



.....OMISSIS.....

Oggetto:OMISSIS..... - Richiesta informazioni –OMISSIS.....

FUNZ. CONS. 29/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 30 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 41337 e successiva nota pervenuta in data 10 giugno 2022, acquisita al prot. n. 44757, si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio nell'adunanza del 6 luglio 2022.

Con l'istanza sopra indicata si chiede di comunicare «se nell'ambito della procedura indetta per l'affidamento diretto del servizio di trasporto extraurbano dei rifiuti urbani prodotti in ambito comunale e gestione del centro di raccolta comunale (servizi di importo inferiore a Euro 139.000,00), per mesi 3 (tre), decorrenti dalla data di aggiudicazione, è possibile poi al termine della suddetta procedura affidarlo con "Determina" del medesimo responsabile ad un importo pari a 179.177,00 (centosettantanovemila/177), con previsione nello stesso atto, di una proroga di ulteriori mesi 3 (tre) con relativi ulteriori costi che andrebbero a raddoppiarsi».

A tal riguardo si osserva preliminarmente che il d.lgs. 50/2016 stabilisce che l'individuazione dell'operatore economico al quale affidare l'esecuzione dei contratti pubblici deve necessariamente avvenire mediante le procedure di aggiudicazione definite dal Codice stesso, con applicazione del regime semplificato per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, come definite dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016, attualmente derogato per effetto delle disposizioni del d.l. 76/2020, conv. in l.n. 120/2020 e s.m. (per gli affidamenti disposti entro il 30 giugno 2023).

L'art. 1, comma 2, lett. a) della l. 120/2020, consente l'affidamento diretto di servizi e forniture *di importo inferiore a 139.000 euro*, stabilendo che «in tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione».

La disciplina di settore consente, pertanto, di procedere ad affidamento diretto dei predetti contratti pubblici, nel rispetto delle condizioni e dei limiti ivi espressamente indicati.

Nel caso di specie, il contratto d'appalto di importo inferiore ad euro 139.000,00, affidato direttamente ad un operatore economico, appare quindi conforme alle disposizioni sopra richiamate. Elementi di criticità, al contrario, sembrano sussistere con riguardo al successivo affidamento diretto, avente lo stesso oggetto per un importo di euro 179.177,00, in assenza quindi di selezione pubblica.

Si osserva al riguardo che tale secondo contratto, oltre a superare il valore entro il quale il legislatore consente di procedere ad affidamento diretto, come sopra indicato, sembra altresì in contrasto con le previsioni dell'art. 35 commi 6 e 12, lett. a), del d.lgs. 50/2016 in tema di calcolo del valore stimato dell'appalto.

La disposizione citata stabilisce, infatti, al comma 12 che «Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato

periodo, è posto come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto: a) il valore reale *complessivo* dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, ove possibile, al fine di tenere conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale; b) il valore stimato *complessivo* dei contratti successivi aggiudicati nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai dodici mesi».

L'art. 35 aggiunge inoltre al comma 6 che «La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. *Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino*».

Si osserva al riguardo che, come chiarito dall'Autorità, il frazionamento degli appalti e il ripetuto affidamento al medesimo esecutore senza una gara aperta sono in contrasto con la disciplina in materia di contratti pubblici e costituiscono violazione dei principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, stabiliti dal diritto comunitario (*ex multis* delibera n. 628/2021). Pertanto, il divieto di frazionamento di un appalto, sancito dall'art. 35 del Codice, assurge a principio generale, avente la finalità di sottrarre da indebite ed arbitrarie scelte di "comodo" l'affidamento diretto di commesse che richiedono invece procedure di evidenza pubblica (deliberazione Anac n. 567/2019, n. 976/2019, Fasc. n. 4127/2022).

L'Autorità, con Linee Guida n. 4 (recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici") ha anche ribadito che al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti.

Nel caso di specie emerge un valore complessivo dell'affidamento di circa euro 320.000, per un arco temporale di circa sei mesi, e ciò appare in contrasto con le disposizioni sopra richiamate che per simili importi impongono l'affidamento del contratto con procedure ad evidenza pubblica e non consentono l'affidamento diretto. La fattispecie sembra configurare, inoltre, un frazionamento dell'appalto in contrasto con l'art. 35, comma 6 del Codice, trattandosi di due contratti aventi il medesimo oggetto e da affidare in un arco temporale limitato.

Allo stesso modo, nel caso di specie sembra censurabile la previsione, nell'ultima determina, di una proroga del servizio di ulteriori tre mesi.

Sul punto si evidenzia che ai sensi dell'art.106, comma 11, del d.lgs. 50/2016 «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».

La norma sancisce l'eccezionalità dell'istituto della proroga dei contratti pubblici, in coerenza a quanto già disposto dall'art. 23 della l. n. 62/2005 (Legge comunitaria del 2004), contemplante la possibilità di ricorrere a tale istituto solo "per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica".

In conformità alle disposizioni richiamate, l'Autorità (*ex multis* parere AG33/2013 e Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015) ha chiarito che la proroga è un istituto assolutamente

eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge n. 62/2005) la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati all'art. 30 del d.lgs. 50/2016. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara.

Tale avviso è stato ribadito e confermato dall'Autorità in numerose pronunce (deliberazioni n. 263/2018, n. 384/2018 e più recentemente deliberazioni n. 147/2021, n. 576/2021, n. 591/2021, n. 536/2020, parere Funz. Cons. 4/2022), sottolineando che affinché la proroga "tecnica" possa ritenersi legittimamente disposta, devono ricorrere taluni 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;
- 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"); inoltre, la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga;
- 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;
- l'opzione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara. Il legislatore in tema di proroga ha inoltre disposto chiaramente con l'art. 23 della L. 62/2005 che "I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi...".

L'Autorità ha aggiunto che l'utilizzo reiterato della proroga tecnica, si traduce in una fattispecie di affidamento senza gara e comporta la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 30, comma 1, del d.lgs. 50/2016 (delibera Anac n. 576/2021).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette all'attenzione del richiedente, per le valutazioni e gli accertamenti di competenza, l'avviso sopra riportato, reso in via collaborativa in attesa della piena implementazioneOMISSIS.....

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 12 luglio 2022