



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IL CONSIGLIO DI STATO SULLA PORTATA APPLICATIVA DEL DIVIETO DI RINNOVO (TACITO) DEI CONTRATTI DA PARTE DELLA P.A.

Con la sentenza n. 1626 del 16 febbraio 2023, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha ribadito il divieto di rinnovo tacito dei contratti da parte della P. A.: tale assioma rappresenta, infatti, uno degli aspetti più problematici all'interno della contrattualistica pubblica. Questo divieto di derivazione comunitaria è ritenuto lesivo della concorrenza e della parità di trattamento degli operatori economici in tutte le sue forme di rinnovo, sia tacita che espressa. Sia l'ANAC che la giurisprudenza amministrativa si è confrontata sulla effettiva portata ed operatività del rinnovo dei contratti della P.A. all'interno dell'ordinamento italiano, affiancando a tale istituto quello della cd. "proroga tecnica", la quale rappresenta una deroga residuale e straordinaria al divieto di rinnovo.

di **Nicola Dazzeo**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Pubblicato, Venerdì 19 Gennaio 2024



Abstract ENG

With sentence no. 1626 of 16 February 2023, the fifth section of the Council of State reiterated the prohibition on the tacit renewal of contracts by the Public Administration: this axiom represents, in fact, one of the most problematic aspects within public contracts. This community-derived ban is considered detrimental to competition and equal treatment of economic operators in all its forms of renewal, both tacit and express. Both the ANAC and the administrative jurisprudence discussed the actual scope and effectiveness of the renewal of public administration contracts. within the Italian legal system, combining this institution with that of the so-called. "technical extension", which represents a residual and extraordinary exception to the renewal ban.

Sommario: 1. L'istituto della proroga secondo il "vecchio" codice dei contratti pubblici; 2. L'istituto del rinnovo nei contratti pubblici e la comparazione con la proroga; 3. L'istituto della proroga nel nuovo Codice dei Contratti pubblici, il d.lgs. 36/2023; 4. La sentenza del Consiglio di Stato n. 1626 del 16 febbraio 2023: il fatto; 5. Le motivazioni di diritto; 6. Conclusioni.

1. L'istituto della proroga secondo il "vecchio" codice dei contratti pubblici

La precedente normativa di riferimento in materia di contratti pubblici (decreto legislativo n.50 del 2016) disciplinava all'art. 106, comma 11, l'istituto della proroga tecnica, prevedendo che "la durata di un contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se 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".

Da una prima lettura, si intuisce come la proroga sia uno strumento di mero carattere eccezionale e temporaneo a cui la stazione appaltante può far ricorso in presenza di determinati presupposti e condizioni.

A tal proposito, è opportuno segnalare come vi sia una copiosa giurisprudenza che riguarda l'articolo 106 del codice dei contratti pubblici, tale da permettere di individuarne la sua applicabilità ed i suoi limiti. Infatti, ad esempio una recente sentenza del TAR Napoli^[1] individua quali sono i presupposti che legittimano l'utilizzo della proroga tecnica:

la proroga deve assumere un carattere “eccezionale”, quindi deve essere utilizzata solo nei casi in cui non sia possibile attivare una nuova procedura di scelta del contraente (per cause non dipendenti dalla pubblica amministrazione) e quando vi è la necessità di assicurare la prosecuzione di un determinato servizio, in attesa che venga scelto un nuovo contraente dalla stazione appaltante; tale proroga deve avere un carattere “temporaneo”, quindi limitato per il tempo strettamente necessario, poiché è uno strumento che ha come unica finalità quella di assicurare il passaggio da un vecchio contratto ad un nuovo contratto; la stazione appaltante deve, senza ritardo, indire una nuova procedura così da limitare al minimo il lasso di tempo di utilizzo della proroga stessa; la possibilità di utilizzare la proroga tecnica deve essere inserita e prevista all’interno del bando di gara. Pertanto l’utilizzo della proroga tecnica è ammessa solo nei casi eccezionali ed adeguatamente motivati in cui, per ragioni oggettive ed estranee alla Pubblica Amministrazione, vi sia l’effettiva necessità di assicurare l’erogazione di un servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

Dello stesso avviso è l’opinione espressa dal TAR Sicilia^[2], il quale ha confermato come l’utilizzo della proroga tecnica da parte delle pubbliche amministrazioni deve assumere un carattere eccezionale e temporaneo e al solo fine di consentire alla stazione appaltante la continuità della prestazione erogata durante il passaggio dal precedente operatore economico al nuovo operatore economico aggiudicatario.

All’interno del nostro ordinamento la questione relativa alla proroga tecnica è ampiamente dibattuta, in virtù del fatto che molto spesso il ricorso a tale istituto, al di fuori dei casi previsti dal codice dei contratti pubblici, si configura in un affidamento diretto il quale viola i principi comunitari di concorrenza e di libero accesso al mercato da parte degli operatori economici^[3].

Oltre alla giurisprudenza, che innumerevoli volte ha indicato i presupposti, le modalità di attuazione e di utilizzo della proroga tecnica, è intervenuta anche l’ANAC con diverse delibere confermando i limiti posti dal legislatore all’utilizzo della proroga tecnica, rimarcando che la proroga tecnica costituisce uno strumento eccezionale e di carattere temporaneo da utilizzare esclusivamente al fine di consentire lo svolgimento di una determinata prestazione, nell’attesa della definizione di una nuova procedura di gara già indetta e per un tempo strettamente necessario^[4]. Inoltre, l’ANAC pone l’attenzione sul divieto di proroga dei contratti pubblici, previsto all’articolo 23 della legge n. 62 del 18 aprile 2005: “la proroga si traduce in una fattispecie di affidamento senza gara, combinazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati nell’articolo 30 comma uno del decreto legislativo numero 50 del 2016”^[5].

In linea con la casistica sopra riportata, il Consiglio di Stato^[6] ha confermato nuovamente

il concetto, chiarendo che “i presupposti all’utilizzo della proroga erano già stati elaborati dalla giurisprudenza prima dell’ingresso in vigore dell’articolo 106, comma 11, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le condizioni straordinarie di eccezionalità il ricorso alla proroga tecnica è subordinato, costituiscono il carattere essenziale dell’istituto in esame e rappresentano il rigoroso e restrittivo perimetro all’interno del quale è consentito l’utilizzo di tale istituto”.

Alla luce di quanto finora esaminato, è palese come il ricorso alla proroga in un appalto pubblico risulta essere assoggettato al rispetto di stringenti e specifici presupposti di legge, la cui applicazione è stata chiarita più volte dalla giurisprudenza, la quale ha consolidato un orientamento volto a limitare a pochissimi casi come quelli sopra evidenziati l’utilizzo della proroga.

È parere dello scrivente, inoltre, che tale istituto si pone in una cornice più ampia, in ossequio all’esigenza di garantire una durata certa e determinata dei contratti pubblici^[7], in conformità ai principi di efficacia, efficienza, economicità e tempestività dell’azione amministrativa, richiamati all’interno del codice dei contratti pubblici^[8] e nonché quello di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

Inoltre, alla luce di quanto esposto, appare chiaro come l’utilizzo reiterato da parte delle Pubbliche Amministrazioni della proroga tecnica rappresenta un indicatore di inefficienza della Stazione Appaltante, la quale non è stata in grado di programmare e definire il nuovo affidamento con congruo anticipo rispetto alla scadenza fissata nel contratto: tale inefficienza si traduce in numerose proroghe dell’affidamento scaduto, in contrasto con il principio di tempestività enunciato nell’articolo 30 del decreto legislativo n.50 del 2016 e in violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

2. L’istituto del rinnovo nei contratti pubblici e la comparazione con la proroga

L’articolo 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici introduce la parola “rinnovo”, facendo sorgere diversi dubbi sul suo significato.

In questo caso il rinnovo rappresenta la sottoscrizione di un nuovo contratto con il precedente affidatario, mantenendo inalterate sia le modalità di esecuzione che le condizioni economiche del precedente contratto: deve essere stipulato entro la scadenza del contratto originario e deve essere previsto nel bando di gara, poiché rappresenta una evidente limitazione del principio di libera concorrenza degli operatori economici, ed inoltre, la sua durata non deve eccedere quella prevista nel contratto originario.

A questo punto, è opportuno rilevare quale sia la differenza che intercorre tra la proroga tecnica ed il rinnovo, in quanto sono due istituti apparentemente simili ma in realtà, molto differenti tra loro:

nel rinnovo vi è una negoziazione ex novo tra i medesimi soggetti, la quale si può concludere con la conferma delle condizioni del precedente contratto o con l'eventuale modifica delle condizioni, come nei casi di aumento dei prezzi (ad esempio, l'aumento dei costi delle materie prime durante la pandemia da COVID-19 o in seguito al conflitto in Ucraina). All'interno del nostro ordinamento il rinnovo sia tacito che espresso del contratto pubblico è vietato; nella proroga tecnica si verifica un mero differimento del termine finale del contratto, il quale rimane in vigore fino a quando la stazione appaltante non individui un nuovo affidatario. Pertanto rimarranno in vigore anche le precedenti condizioni contrattuali. Nonostante queste differenze, sia la proroga che il rinnovo, all'interno del nostro ordinamento presentano una serie di analogie che è opportuno mettere in luce, infatti:

per entrambi vige l'espresso divieto sia di rinnovo che di proroga, poiché essi sono assimilabili ad un affidamento senza gara, con la conseguente violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento^[9] degli operatori economici. L'utilizzo residuale degli istituti in esame, limitato a casi eccezionali per la proroga, mentre per il rinnovo il suo utilizzo è limitato alla sola previsione normativa che ammette la ripetizione dei servizi analoghi^[10], purché prevista espressamente dal bando ed è comunque limitato nel tempo, poiché vi è l'obbligo da parte della stazione appaltante di avviare una nuova gara nei casi in cui siano scaduti i termini del precedente contratto. **3. L'istituto della proroga nel nuovo Codice dei Contratti pubblici, il d.lgs. 36/2023**

Il decreto legislativo n.36 del 31 marzo 2023 introduce nel nostro ordinamento il nuovo Codice dei contratti pubblici, che ha modificato l'istituto della proroga delineato dalla normativa precedente. Infatti, all'art. 120, comma 10 è statuito che la proroga deve essere prevista fin dagli atti iniziali della gara ma, in questo caso, il legislatore ha eliminato il riferimento secondo cui la proroga riguarda "il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente", mantenendo, al contempo, in piedi le regole stabilite anche nel precedente Codice relative al comportamento del contraente originario, il quale "è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabilite dal contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante"

Su questa base, pertanto, il legislatore affianca alla proroga appena descritta, la cd. "proroga tecnica", la quale può essere utilizzata nel caso in cui la proroga sia già stata utilizzata oppure nel caso in cui la proroga non sia stata prevista nel bando di gara: infatti,

l'art. 120, comma 11, enuncia che “in casi eccezionali nei quali risultino oggettivi ed insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario la conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto”.

Alla luce di quanto descritto, il legislatore nel nuovo Codice ha mantenuto la disposizione sull'opzione di proroga, provvedendo a distinguere la fattispecie del comma 10, dalla proroga del comma 11, che invece disciplina la proroga tecnica.

Restano, invece, regolate nel successivo articolo 121 le fattispecie di proroga collegate alle sospensioni e la proroga richiesta dall'appaltatore per ritardi non imputabili al medesimo.

4. La sentenza del Consiglio di Stato n. 1626 del 16 febbraio 2023: il fatto

Nel caso di specie, l'Associazione Granturismo nella laguna di Venezia, in rappresentanza delle singole imprese operanti nel settore del trasporto dei passeggeri all'interno della lagune di Venezia, ha agito per chiedere l'annullamento del provvedimento di affidamento in via provvisoria, in attesa dell'espletamento della procedura ad evidenza pubblica, alla stessa società aggiudicataria dell'affidamento diretto ormai cessato, la Nethun S.p.A. (società controllata dalla Autorità Portuale di Venezia), della gestione delle strutture di approdo per lo sbarco e l'imbarco e l'eventuale sosta delle unità di navigazione.

La situazione relativa alla gestione di tali strutture, come emerge dalla sentenza, si protrae da diverso tempo durante il quale entrambe le parti si sono date battaglia innanzi al giudice amministrativo, nonostante la presenza di un decreto decisorio del Capo dello Stato del 24 novembre 2015, in accoglimento di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica presentato dall'Associazione Granturismo, che avesse già sancito l'obbligo di mettere a gara i servizi di approdo e gestione pontili, così come previsto dall'art. 6 della legge n. 84 del 1994^[11], recante la disciplina generale in tema di ordinamento e attività portuali^[12].

Infatti il T.A.R. per il Veneto accoglieva il ricorso^[13] ritenendo sussistente l'interesse all'annullamento del provvedimento di affidamento provvisorio, consentendo di ottenere

la restituzione, a titolo risarcitorio, delle somme indebitamente versate a titolo di tariffa per l'attracco ai pontili gestiti dalla Nethun S.p.A.: pertanto, il giudice amministrativo concludeva ritenendo illegittima, per violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di concorrenza e di abuso di posizione dominante, non soltanto l'intervenuta proroga della convenzione stipulata tra Comune di Venezia e Nethun S.p.A., ma anche la quantificazione unilaterale operata dalla Nethun S.p.A. delle tariffe applicate durante il periodo di proroga.

Secondo il T.A.R., le tariffe avrebbero dovuto essere adottate previa valutazione della loro congruità rispetto ai costi da coprire attraverso una procedura di valutazione comparativa, poiché la proroga copre un periodo superiore ai quattro anni, violando l'art. 6, comma 5, della legge n. 84 del 1994^[14]: invece, vi è stata un'applicazione retroattiva delle tariffe unilateralmente determinate dalla Nethun S.p.A., senza alcuna fissazione dei criteri di determinazione delle stesse tariffe rispetto alla spesa di gestione dei pontili e alle unità di navigazione utilizzatrici degli attracchi stessi.

Con atto di appello, sia la Nethun S.p.A. che l'Autorità Portuale di Venezia hanno impugnato la pronuncia del T.A.R. del Veneto, invocandone la riforma integrale e indicando un difetto di legittimazione attiva e dell'interesse qualificato in capo alle società ricorrenti; l'inammissibilità del ricorso per violazione del giudice naturale e sull'insussistenza del giudicato circa il difetto di competenza del T.A.R. per il Veneto in merito alla decisione sulla violazione del decreto decisorio del Capo dello Stato; l'erroneità in relazione alla violazione nel merito dell'art. 6 della legge n. 84 del 1994; l'abnormità, il difetto di presupposto, la violazione del principio di corrispondenza del chiesto e pronunciato e la violazione dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo.

5. Le motivazioni di diritto

In relazione al difetto di legittimazione attiva delle ditte ricorrenti in quanto non titolari della legittimazione ad agire e di un interesse qualificato a contrastare la scelta della P.A. di prorogare l'affidamento alla Nethun S.p.A., il Giudice Amministrativo chiarisce che tale difetto di legittimazione sussisterebbe solo nel caso in cui le ricorrenti fossero operatori del settore della concorrenza, mentre nel caso di specie, le stesse ditte ricorrenti si occupano esclusivamente del "servizio di trasporto di persone" e non della gestione degli approdi.

Viene, pertanto, riconosciuta la sussistenza di un interesse delle ditte ricorrenti, le quali sono legittimate anche all'azione giurisdizionale al fine di ottenere la restituzione, a titolo risarcitorio, delle somme indebitamente versate a titolo di tariffa per l'attracco ai pontili

gestiti dalla società Nethun, poiché la proroga stessa ha determinato un effetto distorsivo della concorrenza, evidenziando altresì come sia il Comune di Venezia che l'Autorità Portuale di Venezia avrebbero dovuto garantire l'efficienza del servizio e la competitività attraverso la concorrenza tra imprese, subordinando sia il rilascio delle concessioni dei pontili, sia l'affidamento della gestione degli approdi ad una o più procedure ad evidenza pubblica, le quali avrebbero consentito di accedere al servizio di trasporto pubblico ad altri approdi a condizioni vantaggiose, nonché esonerando le imprese dal pagamento delle tariffe imposte illegittimamente da Nethun.

Per quanto concerne il difetto di competenza relativo al giudice competente a decidere sulla violazione del decreto decisorio del capo dello Stato, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato^[15] ha stabilito che a decidere l'ottemperanza del decreto decisorio del Capo dello Stato deve essere il Consiglio di Stato, ma nel caso di specie questo principio non trova applicazione poiché le ditte ricorrenti hanno chiesto al T.A.R. "l'annullamento" dei successivi provvedimenti con i quali è stata disposta la proroga della gestione del servizio alla Nethun e non "l'esecuzione" del predetto decreto: quindi il difetto di competenza è manifestamente infondato.

A questo punto, il Consiglio di Stato si esprime sulla portata applicativa del divieto di rinnovo tacito dei contratti della P.A.: infatti, secondo gli appellanti la proroga non costituirebbe un nuovo affidamento, ma una modalità, in via provvisoria e di urgenza, di gestione delle strutture di approdo per lo sbarco e l'imbarco solo per il tempo necessario all'indizione della gara pubblica.

Il Consiglio di Stato nel confermare il divieto di rinnovo dei contratti da parte della P.A., sottolinea come l'art. 6 della legge n. 537 del 24 dicembre 1993^[16], nel vietare il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, comminandone la nullità e nel consentire la rinnovazione espressa in presenza di ragioni di pubblico interesse^[17] dispone che "È vietato il rinnovo tacito dei contratti per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli". Tale divieto di rinnovo tacito non è stato introdotto per la prima volta dall'articolo 44 della legge n. 724 del 23 dicembre 1994, "ma era già previsto dalla disposizione di cui all'art. 6 della legge n. 537 del 1993 che disponeva espressamente il divieto del rinnovo tacito dei contratti con le P.A. per la fornitura di beni e servizi"^[18].

Lo scopo di tale norma è quello di tutelare l'interesse pubblico, affinché le prestazioni di beni o di servizi poste in essere dagli appaltatori delle amministrazioni pubbliche non subiscano col tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori di produzione, i quali vanno ad incidere sulla percentuale di utile che è stata

considerata in sede di formulazione dell'offerta, determinando una conseguente incapacità da parte del fornitore stesso di far fronte alla prestazione oggetto del contratto pubblico: viene pertanto riconosciuta la natura di norma imperativa alla quale si applicano gli articoli 1339 (inserzione automatica di clausole) e 1419 (nullità parziale) del codice civile [19].

Tale disposto normativo viene considerato come espressivo di un precetto di portata generale attraverso il quale il rinnovo dei contratti pubblici scaduti deve essere considerato alla stregua di un contratto originario, necessitante di essere sottoposto alle regole della evidenza pubblica, tenendo presente che l'eventuale procrastinazione del termine originario di durata del contratto produce l'effetto di sottrarre un bene economicamente contenibile a quelle che sono le dinamiche fisiologiche del mercato stesso.

Su questo punto il Consiglio di Stato ha dichiarato che l'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti scaduti "ha valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici"[20].

Inoltre, nel caso specifico, il Consiglio di Stato ritiene insufficiente l'attività interpretativa e di analisi giuridica posta in essere dagli appellanti (Nethun S.p.A. e Autorità Portuale di Venezia), i quali hanno sempre sostenuto che la proroga è intervenuta allo scopo di evitare l'interruzione del servizio e di arrecare, di conseguenza, un danno all'utenza stessa: è evidente, come gli appellanti facciano riferimento all'istituto della "proroga tecnica" stabilito dall'art. 106, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici[21].

La proroga tecnica ha "carattere eccezionale"[22] e deve essere fondata su "oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della nuova gara non imputabili alla stazione appaltante"[23] e in questo caso la proroga che ha consentito alla Nethun S.p.A. fino al 2016, senza l'espletamento di alcuna procedura di evidenza pubblica, di gestire in maniera esclusiva di tutte le strutture di approdo destinate al servizio di trasporto pubblico nella laguna veneta, non rientra nelle casistiche eccezionali previste dall'ordinamento per l'utilizzo della proroga tecnica.

In sostanza, il divieto del rinnovo tacito dei contratti della P.A. è associato a diversi fattori: da un lato è volto a garantire il principio generale della libera concorrenza tra gli operatori economici, assicurando lo svolgimento della gara ad evidenza pubblica, la quale rientra come canone fondamentale dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, concorrendo alla dinamicità e alla trasparenza del mercato; dall'altro lato è volta a permettere alla P.A. la possibilità di assumere obbligazioni di pagamento

legate unicamente all'adozione di un provvedimento formale di impegno che deriva dal contratto pubblico stesso.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la proroga conferita alla Nethun S.p.A. rientri nell'alveo di un "rinnovo" vero e proprio e non di una modalità di gestione del servizio in via provvisoria e d'urgenza per il tempo necessario all'indizione della gara, in cui rientrerebbe l'istituto della proroga tecnica: pertanto, il provvedimento in esame è considerato alla stregua di un rinnovo di contratto della P.A. in violazione dei limiti previsti dall'art. 6 della legge n. 537 del 24 dicembre 1993, poiché vi è la totale mancanza dei presupposti di convenienza e di pubblico interesse, elementi su cui si fonda la deroga al principio della gara ad evidenza pubblica (il rimedio della proroga tecnica è caratterizzato dalla eccezionalità del suo utilizzo).

Per quanto riguarda, invece, la violazione del principio della necessaria corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato ai sensi dell'art. 112 del Codice di Procedura Civile e la violazione dei limiti di giurisdizione del giudice amministrativo avanzata dagli appellanti in relazione alle valutazioni della congruità delle tariffe poste in essere dalla Nethun S.p.A., il Consiglio di Stato non ha ravvisato nessuna violazione né di tali principi e né dei limiti della giurisdizione del T.A.R. del Veneto, il quale ha evidenziato come il Comune di Venezia e l'Autorità Portuale di Venezia avrebbero dovuto individuare i criteri di regolamentazione delle tariffe, effettuando un approfondimento istruttorio in ordine alla concreta sostenibilità economica degli importi applicati rispetto alle spese di gestione dei pontili alle unità di navigazione utilizzatrici degli attacchi, evidenziando la violazione dell'art. 6, comma 5, della legge n. 84 del 28 gennaio 1994, così da evitare l'applicazione retroattiva delle tariffe determinate unilateralmente dalla Nethun S.p.A. .

6. Conclusioni

Dall'indagine condotta è emerso come il divieto di rinnovo (sia tacito che espresso) dei contratti della Pubblica Amministrazione rappresenti una problematica particolarmente rilevante per la contrattualistica pubblica: infatti, nonostante le numerose pronunce da parte del giudice amministrativo che hanno confermato tale divieto, è del tutto evidente come l'argomento in questione sia oggetto di una fiorente discussione sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale.

Nel nostro ordinamento vige oltre al divieto di rinnovo dei contratti pubblici anche quello di proroga dei contratti pubblici e a tal proposito l'ANAC^[24] è intervenuta per consolidare la portata di tale divieto, specificando che la proroga ed il rinnovo dei contratti pubblici si traducono essenzialmente in un affidamento senza gara, con la conseguente violazione dei principi comunitari di libera concorrenza (obbligo di garantire anche alle micro, piccole e

medie imprese la possibilità di poter essere aggiudicatari di un contratto pubblico) e di parità di trattamento (obbligo di assicurare una posizione di equidistanza della pubblica amministrazione nei confronti dei diversi operatori economici che partecipano alla procedura di evidenza pubblica, evitando così il consolidamento di posizioni di forza di determinati imprese nei rapporti con la P.A.).

Sia l'ANAC che la giurisprudenza amministrativa hanno evidenziato come in relazione alla proroga dei contratti pubblici non vi sia nessuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile in forza del quale la Pubblica Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve obbligatoriamente effettuare una nuova procedura di gara.

Però, a fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, sussiste una residuale facoltà, da parte della stazione appaltante, di ricorrere all'utilizzo della proroga tecnica: tale circostanza è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare il servizio nell'attesa di reperire un nuovo contraente: si tratta, dunque, di uno strumento eccezionale rispetto al procedimento ad evidenza pubblica ed il suo utilizzo è caratterizzato da un onere motivazionale molto stringente che deve tener conto delle circostanze, non imputabili alla pubblica amministrazione, che hanno condotto all'utilizzo della proroga stessa.

Nel caso esaminato emerge come la proroga concessa alla Nethun S.p.A. non rientri nella casistica eccezionale e residuale tipizzata dell'istituto della proroga tecnica, ma piuttosto rientri nell'alveo di un vero e proprio rinnovo del contratto pubblico, in violazione di una specifica norma di legge che vieta tale rinnovo^[25], poiché il provvedimento concesso alla Nethun S.p.A. viola il principio di concorrenza tra gli operatori economici e di parità di trattamento degli stessi, provocando un'alterazione del libero mercato ed un notevole pregiudizio alle numerose imprese operanti nel settore del trasporto dei passeggeri all'interno della laguna di Venezia.

Anche con l'introduzione nel nostro ordinamento del nuovo codice dei contratti pubblici (d. lgs. 36/2023) l'utilizzo della proroga è fortemente limitato, continuando a permanere il divieto di proroga e di rinnovo del contratto pubblico, in ossequio alle direttive di matrice comunitaria.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sentenza n. 891 del 10 febbraio 2022, TAR Napoli.

[2] Sentenza n. 2484 del 7 agosto 2023, TAR Sicilia.

[3] Per il legislatore comunitario i principi di concorrenza e di libero accesso al mercato da parte degli operatori economici sono di fondamentale importanza e assumono una rilevanza notevole all'interno della disciplina dei contratti pubblici: l'obiettivo è quello di garantire che, oltre alle grandi imprese, anche le medie, piccole e micro imprese possono ambire a diventare aggiudicatrici di un affidamento pubblico.

[4] ANAC, delibera n. 576 del 28 luglio 2021 (condotta tenuta da un Asl in ordine all'affidamento e alla gestione di un appalto pubblico per il servizio di supporto alla gestione alla manutenzione di apparecchiature biomediche di proprietà dell'ospedale, caratterizzato da un contratto della durata di quattro anni, stipulato nel 2013 e poi conclusosi, in seguito ad una serie di varianti, rinnovi e proroghe disposte dall'affidatario, nel 2021) e 591 del 28 luglio 2001 (l'affidamento in proroga disposti da un'azienda ospedaliera universitaria in relazione al servizio di noleggio, ricondizionamento e logistica dei dispositivi tessili, dei materassi e dei dispositivi sterili per le sale operatorie. Il contratto della durata di cinque anni, stipulato nel 2009 veniva rinnovato diverse volte fino a scadere nel 2018).

[5] ANAC, delibera n. 304 del 1° aprile 2020.

[6] Consiglio di Stato, sentenza n. 6955 del 18 ottobre 2021.

[7] Articolo 12, comma uno, del regio decreto numero 2440 del 18 novembre 1923: "I contratti debbono avere termini e durata certa e non possono essere stipulati con onere continuativo per lo Stato, se non per ragioni di assoluta convenienza o necessità da indicarsi nel decreto di approvazione del contratto. Per le spese ordinarie la durata non può oltrepassare i nove anni".

[8] Articolo 30, comma 1, Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016.

[9] Articolo 30, comma 1, Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016.

[10] Articolo 63, comma 5, Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016.

[11] Riordino della legislazione in materia portuale, Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 28 del 04-02-1994 - Suppl. Ordinario n. 21. Entrata in vigore della legge: 19-2-1994.

[12] Deducevano, altresì, la violazione dei principi comunitari di proporzionalità, di concorrenza, di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, nonché la violazione delle disposizioni del trattato dell'Unione Europea, degli artt. 24, 41, 111 e 117 della costituzione, della citata legge numero 84 del 1994 e dell'art. 30 del codice degli appalti, difetto di istruttoria, di motivazione, violazione degli artt. 11, 15 e 21 septies e nonies, della legge n.241 del 1990, del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, dei principi di legalità e irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi, dell'articolo 97 della costituzione e degli artt. 2 e 21 bis della legge n. 241 del 1990, degli artt. 1343, 1345 e 1418 del codice civile, dell'art. 31 del regolamento comunale di attuazione della legge regionale n. 63 del 1993 e dell'art. 1 del d.m. 14 novembre 1994, degli artt. 16 e 18 della legge n. 84 del 1994 e 18 del d.P.R. n. 328 del 1952, dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa ed eccesso di potere per sviamento manifesta illogicità irragionevolezza e contraddittorietà.

[13] Sentenza n. 680 del 2016.

[14] Legge n. 84 del 1994, art. 6, comma 5. "L'esercizio delle attività di cui al comma 1, lettere b) e c), è affidato in concessione dell'autorità portuale mediante gara pubblica".

[15] Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 5 giugno 2012, n.18.

[16] Come sostituito dall'art. 44 della legge n. 724 del 23 dicembre 1994 ed il comma 2 è stato modificato dall'art. 23 della legge n.62 del 18 aprile 2005, poi abrogato dall'art. 256 del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006.

[17] Legge n. 62 del 18 aprile 2005, art. 23.

Disposizioni in materia di rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi.

Comma 1. L'ultimo periodo dell'articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, è soppresso.

Comma 2. I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

Comma 3. (abrogato dall'articolo 28 della legge n. 13 del 2007).

[18] Consiglio di Stato, sezione V, 2 ottobre 2002, n. 5116.

[19] Consiglio di Stato sezione V, 2 novembre 2009, n. 6709; Consiglio di Stato, sezione III, 1 febbraio 2012, n. 504; Consiglio di Stato, sezione V, 22 dicembre 2014, n. 6275; Consiglio di Stato, sezione V, 21 luglio 2015, n. 3594.

[20] Consiglio di Stato, sezione IV, 31 ottobre 2006, n. 6458.

[21] Decreto legislativo n.50 del 2016, Codice dei Contratti Pubblici, art. 106, comma 11.

Comma 11. 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.

[22] Consiglio di Stato, sezione III, 3 aprile 2017, n. 1521; consiglio di Stato, sezione V, 17 gennaio 2018, n. 274.

[23] Consiglio di Stato, sezione V, 29 maggio 2019, n. 3588.

[24] ANAC, atto del presidente del 13 aprile 2022 – fascicolo 336.2021.

[25] Art. 6 della legge n. 537 del 24 dicembre 1993.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9407>