

La proroga tecnica va tenuta distinta dall'opzione di proroga

di Davide Cozzolino

Data di pubblicazione: 24-4-2024

L'opzione di proroga deve essere prevista appositamente nel bando e nei documenti di gara e, se esercitata dalla stazione appaltante, obbliga l'appaltatore ad eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti dal contratto o, se invece specificamente previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante.

Diversamente, la proroga tecnica è quella resa necessaria da situazioni eccezionali, dalle quali derivino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della nuova procedura di affidamento. In tale caso è consentita, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, la proroga del contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazione di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nell'ipotesi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara sia idonea a determinare un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

La c.d. "proroga tecnica" va quindi tenuta distinta dalla "opzione di proroga", che non incontra limiti temporali salvo quelli stabiliti nei documenti di gara.

Pubblicato il 04/04/2024

N. 02200/2024 REG.PROV.COLL.

N. 06087/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6087 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Rti-Vivisol Napoli S.r.l./Icaro Consorzio Cooperative Sociali Società Cooperativa/Solidalia Cooperativa Sociale per Azioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentato e difeso dall'avvocato Donato Cicienia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 103 - Benevento 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Mastrangelo, Angela Conchiglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Regione Campania, non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) dell'«Avviso per indagine di mercato» del 6.12.2023 a firma del Direttore UOC Provveditorato dell'ASL BN;

b) di tutti gli allegati al richiamato «Avviso per indagine di mercato», ivi compreso il “Modulo per Manifestazione d'Interesse”;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Rti-Vivisol Napoli S.r.l./Icaro Consorzio Cooperative Sociali Società Cooperativa/Solidalia Cooperativa Sociale per Azioni il 26/1/2024:

per l'annullamento

della deliberazione del Direttore Generale – DDG – dell'Azienda Sanitaria Locale Benevento – ASL BN – n.665 del 27.12.2023 di indizione di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, successivamente conosciuta;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl 103 - Benevento 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2024 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il ricorrente Raggruppamento Temporaneo di Imprese ha dedotto in fatto:

di aver sottoscritto, in data 6.11.2020, con l'ASL di Benevento il contratto per la gestione del "servizio di cure domiciliari e forniture di supporto per gli utenti dell'Asl di Benevento", per la durata di 36 mesi, decorrenti dall'1.1.2021;

l'art. 3 del convenuto regolamento contrattuale aveva espressamente previsto che "Alla scadenza del previsto triennio, se del caso, l'Appaltatrice avrà l'obbligo di continuare il servizio, alle stesse condizioni e modalità previste dal presente Capitolato e senza poter sollevare eccezione alcuna, fino all'aggiudicazione della nuova gara ed al perfezionamento del relativo affidamento";

la Regione Campania, con DGRC n. 421 del 3.8.2022, aveva disposto il "Recepimento dell'Intesa n. 151/CRS del 4 agosto 2021 sul documento recante "Proposta di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi per l'autorizzazione all'esercizio e requisiti ulteriori per l'accreditamento delle cure domiciliari, in attuazione dell'articolo 1, comma 406, della legge 30 dicembre 2020, n. 178";

con successive Determine n. 21 del 17.1.2023 e n. 71 del 21.2.2023, la Regione Campania aveva definito il sistema di autorizzazione e di accreditamento delle organizzazioni pubbliche e private per l'erogazione di cure domiciliari, sebbene le predette procedure di accreditamento non fossero state ancora ultimate;

in ragione di ciò, l'amministrazione regionale, nell'allegato 1 alle suddette delibere n. 21 e 71/2023, rubricato <<procedure per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio>>, aveva inequivocabilmente sancito all'art. 11 che, <<nelle more del completamento delle procedure di cui sopra, le AASSLL potranno continuare ad avvalersi dei soggetti privati cui hanno affidato i servizi delle cure domiciliari, secondo quanto previsto dal codice degli appalti ovvero dai contratti sottoscritti, fermo restando il divieto di indire nuove gare o stipulare nuovi contratti con i predetti erogatori>>;

nonostante le riportate disposizioni di fonte regionale, l'ASL Benevento, con provvedimento dell'UOC del 6.12.2023, violando il divieto di indizione di nuove gare e di nuovi affidamenti, come sancito dal riportato art. 11, aveva indetto un avviso per indagine di mercato, onde procedere all'affidamento, mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando, del servizio svolto dal ricorrente raggruppamento, eludendo così la disposizione regionale che, in attesa del completamento delle procedure di accreditamento, aveva stabilito la proroga degli affidamenti in scadenza.

Tanto premesso in fatto, l'odierno ricorrente, insorgendo avverso la predetta delibera, ne ha innanzitutto contestato l'illegittimità in quanto assunta in pretesa palese violazione delle delibere della Giunta Regionale n. 421 del 3.8.2022, n. 21 del 17.1.2023 e n. 71 del 21.2.2023 che, nelle more del completamento delle procedure di accreditamento, espressamente avevano inibito l'indizione di nuove gare da parte delle competenti ASL. Le predette deliberazioni regionali, per contro, avevano imposto alle ASL di continuare ad avvalersi degli attuali affidatari del servizio, prorogando il rapporto contrattuale in essere, qualora la facoltà di proroga fosse stata espressamente prevista dai contratti stipulati. Orbene, tale facoltà era stata espressamente contemplata nel contratto concluso dall'odierno ricorrente, atteso che l'art. 3 di quest'ultimo così statuiva: "Alla scadenza del triennio, se del caso, l'Appaltatrice avrà l'obbligo di continuare il servizio, alle stesse condizioni e modalità previste dal presente Capitolato e senza poter sollevare eccezione alcuna, fino all'aggiudicazione della nuova gara ed al perfezionamento del relativo affidamento".

In secondo luogo, il ricorrente raggruppamento ha contestato la violazione da parte della resistente Asl dell'art. 76 D.lgs. 31.3.2023 n. 36, avendo indetto la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando in assenza dei presupposti richiesti dalla citata disposizione per l'adozione di tale modulo procedimentale di selezione dell'affidatario del servizio. Al riguardo, ha criticamente rilevato come, da un lato, non ricorressero nella specie le ragioni di estrema urgenza non imputabili all'amministrazione, legittimanti il ricorso al contestato procedimento selettivo e, dall'altro, che l'avviso in questione fosse del tutto privo della puntuale indicazione dei criteri di compilazione e valutazione delle offerte nonché dei criteri di aggiudicazione della gara e di redazione del contratto; infine, ha evidenziato come l'impugnata determinazione non fosse supportata da un adeguato corredo istruttorio e motivazione.

Con successivo gravame per motivi aggiunti, il ricorrente raggruppamento, riproponendo le medesime censure, ha impugnato la nota prot.n.123388/u del 28.12.2023 con cui la resistente ASL ha comunicato al RTI di aver adottato la DDG n.665/2023 di indizione della gara e di aver disposto una proroga tecnica per mesi uno del contratto sottoscritto inter partes.

Si è costituita in resistenza l'ASL di Benevento, contestando l'avversa prospettazione censoria ed insistendo per l'integrale reiezione del ricorso.

Respinta la domanda cautelare con ordinanza collegiale n. 30/2024, la causa è stata riservata in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 19 marzo 2024.

2.- Il ricorso introduttivo, unitamente al gravame aggiuntivo, sono infondati per le ragioni di seguito esposte.

3.- Con il primo ed il secondo motivo di ricorso, riproposti anche con il gravame aggiuntivo, il ricorrente raggruppamento, quale affidatario uscente del servizio oggetto degli impugnati atti, ne ha sostenuto l'illegittimità in quanto adottato dalla resistente ASL in palese violazione della normativa regionale di riferimento.

Quest'ultima, difatti, avrebbe, in tesi, per un verso, inibito l'indizione di nuove gare per

l'affidamento del servizio di cure domiciliari fino all'ultimazione delle procedure di accreditamento regionale degli enti erogatori del predetto servizio e, per l'altro, imposto alle aziende sanitarie "di continuare ad avvalersi dei soggetti privati cui hanno affidato i servizi delle cure domiciliari, secondo quanto previsto dal codice degli appalti ovvero dai contratti sottoscritti".

Secondo la sostenuta impostazione censoria, la resistente, in forza delle richiamate disposizioni, avrebbe dovuto attivare la proroga del contratto in scadenza secondo quanto espressamente contemplato sia dall'art. 2 del Capitolato Speciale d'Appalto, costituente parte sostanziale della *lex specialis* della procedura di gara, fonte del contratto sottoscritto *inter partes*, sia dall'art. 3 dello stesso regolamento contrattuale.

Così sinteticamente descritte le sollevate censure, osserva il Collegio come le stesse non possano essere condivise, in quanto muovono da una parziale e non corretta lettura delle previsioni poste sia dalle norme di fonte regionale, sia dal regolamento negoziale *inter partes* stipulato.

Difatti, mentre le prime consentivano, nelle more della definizione delle operazioni di accreditamento delle strutture private erogatrici del servizio, la prosecuzione dei rapporti contrattuali in corso con gli attuali affidatari, ben vero a condizione che fossero rispettate le disposizioni del codice dei contratti pubblici, così implicitamente rinviando all'art. 106 del D.lgs. 50/2016, *ratione temporis* applicabile al contratto aggiudicato al ricorrente, le seconde per contro, come correttamente ritenuto dalla resistente ASL, non prevedevano alcuna opzione contrattuale di proroga.

Invero, quanto all'ambito di applicazione dell'art. 106 cit., la costante giurisprudenza ha precisato che, "per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo del contratto quale contratto nuovo, soggiacente a regole competitive, la proroga può essere concessa esclusivamente al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica. Più in dettaglio, in base all'interpretazione dell'art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 fornita dall'ANAC e dalla giurisprudenza amministrativa, affinché la proroga tecnica sia legittima, devono ricorrere i seguenti presupposti: la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento del nuovo contraente; la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte); l'Amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti, la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente. In altre parole, la proroga tecnica è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente; l'azione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto" (TAR Campania - Napoli, sez. VIII, 10

febbraio 2022, n. 891; T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 27/09/2023, n.14297).

Il Codice dei Contratti (d.lgs. n. 50/2016) ha dal suo canto previsto, nell'ambito dell'art. 106, comma 11, la c.d. "proroga tecnica", disponendo che "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".

In sostanza, dall'art. 106 si ricava che:

l'Amministrazione può disporre la proroga tecnica solo se tale possibilità sia inserita nella lex specialis di gara;

la proroga tecnica, sulla base della clausola di opzione prevista nella lex specialis di gara, deve essere adottata dall'Amministrazione prima della scadenza del contratto al quale detta proroga si riferisce; poiché con la proroga viene modificata la durata del contratto, la stessa presuppone che il contratto sia ancora in corso di esecuzione e pertanto efficace; se infatti il contratto è già scaduto e quindi non più efficace non è possibile dar corso a una proroga tecnica della durata in quanto la durata, intesa come validità, è già venuta meno;

la proroga tecnica è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura di scelta del nuovo contraente alla scadenza del contratto; in tal senso, al momento di adozione della proroga tecnica del contratto scaduto dovrà essere stata già avviata la procedura di gara per l'aggiudicazione del nuovo contratto, ancora in corso di svolgimento;

la proroga tecnica può essere disposta unicamente per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura di gara per l'individuazione del nuovo contraente: trattandosi di un rimedio eccezionale, deve essere finalizzato ad assicurare la prosecuzione del contratto senza soluzione di continuità nelle more del subentro del nuovo affidatario;

nel periodo di differimento temporale del contratto determinato dalla proroga tecnica l'Amministrazione può disporre che l'affidatario sia tenuto - per tutta la durata della proroga - all'esecuzione delle prestazioni contrattuali agli stessi prezzi, patti e condizioni ovvero a prezzi, patti e condizioni più favorevoli per l'Amministrazione stessa (Cons. Stato, Sez. III, 05/06/2020, n. 3566).

3.2.- Le osservazioni sopra svolte inducono a distinguere l'"opzione di proroga" dalla c.d. "proroga tecnica", come peraltro puntualmente precisato dai commi 10 e 11 del vigente D.lgs. n. 36/2023.

In particolare, l'opzione di proroga deve essere prevista appositamente nel bando e nei documenti di gara e, se esercitata dalla stazione appaltante, obbliga l'appaltatore ad eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti dal contratto o, se invece specificamente previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per

la stazione appaltante. Diversamente, la proroga tecnica è quella resa necessaria da situazioni eccezionali, dalle quali derivino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della nuova procedura di affidamento. In tale caso è consentita, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, la proroga del contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazione di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nell'ipotesi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara sia idonea a determinare un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

La c.d. "proroga tecnica" va quindi tenuta distinta dalla "opzione di proroga", che non incontra limiti temporali salvo quelli stabiliti nei documenti di gara.

Nel chiarire ulteriormente i profili distintivi intercorrenti tra le due tipologie di proroghe, la giurisprudenza ha precisato che l'istituto della proroga contrattuale è consentito solo se la relativa clausola venga già inserita nel bando quale opzione da esercitarsi da parte della Stazione Appaltante in favore dell'operatore economico aggiudicatario della selezione, alle condizioni fissate sin dall'inizio nella lex specialis di gara, definendosi preventivamente condizioni e termini della proroga (con modalità proporzionate all'oggetto del contratto e capaci di escludere pregiudizi alla leale concorrenza nel mercato economico di riferimento), tanto che tutti i partecipanti alla gara siano posti in grado di presentare un'offerta economica che comprenda anche l'eventuale periodo di proroga, i cui effetti quindi siano stati anch'essi oggetto della selezione.

È altresì consentita se, una volta scaduta l'efficacia di un contratto ed una volta che siano state avviate concretamente e formalmente le procedure per l'espletamento della nuova selezione pubblica (con la pubblicazione del bando o attraverso altra formalità propria della procedura di scelta utilizzabile nel caso di specie), si renda necessario garantire la prosecuzione del servizio o della fornitura per tutto il tempo utile al completamento delle procedure selettive e alla stipula del nuovo contratto con il nuovo affidatario (ipotesi di c.d. "proroga ponte").

L'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 6, l. n. 537 del 1993 e poi con l'art. 23, l. n. 62 del 2005, al fine di adeguare l'ordinamento interno ai precetti comunitari, ha, poi, valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolverebbero, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. In definitiva, la legislazione vigente non consente più di procedere al rinnovo o alla proroga automatica dei contratti in corso, ma solo alla loro proroga, nei termini espressamente stabiliti, e solo per il tempo strettamente necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica. Tale divieto, pure se fissato dal legislatore in modo espresso con riguardo agli appalti di servizi, opere e forniture, esprime un principio generale attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato (cfr. Cons. St., sez. V, 7 aprile 2011 n. 2151; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 11 febbraio 2016 n. 293; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 04/09/2017, n. 9531).

3.2.- Orbene, applicando i menzionati principi all'odierna fattispecie, osserva il Collegio che le clausole contrattuali citate dal ricorrente (art. 2 del Capitolato Speciale d'Appalto; art. 3 del

contratto), non prevedevano affatto, come correttamente ritenuto dalla resistente ASL, la possibilità per la stazione appaltante di avvalersi dell'opzione di proroga contrattuale. Quest'ultima, per essere qualificata in tali termini, come sopra chiarito, avrebbe dovuta essere inserita nel bando quale opzione da esercitarsi da parte della Stazione Appaltante in favore dell'operatore economico aggiudicatario della selezione, con la puntuale indicazione delle condizioni fissate sin dall'inizio nella lex specialis di gara, con modalità proporzionate all'oggetto del contratto e capaci di escludere pregiudizi alla leale concorrenza nel mercato economico di riferimento, in modo tale da consentire a tutti i partecipanti alla gara di presentare un'offerta economica che considerasse anche l'eventuale periodo di proroga.

In assenza di una simile previsione, ab initio contemplata dagli atti di gara, correttamente l'azienda sanitaria, onde assicurare la prosecuzione di un servizio essenziale per la cura di primari interessi della persona e nel rispetto del "codice dei contratti pubblici", come espressamente richiesto dalle sopra citate determinazioni regionali, per un verso, ha indetto in via d'urgenza una gara-ponte e, nelle more dell'espletamento della procedura di gara, ha disposto la proroga tecnica dell'affidamento in favore della ricorrente precedente gestore.

In tema di appalto di opere pubbliche e servizi, difatti, nelle more della conclusione di una procedura ad evidenza pubblica, per quanto sopra detto, sono infatti legittime sia la proroga tecnica, in presenza di eccezionali ragioni oggettive estranee all'Amministrazione, tali da generare l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente, sia la procedura c.d. "ponte", senza previa pubblicazione del bando di gara, esperita in via d'urgenza dalla stazione appaltante in ragione della necessità di reperire il materiale oggetto di affidamento per un fabbisogno strettamente necessario, al fine di garantire la continuità della fornitura (cfr.: T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Trento, 20 dicembre 2018 n. 382; Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009 n. 2882; Cons. St., sez. V, n. 2151 del 2011; id., sez. V, 11 maggio 2009 n. 2882; Cons. Stato, Sez. III, 05/06/2020, n. 3566).

Le sopra svolte osservazioni inducono, in definitiva, a ritenere infondato il primo nucleo censure in esame.

4.- Analoghe considerazioni disvelano anche l'infondatezza delle restanti doglianze sollevate dal ricorrente raggruppamento, volte a sostenere l'illegittimità, per assenza dei presupposti, della scelta operata dall'azienda resistente di indire la gara-ponte con le modalità previste dall'art. 76 D.lgs. n. 36/2023.

Muovendo dalla ricognizione del dato normativo, osserva il Collegio che l'art. 76 disciplina i casi e le circostanze in cui - a prescindere che si tratti di procedure sopra-soglia ovvero sotto-soglia - è ammesso l'affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Tale specifica procedura, nell'ambito del Codice previgente, era trattata all'art. 63 in modo tendenzialmente analogo, individuando gli specifici e tassativi presupposti nonché i limiti entro i quali consentire il suo utilizzo.

In particolare, la procedura in esame può essere utilizzata, fra l'altro, nella misura strettamente necessaria, in casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili per l'Amministrazione (ex multis: C.d.S., III, 26.4.2019, n. 2687), essendo a tal fine valorizzato dal

dato normativo l'onere motivazionale a carico dell'amministrazione indicente, in linea con l'orientamento pacifico della giurisprudenza euro-unitaria (per tutte la sentenza della CGCE 8.4.2008, causa C-337/05) secondo cui l'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato.

Ebbene, in tale ottica, l'articolo in questione, nel chiarire, la portata dell'onere motivazionale imposto all'Amministrazione, ha precisato la necessità dell'esatta delimitazione del caso concreto, ovverosia della specifica situazione di fatto da cui scaturisca l'esigenza di ricorrere alla peculiare procedura, le caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati nonché le relative dinamiche, nel rispetto sia dell'innovativo principio c.d. del risultato (secondo cui la concorrenza costituisce un mezzo per l'affidamento e l'esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto qualità prezzo), sia dell'altrettanto innovativo principio c.d. della fiducia nella correttezza e legittimità dell'azione amministrativa, sia infine del principio dell'accesso al mercato nel cui ambito rientrano i "tradizionali" principi di non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

In definitiva, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata 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, con l'ulteriore precisazione che "le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici."

Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta, quindi, un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva (in tal senso, Cons. St., V, 3 febbraio 2016, n. 413).

In base alla sopra citata previsione normativa, l'affidamento diretto è, quindi, consentito nella misura strettamente necessaria, ricorrendo i seguenti presupposti di stretta interpretazione:

ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara;

ricorrenza di eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice;

circostanze invocate a giustificazione che "non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici" (C.d.S., V, 24.3.2022, n. 2160; C.d.S., V, 22.11.2021, n. 7827).

4.1.- Presupposti che appaiono ricorrere nel caso di specie, alla luce delle seguenti osservazioni:

con la delibera n. 665 del 27.12.2023, l'azienda sanitaria, prendendo atto, da un lato, che le procedure regionali di accreditamento dei soggetti erogatori del servizio erano ancora in corso di svolgimento e, dall'altro, che il contratto con la ricorrente era prossimo alla scadenza senza che, come sopra acclarato, fosse prevista la proroga contrattuale, ha evidenziato la necessità, onde garantire la regolare prosecuzione del servizio nel rispetto del quadro normativo di riferimento, di procedere alla scelta di un nuovo operatore economico, attivando una procedura, per l'affidamento delle forniture in questione, di carattere transitorio con durata limitata al solo periodo necessario al completamento della procedura di accreditamento delle cure domiciliari di cui alle D.G.R.C. n. n. 21 del 17/01/2023 e n. 71 del 21/02/2023;

nella medesima delibera è stata disposta, in pendenza della nuova procedura di gara per l'affidamento della concessione, sussistendo l'urgente e indifferibile necessità di dare corso a una gestione provvisoria del servizio nelle more dell'espletamento della gara, la proroga tecnica per un solo mese in favore dell'odierno ricorrente;

la durata del contratto da aggiudicare con la gara ponte è stata ragionevolmente fissata in mesi sei, prorogabile una sola volta per la medesima durata, in relazione al probabile protrarsi delle procedure regionali di accreditamento;

nel capitolato speciale di appalto, l'azienda sanitaria si è riservata il diritto di recedere dal contratto-ponte aggiudicato, ad nutum, qualora le predette procedure di accreditamento dovessero concludersi anteriormente alla stabilita scadenza contrattuale, onde poter tempestivamente indire una nuova gara, nel rispetto della piena concorrenzialità con i soggetti accreditati.

Le sopra elencate osservazioni, dunque, conducono il Collegio a ritenere che l'indizione della procedura selettiva secondo le prescelte modalità sia stata rispettosa dell'art. 76 comma 2 lett. c del D.lgs. n. 36 del 2023, poiché la necessità della gara-ponte è stata innescata dall'improcrastinabile esigenza di risolvere una situazione eccezionale, non dipendente dall'operato dell'azienda sanitaria, consistente nella riorganizzazione regionale del sistema di cure domiciliari, volta a conseguire una preventiva qualificazione dei soggetti erogatori del servizio. Per evitare che tale scelta macro-organizzativa del sistema sanitario regionale si risolvesse in un pregiudizio per la continuità nella somministrazione di un servizio di cura essenziale della persona, e per evitare, d'altro canto, che nelle more della scelta regionale risultasse avvantaggiato il solo gestore uscente, in violazione del principio apicale di concorrenza, correttamente l'ASL ha attivato la procedura d'urgenza volta alla stipulazione di un contratto ponte, così da assicurare il contemperamento tra l'esigenza di ricorrere al mercato, sebbene non nella sua piena concorrenzialità, con quella di non interrompere il servizio, stante l'impossibilità giuridica, per le ragioni sopra esposte, di una proroga, non meramente tecnica, ovvero di un rinnovo contrattuale senza gara in favore dell'attuale affidatario. Parimenti, prevedendo un limite temporale contenuto (sei mesi) alla durata del contratto-ponte, ha evitato che un ordinario e diverso affidamento potesse pregiudicare o ritardare la piena attuazione delle innovative scelte regionali di riorganizzazione del servizio.

Come chiarito dal Consiglio di Stato (sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5766), è invero lecita la possibilità di ricorrere, a certe condizioni, alla procedura negoziata senza bando, ove sussista

la necessità di garantire il servizio, quale misura temporale strettamente necessaria nelle more della stipula del nuovo contratto.

Tali condizioni, per le ragioni viste, sussistono pienamente e legittimamente nel caso di specie, essendo stato il programmato affidamento senza gara previsto in via soltanto temporanea e per il tempo ritenuto strettamente necessario all'individuazione di un eventuale nuovo affidatario, scelto tra i soggetti accreditati dalla Regione Campania, all'esito dei procedimenti a tal fine avviati ed in corso di svolgimento, così da fronteggiare le improcrastinabili esigenze dell'amministrazione sanitaria a tutela del diritto della salute, senza assecondare letture astratte ed aprioristiche dell'art. 76, comma 2, lett. c), del D.lgs. n. 36 del 2023 e, più in generale, della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, pur nella qui ribadita eccezionalità dell'istituto (Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2424).

L'amministrazione sanitaria, in questo caso di specie invero eccezionale, si è trovata infatti astretta tra, da un lato, il ritardo, ragionevolmente non prevedibile, nella definizione complessiva dell'avviato riassetto regionale del servizio in oggetto e, dall'altro, la necessità di garantire il servizio a partire dal 1° gennaio 2024, in assenza di un'opzione di proroga da attivare in favore dell'attuale affidatario, odierno ricorrente.

In definitiva, anche il secondo nucleo di censure dev'essere respinto, con la conseguenziale integrale reiezione dei gravami proposti.

5.- Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui proposti motivi aggiunti come in epigrafe proposti, li respinge;

condanna il ricorrente al pagamento, in favore della resistente azienda sanitaria, al pagamento delle spese di giudizio che liquida nel complessivo importo di € 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Fabio Maffei, Primo Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza in commento tratta le delicate e complesse tematiche della legalità, della trasparenza e della distorsione della concorrenza nel mercato interno dell'Unione europea, in ordine al peculiare regime giuridico dell'**opzione di proroga** e della **proroga tecnica**.

Segnatamente, perché, nel caso concreto delibato dal giudice amministrativo di *prima cure*, un operatore economico (*rectius* raggruppamento temporaneo d'impresa) ha reclamato la prosecuzione, a suo dire, del contratto di fornitura di un servizio sanitario, oramai scaduto, in ragione della clausola contrattuale che alla scadenza l'amministrazione avrebbe avuto l'obbligo di continuare il servizio, alle stesse condizioni e modalità previste dal capitolato e senza potere sollevare eccezione alcuna fino all'aggiudicazione della nuova gara ed al perfezionamento del relativo affidamento.

Conseguentemente, il nucleo essenziale della controversia giudiziaria in esame è stato quello della qualificazione giuridica dell'obbligo contrattuale di continuazione del servizio da parte dell'autorità pubblica alla luce della legge *ratione temporis* applicabile al caso di specie *ex art.* 106 del d.lgs. n. 50/2016, come valorizzata anche da quella sopravvenuta, di cui agli artt. 76 e 120 del d.lgs. n. 36/2023.

In estrema sintesi, le doglianze della parte ricorrente possono essere brevemente riassunte nelle seguenti contestazioni proposte contro le determinazioni amministrative di:

- a. concessione di una proroga limitata ad un solo mese di prosecuzione del servizio;
- b. d'indizione di un procedimento di scelta del contraente, con procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

A tale riguardo, tuttavia, è preliminarmente opportuno osservare come **in materia di appalti pubblici non è ammessa la proroga**, atteso che il rinnovo del contratto viene considerato dalla giurisprudenza un contratto nuovo, che deve soggiacere alle regole competitive, in ossequio al diritto euro-unitario.

Alla surriferita regola generale, però, fanno eccezione gli istituti dell'opzione di proroga e della proroga tecnica tassativamente previsti dall'ordinamento giuridico domestico.

Invero, secondo quanto era previsto dall'abrogato art. 106, co. 11, del secondo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016, la durata del contratto poteva essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione, se era stata prevista nel bando e nei documenti di gara una **opzione di proroga**, essendo la **proroga** (*id est* proroga tecnica) limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie, per l'individuazione di un nuovo contraente.

Tali previsioni normative sono state trasfuse nel terzo codice dei contratti pubblici attualmente in vigore, con un contenuto predicabile più ampio rispetto alla legislazione storica (citato art.

106, co. 11, del d.lgs. n. 50/2016), tenuto conto che l'art. 120, co. 10, del d.lgs. n. 36/2023, recita che: “(...). 10. *Nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante. (...)*”; mentre sempre l'art. 120 ma al suo successivo co. 11 dello stesso d.lgs. n. 36/2023, sancisce che: “(...). 11. *In casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla 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 è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto. (...)*”.

Alla luce del premesso divenire nel tempo della suindicata normativa di riferimento, allora, è irrefutabile che sia nella sua previsione storica (art. 106, co. 11, primo periodo, del d.lgs. n. 50/2016), sia in quella in vigore (art. 120, co. 10, del d.lgs. n. 36/2023), l'opzione di proroga **non incontra limiti temporali se non in quelli stabiliti ad origine nella *lex specialis* di gara**; e che la stessa si distingue da quella tecnica, poiché questa ultima è resa necessaria, viceversa, dalle **situazioni eccezionali, oggettivamente non superabili**, dei ritardi nella conclusione della nuova procedura di affidamento.

Difatti, la proroga tecnica, la quale deve, comunque, anch'essa essere prevista dal bando e nei documenti di gara iniziali, è ammessa dalla legge (art. 120, co. 11, d.lgs. n. 36/2023), però, per il solo tempo strettamente necessario alla conclusione della nuova procedura di aggiudicazione indetta e qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazione di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, ovvero nell'ipotesi in cui la stessa interruzione della prestazione dedotta nella gara sia idonea a determinare un grave danno all'interesse pubblico, che è destinata a soddisfare.

Va da se che con riguardo all'ulteriore profilo saggiato dal giudice amministrativo di *prima cure*, con particolare riguardo alla doglianza concernente la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, la relazione agli articoli ed agli allegati del terzo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023, emessa dal Consiglio di Stato in data 07/12/2022 sullo schema definitivo di codice dei contratti pubblici, la quale è stata resa in attuazione dell'art. 1 della legge n. 78/2022, recante “*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*”, ha chiarito come la nuova collocazione sistematica dell'art. 76, che è successiva agli articoli regolanti le procedure di gara pubbliche, abbia lo scopo di segnalare **l'eccezionalità di questa procedura**, in omaggio a quanto è previsto dalla direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26/02/2014, in cui la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è regolata nell'ultimo articolo dedicato alle “*procedure*”; e che, per responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici all'utilizzo eccezionale della procedura in questione, è stato valorizzato **l'obbligo di motivazione**, il quale, seppure non previsto nel testo dell'art. 32 della stessa direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26/02/2014, è espressamente richiamato nei suoi considerando n. 50 ed art.

84.

Sicché, proprio in ragione dell'accertato legittimo obbligo motivazionale espresso nelle decisioni in concreto adottate dall'amministrazione nel caso specifico, il giudice amministrativo di primo grado ha rinvenuto la correttezza dell'attività amministrativa effettivamente esercitata in base, altresì, al rispetto degli innovativi principi: di **risultato**, secondo cui la concorrenza costituisce un mezzo per l'affidamento e l'esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto qualità prezzo (art. 1 del d.lgs. n. 36/2023); della **fiducia** nella correttezza e legittimità dell'azione amministrativa (art. 2 del d.lgs. n. 36/2023); dell'**accesso al mercato** nel cui ambito rientrano i principi di concorrenza, d'imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e di trasparenza, oltre che di proporzionalità (art. 3 del d.lgs. n. 36/2023).

Conclusivamente, pertanto, facendo governo delle suesposte intenzioni del legislatore (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, cosiddette preleggi) e delle dirimenti previsioni normative, in ossequio al principio *regit tempus actum*, il Tribunale amministrativo partenopeo ha respinto le contestazioni della parte ricorrente, con la sua condanna alle spese di lite; e per l'effetto ha confermato la correttezza dell'attività amministrativa, perché, in definitiva, ha ritenuto infondate le eccezioni sollevate con il ricorso introduttivo del giudizio, come integrate dai motivi aggiunti, essendo stata accertata giurisdizionalmente:

- a. la non previsione negli atti di gara dell'opzione di proroga, che avrebbe consentito l'esecuzione della reclamata prosecuzione del servizio;
- b. la correttezza della disposta proroga tecnica dell'affidamento, in favore della stessa parte ricorrente precedente gestore;
- c. la situazione di eccezionalità, che ha giustificato l'indizione della procedura selettiva d'urgenza di stipulazione di un contratto ponte, così come è previsto dal sopravvenuto art. 76, co. 2, lett. c), del d.lgs. n. 36/2023.