

**Tar Piemonte**  
**Sentenza n. 496**  
**Pubblicata il 30 luglio 2020**

**[omissis]**

**Svolgimento del processo**

Con disposizione del Consigliere Delegato di S.P. n. 9 del 30 gennaio 2018 è stata indetta una gara europea per la fornitura di farmaci ed emoderivati ai fini del consumo ospedaliero, distribuzione diretta e in nome e per conto e relativi servizi connessi per le Aziende del servizio sanitario regionale x e della regione x (gara 06-2018). La procedura di gara è stata suddivisa in 2188 lotti ed è stata indetta nelle forme del sistema dinamico di acquisizione ex art. 55 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e gli appalti specifici sarebbero stati aggiudicati al prezzo più basso. Il lotto interessato nella controversia in esame è il lotto n. 88 che ha ad oggetto la fornitura di adalimumab 40 mg. B.I. S.r.l. ha presentato domanda di partecipazione al x e vi è stata ammessa. L'art. 5 del disciplinare stabiliva che "La durata complessiva del Sistema Dinamico è di 48 (quarantotto) mesi; in tale periodo, con cadenza periodica biennale, salvo quanto di seguito previsto, si procederà ad espletare singoli appalti specifici. In tale periodo potranno essere richieste offerte per i singoli prodotti con durata indicata nelle singole richieste di offerta. La richiesta di offerta verrà inviata a tutti gli operatori economici abilitati al Sistema. Qualora in seguito ad aggiudicazione di un appalto specifico si verificassero le fattispecie sotto individuate, S.P. S.p.A. ha facoltà a procedere: 1. a rinegoziazione in caso di:... ad eventuale rinegoziazione, dopo non meno di 12 mesi, in caso di segnalazione di registrazione e disponibilità di un ulteriore prodotto equivalente e/o biosimilare e/o copia per una molecola riportata in Allegato A)... Su comunicazione scritta di S.P., la Convenzione inoltre, ai sensi dell'art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., potrà essere prorogata fino ad un massimo di ulteriori 6 (sei) mesi agli stessi patti - o più favorevoli - prezzi e condizioni per garantire la continuità della fornitura, nelle more dell'espletamento di un appalto specifico". Anche l'art. 3, comma 2 del capitolato tecnico prevedeva che la convenzione, ai sensi dell'art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., potesse essere prorogata fino ad un massimo di ulteriori 6 (sei) mesi agli stessi patti - o più favorevoli - prezzi e condizioni per garantire la continuità della fornitura, nelle more dell'espletamento di un nuovo sistema dinamico di acquisizione. L'art. 6 del disciplinare invece precisava che "I quantitativi massimi annuali per singolo lotto riportati nell'Allegato A) vengono indicati in via del tutto presuntiva in quanto l'effettivo consumo dei farmaci è subordinato a fattori variabili, a circostanze legate alla natura particolare del bene, al rispetto dei piani terapeutici personali in essere, alle esigenze del Servizio Sanitario Pubblico e alle decisioni dalla Regione x e da quella della Regione x, oltre che dagli organi nazionali/regionali competenti. I quantitativi pertanto riguardano il fabbisogno annuale stimato e non sono vincolanti né per S.P. S.p.A. né per le Amministrazioni Contraenti, che non risponderanno nei confronti dell'aggiudicatario in caso di emissione di ordinativi inferiori". Con disposizione del Consigliere Delegato n. 366 dell'11 ottobre 2018 veniva indetto il terzo appalto specifico per l'aggiudicazione, tra l'altro, del lotto n. 88. La lettera d'invito, al punto 3), precisava che la durata della fornitura per il lotto n. 88 era anticipata al 30 giugno 2019, richiamava i casi di rinegoziazione durante la vigenza dell'appalto già previsti dal capitolato tecnico istitutivo del S.D.A. nonché la possibilità di proroga del contratto derivante dall'appalto specifico, per un massimo di sei mesi, agli stessi patti - o più favorevoli - prezzi e condizioni, "per garantire la continuità della fornitura, nelle more dell'espletamento di un appalto specifico". A. aveva offerto un prezzo più basso ed era divenuta aggiudicataria di tale fornitura fino al 30 giugno 2019 con disposizione del Consigliere Delegato n. 386 del 26 ottobre 2018. Con il gravame indicato in epigrafe parte ricorrente ha impugnato la nota del 21 dicembre 2018 di proroga del contratto ad A. S.r.l. per la fornitura di adalimumab 40 mg fino al 31 dicembre 2019 e gli atti ad essa connessi. Avverso gli atti impugnati la ricorrente ha dedotto l'illegittimità per: violazione di legge per violazione del principio di concorrenza e dell'art. 30 del D.Lgs. n. 50 del 2016; violazione di legge per violazione dell'art. 63 D.Lgs. n. 50 del 2016 e del divieto di concludere contratti pubblici a trattativa privata senza pubblicazione del bando;

violazione di legge per violazione dell'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e del divieto di rinnovo dei contratti pubblici, senza gara e al di fuori delle condizioni previste dalla lex specialis; violazione di legge per violazione dell'art. 106, D.Lgs. n. 50 del 2016 per violazione del divieto di proroga dei contratti se non per ragioni connesse con i tempi di conclusione di nuove procedure concorrenziali di aggiudicazione e per modificazioni sostanziali al di fuori dei limiti di legge; violazione di legge per violazione dell'art. 55 D.Lgs. n. 50 del 2016 e delle regole di funzionamento di un sistema dinamico di acquisizione e violazione di legge ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e per sviamento. Si è costituita in giudizio la S.C.R. - S.P. S.p.A. Con ordinanza n. 444 del 21 novembre 2019 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare formulata congiuntamente al ricorso sulla base della seguente motivazione "Considerato che non è dato ravvisare il periculum in mora atteso che il contratto di che trattasi scade il 31 dicembre 2019 e la S.C.R. S.p.A., nella memoria depositata in data 14 novembre 2019, ha dichiarato di aver indetto una nuova procedura di accordo-quadro per la fornitura del principio attivo di cui è causa e che tale procedura verrà conclusa entro il 31 dicembre 2019; Considerato che per la concessione delle misure cautelari è necessaria la sussistenza di entrambi i presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora". Il giorno 23 giugno 2020 il Collegio si è riunito mediante collegamento da remoto in videoconferenza - secondo quanto previsto dall'art. 84, comma 6, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 - dando atto che nessuna delle parti aveva chiesto la discussione orale ai sensi dell'art. 4 comma 1 del D.L. n. 28 del 2020. La causa è quindi passata in decisione ai sensi dell'art. 84 comma 5 del D.L. n. 18 del 2020.

#### **Motivi della decisione**

1. - In via preliminare il Collegio evidenzia che la proroga del contratto è scaduta il 31 dicembre 2019 e la S.C.R. S.p.A. ha indetto una nuova procedura di accordo-quadro per la fornitura del principio attivo di cui è causa. Tuttavia, nel gravame la ricorrente evidenzia che, benché non sia oggetto del giudizio de quo, l'annullamento degli atti impugnati è funzionale ad una tutela risarcitoria per equivalente sulla chance di aggiudicazione persa per la fornitura di adalimumab a partire dal 1 luglio 2019 e fino alla data di attivazione della nuova fornitura a seguito di ulteriore confronto concorrenziale, riservandosi di proporre domanda risarcitoria in separato giudizio ex art. 30, comma 5 del codice del processo amministrativo, e nella memoria del 21 febbraio 2020, la ricorrente afferma che se è vero che l'affidamento diretto ad A. ha ormai cessato di produrre effetti, tuttavia in primo luogo B. conserva comunque interesse alla decisione sull'azione di annullamento proposta, al fine di poter proporre domanda risarcitoria ex art. 30, comma 5, del codice del processo amministrativo. Il Collegio pertanto, ai sensi dell'art. 34, comma 3 del codice del processo amministrativo, ritiene di dover accertare comunque l'illegittimità o meno della proroga oggetto del presente gravame, avendo la ricorrente manifestato interesse ai fini risarcitori. Il Codice del processo amministrativo contempla infatti la possibilità di una azione di mero accertamento, intendendosi, con tale espressione, "le ipotesi in cui l'accertamento, anziché limitarsi a momento logico propedeutico al giudizio sulle altre azioni di cognizione (di condanna e costitutiva), esaurisce in sé lo scopo del processo. Con la particolarità che (...) L'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), piuttosto, è integrato dalla necessità di economizzare un giudizio già instauratosi (ma destinato a concludersi in rito, per via di sopravvenienze), deragliandone il percorso in funzione dell'accertamento di una parte (quella riferita alla illegittimità dell'atto) dei fatti costitutivi necessari ai fini dell'accoglimento della (eventuale) azione risarcitoria (in sostanza, dall'annullamento dell'atto si passa ad una sentenza generica su di una frazione dell'an della pretesa risarcitoria)" (T.A.R. Napoli, sez. I, 13 dicembre 2013, n. 5744). 2. - Il Collegio deve preliminarmente esaminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata dalla S. La Stazione appaltante evidenzia che la proroga del contratto (nota del 21 dicembre 2018) era stata pubblicata sul sito della S. in data 2 luglio 2019 e, rispettivamente, in data 1 gennaio 2019 e 2 luglio 2019, erano stati pubblicati i nuovi prezzi applicati dal fornitore a seguito di rinegoziazione. A parere della Stazione appaltante alcuna rilevanza, stante la pubblicazione di cui sopra, potrebbe avere il fatto che l'istanza di accesso sia stata riscontrata da S. in data 30 settembre 2019. L'eccezione è infondata. Per quanto riguarda la decorrenza del termine di impugnazione degli atti amministrativi, il codice del processo amministrativo contiene regole generali all'art. 41, comma 2, e regole speciali, tra cui quelle

previste dall'art. 120, comma 5, in tema di impugnazione degli atti delle gare d'appalto. Le regole generali contenute nell'art. 41, comma 2, prima parte, sono le seguenti: "qualora sia proposta azione di annullamento, il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge". Per quanto riguarda le regole speciali, l'art. 120, comma 5 del D.Lgs. n. 50 del 2016 recita: "Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42". Inoltre, l'art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016 - in applicazione del principio di trasparenza - ha disposto al comma 1 che tutti gli atti del procedimento "devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33", aggiungendo che "Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente". Ebbene, la ricorrente afferma che in data 2 luglio 2019 l'unica informazione evincibile dal sito internet della S. era il mero dato di fatto dell'avvenuta proroga della fornitura a favore di A. e che in quel momento la stessa non aveva alcun elemento per ritenere che tale proroga (o rinnovo) fosse avvenuta per i motivi e alle condizioni previste dalla legge di gara e dalla lex specialis o che al contrario essa fosse illegittima, poiché nulla era detto circa la motivazione a giustificazione della proroga (o rinnovo). La ricorrente sottolinea che se il nostro ordinamento non prevedesse nessuna ipotesi legittima di proroga, in effetti, la semplice conoscenza della stessa poteva essere di per sé sola sufficiente a far decorrere il termine per impugnare, ma che così non è, visto quanto disposto dall'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016. La ricorrente ha presentato nel mese di luglio 2019 una richiesta di accesso agli atti. Più nello specifico, nell'istanza di accesso del 15 luglio 2019, tra l'altro, si legge: "premesso...che il terzo appalto specifico, nell'ambito della gara per la "fornitura di farmaci ed emoderivati ai fini del consumo ospedaliero, distribuzione diretta e in nome e per conto e servizi connessi per le aziende del servizio sanitario regionale di cui all'art. 3 comma 1 lettera a) L.R. n. 19 del 2007, delle regioni x, x, x e x" (gara n. S. 06/2018, sirnog 7215436, codice procedura SCRO3CC03), è scaduto per il lotto n. 88 il 30 giugno 2019 (v. determina di aggiudicazione n. 386 del 26 ottobre 2018); che tuttavia B.I. S.r.l. ha preso visione di una tabella pubblicata sul profilo del committente e contenente "variazione" del prezzo per il lotto n. 88 (per circa la metà di quello oggetto di aggiudicazione con la determina citata al punto precedente: da Euro 146,72 a Euro 75,60), con nuova scadenza al 31 dicembre 2019, mantenendo però l'originario aggiudicatario A. S.r.l.; che B.I. S.r.l. non è stata invitata a partecipare alla nuova procedura né a presentare offerta in relazione alla fornitura di adalimumab per il secondo semestre del 2019; Considerato che è interesse della scrivente società acquisire la sotto indicata documentazione al fine di comprendere in base a quale procedura è stata consentita la variazione del prezzo da parte dell'originaria aggiudicataria, pur in presenza di mutate condizioni di mercato, e così di tutelare, anche giudizialmente, i propri diritti ed interessi legittimi, tenuto conto in particolare: a) dell'obbligo di procedere ad acquisti mediante procedura di accordo quadro con più operatori a norma dell'art. 15, comma 1 l quater, D.L. n. 95 del 2012 conv. in I. n. 135/12 e s.m.i. b) del divieto di procedere a rinegoziazione delle offerte (Corte Giust. UE, 7 settembre 2016, n. C-549/14); c) del divieto di aggiudicare gare a con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando se non in presenza delle condizioni di cui all'art. 63 D.Lgs. n. 50 del 2016 e delle altre disposizioni speciali, condizioni che, nella specie, non sussistono". A tale istanza di accesso ha fatto seguito un'ulteriore istanza di accesso della ricorrente in data 24 settembre 2019.

Dagli atti depositati in giudizio emerge che la S. ha evaso l'istanza di accesso solo in data 30 settembre 2019. Con la nota prot. n. (...) del 30 settembre 2019 la S. ha infatti trasmesso alla B. le seguenti note "nota prot. n. (...) del 21/12/2018; nota prot. n. (...) del 21/12/2018; nota prot. n. (...) del 28/12/2018; nota prot. n. (...) del 19/06/2019; nota prot. n. (...) del 25/06/2019". La ricorrente afferma che solo quando l'istanza di accesso è stata evasa la stessa avrebbe avuto contezza dell'illegittima motivazione della proroga, che non era fondata (come invece sarebbe stato possibile) sul ritardo nell'aggiudicare la nuova fornitura quanto ad una non meglio precisata "stima in diminuzione rispetto ai fabbisogni indicati nel 3 appalto specifico (x 06-2018)". In primis, il Collegio evidenzia che la S. ha prodotto in giudizio, sotto la voce "File pubblicato sul sito di S. spa indicante il nuovo prezzo del lotto 88 e proroga contratto", una mera tabella nella quale tra l'altro si legge "variazione prezzo offerto" per il lotto n. 88 (da Euro 146,72 a Euro 75,60), con nuova scadenza al 31 dicembre 2019, con l'indicazione dell'originario aggiudicatario A. S.r.l. Solo nella nota della S. prot. n. (...) del 21 dicembre 2018 indirizzata ad A. S.r.l. (alla quale - si sottolinea - la ricorrente ha avuto accesso solo in data 30 settembre 2019) si legge: "Con la presente, si comunica che visto l'andamento dei quantitativi ad oggi ordinati del farmaco in oggetto, prevedendo una stima in diminuzione rispetto ai fabbisogni indicati nel 3 Appalto Specifico (x 06-2018), la durata della fornitura viene prorogata temporalmente fino al 31/12/2019, salvo esaurimento anticipato dei quantitativi complessivi posti a base di gara". Il Collegio pertanto ritiene che, solo quando l'istanza è stata evasa, B. ha effettivamente avuto conoscenza dell'illegittimità dell'atto, poiché ai sensi dell'art. 106, comma 11 del D.Lgs. n. 50 del 2016, la proroga del contratto è ammessa per garantire la continuità della fornitura nelle more dell'espletamento di un appalto specifico (peraltro così come previsto sia dal disciplinare di gara, sia dal capitolato, sia dalla lettera invito): "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". Sul punto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato che "Conformemente alla giurisprudenza della Corte, ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni..." e che "Si deve inoltre rilevare che una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del D.Lgs. n. 104 del 2010, di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso. (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. V, 8 maggio 2014, causa C 161/13, punti 37 e 40). Sul punto il T.A.R. Lazio ha affermato che "...pur essendo indiscutibile il carattere perentorio del termine "ad impugnationem" nell'ambito del processo amministrativo, si impone tuttavia un'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata della disposizione di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a., resa necessaria dal principio costituzionale di tutela dell'esercizio effettivo del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione... il "dies a quo" del termine impugnatorio va posticipato al momento dell'effettiva cognizione dell'effetto lesivo (e quindi al momento dell'accesso a quegli atti di gara da cui esso è reso percepibile) a meno di non volere imporre alla parte ricorrente un problematico ricorso "al buio" (T.A.R. Roma-Lazio, sez. III, 2 agosto 2017, n. 9145). Tutto ciò premesso, si evidenzia che il ricorso è stato inviato alla notifica in data 15 ottobre 2019 ed è stato notificato alla S. in data 18 ottobre 2019 e alla A. in data 17 ottobre 2019 e quindi entro il termine di 30 giorni da quanto la ricorrente ha avuto conoscenza dell'illegittimità della proroga (30 settembre 2019). L'eccezione di irricevibilità sollevata da S.

pertanto non può essere accolta. 3. - Il Collegio deve altresì esaminare l'eccezione di difetto di interesse e legittimazione al ricorso della B.I. S.r.l. La S. sostiene che la ricorrente non abbia subito alcuna concreta lesione per effetto della proroga e della rinegoziazione del prezzo contestati. La S. afferma che la B. S.r.l. era stata invitata a partecipare al terzo appalto specifico ed aveva formulato la propria offerta (superiore a quella di A.) nella piena consapevolezza di tutti gli elementi del contratto (durata, possibilità di proroga, quantitativi prodotto), evidenziando che gli atti di gara, a partire dal capitolato, dal disciplinare e dalla lettera di invito, avevano sempre chiaramente previsto la possibilità di prorogare la fornitura per un periodo di 6 mesi, nonché di rinegoziare il prezzo della fornitura con l'aggiudicatario. Inoltre la S. evidenzia che i quantitativi della fornitura presuntivamente indicati erano rimasti invariati. Anche tale eccezione non merita accoglimento. La ricorrente nel gravame precisa di essere un'impresa (una delle sole quattro) che produce e commercializza adalimumab in Italia, di essere stata ammessa al sistema dinamico di che trattasi e di far valere il proprio interesse pretensivo a partecipare e ad eventualmente aggiudicarsi la fornitura di adalimumab per il secondo semestre del 2019. Sul punto, il Collegio si limita ad evidenziare che un operatore economico che aspiri all'aggiudicazione di un contratto con l'Amministrazione ha legittimazione ed interesse ad impugnare l'avvenuta proroga del contratto in essere, anche tenuto conto che una proroga illegittima è equiparata all'affidamento senza una procedura competitiva, pacificamente impugnabile dagli operatori del settore che lamentino un pregiudizio derivante proprio dalla mancata messa a gara. Sul punto si richiama quanto evidenziato dal T.A.R. Campania "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" (T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 20 giugno 2018, n. 4109). Anche tale eccezione pertanto non può essere accolta. 4. - Il contenuto della nota della S. prot. n. (...) del 21 dicembre 2018 indirizzata ad A. S.r.l., dalla quale emerge chiaramente che, nel caso in esame, la motivazione della proroga non è stata quella di garantire la continuità della fornitura nelle more dell'espletamento di un appalto specifico, ma che il contratto è stato prorogato a causa dell' "andamento dei quantitativi ad oggi ordinati del farmaco in oggetto, prevedendo una stima in diminuzione rispetto ai fabbisogni indicati nel 3 Appalto Specifico (x 06-2018)" consente altresì di valutare la legittimità o meno dell'operato della S. alla luce delle censure dedotte dalla ricorrente. La ricorrente nel gravame, in estrema sintesi, sostiene che la trattativa privata diretta senza pubblicazione del bando al di fuori dei casi previsti dalla legge sia illegittimità perché vanifica l'esigenza di rispettare la par condicio fra tutti i possibili offerenti e che nel caso in esame non sussistevano le condizioni nelle quali la legge (art. 63 del D.Lgs. n. 50 del 2016) consente di concludere un contratto pubblico more privatorum. Inoltre, la ricorrente sostiene che l'affidamento ad A. non sia neppure una proroga lecita del contratto aggiudicato attraverso il terzo appalto specifico in quanto nel caso in esame mancherebbero anche le condizioni di cui all'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Infine, la ricorrente sostiene che la "proroga" è tecnicamente un rinnovo o comunque una variazione del contratto avvenuta al di fuori delle condizioni previste dall'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016 poiché essa sarebbe scaturita da una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, dato che mezz'ora dopo la comunicazione della proroga, con la nota prot. n. (...) di pari data (21 dicembre 2018) la Stazione appaltante aveva richiesto alla società fornitrice di rinegoziare il prezzo di aggiudicazione. Ebbene, come già evidenziato, l'art. 106, comma 11 del D.Lgs. n. 50 del 2016 consente la modifica della durata del contratto alle seguenti condizioni: 1) esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione; 2) se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga; 3) solo per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In conformità a quanto previsto dall'art. 106, nella lettera invito si legge "Su comunicazione scritta di S.P., la Convenzione inoltre, ai sensi dell'art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., potrà essere prorogata fino ad un massimo di ulteriori 6 (sei) mesi agli stessi

patti - o più favorevoli - prezzi e condizioni per garantire la continuità della fornitura, nelle more dell'espletamento di un appalto specifico". Come emerge dalla parte in fatto di questa sentenza, analoga previsione è contenuta nel capitolato e nel disciplinare del Sistema Dinamico di acquisizione. Alla luce di quanto sopra si deve ritenere infondata anche l'ulteriore eccezione sollevata dalla S. secondo la quale il ricorso sarebbe inammissibile poiché la ricorrente non aveva impugnato gli atti di gara che prevedevano espressamente la possibilità di prorogare il contratto. Invero, ciò che contesta la ricorrente non è la proroga in sé, ma il fatto che la proroga non sia stata disposta per l'unica ragione prevista e ammessa sia dall'art. 106 del D.Lgs. n. 50 del 2016, sia dagli stessi atti di gara, e cioè "per garantire la continuità della fornitura, nelle more dell'espletamento di un appalto specifico". Contrariamente a quanto disposto all'art. 106 e nella lettera invito, nel caso in esame, dalla nota sopra citata, emerge chiaramente che la proroga di che trattasi non è stata disposta "per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente", ma è stata disposta a causa dell' "andamento dei quantitativi ad oggi ordinati del farmaco in oggetto, prevedendo una stima in diminuzione rispetto ai fabbisogni indicati nel 3 Appalto Specifico (x 06- 2018)". Inoltre, la proroga ad A. è stata decisa prima della scadenza naturale del contratto (già a dicembre 2018) quando vi era tutto il tempo per pubblicare ed aggiudicare un nuovo appalto specifico. Sulla proroga del contratto di recente è stato osservato quanto segue "In linea generale, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, il ricorso alla proroga tecnica costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326; sul punto anche T.A.R. Toscana-Firenze, sez. I, 4 febbraio 2020, n. 158). Più nello specifico, è stato precisato che "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" (T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 18 aprile 2020, n. 1392). Alla luce di quanto sopra esposto la censura dedotta dalla ricorrente nel gravame risulta essere fondata per i profili sopra evidenziati e pertanto, ai sensi dell'art. 34, comma 3 del codice del processo amministrativo il Collegio accerta l'illegittimità della nota prot. n. (...) del 21 dicembre 2018 di proroga del contratto ad A. S.r.l. per la fornitura di adalimumab 40 mg fino al 31 dicembre 2019. 5. - Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo con riferimento S.C.R. - S. S.p.A. Spese compensate con A. S.r.l.

#### **P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, ai sensi dell'art. 34, comma 3 del codice del processo amministrativo, accerta l'illegittimità della nota prot. n. (...) del 21 dicembre 2018 di proroga del contratto ad A. S.r.l. per la fornitura di adalimumab 40 mg fino al 31 dicembre 2019. Condanna la S.C.R. - S. S.p.A. al pagamento delle spese di lite in favore di B.I. S.r.l. liquidate in Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) più accessori di legge e rifusione del contributo unificato. Spese compensate con A. S.r.l. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2020.

Fonte: <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>