



COMUNE DI USINI

PROVINCIA DI SASSARI

Via Risorgimento n° 70 – Tel. 079/3817000 – Fax. 079/380699

E- Mail comunediisini@cert.legalmail.it

Prot. N. 11912 del 25/11/2021

Ai Responsabili dei servizi

e.p.c. al Sindaco

Sede

Oggetto: proroga, rinnovo e ripetizione di lavori o servizi analoghi

La presente fa seguito alla nota Prot. n. 11259 del 09.11.2021, relativa al monitoraggio del Piano triennale di prevenzione della corruzione e per la trasparenza 2021-2023 (Periodo gennaio-settembre 2021), ove mi riservavo di trasmettere una circolare sull'utilizzo della proroga.

Reputo invece opportuno trattare oltre che della proroga anche di altri istituti (rinnovo e ripetizione di lavori o servizi analoghi) disciplinati dal D.lgs n. 50/2016 in quanto presentano con la proroga e tra loro alcune similitudini ma, allo stesso tempo, anche numerose differenze, evidenziando che il loro corretto utilizzo può consentire una programmazione degli appalti "a lungo termine", soprattutto per i servizi ricorrenti.

I presupposti per il **legittimo utilizzo** dei summenzionati istituti sono stati individuati fondamentalmente dalla giurisprudenza amministrativa e dall'ANAC.

1. Proroga tecnica

La proroga cosiddetta "tecnica" è disciplinata dall'art.106, comma 11, del D.lgs n. 50/2016 ed è un istituto volto a estendere nel tempo gli effetti di un contratto d'appalto in corso, lasciando invariati tutti gli altri elementi; rappresenta una delle eccezioni, legislativamente previste, al principio d'immodificabilità del contratto.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 3588 del 29/05/2019 sez. V ha statuito che *"La cd. "proroga tecnica" – istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità – rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali."*

I presupposti per il legittimo utilizzo sono i seguenti:

- deve essere prevista a monte, nei documenti di gara, anche al fine di calcolare correttamente il valore dell'appalto che, ai sensi dell'art. 35 comma 4 del D.lgs n.50/2016, deve tener conto di tutte le opzioni previste;

- deve essere prevista, di conseguenza, nel contratto di appalto;
- può essere disposta soltanto prima della scadenza del contratto, per cui non possono essere prorogati i contratti già scaduti;
- 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; quindi, la determinazione con la quale si dispone la proroga deve essere "analiticamente motivata";
- la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga;
- il ritardo nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario non deve essere imputabile all'amministrazione;
- può essere utilizzata per il periodo massimo di sei mesi;
- non deve essere acquisito un nuovo CIG;
- è vietato utilizzare nuovamente la proroga una volta che quella programmata si sia esaurita (perché già utilizzata);
- è decisa unilateralmente dalla stazione appaltante e vincola l'appaltatore, il quale non può sottrarsi;
- l'appaltatore è tenuto all'esecuzione delle prestazioni agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

Sulla base di quanto esposto, è illegittima la prosecuzione del contratto d'appalto se non effettuata attraverso la proroga "tecnica" già programmata "a monte" e in presenza degli altri presupposti.

In assenza dei presupposti sopra indicati, non si può quindi parlare di proroga e si può soltanto ricorrere all'affidamento diretto temporaneo, con specifica motivazione sull'oggettiva non imputabilità del ritardo nell'affidamento del nuovo appalto. L'affidamento diretto può riguardare il pregresso affidatario e, in tale caso, occorre rispettare il principio di rotazione (nel senso che il mancato rispetto della rotazione richiede una "forte" motivazione), ma anche altro operatore economico. L'affidamento diretto necessita di un nuovo CIG.

Pertanto, una determina che utilizzi (anche terminologicamente) il riferimento alla proroga, quando questa non può essere utilizzata (perché magari non è stata prevista nei documenti di gara o perché, se prevista, è stata già utilizzata), non è legittima.

Si riporta di seguito l'opzione di proroga tecnica e di previsione del valore massimo stimato dell'appalto, ai sensi dell'art. 35, comma 4, così come prevista nel Bando-tipo n. 2 approvato dall'Anac con deliberazione n. 2 del 10 gennaio 2018.

[Facoltativo: opzione di proroga tecnica]

La durata del contratto in corso di esecuzione potrà essere modificata per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione del nuovo contraente ai sensi dell'art. 106, comma 11 del Codice. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto agli stessi - o più favorevoli - prezzi, patti e condizioni.

N.B.: indicare il valore massimo stimato della proroga che deve essere considerato ai fini della determinazione delle soglie di cui dell'art. 35, comma 4 del Codice.

[In caso di inserimento dell'opzione di proroga tecnica]

Ai fini dell'art. 35, comma 4 del Codice, il valore massimo stimato dell'appalto, è pari a €..... al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze [in caso di suddivisione dell'appalto in lotti distinti indicare il valore massimo stimato di ciascun lotto].

2. Rinnovo

Il rinnovo consiste nella sottoscrizione di un nuovo contratto con il precedente affidatario, agli stessi patti dell'originario, senza possibilità di rinegoziare le condizioni iniziali dell'appalto. "Il rinnovo del contratto d'appalto è ammissibile sempre che la stazione appaltante non rinegozi le condizioni iniziali dell'appalto. Il rinnovo si deve sostanziare, infatti, in una "semplice" clonazione del precedente rapporto senza mutamento delle condizioni tecnico/economiche cristallizzate con l'aggiudicazione (Sentenza del Tar Toscana n. 1696/2018).

A differenza della proroga, disciplinata in un apposito articolo, il rinnovo viene citato unicamente nell'art. 35, comma 4, D.Lgs n. 50/2016 (*Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara*) e nell'allegato XIV, Sez. B, n. 5 che disciplina le informazioni da inserire negli avvisi e bandi.

L'Anac, attraverso la formulazione degli schemi di bando tipo n. 1 (approvato con delibera n. 767 del 05.09.2018) e n. 2 (approvato con delibera n. 2 del 10 gennaio 2018), sembra avere rimosso ogni dubbio circa la possibilità di prevedere il rinnovo, purché alle medesime condizioni del contratto iniziale.

Il rinnovo deve essere sempre previsto nei documenti di gara, anche al fine di quantificare in maniera corretta il valore dell'appalto, sia per l'acquisizione del CIG che per individuare se la procedura è sopra o sotto soglia.

Seppure non specificato dalla norma, si ritiene che il rinnovo possa essere attivato solo nell'ambito di procedure aperte indette con bando, in quanto di fatto si traduce in una limitazione della concorrenza e quindi deve esserne garantita la massima pubblicità, al fine di consentire la massima partecipazione a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti.

Poiché il rinnovo può essere attivato agli stessi patti e condizioni del contratto originario, la sua durata non può eccedere quella del contratto originario, previo preavviso all'appaltatore, che però può anche rifiutarlo.

I presupposti per il legittimo utilizzo sono i seguenti:

- la facoltà di rinnovo deve essere prevista negli atti di gara (ad esempio con un'apposita clausola inserita nel bando di gara) e nel contratto;
- nei documenti di gara, il valore complessivo dell'appalto deve tenere conto anche del rinnovo;
- la procedura di aggiudicazione scelta per l'affidamento del contratto da rinnovare deve essere compatibile con il valore complessivo dell'appalto (valore base + valore rinnovo).
- può essere utilizzato solo alle medesime condizioni del contratto iniziale;
- la durata deve avere un tempo predeterminato e limitato e non può essere maggiore del contratto iniziale;
- deve essere esplicitata la motivazione per cui preferisce il rinnovo del contratto scaduto

- rispetto all'indizione di una nuova gara;
- deve essere acquisito un nuovo CIG,
- l'impresa ha la possibilità di non accettare la prosecuzione del rapporto proposta dall'Amministrazione;

Si riporta di seguito l'opzione di rinnovo e di previsione del valore massimo stimato dell'appalto, ai sensi dell'art. 35, comma 4, così come prevista nel Bando-tipo n. 2 approvato dall'Anac con deliberazione n. 2 del 10 gennaio 2018.

[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 €, 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.

N.B.: indicare il valore massimo stimato del rinnovo che deve essere considerato ai fini della determinazione delle soglie di cui dell'art. 35, comma 4 del Codice.

[In caso di inserimento della facoltà di rinnovo]

Ai fini dell'art. 35, comma 4 del Codice, il valore massimo stimato dell'appalto è pari a €..... al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze [in caso di suddivisione dell'appalto in lotti distinti indicare il valore massimo stimato di ciascun lotto].

3. Ripetizione di servizi e lavori analoghi

Ai sensi dell'articolo 63, comma 5° del Codice, la stazione appaltante può utilizzare la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalla medesima amministrazione aggiudicatrice, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1° del D.Lgs. 50/2016.

Si precisa che sono da considerare servizi analoghi quelli che hanno relazione o qualcosa in comune con i servizi oggetto di affidamento principale, diversi dai servizi identici che possono più propriamente essere oggetto di rinnovo contrattuale. Per "ripetizione di servizi analoghi", ai sensi dell'art. 63, comma 5° del Codice, è corretto, pertanto, intendere la ripetizione di servizi non coincidenti con quelli originariamente previsti in gara. D'altra parte, la stessa giurisprudenza ha definito i servizi analoghi "quelli attinenti allo stesso settore dell'appalto da aggiudicare, ma concernenti, in riferimento allo specifico oggetto della procedura, tipologie diverse ed eterogenee" (Cons. Stato, Sez. IV, Sent. 11/11/2014, n. 5530).

La ripetizione a differenza della proroga programmata e del rinnovo è una procedura di affidamento, ossia una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

I presupposti per il legittimo utilizzo sono i seguenti:

- devono essere conformi al progetto a base di gara che indichi l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati;
- devono essere espressamente previsti nei documenti di gara;
- possono essere previsti solo nell'ambito di una procedura ordinaria di cui all'art. 59 comma 1 del D.lgs n. 50/2016 (gare aperte, ristrette, partenariato per l'innovazione, dialogo competitivo);
- ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto, nei documenti di gara si deve tenere conto anche dell'importo previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi;
- la procedura negoziata senza pubblicazione del bando può essere attivata solo nel triennio successivo alla stipulazione del contratto di appalto iniziale; quindi anche qualora il contratto originario abbia una durata superiore a 3 anni, la decisione, che rimane sempre opzionale per la Stazione Appaltante, di attivare la ripetizione deve essere presa entro il triennio;
- la ripetizione deve essere notificata all'appaltatore che può declinare la richiesta;
- la durata massima di questa opzione non è definita a livello normativa e neanche i Bandi Tipo Anac forniscono indicazioni in merito, ma si suggerisce di prevedere quale durata massima quella del contratto originario;
- è necessario acquisire un nuovo Cig.

Si riporta di seguito l'opzione di rinnovo e di previsione del valore massimo stimato dell'appalto, ai sensi dell'art. 35, comma 4, così come prevista nel Bando-tipo n. 2 approvato dall'Anac con deliberazione n. 2 del 10 gennaio 2018.

[In caso di inserimento della facoltà di affidare servizi analoghi]

La stazione appaltante si riserva la facoltà, nei limiti di cui all'art. 63, comma 5 del Codice, di affidare all'aggiudicatario, nei successivi tre anni dalla stipula del contratto, nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi, secondo quanto previsto nel progetto posto alla base del presente affidamento, come di seguito indicati [precisare le prestazioni oggetto dell'eventuale affidamento], per una durata pari a [indicare il periodo] per un importo stimato complessivamente non superiore ad € al netto di Iva nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze [In caso di suddivisione dell'appalto in più lotti specificare se necessario il lotto al quale si riferisce tale facoltà].

N.B.: indicare il valore massimo stimato dei servizi analoghi che deve essere considerato ai fini della determinazione delle soglie di cui dell'art. 35, comma 4 del Codice.

[In caso di inserimento della facoltà di affidare servizi analoghi]

Ai fini dell'art. 35, comma 4 del Codice, il valore massimo stimato dell'appalto è pari a €..... al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze [in caso di suddivisione dell'appalto in lotti distinti indicare il valore massimo stimato di ciascun lotto].

In quanto "collegato" con l'oggetto della presente circolare, si allega alla presente il parere n.581/2019, reso dal Ministero delle Infrastrutture, in merito all' "importo massimo stimato come valore contrattuale dell'appalto" di cui al più volte citato art. 35, comma 4 del D.lgs n.50/2016.

Cordiali saluti

Il Segretario comunale
Dott.ssa Silvia Cristina Contini