

REPUBBLICA ITALIANA  
LA CORTE DEI CONTI  
SEZIONE DI CONTROLLO PER LA REGIONE SICILIANA

Nell'adunanza pubblica da remoto in data 22 settembre 2020 composta dai seguenti magistrati:

Luciana SAVAGNONE	Presidente
Anna Luisa CARRA	Consigliere
Adriana PARLATO	Consigliere
Tatiana CALVITTO	Referendario - relatore
Antonio TEA	Referendario

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

visto il T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni e integrazioni;

visto l'art. 23 del R.D.L.gs. 15 maggio 1946, n. 455, *Approvazione dello Statuto della Regione siciliana*;

visto l'art. 3, commi 1 e 2, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*;

visto l'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340, *Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999*;

visto l'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 655, *Istituzione di sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana*;

visto il decreto n. 50 del 26 giugno 2020 del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Provveditorato Regionale della Sicilia concernente l'approvazione dell'atto aggiuntivo di ulteriore proroga tecnica per la durata di mesi sei, nel periodo dal 1° luglio 2020 al 31 dicembre 2020, dell'appalto di servizi di ristorazione nelle

mense obbligatorie per il personale della Polizia penitenziaria presso gli istituti penitenziari e i servizi della Regione Sicilia (CIG 773903233D), per l'importo contrattuale di euro 1.120.188,80, pervenuto via p.e.c. e assunto a protocollo n. 4857 del 2 luglio 2020 (fascicolo SILEA n. 43726);

visto il foglio di osservazioni del Magistrato istruttore n. 5356 del 31 luglio 2020;

vista la nota n. 51975 del 27 agosto 2020 con cui l'Amministrazione ha fornito controdeduzioni alle osservazioni e prodotto ulteriori documenti, pervenuta tramite p.e.c. e assunta a prot. n. 5651 del 27 agosto 2020;

vista la relazione n. 5754 del 7 settembre 2020 con cui il Magistrato istruttore, esaminati i chiarimenti e i nuovi documenti dell'Amministrazione, ha proposto al Consigliere delegato il deferimento della questione alla decisione collegiale;

vista la richiesta di convocazione della Sezione di controllo del Consigliere delegato con nota n. 5757 del 7 settembre 2020, nella quale sono state integralmente condivise le prospettazioni contenute della proposta di deferimento;

vista l'ordinanza del Presidente n. 141/2020/CONTR del 9 settembre 2020 di convocazione della Sezione di controllo all'adunanza pubblica del 22 settembre 2020, in modalità in video conferenza tramite l'applicativo Teams, con la quale è stato dato termine sino al 19 settembre 2020 per la trasmissione via p.e.c. di ulteriori eventuali deduzioni;

vista la nota n. 59606 del 16 settembre 2020 della Ragioneria Territoriale dello Stato di Palermo, pervenuta tramite p.e.c. e assunta a prot. n. 5917 del 17 settembre 2020;

vista la nota n. 56612 del 18 settembre 2020 del Provveditorato regionale della Sicilia, pervenuta tramite p.e.c. e assunta a prot. n. 5978 del 18 settembre 2020, con cui l'Amministrazione ha esposto altre argomentazioni in relazione alle questioni sollevate dall'Ufficio di controllo;

udito il relatore, Referendario Tatiana Calvitto;

uditi, per il Provveditorato regionale della Sicilia, il dott. Giuseppe Pannuti, e per la Ragioneria Territoriale dello Stato di Palermo, la dott.ssa Claudia Seccia, previa acquisizione degli atti di delega dei rispettivi rappresentanti legali;

ha emesso la seguente

## DELIBERAZIONE

Ritenuto in

## FATTO

1. In data 2 luglio 2020, perveniva al competente Ufficio, per il prescritto controllo preventivo di legittimità, il decreto n. 50 del 26 giugno 2020 del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Provveditorato Regionale della Sicilia, concernente l'approvazione dell'atto di ulteriore proroga tecnica dell'appalto del servizio di ristorazione nelle mense obbligatorie per il personale della Polizia penitenziaria presso gli istituti penitenziari e i servizi della Regione Sicilia (CIG 773903233D), espletato dall'operatore economico C.O.T. S.r.l..

Con l'atto negoziale oggetto di approvazione (repertorio n. 347 del 19 giugno 2020) - aggiuntivo a un precedente contratto di rinnovo del sopracitato appalto di servizi (atto di repertorio n. 339 del 28 dicembre 2018, approvato con decreto n. 141 del 28 dicembre 2018, registrato da questo Ufficio di controllo il 27 marzo 2019, registro n. 1, foglio n. 24) - era disposta l'ulteriore proroga tecnica del servizio per un nuovo periodo di mesi sei, dal 1° luglio 2020 al 31 dicembre 2020, a norma dell'art. 106, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, con la previsione di un corrispettivo di euro 1.120.188,80 (al netto di I.V.A. pari al 4%).

Tale modifica contrattuale faceva seguito a un primo provvedimento di approvazione dell'atto aggiuntivo di proroga tecnica dal 1° gennaio 2020 al 30 giugno 2020 (decreto n. 133 del 30 dicembre 2019, registrato dall'Ufficio di controllo in data 21 febbraio 2020, registro n. 1, foglio n. 15), che trovava giustificazione nella necessità di garantire la continuità del servizio a seguito dell'avvio - nel mese di febbraio 2020 - della procedura aperta con importo superiore alla soglia comunitaria per la scelta di un nuovo contraente (CIG 822191393D).

La motivazione della proroga tecnica per l'ulteriore periodo di sei mesi muoveva dalla circostanza che quest'ultima procedura di evidenza pubblica - che in base all'iniziale programmazione avrebbe dovuto concludersi entro il 30 giugno 2020 - era ancora in corso di svolgimento a causa delle straordinarie e urgenti misure normative connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Più specificamente, il Provveditorato Regionale della Sicilia, nella qualità di stazione appaltante, dopo aver dapprima determinato il termine finale per la presentazione delle

offerte nella data del 27 marzo 2020, aveva successivamente disposto la sospensione della citata procedura aperta sino al 24 maggio 2020, in applicazione dell'art. 103, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, cui faceva seguito l'art. 37, comma 1, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40.

In conseguenza del succedersi delle citate disposizioni, il legislatore dell'emergenza, infatti, disciplinava la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi per il periodo compreso tra il 23 febbraio e il 15 maggio 2020, ove pendenti o iniziati in tale intervallo di tempo.

L'indubbia applicazione delle norme in questione anche alla materia dei contratti pubblici era esplicitata nella deliberazione n. 312 del 9 aprile 2020 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (d'ora in avanti, ANAC), concernente *"Prime indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni"*.

Nel corso del periodo di sospensione della suddetta procedura di evidenza pubblica, il servizio svolto in regime di proroga dall'operatore economico uscente era regolarmente espletato e remunerato.

2. Nel corso della fase istruttoria, il Magistrato istruttore, con foglio di rilievo del 31 luglio 2020, muoveva talune osservazioni e richiedeva chiarimenti e documentazione integrativa in ordine ai punti a seguire.

2.1. Si sottoponevano all'attenzione dell'Amministrazione alcuni profili di dubbio sulla legittimità del provvedimento, in particolare, argomentando sul ricorrere, nel caso di specie, di una fattispecie di affidamento diretto di un contratto superiore alla soglia di rilievo comunitario, in assenza di una procedura di evidenza pubblica e in difformità ai paradigmi normativi determinati dall'ordinamento dei contratti pubblici.

2.2. Innanzitutto, il Magistrato istruttore osservava la carenza - nel progressivo evolversi del contesto normativo emergenziale - di disposizioni *ad hoc* che intervenissero, in generale, sui profili relativi alla scadenza dei contratti pubblici, così da autorizzare il possibile dilatarsi dei termini finali individuati negli atti negoziali in corso di esecuzione e in ordine ai quali l'Amministrazione avesse già esercitato l'opzione di proroga e che tale effetto non avrebbe potuto ritenersi implicitamente disciplinato dal citato art. 103, comma

1, del d.l. n. 18/2020, che, nella qualità di norma del tutto eccezionale, disponeva la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi e dei correlati atti e provvedimenti terminali costituenti tipica espressione dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione, tra cui avrebbe potuto ritenersi compresa la sola fase dell'evidenza pubblica finalizzata alla scelta del contraente.

2.3. Richiamati, pertanto, gli stringenti presupposti disciplinanti l'istituto della proroga tecnica fissati dall'art. 106, comma 11, del *Codice dei contratti pubblici*, e delineati gli aspetti fondamentali della normativa sovranazionale sui limiti relativi alle modifiche oggettive dei contratti di appalto posti dalla Direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il Magistrato istruttore evidenziava che, nel caso di specie, l'Amministrazione avesse operato eccedendo le originarie previsioni del bando e degli altri documenti di gara. Sulla base dei questi ultimi, infatti, essa si era autovincolata ad avvalersi dell'opzione di proroga per un periodo non superiore a sei mesi, conseguentemente stimando il valore complessivo dell'appalto in considerazione del corrispettivo per i servizi resi in regime di proroga per un arco temporale di pari durata.

2.4. Il Magistrato istruttore, inoltre, rilevava che, a monte della scelta di stipulare il contratto di proroga in esame, non era stata svolta una preliminare attività istruttoria, compendiata nell'atto di avvio della procedura (determina a contrarre del 12 giugno 2020) e nella successiva motivazione del provvedimento terminale, atta ad esplorare la possibilità di attivare o meno procedure-ponte alternative, in presenza dei necessari presupposti di fatto e di diritto, eventualmente idonee a contemperare una pluralità di interessi pubblici, quali il soddisfacimento della continuità del servizio, la necessità di ricorrere al mercato e l'urgenza di provvedere per fronteggiare eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione.

Tra le scelte alternative non si dava menzione dell'eventuale possibilità o meno di garantire il servizio di mensa in modalità sostitutiva attraverso buoni pasto per il tempo necessario al completamento della gara *in itinere*.

2.5. Il Magistrato istruttore considerava non supportata da idonea motivazione la determinazione dell'Amministrazione circa la durata dell'atto negoziale di proroga, censurandone anche i profili di irragionevolezza.

In primo luogo, il nuovo termine di mesi sei era superiore all'intervallo di sospensione dei procedimenti amministrativi disciplinato dall'art. 103 del d.l. n. 18/2020 e

successivamente prorogato dal d.l. n. 23/2020, vigente per il periodo 23 febbraio-15 maggio 2020, dal quale aveva trovato causa la momentanea interruzione della procedura aperta in corso.

In secondo luogo, quest'ultima disposizione richiedeva che le pubbliche amministrazioni adottassero ogni misura organizzativa idonea ad assicurare, comunque, la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti in corso nel periodo emergenziale.

In terzo luogo, considerando che la proroga tecnica *“è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente”* (art. 106, comma 11, *Codice dei contratti pubblici*), era rilevato che il provvedimento in esame non contenesse una previsione dei tempi occorrenti per il completamento della procedura di evidenza pubblica in corso, né esplicitasse adeguatamente le ragioni che avevano reso necessario fissare la decorrenza del futuro contratto di appalto del servizio dal 1° gennaio 2021 anziché da un momento temporale viciniore.

2.6. Quanto ai profili di legittimità-regolarità contabile, il Magistrato istruttore poneva all'attenzione che, alla data di adozione del provvedimento, l'Amministrazione era in attesa che le risorse finanziarie fossero poste a disposizione e che, pertanto, l'obbligazione giuridica passiva discendente dall'atto negoziale pervenuto a controllo si palesava priva di copertura finanziaria.

3. Con nota di risposta del 27 agosto 2020, l'Amministrazione penitenziaria articolava le seguenti repliche.

3.1. In primo luogo, si confutava l'argomentazione per la quale, nel caso di specie, sussisterebbe un affidamento diretto di un contratto superiore alla soglia comunitaria, con conseguente violazione del diritto sovranazionale, asserendo che i *“principi di primaria rilevanza nell'ambito dell'ordinamento europeo, quale è quello della concorrenza, in gravissime ed eccezionali circostanze come quelle che l'Amministrazione si è trovata a dover fronteggiare [...] non possano che ritirarsi di fronte a situazioni di una tale gravità, riespandendosi i principi supremi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano”*.

Nel richiamare, in particolare, i notori fatti di cronaca riguardanti la situazione all'interno degli istituti penitenziari durante il periodo iniziale dell'emergenza sanitaria (disordini, sommosse, devastazioni, sospensione delle ordinarie regole del regime penitenziario, etc.), l'Amministrazione sosteneva il permanere della necessità che il servizio

di somministrazione e consumazione dei pasti fosse continuativamente reso in favore del personale appartenente al corpo di Polizia penitenziaria presso le sedi in cui svolge le proprie funzioni, in quanto incessantemente impegnato a fronteggiare il delicato compito della sicurezza dei detenuti e dei luoghi di custodia, considerando le finalità sottese all'istituzione delle mense obbligatorie di servizio con la legge 18 maggio 1989, n. 203, "Nuove disposizioni per i servizi di mensa delle forze di polizia di cui all'articolo 16 della legge 1 aprile 1981, n. 121".

3.2. Circa il quadro normativo da prendere a riferimento ai fini della legittimità della scelta dell'esercizio dell'opzione di proroga per un ulteriore periodo, l'Amministrazione richiama le disposizioni a seguire:

a) l'art. 103, comma 1, del d.l. n. 18/2020, cui ha fatto seguito l'art. 37, comma 1, del d.l. n. 23/2020: l'Amministrazione ha, infatti, fruito delle potenzialità offerte dalla norma sospendendo la procedura aperta in corso, specialmente valutando la non agevole possibilità dell'effettuazione di un sopralluogo presso le sedi degli istituti penitenziari (fortemente consigliato ai fini della presentazione di un'offerta congrua e consapevole) a causa delle restrizioni imposte alla circolazione, oltre che sul territorio nazionale e regionale, anche tra Stati membri, con conseguente pregiudizio delle condizioni di *par condicio*;

b) l'art. 106, comma 1, lett. c, del *Codice dei contratti pubblici*, per il quale sono ammesse modifiche contrattuali per far fronte a circostanze impreviste e imprevedibili, compresa la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti, senza la necessità di una nuova procedura di affidamento e a condizione che non sia alterata la natura generale del contratto. Tali circostanze - nell'opinione dell'Amministrazione - ricorrono nel caso di specie, apprezzando sia la situazione di emergenza sia la circostanza che il termine finale di un contratto è un mero elemento accidentale del medesimo, cosicché non potrebbe ricorrere un'ipotesi di modifica sostanziale;

c) l'art. 106, comma 11, del *Codice dei contratti pubblici*. L'Amministrazione, nell'ammettere che sia progressivamente maturato un indirizzo giurisprudenziale restrittivo in merito all'istituto della proroga tecnica, tuttavia, poneva all'attenzione dell'Ufficio di controllo l'esistenza di giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto che il legislatore non abbia posto un limite temporale massimo al ricorso alla proroga tecnica e che ha individuato lo scopo della norma nella fondamentale necessità di garantire la

continuità di servizi pubblici essenziali.

3.3. In merito alle eventuali soluzioni alternative, l'Amministrazione sosteneva che, laddove fosse stata assunta la decisione di concludere un contratto-ponte, quest'ultima scelta non avrebbe avuto una convenienza economica, poiché il prezzo cui è attualmente erogato il servizio - pari a euro 4,64 per pasto - si presenta sicuramente più basso rispetto ai prezzi praticati dall'odierno mercato. Quanto alla possibilità di garantire il servizio in modalità sostitutiva con l'erogazione del buono pasto, si sarebbe parimenti posto un problema di convenienza economica, osservando che il prezzo di acquisto del singolo titolo è di euro 5,46. L'Amministrazione, in particolare, stimava che il costo finale sarebbe stato superiore di almeno euro 187.000 per l'intero semestre considerato.

Tale scelta alternativa, inoltre, si sarebbe palesata in violazione del principio costituzionale del buon andamento (art. 97 Cost.), sia poiché maggiormente onerosa sia in quanto l'allontanamento del personale dalla sede di servizio per la consumazione del pasto avrebbe depotenziato il regolare svolgimento delle fondamentali funzioni di continua vigilanza per assicurare l'ordine e la sicurezza secondo le direttive/circolari vigenti, specialmente in un periodo connotato da episodi di disordini e sommosse.

3.4. In merito alla durata di sei mesi del contratto in esame, l'Amministrazione argomentava che, cessata la sospensione prevista dal citato art. 103, il nuovo periodo di durata del rapporto negoziale non si protrarrebbe oltre un frangente da ritenersi ragionevole, ove si valuti che, secondo la programmazione iniziale, la procedura aperta *in itinere* avrebbe dovuto svolgersi in circa 5 mesi e che, nel frattempo, si presentava l'evenienza dell'instaurazione di un contenzioso, con impugnazione del bando e degli altri documenti della procedura aperta in corso, come da ricorso notificato in data 16 maggio 2020.

Il Provveditorato concludeva, sul punto, che le valutazioni sul tempo occorrente per completare la gara attenessero a profili di merito dell'azione amministrativa, ossia a scelte di opportunità e convenienza.

3.5. Quanto, infine, ai profili di legittimità/regolarità contabile sollevati in sede istruttoria, l'Amministrazione spiegava che, nel frattempo, a seguito dell'effettiva disponibilità delle risorse finanziarie sul pertinente capitolo di spesa, era stato adottato il provvedimento di impegno - decreto n. 529 del 29 luglio 2020 - regolarmente vistato e registrato dalla competente Ragioneria Territoriale dello Stato.

4. A fronte delle repliche dell'Amministrazione, il Magistrato istruttore ha ritenuto che permanessero ragionevoli profili di dubbi sulla legittimità del provvedimento in esame e, conseguentemente, con relazione del 7 settembre 2020, ha proposto al Consigliere delegato di rimettere alla pronuncia collegiale della Sezione di controllo l'ammissione o la ricusazione del visto di legittimità, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

4.1. Il Magistrato istruttore ha argomentato in ordine alle circostanze per cui l'eccezionale situazione di emergenza sanitaria non consentirebbe all'operatore del diritto di aprirsi a interpretazioni del contesto normativo tali da far "ritrarre" il diritto comunitario della concorrenza.

4.2. Ha esposto, con riferimenti all'ordinamento sovranazionale, le ragioni per le quali la nuova proroga tecnica non potrebbe ricondursi ad alcuno dei paradigmi normativi individuati dall'Amministrazione, articolando l'analisi degli elementi costitutivi delle diverse fattispecie individuate dagli artt. 103, comma 1, del d.l. n. 18/2020 e 106, comma 1, lett. c, e comma 11, del *Codice dei contratti pubblici*, e prospettando, conclusivamente, il sussistere di un illegittimo affidamento diretto dell'appalto di servizi per un importo superiore alla soglia comunitaria in assenza di una procedura di evidenza pubblica.

Quanto all'art. 103, comma 1, del d.l. n. 18/2020 e all'art. 106, comma 11, del *Codice dei contratti pubblici*, la relazione di deferimento ha richiamato ampia parte delle argomentazioni già esposte nel foglio di osservazioni. Circa l'art. 106, comma 1, lett. c, del *Codice dei contratti pubblici*, il Magistrato istruttore si è soffermato sulla questione del superamento delle soglie di valore disciplinate per tale forma di modifica del contratto.

4.3. Ha insistito sulla circostanza che non fosse stata adeguatamente motivata, anche alla luce di un'idonea preliminare istruttoria, la scelta di stipulare il contratto dell'ulteriore proroga tecnica quale l'unica tra le soluzioni percorribili da parte dell'Amministrazione al momento della cessazione del periodo di sospensione della gara aperta in corso, in quanto vi sarebbero stati ragionevoli margini di tempo per verificare la possibilità di un contratto-ponte avvalendosi di una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art. 63, comma 2, lett. c, del *Codice dei contratti pubblici*), in modo da sondare la contendibilità del servizio sul mercato attraverso l'interpello di almeno cinque operatori economici (art. 63, comma 6), specialmente valutando le puntuali indicazioni divulgate dalla Commissione europea e dall'ANAC sullo svolgimento delle procedure di appalto durante il periodo

emergenziale.

4.4. Nella sua relazione, infine, il Magistrato istruttore ha ribadito i profili di difetto di motivazione in ordine alla scelta sulla durata del rapporto contrattuale con l'operatore economico uscente per ulteriori sei mesi, contestandone, anche, l'illogicità in ragione della mera sospensione di soli tre mesi della procedura aperta *in itinere*.

5. La proposta di deferimento del Magistrato istruttore è stata condivisa integralmente dal Consigliere delegato dell'Ufficio, con nota del 7 settembre 2020, demandando gli atti al Presidente della Sezione.

6. Con nota del 18 settembre 2020, l'Amministrazione ha posto all'attenzione del Collegio una memoria scritta articolata in cinque punti, della quale il rappresentante dell'Amministrazione ha dato anche integrale lettura nel corso dell'odierna adunanza pubblica.

6.1. Il Provveditorato ha espresso l'opinione che nella fattispecie in esame non ricorra alcuna ipotesi di illegittima modifica sostanziale del contratto, non essendo mutata né la natura del contratto né il suo generale equilibrio economico. L'Amministrazione, infatti, si sarebbe limitata a spostare in avanti il termine finale della scadenza del contratto in corso di efficacia per completare la procedura di evidenza pubblica in fase di svolgimento, come previsto dal comma 11 del medesimo art. 106, in ciò dimostrandosi la distanza rispetto al diverso istituto della rinnovazione del contratto, che, invece, avrebbe natura di rinegoziazione dell'intero contratto.

6.2. L'Amministrazione ha ribadito che il citato art. 103 del d.l. n. 18/2020 ha trovato applicazione alla materia dei contratti pubblici, sebbene ciò non fosse stato esplicitato dal legislatore, e che, in merito a tale aspetto, già nel mese di aprile l'ANAC aveva sollecitato Governo e Parlamento a fare chiarezza sulla portata della norma attesa l'ampiezza della sua formulazione. Conseguentemente, l'Amministrazione avrebbe del tutto legittimamente deciso di avvalersi della norma per sospendere la procedura di evidenza pubblica aperta in corso.

L'Amministrazione ha evidenziato che, diversamente da quanto prospettato dal Magistrato istruttore, dalla cessazione del periodo normativo di sospensione (15 maggio 2020) alla data di scadenza della prima proroga (30 giugno 2020), non vi sarebbe stato un tempo congruo per fare ricorso ad una procedura negoziata senza bando, in quanto i servizi di ristorazione possono essere affidati con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa e con l'applicazione della clausola sociale.

Ritenendo che una simile procedura avrebbe potuto protrarsi legittimamente sino ad un periodo di quattro mesi (circostanza che indirettamente troverebbe conforto nel successivo decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, c.d. *decreto semplificazioni*, sebbene non applicabile alla fattispecie in esame), l'Amministrazione ha fatto notare che tale soluzione sarebbe stata gravosa per un contratto-ponte di soli tre-quattro mesi.

L'economicità dell'azione del Provveditorato, pertanto, non sarebbe stata rivolta unicamente alla scelta meno onerosa in termini finanziari, ma anche a quella sostenibile in termini procedurali, cioè a quella scelta tendente ad assicurare, in definitiva, il buon andamento dell'Amministrazione.

Il Provveditorato, inoltre, ha rilevato che la procedura negoziata sarebbe andata deserta con elevata probabilità, tenuto conto sia della breve durata del contratto, sia della circostanza che i costi di avviamento dell'attività di ristorazione sono generalmente elevati, sia, infine, dell'obbligatorietà delle clausole sociali per i servizi in questione.

L'Amministrazione si è soffermata sul fatto che il periodo di *lockdown* ha prodotto drammatiche conseguenze sull'attività di impresa degli operatori del mercato e che, pertanto, questi non avrebbero potuto concorrere all'eventuale procedura negoziata in condizioni di parità.

6.3. L'Amministrazione ha posto in evidenza che, sebbene l'originaria documentazione di gara disciplinasse la possibilità di ricorrere ad una proroga per un periodo non superiore a sei mesi, nessun biasimo avrebbe potuto muoversi all'Amministrazione che, in mancanza della sopravvenuta emergenza, avrebbe, invece, concluso la procedura entro il 30 giugno 2020, come da iniziali previsioni.

Con l'esercizio della proroga tecnica, l'Amministrazione si è ispirata solo al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) per garantire la prosecuzione di servizio indispensabile in una situazione di grave emergenza, secondo la *ratio* ispiratrice dell'istituto della proroga tecnica.

6.4. Riguardo alla scelta di non erogare il servizio attraverso la modalità sostitutiva del buono pasto, l'Amministrazione ha affermato che questa non rispondeva solo a ragioni di convenienza economica ma all'esigenza - ben più seria - del mantenimento dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari.

6.5. Infine, l'Amministrazione ha ribadito che il decreto di impegno n. 529 del 29

luglio 2020 ha superato positivamente il controllo preventivo di regolarità amministrativo - contabile da parte della competente Ragioneria Territoriale.

7. Nel corso della discussione orale, il rappresentante dell'Amministrazione ha precisato che l'originario contratto d'appalto di servizi, stipulato tra le parti nel 2017, aveva avuto una durata complessiva inferiore di quattro mesi rispetto a quella inizialmente prevista negli originari documenti di gara.

8. In vista dell'odierna adunanza pubblica, anche la Ragioneria Territoriale dello Stato di Palermo ha depositato presso la Sezione di controllo una memoria con cui ha illustrato le attività poste in essere nel corso del procedimento di controllo sul decreto di impegno n. 529 del 29 luglio 2020, i documenti acquisiti e le ragioni dell'apposizione - in data 7 settembre 2020 - del visto con osservazioni.

Nel corso dell'adunanza, su richiesta di ulteriori precisazioni da parte del Collegio, il rappresentante della Ragioneria Territoriale ha esplicitato che il visto di regolarità amministrativa e contabile è stato apposto sul solo decreto di impegno e che, comunque, il decreto in discussione è stato acquisito nel corso del procedimento di controllo unitamente all'integrale documentazione presupposta.

Considerato in

## DIRITTO

1. Il Collegio è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del decreto n. 50 del 26 giugno 2020 del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Provveditorato Regionale della Sicilia, in ordine ai profili esposti nel deferimento del competente Ufficio di controllo e compendiate nei precedenti punti precedenti punti da 4.1. a 4.4.

Le diverse argomentazioni dell'Ufficio di controllo sottopongono all'attenzione del Collegio la questione se la fattispecie all'esame abbia dato luogo ad un'illegittima modifica sostanziale del contratto di appalto, con conseguente affidamento diretto di un appalto di servizi per un importo superiore alla soglia comunitaria in assenza di una procedura di evidenza pubblica, con difetto di motivazione sulla mancata adozione di scelte alternative, eventualmente idonee a soddisfare le proprie esigenze attingendo al mercato, e sulla nuova

durata del nuovo vincolo negoziale, puntando lo sguardo anche al particolare contesto normativo connesso all'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Il Collegio, che non ignora le difficoltà che l'Amministrazione penitenziaria ha dovuto fronteggiare nel corso della fase più acuta dell'emergenza, considera, tuttavia, fondati i diversi dubbi di legittimità articolati nella richiesta di deferimento per le ragioni che saranno di seguito esposte.

2. Innanzitutto, il Collegio ritiene di doversi soffermare su alcune considerazioni di carattere generale al fine di sgomberare il campo da un equivoco in cui cade l'Amministrazione nel sostenere che i *“principi di primaria rilevanza nell'ambito dell'ordinamento europeo, quale è quello della concorrenza, in gravissime ed eccezionali circostanze come quelle che l'Amministrazione si è trovata a dover fronteggiare [...] non possano che ritirarsi di fronte a situazioni di una tale gravità, riespandendosi i principi supremi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano”*.

L'asserzione dell'Amministrazione sembra muovere, infatti, da un presupposto fallace, ossia che le libertà economiche fondamentali, previste dai Trattati istitutivi dell'Unione europea e tutelate dal diritto sovranazionale attraverso la complessa e multiforme disciplina della concorrenza e del mercato, della quale la normativa sugli appalti pubblici è parte integrante, si pongano su un piano autonomo ed esterno - e, come tale, estraneo - all'ordinamento costituzionale italiano.

L'argomentazione pare trascurare che il lento e incessante processo di integrazione istituzionale e normativo innescatosi a far data dell'entrata in vigore dei Trattati, con cui sono sorte, dapprima, le Comunità europee, e, successivamente, l'odierna Unione europea, ha trovato una base normativa all'interno dell'art. 11 della Costituzione medesima (sul quale, *ex pluribus*, si ricorda la storica sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984) e che, all'esito di tale percorso, il sostrato dei diritti costituzionali attinenti alla sfera economica, tra cui si colloca la fondamentale libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), si è progressivamente arricchito di contenuti e modelli di promozione e tutela plasmati prioritariamente dal diritto sovranazionale nell'ottica di una moderna economia di mercato, tanto da avere portato al conio dell'espressione di *“nuova Costituzione economica”*.

Il fenomeno è stato valorizzato già dalla risalente giurisprudenza costituzionale, con l'affermazione per cui la libertà di concorrenza integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti agli operatori che esercitano l'attività di impresa,

realizzando anche una funzione di utilità sociale che ridonda a giovamento della collettività medesima per la possibilità di godere di prodotti migliori a costi più contenuti (Corte costituzionale, sentenza n. 223 del 1982, § 2 del *considerando in diritto*).

Senza addentrarsi nel merito delle complesse questioni dogmatiche che investono i rapporti - e gli eventuali conflitti - tra le fonti eurounitarie e quelle del diritto nazionale, deve considerarsi che, avvenuto il recepimento delle norme poste dall'ordinamento comunitario da parte dello Stato nazionale, nell'esercizio della propria potestà legislativa a norma dell'art. 117, comma 1, Cost. ("*[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*"), l'applicazione delle stesse, ormai parte integrante dell'ordinamento interno, non potrebbe mai prescindere da un'esegesi "*comunitariamente orientata*", in quanto, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale, «*fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato*» (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 1984, § 3 del *considerato in diritto*).

Con la conseguenza che ogni attività di interpretazione condotta secondo il diritto comunitario si palesa conforme anche all'ordinamento costituzionale nazionale, con l'eccezione dell'emergere di questioni di incertezza sulla perdurante compatibilità del diritto dei Trattati rispetto ai "*controlimiti*" posti dai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona umana, sulle quali potrebbe essere attivato il sindacato costituzionale (Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 1973, § 9 del *considerato in diritto*, e sentenza n. 170 del 1984, § 7 del *considerato in diritto*). Trattasi, invero, di una possibilità piuttosto remota ove si consideri che - parafrasando analoghe espressioni delle citate pronunce della Corte costituzionale - il diritto pattizio su cui si fonda l'Unione europea reca la sottoscrizione di Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini.

2.1. Appare, pertanto, priva di fondamento l'opinione sostenuta dall'Amministrazione per la quale l'eccezionale situazione di emergenza sanitaria, e, specialmente, quella maturata all'interno degli istituti penitenziari, avrebbe consentito all'operatore del diritto di aprirsi a interpretazioni del contesto normativo tali da far

“ritrarre” il diritto comunitario della concorrenza e degli appalti (per utilizzare la medesima terminologia del Provveditorato).

Il Collegio pone in evidenza che, nella fase acuta dell'emergenza, la medesima Commissione dell'Unione europea, con la divulgazione, in data 1 aprile 2020, della comunicazione recante *“Orientamenti della commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della covid-19”*, poneva all'attenzione delle stazioni appaltanti la circostanza che i principi di libera concorrenza e il diritto di iniziativa economica non avrebbero potuto essere obliterati neppure a causa dell'eccezionalità della situazione in atto.

Con l'iniziativa in questione, infatti, la Commissione avvertiva l'esigenza di effettuare una ricognizione dei principali istituti, disciplinati dalle vigenti direttive comunitarie per i casi di urgenza e di estrema urgenza e connotati dai tratti della flessibilità, allo scopo di proporre *“soluzioni rapide e intelligenti”* atte a soddisfare le primarie esigenze di acquisizione di beni e servizi per affrontare la straordinaria crisi sanitaria, senza, tuttavia, compromettere il funzionamento dell'economia di mercato (es. considerevole riduzione dei tempi delle procedure aperte o ristrette; procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, etc.).

A tale documento della Commissione europea, faceva eco anche l'ANAC con alcuni atti, tra cui la delibera n. 312 del 9 aprile 2020, concernente *“Prime indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull'esecuzione delle relative prestazioni”*, e il documento del 22 aprile 2020 denominato *“Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento”*.

2.2. Alla luce delle superiori considerazioni, il Collegio esprime il convincimento di non potere accogliere neppure l'argomentazione dell'Amministrazione per la quale la prospettiva della convenienza economica soddisferebbe in ogni caso il principio costituzionale di buon andamento, così da rendere legittima anche quella azione amministrativa che si discosti dal paradigma richiesto dal diritto comunitario, e, in definitiva, dal principio costituzionale di legalità.

Si evidenzia, infatti, che il processo di adattamento del diritto nazionale al diritto comunitario ha determinato il progressivo abbandono del modello risalente al *corpus* normativo contabile del biennio 1923-1924, per il quale le cogenti norme nel settore dell'evidenza pubblica rispondevano alla prioritaria necessità di garantire l'offerta meno onerosa per il bilancio pubblico, nell'ottica del mero e unico interesse della pubblica amministrazione.

Nel contesto normativo attuale, il punto di vista si presenta indubbiamente diverso in quanto lo sguardo è principalmente rivolto alle esigenze del regolare funzionamento del mercato e della libertà di impresa. E ciò nella considerazione che la committenza pubblica, nell'alimentare il volume delle transazioni commerciali iniettando ingenti risorse finanziarie nel circuito economico, è in grado di influenzare il posizionamento degli operatori economici all'interno del mercato, così da poterne cagionare il rafforzamento o, all'opposto, l'espulsione.

3. Il Collegio ritiene che l'esercizio dell'ulteriore opzione di proroga tecnica non sia riconducibile ad alcuno dei paradigmi normativi individuati dall'Amministrazione.

3.1. In primo luogo, nel progressivo evolversi del contesto normativo emergenziale, non si rinvencono disposizioni *ad hoc* che intervengano, in generale, sulla materia della scadenza dei contratti pubblici, così da autorizzare il possibile dilatarsi dei termini finali individuati negli atti negoziali in corso di esecuzione e in ordine ai quali l'Amministrazione abbia già esercitato l'opzione di proroga.

Né tale effetto potrebbe ritenersi implicitamente disciplinato dall'art. 103, comma 1, del d.l. n. 18/2020 che, nella qualità di norma del tutto eccezionale, non apre spazi interpretativi che ne permettano l'applicazione a casi ulteriori rispetto a quelli testualmente circostanziati dal testo (art. 14 disp. prel. c.c.). In base all'esegesi ricavabile dal tenore letterale della disposizione, infatti, la norma è unicamente riferibile ai termini dei procedimenti amministrativi e dei correlati atti e provvedimenti terminali, pendenti nell'intervallo temporale tra il 23 febbraio e il 15 maggio 2020 o avviati in tale periodo, che costituiscono tipica espressione dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione e tra cui può ricomprendersi la fase dell'evidenza pubblica finalizzata alla scelta di un contraente.

Nell'odierna adunanza pubblica, l'Amministrazione ha insistito sulla circostanza che essa avrebbe del tutto legittimamente deciso di avvalersi della norma in questione per sospendere la procedura di evidenza pubblica aperta in corso per l'affidamento del servizio.

Il Collegio osserva che questo aspetto non è mai stato posto in discussione dall'Ufficio di controllo in quanto tale scelta rientrava nel perimetro di applicazione della norma, anche alla luce dei chiarimenti esplicitati dall'ANAC nella citata deliberazione n. 312 del 9 aprile 2020.

Occorre, invece, rimarcare che l'applicazione della fattispecie astratta alla materia dei contratti pubblici avrebbe potuto produrre effetti solo sull'esercizio del potere amministrativo finalizzato alla scelta del contraente nella fase dell'evidenza pubblica, senza autorizzare, neppure indirettamente, l'ulteriore proroga del contratto in corso di esecuzione.

3.2. In secondo luogo, nell'opinione di questo Collegio la proroga in esame eccede i limiti posti dall'art. 106, comma 11, del *Codice dei contratti pubblici*, a norma del quale “[l]a 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”.

3.2.1. In linea generale, l'istituto della c.d. proroga tecnica, non espressamente e direttamente disciplinato dall'ordinamento sovranazionale degli appalti pubblici, trova collocazione all'interno delle fattispecie di “*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*” elencate dalla norma in esame, che ha recepito le previsioni dell'art. 72 della Direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

Si è, dunque, in presenza di una modifica dell'oggetto del contratto che concerne la maggiore durata dell'appalto e il cui fondamento normativo poggia sull'esigenza di garantire la continuità di un servizio nell'interesse dell'amministrazione, nelle more dello svolgimento della procedura di evidenza pubblica per il nuovo affidamento.

La facoltà di modificare la durata del contratto costituisce un'opzione del contratto che conferisce all'Amministrazione il diritto potestativo di richiederne la prosecuzione al

contraente privato, con l'obbligo di quest'ultimo di eseguire le prestazioni previste agli stessi prezzi, patti e condizioni.

Il punto nodale della vicenda modificativa in questione è che essa involge direttamente la "prestazione contrattuale" e non solo il mero "termine dell'adempimento". Per comprendere meglio tale differenza, occorre, infatti, distinguere le seguenti due differenti ipotesi.

Al ricorrere di un appalto di servizi avente a oggetto una prestazione determinata la proroga del contratto provoca solo un differimento del *quando* dell'esecuzione della prestazione dedotta in contratto. Differentemente, qualora l'appalto consista nell'esecuzione continuata o periodica di un servizio, la proroga implica una diretta modifica della prestazione contrattuale, in quanto essa viene erogata per un tempo maggiore e con la percezione di un ulteriore compenso.

Le modifiche della prestazione contrattuale rivestono il carattere dell'essenzialità per il diritto sovranazionale al ricorrere di talune condizioni, tra le quali rientrano quelle atte a rinegoziare gli elementi essenziali o alcune condizioni del contratto in questione, come originariamente previste nei documenti di gara, con possibile mutamento, dunque, del risultato della procedura iniziale.

Il contesto interpretativo cui fare riferimento è perimetrato dal legislatore unionale nel *considerando* n. 107 della citata Direttiva: "*È necessario precisare, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto. La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti [...]. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale*".

Nel successivo *considerando* n. 111, è, poi, precisato che "[r]ispetto ai singoli contratti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche mediante clausole di revisione o di opzione, senza che tali clausole conferiscano loro discrezionalità illimitata. La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire in che misura le modifiche possano essere previste nel contratto iniziale".

In applicazione di tale principio, con ampia e generale formulazione, l'art. 72, paragrafo 1, lett. a, della Direttiva n. 24/2014 stabilisce, pertanto, che “[i] contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva [...] se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro”.

L'enunciato normativo è stato sostanzialmente recepito nell'art. 106, comma 1, lett. a, del *Codice dei contratti pubblici*.

Occorre, poi, considerare che il valore monetario delle opzioni contrattuali – tra cui è indubbiamente ricompresa la proroga tecnica - concorre alla determinazione complessiva del valore stimato dell'appalto (art. 5, comma 1, della Direttiva n. 24/2014 e art. 35, comma 4, del *Codice dei contratti pubblici*), con la duplice finalità, da un lato, di evitare l'elusione della disciplina da applicare nell'ipotesi di superamento delle soglie comunitarie, dall'altro, di determinare il chiaro parametro di riferimento atto a orientare gli operatori economici nella valutazione della convenienza dell'affare e della conseguente elaborazione della propria offerta.

Nel delineato contesto normativo, conclusivamente, devono essere tenuti fermi i seguenti principi: la proroga di un contratto di appalto costituisce un'opzione sulla base della quale, durante il periodo di validità del rapporto contrattuale, possono essere legittimamente apportate modifiche in fase di esecuzione qualora i documenti iniziali della gara ne rechino previsione in “*clausole chiare, precise e inequivocabili*” delimitanti “*la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate*” così da arginare il rischio di possibili abusi originati da una “*discrezionalità illimitata*” della stazione appaltante.

3.2.2. Enuclate le condizioni cui deve ritenersi subordinato, in generale, l'esercizio dell'opzione di proroga, il Collegio conclude che esse non ricorrano nel caso di specie.

L'atto in esame, infatti, presenta profili di difformità rispetto al paradigma normativo di riferimento, interpretato secondo le coordinate dell'ordinamento sovranazionale,

risolvendosi in una fattispecie di affidamento diretto di un contratto superiore alla soglia comunitaria in assenza di una procedura di evidenza pubblica.

Convergono verso tale conclusione unitariamente le seguenti circostanze: 1) le condizioni richiamate nelle chiare, precise e inequivocabili clausole dell'originaria documentazione di gara e nei successivi atti negoziali indicavano la possibilità dell'Amministrazione di esercitare l'opzione della proroga tecnica, tuttavia escludendo che la scadenza del termine finale potesse superare i mesi sei (paragrafi n. 2.2. e 10.3. del capitolato tecnico; art. 8.2 del contratto principale e art. 8.1 del successivo rinnovo); 2) il valore stimato per l'appalto considerava l'importo del corrispettivo per i servizi resi in regime di proroga per un arco temporale massimo dei mesi sei; 3) l'opzione era esercitata già una volta dall'Amministrazione, sino a raggiungere la scadenza naturale prevista e il limite massimo del valore stimato dell'appalto originario, così da esaurire ogni successiva discrezionalità dell'amministrazione.

3.2.3. Occorre soffermarsi, ancora, sull'affermazione del Provveditorato Regionale per la quale l'art. 106, comma 11, del *Codice dei contratti*, non disciplinando esplicitamente un termine finale per la proroga tecnica, consentirebbe all'Amministrazione di prolungare, in via successiva, i tempi dell'appalto in scadenza sino alla conclusione effettiva della gara in corso di svolgimento, in funzione della continuità del servizio. L'argomentazione prospettata dall'Amministrazione sarebbe stata enunciata nella sentenza del TAR Piemonte del 28 febbraio 2018, n. 276.

In disparte la considerazione che questa pronuncia è stata gravata da appello e successivamente annullata dal Consiglio di Stato, Sezione V, con sentenza n. 5923 del 2018, ad ogni modo, tale esegesi diverge - come, peraltro, ammesso dalla stessa Amministrazione - dal preminente indirizzo pretorio e, comunque, non considera quanto segue.

Come già esposto, il testo della norma prevede che la durata del contratto possa essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione ove sia prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga e che essa debba essere limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente.

La *ratio* della disposizione in esame deve essere apprezzata in ragione della circostanza che il legislatore abbia voluto lasciare alla valutazione dell'Amministrazione, di volta in volta, la concreta disciplina dell'opzione di proroga, consentendo a quest'ultima,

nella fase della predisposizione della documentazione di gara per il futuro contratto, di adattarne la durata alla presumibile complessità del procedimento di evidenza pubblica, a seconda della diversa natura del settore di appalto e in base a ragionevoli considerazioni tratte dall'esperienza.

Il punto nodale della disciplina, dunque, è che, una volta cristallizzata la disciplina nell'originaria documentazione di gara, l'opzione non possa che essere esercitata conformemente a quanto già previsto e solo per il periodo indicato.

Nella definizione del termine finale di un contratto pubblico deve ravvisarsi la sintesi dell'equilibrio tra le esigenze dell'Amministrazione e quelle della contendibilità del servizio all'interno del mercato. Cosicché, solo ove la clausola dell'opzione di proroga sia impiegata conformemente all'iniziale documentazione di gara, l'esigenza di garantire la continuità del servizio potrebbe ritenersi legittimamente esercitata entro il limite della proporzionalità e della ragionevolezza, diversamente configurandosi un abusivo vantaggio economico in favore dell'operatore uscente.

Qualora, invece, si optasse per l'interpretazione prospettata dall'Amministrazione, si finirebbe per concedere alla norma in esame spazi di applicazione non dissimili da quelli che avevano determinato da parte della Commissione europea l'avvio del procedimento di infrazione comunitaria n. 2110 del 2003 nei confronti della Repubblica Italiana, in merito alla disposizione che attribuiva alla stazione appaltante la facoltà di rinnovare i contratti di appalto pubblici scaduti sulla base della sola sussistenza di ragioni di convenienza economica e di pubblico interesse (art. 6, comma 2, terzo periodo, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, come modificato dall'art. 44, comma 1, della legge 23 dicembre 1994, n. 724: *"Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione"*).

Come è noto, la suddetta procedura d'infrazione trovava conclusione in conseguenza del rinnovato quadro normativo nazionale, in virtù di una norma che poneva un regime transitorio finalizzato a ricondurre la disciplina dei contratti pubblici lungo il percorso tracciato dal diritto unionale.

Il riferimento è all'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*, che così prevedeva: *"L'ultimo periodo dell'articolo 6, comma 2, della legge 24*

*dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, è soppresso. I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”.*

In merito agli aspetti esegetici dell’enunciato normativo che aveva originato l’originaria procedura d’infrazione, deve essere ricordata l’articolata motivazione contenuta in una risalente pronuncia il Consiglio di Stato, i cui principii possono ancora considerarsi di stretta attualità con particolare riferimento a disposizioni di analogo tenore: “[...] *deve osservarsi che all’eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l’art.23 l. n.62/05, deve assegnarsi una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell’ordinamento che si risolvono, di fatto, nell’elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. [...] Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l’effettiva conformazione dell’ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea [...]. Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l’intervento normativo di cui all’art.23 l.n.62/05 dev’essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l’esegesi di altre disposizioni dell’ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l’affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev’essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti”.* (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 31 ottobre 2006, n. 6458, § 2.3.)”.

Considerato questo fondamentale precedente, l’elaborazione giurisprudenziale successiva, proprio al fine di non incorrere nella violazione del diritto comunitario, ha costantemente interpretato in maniera restrittiva le condizioni di ricorso all’istituto della proroga tecnica, affermando l’assenza di uno spazio per l’autonomia contrattuale a fronte dell’inderogabile principio per il quale le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite sempre entro termini ben determinati anche se già previste *ab origine*, potendosi,

diversamente, equiparare ad un affidamento senza gara l'atto con cui si dispone una nuova proroga oltre la scadenza definita nel contratto originario (per una recente ricostruzione delle pronunce del giudice amministrativo in materia di proroga tecnica, si confronti TAR Campania, sentenza 2 aprile 2020, n. 1312, § 7.3.).

Considerate le obiezioni mosse dall'Amministrazione penitenziaria nel corso dell'odierna adunanza, pare a questo Collegio che, sebbene sia evidente che si sia determinata la concorrenza di circostanze estranee e indipendenti dalla volontà della stazione appaltante, tali non potessero essere neppure immaginate al momento della predisposizione della documentazione dell'originaria gara svoltasi nel 2016, quali la diffusione dell'attuale pandemia, purtuttavia una diversa interpretazione del quadro normativo giustificerebbe una serie indefinita di affidamenti diretti a fronte del possibile procrastinarsi del decorso della gara, con conseguente negazione delle disposizioni del diritto dell'Unione, secondo tutte le coordinate enunciate.

4. Diversamente da quanto prospettato dall'Amministrazione penitenziaria nelle proprie articolate memorie, questo Collegio considera inconferente il richiamo alla disciplina dell'art. 106, comma 1, lett. c), del *Codice dei contratti pubblici*, il quale consentirebbe di operare una modifica del contratto durante il periodo di efficacia *“ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7: 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; 2) la modifica non altera la natura generale del contratto”*.

Nell'opinione dell'Amministrazione, il ricorrere del presupposto dell'urgenza non imputabile e la mancanza di un'alterazione essenziale della natura del contratto, consentirebbe alla stessa, di per sé, di modificare il contratto in corso, spostando in avanti il termine finale.

Il Collegio rileva che, però, l'Amministrazione omette di considerare l'ulteriore indefettibile presupposto disciplinato dal comma 7 della stessa disposizione: *“Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche*

*successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice”.*

Sebbene la norma ponga una chiara cogente prescrizione, l’Amministrazione, nel sostenerne l’applicazione nel caso di specie, non ha esplicitato se siano effettivamente stati rispettati tali limiti di valore, soprattutto dimostrando di non avere già disposto, in precedenza, atti di modifica che, in quanto non soggetti al controllo preventivo (in assenza di un obbligo in tal senso), sono rimasti sconosciuti al competente Ufficio di controllo.

A fronte delle obiezioni mosse in tal senso nella relazione di deferimento, l’Amministrazione ha limitato le proprie deduzioni, nel corso dell’odierna adunanza, alla generica asserzione che *“un periodo temporale di sei mesi su tre anni di durata del contratto principale, sicuramente non viola nemmeno il limite fissato dall’art. 106, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, pure messo in dubbio dal Magistrato istruttore”.*

Invero, si osserva che già la documentazione in atti non consentirebbe l’applicazione della norma in questione in ragione dell’effettivo superamento dei limiti di valore, per le seguenti constatazioni di fatto:

- l’attuale rapporto negoziale, in regime di proroga tra le parti, trova titolo principale nel contratto di rinnovo del servizio stipulato in data 28 dicembre 2018, per un corrispettivo di euro 2.097.340,32, cosicché il valore del presente atto aggiuntivo per ragioni di proroga tecnica, pari a euro 1.120.188,80, e, dunque, al 53,40% circa del valore del primo, si pone al di sopra della soglia massima del 50% prevista dalla norma imperativa;
- per l’ipotesi, invece, che il presente contratto si considerasse quale atto modificativo del contratto di prima proroga, avente pari valore di euro 1.120.188,80, tale rapporto ascenderebbe al 100%.

Il Collegio, conclusivamente, ritiene che nella fattispecie in esame non ricorrano i presupposti per l’applicazione della fattispecie disciplinata dal citato art. 106, comma 1, lett. c, considerando, comunque, dirimente l’osservazione per cui l’istituto della proroga tecnica trova disciplina in una disposizione *ad hoc*, ossia l’art. 106, comma 11, ai cui profili interpretativi e applicativi concorrono le argomentazioni esposte nei precedenti punti da 3.2.1 a 3.2.3.

5. Il Collegio osserva che sussistono anche ulteriori profili di illegittimità del provvedimento per difetto di istruttoria e di motivazione.

Viene, infatti, in rilievo la circostanza che, a monte della scelta di procedere all'affidamento del contratto in esame, non sia stata svolta un'attività istruttoria preliminare, adeguatamente compendiata ed esplicitata nell'atto di avvio della procedura (ossia nella determina a contrarre del 12 giugno 2020) e nel provvedimento terminale, atta ad esplorare la possibilità di attivare o meno procedure-ponte alternative, eventualmente idonee a contemperare una pluralità di interessi pubblici, quali il soddisfacimento della continuità del servizio, la necessità di ricorrere al mercato e l'urgenza di provvedere per fronteggiare eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa ammette, infatti, che, nel tempo occorrente alla conclusione di una procedura di evidenza pubblica, l'Amministrazione potrebbe anche fare legittimamente ricorso a una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, al fine di garantire la continuità di un servizio essenziale nell'arco di un periodo-ponte, al sussistere di alcuni presupposti di fatto e di diritto, quali il manifestarsi di una situazione di urgenza non imputabile alla stazione appaltante (si confronti, Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 8 ottobre 2018, n. 5766).

Dalla documentazione in atti emerge soltanto che, già in data 12 maggio 2020, l'Amministrazione penitenziaria contattava a mezzo p.e.c. la ditta C.O.T. S.r.l. per la proposta di proroga del contratto, ottenendo risposta affermativa nella medesima giornata.

L'Amministrazione ha evidenziato che il contenuto del provvedimento adottato abbia rappresentato l'unica scelta possibile, argomentando, in sintesi, quanto segue: 1) dalla cessazione del periodo normativo di sospensione (15 maggio 2020) alla data di scadenza della prima proroga (30 giugno 2020), non vi sarebbe stato un tempo congruo per fare ricorso ad una procedura negoziata senza bando, in quanto i servizi di ristorazione possono essere affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con l'applicazione della clausola sociale; 2) la procedura avrebbe potuto protrarsi sino a quattro mesi, e, dunque, per un tempo troppo lungo per un contratto-ponte di soli tre-quattro mesi, con pregiudizio del principio di buon andamento; 3) la procedura sarebbe andata deserta con elevata probabilità sia per la breve durata del contratto, sia per i costi di avviamento dell'attività di ristorazione, che sono generalmente elevati, sia, infine, per l'obbligatorietà delle clausole sociali; 4) con la cessazione del periodo di *lockdown* non vi erano ancora le necessarie condizioni per ritenere che le imprese presenti sul mercato potessero concorrere all'eventuale procedura negoziata in condizioni di parità.

Il Collegio osserva che sia stata elaborata in via postuma una motivazione del provvedimento discrezionale che, invece, avrebbe dovuto trovare idonea collocazione, a monte del procedimento, già all'interno della delibera a contrarre, e, conseguentemente riprodotta, a valle, nel provvedimento in esame, specialmente considerando che il rapporto tra la regola e l'eccezione - ossia l'attivazione dei necessari meccanismi concorrenziali rispetto alla proroga - si riflette inevitabilmente sulla violazione dell'obbligo di motivare in maniera rigorosa il ricorrere dei presupposti su cui poggia la scelta dell'Amministrazione.

In proposito, possono richiamarsi le osservazioni del TAR Lazio nella sentenza 10 settembre 2018, n. 9212: “[I]l rapporto tra la regola, cioè la gara, e l'eccezione, cioè la possibilità di - limitata - proroga, se prevista, si riflette sul contenuto della motivazione, giacché ove, come nella fattispecie, l'amministrazione opti per l'indizione di una nuova procedura, nessuna particolare motivazione è necessaria; per contro, solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione si determini alla proroga del rapporto tale determinazione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali l'ente ritiene di discostarsi dal principio generale”.

Il Collegio, nel rammentare, dunque, il generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, da cui devono desumersi i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, chiaramente espresso dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, riafferma il principio della giurisprudenza contabile in base al quale le spiegazioni fornite dall'Amministrazione in sede di risposta al rilievo istruttorio non possono consentire di integrare il contenuto tipico degli atti in esame, che, per superare il vaglio di legittimità, debbono essere completi e autosufficienti (*ex multis*, Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni pubbliche, deliberazione 30 maggio 2011, n. 10).

Le memorie successivamente prodotte dall'Amministrazione penitenziaria tendono, comunque, a consolidare il convincimento del Collegio che, tra lo scadere del periodo di sospensione dei termini procedurali previsto in fase emergenziale (15 maggio 2020) e il termine finale del primo contratto di proroga (30 giugno 2020), residuava un intervallo di tempo di circa 45 gg. del tutto congruo a verificare la possibilità di un contratto-ponte con il ricorso a una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art. 63, comma 2, lett. c, del *Codice dei contratti pubblici*), in modo da sondare la contendibilità del servizio sul mercato attraverso l'interpello di almeno cinque operatori economici (art. 63, comma 6),

specialmente valutando le puntuali indicazioni divulgate dalla Commissione europea e dall'ANAC sullo svolgimento delle procedure di appalto durante il periodo emergenziale.

Dagli elementi di fatto offerti dalla stessa Amministrazione si palesa un'insanabile contraddizione: se, infatti, la procedura aperta per l'affidamento del servizio ha ripreso il suo corso dal 25 maggio 2020, in un contesto normativo e fattuale che ha garantito agli operatori economici di prendervi parte e di presentare regolarmente le proprie offerte allo scadere del termine del 30 giugno 2020, pare illogico poter sostenere che, nel medesimo frangente temporale, non vi sarebbero state le condizioni per far concorrere le imprese dello stesso settore in condizioni di parità e di libera concorrenza in un'eventuale procedura negoziata per la stipula di un contratto-ponte.

Circa, poi, la possibile durata di una procedura negoziata, il Collegio non può che osservare che, in linea generale, si è in presenza di una modalità di scelta del contraente i cui tempi e modi di svolgimento possono essere governati in maniera flessibile dall'Amministrazione, poiché - come ha ricordato la stessa Commissione dell'Unione europea nei citati *Orientamenti* dell'aprile 2020 - la procedura consente di negoziare direttamente con i potenziali contraenti in assenza di puntuali obblighi di pubblicazione, di osservanza di termini o di altri obblighi procedurali, con l'eccezione del numero minimo degli operatori di consultare a norma dell'art. 63, comma 6, del *Codice dei contratti pubblici*.

Non appaiono esplicitate in maniera plausibile, pertanto, le circostanze che avrebbero potuto comportare il protrarsi di una possibile procedura negoziata sino ad un termine di quattro mesi, specialmente ove si consideri che l'Amministrazione si trovava nelle favorevoli condizioni di potere consultare più velocemente gli operatori del mercato, nel numero minimo previsto, avvalendosi del capitolato tecnico della gara aperta in corso.

In definitiva, per tutte le esposte ragioni, è opinione del Collegio che non sia suffragata da adeguata e logica motivazione l'affermazione che l'Amministrazione non avrebbe potuto determinarsi in maniera differente dalla scelta in concreto adottata con il provvedimento in esame.

6. Il Collegio, infine, ritiene che il provvedimento manifesti un ulteriore vizio di legittimità per difetto di motivazione in merito alla scelta della durata dell'atto negoziale.

Sebbene l'eccezionale ricorso alla proroga tecnica debba, infatti, essere limitato "*al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente*" (art. 106, comma 11, *Codice dei contratti pubblici*), il provvedimento in esame

non contiene una previsione circa i tempi occorrenti per il completamento della procedura di evidenza pubblica in corso, né esplicita le ragioni che hanno reso necessario fissare la decorrenza del futuro contratto di appalto del servizio dal 1° gennaio 2021 anziché da un momento temporale viciniore.

Dai fatti acquisiti emerge che, secondo l'originario cronoprogramma della procedura di evidenza pubblica a gara aperta, il termine per la ricezione delle offerte era stato fissato alla data del 27 marzo 2020, cosicché tra tale momento e il termine ultimo previsto per la conclusione della gara (30 giugno 2020) sarebbe residuato un intervallo di circa tre mesi. Allo stato attuale, invece, il nuovo termine di ricezione delle offerte è spirato il 30 giugno 2020 ed è stato contestualmente portato a sei mesi il termine per il completamento della procedura (31 dicembre 2020).

In base alle proprie deduzioni, l'Amministrazione ha rappresentato, da un lato, che la determinazione di questo nuovo termine considera la circostanza che sia stato presentato un ricorso avverso il bando per l'annullamento dell'intera procedura, notificato il 16 maggio 2020, dall'altro, che, comunque, si tratta di profili attinenti al merito dell'azione amministrativa - ossia all'opportunità e convenienza - in quanto tali insindacabili.

Il Collegio, tuttavia, osserva che l'instaurazione di un contenzioso costituisca un'evenienza piuttosto frequente nella materia dei contratti pubblici e che, comunque, nel caso di specie, non siano state adottate decisioni cautelari da parte del giudice amministrativo.

Peraltro, l'asserzione dell'Amministrazione che ascrive la scelta dei termini di conclusione del procedimento al piano dell'insindacabile merito amministrativo, pare apertamente smentita dal legislatore dell'emergenza, che, invece, considera sfavorevolmente l'ingiustificata dilazione dei termini delle procedure di evidenza pubblica, tanto da avere adottato, recentemente, disposizioni *ad hoc* nelle quali è operato un richiamo generale alla responsabilità amministrativa per danno erariale.

Proprio allo scopo di accelerare le procedure di evidenza pubblica, infatti, gli artt. 1 e 2 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, prevedono che, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente debbano essere contenute entro termini ben definiti (mesi sei dalla data di avvio della procedura per gli appalti sopra

soglia), con la conseguenza che il mancato rispetto dei tempi fissati dal legislatore, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso *“possono essere valutati ai fini della responsabilità per danno erariale”*.

Anche se trattasi di norme entrate in vigore successivamente agli atti del procedimento in esame, esse sono, comunque, espressive del principio generale per il quale *“il tempo dell'azione amministrativa”* non è nella sconfinata disponibilità dell'amministrazione, soprattutto ove si ponga mente alla circostanza che la legislazione degli ultimi 30 anni, a partire dalla legge generale sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), è connotata dal contenimento dell'esercizio del potere amministrativo entro precisi e stringenti limiti temporali.

7. Il Collegio ritiene necessario soffermarsi su un'ultima questione emersa nel corso dell'odierna adunanza pubblica. Su richiesta di ulteriori precisazioni da parte del Collegio, il rappresentante della Ragioneria Territoriale ha esplicitato che il visto di regolarità è stato apposto, in data 7 settembre 2020, sul solo successivo decreto di impegno e che, comunque, il decreto in discussione è stato acquisito nel corso del procedimento di controllo unitamente alla documentazione presupposta.

Ai fini dei futuri adempimenti da parte dell'Amministrazione penitenziaria e della competente Ragioneria Territoriale dello Stato, si ricorda che, a norma dell'art. 5, comma 1, lett. *a*, del decreto legislativo 30 giugno 2011, n. 123, sono sempre assoggettati al contestuale controllo preventivo di regolarità amministrativa e contabile i medesimi atti soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, con la conseguenza di dovere assicurare la puntuale applicazione delle norme che disciplinano la fase integrativa dell'efficacia dei provvedimenti adottati.

P.Q.M.

La Sezione di controllo per la Regione siciliana, con richiamo integrale a quanto esposto in parte motiva, ricusa il visto e la conseguente registrazione del decreto n. 50 del 26 giugno 2020 del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Provveditorato Regionale della Sicilia.

DISPONE

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, al Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Provveditorato Regionale della Sicilia e alla Ragioneria Territoriale dello Stato di Palermo

e

che la medesima deliberazione sia pubblicata sul sito istituzionale dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 31 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Così deciso a Palermo, nella camera di consiglio da remoto in data 22 settembre 2020.

L'ESTENSORE

Tatiana Calvitto

IL PRESIDENTE

Luciana Savagnone

Depositato in Segreteria l'8 ottobre 2020

IL FUNZIONARIO RESPONSABILE

(Boris Rasura)