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 2720 del 2018, proposto da:

, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda S.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati , con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Napoli, via Comunale del Principe 13/A;

nei confronti

. ed Altri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato , con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

della delibera del n. 1383 del 29 giugno 2018, pubblicata in data 3.7.2018, avente ad oggetto: "Servizi Psicosociali e Riabilitazione - Provvedimenti";

se ed in quanto lesive delle note:

- prot. (...) del 28.06.2018 del Dipartimento Salute Mentale

- prot. (...) del 27.06.2018 del UOC Coordinamento Dipendenze

- prot. (...) del 28.06.2018 del UOC Riabilitazione dell'età evolutiva ed adulta

- prot.(...) del 28.06.2018 del UOC Tutela Salute Istituti Penitenziari

- prot. (...) del 29.06.2018 del UOC Salute Anziani

- prot. (...) del 28.06.2018 del

- prot. (...) del 27.06.2018 del

- prot.(...) del 28.06.2018 del Attività sociosanitarie cittadini immigrati,

richiamate ed allegate alla delibera del n. 1383 del 29 giugno 2018;

se ed in quanto lesiva della nota prot. gen. n. (...) del 15.6.2018 (richiamata nella delibera del n. 1383 del 29 giugno 2018) con cui la ha richiesto la disponibilità a prorogare il contratto fino al 31.12.2018;

se ed in quanto lesiva della nota prot. (...) de18.6.2018 (richiamata nella delibera del Direttore Generale n. 1383 del 29 giugno 2018) con la quale si è resa disponibile a prorogare il contratto fino al 31.12.2018;

se ed in quanto lesiva della nota prot. (...) del 26.6.2018 (richiamata nella delibera del Direttore Generale dell' n. 1383 del 29 giugno 2018) con la quale ha ribadito la propria disponibilità a prorogare il contratto fino al 31.12.2018;

se ed in quanto lesiva della nota prot. (...) del 5.7.2018 avente ad oggetto: "servizi psicosociali occorrenti . - Sentenza TAR Campania n. 4109/2018" con la quale ribadisce la legittimità della delibera del Direttore Generale dell'A.N. n. 1383 del 29 giugno 2018

di tutti gli atti preordinati, connessi e conseguenti ove lesivi;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ed Altri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2020 e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con ricorso notificato in data 5 luglio 2018 e depositato in pari data il ha impugnato la delibera del Direttore Generale n. 1383 del 29 giugno 2018, pubblicata in data 3.7.2018, avente ad oggetto: "Servizi Psicosociali e Riabilitazione" e i relativi atti presupposti, in epigrafe indicati, se ed in quanto lesivi, recante la proroga dei relativi servizi (quarta proroga) in favore di G. Consorzio di Cooperative Sociali per sei mesi dal 30/06/2018 (periodo di scadenza della terza proroga) al 31/12/2018, salva risoluzione anticipata in caso di passaggio di competenze al nuovo aggiudicatario.

1.1. Ha inoltre richiesto la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 D.Lgs. n. 104 del 2010.

2. A sostegno del ricorso deduce in punto di fatto:

a) [illegible], giusta Delib. n. 1603 del 30 dicembre 2011, aggiudicava i servizi "psicosociali e di riabilitazione da effettuarsi presso le strutture, le articolazioni e P.O. della [illegible]" alla [illegible] Consorzio di Cooperative sociali, capogruppo mandatario e le mandanti [illegible]. La durata dell'appalto era fissata in cinque anni (ovvero con scadenza al 31.12.2016);

b) per il contratto d'appalto scaturito dalla suddetta aggiudicazione, [illegible] n. 893 del 30 dicembre 2016 vi era stata in favore [illegible] una prima proroga semestrale dell'originaria scadenza contrattuale, dal 1.1.2017 al 30.6.2017, motivata quale proroga tecnica nelle more dell'indizione della nuova gara;

c) successivamente, con Delib. n. 11 del 30 giugno 2017, la suddetta scadenza contrattuale era stata ulteriormente ed illegittimamente prorogata in favore [illegible] per un altro semestre, sino al 31.12.2017, salvo risoluzione anticipata in caso di passaggio di competenze al nuovo aggiudicatario;

d) successivamente, l'Amministrazione, con la Delib. n. 57 del 22 gennaio 2018, disponeva un'ennesima proroga semestrale in favore [illegible] dal 01.01.2018 al 30.06.2018, per un importo pari ad Euro. 7.791.000,00 (oltre IVA);

e) tale terza proroga veniva impugnata da parte ricorrente innanzi al TAR Campania - Napoli, con ricorso R.G. n. 720/2018, assegnato a questa sez. Vª ed accolto con Sentenza n. 4109/2018;

f) [illegible], noncurante della suddetta pronuncia perseverava nella propria illecita attività e con delibera del Direttore Generale [illegible] n. 1383 del 29 giugno 2018, pubblicata in data 3.7.2018 affidava nuovamente in via diretta ed in favore del [illegible] 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 IVA, senza procedere all'indizione di una gara pubblica.

g) pertanto, sommando tutte dette proroghe, il [illegible] si era visto di fatto beneficiare dell'ottenimento di pubbliche commesse, in patente dispregio alle norme ed ai principi che governano le procedure ad evidenza pubblica, per circa Euro. 35.000.000,00.

2.1. La ricorrente assume in particolare di avere un duplice interesse all'annullamento degli atti oggetto di impugnativa.

Deduce infatti che sotto un primo e predominante profilo, quale operatore economico nel settore oggetto di gara sia suo interesse quello di veder rispettate tutte le regole in tema di affidamento di servizi pubblici e quindi poter aspirare all'affidamento dei servizi assegnati senza gara al [illegible], assumendo in particolare come sia suo principale interesse quello di poter conseguire nel secondo semestre 2018 parte delle medesime commesse affidate al RTI G. e ciò mediante assegnazione diretta e/o procedura negoziata ex art. 36 D.Lgs. n. 50 del 2016 (ovvero qualsiasi altro strumento offerto dall'ordinamento), circostanza resa sicuramente possibile ove si operasse una scomposizione delle molteplici ed eterogenee attività e servizi affidati con la gravata proroga e/o mediante la loro suddivisione in lotti funzionali e/o prestazionali.

Ciò avendo anche riguardo al rilievo che [illegible] sociali ed in generale il [illegible] di cui lo stesso è capofila, rappresenterebbe, nella prospettazione attorea, uno dei competitor sia a livello locale che nazionale diretti dell'odierna deducente e che detto affidamento, comportando il

suo consolidamento nel mercato di riferimento, comporterebbe una generale lesione della par condicio.

Sotto ulteriore e differente profilo, inoltre, assume che sia suo interesse, in qualità di capogruppo del con Centro Studi della S. srl e N. Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus e con esse titolare di un efficace contratto d'appalto (rep. n. 2 del 12.1.2017) con ., 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, ottenere l'estensione dei servizi originariamente affidati con detto contratto, attesa la necessità per l'Ente di identici servizi, così come cristallizzati con la quarta proroga.

3. Ciò posto, ha articolato avverso gli atti oggetto di impugnativa, in due motivi di ricorso le seguenti censure.

1) VIOLAZIONE DI LEGGE - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2, 29, 57 DEL D.LGS 163/2006 E DELL'ART. 271 DEL D.P.R. N. 207/2010 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4, 35, 36, 63 E 106 DEL D.LGS 50/2016 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI ESPRESSI DALL'ART. 23 DELLA L. N. 62/2005 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21-SEPTIES DELLA L. 241/90 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE 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 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN TEMA DI PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA - CONTRADDIZIONE TRA ATTI E MOTIVAZIONE APPARENTE - VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA CARTA COSTITUZIONALE.

Nella prospettazione attorea la disposta proroga sarebbe illegittima in quanto l'amministrazione resistente, nel concedere la quarta proroga, avrebbe agito in patente dispregio alle norme e dei principi che governano le procedure ad evidenza pubblica, perseverando nell'illiceità, affidando in via diretta, senza il previo esperimento di alcuna procedura di gara e/o competitiva, servizi di rilevante valore economico (Euro. 8.720.000,00) al controinteressato RTI G..

Infatti, secondo parte ricorrente, nel caso di specie risulterebbero del tutto insussistenti i presupposti fattuali e giuridici affinché l'amministrazione sanitaria campana possa servirsi dell'istituto della prorogatio, senza il previo esperimento di procedura di gara alcuna, per affidare il suddetto servizio, risultando ampiamente bypassato il termine massimo di sei mesi per il ricorso alla proroga tecnica, quale affermato, nella vigenza del D.Lgs. n. 163 del 2006, dalla giurisprudenza, in applicazione dell'art. 23, co. 2, L. n. 62 del 2005 rilevante ratione temporis, rientrando l'originario contratto di appalto nella disciplina del previgente D.Lgs. n. 163 del 2006.

Assume, in ogni caso, che anche il nuovo Codice in tema di proroga cd. "tecnica" all'art. 106, co. 11, D.Lgs. n. 50 del 2016, con l'inciso "se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga", addirittura escluderebbe la possibilità di una proroga cd. "tecnica" del contratto qualora la lex specialis di gara non preveda espressamente tale possibilità.

In ogni caso, la proroga tecnica, nella prospettazione attorea, sarebbe legittima sempre se limitata "al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara".

Le altre, successive ed ulteriori proroghe sarebbero comunque illegittime, visto il divieto generale della proroga, in quanto le stesse simulerebbero un affidamento diretto, vietato, come noto, nelle ipotesi di esternalizzazione.

D'altronde, il principio di rinnovazione o di proroga di un appalto si rinverrebbe, secondo la ricorrente, anche nell'articolo 63 comma 2, lettera c) del D.Lgs. n. 50 del 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".

Sarebbe pertanto evidente, a dire della ricorrente che, nel caso in esame, non potesse parlarsi di imprevedibilità dato che la scadenza dell'affidamento e delle tre precedenti proroghe era evento certo, che doveva essere diligentemente previsto e che doveva essere preceduto dalla tempestiva indizione della gara.

Secondo la ricorrente nel caso di specie il provvedimento che ha disposto la proroga sarebbe ancor più illegittimo in quanto intervenuto in dispregio della normativa indicata in epigrafe, nonché dopo la naturale scadenza contrattuale fissata al 31.12.2016.

D'altronde del tutto inidonea a giustificare la quarta proroga sarebbe, secondo la ricorrente, l'indizione della nuova procedura di gara che, sebbene avvenuta con Delib. n. 1372 del 29 giugno 2018, non sarebbe stata seguita degli atti costituenti la lex specialis, evenienza questa, per la ricorrente, che dovrebbe addirittura far propendere per la radicale nullità dell'atto impugnato, ai sensi dell'art. 21 - septies della L. n. 241 del 1990.

2) VIOLAZIONE DI LEGGE - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2, 29, 57 DEL D.LGS 163/2006 E DELL'ART. 271 DEL D.P.R. N. 207/2010 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4, 35, 36, 63 E 106 DEL D.LGS 50/2016 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI ESPRESSI DALL'ART. 23 DELLA L. N. 62/2005 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 - SEPTIES DELLA L. 241/90 - VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE E 2014/25/UE, 31 MARZO 2004 N. 2004/18/CE, DEGLI ARTT. 30 E 51 D. LGS. N. 50/2016 - DELLA DETERMINAZIONE ANAC N. 9 DEL 22 LUGLIO 2015 - MOTIVAZIONE MANCANTE, INSUFFICIENTE, ILLOGICA, PERPLESSA E CONTRADDITTORIA - INESISTENZA DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO -ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ E FALSITA' DEL PRESUPPOSTO, CONTRADDIZIONE TRA ATTI, TRAVISAMENTO - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN TEMA DI PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA - ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI ECONOMICITÀ ED EFFICIENZA - INGIUSTIZIA MANIFESTA - SVIAMENTO DI POTERE - ILLOGICITA' MANIFESTA - DIFETTO DI INTERESSE PUBBLICO - PALESE ARBITRARIETÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA - VIOLAZIONE DEI CANONI DI BUONA FEDE, AFFIDAMENTO E CORRETTEZZA - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA EX ART. 97 COSTITUZIONE.

La ricorrente deduce inoltre l'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 compiuta istruttoria.

Infatti la disposta proroga è stata posta in essere per "la necessità di procrastinare l'espletamento delle attività al fine 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".

Assume al riguardo l'illegittimità della parte motivazionale del gravato provvedimento fondata sul rilievo della necessità di garantire i servizi all'utenza; ciò in quanto se è certamente vero che l'Amministrazione deve assicurare la fornitura dei servizi che da essa dipendono, questo non significa certo che il servizio debba essere assicurato mediante proroga del contratto precedentemente in essere, come evidenziato dalla giurisprudenza in materia, essendo la proroga strumento eccezionale, utilizzabile solo per cause non dipendenti dall'Amministrazione e dalla sua inefficienza (dolosa e/o colposa) nel non indire per tempo la nuova gara.

Assume inoltre che dalle relazioni richiamate nel provvedimento gravato ed in particolare da quella Tutela della Salute negli Istituti Penitenziari (allegato n. 4 alla delibera impugnata) si evincerebbe che, contrariamente a quanto sostenuto, l'erogazione del servizio in parola non era affatto indispensabile, atteso che la soluzione alternativa ivi rappresentata era " il trasferimento dei pazienti detenuti presso Presidi Ospedalieri territoriali " scelta questa, nella prospettazione attorea, logicamente più coerente rispetto all'affidamento al , atteso che nella stessa relazione si affermerebbe esplicitamente, che detto operatore economico svolgeva malamente la relativa prestazione, sostenendo che: " L'assegnazione di personale di ruolo, come più volte ribadito, garantirebbe l'opportuna continuità assistenziale e la reale presa in carico dei pazienti ristretti, attualmente compromessa dal continuo turn over di unità infermieristiche imposto dal .; tale modalità è stata più volte contestata dai Direttori degli Istituti Penitenziari ".

Assume inoltre la ricorrente che del tutto ininfluente sarebbe il richiamo contenuto nella delibera impugnata al procedimento pendente al T.A.R. Napoli R.G. n. 412/2018, atteso che lo stesso aveva ad oggetto l'impugnazione della Delib. n. 57 del 2018 dell'A.N. nella parte in cui veniva affidata al gestore del servizio cure domiciliari una parte dei servizi psico-sociali e di riabilitazione, in quanto "l'estensione" sancita nella Delib. n. 57 del 2018 aveva durata sino al 30.6.2018, per cui del tutto irrilevante era il suo richiamo.

Del pari irrilevante sarebbe secondo la ricorrente la circostanza afferente la tardiva indizione della gara (apparentemente avvenuta con Delib. n. 1372 del 29 giugno 2018) che secondo la resistente amministrazione, così come da ultimo ribadito nella nota prot. (...) del 5.7.2018, rappresenterebbe la soluzione per legittimare e sanare la disposta proroga.

All'uopo evidenzia, a confutazione di detta tesi, che l'indizione della gara per legittimare la proroga (una sola volta e mai reiterata come nel caso de quo) - sia sul piano giuridico che procedimentale - sarebbe dovuta intervenire oltre un anno e mezzo prima, ovvero antecedentemente all'originaria scadenza del contratto d'appalto (intervenuta a far data da 31.12.2016).

Di conseguenza del tutto errato e fuorviante sarebbe secondo parte ricorrente il presupposto indicato dalla resistente Amministrazione, per cui l'aver indetto la procedura di gara le avrebbe consentito l'emanazione della quarta proroga. Detta tesi si presterebbe ad evidente elusione del divieto di proroghe reiterate, oltre che al di fuori di qualsivoglia canone di ragionevolezza e non troverebbe alcun riscontro sul piano del vigente diritto sostanziale.

Peraltro, secondo la ricorrente, detta indizione sarebbe tra l'altro del tutto oscura atteso che il relativo disciplinare e capitolato non erano stati ancora pubblicati, né la procedura di gara risultava fornita del relativo C.I.G..

Assume inoltre parte ricorrente che vi sarebbe un'insanabile contraddizione tra atti; ciò in quanto con la summenzionata delibera di indizione della gara non verrebbero indetti tutti i servizi oggetto di proroga, bensì solo parte degli stessi e, conseguentemente, anche sotto detto profilo del tutto illegittima, nella prospettazione attorea, sarebbe la proroga "totale" concessa in favore del

Tanto è vero che, mentre per l'indizione annuale della suddetta procedura di gara l'importo a base d'asta sarebbe pari ad Euro. 7.474.738,94 oltre IVA, l'affidamento diretto concesso al . sarebbe pari ad Euro. 8.600.000,00 oltre IVA, per un solo semestre.

Lamenta in ogni caso l'illegittimità della motivazione della gravata delibera anche nella parte fondata sulla disamina della possibilità del ricorso a soluzioni alternative, sulla base del rilievo che dette valutazioni, se fatte per tempo e non solo a ridosso della scadenza della terza proroga e/o comunque solo per cercare di giustificare l'atto adottato, avrebbero certamente evitato l'emanazione della quarta proroga, fermo restando che l'intempestiva programmazione operata . sarebbe del tutto inidonea a giustificare la quarta proroga.

Assume che in ogni caso non erano state valutate tutte le soluzioni alternative.

In particolare, a dire della parte ricorrente, dalle relazioni allegate al provvedimento impugnato era evincibile che nell'ambito delle ampie ed "indefinite" prestazioni occorrenti all'Amministrazione per l'erogazione dei servizi psico-sociali le stesse sarebbero del tutto eterogenee ed in alcun modo dipendenti le une dalle altre.

Pertanto, nella prospettazione attorea, ben avrebbe potuto e dovuto . scinderle ed affidarle - in applicazione dei principi eurocomunitari di rotazione degli affidamenti e non discriminazione - in via diretta e/o mediante procedura negoziata ex art. 36 D.Lgs. n. 50 del 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 ben poteva scendere al disotto delle somme indicate nell'art. 35 D.Lgs. n. 50 del 2016.

Del tutto immotivatamente, invece, detta necessaria suddivisione (ex art. 51 D.Lgs. n. 50 del 2016), secondo la ricorrente non era stata operata, nonostante le attività dedotte in contratto fossero differenti, nonché distinte le aree di intervento (anziani, salute mentale, medicina penitenziaria, socio-sanitario, farmaco dipendenze, riabilitazione) e differenti gli operatori all'uopo preposti (, , logopedisti, neuropsicomotricista, terapista occupazionale, fisioterapista, educatore professionale, animatore di comunità, assistente sociale, educatore, mediatore culturale, infermieri, psicologi ...) e quindi le tariffe orarie agli stessi applicabili.

Secondo la ricorrente dette evenienze avrebbero potuto e dovuto comportare la suddivisione dei servizi prorogati in lotti e, quindi, la gestione del servizio suddiviso tra più operatori economici, anche mediante una gestione in forma sinergica e coordinata.

Non idonea a giustificare la quarta proroga sarebbe poi, a dire di parte ricorrente, quanto rappresentato nella delibera gravata circa il fatto che la disponibilità . alla prosecuzione dei servizi in regime di proroga (la quarta proroga di cui si discute) sarebbe stata acquisita prima della conoscenza della sentenza di questa Sezione di annullamento della terza proroga.

Inoltre secondo la ricorrente illegittima sarebbe anche la quantificazione economica dell'affidamento, per la complessiva somma di Euro 8.600.000,00, sulla base del rilievo che detta somma sarebbe addirittura superiore rispetto a quella di cui alla terza proroga annullata (Delib. n. 57 del 2018) in cui la somma stanziata era pari a complessivi Euro. 8.548.000,00 (oltre IVA) di cui

Euro. 7.791.000,00 (per i servizi prorogati al) + Euro. 757.000,00 (per gli scorporati dai servizi prorogati al

La ricorrente ha inoltre richiesto la condanna della resistente amministrazione alla pena pecuniaria di cui all'art. 26 comma 2 c.p.a..

4. Si sono costituite la controinteressata di Cooperative Sociali e la A.N..

5. In particolare la controinteressata ha preliminarmente eccepito la nullità della notifica effettuata alla . in quanto non effettuata presso l'indirizzo estratto dal Reginde.

Ha inoltre dedotto in ordine al difetto di interesse a ricorrere, essendo l'interesse a concorrere ad una procedura concorsuale già soddisfatto dalla circostanza che la A. con la Delib. n. 1372 del 2018 aveva indetto la gara aperta per l'affidamento ai servizi de quibus ed essendo unica alternativa possibile, a dire della controinteressata, nelle more dalla procedura di gara, la disposta proroga.

Inoltre, ad avviso della controinteressata, la ricorrente non potrebbe vantare né un interesse all'estensione del servizio già affidatole relativo ai servizi domiciliari, né un interesse all'affidamento diretto del servizio, entrambi da considerarsi illegittimi.

Nel merito ha insistito per il rigetto del ricorso.

6. Anche la ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse a ricorrere della ricorrente insistendo nel merito per il rigetto del ricorso, evidenziando peraltro come la ritardata indizione della gara fosse dipesa dal ritardo nel rilascio dell'autorizzazione da parte di ., intervenuta solo in data 24 maggio 2018 e come nelle more dello svolgimento della gara, data l'indifferibilità dei servizi di cui è causa non potesse che procedersi a mezzo della disposta proroga.

7. In vista dell'udienza camerale per la discussione dell'istanza cautelare, parte ricorrente ha depositato memoria difensiva per replicare alle avverse deduzioni.

8. L'istanza cautelare è stata rigettata con ordinanza n. 01041/2018 sulla base dei seguenti rilievi, "Ritenuto che l'istanza di sospensiva non possa essere accolta per difetto del presupposto dell'estrema gravità ed urgenza di cui al combinato disposto degli artt. 119 comma 4 e 120 comma 3 c.p.a. nonché del rilievo che ai sensi dell'art. 120 comma 8 ter "Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione";

- Rilevato in particolare che i servizi di cui al provvedimento di proroga oggetto di impugnativa, a prescindere dalla sua legittimità, sono servizi non suscettibili di sospensione in quanto attinenti alla salute e che la A. ha svolto adeguata istruttoria circa gli effetti pregiudizievoli che deriverebbero dalla sospensione dei predetti servizi, per cui in ogni caso deve considerarsi prevalente l'interesse generale all'esecuzione del contratto di cui alla disposta proroga;

- Ritenuto peraltro che la A. resistente debba depositare nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente ordinanza la Delib. n. 1372 del 29 giugno 2018 relativa all'autorizzazione all'indizione della gara, nonché tutti gli atti, anche successivamente intervenuti, relativi alla procedura concorsuale de qua ed infine l'autorizzazione della del 24 maggio 2018, menzionata nel provvedimento gravato;

-Ritenuto, in considerazione dei motivi della decisione, di dover compensare le spese della presente fase cautelare e di dover fissare l'udienza pubblica per la data del 6 dicembre 2018".

8.1. La suddetta statuizione è stata impugnata dall'odierna ricorrente innanzi al Consiglio di Stato, con ricorso in appello rubricato al n. 6786/2018 R.G. ed assegnato alla cognizione della Terza Sezione che ha respinto il relativo appello cautelare alla stregua della seguente motivazione:

"Ritenuto, in sede di comparazione di interessi, prevalente l'interesse pubblico alla prosecuzione del servizio, anche in considerazione della circostanza che l'udienza di merito al Tar Napoli è stata fissata al 6 dicembre 2018;

Considerato altresì che la sospensione della delibera impugnata in primo grado non darebbe all'appellante Centro una utilità immediata, anche in ragione del fatto che la gara è stata bandita con delibera del 29 giungo 2018, mentre sospenderebbe un servizio sanitario pubblico;

Ritenuta la sussistenza di giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio cautelare".

9. In vista dell'udienza di discussione nel merito del ricorso le parti hanno prodotto documenti - attinenti in particolare alla procedura di gara di cui alla Delib. n. 1372 del 1929 giugno 2018 - e memorie difensive, insistendo nei rispettivi assunti.

10. Il difensore della controinteressata ha inoltre richiesto rinvio dell'udienza di discussione del ricorso per contemporaneo impegno presso il Consiglio di Stato.

11. All'esito dell'udienza del 6 dicembre 2018, stante la suddetta richiesta, si è pertanto disposto rinvio all'udienza del 19 marzo 2019, nella cui sede il Collegio ha dato avviso alle parti, ex art. 73 comma 3 c.p.a., della possibilità di applicazione delle sanzioni alternative prescritte dall'art. 123 c.p.a. rispetto alla richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto e, su richiesta di termini a difesa ad opera della resistente amministrazione, la causa è stata rinviata a data da destinarsi e successivamente all'udienza pubblica del 28 gennaio 2020.

12. Nelle more della discussione del ricorso ha prodotto memoria difensiva la controinteressata e la resistente A.

In particolare quest'ultima ha insistito per il rigetto del ricorso e per la non ricorrenza dei presupposti per l'applicazione di sanzioni alternative, in considerazione del rilievo che la disposta proroga era l'unico strumento atto a garantire la continuità dei servizi di cui è causa.

13. La causa è stata introitata in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 28 gennaio 2020.

14. In via preliminare va vagliata l'eccezione sollevata dalla controinteressata circa la notifica del ricorso alla presso un indirizzo Pec diverso da quello estratto dal Reginde.

L'eccezione, oltre ad essere generica, per mancata indicazione di quello che a dire della parte controinteressata sarebbe l'indirizzo corretto e a non essere stata sollevata dalla diretta interessata, ovvero dalla va disattesa.

14.1. Senza dubbio il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale da ultimo espresso dal Consiglio di Stato, sez. III, n. 07170 del 22 ottobre 2019 secondo cui "Sul punto, dalla lettura sistemica delle disposizioni normative, di fonte primaria e secondaria, che disciplinano le notifiche

a mezzo PEC in ambito PAT, deve ritenersi che la PEC da utilizzare per la rituale partecipazione del ricorso alle Amministrazioni pubbliche sia quella tratta dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia, di cui all'art. 16, comma 12, del D.L. n. 179 del 2012. Segnatamente, l'art. 14, comma 2, del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del PAT) prevede che le notificazioni alle amministrazioni non costituite in giudizio sono eseguite agli indirizzi PEC di cui all'art. 16, comma 12, del D.L. n. 179 del 2012, conv. in L. n. 221 del 2012, fermo quanto previsto dal R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611. Ai sensi del suddetto comma 12, dell'art. 16 del D.L. n. 179 del 2012, nel testo risultante dalla modifica operata col D.L. n. 90 del 2014, convertito dalla L. n. 114 del 2014, le amministrazioni pubbliche dovevano comunicare, entro il 30 novembre 2014, al Ministero della Giustizia l'indirizzo PEC valido ai fini della notifica telematica nei loro confronti, da inserire in un apposito elenco.

Ciò in conformità con quanto previsto dal comma 1 bis dell'art. 16 ter del medesimo D.L. n. 179 (2012 (aggiunto dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in L. 11 agosto 2014, n. 114) che ha reso applicabile alla giustizia amministrativa il comma 1 dello stesso art. 16 ter.

Tale ultima disposizione, nella versione vigente, prevede che " a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia".

E', dunque, di tutta evidenza l'opzione del legislatore di conferire il predicato della ritualità della notifica telematica solo se effettuata presso gli indirizzi mutuati da elenchi ben individuati escludendo, dunque, in apice, ogni forma di equipollenza (cfr. Cassazione civile sez. VI, 27/06/2019, n.17346; Cass. civ. Sez. VI - Lavoro Ord., 25/05/2018, n. 13224; Cass. civ. Sez. VI - 1 Ord., 11/05/2018, n. 11574; CdS Sez III 6178 del 29.12.2017; Sez III n. 197 del 20.1.2016; Cons. giust. amm. Sicilia, 12/04/2018, n. 217; CdS 5891 del 13.12.2017).

D'altro canto, ha indubbio fondamento l'esigenza di certezza sottesa alla richiamata disciplina, trattandosi di adempimenti che si pongono a presidio dell'effettività del contraddittorio siccome funzionali ad una tempestiva ed efficace organizzazione della linea difensiva delle Amministrazioni intimate.

In ragione di quanto fin qui evidenziato nemmeno l'indirizzo PEC risultante dal registro IPA può ritenersi valido ai fini della notifica degli atti giudiziari alle P.A. Il registro IPA, di cui all'art. 16, comma 8, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in L. n. 2 del 2009, non viene, infatti, più espressamente menzionato tra i pubblici elenchi dai quali estrarre gli indirizzi PEC ai fini della notifica degli atti giudiziari. In particolare, l'elenco l'IPA era inizialmente equiparato agli elenchi pubblici dai quali poter acquisire gli indirizzi PEC validi per le notifiche telematiche dall'art. 16 ter D.L. n. 179 del 2012, ma tale equiparazione è attualmente venuta meno in seguito alla modifica di tale disposizione.

Stessa conclusione di inidoneità va replicata, per le medesime ragioni suesposte, per gli indirizzi internet indicati nei siti dell'amministrazione, che non trovano autonoma legittimazione normativa ai fini delle notifiche degli atti giudiziari.

Ciò nondimeno, nemmeno può essere obliterato come l'esegesi della suddetta disciplina abbia avuto approdi non sempre univoci in giurisprudenza, rinvenendosi anche indirizzi inclini a riconoscere

validità della notifica a mezzo posta elettronica certificata del ricorso effettuata all'amministrazione all'indirizzo tratto dall'elenco presso l'Indice PA vieppiù se l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica sia rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia. (cfr. ad esempio, di recente, Consiglio di Stato sez. III, 27/02/2019, n.1379; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 12 dicembre 2018 n. 7026).

Orbene, in siffatte evenienze, contraddistinte dalla evidenziata oscillazione giurisprudenziale, non può che accordarsi il beneficio della rimessione in termini ex articolo 37 del c.p.a.".

14.2. Peraltro l'eccezione è infondata in quanto l'indirizzo PEC cui risulta notificato il ricorso è atti.giudiziari@pec.aslna1centro.it, ovvero l'indirizzo indicato nel Registro delle P.A., come evincibile ex actis, ossia nel registro pubblico di riferimento utilizzabile ai sensi della L. n. 53 del 1994 e ss. mm. gestito dal Ministero della Giustizia.

Ed invero l'articolo 3-bis della L. n. 53 del 1994 prevede la possibilità di eseguire per via telematica le notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali da parte di avvocati e procuratori legali a mezzo PEC.

Per le P.A. l'indirizzo PEC è quello inserito Registro degli indirizzi elettronici delle Pubbliche Amministrazioni, gestito dal Ministero della giustizia (articolo 16, comma 12, del D.L. n. 179 del 2012).

14.3. In ogni caso, a prescindere da tali assorbenti rilievi, che evidenziano l'infondatezza dell'eccezione sollevata da parte della controinteressata, occorre evidenziare come l'indirizzo cui risulta notificato il ricorso sia anche quello indicato nel sito della per la notifica degli atti giudiziari, per cui in ogni caso ricorrerebbero gli estremi dell'errore scusabile.

15. Sempre in via preliminare va delibata l'eccezione in rito relativa all'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, avuto riguardo all'avvenuta indizione della procedura di gara, rispetto alla quale la proroga de qua sarebbe stata funzionale.

15.1 La stessa va disattesa.

Ed invero parte ricorrente, quale operatore economico nel settore oggetto di gara, come dalla stessa sostenuto, 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

15.1.1. Ciò posto, l'interesse della medesima società ricorrente è, principalmente, quella di poter conseguire almeno parte delle medesime commesse affidate al mediante affidamento diretto e/o procedura negoziata ex art. 36 D.Lgs. n. 50 del 2016 (ovvero qualsiasi altro strumento offerto dall'ordinamento), circostanza ritenuta possibile ove la stazione appaltante avesse operato una scomposizione delle molteplici ed eterogenee attività e servizi affidati con la gravata proroga mediante la loro suddivisione in lotti funzionali e/o prestazionali, alternativa per contro in alcun nodo vagliata dalla A. resistente.

15.1.2. Parimenti parte ricorrente ha interesse a che la controinteressata, diretta concorrente nel settore di interesse, con la proroga oggetto di gravame, non arricchisca, illegittimamente il suo curriculum a danno di quello della ricorrente, in vista della partecipazione ad ogni futura gara, essendo, come noto, anche il danno curriculare, connesso alle referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto, degno di protezione.

Infatti la medesima ricorrente ha evidenziato che la sociali ed in generale cui lo stesso è capofila, rappresenti uno dei suoi competitor sia a livello locale che nazionale, e l'impugnata proroga, generando il suo consolidamento nel mercato di riferimento, comporti una generale lesione della par condicio e del principio comunitario di libera concorrenza, come tale rilevante anche a fini curriculari.

15.1.3. Va per contro disatteso, in quanto non meritevole di tutela, l'interesse della ricorrente, in qualità di capogruppo del di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus e con esse titolare di un contratto d'appalto con 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 A., 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 infatti già valutata negativamente da questo T.A.R., che ha annullato, con sentenza 5351/2018, confermata in appello dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2787/2019, la Delib. n. 57 del 2018 della 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.

16. Occorre parimenti disattendere l'eccezione sollevata dalla controinteressata, con la memoria depositata in data 13 febbraio 2019, relativa all'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, fondata sul rilievo che l'affidamento di cui è causa sarebbe venuto a scadenza in data 31 dicembre 2018.

16.1. Ed invero al riguardo si deve evidenziare come non possa annettersi rilievo alla circostanza che la proroga de qua sia venuta a scadenza al momento della discussione nel merito dell'odierno ricorso, avuto riguardo per un verso alla durata della proroga - cui peraltro ha fatto seguito una quinta proroga, oggetto di impugnativa con il connesso ricorso R.G. 476/2019 del pari trattenuto in decisione all'odierna udienza - e per altro verso ai rinvii richiesti dapprima dalla difesa della controinteressata e poi dalla A. resistente, a seguito dell'avviso formulato in udienza, ex art. 73 comma 3 c.p.a., fondato sul rilievo della possibile applicazione delle sanzioni ex art. 123 c.p.a..

16.2. Ciò in particolare avuto riguardo al rilievo che l'illegittimità prospettata da parte della ricorrente (proroga per la quarta volta del contratto in essere con la controinteressata, venuto a scadenza il 31/12/2016) è senza dubbio assimilabile ad un affidamento senza gara - secondo quanto di seguito precisato - per cui appare ravvisabile la grave violazione di cui all'art. 121 comma 1 lett. b), avuto riguardo all'importo sopra soglia ex art. 35 D.Lgs. n. 50 del 2016 della proroga di cui è causa.

Ed invero, come osservato nelle premesse in fatto, va qui ribadito che:

a) L'A.N., giusta Delib. n. 1603 del 30 dicembre 2011, aggiudicava i servizi "psicosociali e di riabilitazione da effettuarsi presso le strutture, le articolazioni e della " alla Consorzio di Cooperative sociali, capogruppo mandatario e le mandanti I. Onlus Consorzio di Cooperative Sociali, Consorzio di Cooperative Sociali, C. Consorzio di Cooperative Sociali, S.C. Consorzio di Cooperative Sociali, Associazione il P ativa Sociale Integrata ;

b) la durata dell'appalto era fissata in cinque anni, con scadenza al 31.12.2016;

c) per il contratto d'appalto scaturito dalla suddetta aggiudicazione, con Delib. n. 893 del 30 dicembre 2016, vi è stata in favore dell'ATI G. una prima proroga semestrale dell'originaria scadenza contrattuale, dal 1.01.2017 al 30.06.2017, motivata quale proroga tecnica nelle more dell'indizione della nuova gara;

d) successivamente, con Delib. n. 11 del 30 giugno 2017, la suddetta scadenza contrattuale è stata ulteriormente prorogata, per la seconda volta, in favore del di un altro semestre, sino al 31.12.2017, 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 Delib. n. 57 del 22 gennaio 2018, è stata disposta una terza proroga semestrale in favore della medesima ATI G., dal 01.01.2018 al 30.06.2018, 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 attuale ricorrente, con ricorso rubricato con n. 720/2018, accolto con sentenza di questa Sezione n. 4109/2018;

f) ha perseverato nella propria attività prorogatoria e, con delibera del Direttore Generale dell n. 1383 del 29 giugno 2018, pubblicata in data 3.07.2018, gravata nella presente sede, ha affidato, per la quarta volta, in via diretta ed in favore dello stesso 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.;

g) vi è peraltro da evidenziare che con successiva Delib. n. 2442 del 28 dicembre 2018, per la quinta volta, la medesima Azienda sanitaria ha nuovamente affidato al 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 , sarebbero state attivate una serie di variegate e molteplici attività destinate a far fronte alle ulteriori necessità della stessa Per tutti gli affidandi servizi de quibus sarebbe stata accertata l'impossibilità di portare a termine i relativi procedimenti entro il 31.12.2018.

Detta delibera è stata del pari impugnata da parte ricorrente con il connesso ricorso n. 476/2019, del pari chiamato all'udienza pubblica del 28 gennaio 2020.

Pertanto sommando tutte le suddette proroghe, il , controinteressato, come evidenziato da parte ricorrente, ha beneficiato di pubbliche commesse per oltre Euro 40.000.000,00, in violazione delle norme e dei principi che governano le procedure ad evidenza pubblica, per cui l'operato dell'Azienda resistente, che non può che essere riguardato nel suo insieme, avuto riguardo ai rigidi presupposti in relazione al quale secondo la giurisprudenza può considerarsi legittima la proroga tecnica nelle more dell'espletamento della procedura di gara, finisce con il rappresentare una modalità surrettizia per aggirare la gara pubblica, senza che rilevi la circostanza che nelle more della quarta impugnata proroga sia stata indetta la procedura di gara per parte dei servizi de quibus.

16.3. Pertanto, alla stregua di quanto osservato in fatto, e di quanto di seguito si illustrerà in diritto, la fattispecie di qui è causa, come detto, va assimilata a quella di cui all'art. 121, comma 1, lett. b) del [illegible], ovvero ad una grave violazione che, ai sensi del medesimo comma 1 dell'art. 121 c.p.a. può determinare l'inefficacia del contratto anche in via retroattiva, con la conseguente irrilevanza pertanto della circostanza che nelle more della trattazione dell'odierno giudizio la proroga oggetto di impugnativa sia venuta a scadenza; ciò fatta comunque salva la possibilità per il giudice di applicare le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a., nell'ipotesi in cui si ravvisino le condizioni di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a..

17. Le censure, in quanto relative al difetto dei presupposti per il ricorso alla proroga, da qualificarsi come proroga tecnica, possono essere trattate congiuntamente.

17.1 Le stesse sono fondate, nel senso di seguito precisato, secondo quanto del resto già ritenuto da questa Sezione con la sentenza n. 4109/2018, senza che al riguardo abbia rilevanza, che nell'ipotesi di cui è causa, al contrario di quanto ravvisabile in relazione alla terza proroga, la A. resistente abbia proceduto (peraltro con gravissimo ritardo rispetto alla naturale scadenza del contratto), a bandire la procedura di gara per l'affidamento di parte dei servizi, decidendo di internalizzare (sempre con gravissimo ritardo), altra parte dei servizi.

17.2. E' 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 (Consiglio di Stato, 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, 06 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. 00755/2014 confermata da Consiglio di Stato sez. III n. 01521/2017 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 Delib. n. 557 del 31 maggio 2017, riferita proprio ai contratti originariamente aggiudicati, come nella specie, ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006 e ad un'ispezione eseguita in una A. 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 del 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 cd "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 del 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" (CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, 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. CdS 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".

17.3. Ciò posto, le censure si palesano fondate atteso che con l'atto oggetto di impugnativa si è proceduto ad una quarta proroga per la durata di sei mesi, dopo che erano state disposte tre precedenti proroghe, della durata del pari di sei mesi ciascuna - di cui la terza, già oggetto di annullamento ad opera di questa Sezione con l'indicata sentenza n. 4109/2018 - finalizzate all'indizione di una nuova gara, prospettando, per la seconda proroga, finanche la risoluzione anticipata in caso di nuova aggiudicazione, laddove per contro dalla lettura della delibera impugnata con la terza proroga si evinceva che la gara non era stata neppure indetta e che era intenzione della Direzione Strategica effettuare un'approfondita analisi delle attività incluse nel contratto in essere con la al fine di identificare quali fossero i servizi da continuare ad affidare a terzi, mediante successivo espletamento di specifica procedura di gara o da acquisire mediante reclutamento di personale a cura della Gestione Risorse Umane, con ciò palesandosi il deficit di istruttoria e di motivazione che nel complesso hanno portato alle reiterate proroghe, nonché il difetto dei presupposti per il ricorso ad una quarta proroga tecnica.

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" (CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882).

Detti presupposti non possono pertanto essere ravvisati nell'ipotesi di specie, avendo la soltanto in occasione della proroga de qua provveduto ad indire la nuova gara, con notevole ritardo rispetto alla naturale scadenza del contratto e dopo ben tre precedenti proroghe, dopo avere, sempre con ritardo, provveduto ad una ricognizione dei fabbisogni.

17.4. Ed invero, come evidenziato con la sentenza n. 4109/2018, non possono rilevare, avuto riguardo alla durata complessiva delle disposte proroghe, le problematiche organizzative della stazione appaltante o le difficoltà connesse alla stesura del capitolato di gara e alla sua concreta indizione, trattandosi di evenienze fronteggiabili per tempo e sicuramente non in grado di giustificare il ricorso ad una quarta proroga tecnica - essendo la proroga ammissibile solo per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione e dovendo la stessa intervenire prima della scadenza naturale del contratto - 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.

Al riguardo non può mancarsi di rilevare che la giurisprudenza ha stigmatizzato anche il ricorso alla 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).

17.5. Pertanto vieppiù deve ritenersi illegittima la quarta proroga di cui è causa.

17.6. Ciò posto, il ricorso si appalesa fondato, atteso che con l'atto oggetto di impugnativa si è proceduto ad una quarta proroga, avendo la A. indetto la procedura di gara tardivamente, molto tempo dopo la scadenza naturale del contrato, e, peraltro, relativamente ad una parte sola dei servizi oggetto di proroga 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, essendo il contratto venuto a scadenza il 31/12/2016; ciò senza mancare di evidenziare che la A. resistente ha finanche perseverato nel comportamento illegittimo dopo la proposizione dell'odierno ricorso e dopo la sentenza di annullamento di questa Sezione, relativa alla terza proroga, disponendo una quinta proroga, oggetto del connesso ricorso R.G. n. 476/2019.

17.7. Infatti, come già evidenziato alla luce della giurisprudenza in materia, 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" (CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20.06.2018, n. 04109, citata).

Peraltro se è vero che la mancata attivazione della gara in termini più celeri ed adeguati, intervenuta con la Delib. n. 1372 del 29 giugno 2018, è stata anche la conseguenza della circostanza che la stazione appaltante ha ottenuto l'autorizzazione da parte solo il 24.05.2018, i ritardi nell'espletamento dell'attività istruttoria preliminare volta ad addivenire all'indizione di una nuova gara, sono comunque imputabili, a vario titolo, all'Azienda resistente e, nella specie, ai contraddittori indirizzi anche dei Direttori Generali insediatisi 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, addotte nelle difese della A. resistente (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 A., insediatasi 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.

Il deficit istruttorio e programmatorio che ha portato alla reiterate proroghe, del tutto imputabile alla resistente Amministrazione, emerge del resto vieppiù dalla contraddittorietà dalle stesse ragioni giustificatrici che avrebbero dovuto suffragare le proroghe adottate (nelle more dell'indizione della gara, in assenza dell'indizione della gara già prevista in vista della parziale 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, .

18. Il ricorso, pertanto, assorbite le ulteriori censure dedotte, va accolto, con conseguente annullamento, unitamente agli atti presupposti, della delibera del Direttore Generale n. 1383 del 29 giugno 2018, pubblicata in data 3.7.2018, relativa all'affidamento al dei servizi psico-sociali e di riabilitazione de quibus.

19. Il Collegio ritiene, come innanzi evidenziato e alla luce della richiamata giurisprudenza in materia, che l'illegittimità dedotta debba ascriversi all'ipotesi di cui all'art. 121 comma 1 del c.p.a., risolvendosi la contestata proroga in un affidamento diretto "con procedura negoziata senza bando" (cfr., in particolare, la lett. b).

19.1. Peraltro ritiene il Collegio di dovere fare applicazione del secondo comma del medesimo articolo secondo il quale, in deroga alla previsione di inefficacia di cui al comma 1, "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".

"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).

Invero, deve osservarsi che nel caso in 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, come evidenziato peraltro nell'ordinanza cautelare n. 01041/2018, confermata dal Consiglio di Stato, sussistono esigenze imperative connesse ad un interesse generale che

rendono opportuno il mantenimento degli effetti del contratto prorogato, sebbene la disposta proroga debba essere annullata in ragione delle censure dedotte e ritenute fondate.

19.2. Il mantenimento dell'efficacia del contratto prorogato, prescinde invero, 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 31 dicembre 2018.

Ciò anche in considerazione del rilievo, che come innanzi osservato, l'inefficacia da comminarsi ai sensi dell'art. 121 comma 1 c.p.a. può avere effetto retroattivo, con la conseguenza che del pari effetto retroattivo deve riconoscersi alla valutazione di mantenimento dell'efficacia del contratto (prorogato), di cui all'art. 121 comma 2 c.p.a..

20. Ciò posto, mantenuta l'efficacia in toto del contratto per il periodo di proroga, il collegio, non può che irrogare la sanzione alternativa prevista dall'art. 123, comma 1 lett. a) c.p.a., senza che abbia rilevanza l'interesse delle parti ad una siffatta pronuncia, dovendo la sanzione alternativa riconnettersi ai poteri officiosi del collegio e concretizzandosi detto potere, secondo quanto evidenziato dalla dottrina, in una giurisdizione di tipo oggettivo.

20.1. Ed invero, in presenza delle gravi violazioni di cui all'art. 121 comma 1 c.p.a. , secondo quanto evidenziato da condivisibile dottrina, una volta pervenuto all'annullamento dell'aggiudicazione - cui deve equipararsi anche l'affidamento in proroga disposto in difetto dei presupposti legittimanti - si apre una fase del processo diversa in cui la giurisdizione, da soggettiva, diventa oggettiva, essendo riservato al potere valutativo del giudice stabilire se mantenere l'efficacia del contratto, nonostante la gravità delle violazioni, ovvero irrogare una sanzione alternativa ex art. 123 c.p.a..

Infatti nell'applicare la sanzione pecuniaria di cui all'art. 123 comma 1 lett. a), il giudice adotta una sanzione pecuniaria che non arreca alcuna soddisfazione al bene della vita per il quale è stato promosso il giudizio ed il ricorrente non ha alcun interesse a questa pronunzia, anche se è stato necessario il suo ricorso per introdurre il giudizio e delimitare il thema decidendum. E, in queste ipotesi, non è praticabile nemmeno la sanzione della riduzione della durata residua del contratto perché il presupposto per applicare le sanzioni alternative è proprio la necessità di non privare il contratto, totalmente o parzialmente degli effetti, per cui il ricorrente non se ne può giovare nemmeno in via indiretta, eventuale e di mero fatto. La pronunzia del giudice interviene per sanzionare la violazione obiettiva delle disposizioni che ha compromesso la realizzazione di alcuni degli interessi pubblici oggetto di tutela normativa e cioè quelli del libero mercato, concorrenza, par condicio, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.

20.2. Ciò posto, il Collegio quantifica l'importo della sanzione pecuniaria, ritenuto congruo in ragione per un verso del reiterarsi della condotta illegittima, per altro verso della complessità dei servizi di cui è causa, nella misura pari all'1%(percento) del valore del contratto, rectius della proroga, tale intendendosi il prezzo di aggiudicazione ovvero dell'affidamento diretto da ultimo censurato (quarta 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 presente sentenza; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

20.3. La presente sentenza è comunicata, a tali fini, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione.

21. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo nei rapporti fra parte ricorrente e la A. resistente, in favore del procuratore costituito, dichiaratosi antistatario.

21.1. Peraltro nonostante l'illegittimità dell'operato della A. resistente, avuto riguardo all'indefettibilità dei servizi di cui alla disposta proroga, non si può ritenere che la stessa abbia temerariamente resistito in giudizio, per cui difettano, ad avviso del collegio, i presupposti per l'applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 26 comma 2 c.p.a..

21.2. Ritiene invece il Collegio che sussistano eccezionali e gravi ragioni per disporre la compensazione delle spese di lite nei rapporti con la controinteressata, , cui non sono imputabili le scelte della A..

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 la delibera del Direttore Generale dell'A.N. n. 1383 del 29 giugno 2018, pubblicata in data 3.7.2018, avente ad oggetto: "Servizi Psicosociali e Riabilitazione - Provvedimenti" ed i relativi atti presupposti, ferma rimanendo l'efficacia del contratto per il periodo di cui alla proroga in oggetto.

Condanna la A. resistente ex art. 123 comma 1 lett. a) alla sanzione amministrativa pari all'1%(percento) del valore dell'affidamento in proroga 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", da corrispondersi al sessantesimo giorno del passaggio in giudicato della presente pronuncia; decorso il termine per il versamento si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

Condanna la A. resistente al pagamento delle spese di lite nei confronti di parte ricorrente liquidate in complessivi Euro 3.000.00 (tremila/00) oltre ad oneri accessori se dovuti come per legge ed oltre alla refusione di quanto anticipato a titolo di contributo unificato, somme da distrarsi in favore del procuratore costituito, dichiaratosi antistatario.

Compensa le spese di lite nei rapporti con la controinteressata.

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

Manda alla Segreteria per la comunicazione della presente sentenza al Ministero dell'Economia e delle Finanze entro cinque giorni dalla sua pubblicazione.

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 28 gennaio 2020 - 27 marzo 2020 con collegamento da remoto tramite videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

, Presidente

, Consigliere, Estensore

, Consigliere