



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizio di copertura assicurativa RCT/O per le aziende sanitarie ed ospedaliere dellaOMISSIS.....
– richiesta di parere.

FUNZ CONS 12/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 10 gennaio 2023 acquisita al prot. Aut. n. 1485, 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 28 marzo 2023, 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. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto attiene al contratto in oggetto e alla possibilità per l’amministrazione aggiudicatrice, di disporre la proroga ai sensi dell’art. 106, comma 11, del d.lgs. 50/2016, tenuto conto del provvedimento giurisdizionale che ha dichiarato l’inefficacia del contratto stesso, disponendone il differimento *«sino al 31 dicembre 2022, o, se anteriore, sino alla stipula di un nuovo contratto all’esito della rinnovata procedura di evidenza pubblica»*.

In relazione a quanto richiesto, sembra opportuno evidenziare in primo luogo e in via generale che vige nell’ordinamento il divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici, secondo quanto stabilito dall’art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62 e ribadito nel d.lgs. 50/2016, il quale dispone 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, sancito dal citato art. 23 della l. n. 62/2005 *«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).

Per ciò che concerne la cd. "proroga tecnica", preme evidenziare l'orientamento restrittivo dell'Autorità e della giurisprudenza, che ammettono il ricorso a tale istituto solo in via del tutto eccezionale.

Più in dettaglio, l'Autorità (*ex multis* parere AG33/2013 e Comunicato del Presidente dell'Autorità del 4 novembre 2015), dopo aver ribadito che 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, ha sottolineato che la stessa, 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), chiarendo 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; 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 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».

Il ricorso alla proroga tecnica, alle condizioni ed entro i limiti sopra indicati, presuppone inoltre che il contratto d'appalto, validamente stipulato all'esito di una procedura di aggiudicazione, sia in corso di esecuzione e in scadenza.

Tenuto conto di quanto sopra, con specifico riferimento al quesito proposto dall'Amministrazione richiedente, sulla base degli elementi forniti nell'istanza, può osservarsi che non sembrano sussistere le condizioni per procedere ad una proroga tecnica ai sensi dell'art. 106, comma 11 del Codice, in presenza della dichiarazione giurisdizionale di inefficacia del contratto d'appalto e del suo differimento non oltre il 31 dicembre 2022.

In casi come quello descritto, pertanto, ove sussista la necessità di assicurare il servizio pubblico oggetto del pregresso affidamento, nelle more della nuova selezione ordinaria,

l'amministrazione potrebbe valutare l'opportunità di procedere mediante stipula di un contratto-ponte (in tale senso, TAR Toscana, n. 1667/2022).

L'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 consente, infatti, di ricorrere alla procedura negoziata senza bando «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

Tale procedura semplificata «è utilizzata, come disposto dalla norma, "nella misura strettamente necessaria", cioè non per addivenire all'affidamento a regime, bensì per stipulare un contratto ponte, di durata temporale limitata, funzionale a consentire l'espletamento della procedura ordinaria secondo le regole di evidenza pubblica comunitaria» (Tar Toscana cit.).

Il giudice amministrativo – dopo aver evidenziato la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE e dall'art. 32 della stessa direttiva, testualmente trasposto nell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 - ha aggiunto a quanto sopra che la pendenza di contenziosi giudiziari e i loro esiti *possono* costituire, in riferimento agli appalti di servizi indispensabili ed indifferibili, evenienza atta a rendere lecito il ricorso alla procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, *previa valutazione caso per caso* e «tenendo conto delle modalità e dei tempi di insorgenza del contenzioso giudiziario, del contenuto più o meno controverso del *thema decidendum*, degli esiti, anche cautelari, dell'intero giudizio» (Cons. di Stato n. 7827/2021). La predetta norma infatti «consente, di regola, la stipula del c.d. contratto-ponte, in alternativa alla c.d. proroga tecnica, ove sussista la necessità di garantire il servizio nel tempo strettamente necessario all'indizione di una nuova gara o alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario della gara *sub iudice* (cfr. Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687), con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice» (Cons. di Stato n. 7827/2021 cit.).

Ai fini del ricorso alla procedura negoziata senza bando, inoltre, come chiaramente stabilito dall'art. 63, comma 6, del d.lgs. 50/2016 «Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione».

Lo svolgimento della procedura negoziata senza bando, richiede pertanto il preliminare confronto competitivo tra gli operatori economici individuati dall'amministrazione aggiudicatrice, secondo il procedimento disciplinato dal citato art. 63, comma 6, del Codice.

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