



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Contratto d'appalto – prosecuzione del servizio - Richiesta parere.

**FUNZ CONS 47/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 25 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 39914, 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 20 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.

Allo stesso modo, esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara (e contrattuali) dalle stesse predisposti (in tal senso parere AG 9/2017/AP).

Pertanto, in relazione alla questione sollevata nell'istanza di parere, riferita alla possibilità di proseguire il rapporto contrattuale con l'appaltatore, dopo la scadenza del contratto, per una parte delle prestazioni ad esso affidate, sulla base delle previsioni degli atti di gara e del contratto, può essere fornito un parere di carattere generale, reso esclusivamente sulla base degli elementi pervenuti.

A tal riguardo, sembra opportuno evidenziare in primo luogo che nel nostro ordinamento vige il divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici, sancito dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62 e ribadito nel d.lgs. 50/2016, il quale stabilisce all'art. 106, comma 11, 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».

Il principio del divieto di rinnovo e proroga dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall'art. 23 della l. 18 aprile 2005 n. 62, «ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell'ordinamento; il predetto divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato CE (che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici) ...» (TAR Campania, Napoli n. 1312/2020).

La proroga ed il rinnovo si traducono infatti «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 n. 304/2020).

Come sottolineato dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, in materia di rinnovo e proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è «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).

Stante il principio generale del divieto del rinnovo dei contratti pubblici sancito dall'art. 23 della legge 62/2005, con riferimento ai contratti stipulati nella vigenza del d.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, «l'Autorità ha rilevato residuali margini di applicabilità del rinnovo espresso a determinate condizioni e nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e par condicio alla base dell'evidenza pubblica. In particolare, l'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. n. 163/2006 ripristina indirettamente la possibilità di ricorrere al rinnovo dei contratti, ammettendo la ripetizione dei servizi analoghi, purché tale possibilità sia stata espressamente prevista e stimata nel bando e rientri in determinati limiti temporali (cfr. Parere n. 242/2008; Deliberazione n. 183/2007 della ex Avcp). Ma, soprattutto, condizione inderogabile per l'affidamento diretto dei servizi successivi è che il loro importo complessivo stimato sia stato computato per la determinazione del valore globale del contratto iniziale, ai fini delle soglie di cui all'art. 28 del citato d.lgs. 163 e degli altri istituti e adempimenti che la normativa correla all'importo stimato dell'appalto. Si rinvia, ex plurimis, alla delibera n. 6 del 20.02.2013 e al parere AG 38/13 del 24.07.2013» (*ex multis* delibera n. 427/2018 e più recentemente del. n. 184/2021).

Per ciò che concerne, invece, la cd. "proroga tecnica", preme evidenziare l'orientamento restrittivo dell'Autorità e della giurisprudenza, che ammettono la proroga tecnica solo in via del tutto eccezionale, poiché costituisce una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, enunciati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016.

Più in dettaglio, 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...».

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*

Atto firmato digitalmente il 27 settembre 2022