

Prot. nr. 16378

San Giorgio di Piano, 2 marzo 2020

Ai Signori Dirigenti
Ai Signori Titolari di posizione organizzativa
e p. c. Al Signor Presidente dell'Unione Reno Galliera

L L . S S

OGGETTO: Il rinnovo convenzionale e la proroga "tecnica" dei contratti pubblici. Direttiva.

Premetto che:

- sugli istituti della proroga e del rinnovo dei contratti pubblici l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) è intervenuta in numerosi casi ed ha chiarito che la proroga "è un istituto assolutamente eccezionale ed, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice."

Quanto al rinnovo l'ANAC "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."

Ciò premesso, in base ai "principi generali del diritto civile, per rinnovo del contratto si intende la formalizzazione di un nuovo rapporto tra le parti, in sostituzione di quello precedentemente in essere, e da questo diverso, in parte, anche nel contenuto. In altri termini, con il rinnovo, si dà luogo ad una rinnovazione del contratto, cioè ad un nuovo contratto, il quale presenta diversi elementi di differenziazione e di autonomia rispetto al contratto pregresso (diverse clausole e diverso contenuto). Viceversa la proroga del contratto comporta soltanto una prosecuzione temporale del medesimo, lasciando inalterato il restante contenuto del contratto.

In estrema sintesi ".....mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto ,il quale resta regolato dalla sua fonte originaria,il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti" (Consiglio di Stato ,Sezione III,n. 1337 del 2018).

Una clausola inserita nel contratto che preveda espressamente la prosecuzione del rapporto alla scadenza del contratto stesso deve essere qualificata come "rinnovo convenzionale" e non come "proroga convenzionale"

Il nuovo codice dei contratti pubblici prevede espressamente,all'articolo 106, comma 11, una opzione di proroga , esclusivamente ,collegata "al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione del nuovo contraente".

In buona sostanza, l'unica proroga ammessa è una "proroga tecnica", nelle more dell'avvio e della conclusione della procedura di gara per la scelta del miglior contraente.

Una recente sentenza del Tribunale Amministrativo del Lazio "ritiene che il rinnovo convenzionale sia legittimo, pur se deve scontare un aggravio motivazionale (ragioni di convenienza e di pubblico interesse) in caso di attivazione, fatto salvo l'inserimento di una clausola sin dall'origine negli atti di gara che preveda la prosecuzione del contratto a determinate condizioni". Tale clausola deve poi rinvenirsi nel contratto, con l'indicazione che al rinnovo, eventuale, del contratto si ricorre in presenza di motivate ragioni di convenienza e di pubblico interesse.

Rammento che, tra le attività comprese nelle aree di rischio, individuate come sensibili alla corruzione, sono stati individuati, per gli Enti locali, nell'allegato 1. al Piano nazionale Anticorruzione 2019, (P N A) i "contratti pubblici" e che il Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (P T P C T) 2010, di questo Ente (Articolo 6 - Programmazione) tiene conto di tale individuazione, precisando che:

" Programmazione

-Omissis ;

- indizione almeno tre mesi prima della scadenza di contratti aventi per oggetto la fornitura di beni e servizi delle procedure di aggiudicazione;

- attestazione, da parte del responsabile del procedimento, della ricorrenza dei presupposti di fatto e di diritto che legittimano eventuali affidamenti d'urgenza o proroghe o nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture alle ditte già affidatarie del medesimo od analogo appalto, tenuto conto del Comunicato del Presidente ANAC del 4 marzo 2015 avente ad oggetto "Utilizzo improprio delle proroghe/rinnovi di contratti pubblici".

Evidenzio, che a seguito dell'attività di controllo della regolarità amministrativa nella fase successiva, relativa al 2019, a valere sulle determinazioni dirigenziali ed i contratti, è emersa l'opportunità di fornire, ulteriori chiarimenti a beneficio dei responsabili del procedimento chiamati ad applicare gli istituti della proroga e del rinnovo dei contratti.

Alla luce, quindi, di tutto quanto sinora esposto allo scopo di evitare l'adozione di atti illegittimi e scongiurare il rischio di incorrere nelle conseguenti responsabilità amministrative ed erariali, è opportuno nell'ambito dell'azione amministrativa che il responsabile del procedimento tenga conto di quanto appresso viene specificato.

La "Proroga tecnica"

Per ritenere legittimo il ricorso all'istituto di natura eccezionale della "proroga tecnica" è necessario che ricorrano i presupposti desumibili dall'articolo 106 del Codice dei contratti pubblici, rubricato "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia".

In particolare il comma 11 dell'articolo 106 del D. L. g s n. 50 del 18.04.2016, stabilisce 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."

Dal contenuto del comma 11 dell'articolo 106 del codice si evince, quindi, che:

a) la c.d. "proroga tecnica" deve essere prevista nel bando e nei documenti di gara attraverso una specifica "clausola d'opzione", che consenta all'amministrazione di optare a favore della prosecuzione dell'efficacia del rapporto, con spostamento in avanti del solo termine di scadenza. La clausola di opzione deve essere presente, congiuntamente, sia nel bando sia nel capitolato speciale (o in altri documenti complementari). La clausola d'opzione va inserita anche nelle procedure di aggiudicazione gestite mediante il sistema dell'affidamento diretto e della procedura negoziata. La clausola d'opzione a favore della c.d. "proroga tecnica", va inserita poi nel contratto d'appalto.

La determinazione dirigenziale che dispone la "proroga tecnica" deve contenere il richiamo espresso al paragrafo del bando, del capitolato o di altro documento della lex specialis nel quale è contemplata la clausola d'opzione ed è altresì necessario richiamare, espressamente, anche l'articolo del contratto d'appalto nel quale è indicata la clausola d'opzione.

b) La "proroga tecnica" deve essere adottata con determinazione dirigenziale prima della scadenza del contratto al quale la proroga medesima si riferisce. Se il contratto è già scaduto non può farsi luogo, tecnicamente, ad una proroga, tenuto conto del fatto che non esiste più un contratto. In tutti i casi in cui si dispone la "proroga tecnica" dopo che il contratto è già scaduto si è in presenza di un vero e proprio affidamento diretto.

c) La "proroga tecnica" è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura necessaria per l'individuazione di un nuovo contraente, ne consegue che, quando viene adottata la determinazione di proroga c.d. tecnica deve essere già stata adottata, a monte, la determinazione a contrarre per dare avvio alla procedura di aggiudicazione del nuovo contratto. In sintesi, la procedura di aggiudicazione del nuovo contratto deve risultare in corso di svolgimento.

Di tale situazione di fatto (pendenza e svolgimento attuale ed in corso della procedura di affidamento del nuovo contratto) è necessario dare espressamente atto nella determinazione che dispone la proroga c.d. tecnica, indicando, altresì, il numero di CIG identificativo della procedura di affidamento in corso.

d) La proroga c.d. tecnica si configura come la prosecuzione dell'efficacia del rapporto, determinando lo spostamento in avanti del solo termine di scadenza che ha natura di patto accessorio rispetto al contratto di appalto.

Si tratta di un rimedio eccezionale, finalizzato ad assicurare la prosecuzione del rapporto senza soluzione di continuità, nelle more della stipulazione del nuovo contratto di appalto.

Non è sufficiente, tuttavia, richiamare nella determinazione che dispone la proroga, la necessità di "garantire la continuità del servizio/fornitura", potendosi configurare questa motivazione come una semplice "clausola di stile" che maschera, in realtà, ritardi ed inefficienze della stazione appaltante nel dare avvio alla procedura di aggiudicazione per la conclusione di un nuovo contratto prima della scadenza di quello in essere.

"La proroga c.d. tecnica nella sua accezione tecnica ,ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro." (Deliberazione n. 86 del 06.10.2011 dell' AVCP).

e) L'istituto della proroga c. d. tecnica trova legittima applicazione soli in limitati ed eccezionali casi, "per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione", in cui vi sia la necessità di assicurare in modo precario il servizio nelle more del reperimento di un nuovo operatore economico.

Per le ragioni sopra esposte è, quindi, necessario che la determinazione di proroga c. d. tecnica fornisca le congrue motivazioni in esito alla circostanza di aver attivato tutti gli strumenti (organizzativi e/o amministrativi) necessari ad evitare il generale e tassativo divieto di proroga stessa dei contratti in corso e le correlate distorsioni del mercato.

In virtù della natura temporanea ed eccezionale dell'istituto della proroga c. d. tecnica, la stessa deve avere una durata non superiore a sei (6) mesi.

f) La determinazione che dispone la proroga c.d. tecnica del contratto deve specificare se il contraente è tenuto, per tutta la durata della proroga, all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto originario:

- Agli stessi prezzi, patti e condizioni
Ovvero
- a prezzi, patti e condizioni più favorevoli per la stazione appaltante.

A tale proposito, è opportuno che il R U P acquisisca agli atti idonea documentazione comprovante la negoziazione con l'operatore economico volta ad ottenere le condizioni più vantaggiose per l'Ente, al fine di salvaguardare il principio dell'economicità della proroga.

La presente ha valore di direttiva in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza e viene inoltrata ai i dirigenti ed ai titolari di posizione organizzativa ed in tal senso i soggetti interessati sono tenuti ad attenersi ai contenuti della stessa.

Ai fini della opportuna pubblicità la presente nota viene pubblicata sul sito istituzionale dell'ente, nella Sezione Amministrazione trasparente/Altri contenuti/Prevenzione della corruzione.

Augurando buon lavoro

Il R P C T
Vincenzo Errico