



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizi di collegamento marittimo traOMISSIS..... – art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 30/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 26 aprile 2023 acquisita al prot. Aut. n. 32110, 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 giugno 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 ai servizi pubblici indicati in oggetto e alla possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di disporre la proroga contrattuale in favore degli attuali affidatari, ai sensi dell'art. 106, comma 11, del d.lgs. 50/2016, tenuto conto dell'espletamento di cinque procedure di gara per l'affidamento in concessione dei predetti servizi, andate deserte, e della necessità di assicurare la continuità dei servizi stessi, nei termini indicati nell'istanza di parere.

In relazione a quanto richiesto, sembra opportuno evidenziare in primo luogo e limitatamente agli aspetti di interesse ai fini del parere, che ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 [*applicabile anche alle concessioni, in forza del rinvio operato dall'art. 164, comma 2, alla parte I e alla parte II del Codice, per quanto compatibile*], 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, 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».

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.

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, all'art. 63, 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» (parere funz cons n. 4/2022).

Il d.lgs. 36/2023 (*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*), conferma la previsione sopra richiamata, prevedendo all'art. 158, comma 2, lett. a), la possibilità di esperire una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, in caso di gara nella quale «non sia pervenuta alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata», ribadendo altresì, al comma 3, che «Ove possibile, le stazioni appaltanti 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 e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, 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».

In relazione a quanto sopra osservato in ordine alla procedura da seguire in caso di gara deserta, sembra opportuno aggiungere che con Linee guida n. 14, l'Autorità ha indicato la possibilità di svolgere le consultazioni preliminari di mercato ai sensi dell'art. 66 del d.lgs.50/2016, quale strumento che consente alle amministrazioni pubbliche di ridurre le asimmetrie informative su determinati mercati e una migliore conoscenza degli aspetti tecnici degli acquisti, al fine di consentire al mercato di produrre offerte più efficacemente orientate al soddisfacimento del bisogno pubblico. Dal punto di vista dell'economicità e dell'efficienza dell'attività amministrativa, l'istituto inoltre, *consente di ridurre il rischio di gare deserte e rappresenta un esercizio di leale collaborazione tra pubblico e privato* (così Relazione Illustrativa delle linee guida n. 14).

Ciò in quanto «La consultazione è finalizzata a predisporre con maggiore competenza gli atti di gara, nonché a informare gli operatori economici circa le proprie intenzioni di acquisto e i relativi requisiti, affinché gli affidamenti avvengano secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali. Essa persegue, altresì, lo scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e, in tal modo, consente economie di mezzi e risorse. In tal senso, l'istituto assume una duplice, non scindibile, finalità di sostegno alle amministrazioni e di informazione per il mercato, volta a far convergere gli sforzi della domanda e dell'offerta al fine di favorire l'acquisizione più adeguata di beni e servizi» (relazione Illustrativa delle linee guida n. 14).

Le consultazioni preliminari di mercato «possono essere svolte per la predisposizione di appalti di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'articolo 66, del Codice, indipendentemente dal valore della commessa, *nonché delle concessioni*, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 164 del Codice. La disciplina si applica anche agli appalti da affidare nei settori speciali, in forza del rinvio contenuto nell'articolo 122 del Codice» (par. 2, linee guida n. 14).

Tale istituto può costituire, quindi, un utile ausilio per la stazione appaltante al fine di predisporre gli atti di gara in coerenza con i reali fabbisogni della stessa, secondo i migliori criteri tecnici e concorrenziali e in modo tale da rendere l'appalto contendibile per il mercato di riferimento.

Occorre aggiungere a quanto sopra che «in caso di gara nella quale non risulti pervenuta alcuna offerta, la stazione appaltante è tenuta a valutare le motivazioni che hanno condotto all'infruttuosità della procedura, cercando di comprendere i motivi del disinteresse da parte degli operatori economici (riconducibili ad esempio alle caratteristiche dell'oggetto dell'affidamento, ai requisiti richiesti per l'accesso alla gara, al prezzo a base d'asta) e riconsiderando, nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa, gli obiettivi, la portata e le condizioni tecniche ed economiche del contratto, al fine di renderlo contendibile per il mercato di riferimento» (parere Anac prot. 54410/2021).

Pertanto, nel caso di specie, la stazione appaltante dovrebbe opportunamente valutare una rimodulazione della *lex specialis* per la quale si è verificata l'assenza di offerte, in funzione delle ragioni che hanno determinato l'assenza di partecipazione da parte degli operatori economici alle precedenti procedure di gara, valutando altresì, a tali fini, l'opportunità di procedere ad una consultazione preliminare di mercato ex art. 66 del Codice, nel senso sopra indicato.

Si aggiunga a quanto sopra, in ordine alla possibilità di prorogare i contratti in corso d'esecuzione nelle more dell'espletamento delle nuove procedure di gara per l'affidamento di un servizio pubblico, 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 chiaramente 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».

In continuità con tale previsione normativa, anche il d.lgs. 36/2023 (*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*), conferma all'art. 120 (modifica del contratti in corso di esecuzione), comma 10, che «Nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante».

Il comma 11 della stessa disposizione aggiunge che «In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto».

Con specifico riferimento alle concessioni, inoltre, il nuovo Codice – con disposizioni ancora più restrittive - sancisce che «La durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all'articolo 192, comma 1» (art. 178, comma 5).

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, nel rispetto dei limiti e delle condizioni di seguito indicati.

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 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, parere funz cons n. 4/2022, n. 12/2023), nelle quali è stato evidenziato 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.

Va ricordato infine che, come previsto dall'art. 106, comma 11, del Codice e confermato dall'art. 120, comma 11, del d.lgs. 36/2023, in caso di proroga di un contratto pubblico, in presenza delle condizioni sopra indicate, «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» (parere funz cons n. 4/2022).

Premesso tutto quanto sopra, tenuto conto che nel caso prospettato l'atto di ulteriore proroga è stato già adottato, pur prendendo atto della scelta operata dall'amministrazione per la più efficace cura dell'interesse pubblico sotteso l'affidamento disposto, è doveroso evidenziare, pro futuro, anche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023, che in caso di gare deserte, a rigore, il Codice consente alla stazione appaltante, di affidare il contratto con la procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. a), anche al fine di addivenire in tempi celeri alla conclusione del contratto stesso e garantire, quindi, la continuità del servizio oggetto di affidamento.

Si rappresenta, infatti, che secondo l'avviso dell'Autorità, a fronte dell'urgenza di garantire il servizio, è consentito alla stazione appaltante il ricorso alla c.d. "gara ponte" ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016, in attesa dell'affidamento del contratto con le ordinarie procedure previste nel Codice, nel miglior rispetto dei principi europei di libera concorrenza e di non discriminazione (atto Pres. del 13.4.2022-fasc.4127/2021; Atto Pres.13.4.2021-fasc.336/2021).

Il coerente avviso del giudice amministrativo conferma, in casi di estrema urgenza per via di eventi imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante, la possibilità di svolgere la procedura negoziata senza bando ai sensi del citato art. 63, comma 2, lett. c), per «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 ..., con scelta tra le possibili soluzioni alternative rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. Stato, III, 26 aprile 2019, n. 2687; Sez. V, 22 novembre 2021, n. 7827)» (*ex multis* TAR Lazio n. 1284/2023).

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

Originale firmato digitalmente