

Prot. n.

Genova, 06 aprile 2020

Direttori di Direzione

Dirigenti dei Servizi

Ai Responsabili di procedimento

Loro indirizzi

Oggetto: Contratti pubblici e scelta del contraente - Indirizzi in materia di “Proroga tecnica” e rotazione degli inviti.

Premessa

Nel corso dell'anno 2019 sono venuti all'evidenza del controllo di regolarità amministrativa, criticità in materia di proroghe contrattuali. Si è inoltre riscontrato che, in numerose determinazioni dirigenziali della Direzione Territorio e Mobilità, assunte in relazione al progetto <<Patto per Genova>>, non viene data evidenza del rispetto, in positivo, del principio di rotazione degli inviti. Negli atti esaminati, si specifica unicamente che “...sono state, interpellate x ditte, scelte dagli elenchi forniti dalla Stazione Unica Appaltante dell'Amministrazione, invitandole a presentare l'offerta economica”. Tuttavia, tale proposizione non esime l'ufficio preposto ai controlli di regolarità amministrativa dall'esame in concreto delle modalità di scelta del contraente utilizzate dalla stazione appaltante e da una loro specifica valutazione nell'ambito delle coordinate ermeneutiche definite dal legislatore, dall'ANAC e dalla giurisprudenza.

Si ritiene pertanto necessario adottare la presente Direttiva, destinata ai dirigenti e funzionari che operano nell'ambito di procedure di affidamento di contratti pubblici, così da rendere espliciti ed omogenei i presupposti di corretta applicabilità degli istituti della “proroga tecnica” e della rotazione nonché per semplificare e standardizzare le procedure

di acquisto sotto soglia, garantendo l'apertura della concorrenza e l'affidabilità degli esecutori delle prestazioni.

Proroga dei contratti

La proroga dei contratti dovrebbe costituire uno strumento per ovviare ad un ritardo nell'avvio delle procedure di gara, determinato da fatti imprevedibili o imprevisti nel processo di individuazione del nuovo aggiudicatario. Il ricorso a tale istituto – c.d. “proroga tecnica” - può ritenersi legittimo, ove ricorrano i relativi presupposti di legittimazione desumibili dall'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 relativo alla modifica dei contratti durante il periodo di efficacia. Si evidenziano, in appresso, le situazioni che legittimano l'applicazione della proroga, come tratti dalla disciplina codicistica.

- La proroga deve essere contemplata nel bando e/o documenti di gara della *lex specialis* ed inserita nel contratto di appalto stipulato in esito alla procedura di aggiudicazione. Nel successivo eventuale atto che dispone la proroga, occorre richiamare espressamente il paragrafo del bando e/o capitolato nel quale è contemplata la clausola ed è altresì opportuno richiamare l'articolo del contratto di appalto nel quale è confluita detta clausola.
- La proroga deve essere adottata con determinazione dirigenziale prima della scadenza del contratto al quale la stessa si riferisce. Nei casi in cui la proroga venga disposta dopo la scadenza del contratto, si configurerebbe, di fatto, un affidamento diretto.
- L'art. 106 comma 11 del D.Lgs. 50/2016, stabilisce che la proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura. Ne consegue che quando viene adottata la determina di proroga, a monte deve essere già stata adottata la determinazione a contrarre per dare avvio alla procedura di aggiudicazione del nuovo contratto.
- La proroga è legittima nei casi in cui, per ragioni non imputabili all'ente, vi sia necessità di assicurare il servizio nelle more del perfezionamento della gara. Occorre pertanto motivare le determinazioni dirigenziali di proroga tecnica, senza ricorrere a clausole di stile quali “*garantire la continuità del servizio/fornitura*”. Le determinazioni devono altresì prevedere specificamente che per la durata della proroga il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni di cui a contratto agli

stessi prezzi, patti e condizioni, ovvero a prezzi, patti e condizioni più favorevoli all'Ente.

Anche l'ANAC è intervenuta più volte sul tema (in particolare con Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015 recante ad oggetto: "Utilizzo improprio delle proroghe/rinnovi di contratti pubblici") chiarendo che la proroga è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. In caso contrario, secondo l'autorità, la proroga si configurerebbe come mero ammortizzatore pluriennale di palesi inefficienze di programmazione e gestione del processo di individuazione del nuovo assegnatario.

Ancora, con Delibera n. 423 del 15 maggio 2019, l'Autorità ribadisce che:

-la proroga 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 (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018). Infatti, al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge, la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza enunciati sia dal precedente che dall'attuale Codice dei contratti pubblici (TRGA di Trento, sentenza n. 382 del 20 dicembre 2018);

-la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto "ponte");

-per l'Autorità la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga;

-l'amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente. (TRGA di Trento, sentenza n. 382 del 20 dicembre 2018). In altre parole, la proroga tecnica è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle

more del reperimento di un nuovo contraente (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Parere ex Avcp AG 38/2013);

-l'opzione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara.

Uguualmente, dall' analisi della principale casistica giurisprudenziale, emerge un atteggiamento di disfavore nei confronti della proroga dei contratti pubblici, vista quale deroga al principio della evidenza pubblica e, come tale, suscettibile di una applicazione molto rigorosa. In particolare, secondo quanto disposto dal Consiglio di Stato in una recente sentenza, la proroga è legittima ove fondata su *"oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della nuova gara non imputabili alla Stazione appaltante"* (Consiglio di Stato, sezione V, del 29 maggio 2019, n.3588).

Rotazione

Occorre premettere che ad oggi le Amministrazioni sono in attesa del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti, delle Linee guida ANAC e dei decreti attuativi di alcune disposizioni normative previste dal D.Lgs. 50/2016. Tale regolamento - che ex art. 216, comma 27-octies del decreto citato doveva essere adottato il 16/10/2019 – consentirebbe di avere un quadro normativo chiaro in materia. Tuttavia, nelle more dell'emanazione del predetto documento, si ritiene necessario ribadire gli attuali criteri e principi operativi di riferimento, con riserva di valutare l'opportunità di calibrarli successivamente, in maniera più analitica.

Linee Guida ANAC

Le Linee Guida ANAC n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", così come aggiornate - con Delibera del Consiglio n. 636/2019 - al decreto legge n. 32/2019, convertito con legge n. 5/2019, riportano, tra i principi comuni, quanto segue.

- ✓ il principio di rotazione si applica agli affidamenti immediatamente precedenti a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore

merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi;

- ✓ il principio non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie, o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici, ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione;
- ✓ allorquando la stazione appaltante apre al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, per ciò stesso si deve intendere rispettato il principio di rotazione, che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, quanto semmai non favorirlo;
- ✓ l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento;
- ✓ il reinvido va adeguatamente motivato in relazione alla particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento;
- ✓ la motivazione circa l'affidamento o il reinvido al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.

Principi giurisprudenziali

Si reputa utile richiamare, in questa nota, anche alcune pronunce giurisprudenziali che stanno tracciando la strada alla corretta applicazione del principio in esame:

“Il principio di rotazione opera (e deve operare) nelle “procedure negoziate” in cui l’amministrazione appaltante “non” consente, alla fonte, la partecipazione da parte di “tutti” gli imprenditori alla gara, ma solo ad una parte “selezionata”, da essa stessa, tramite la scelta nell’individuazione dei soggetti da invitare (rosa di operatori discrezionalmente scelti). [...] In tale contesto (e solo in tale contesto) la sussistenza di una “selezione ristretta” dei soggetti da invitare implica che, qualora nella rosa vi sia anche l’operatore uscente (con pretermissione di altri), scatta la tutela del principio di rotazione, per garantire l’avvicendamento”. (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. II, 2 gennaio 2020 n. 8)

“Allorché [...] l’amministrazione abbia fatto precedere l’invito da un’indagine di mercato volta ad acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l’affidamento del servizio in questione e, successivamente, abbia invitato tutti quegli operatori economici (tra cui il precedente affidatario) che avevano manifestato interesse, senza operare alcuna selezione e/o limitazione, non vi è spazio alcuno per l’applicazione del principio [principio di rotazione], che altrimenti opererebbe – paradossalmente rispetto alla ratio legis – in senso anti-concorrenziale”. (T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 22 ottobre 2019 n. 805)

“L’orientamento invocato dalla ricorrente, volto ad escludere il principio di rotazione nei casi in cui la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione [...] non pare applicabile al caso di specie, avendo l’avviso pubblico esplorativo espressamente previsto al punto 11 che “gli operatori qualificati saranno tutti invitati alla procedura, fatto salvo il rispetto del principio di rotazione degli inviti”; che con l’inciso “laddove applicabile”, contenuto in detta clausola, la stazione appaltante pare essersi limitata a specificare, con un’espressione sostanzialmente sovrabbondante, ma comunque idonea a configurare un autovincolo, che detto principio avrebbe trovato concreta applicazione in caso di partecipazione alla procedura del precedente affidatario (e gestore del servizio da numerosi anni)”. (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 17 gennaio 2020 n. 65)

“Quanto al principio di rotazione, il giudice di prime cure ne ha escluso l’applicabilità laddove il nuovo affidamento avvenga, come nel caso di specie, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. Il principio è stato di recente confermato da questo Consiglio (sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539) sul rilievo che anche “alla stregua delle Linee guida n. 4 A.N.A.C., nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 (v. in part. il punto 3.6), deve ritenersi che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l’operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti” (Consiglio di Stato, sez. III, 04 febbraio 2020 n. 875).

Istruzioni operative

A) Proroghe

Al fine di acquisire elementi conoscitivi e verificare la regolarità dell’azione dell’ente in particolare sotto il profilo del ricorso all’istituto della proroga, si chiede – ai dirigenti di competenza - di segnalare alla scrivente quali appalti di Lavori, Servizi e Forniture siano attualmente in regime di proroga, indicando per ciascuno, il riferimento del contratto iniziale delle proroghe in atto, nonché gli estremi di eventuali precedenti proroghe rispetto al contratto in essere e di indicare, per i contratti eventualmente in prossima scadenza, quali provvedimenti si intendono adottare qualora occorra assicurare, anche prossimamente, i servizi cui si riferiscono. Si raccomanda di provvedere celermente agli affidamenti, evitando ulteriori proroghe.

Si rappresenta inoltre che lo strumento principe per evitare le proroghe contrattuali, è l’adeguatezza della programmazione dei fabbisogni di beni, servizi e lavori.

Le criticità sopra illustrate inducono a ritenere la fase della programmazione negli acquisti come fondamentale ai fini di una compiuta valutazione delle strategie di approvvigionamento da parte delle stazioni appaltanti.

A riguardo, si ritiene che l’adozione di un cronoprogramma per il monitoraggio delle scadenze e degli adempimenti in materia di acquisti, produrrebbe una programmazione armonica e vantaggi sia di tipo organizzativo che economico per l’Ente.

In ogni caso, si raccomanda la redazione degli strumenti di programmazione oggi previsti dalle legge, in modo coerente, significando che occorra una valutazione del fabbisogno

pluriennale, a cui corrisponda una previsione di spesa pluriennale, rispetto a cui l'affidamento non può che essere pluriennale.

L'attenzione deve essere posta non solo nella costruzione del programma triennale dei lavori pubblici che copre opere di importo superiore a 100.000 euro, ma anche al piano biennale dei servizi e forniture di importo superiore a 40.000, ma soprattutto alle previsioni di bilancio, che riguardano tutti i lavori, forniture e servizi anche di importo inferiore, raccomandando altresì una maggiore aggregazione interna, e la costruzione di capitoli pluriennali per servizi o forniture continuativi.

B) Rotazione

Richiamate le norme e gli indirizzi sopra esplicitati in materia, si raccomanda agli uffici di inserire negli atti amministrativi relativi alle procedure di scelta del contraente, un punto motivazionale apposito relativo al rispetto della rotazione, e di dare conto nell'istruttoria, delle modalità applicative attuate.

Si chiede, per quanto di competenza, l'osservanza, applicazione e diffusione all'interno delle singole strutture, delle indicazioni di cui alla presente direttiva e si resta in attesa di riscontro in ordine allo specifico adempimento di cui al punto A).

La presente direttiva viene emanata nell'ambito dei controlli di regolarità amministrativa di cui all'articolo 147 bis del decreto legislativo n. 267/2000.

Con i migliori saluti

Il Segretario Generale
(Dott.ssa Concetta Orlando)

firma apposta digitalmente