

NEWSLETTER

n. 01/2022



**Osservatorio
Regionale**

CONTRATTI PUBBLICI

Sezione Raccordo al sistema regionale
Dirigente: **Nicola LOPANE**

Bari, 13/06/2022

Autore: Avv. Valeria CITARELLA
Responsabile P.O. Affari Legali



In questo numero:

**L'istituto della proroga tecnica
nel Codice dei Contratti pubblici.
La posizione espressa da ANAC.**

L'istituto della proroga tecnica nel Codice dei Contratti pubblici. La posizione espressa da A.N.A.C.

1. Il dato normativo.

Il D.Lgs. n. 50/2016 si riferisce alla proroga del contratto (esclusivamente¹) all'art. 106, co. 11. La disposizione testualmente prevede che *"La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante"*.

Si tratta della c.d. "proroga tecnica", normativamente ancorata alla sussistenza delle seguenti condizioni:

- che la proroga sia espressamente prevista nel bando e dai documenti di gara;
- che sia limitata al tempo strettamente necessario all'individuazione, attraverso l'espletamento delle procedure necessarie, del nuovo contraente.

La disposizione, quindi, sul presupposto per cui una volta scaduto il contratto, l'Amministrazione deve effettuare una nuova gara pubblica, individua dei casi tassativi ed eccezionali in cui è possibile fare ricorso alla proroga.

¹ Diverso dalla proroga è l'istituto del "rinnovo", cui il Codice fa riferimento – senza disciplinarlo – all'art. 35, co. 4, con riguardo alle modalità di calcolo del valore stimato di un appalto, ammesso dalla giurisprudenza entro limiti stringenti.

Sui limiti dell'ambito di operatività dell'istituto, l'ANAC è intervenuta con due successive delibere del 28 luglio 2021, seguite dalla conforme giurisprudenza del Consiglio di Stato e di legittimità².

2. Le Delibere ANAC nn. 576 e 591 del 28 luglio 2021

In entrambi i casi l'Autorità, nell'esercizio delle proprie attribuzioni di vigilanza e controllo sull'affidamento e sulla esecuzione di contratti pubblici, ai sensi degli artt. 213 e 216 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., ha provveduto a richiamare le stazioni appaltanti sulla necessità dell'utilizzo ponderato di istituti e strumenti, quali quello della proroga tecnica, finalizzati ad affrontare situazioni di urgenza, nelle more della definizione della nuova procedura di affidamento, senza interrompere l'esecuzione delle attività contrattuali in essere.

In particolare, con la Delibera n. 576/2021 l'Autorità si è pronunciata sulla condotta tenuta da una ASL in ordine all'affidamento e alla gestione del servizio di supporto alla gestione e alla manutenzione delle apparecchiature biomediche di proprietà ed in uso presso i presidi ospedalieri e territoriali della stessa ASL, con contratto stipulato nel 2013 per la durata di 4 anni poi conclusosi, alla luce di una serie di varianti, rinnovi e proroghe disposte in favore del medesimo affidatario, soltanto nel 2021, al dichiarato fine di non interrompere l'erogazione di tale peculiare servizio, nell'attesa dell'esperimento della gara per il nuovo affidamento indetta da un soggetto aggregatore regionale (preposto all'esperimento di tale procedura in base alle norme di settore³) e della definizione del contenzioso poi insorto, con riguardo alla nuova gara indetta, avanti al Giudice Amministrativo.

Con la successiva Delibera n. 591/2021, l'ANAC, sulla base di una segnalazione ricevuta, ha effettuato una verifica sugli affidamenti in proroga disposti da un'azienda ospedaliera universitaria in relazione a

² *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6955 pubblicata in data 18 ottobre 2021; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 10/02/2022, n.891.

³ Art. 1, commi da 548 a 550, L. n. 208/2015.

un servizio di noleggio, ricondizionamento e logistica dei dispositivi tessili, della materasseria statica e dei dispositivi sterili per le sale operatorie. Il contratto di appalto era stato stipulato, questa volta, nel 2009 per la durata di 5 anni, con riserva espressa di rinnovo per un periodo di ulteriori quattro anni, e quindi con una scadenza massima stabilita al 2018. Anche in questo caso, a causa dei ritardi occorsi nell'esperimento della procedura di gara indetta da un soggetto aggregatore per il nuovo affidamento, la stazione appaltante ha disposto una serie di proroghe che hanno esteso la durata del contratto fino alla fine del 2021, allo scopo di non interrompere l'erogazione del servizio.

L'Autorità si è espressa nel senso della illegittimità della condotta delle committenze per aver disposto, nelle circostanze in esame, una serie di proroghe in carenza di una specifica previsione contrattuale, anche in forma retroattiva, ad affidamento già scaduto, così dando luogo a estensioni e rinnovi taciti espressamente vietati dalla legge.

Il punto di partenza logico-giuridico posto dall'Autorità a fondamento della sue valutazioni è dato dalla sussistenza nel nostro ordinamento del divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici, sancito dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62, traducendosi quindi la proroga ed il rinnovo *"in una fattispecie di affidamento senza gara, con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016 (Delibera Anac n. 304 del 1.4.2020)"*, con la conseguenza che *"in materia di proroga dei contratti pubblici di appalto (come per il rinnovo) 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 (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192)"*.

Precisa però l'Autorità che: *"a fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, vi*

è la residuale facoltà, da parte della stazione appaltante, di ricorrere all'opzione di proroga cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara".

L'Autorità ha quindi richiamato alcune ristrettissime ipotesi, già delineate dalla stessa nell'ambito della propria attività, nelle quali la proroga può ritenersi ammessa *"esclusivamente al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica"*.

In particolare, stabilisce l'Autorità che *"in base all'interpretazione della norma fornita dall'Anac e dalla giurisprudenza amministrativa, affinché la proroga tecnica sia legittima, devono ricorrere i seguenti presupposti:*

- *la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018);*
- *la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte);*
- *la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013);*
- *l'amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente (TRGA di Trento, sentenza n. 382 del 20 dicembre 2018). In altre parole, la proroga tecnica è ammessa solo nei casi*

eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Parere ex Avcp AG 38/2013)".

3. Conclusioni

A completamento del quadro normativo nel quale insiste l'istituto, occorre ricordare altresì il disposto di cui all'art. 23, L. 62/2005 richiamato dall'Autorità, nel quale - con riferimento ai limiti temporali della proroga - si precisa che la stessa non deve "comunque" superare i sei mesi.

Ne deriva che, in virtù del combinato disposto degli artt. 106, co. 11, D.Lgs. n. 50/2016 e 23, L. n. 62/2005, sulla scorta di quanto precisato dall'ANAC e dalla giurisprudenza sul punto, fermo il divieto di "rinnovo tacito" dei contratti pubblici, l'estensione della durata del contratto è ammissibile, sulla base di circostanze di fatto e di diritto da valutarsi caso per caso, ove la stessa sia espressamente prevista nel bando e nei documenti di gara, per il tempo - comunque non superiore ai sei mesi - strettamente necessario all'individuazione del nuovo contraente.

Newsletter n. 01/2022

La presente *newsletter*, ad uso interno, si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e aggiornamento dei R.U.P. della Regione Puglia operanti nell'ambito dei contratti pubblici.

Il contenuto della *newsletter* è tutelato dalla Legge 22 aprile 1941. n.633, per cui non è pubblicabile, neanche parzialmente, da terzi se l'autore non lo consente esplicitamente previa richiesta formale.

In ogni caso il riassunto, la citazione o la riproduzione del contenuto della presente *newsletter* debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del numero della *newsletter*, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e della struttura regionale in cui è incardinato.

Le precedenti *newsletter* sono liberamente accessibili nella pagina web dell'Osservatorio regionale:
<http://old.regione.puglia.it/web/osservatorio-contratti-pubblici/pubblicazioni>



REGIONE PUGLIA

Sezione Raccordo al sistema regionale

Via G. Gentile n. 52, Bari