Massima: … in base all'interpretazione della norma fornita dall'Anac e dalla giurisprudenza amministrativa (in tal senso *ex plurimis* TAR Campania, Napoli, VIII, 10/02/2022 n. 891), 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 necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018); - la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013).
Nel caso di specie la proroga risulta disposta con nota PEC del 9/6/2022 mentre la nuova procedura per l'affidamento del servizio è stata indetta il 5 luglio 2022, cioè prima della scadenza del contratto ma dopo la proroga.

T.A.R. Lombardia n. 2552 del 17/11/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1354 del 2022, proposto da Pediacoop - Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Max Diego Benedetti, Erica Bianco, Elisa Pansera, Roberto Ferrario, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - Asst Valle Olona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittoria Luciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) della nota PEC del 9/6/2022, con cui l'ASST Valle Olona si è determinata a prorogare per la durata di 180 giorni a decorrere dalla scadenza del 16/8/2022, con cui è il contratto relativo al servizio di guardia medica pediatrica intercorrente tra all'ASST della Valle Olona e Pediacoop – Società Cooperativa;

b) dell'ulteriore nota, 2020-1.6.3/30, del 21/6/2022, a firma del Direttore Amministrativo e del RUP, con cui è stato confermato il periodo di prosecuzione contrattuale dal 17/8/2022 al 16/2/2023;

c) di ogni ulteriore provvedimento anche non conosciuto preordinato o connesso, ivi inclusa l'eventuale deliberazione di DG di proroga del contratto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale - Asst Valle Olona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2022 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha impugnato l'atto con il quale l'ASST Valle Olona si è determinata a prorogare per la durata di 180 giorni a decorrere dalla scadenza del 16/8/2022, il contratto relativo al servizio di guardia medica pediatrica intercorrente tra all'ASST della Valle Olona e Pediacoop – Società Cooperativa, per aver cumulato il rinnovo annuale con la proroga tecnica semestrale.

Contro i suddetti atti ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 35 e 106, d.lgs. 50/2016. Difetto di motivazione. Violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 9 del disciplinare e capitolato d'oneri e 2 del contratto. Eccesso di potere per travisamento ed erroneità della motivazione.

Secondo la ricorrente la proroga contestata non rispetterebbe il presupposto previsto dall'art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016, cioè le condizioni previste nella legge di gara, e non motiverebbe in merito al suddetto scostamento. Infatti l'art. 2 del contratto sottoscritto tra le parti costituirebbe una chiarissima esplicitazione della non cumulabilità del rinnovo annuale con la proroga tecnica semestrale, già di per sé ricavabile dal combinato disposto degli artt. 8 e 9 del disciplinare e capitolato d'oneri.

Inoltre gli atti impugnati non conterrebbero qualsivoglia motivazione in ordine alla deroga della gara, risultando per ciò solo non solo confliggenti con l'art. 106, d.lgs. 50/2016, ma anche

con il più generale principio di motivazione degli atti amministrativi. In particolare nella fattispecie in esame non risulterebbe che l'ASST resistente abbia dato avvio alla nuova procedura, né che siano insorte difficoltà di sorta nel suo svolgimento.

Secondo la stazione appaltante dal punto di vista teleologico e funzionale non può rinvenirsi alcun rapporto di alternatività tra il rinnovo del contratto e la proroga tecnica, sicché deve correttamente ritenersi che la proroga tecnica contemplata nel disciplinare operasse sia nel caso in cui la ASST non si fosse avvalsa del rinnovo, sia in caso contrario.

Inoltre ritiene infondato che non sussistessero le condizioni in presenza delle quali è consentita la proroga tecnica: la circostanza non corrisponde al vero, considerato che, come da documentazione versata in atti, la procedura per l'affidamento del servizio è stata indetta il 5 luglio 2022, prima cioè della prevista scadenza del contratto in essere con la ricorrente ed è, oltretutto, andata deserta, evenienza, per la verità, scontata in ragione della scarsità di operatori in grado di garantire il servizio oltretutto a prezzi (imposti dalla Regione e dai quali la ASST non può discostarsi) addirittura inferiori a quelli attualmente praticati alla ricorrente.

All'udienza del 3 novembre 2022 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso è fondato.

2.1 L'art. 106 c. 11 d.lgs. 50/2016 prevede che *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.*

La norma prevede che l'opzione per la proroga sia prevista a monte, nel bando e nei documenti di gara.

In merito l'ANAC (con delibera n. 576 del 28 luglio 2021), ha puntualizzato che "l'opzione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto" (nello stesso senso TAR CAMPANIA, Napoli, VIII, 10/02/2022 n. 891).

2.2 Nel caso di specie l'art. 8 8 del disciplinare e capitolato d'oneri stabilisce che *Il servizio ha durata di anni uno (1) dalla data di decorrenza del contratto con opzione di rinnovo per ulteriori anni uno (1). È tuttavia facoltà dell'ASST di protrarre la durata del contratto, alle medesime condizioni, per un periodo di 180 giorni dalla naturale scadenza contrattuale, nelle more del nuovo affidamento.*

A sua volta l'art. 2 del contratto prevede che

Art. 2 - DURATA DEL CONTRATTO

La durata del contratto è disciplinata dal presente articolo.

Un primo periodo di durata è di anni I (12 mesi) a decorrere dal 17.08.2020 e sino al 16.08.2021. al termine del quale amministrazione può alternativamente proseguire per ulteriori 12 mesi o può procedere entro i successivi 180 gg a concludere una nuova gara.

La prima alternativa può essere scelta dall'amministrazione a seguito del buon esito del servizio e in presenza di valide e comprovabili motivazioni di convenienza. ai sensi dell'art. 63. co. 5. del D.lgs. n. 50/2016,

La seconda ipotesi s'afferma come proroga tecnica del servizio, agli stessi patti e condizioni, al solo fine e per il tempo strettamente necessario a concludere una nuova procedura di gara, fino ad un massimo di 1 80 giorni.

La volontà di valersi dell'una o dell'altra alternativa è comunicata a mezzo PEC entro 30 giorni prima della data di scadenza del presente contratto. II contratto cessa di avere efficacia anticipatamente nel caso in cui venga attivata convezione ARIA (Azienda Regionale perrlnnovazione e gli Acquisti SpA) e/o CONSIP, senza che la cooperativa possa avanzare pretese e/o risarcimento danni.

Risulta quindi che il contratto ha specificato il rapporto tra rinnovo e proroga, già delineato nel disciplinare, nel senso dell'alternatività tra le due forme di prolungamento della durata del medesimo e quindi ha reso illegittima la proroga successiva al rinnovo.

2.3 Il motivo è fondato anche nella parte in cui contesta che la proroga sia stata disposta prima dell'avvio della nuova gara.

Più in dettaglio, in base all'interpretazione della norma fornita dall'Anac e dalla giurisprudenza amministrativa (in tal senso *ex plurimis* TAR Campania, Napoli, VIII, 10/02/2022 n. 891), 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 necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018); - la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013).

Nel caso di specie la proroga risulta disposta con nota PEC del 9/6/2022 mentre la nuova procedura per l'affidamento del servizio è stata indetta il 5 luglio 2022, cioè prima della scadenza del contratto ma dopo la proroga.

3. Il ricorso è invece infondato nella parte in cui contesta che la proroga sarebbe illegittima per la mancanza della copertura della spesa nel bando di gara, in quanto, come affermato condivisibilmente dall'ANAC nella Relazione AIR al bando tipo n. 1, non è possibile inserire il valore della proroga tecnica nella quantificazione dell'appalto, in quanto la durata e l'importo non sono né prevedibili né quantificabili alla data di pubblicazione del bando.

In definitiva quindi il ricorso va accolto con conseguente annullamento della prevista proroga.

4. Le spese del giudizio possono essere compensate, salva la rifusione del contributo unificato a carico della stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, fatta salva la rifusione del contributo unificato in favore dei ricorrenti e a carico della stazione appaltante.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Primo Referendario

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Alberto Di Mario	**Gabriele Nunziata**