez. III, 15.02.2018 n. 982).

Più precisamente la peculiarità dell’accordo quadro consisterebbe nella sua struttura bifasica: vi è dapprima l’accordo propriamente detto che fissa le regole e, successivamente, vi sono i singoli contratti per i quali non è necessaria alcuna gara, essendo gli stessi meramente esecutivi dell’accordo originario. La circostanza poi, sopra ricordata, che la normativa preveda solo “*se del caso*” le qualità dell’oggetto contrattuale, consente di affermare che i successivi contratti esecutivi dell’originario accordo possono anche non contenere, o contenere in via sommaria, un oggetto specifico. In altri termini, l’accordo quadro aggiudicato sotto il profilo soggettivo vede la possibilità di adesione delle amministrazioni per cui si è andati in gara e anche eventuali altre che potrebbero essere interessate non firmatarie dell’accordo ma che in sede di gara siano state almeno nominativamente indicate; sotto il profilo oggettivo l’accordo quadro costituisce la cornice dei successivi contratti esecutivi, il cui oggetto è riconducibile all’oggetto dell’accordo stesso anche in via di analogia, ma definisce pur sempre un contenuto normativo che “*se del caso*” può essere specificato.

Quindi, la clausola di adesione che si innesta su di un

*accordo quadro comporta due distinte valutazioni: una legata ai soggetti contraenti che potrebbero aumentare proprio in considerazione della adesione postuma eventuale prevista in gara; l’altra legata ai servizi o forniture dedotte in gara e alla loro quantità e qualità.*

*Sotto il profilo della quantità trattandosi di un contratto caratterizzato alla indeterminatezza delle stesse al momento della gara, va da se che è meramente individuabile in via presuntiva per ordine di grandezza che verrà definito nel corso della esecuzione stessa; per quanto riguarda la qualità, va da se che l’accordo definisce un quadro di prestazioni a “se del caso” possono essere specificate caso per caso seppure nel quadro di riferimento di una prestazione che brutalmente riconducibile comunque ad una macrocategoria merceologica per meglio dire macrocategoria prestazionale che in alcuni frangenti come gli operatori fanno spesso non è facilmente costruibile.*

*Pertanto quando si parla di clausola di adesione o estensione occorre ben aver chiaro quale è l’ambito operativo in cui ci si muove e, cioè, un contratto chiuso ovvero un accordo quadro, perché le categorie giuridiche di riferimento sono assolutamente diverse e non assimilabili: quello che in un contratto chiuso è vietato, in un accordo quadro è possibile. Ne sono prova le numerose sentenze intervenute per lo più negli ultimi due anni, dalle quali emerge uno spaccato di un mercato sempre più accentrato e sempre più interessato a forme contrattuali flessibili.*

## **La applicazione pratica della clausola nella giurisprudenza.**

*Ed è muovendo da questa prima ricostruzione che si rinvencono interventi sempre più puntuali volti a risolvere problemi operativi delle stazioni appaltanti, dall’utilizzazione della clausola per superare proroghe e contratti- ponte agli affidamenti legittimi di contratti aventi contenuto analogo, ai ritardi delle centrali di committenza.*

*E’ stata ritenuta legittima l’adesione alla procedura di gara espletata da un’altra Stazione Appaltante, per il tempo necessario alla valutazione ed indizione di una propria procedura di aggiudicazione.*

*Sul punto, si è già espressa la giurisprudenza amministrativa rilevando che ogni amministrazione appaltante, nell’ambito della propria discrezionalità, possa provvedere nelle more all’approvvigionamento nelle forme consentite dall’ordinamento; quindi non solo mediante eventuali proroghe, ma anche attraverso la stipula di contratti “ponte” oppure avvalendosi della clausola di adesione, laddove il servizio o la fornitura risultino ad esempio economicamente più vantaggiosi.*

*A sostegno di tale tesi è stato rilevato che l’art. 106, comma 11, del D.Lgs. 50/2016, riguardante la disciplina della proroga dei contratti, infatti, non attribuisce certamente al*

*contraente uscente una sorta di diritto esclusivo ed incondizionato alla proroga, rispetto ad altre legittime scelte che potrebbero essere fatte dalla Stazione Appaltante. Dunque, l'utilizzo della clausola di adesione può senza dubbio consentire la stipulazione di un contratto per il tempo necessario alla conclusione della propria procedura di gara (in ambito sanitario – TAR Lombardia Milano, 29.09.2018 n. 1412 che richiama id. 10.11.2017, n. 2128 ).*

*Ed ancora, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto più volte legittima tale forma di affidamento, realizzato attraverso l'estensione di un contratto aggiudicato all'esito di una gara pubblica con oggetto analogo a quello del contratto aggiudicato. Sul punto si fa rinvio – quali precedenti conformi – alla sentenza del TAR Lombardia, Milano sezione IV, n. 303/2016 (che ha reputato legittima una clausola di adesione, seppure precisando i contenuti necessari di tale clausola e che ha, altresì, escluso la violazione del principio di concorrenza, il quale è, per contro, rispettato all'atto dell'indizione della prima gara, rivolta alla scelta dell'operatore cui possono poi essere assegnati altri contratti ad oggetto analogo) ed alle successive sentenze della medesima sezione IV n. 77/2017, n. 212/2017 e n. 696/2017, oltre alla pronuncia del TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 12.1.2016, n. 34 e Consiglio di Stato, sez. III, n. 445/2016).*

*Ed ancora, la validità della soluzione viene suggerita dalla giurisprudenza per superare i ritardi di attivazione di gare indette da centrali di committenza.*

*Nella recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 19.06.2019 n. 4190 si legge che non esiste alcuna norma di legge che imponga di prorogare un contratto scaduto in attesa della attivazione della procedura indetta dalla centrale di committenza, “ma anzi si deve ritenere che ogni amministrazione appaltante, nell'ambito della propria discrezionalità possa provvedere nelle more dell'approvvigionamento nelle forme consentite dall'ordinamento, quindi non solo mediante eventuali proroghe, ma anche attraverso la stipulazione di contratti ponte oppure come nel caso di specie avvalendosi della clausola di adesione laddove il servizio o la fornitura ad esempio risultino economicamente più vantaggiosi. Quanto alla nota del Ministero della Salute e del MEF prot. 20518/16, la stessa non prevede assolutamente che la proroga sia l'unico strumento di cui avvalersi nelle more della gara indetta dalla centrale unica di committenza, ammettendosi anche il ricorso a un “contratto ponte” per il tempo strettamente necessario alla definizione della suddetta gara. Orbene, l'utilizzo della clausola di adesione può senza dubbio consentire la stipulazione di un contratto per il tempo necessario alla conclusione della procedura di gara da parte del committente unico; nel caso di specie la stazione appaltante ha evidenziato che il contratto da stipularsi a seguito*

*dell'adesione conterrà una clausola risolutiva espressa, collegata all'attivazione del rapporto conseguente alla conclusione della gara.*

*La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto più volte legittima tale forma di affidamento, realizzato attraverso l'estensione di un contratto in ogni modo aggiudicato all'esito di una gara pubblica.”. Nella medesima sentenza si precisa poi che :”Quanto alla circostanza per cui il ricorso, nel caso di specie, alla clausola di adesione avrebbe comunque realizzato un indebito affidamento diretto, avendo dato luogo ad una illegittima rinegoziazione delle prestazioni contrattuali, si evidenzia quanto segue. Nel caso di specie, appaiono rispettate le condizioni alle quali la giurisprudenza subordinata la legittimità dell'utilizzo della clausola di adesione, in quanto:*

- la lex specialis ammetteva espressamente l'adesione con riferimento agli enti facenti parti dell'unione di acquisto;*
- di tale unione fa certamente parte la stazione appaltante resistente;*
- la clausola prevede la facoltatività dell'adesione (“potranno affidare”), il termine entro cui potrà avvenire l'affidamento (“durante il periodo di vigenza del contratto”), la durata degli ulteriori affidamenti (“non... oltre quella del contratto originario”), il limite massimo dell'aumento complessivo del valore di aggiudicazione per effetto dell'adesione, oltre alla previsione dell'identità del contenuto contrattuale (“alle condizioni definite e ai prezzi offerti in gara”);*
- lo schema di contratto prevede per l'appaltatore l'osservanza delle condizioni e dei patti già previsti per tutti gli aderenti, sicché non vi è stata alcuna rinegoziazione;*
- la delibera di affidamento dà atto della nuova procedura di gara in corso di definizione, i cui tempi di conclusione non sono peraltro chiaramente stimabili, sicché nelle more – essendo ormai scaduto il vecchio contratto, prorogato per ben due volte – appare conveniente per l'amministrazione utilizzare la citata clausola di adesione.*

### **Conclusioni**

Nel tentativo di ricostruire una disciplina, la giurisprudenza è effettivamente andata oltre offrendo uno spunto di riflessione che da un punto di vista pratico risulta essere particolarmente interessante per la concretezza delle soluzioni proposte.

Resta certo fermo che le amministrazioni debbano ricostruire la propria disciplina con ocularità nel rispetto dei principi di non discriminazione e tutela della concorrenza nel momento della definizione degli atti di gara e del successivo accordo quadro che si firmerà alla luce della offerta risultata affidataria in ordine ai profili soggettivi, quantitativi e qualitativi che potranno essere indicati anche solo in via presuntiva ma vanno indicati.