



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016 - Richiesta parere.

FUNZ CONS 42/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 20 giugno 2022, acquisita al prot. Aut. n. 48473, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 14 settembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di prorogare il contratto d'appalto per il servizio di refezione scolastica, sulla base delle motivazioni indicate nell'istanza, si rinvia in primo luogo alla delibera dell'Autorità n. 312/2020 (consultabile sul sito istituzionale), recante «prime indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni».

Ulteriori provvedimenti adottati dall'Autorità in relazione all'emergenza epidemiologica in corso, sono pubblicati sul sito istituzionale nella sezione "Emergenza Covid-19". Tra questi, il "Vademecum per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici" evidenzia la possibilità, per la stazione, per far fronte all'emergenza sanitaria in corso, di procedere alle eventuali e conseguenti variazioni dei contratti in corso di esecuzione, nei limiti previsti dall'art. 106, co. 1, lett. c) del Codice.

Con deliberazione n. 1022/2020 (*"Problematiche inerenti ai contratti aventi ad oggetto i servizi di ristorazione in conseguenza della situazione di emergenza sanitaria"*), è stato chiarito altresì che «L'obbligo di applicare le misure di cui al "Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" del 24 aprile 2020 nonché la richiesta di prestazioni ulteriori per far fronte alla particolare situazione di emergenza che sta interessando l'intero Paese costituisce presupposto idoneo a giustificare il ricorso ad una variante in corso d'opera per circostanze imprevedute e imprevedibili ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera c), del Codice dei contratti pubblici». Tuttavia, «Ai fini della corretta definizione dell'oggetto della variante, è necessaria un'accurata verifica dell'impatto delle misure di prevenzione e contenimento del contagio da COVID-19 sullo svolgimento della prestazione oggetto di affidamento, in particolare in termini di oneri aziendali per la sicurezza,

nonché delle modifiche in termini di quantità e di modalità di erogazione dei servizi richieste dalla stazione appaltante ai fini del rispetto delle predette misure di prevenzione e contenimento. La modifica delle modalità organizzative per la prestazione del servizio non costituisce, nel caso di specie, alterazione della natura generale del contratto».

In linea generale, quindi, a seguito dell'emergenza sanitaria da Covid-19, le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, nei limiti stabiliti dal citato art. 106, comma 1, lett. c) e secondo le indicazioni contenute nei predetti documenti.

Quanto alla possibilità di procedere alla proroga del contratto d'appalto in corso, si osserva in linea generale che «l'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno evidenziato come in materia di proroga dei contratti pubblici di appalto non vi sia alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa eurounitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve effettuare una nuova gara pubblica qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192)» (Atto del Presidente 13.4.2022 –fasc. 4127/2021).

La proroga soggiace a precise condizioni, come indicate dall'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 che, in tema di durata del contratto, prescrive 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».

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 dell'Autorità 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 dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. 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 (tra le tante, deliberazioni n. 263/2018, n. 384/2018, n. 536/2020 n. 147/2021, n. 576/2021, n. 591/2021, atto del Pres. 13.4.2022-fasc.336/2021), sottolineando più in dettaglio 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 e di conseguenza nel contratto. 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).

Anche la giurisprudenza amministrativa, esprimendo avviso coerente con quello sopra illustrato, ha ulteriormente evidenziato come per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo di un contratto quale contratto "nuovo", soggiacente a regole competitive, la proroga può essere concessa 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 (Cons. Stato, sez. V, n. 2151/2011 e, sul carattere eccezionale della proroga, nel senso sopra indicato, Cons. Stato n. 6955/2021).

Va ricordato infine che, come espressamente previsto dall'art. 106, comma 11, del Codice, in caso di proroga di un contratto pubblico «il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».

Pertanto, il ricorso a tale istituto, in quanto diretto a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale entro i limiti sopra indicati, non consente alle parti di apportare modifiche o rinegoziazioni delle condizioni contrattuali originariamente definite.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 19 settembre 2022