

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania

Sezione V

Sentenza 2 aprile 2020, n. 1312

PRESIDENTE: SCUDELLER - ESTENSORE: CAPRINI

FATTO E DIRITTO

I. La società ricorrente impugna la delibera del Direttore Generale dell'ASL Napoli 1 Centro avente ad oggetto il quinto affidamento in proroga dei servizi psicosociali e di riabilitazione all'ATI Gesco per un ulteriore periodo di quattro mesi, a partire dal 1° gennaio 2019.

I.1. Chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, e l'applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 26, comma 2, c.p.a. con valutazione del comportamento antigiusuridico della resistente Amministrazione anche in fase di governo delle spese.

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di ricorso:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 29, 57 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 271 del d.P.R. n. 207/2010, degli artt. 4, 30, 35, 36, 51, 63 e 106 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 3 e 21-septies della l. 241/1990, dei principi espressi dall'art. 23 della l. n. 62/2005, dei principi di concorrenza e massima partecipazione di cui al TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ed alle Direttive 2004/18/CE, 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, dei principi in tema di procedure ad evidenza pubblica, dell'art. 97 della Carta costituzionale, del principio di buon andamento dell'azione amministrativa e dei principi di economicità ed efficienza, della determinazione ANAC n. 9 del 22 luglio 2015 e dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. in ragione dell'omesso controllo sull'esecuzione dell'appalto;

b) eccesso di potere per contraddizione tra atti, motivazione apparente, mancante, insufficiente, illogica, perplessa e contraddittoria, inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto, erroneità e falsità del presupposto, travisamento, carenza di istruttoria e di motivazione, ingiustizia manifesta, sviamento di potere, illogicità manifesta, difetto di interesse pubblico, palese

arbitrarietà dell'azione amministrativa, violazione dei canoni di buona fede, affidamento e correttezza.

III. Si sono costituite l'Azienda sanitaria intimata e la Cooperativa controinteressata, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria, entrambe eccependo preliminarmente l'inammissibilità e/o improcedibilità per carenza di interesse e concludendo in subordine per il rigetto del gravame.

IV. All'udienza pubblica del 28 gennaio 2020, fissata per la trattazione, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Vanno, in primo luogo, disattese le eccezioni in rito.

V.1. Quale operatore economico nel settore oggetto di gara, parte ricorrente, come dichiarato, ha interesse a veder rispettate tutte le regole in tema di affidamento di servizi pubblici al fine di poter aspirare all'affidamento dei servizi attribuiti senza gara al RTI Gescio.

Ciò posto, l'attenzione della medesima società ricorrente è, principalmente, quella di poter conseguire almeno parte delle medesime commesse affidate al RTI Gescio mediante affidamento diretto e/o procedura negoziata ex art. 36 d.lgs. 50/2016 (ovvero qualsiasi altro strumento offerto dall'ordinamento), circostanza ritenuta possibile ove la stazione appaltante operasse una scomposizione delle molteplici ed eterogenee attività e servizi affidati con la gravata proroga mediante la loro suddivisione in lotti funzionali e/o prestazionali. Nonché, da ultimo, l'interesse fatto valere è quello di vedere bandire la gara per i servizi affidati in via diretta a GESCO e non ricompresi nella gara indetta con delibera dell'ASL Napoli 1 Centro n. 1372/2018.

Va invece disatteso, in quanto non meritevole di tutela, l'interesse della ricorrente, in qualità di capogruppo del RTI con Centro Studi della Scoliosi S.r.l. e Nestore Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus e con esse titolare di un contratto d'appalto con l'ASL Napoli 1 Centro avente ad oggetto l'erogazione del "Servizio di Assistenza domiciliare nei confronti degli utenti aventi diritto residenti nell'ambito territoriale del Comune di Napoli, Capri ed Anacapri", a ottenere l'estensione dei servizi originariamente affidati con detto contratto, almeno per quanto concerne le prestazioni socio-psicologiche in favore di degenti domiciliati presso le strutture residenziali assistenziali e carcerarie della stessa ASL, atteso il dedotto identico contenuto delle prestazioni, nonché l'imminente necessità per l'Ente di identici servizi, così come cristallizzati con le impugnate

proroghe.

Tale estensione è già stata valutata negativamente da questo tribunale, che ha annullato, con sentenza 5351/2018, confermata in appello dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2787/2019, la delibera n. 57/2018 della ASL Napoli 1 Centro nella parte in cui venivano affidati alla attuale ricorrente servizi ritenuti dalla medesima Azienda assimilabili a quelli ad essa aggiudicati con la gara per l'affidamento dei servizi domiciliari.

V.2. Occorre parimenti disattendere l'ecceputa inammissibilità e/o improcedibilità del gravame sul duplice presupposto che:

a) da un lato, a seguito dell'indizione di nuova gara stabilita con delibera n. 1372 del 29 giugno 2018, come rettificata con delibera n. 1544/2018, in data comunque antecedente alla proroga del 28 dicembre 2018, si sarebbe garantito e soddisfatto l'interesse legittimo di parte ricorrente a parteciparvi, tanto che la stessa vi avrebbe regolarmente preso parte. Tale gara, indetta per le attività psico-sociali e di riabilitazione nell'ambito degli interventi previsti per i settori della salute mentale, della riabilitazione, degli anziani, della dipendenza e degli "immigrati e senza fissa dimora", si sarebbe *medio tempore* conclusa con provvedimento di aggiudicazione, n. 1 del 25 marzo 2019, in favore del RTI Gesco/Icaro/Prodos/Solco/il Pioppo da cui sarebbe scaturito contratto n. Repertorio 442 del 16 luglio 2019;

b) dall'altro, quanto, asseritamente, a tutti gli altri servizi residui oggetto della gravata proroga, vi sarebbe stata, nelle more del presente gravame, l'indizione di un'ulteriore gara effettuata con delibera n. 351 del Commissario Straordinario del 19 aprile 2019, specificatamente per l'affidamento dei servizi psico-sociali e di riabilitazione nell'ambito degli interventi socio sanitari per i settori di salute mentale, anziani, dipendenze, riabilitazione, "medicina penitenziaria, assistenza ospedaliera", a cui la ricorrente avrebbe parimenti regolarmente partecipato. La stessa sarebbe stata poi aggiudicata con determina n. 2147 del 6 dicembre 2019, così come integrata con determina n. 2277 del 17 dicembre 2019, alla RTI Gesco/Solco/Icaro/Prodos, con decorrenza del servizio a fare data dall'1 gennaio 2020.

Per inciso, la circostanza che la ASL abbia proceduto a tale ultima indizione gara, e conseguenziale aggiudicazione, in un momento successivo alla proposizione del ricorso non configurerebbe un anomalo ritardo da parte dell'azienda né sarebbe idonea a radicare l'interesse ad agire di parte ricorrente visto che la ASL per tali ultime tipologie di servizi, in seguito messe a gara, aveva inizialmente preferito affidarle "in estensione", essendoci

capienza, proprio alla ricorrente, quale aggiudicataria di analogo servizio destinato alle cure domiciliari. Orbene, essendo stato il relativo provvedimento impugnato innanzi al Tar e poi appellato al Consiglio di Stato, si sarebbe attesa la conclusione dei relativi giudizi, in esito ai quali, essendo stata ritenuta non legittima tale "estensione" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, n. 5351/2018, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2787/2019), la A.S.L. avrebbe immediatamente proceduto alla indizione e all'espletamento di una nuova gara nonché alla conseguenziale aggiudicazione con determina n. 2147 del 6 dicembre 2019 (produzione dell'Azienda resistente dell'8 gennaio 2020 e del 17 maggio 2019).

A tali considerazioni occorrerebbe aggiungere poi la circostanza, invero fattuale, che il provvedimento impugnato avrebbe cessato ogni effetto, trovando la sua naturale scadenza al 30 aprile 2019.

V.2.1. Orbene, la medesima ricorrente evidenzia che la GESCO Consorzio di Cooperative sociali ed in generale il RTI di cui lo stesso è capofila, rappresenta uno dei *competitor* sia a livello locale che nazionale diretto dell'odierna deducente e, detto affidamento, generando il suo consolidamento nel mercato di riferimento, comporta una generale lesione della *par condicio* e del principio comunitario di libera concorrenza, come tale rilevante anche a fini curriculari.

VI. Ciò posto, occorre premettere in fatto che:

a) l'ASL Napoli 1 Centro, giusta delibera n. 1603 del 30 dicembre 2011, aggiudicava i servizi "psicosociali e di riabilitazione da effettuarsi presso le strutture, le articolazioni e P.O. della ASL NA 1 Centro" alla ATI tra GESCO Consorzio di Cooperative sociali, capogruppo mandatario e le mandanti ICARO Onlus Consorzio di Cooperative Sociali, PROODOS Consorzio di Cooperative Sociali, CONVIVENDO Consorzio di Cooperative Sociali, SOL.CO NAPOLI Consorzio di Cooperative Sociali, Associazione il PIOPPO ONLUS e CAPODARCO Società Cooperativa Sociale Integrata (RTI GESCO);

b) la durata dell'appalto era fissata in cinque anni, con scadenza al 31 dicembre 2016;

c) per il contratto d'appalto scaturito dalla suddetta aggiudicazione, con delibera n. 893 del 30 dicembre 2016, vi è stata in favore dell'ATI GESCO una prima proroga semestrale dell'originaria scadenza contrattuale, dal 1° gennaio 2017 al 30 giugno 2017, motivata quale proroga tecnica nelle more dell'indizione della nuova gara.

d) successivamente, con delibera n. 11 del 30 giugno 2017, la suddetta

scadenza contrattuale è stata ulteriormente prorogata, per la seconda volta, in favore dell'ATI GESCO di un ulteriore semestre, sino al 31 dicembre 2017, parimenti giustificata con l'esistenza di una gara in corso di espletamento salvo risoluzione anticipata in caso di passaggio di competenze al nuovo aggiudicatario;

e) con la delibera n. 57 del 22 gennaio 2018, è stata disposta una terza proroga semestrale in favore della medesima ATI GESCO, dal 1° gennaio 2018 al 30 giugno 2018, per un importo pari ad euro 7.791.000,00, oltre IVA. Il contestato affidamento sorgeva per l'esigenza di "garantire i servizi resi all'utenza, nelle more che si addivenga ad una precisa individuazione del fabbisogno generale dell'Azienda in termini di servizi, sulla base delle esigenze rappresentate dai Direttori di Dipartimento interessati alle attività da svolgersi". Tale proroga è stata oggetto di impugnativa da parte del Centro di Fisiocinesiterapia Serapide S.p.A., attuale ricorrente, con ricorso rubricato con R.G. n. 720/2018, accolto con sentenza n. 4109/2018;

f) l'ASL Napoli 1 Centro ha perseverato nella propria attività prorogatoria e, con delibera del Direttore Generale dell'ASL Napoli 1 Centro n. 1383 del 29 giugno 2018, pubblicata in data 3 luglio 2018, ha affidato, per la quarta volta, in via diretta ed in favore dello stesso RTI GESCO i medesimi servizi oggetto delle tre precedenti proroghe, per un ulteriore semestre e per un complessivo importo pari ad euro 8.600.000,00 oltre I.V.A. Detto ulteriore affidamento è stato parimenti impugnato da parte della ricorrente, Centro di Fisiocinesiterapia Serapide S.p.A., ricorso rubricato con R.G. n. 2727/2018, chiamato alla stessa udienza pubblica del 28 gennaio 2020;

g) con l'impugnata delibera n. 2442 del 28 dicembre 2018, per la quinta volta, la medesima Azienda sanitaria ha nuovamente affidato al RTI GESCO controinteressato detto servizio pubblico, per un ulteriore periodo di quattro mesi. Tale ultimo affidamento di apprezzabile rilevanza economica, per un importo di euro 5.655.385,00 oltre I.V.A., diretto e senza gara, risulta da ultimo motivato in ragione della circostanza per cui, per alcuni dei servizi affidati, sarebbe in corso la relativa procedura di gara, mentre, per altri, comunque ricompresi nell'affidamento in proroga al RTI Gesco, sarebbero state attivate una serie di variegata e molteplici attività destinate a far fronte alle ulteriori necessità della stessa ASL Napoli 1 Centro. Per tutti gli affidandi servizi *de quibus* sarebbe stata accertata l'impossibilità di portare a termine i relativi procedimenti entro il 31 dicembre 2018.

VI.1. Parte ricorrente nella considerazione, tra l'altro, che, sommando tutte le suddette proroghe, il RTI Gesco, controinteressato, avrebbe beneficiato di

pubbliche commesse per oltre euro 40.000.000,00, lamenta la violazione delle norme e dei principi che governano le procedure ad evidenza pubblica, asserendo che, nel caso di specie, l'operato dell'Azienda resistente finisce con il rappresentare una modalità surrettizia per aggirare la gara pubblica e favorire il consolidamento di una posizione di vero e proprio monopolio in favore del RTI Gesco.

VII. Il ricorso è fondato.

VII.1. Con i primi motivi di ricorso la società ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dei principi espressi dall'art. 23 della l. n. 62/2005, e, precisamente, dei principi di concorrenza e massima partecipazione in tema di procedure ad evidenza pubblica nonché il difetto di motivazione.

VII.1.1. La resistente amministrazione, con la deliberazione impugnata, avrebbe perseverato nell'illiceità, affidando in via diretta, senza il previo esperimento di alcuna procedura di gara e/o competitiva, servizi di rilevante valore economico (euro 5.655.385,00 oltre IVA per soli 4 mesi di attività) al controinteressato RTI GESCO. Nel caso di specie, risulterebbero, infatti, del tutto insussistenti i presupposti fattuali e giuridici affinché l'amministrazione sanitaria campana potesse servirsi dell'istituto della proroga per affidare il suddetto servizio, atteso che quella disposta in favore del R.T.I. Gesco sostanzierebbe un affidamento diretto, elusivo dell'obbligo di indizione della gara.

VII.1.2. L'appalto oggetto dell'illegittima proroga sarebbe, poi, regolato, *ratione temporis*, dal previgente Codice dei contratti pubblici.

Premette, in particolare, parte ricorrente che, secondo la normativa applicabile, la "proroga" può essere c.d. "contrattuale" oppure c.d. "tecnica". Nella specie, la proroga c.d. "contrattuale" è così definita in quanto prevista nel bando di gara e nel contratto. A tutti i partecipanti alla gara è quindi noto che il contratto è esposto ad un prolungamento della sua durata e di tanto possono tenere conto ai fini della partecipazione alla gara e della formulazione dell'offerta. La clausola di proroga inserita nel contratto conferisce all'Ente il diritto potestativo di richiedere al contraente privato la prosecuzione del contratto alle stesse condizioni e per i periodi indicati nel contratto. Si ha, invece, proroga c.d. "tecnica", come nel caso all'esame, quando il contratto viene prolungato per un breve periodo per garantire la continuità della prestazione essenziale nelle more della conclusione delle procedure di scelta del contraente che, in ogni caso, devono essere bandite prima dell'originaria scadenza contrattuale.

VII.1.3. Orbene, detta ultima proroga, prosegue parte ricorrente, per essere legittima, non può durare più di sei mesi, secondo il limite di creazione giurisprudenziale fondato sulla norma di cui all'art. 23, comma 2, l. 62/2005 che prevede che i contratti di appalti possano 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".

Tale lettura troverebbe conferma nel nuovo Codice dei contratti pubblici che, in tema di proroga c.d. "tecnica", all'art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016, con l'inciso "se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga", addirittura esclude la possibilità di una proroga c.d. "tecnica" del contratto qualora la *lex specialis* di gara non preveda espressamente tale possibilità. In ogni caso, la proroga tecnica sarebbe legittima purché limitata "al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara".

L'operatività del principio in tema di rinnovazione o di proroga di un appalto si rinverrebbe anche nell'art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale l'affidamento diretto è possibile "nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici".

VII.1.4. In merito, prosegue parte ricorrente, l'ANAC, con la deliberazione n. 34/2011, ha chiarito che la proroga è un istituto eccezionale ed, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23 l. n. 62/2005) la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati all'art. 2 del d.lgs. 163/2006 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha, infatti, carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (C.d.S. n. 3391/2008).

VII.1.5. Da questa angolazione, il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo anche per la violazione dell'art. 29 del d.lgs. n. 163/2006, nella

parte in cui sancisce l'obbligo per le Amministrazioni della programmazione per tempo dei contratti che si andranno a stipulare, per ragioni di efficienza, onde evitare il rischio di stipule dettate da "somma urgenza", pena l'interruzione nell'erogazione della prestazione.

VII.1.6. Nel caso in esame, la disposizione della quinta proroga sarebbe totalmente in contrasto con i principi nazionali e comunitari in tema di appalti e di corretto funzionamento del mercato concorrenziale e sarebbe, altresì, illegittimamente intervenuta solo dopo la naturale scadenza contrattuale fissata al 31 dicembre 2016; la relativa adozione sarebbe, peraltro, imputabile esclusivamente all'erronea programmazione della stazione appaltante che avrebbe operato senza nemmeno rispettare la necessaria ed indefettibile continuità tra gli affidamenti. Risulterebbe, invero, scoperto il periodo temporale che va dall'1 gennaio 2018 al 30 giugno 2018 essendo stato annullato il relativo provvedimento da questo tribunale con sentenza n. 4109/2018 (delibera n. 57 del 22 gennaio 2018), e quello ulteriore tra l'1 gennaio 2018 e il 21 gennaio 2018.

VII.1.7. Non idonei a giustificare la quinta proroga sarebbero, altresì, lo svolgimento della procedura di gara per l'affidamento di parte dei servizi prorogati nonché l'esecuzione di non meglio precisate "attività avviate per l'acquisizione di personale/servizi/locali inclusi nel contratto con l'ATI Gesco" non ricomprese nei servizi oggetto della procedura di gara indette dalla medesima ASL. Peraltro, oltre all'assenza di continuità vi sarebbe anche l'assenza di identità di prestazioni, giacché la gara indetta il 29 giugno 2018 concernerebbe soltanto una parte dei servizi affidati in proroga al RTI Gesco.

VII.1.8. Desterebbero particolare perplessità anche gli importi dei servizi oggetto di proroga rispetto a quelli posti a base d'asta nella nuova e parziale gara (importo annuo a base d'asta per la nuova gara: euro 6.944.351,44 - importo quadrimestrale dell'appalto prorogato al RTI Gesco: euro 5.655.385,00).

VII.1.9. Parte ricorrente deduce, altresì, con il secondo motivo di ricorso, la manifesta erroneità ed infondatezza della motivazione volta a legittimare l'impugnato provvedimento e/o comunque la sua insufficienza, illogicità, perplessità e contraddittorietà nonché l'assenza di una compiuta istruttoria.

VII.1.10. Sarebbe, in particolare, inconferente il passaggio motivazionale secondo il quale:

- "al fine di evitare ulteriori censure sul piano giuridico e procedimentale, e soprattutto al fine di evitare interruzioni di servizi pubblici sanitari, con

delibera n. 1372 del 29 giugno 2018 è stata indetta la nuova procedura per l'Affidamento in appalto dei servizi psico-sociali e di riabilitazione;

- le operazioni di gara sono attualmente in corso, come rilevabile dall'allegato verbale;
- l'azienda ha individuato, in affiancamento alla predetta procedura d'appalto, una serie di possibili alternative per garantire i servizi sanitari psico-sociali".

Invero, l'indizione della gara per legittimare eventualmente la proroga, una sola volta e mai reiterata come, invece, nel caso *de quo*, sarebbe dovuta comunque intervenire oltre due anni or sono, ovvero antecedentemente all'originaria scadenza del contratto d'appalto, a far data dal 31 dicembre 2016.

La suddetta procedura di gara benché indetta nel mese di giugno 2018, sarebbe, alla data di proposizione del ricorso, nella fase di ammissione/esclusione dei concorrenti all'esito della verifica della documentazione amministrativa e rinviata a data da destinarsi. Peraltro, come già osservato, con la summenzionata delibera n. 1372 del 29 giugno 2018 di indizione della procedura ad evidenza pubblica non sarebbero stati posti a gara tutti i servizi oggetto di proroga, bensì solo parte degli stessi e, conseguentemente, anche sotto detto profilo del tutto illegittima sarebbe la proroga "totale" concessa in favore del RTI Gesco.

Né, in maniera alcuna, sarebbero state rappresentate ed esposte le concrete ed effettive attività poste in essere "in affiancamento alla predetta procedura d'appalto", fermo restando che l'intempestiva programmazione operata dalla S.A. sarebbe del tutto inidonea a giustificare la quinta proroga.

Inoltre, illegittimamente, non sarebbero state valutate ulteriori e possibili alter[n]ative, quali, a titolo esemplificativo, l'affidamento in via diretta e/o mediante procedura negoziata ex art. 36 d.lgs. 50/2016, atteso che attraverso lo scorporo dei servizi e/o la suddivisione dell'appalto in lotti funzionali e/o prestazionali l'importo delle singole prestazioni scenderebbe al disotto delle somme indicate nell'art. 35 d.lgs. 50/2016. In particolare, la presupposta suddivisione in lotti (ex art. 51 d.lgs. 50/2016) non sarebbe stata, immotivatamente, operata, nonostante le attività dedotte in contratto siano differenti, siano distinte le aree di intervento e siano, altresì, differenti gli operatori all'uopo preposti.

Non ultima sarebbe la contraddittorietà dell'operato della resistente Amministrazione, atteso che la stessa, attraverso le ben cinque proroghe

adottate, ha affermato tutto ed il contrario di tutto, sostenendo:

a) per le prime 2 proroghe semestrali assunte, che le stesse erano giustificate "nelle more dell'indizione della gara" ed arrivando addirittura a paventare per la seconda proroga la risoluzione anticipata in caso di nuova aggiudicazione;

b) con la terza proroga, invece, contraddicendosi, avrebbe affermato che è completamente mancata l'indizione della presunta gara posta alla base delle prime due proroghe e che la terza proroga era sottesa all'internalizzazione del servizio e non più all'indizione della gara;

c) con la quarta proroga, che questa veniva adottata in quanto, con delibera 1372 del 29 giugno 2018, vi era stata finalmente l'indizione della gara, tra l'altro per servizi parziali rispetto a quelli prorogati;

d) con la quinta proroga, infine, che quest'ultima si sarebbe resa necessaria per il completamento della procedura di gara e delle "diverse attività avviate per l'acquisizione di personale/servizi/locali inclusi nel contratto con l'ATI Gesco".

VII.2. I motivi di ricorso che, in quanto relativi al difetto dei presupposti per il ricorso alla proroga c.d. tecnica, possono essere trattati congiuntamente, sono fondati nei termini di seguito esposti.

VII.3. Ed invero secondo costante e condivisa giurisprudenza:

a) "il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall'art. 23 l. 18 aprile 2005, n. 62, ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell'ordinamento; il predetto divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato CE (che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici), mentre la semplice proroga può essere accordata per un tempo predeterminato e limitato, oltre ad essere prevista *ab origine* negli atti di gara, e viene esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione (detti presupposti non si rivengono nelle determinazioni impugnate)" (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 7 aprile 2015, n. 490);

b) già è stata stigmatizzata la violazione della normativa richiamata in caso di seconda proroga, sul presupposto che: "appare, infatti, difficilmente compatibile con la normativa comunitaria in materia di contratti pubblici una seconda proroga degli affidamenti vigenti e se le suddette norme fossero interpretate nel senso di obbligare le Amministrazioni in tal senso, potrebbe emergere un'elusione da parte dello Stato italiano dei vincoli derivanti

dall'appartenenza all'Unione Europea. Sotto il profilo della compatibilità costituzionale apparirebbe poi difficilmente armonizzabile con il principio di libera iniziativa economica, ex art. 41 Cost., l'imposizione alle imprese affidatarie di un servizio di gestione obbligatoria derivante dalla proroga contrattuale, alle condizioni in essere" (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 4 giugno 2015, n. 859);

c) questo stesso tribunale, pronunciandosi sulla terza proroga intercorrente, per i medesimi servizi, tra l'attuale Azienda resistente e l'Ati Gesco controinteressata (delibera n. 57 del 22 gennaio 2018, nella parte in cui proroga dal 1° gennaio 2018 al 30 giugno 2018 l'affidamento al RTI Gesco dei servizi psico-sociali e di riabilitazione) ha, nello specifico, puntualizzato che:

"È noto infatti che in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (C.d.S., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192).

Va peraltro ricordato che la differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

Peraltro all'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui, ad un affidamento con gara, segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario; le proroghe dei contratti affidati con gara, infatti, sono consentite se già previste *ab origine* e comunque entro termini determinati, mentre, una volta che il contratto scada e si proceda ad una proroga non prevista originariamente, o oltre i limiti temporali consentiti, la stessa proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara (giurisprudenza costante, ex multis T.A.R. Sardegna, sez. I, 6 marzo 2012, n. 242).

In definitiva, anche nella materia del rinnovo o della proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in

relazione alla normativa inderogabile stabilita dal legislatore per ragioni di interesse pubblico; al contrario, vige il principio in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (T.A.R. Sardegna, Cagliari, n. 755/2014 confermata da C.d.S., sez. III, n. 1521/2017 con cui si è affermato che "La proroga, anzi, come giustamente evidenziato dal primo giudice, costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali").

Anche l'Anac, riportandosi a quanto affermato in materia dalla giurisprudenza, con delibera numero 557 del 31 maggio 2017, riferita proprio ai contratti originariamente aggiudicati, come nella specie, ai sensi del d.lgs. 163/2006 e ad un'ispezione eseguita in una ASL ha precisato "Con riguardo alla problematica relativa all'utilizzo degli istituti della proroga e dei rinnovi taciti nei contratti di appalto di servizi e forniture, gli ispettori si riportano ad alcune considerazioni giuridiche e giurisprudenziali chiarendo in primo luogo che "l'art. 23 della l. n. 62/2005, nel sancire l'espresso divieto del rinnovo tacito dei contratti delle P.A. per le forniture di beni e servizi," tendente a scongiurare ripetuti affidamenti allo stesso operatore "ha anche previsto la facoltà, da esercitarsi entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, di procedere al rinnovo espresso dopo aver accertato la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse".

Per ciò che concerne la c.d. "proroga tecnica", preme evidenziare l'orientamento restrittivo dell'Autorità (cfr. delibere nn. 6/2013 e 1/2014) e della consolidata giurisprudenza, che ammettono la proroga tecnica solo in via del tutto eccezionale, poiché costituisce una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, enunciati nel previgente codice dei contratti al comma 1 dell'art. 2 [oggi art. 30 del d.lgs. n. 50/2016].

La proroga, 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, come chiarito dall'Autorità con parere AG 38/2013: la proroga "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" (C.d.S., sez. V, sent. 11 maggio 2009, n.

2882).

Una volta scaduto il contratto, l'Amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve - tempestivamente - bandire una nuova gara (cfr. C.d.S. n. 3391/2008), al fine di portarla a termine prima della naturale scadenza del risalente contratto, in quanto, in tema di proroga (o rinnovo) dei contratti pubblici non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20 giugno 2018, n. 4109).

VII.4. Ciò posto, le censure si palesano fondate atteso che con l'atto oggetto di impugnativa si è proceduto ad una quinta proroga, avendo la A.S.L. indetto una procedura di gara ormai tardiva e, peraltro, relativa solo ad una parte dei servizi oggetto dell'evidenza pubblica e, tanto, non solo in violazione della legge ma anche con palese sviamento di potere insito nell'abuso del ricorso allo strumento della proroga tecnica oltre ogni ragionevolezza, coprendo quest'ultimo, complessivamente, un periodo di circa tre anni. Una legittima proroga sarebbe potuta intervenire antecedentemente alla scadenza del contratto, per una sola volta, e limitatamente al periodo necessario per l'indizione e la conclusione della necessaria procedura ad evidenza pubblica ovvero delle attività alternative di reclutamento del personale (internalizzazione mediante ricorso alla mobilità o ad autonome procedure concorsuali), da programmarsi, comunque, con congruo anticipo in previsione della già stabilita cessazione del periodo di efficacia del contratto non costituente circostanza imprevedibile ed eccezionale.

"Ed invero, come innanzi accennato la proroga "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" (C.d.S., sez. V, sent. 11 maggio 2009, n. 2882; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20 giugno 2018, n. 4109, citata).

VII.5. "Né rilevano, avuto riguardo alla durata complessiva delle disposte proroghe, le problematiche organizzative della stazione appaltante o le difficoltà connesse alla stesura del capitolato di gara, trattandosi di evenienze fronteggiabili per tempo e sicuramente non in grado di giustificare il ricorso ad una terza proroga tecnica (a maggiore ragione ove si tratti della quinta proroga tecnica) - essendo la proroga ammissibile solo per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione - in palese

violazione della disciplina comunitaria, in considerazione del rilievo che, come innanzi accennato, il ricorso alla proroga o al rinnovo del contratto, in assenza dei relativi presupposti, è equiparabile ad un affidamento diretto senza gara" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20 giugno 2018, n. 4109, citata).

VII.6. Se è vero che la mancata attivazione della gara in termini più celeri ed adeguati, solo con delibera n. 1372 del 29 giugno 2018, è stata anche la conseguenza della circostanza che la stazione appaltante ha ottenuto l'autorizzazione da parte di SORESA solo il 24 maggio 2018, i ritardi nell'espletamento dell'attività istruttoria preliminare volta ad addivenire all'indizione di una nuova gara, pur attivata fin dalla fine dell'anno 2017, sono comunque imputabili, a vario titolo, all'Azienda resistente e, nella specie, ai contraddittori indirizzi anche dei Direttori Generali insediatasi nel tempo al vertice, il cui operato, per il principio di immedesimazione organica, è ad essa ordinariamente imputabile.

Si fa in particolare riferimento alle richiamate difficoltà gestionali (modificazione del patrimonio immobiliare, adozione e revoca dell'atto aziendale di ridefinizione delle articolazioni aziendali e delle relative competenze) nonché alla complessa operazione di riorganizzazione gestionale dei servizi non prorogati e non inseriti nel nuovo procedimento di gara da gestirsi secondo percorsi alternativi - per i quali l'allora direzione strategica della ASL, insediarsi nel giugno 2017, aveva ritenuto opportuno attivare una procedura volta alla progressiva "internalizzazione" mediante procedure di reclutamento, allo stato, in corso di svolgimento o concluse - nonché all'ultima esternalizzazione del servizio residuale (produzione dell'Azienda resistente dell'8 gennaio 2020 e del 14 febbraio 2019).

VII.6.1. L'imputabile contraddittorietà dell'operato della resistente Amministrazione emerge dalle stesse ragioni giustificatrici che avrebbero dovuto suffragare le cinque proroghe adottate (nelle more dell'indizione della gara, in assenza dell'indizione della gara già prevista in vista dell'internalizzazione del servizio e, infine, per l'indizione e il completamento della gara bandita per l'affidamento di servizi parziali rispetto a quelli prorogati e per l'impossibilità di portare a termine le diverse attività per l'acquisizione di personale, servizi e locali inclusi nel contratto, scaduto, con l'ATI Gesco).

VII.7. Il ricorso, pertanto, assorbite le ulteriori censure dedotte, va accolto, con conseguente annullamento, unitamente agli atti presupposti, della delibera n. 2442 del 28 dicembre 2018, nella parte in cui proroga, per quattro mesi, dall'1 gennaio 2019 al 30 aprile 2019, l'affidamento al RTI

Gesco dei servizi psico-sociali e di riabilitazione *de quibus*.

VII.8. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo. Valuta, invece, il Collegio, di dovere disporre la compensazione delle spese di lite quanto alla controinteressata, Gesco Consorzio di Cooperative Sociali in R.T.I., cui non sono imputabili le scelte della ASL.

VIII. Valutato, infine, che l'illegittimità dedotta debba ascriversi alle ipotesi di cui all'art. 121 del c.p.a. risolvendosi la contestata proroga in un affidamento diretto "con procedura negoziata senza bando" (cfr., in particolare, la lett. b del predetto articolo, al comma 1), ritiene il Collegio di dovere fare applicazione del secondo comma del medesimo articolo secondo il quale, in deroga, "il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti".

VIII.1. Invero, "tra le esigenze imperative, rientrano, tra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale" (art. 121, comma 2, ultimo capoverso).

Orbene, nel caso all'esame, l'Azienda sanitaria intimata ha assicurato, sia pure illegittimamente, la fornitura dei servizi, quali quelli psico-sociali e di riabilitazione, rientranti nei Livelli Essenziali di Assistenza a sostegno delle fasce deboli che da essa dipendono, come tali indifferibili, sicché sussistono esigenze imperative connesse ad un interesse generale che rendono opportuno il mantenimento degli effetti della proroga contestata sebbene la stessa debba essere annullata in ragione delle censure dedotte.

Il mantenimento dell'efficacia della proroga *de quo*, ascrivibile, con l'accettazione, ad una vera e propria fattispecie negoziale, prescinde dall'esaurimento *in facto* dei suoi effetti in ragione della dirimente considerazione che l'annullamento giurisdizionale ha effetto *ex tunc*, dalla data, cioè, dell'adozione dell'atto illegittimo, indipendentemente dallo spirare del termine di efficacia, segnatamente al 30 aprile 2019 (data in cui il Consorzio GESCO avrebbe cessato, in attuazione dell'affidamento contestato, la relativa attività).

VIII.2. Ciò posto, mantenuta l'efficacia della proroga, il Collegio deve irrogare nei confronti della stazione appaltante, in applicazione dell'art. 121, comma 3, c.p.a., una sanzione alternativa tra quelle previste dall'art. 123, comma 1,

c.p.a. Esauriti gli effetti della procedura negoziata trova applicazione la sanzione pecuniaria di cui alla lett. a). Il Collegio ne quantifica, pertanto, l'importo, ritenuto congruo in ragione del reiterarsi della condotta illegittima, nella misura pari all'1% del valore del contratto, *rectius* della proroga, tale intendendosi il prezzo di aggiudicazione ovvero dell'affidamento diretto da ultimo censurato (quinta proroga). Tale importo deve essere versato all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti gravati.

Condanna l'Azienda resistente alla rifusione, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in euro 3.000,00 oltre C.P.A. ed I.V.A., da corrispondersi al procuratore, dichiaratosi antistatario. Compensa per il resto.

Applica la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, Azienda sanitaria ASL Napoli 1 Centro, di importo pari all'1% del valore del contratto, inteso come prezzo dell'affidamento diretto derivante dalla proroga, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

Ordina alla Segreteria la comunicazione della presente sentenza, applicativa della disposta sanzione, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.