

## **Gli effetti dell'emergenza legata al COVID-19 sugli appalti pubblici: la "proroga tecnica"<sup>1</sup>.**

*Avv. Arrigo Varlaro Sinisi<sup>2</sup>*

Gli effetti dell'emergenza legate alla diffusione del virus COVID-19, come noto, si sono riverberati anche su tempi di conclusione delle procedure di gara. La previsione dell'art. 103 del decreto legge n.18/2020, infatti, prevedendo la sospensione di tutti i termini amministrativi nel periodo compreso tra il 23 febbraio 2020 ed il 15 aprile, ha inciso e inciderà anche sulle procedure di gara in corso o da avviare in questo periodo<sup>3</sup>. Tutto ciò produrrà, tra le altre, l'inevitabile conseguenza di far slittare in avanti il tempo per l'individuazione del soggetto cui affidare nuovi appalti di servizi. Tale circostanza potrebbe indurre le stazioni appaltanti a "prorogare" gli appalti in corso, in attesa della conclusione della procedura di gara sottesa all'individuazione dell'appaltatore destinato al subentro nel contratto.

L'ordinamento consente che le stazioni appaltanti, negli appalti di servizi, possano prorogare le prestazioni affidate all'appaltatore in due casi: la prima quando esse abbiano previsto, in una clausola della *lex specialis* di gara - e quindi nel contratto - l'opzione di estendere la durata del contratto per un determinato periodo di tempo (ad esempio: 3 anni +1). In questo caso trattasi di una scelta della stazione appaltante fatta a monte dell'affidamento, e che pertanto nulla ha a che fare con gli effetti prodotti dall'emergenza COVID-19.

Quella che rileva, invece, è la "proroga" concessa per la necessità di prolungare la durata del servizio per il tempo strettamente necessario ad individuare il nuovo affidatario. Ebbene, in questo caso la proroga,

---

<sup>1</sup> Il presente contributo è pubblicato su [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it) 21/4/2020.

<sup>2</sup> Studio Legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi, [www.studiogvs.it](http://www.studiogvs.it).

<sup>3</sup> In argomento, dell'autore v." *L'impatto del D.L. n.18/2020 "COVID-19" sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*", in corso di pubblicazione in *Urbanistica e Appalti*", Ipsoa editore, n. 3/2020.

che nella prassi è definita “tecnica”, può avere origine contrattuale o extra-contrattuale.

### **1. La proroga “tecnica”, di natura contrattuale.**

1. In ambito “contrattuale”, la proroga “tecnica”, alla luce della più recente giurisprudenza, può essere ricondotta a due ipotesi.

La prima ricorre nel caso in cui la stazione appaltate abbia inserito nella *lex specialis* di gara - quindi, nel contratto - una “opzione di proroga”. In tal caso, in linea con quanto previsto all’art. 106 comma 11 del D.Lgs 50/2016, la proroga sarà consentita per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l’individuazione di un nuovo contraente ed il contraente sarà tenuto all’esecuzione delle prestazioni agli stessi prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto originario. La proroga, pertanto, sarà formalizzata attraverso un atto di sottomissione.

2. Restando in ambito “contrattuale”, taluna giurisprudenza ha affermato che un contratto di servizi può essere prorogato anche attraverso una “modifica del contratto”, disposta ai sensi del comma 1 dell’art. 106 del Codice. In questo caso, secondo la medesima giurisprudenza, l’esigenza di disporre la proroga dovrà essere motivata da una circostanza sopravvenuta, imprevista ed imprevedibile, non imputabile alla stazione appaltante (Cons. Stato 23 settembre 2019, n. 63269). Potrebbe essere il caso della sospensione dei termini delle procedure amministrative disposte con il richiamato d.l. n. 18/2020.

Si rammenta che la modifica del contratto, disposta ai sensi dell’art. 106 comma 1 del Codice, è ammessa sino al 50 % del valore del contratto iniziale e può essere imposta all’appaltatore, agli stessi prezzi patti e condizioni del contratto originario, solo nel limite del 20 % del valore di quest’ultimo.

Ove si aderisca all’opzione interpretativa della richiamata giurisprudenza, si dovrà anche ammettere che, nel caso in cui la durata della proroga produca, di fatto, un incremento del valore del contratto inferiore alle soglie di cui al comma 2 dell’art. 106 del Codice, la stessa proroga potrebbe essere disposta anche indipendentemente dalla sopravvenienza di un evento imprevisto ed imprevedibile, non riconducibile alla committente. E ciò poiché tali condizioni non sono richieste per le modifiche del contratto, disposte ai sensi del richiamato comma 2. Tale norma, infatti, prevede che “*I contratti possono*

*parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice”, se il valore della modifica è al di sotto dei valori che lo stesso comma 2 individua sub lett. a) e b). Dal tenore della norma emerge che l’unica condizione imposto per l’adozione di una variante ai sensi del richiamato comma 2, è che la stessa sia contenuta nei valori che lo stesso comma indica.*

Qualche perplessità si pone con riferimento alla giurisprudenza sopra richiamata. La “modifica” del contratto cui fa riferimento l’art. 106 riguarda, infatti, l’oggetto dell’appalto, da intendersi evidentemente come le prestazioni che le parti si obbligano reciprocamente a fornire. Viceversa la “proroga” - che a differenza dell’oggetto non costituisce un elemento essenziale del contratto, ma un elemento accidentale dello stesso - riguarda la “durata” delle prestazioni affidate con il contratto. Ad ogni buon conto, sarà il tempo a rivelarci se la suddetta pronuncia sarà stata condivisa anche dalla successiva giurisprudenza.

## **2. La proroga “tecnica” di origine extracontrattuale.**

In materia di appalti pubblici di servizi, la giurisprudenza è pacifica nell’affermare che non vi è alcuno spazio per l’autonomia contrattuale delle parti, e ciò poiché vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge, una volta scaduto il contratto, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, l’Amministrazione deve effettuare una nuova gara pubblica (*ex multis* TAR Campania Napoli Sez. V 18 aprile 2020, n. 1392; Tar Sardegna, Sez. I 6 marzo 2020, n.242; Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4192). Ciò è garanzia del rispetto dei principi comunitari in materia di libera concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, sanciti, tra l’altro, dall’art. 30 comma 1 del Codice degli appalti (in tal senso, anche l’ANAC, *ex multis* Delibere nn. 6/2013 e 1/2014)

In altre parole, la proroga “tecnica” extracontrattuale, nell’unico caso oggi ammesso, ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro. Essa “è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall’Amministrazione) vi sia l’effettiva necessità di assicurare

*precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882) (ANAC, parere AG 38/2013).*

In questi casi trattandosi, di fatto, di un nuovo affidamento, la proroga, motivata dalle esigenze di cui sopra detto, dovrà essere formalizzata nel rispetto delle norme sulle procedure di affidamento in materia. Inoltre, trattandosi di un “nuovo” affidamento, dovranno essere nuovamente concordati i prezzi, i patti e le condizioni che, non necessariamente saranno quelli del contratto in precedenza assentito al medesimo affidatario.