

Giovedì 31 ottobre 2019

RINNOVO E PROROGA DELL'APPALTO

Premessa

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016, l'istituto giuridico della "proroga" e l'istituto del "rinnovo" del contratto d'appalto (di durata), un tempo distinti e facilmente distinguibili, di fatto, sono stati sovrapposti sino a "coincidere", tant'è che oggi, nella disciplina del Codice dei contratti i due termini, proroga e rinnovo, sono da ritenersi dei sinonimi.

Il maldestro utilizzo dell'uno o dell'altro istituto può, ancora oggi, determinare contenziosi. Proviamo, quindi, ad esemplificare il contenuto delle clausole di proroga e di rinnovo ed a chiarirne il corretto utilizzo.

Disciplina previgente

Nel regime del decreto legislativo 163/2006, oggi abrogato, e della disciplina ancora precedente, il rinnovo del contratto di durata consisteva in una "nuova negoziazione", con l'appaltatore titolare del contratto in essere, che poteva concludersi:

- ✓ con l'integrale conferma delle precedenti condizioni;
- ✓ con la modifica di alcune clausole contrattuali, in quanto non più attuali.

Entrambe queste ipotesi, oggi, non sono più praticabili, fatta salva l'ipotesi dell'art. 63 comma 5 del Codice dei contratti, come vedremo. La proroga, invece, consisteva (e consiste tutt'ora) nel mero differimento del termine finale del rapporto contrattuale che, per ogni altro contenuto, rimaneva identico al titolo originario. In punto di diritto, la proroga del contratto d'appalto poteva essere distinta in "ordinaria" e "tecnica". "Ordinaria" era la proroga che comportava il differimento del termine di scadenza del contratto a condizioni immutate.

La proroga ordinaria doveva essere prevista nei documenti di gara e nel contratto, anche ai fini della quantificazione del valore dell'appalto in gara. Si distingueva dal "rinnovo con integrale conferma delle precedenti condizioni", perché la proroga operava "automaticamente" per effetto della decisione unilaterale della stazione appaltante, non richiedeva alcuna "negoziiazione" con l'appaltatore (oggi, questo istituto corrisponde alla nozione di "rinnovo" inserita dall'ANAC nei Bandi Tipo).

La "proroga tecnica", seppur non sempre disciplinata nei documenti di gara e nel contratto, consentiva alla stazione appaltante (... in ritardo con la procedura di gara) di conservare il contratto in essere ed assicurare l'erogazione dei servizi nelle more dello svolgimento della nuova selezione (oggi è normata dall'art. 106 del Codice dei contratti).

Il rinnovo

Il decreto legislativo 50/2016 si riferisce al rinnovo unicamente:

- ✓ all'art. 35, comma 4, quando prevede che per la stima del valore contrattuale si tenga conto dell'importo massimo, "ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara";
- ✓ all'Allegato XIV (ad esempio: Parte I paragrafo C, punto 27; Parte II paragrafo B punto 5; paragrafo D punto 6, ecc.).

Il legislatore, al contrario di quanto previsto per la proroga, non fornisce alcuna indicazione in merito ai contenuti dell'istituto del rinnovo. Tra l'altro, il legislatore del d.lgs. 50/2016 non ha riproposto il riferimento a suo tempo contenuto nella procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 7, del d.lgs. 163/2006; il vigente art. 63 non reca più il divieto di "rinnovo tacito", pertanto parrebbe più complesso ritenere implicitamente ammesso quello "espreso", seppur previsto nei documenti di gara. In realtà, il legislatore nella bozza del Codice dei contratti del 2016 aveva espressamente normato anche l'ipotesi del rinnovo del contratto d'appalto di durata.

Ipotesi cassata dal Consiglio di Stato. Il massimo Giudice amministrativo, infatti, nel parere reso sulla bozza del Codice dei contratti (parere n. 855/2016) ha invitato il Governo a stralciare la previsione del "rinnovo", allora contenuta nell'art. 106.

Secondo il Consiglio di Stato: "In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali). In altri termini, se vi è modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara. Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto 'rinnovato': vanno conseguentemente soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il contenuto del contratto rinnovato [...]".

Pertanto, i riferimenti contenuti nell'attuale art. 35 e nell'allegato XIV devono essere letti in termini diversi rispetto al passato: il contenuto del contratto deve rimanere invariato nel caso di rinnovo, che deve avvenire "alle medesime condizioni". Non a caso l'ANAC, sia nel Bando Tipo n. 1, per l'affidamento di servizi e forniture sopra soglia, sia nel Bando Tipo n. 2, relativo ai contratti di pulizia, al Paragrafo 4.2 (Opzioni e rinnovi), ha riportato:

"[Facoltativo: rinnovo del contratto] La stazione appaltante si riserva la facoltà di rinnovare il contratto, alle medesime condizioni, per una durata pari a ... [indicare una durata non superiore a quella del contratto iniziale], per un importo di euro ..., al netto di Iva nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze. La stazione appaltante esercita tale facoltà comunicandola all'appaltatore mediante posta

elettronica certificata almeno ... [indicare i giorni/mesi] prima della scadenza del contratto originario”.

L'Autorità attraverso la formulazione dei Bandi Tipo ha rimosso ogni dubbio circa la possibilità di prevedere il rinnovo con modifiche del contratto anche nel regime del nuovo Codice ma, rispettando le indicazioni del Consiglio di Stato e, quindi, le direttive europee, ha stabilito che il rinnovo possa intervenire solo alle **medesime condizioni del contratto iniziale**.

L'ANAC ha ritenuto tutt'ora vigente l'istituto del “rinnovo”, ma a condizioni diverse da quelle previste fino all'approvazione del d.lgs. 50/2016: l'appalto non può mai avere un contenuto diverso da quello del contratto originario, le clausole non possono essere modificate.

Inoltre, come nell'ordinamento previgente:

- ✓ la clausola che consente il rinnovo deve essere espressamente inserita nei documenti di gara e nel contratto;
- ✓ la durata del rinnovo non può essere maggiore del contratto iniziale;
- ✓ in fase di gara, il valore complessivo dell'appalto deve tenere conto anche del rinnovo, sia per stimare la base d'asta che ai fini delle garanzie;
- ✓ l'opzione di rinnovo deve sempre essere esercitata prima dello spirare del termine di conclusione del contratto.

Come alcuni autori hanno correttamente osservato, si potrebbe anche ritenere che l'istituto del “rinnovo” non sia più presente nel nostro ordinamento e che sia preferibile parlare unicamente di “proroga” contrattuale. L'ANAC, ai Paragrafi 4.2 dei Bandi Tipo nn. 1 e 2, invece, ha preferito conservare l'istituto, anche se con caratteristiche del tutto simili a quelle della “proroga ordinaria”.

La proroga

Secondo la disciplina previgente al d.lgs. 50/2016, la proroga consisteva nel posticipare il termine finale del contratto. Non a caso, la proroga non esige neppure, secondo le indicazioni dell'ANAC, la richiesta di un nuovo CIG.

L'art. 106 comma 11 del Codice dei contratti, a chiare lettere, stabilisce che la durata del contratto possa essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione, se “prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga”.

La proroga, però, “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”.

Una caratteristica della proroga, spesso sottovalutata dagli operatori, è l'eccezionalità.

E' possibile ricorrere alla proroga, di un contratto in essere, "ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente" (Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2882/2009).

"La proroga [...] costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (Consiglio di Stato, Sezione III, III, n. 1521/2017)".

"In materia di proroga dei contratti non c'è spazio alcuno per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, 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" (TAR Sardegna, Cagliari n. 755/2014; Consiglio di Stato, Sezione III, n. 1521/2017). Pertanto, se la stazione appaltante decide la proroga del rapporto contrattuale, la determinazione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo chiarire le ragioni per le quali si ritiene di discostarsi dal principio generale che impone una nuova selezione pubblica.

Connesso all'eccezionalità della proroga è il requisito per il quale l'istituto potrà essere attivato solo "per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione", qualora sussista la necessità di assicurare la continuità del servizio nelle more dell'espletamento della gara (Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2882/2009).

Anche l'ANAC ribadisce che "la proroga è un rimedio eccezionale utilizzabile per ragioni non dipendenti dall'amministrazione" (ANAC, deliberazione n. 384 del 17 aprile 2018, pag. 7).

La legge 62/2005

L'art. 23 della legge 62/2005 (la Legge comunitaria 2004) recita: "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 e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Nonostante la norma sia precedente, non solo all'attuale Codice dei contratti, ma pure al previgente d.lgs. 163/2006, e nonostante sembri riferirsi ai contratti d'appalto "già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge" (che venne pubblicata il 27 aprile del 2005), a parere dell'ANAC l'art. 23 della legge 62/2005, che non è mai stato espressamente abrogato, è tutt'ora applicabile. In particolare, secondo l'Autorità è ancora vincolante la previsione del termine massimo di durata della proroga: sei mesi.

"In relazione al termine indicato dall'art. 23 della legge 62/2005", si sbaglia la stazione appaltante che consideri "la norma superata perché riferita ad un determinato momento storico, in quanto il riferimento legislativo è esistente e non ha cessato di produrre i propri effetti". Secondo l'Autorità, l'importanza giuridica dell'art. 23 della legge 62/2005 "è notevole, perché costituisce il risultato di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti del nostro Paese per violazione degli articoli 43 e 49 del Trattato CE ad opera della normativa nazionale".

Pertanto, "ne consegue che detto intervento normativo, oltre ad avere la finalità di escludere ed impedire, in via generale e incondizionata, la rinnovazione dei contratti di appalto scaduti, è volto anche ad impedire che altre disposizioni dell'ordinamento, possano essere interpretate come deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, come nel caso dell'istituto della proroga" (ANAC, deliberazione n. 384 del 17 aprile 2018, pagg. 7-8). Anche la Giurisprudenza amministrativa ha precisato, da un lato, che il limite "è operante anche in relazione a quei contratti che erano già stati conclusi al tempo dell'entrata in vigore dell'art. 23 della legge 62/2005" (TAR Lazio, Roma, Sezione II, 4 settembre 2017 n. 9531) e, dall'altro, che il principio stabilito dall'art. 23 "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" (TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 3 ottobre 2016 n. 1281).

L'art. 106 comma 11 del Codice dei contratti si limita a stabilire che la proroga tecnica sia ammessa per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. Considerando vigente l'art. 23 della legge 62/2005, tale lasso di tempo non può mai superare i sei mesi. Ai fini della valutazione della legittimità, la giurisprudenza ha ritenuto rilevante anche il numero delle proroghe disposte per il medesimo appalto (TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 3 ottobre 2016 n. 1281), che, in ogni caso, dovranno restare entro il limite di sei mesi dalla scadenza del contratto.

Modulistica

L'esame degli istituti del rinnovo e della proroga proseguirà, a breve, in una prossima circolare nella quale esamineremo anche i lavori ed i servizi complementari di cui all'art. 63 comma 5 del Codice. Nel frattempo, proponiamo un nostro facsimile della determinazione di proroga tecnica.

Proroga tecnica del contratto d'appalto di durata relativo a servizi e forniture

[Scarica il modello in formato pdf](#)

TI SEGNALIAMO INOLTRE



I micro acquisti e gli affidamenti diretti

Guida pratico-operativa per la gestione delle procedure sotto soglia di forniture e servizi

di **Salvo Biancardi**

Una guida per il corretto svolgimento delle procedure negoziate sotto soglia e dei micro acquisti, in linea con la nuova disciplina vigente: questo è ciò che il presente manuale – aggiornato alla Delibera 10 luglio 2019, n. 636 (Linee Guida ANAC n. 4), alla Legge 14 giugno 2019, n. 55 (Sblocca-Cantieri) e alla Legge europea 3 maggio 2019, n. 37 (Termini di pagamento) – intende fornire ai RUP delle stazioni appaltanti.

ACQUISTA ONLINE