

## UFFICIO STUDI CODAU

### ***"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".***

La proroga e il rinnovo dei contratti di appalto

Il presente commento trae origine da una recente [sentenza](#) del TAR Campania (n. 1312/2020) e da altre precedenti nonché da pronunce ANAC in materia, certamente di interesse anche per Atenei.

La disciplina dei contratti pubblici risiede nel D.Lgs. n. 50/2016 e smi a cui sono collegate le Linee guida elaborate dall'ANAC<sup>1</sup>. Presto ci sarà anche il regolamento attuativo, di cui sono circolate varie versioni provvisorie, previsto dall'art. 216 comma 27-octies<sup>2</sup>, introdotto nel 2019. In via generale, l'opzione di **rinnovo** e di **proroga**<sup>3</sup> del contratto sono strumenti a disposizione della Stazione appaltante per estendere nel tempo gli effetti di un contratto d'appalto ed evitare un blocco dell'azione amministrativa. La differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento consensuale del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario<sup>4</sup>, generandosi un aumento quantitativo delle (medesime) prestazioni contrattuali.

L'art. 6 comma 2 della L. n. 537/1993 dispone che *E' vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in*

---

<sup>1</sup> V. art. 213 comma 2: *L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice.*

<sup>2</sup> *Nelle more dell'adozione, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Il regolamento reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.*

<sup>3</sup> In dottrina v. ASARO Massimo, La proroga tecnica dei contratti pubblici: il caso e la necessità, su Giustamm.it Rivista di diritto amministrativo, 2020.

<sup>4</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. IIbis, 10/09/2018 sent. n. 9212, Cons. Stato, Sez. III, 05/03/2018, sent. n. 1337. Per la ripetizione di servizi analoghi (art. 63 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016) e Bandi tipo ANAC si veda Miraglia A., Il rinnovo espresso e la ripetizione dei servizi analoghi, su Lexitalia.it, 2017.

*concessione a soggetti iscritti in appositi albi*<sup>5</sup>. La disposizione proibisce il fenomeno del rinnovo tacito, quale estensione temporale e prestazionale del contratto in assenza di una apposita determinazione a contrarre e formalizzazione negoziale.

Con l'art. 23 comma 2 della Legge n. 62/2005<sup>6</sup> è stato introdotto un generale divieto di proroga di qualsiasi rapporto negoziale con la PA, prevedendo una tantum la possibilità di operare una proroga tecnica quale deroga sottoposta a stringenti condizioni. La giurisprudenza si era attestata su questa posizione: «In materia di appalti pubblici, né l'art. 23 della l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), né l'art. 57 D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale, impediscono il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia ab origine prevista negli atti di gara e venga esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione»<sup>7</sup>. La normativa è ispirata alla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto in elusione al principio di concorrenza, che più di ogni altro garantisce la scelta del miglior contraente, sia sotto il profilo della qualificazione tecnica dell'operatore, che della convenienza economica del contratto. Qualora, tuttavia, la possibilità della proroga contrattuale sia resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, di modo che ognuno possa formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 e smi, la materia è disciplinata dall'art. 106 che tratta di ogni modifica contrattuale. In particolare i commi 11 e 12 stabiliscono 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. La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.*

Per i contratti sorti in vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, alle proroghe continuano ad applicarsi le norme dello stesso D.Lgs. n. 163/2006, che tuttavia non differiscono, nella sostanza, da quelle dell'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016<sup>8</sup>.

Sulla questione l'ANAC<sup>9</sup> si è espressa in più occasioni e ha rimarcato che la proroga tecnica ha una unica funzione, quella di essere «uno strumento di transizione per qualche mese di ritardo determinato da fatti imprevedibili, per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova procedura e diventa un ammortizzatore pluriennale di inefficienze di programmazione». La proroga tecnica sarebbe ammissibile soltanto nella misura in cui costituisca l'unica soluzione praticabile per garantire la continuità di una funzione o di un servizio pubblico essenziale, al solo fine di assicurare l'erogazione di servizi essenziali e

---

<sup>5</sup> L'art. 57 comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006 disponeva: *E' in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli*. V. anche art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006.

<sup>6</sup> *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.*

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. III, 05/07/2013, sent. n. 3580.

<sup>8</sup> ANAC Comunicato del Presidente dell'11/05/2016.

<sup>9</sup> ANAC Delibera 25/09/2019 n. 882.

indispensabili, dopo aver affidato la gara e nelle more della definizione della procedura della stessa, quando, per fatti non imputabili all'Amministrazione, vi sia un imprevisto prolungamento del relativo iter. Quando la gara è indetta da enti diversi dalla Stazione appaltante (es. centrali di committenza nazionale o regionale) le anomalie dei tempi di preparazione e svolgimento della gara (aggregata) possono essere elementi esogeni invocabili nella motivazione del provvedimento di proroga. Possono essere considerate valide motivazioni quelle connesse a novità legislative, per il tempo strettamente necessario a correggere i documenti, il contenzioso giudiziale, il ritardo nel finanziamento da parte di terzi, etc. Poco plausibili sono fatti quali il numero di offerte pervenute, la mole di documenti da verificare etc.

Ferma restando la necessità di considerare, anche ai fini di una motivazione solida, la situazione di fatto, la proroga tecnica dei contratti di appalto non sarebbe consentita:

- a) se vi sono strumenti ordinari concorrenziali alternativi utilizzabili o la disponibilità di accordi/convenzioni Consip;
- b) quando è determinata da fattori endogeni della Stazione appaltante<sup>10</sup>;
- c) quando è disposta prima dell'avvio della nuova procedura di scelta del contraente<sup>11</sup>;
- d) quando è plurima, dato che è ammessa una sola proroga<sup>12</sup>;
- e) quando l'opzione di proroga non era prevista nell'originario bando di gara<sup>13</sup>;
- f) se disposta senza una determinazione dirigenziale analiticamente motivata a seguito di una rituale istruttoria procedimentale<sup>14</sup>;
- g) se disposta dopo la scadenza del contratto;
- h) quando eccede i sei mesi<sup>15</sup>.

Si ricorda che, anche in materia di appalti:

1. ai sensi dell'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020, *Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati. Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento*<sup>16</sup>

2. ai sensi dell'art. 2 della L. n. 241/1990, *La mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente;*

3. ai sensi dell'art. 7 della L. n. 69/2009, *Il rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti rappresenta un elemento di valutazione dei dirigenti; di esso si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato.*

---

<sup>10</sup> Cons. Stato, Sez. V, 29/05/2019, sent. n. 3588 e TRGA di Trento, 20/12/2018, sent. n. 382. E' illegittima se «dovuta non a oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della gara, ma a un'indizione tardiva che appare in realtà soggettivamente addebitabile all'amministrazione»

<sup>11</sup> ANAC Delibera 15/05/2019 n. [423](#) e Parere AG n° 33/2013; in senso contrario Delibera 17/04/2018 n. [384](#).

<sup>12</sup> TAR Lombardia – Brescia, Sez. II, 03/10/2016, sent. n. 1281.

<sup>13</sup> ANAC Delibera 15/05/2019 n. [423](#).

<sup>14</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 24/11/2011, sent. n. 6194.

<sup>15</sup> V. Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale Veneto, sent. n. 20/2020: i primi sei mesi successivi alla scadenza naturale del contratto costituiscono un limite di tempo ragionevole per concludere la procedura di affidamento del servizio, anche tenendo conto dei vari ostacoli burocratici.

<sup>16</sup> V. [nota](#) del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 23/03/2020.