

## Appalti

# Rinnovo e proroga tecnica del contratto: paletti più chiari nel nuovo codice

di Roberto Mangani

25 Settembre 2023

L'analisi di due delle fattispecie più delicate nel rapporto tra Pa e imprese alla luce di una recente sentenza del Consiglio di Stato

Il rinnovo o la proroga del contratto di appalto sono istituti del tutto eccezionali, rispetto ai quali non sussistono margini per l'autonomia contrattuale delle parti (stazione appaltante e appaltatore), che è confinata nei ristretti limiti consentiti dalle norme. Di conseguenza è del tutto legittimo il provvedimento dell'ente appaltante con cui, all'esito di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, viene revocato il precedente provvedimento che aveva disposto il rinnovo del contratto in essere (cui si era accompagnata nei fatti la proroga dello stesso). Questi i principi affermati dal [Consiglio di Stato, Sez. V, 12 settembre 2023, n. 8292](#) che, intervenendo su una complessa vicenda, ribadisce alcuni principi che, pur mantenendo la loro validità di fondo anche nel nuovo quadro normativo del Dlgs 36/2023, vanno valutati compiutamente nella loro portata rispetto alle novità introdotte dal medesimo decreto.

### Il fatto

Un Comune aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di bonifica degli ordigni bellici nelle acque portuali. L'atto di indizione della procedura veniva impugnato da un operatore titolare di un altro contratto di appalto con cui il medesimo Comune aveva affidato allo stesso servizi connessi all'attività portuale che, a suo avviso, ricomprendevano anche il servizio di bonifica oggetto della gara indetta. Tale ultimo contratto, ancorchè scaduto, era stato oggetto in data anteriore all'avvio della nuova procedura di un provvedimento con cui il Comune ne disponeva il rinnovo quinquennale. Sulla base di questi presupposti il ricorrente contestava la legittimità dell'atto di indizione della gara nella parte in cui la stessa era finalizzata all'affidamento di un

servizio già appaltato al ricorrente stesso e il cui contratto era stato rinnovato dal Comune.

Successivamente alla presentazione del ricorso il Comune emanava un nuovo provvedimento con cui revocava la precedente determinazione di rinnovo del contratto originariamente stipulato con il ricorrente, sulla base di due ordini di motivazioni. Da un lato il venir meno del rapporto fiduciario con l'appaltatore, conseguente all'attivazione del contenzioso da parte dello stesso; dall'altro, la considerazione dello sfavore con cui il rinnovo dei contratti di appalto è visto dal legislatore, come ripetutamente ribadito anche dalla giurisprudenza.

#### **La continuazione del servizio in virtù di rinnovo o proroga**

A fondamento del ricorso proposto contro l'atto di indizione della gara vi era quindi la pretesa avanzata dal ricorrente di essere il solo soggetto legittimato a svolgere il servizio di bonifica – messo a gara – in virtù di un precedente contratto oggetto di rinnovo da parte dell'ente appaltante. Il Tar Puglia aveva respinto il ricorso. Secondo il giudice amministrativo, alla determinazione dell'ente appaltante di rinnovare il contratto non aveva poi fatto seguito la formale stipulazione dello stesso, con la conseguenza che non era sorto il vincolo negoziale che solamente poteva dare fondamento al diritto dell'appaltatore ad eseguire le relative prestazioni.

Questa conclusione è stata contestata dal ricorrente con la proposizione dell'appello al Consiglio di Stato. Secondo la tesi prospettata in sede di appello, all'atto di indizione della gara già sussisteva un idoneo vincolo giuridico tra ente appaltante e appaltatore, derivante da una proroga di fatto del contratto scaduto che avrebbe operato in vista del successivo rinnovo già deliberato dall'ente appaltante, anche se non ancora formalizzato attraverso la stipulazione del relativo contratto. Il Consiglio di Stato individua quindi nei seguenti termini la questione centrale da affrontare: se possa ritenersi che l'originario contratto di appalto a suo tempo stipulato con il ricorrente continuasse a produrre effetti giuridici - in tal modo vincolando il Comune – in virtù della continuazione dello stesso derivante dalla combinazione tra la decisione di rinnovare il contratto e la proroga di fatto dello stesso in attesa della nuova stipulazione. Secondo il giudice amministrativo di secondo grado la risposta a tale questione deve essere negativa. Il punto

di partenza di questa decisione è costituito dal fatto che il contratto originario con il ricorrente era scaduto.

Successivamente a tale scadenza le relative prestazioni continuavano ad essere eseguite in regime di proroga di fatto. Di conseguenza non sussisteva alcun vincolo giuridicamente efficace tra le parti.

Quanto al provvedimento con cui l'ente appaltante aveva espresso la volontà di procedere al rinnovo del contratto scaduto, la stessa era stata successivamente oggetto di revoca anche in considerazione di una rinnovata e diversa valutazione dell'interesse pubblico.

In questo contesto fattuale assume rilievo dirimente la previsione contenuta all'articolo 106, comma 11 del Dlgs 50/2016. La disposizione stabilisce che la durata del contratto può essere modificata solo se era prevista nei documenti di gara l'opzione di proroga, aggiungendo che la proroga è comunque limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura per l'individuazione del nuovo contraente. Questa previsione è sempre stata interpretata in termini restrittivi dalla giurisprudenza, il cui orientamento consolidato è che in materia di rinnovo o proroga di contratti pubblici non vi alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile secondo cui l'ente appaltante una volta scaduto il contratto, deve procedere allo svolgimento di una nuova gara, cosicché il prolungamento in qualsiasi forma dell'originario contratto equivale a un affidamento senza gara. Nello specifico, la giurisprudenza ha anche tracciato con nettezza i confini di legittimità della così detta proroga tecnica. Quest'ultima ha carattere temporaneo ed è indirizzata esclusivamente ad assicurare che il servizio, in ragione delle sue peculiari caratteristiche, sia prestato senza soluzione di continuità. Questa caratterizzazione dell'istituto esclude che allo stesso possa essere attribuita quella funzione di collegamento tra contratto originario e rinnovo dello stesso prospettata dal ricorrente. In sostanza, il ricorrente aveva delineato una linea continua in cui si succedevano senza soluzione di continuità contratto originario, proroga dello stesso, successivo rinnovo. Ma in questo modo veniva operata un'impropria commistione tra due istituti – la proroga e il rinnovo – che vanno tenuti distinti in quanto rispondono a finalità diverse e sono alternativi, in quanto l'ente appaltante potrebbe procedere o al

rinnovo senza gara o alla proroga in vista degli esiti della nuova gara. A ciò va aggiunto che in ogni caso entrambi gli istituti sono visti con disfavore dal legislatore, che ne circoscrive l'utilizzo a ipotesi eccezionali sulla base di una rigorosa motivazione.

Tenendo conto dell'insieme di queste considerazioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto del tutto legittimo il provvedimento con cui il Comune ha revocato la precedente determinazione di procedere al rinnovo del contratto originariamente stipulato con il ricorrente. Questo provvedimento è da intendersi emanato nel legittimo esercizio del potere di autotutela che trova fondamento nei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'articolo 97 della Costituzione, e che può essere oggetto di sindacato del giudice amministrativo nei limiti in cui lo stesso appaia connotato da arbitrarietà, irragionevolezza o travisamento dei fatti. Nel caso di specie questi elementi vizianti l'esercizio del potere di revoca non si rinvenivano, così come appare destituita di fondamento la costruzione secondo cui – attraverso l'impropria commistione tra proroga e rinnovo – il contratto originario con il ricorrente doveva ritenersi ancora produttivo di effetti giuridici. La conclusione del Consiglio di Stato è che il ricorso volto a impedire lo svolgimento della nuova gara deve essere respinto, confermando - sia pure con motivazioni più articolate - la decisione del primo giudice.

### **Le novità del Dlgs 36/2023**

Il Dlgs 36 riprende nell'impostazione generale i principi già contenuti nel Dlgs 50 in materia di proroga dei contratti, ma attua una meritoria opera di sistematizzazione anche ai fini di una maggiore chiarezza del dettato normativo. Come ricordato in precedenza, l'articolo 105 del Dlgs 50 disciplinava in un medesimo comma due ipotesi che nella realtà non apparivano necessariamente contestuali. Da un lato veniva stabilito che la durata del contratto poteva essere modificata esclusivamente in virtù di un'opzione di proroga preventivamente prevista nei documenti di gara. Dall'altro che la proroga era limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura di gara finalizzata alla scelta del nuovo appaltatore.

In questo modo la disposizione sembrava configurare un nesso imprescindibile tra le due previsioni, nel senso che la limitazione temporale si riferiva necessariamente ed

esclusivamente alla proroga disposta nell'esercizio dell'opzione precedentemente prevista nei documenti di gara. L'ulteriore conseguenza di questa impostazione è che non veniva presa in considerazione una proroga disposta ai soli fini di concludere la nuova procedura di gara, ancorchè la stessa non conseguisse all'esercizio di un'opzione che l'ente appaltante si era riservato. Il Dlgs 36, presumibilmente anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta sul punto, ha invece in maniera maggiormente appropriata nettamente distinto le due ipotesi. L'articolo 120 contiene infatti due commi separati, che disciplinano in maniera autonoma due fattispecie che si pongono su piani diversi. Il comma 10 si riferisce esclusivamente all'opzione di proroga preventivamente prevista nei documenti di gara. Se l'ente appaltante decide di esercitarla, il contratto è prorogato e l'appaltatore è tenuto ad eseguire le prestazioni ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto originario ovvero – se previsto nei documenti di gara – alle condizioni di mercato più favorevoli per l'ente appaltante. Quest'ultimo elemento rappresenta una novità assoluta, che precostituisce una posizione di favore per l'ente appaltante, anche se di non facile attuazione pratica, non essendo agevole dimostrare quali siano le condizioni di mercato più favorevoli. Il successivo comma 11 disciplina invece la proroga del contratto funzionale al completamento della procedura di gara finalizzata alla scelta del nuovo appaltatore. Si tratta di quella che la giurisprudenza ha comunemente denominato proroga "tecnica" e che nel nuovo Codice trova una collocazione autonoma e sganciata dalla proroga conseguente all'esercizio dell'opzione. Questa proroga tecnica viene peraltro circondata da una serie di condizioni limitative: è circoscritta a ipotesi eccezionali in cui sussistano oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di gara; deve avere una durata commisurata al tempo strettamente necessario per giungere a tale conclusione; deve essere giustificata alla luce del fatto che l'interruzione delle prestazioni potrebbe determinare situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene pubblica o ancora un grave danno dell'interesse pubblico. L'appaltatore deve continuare a eseguire le prestazioni ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto originario. In definitiva l'articolo 120 contiene una disciplina maggiormente articolata, che tratta in maniera autonoma la proroga conseguente all'esercizio

dell'opzione e la proroga tecnica, che vengono a differenziarsi sia per il presupposto applicativo che per la concreta regolamentazione.

---

## **Gli ultimi contenuti di Appalti →**

---

28 Settembre 2023

### **Caro-materiali, imprese obbligate a restituire i rimborsi non dovuti**

*di Roberto Mangani*

---

26 Settembre 2023

### **Mense, chi affida l'appalto deve precisare come ha stabilito il prezzo dei pasti**

*di Mau.S.*

---

26 Settembre 2023

### **Gare: l'incompetenza dei commissari va dimostrata nel merito**

*di Stefano Usai*

---

26 Settembre 2023

### **Gare: l'incompetenza dei commissari va dimostrata nel merito**

*di Stefano Usai*


---

26 Settembre 2023

### **Risorse e incentivi: le opportunità della settimana per amministrazioni e imprese**

*di Maria Adele Cerizza*

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  **The Trust Project**

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**