



**Oggetto: Proroga “tecnica” dei contratti pubblici.
Direttiva**

SEGRETERIA GENERALE

Cod. Fisc. 00253750087

Sanremo, 22 Ottobre 2021

Ai Dirigenti

Agli Incaricati di Posizione Organizzativa

Premessa

Con la presente direttiva si rende noto che con comunicato del 6 settembre scorso, l'ANAC ha pubblicato nel proprio sito la delibera n. 576 del 28 luglio 2021, ritenuta di interesse generale in quanto in essa l'Autorità ribadisce il principio secondo cui la proroga dei contratti pubblici, cosiddetta tecnica, diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in attesa di nuova procedura di gara, ha carattere eccezionale e di temporaneità, trattandosi, in sostanza, di uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro, per cui l'utilizzo reiterato di tale tipologia di proroga, che si traduce in una fattispecie di affidamento senza gara, comporta la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento (nel caso specifico, l'Anac ha peraltro rilevato che le proroghe tecniche disposte dall'ente venivano effettuate in carenza di una specifica previsione contrattuale, nonché in forma retroattiva, ad affidamento già scaduto; inoltre tali proroghe erano di fatto riconducibili al prolungarsi dei tempi per la gara).

Considerato che tra le attività comprese nelle aree di rischio, individuate come sensibili alla corruzione, sono state individuati, per gli Enti locali, i “contratti pubblici” e che il Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (PTPCT) 2021, di questo Ente tiene conto di tale individuazione, precisando che: per importi contrattuali superiori a 150.000 Euro di lavori e 40.000 di forniture e servizi, è necessaria una comunicazione/informazione puntuale nei confronti del RPC in caso di proroghe contrattuali o affidamenti d'urgenza da effettuarsi tempestivamente.

Si segnala che il Piano prevede l'obbligo di comunicazione al RPCT delle proroghe, obbligo che viene conservato, **ma che questo ufficio non fornirà specifici pareri o nulla osta in merito a singoli provvedimenti di proroga**, avendo le indicazioni che seguono carattere esaustivo.

La cd “proroga tecnica” – Inquadramento giuridico - Istruzioni operative

FM / Gestione Segreteria Generale

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 Dlgs 50/2016, 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 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", in quanto tale motivazione potrebbe configurarsi come una semplice "clausola di stile" a fronte di 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).

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.

- e) 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.

Alla luce 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 necessario nell'ambito dell'azione amministrativa che Dirigenti e responsabili del procedimento tengano conto di quanto sopra specificato.

Programmazione

Al fine di acquisire puntuali elementi conoscitivi e documentali sull'attività negoziale svolta dai singoli Settori dell'Ente e prevenire il rischio di ricorso a proroghe non motivate, si richiede ai Dirigenti di Settore di comunicare allo scrivente ufficio entro lunedì 8 novembre 2021:

- quali appalti di lavori, servizi, forniture di importo pari o superiore ad euro 40 mila siano in scadenza entro il 31 marzo 2022;
- quali provvedimenti si intendano adottare per avviare in tempo utile la procedura di gara al fine di evitare il ricorso ad eventuali proroghe.

* * *

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

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

IL SEGRETARIO GENERALE

Dott.ssa Stefania Caviglia

f.to digitalmente