



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento servizio di tesoreria – applicazione art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016- Richiesta parere.
FUNZ CONS 4/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 21 gennaio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 4278 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 2 febbraio 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 del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di prorogare un contratto pubblico, nelle more dell’espletamento della nuova procedura di aggiudicazione, modificando i termini del contratto originariamente stipulato con l’appaltatore uscente, sembra opportuno richiamare in primo luogo le disposizioni dell’art. 106, comma 11, del d.lgs. 50/2016 a tenore delle quali «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 all’art. 2 del d.lgs. 163/2006 [oggi sostituito 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 (deliberazioni n. 263/2018, n. 384/2018 e più recentemente deliberazioni n. 147/2021, n. 576/2021, n. 591/2021, n.

536/2020), 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 (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"); inoltre, la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG 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. 382/2018);
- 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).

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*.

Quanto invece all'eventualità che a seguito di una gara pubblica non vengano presentate offerte (gara deserta), si evidenzia che ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, è consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara - «dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti» - (tra l'altro) «qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta (...)» (art. 63, comma 2, lett. a).

Nel caso sopra indicato, tuttavia, come previsto dal comma 6 dello stesso art. 63 «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».

Con riferimento alla disposizione richiamata, l'Autorità ha più volte osservato che «la procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisca una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e possa essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma, *trattandosi di disciplina di stretta interpretazione*. La scelta di tale modalità di affidamento, in quanto derogatoria dell'evidenza pubblica, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza (Delibere Anac n. 346 del 22.4.2020, n. 447 del 27.5.2020, Linee guida n. 8 approvate con Delibera n. 950/2017)» (Delibera n. 268/2021).

Dunque, a seguito di gara deserta, il d.lgs. 50/2016 contempla la possibilità di esperire una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, previa consultazione di cinque operatori economici idonei, ove esistenti, secondo la procedura descritta dal citato comma 6, dandone adeguata motivazione nella determina a contrarre. Non è invece prevista, in tali circostanze, la possibilità di concludere direttamente con l'appaltatore uscente il contratto oggetto di affidamento, posto che la norma – come evidenziato - richiede in ogni caso la consultazione di cinque operatori economici idonei (ove esistenti), individuati nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione.

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 l'8 febbraio 2022