



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 733 del 2019, proposto da Edison Energia s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Eugenio Bruti Liberati, Alessandra Canuti e Paola Tanferna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paola Tanferna in Roma, via Maria Adelaide, 8;

contro

Provincia autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Stella Richter, Nicolò Pedrazzoli e Giuliana Fozzer, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Stella Richter in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 11;

nei confronti

Comune di Arco non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa della provincia di Trento – sezione unica - n. 282 del 2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Bruti Liberati e Stella Richter;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Edison Energia svolge l'attività di vendita dell'energia elettrica e del gas naturale ai clienti finali, sia industriali che domestici.

All'esito di una procedura ad evidenza pubblica, nel 2017 Edison Energia ha stipulato con l'Agenzia provinciale per gli appalti e contratti della Provincia autonoma di Trento (APAC) una convenzione per la fornitura di energia elettrica e di servizi connessi a favore di soggetti pubblici aventi sede in quel territorio, fra cui la stessa Provincia autonoma, alcuni comuni, aziende speciali ed enti pubblici non economici.

La Convenzione è stata sottoscritta il 4 settembre 2017. Prevedeva una durata di dodici mesi (art. 1, comma 4, della convenzione e art. 5 del capitolato), giungendo a scadenza naturale il 4 settembre 2018.

L'articolo 5 del capitolato, peraltro, prevedeva: *“ai fini della conclusione della procedura per l'individuazione di un nuovo Contraente, tale durata potrà essere prorogata per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura medesima, come disposto dall'art. 106, comma 11 del D.Lgs. 50/2016”*, ai sensi del quale: *“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”.

Il 27 luglio 2018 la Provincia autonoma ha comunicato a Edison Energia l'intenzione di prorogare l'affidamento per sei mesi, affermando con la nota prot. n. S170/2018/438785/3.5-2017-322: *“con riferimento all'imminente scadenza della convenzione in oggetto, la scrivente Amministrazione si trova nella necessità di dover prorogare, ai sensi dell'art. 1, comma 4 della Convenzione e dell'art. 5 del Capitolato Amministrativo, in attesa delle risultanze della gara europea di prossima pubblicazione, la validità temporale della convenzione in essere per un ulteriore semestre e, in ogni caso, nel limite del tempo necessario per la stipula della nuova convenzione”*, chiedendo alla società di *“comunicare, con la massima sollecitudine possibile, la propria disponibilità alla predetta proroga tecnica, alle medesime condizioni previste nella vigente convenzione”*.

Edison Energia ha risposto con nota del 2 agosto 2018, sottolineando la necessità di considerare *“l'andamento dei prezzi dell'energia da approvvigionare per far fronte ai nuovi fabbisogni, che risentono di uno scenario di mercato strutturalmente mutato”*. Invero, le quotazioni di riferimento dell'energia elettrica erano passate dai circa 43,61 euro/MWh del Calendar 2018 (anno solare 2018) – valore preso come riferimento dalla Società per formulare la propria originaria offerta in data 27 aprile 2017 – agli oltre 60 euro/MWh del Calendar 2019 (anno solare 2019) alla data del 27 luglio 2018, con un incremento vicino al 40% (tale valore peraltro, alla data del 21 settembre 2018, risultava essere pari a 71,48 euro/MWh, con un incremento superiore al 62%).

Alla luce di tale evoluzione del mercato, la società ha, dunque, riscontrato la richiesta di disponibilità avanzata dalla Provincia autonoma in termini negativi,

evidenziando il pregiudizio economico che altrimenti le sarebbe derivato, stimato in circa € 1.828.000.

Nonostante tale risposta negativa, con nota del 9 agosto 2018 la Provincia autonoma ha ribadito la decisione, affermando che: *“la richiesta di proroga tecnica si ritiene doverosa e necessaria, nel pieno rispetto di quanto stabilito nei documenti di gara già accettati da codesta rispettabile società e fondati sull’art. 106, comma 11 del Codice dei contratti”*.

Con determinazione n. 35 del 23 agosto 2018, il dirigente del servizio contratti e centrale acquisti di APAC ha autorizzato la proroga della convenzione, alle medesime condizioni, con decorrenza 4 settembre 2018 e termine al 4 marzo 2019, ovvero, se antecedente, alla data di affidamento della nuova fornitura all’esito della gara indetta con determinazione n. 34 del 23 agosto 2018, ai sensi dell’art. 32, comma 8, ultima alinea, d.lgs. n. 50 del 2016 (*codice dei contratti pubblici*), approvando lo schema di atto aggiuntivo relativo al semestre oggetto di proroga e stimando il fabbisogno massimo presunto per tale periodo in 4.500.000,00 euro.

Gli atti di proroga sono stati impugnati da Edison Energia al Tribunale regionale di giustizia amministrativa del Trentino – Alto Adige, sede di Trento, che, con la sentenza qui indicata in epigrafe ha respinto il ricorso.

La società ha proposto appello, affidandolo al seguente motivo di diritto:

erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione degli artt. 106, comma 11, 35, comma 4, e 30 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; violazione del principio di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE; eccesso di potere per irragionevolezza e ingiustizia manifesta, carenza d’istruttoria e difetto di motivazione.

La società ha poi, in via subordinata, formulato istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell’art. 267 TFUE, nel caso di dubbi sulla compatibilità eurounitaria dei provvedimenti impugnati, perché la “proroga

tecnica” estranea alle ipotesi eccezionali che la legittimano, si concreterebbe in un’indebita limitazione della concorrenza, contro i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi degli artt. 49 e 56 TFUE, oltre che ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione negli appalti pubblici, basati sulla direttiva 2014/24/UE – in particolare, nell’art. 18 e negli artt. 26 ss. –, oltre che nel Trattato.

Si è costituita in giudizio per resistere all’appello la Provincia autonoma di Trento.

Le parti hanno poi depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All’udienza pubblica del 9 maggio 2019 l’appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il presente appello ha ad oggetto la sentenza indicata che ha respinto il ricorso di Edison Energia per l’annullamento della proroga tecnica di sei mesi disposta dalla Provincia autonoma di Trento per il servizio di fornitura di energia elettrica a favore dei soggetti e degli enti individuati dall’art. 39 *bis*, comma 3, l.p. n. 3 del 2006 (*Norme in materia di governo dell’autonomia del Trentino*), che era stato alla stessa affidato per un anno.

Edison sostiene che la sentenza è erronea: la proroga tecnica, resasi necessaria per il ritardo nell’indizione della nuova gara ed adottata nonostante il suo rifiuto e sebbene fossero disponibili altre alternative (convenzione Consip EE15 per la fornitura di elettricità e regime di maggior tutela o di salvaguardia), le avrebbe procurato danni enormi, a causa dell’aumento del prezzo dell’energia rispetto a quanto corrisposto dalla Provincia autonoma in conformità all’aggiudicazione dell’appalto precedente.

La Provincia autonoma, nel ritardare l’indizione della gara per il nuovo affidamento, avrebbe fatto una valutazione di mera convenienza economica, ricorrendo alla proroga tecnica contro i principi e le norme europee e nazionali in materia richiamate più volte dal Consiglio di Stato e dalla Corte di giustizia UE.

Per la Provincia autonoma, al contrario, la sentenza è condivisibile, avendo affermato la legittimità della proroga tecnica. Invero, la Provincia autonoma, effettuate varie indagini che hanno ritardato l'indizione della gara per il nuovo affidamento, vi avrebbe, comunque proceduto, ma limitandola a soli sei mesi e ben disponendola allo stesso canone dell'affidamento precedente, non trattandosi di rinnovo.

Inoltre, sempre per le statuizioni della sentenza, la valutazione fra le alternative sarebbe di natura discrezionale e sarebbe stata bene espressa, anche in considerazione della minore idoneità dei servizi Consip a disposizione.

L'appello va accolto.

Non ritiene il Collegio di condividere le valutazioni della sentenza per cui: *“Diversamente, poi, da quanto sostiene la ricorrente non è dato riscontrare nel contesto del complessivo comportamento tenuto dall'amministrazione, così come risultante dalla documentazione versata in atti, profili di inerzia o comunque ritardi oggettivamente ascrivibili alla sua responsabilità. ... Si consideri, infatti, che l'amministrazione risulta aver svolto nei mesi di marzo – aprile 2018 un'analisi sull'andamento del prezzo dell'energia (cfr. relazione del servizio gestioni patrimoniali e logistica) che ne ha evidenziato la costante crescita con valori superiori del 28% in confronto allo stesso periodo del 2017, del 62% rispetto al prezzo del 2016 e del 29% relativamente alla convenzione in essere. ... In definitiva, l'oggettiva complessità della situazione, derivante dalla rilevante e al di là di ogni aspettativa instabilità dei prezzi, riconosciuta anche dalla ricorrente che proprio in ragione di tale incremento ha motivo di dolersi della proroga (normalmente apprezzata dai contraenti), non risulta mal governata dalla stazione appaltante”*.

La sentenza nega che il ritardo nell'espletamento della gara sia addebitabile alla stazione appaltante, tempestivamente attivatasi per la sua indizione, e che avrebbe dovuto fronteggiare una situazione di mercato oggettivamente complessa.

Dalla documentazione in atti non risultano, però, ragioni oggettive, prevalenti sulla volontà dell'amministrazione, giustificanti la mancata tempestiva indizione della gara ad evitare la proroga; al contrario, il ritardo appare dipeso dai dubbi della Provincia autonoma sul metodo da utilizzare per definire il prezzo da porre a base della gara da indire e sulla durata del nuovo contratto. Tali ritardi hanno fatto sì che la gara fosse indetta solo il 23 agosto 2018 e che il bando fosse pubblicato solo il 29 agosto successivo, rendendo così necessaria la proroga.

Inoltre, la situazione di mercato relativa al prezzo dell'energia elettrica, che era significativamente cresciuto rispetto all'anno precedente, non era tale da giustificare tanto ritardo nell'indizione della gara, con l'effetto di posticiparla rispetto alla decisione di prorogare la convenzione con Edison.

Da quanto detto discende l'illegittimità della disposta proroga, in quanto dovuta non a oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della gara, ma a un'indizione tardiva che appare in realtà soggettivamente addebitabile all'amministrazione.

Il significativo vantaggio economico conseguito dalla Provincia autonoma in seguito alla proroga appare poi sintomatico dell'illegittimità dell'uso dell'istituto di cui all'art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50 del 2016. La legge lo riserva a circostanze del tutto eccezionali («*La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente*»), la cui *ratio* è solo quella di assicurare la continuità delle forniture pubbliche nelle more della gara. Il che ne evidenzia il carattere derogatorio e di stretta interpretazione, dunque di applicazione consentita solo se ricorrano le condizioni di legge. Ma così non era nel caso qui in esame.

“La cd. "proroga tecnica" - istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità - rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile

attivare i necessari meccanismi concorrenziali (ex multis, Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1521)'' (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 274).

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado.

Le spese dei due gradi di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado.

Condanna la Provincia Autonoma di Trento alla rifusione delle spese dei due gradi di giudizio nei confronti di Edison Energia s.p.a, che si liquidano nella somma pari ad euro 5.000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Elena Quadri

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO