

Publicato il 20/10/2020

N. 06354/2020REG.PROV.COLL.
N. 04994/2020 REG.RIC.



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4994 del 2020, proposto dalla società AVR s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Vizzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

La società Geofor s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Toscano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (sezione prima) n. 158/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Geofor S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2020 il consigliere Emanuela Loria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il contenzioso in esame concerne il provvedimento del 30 maggio 2019 prot. n. 2531 emanato dalla società *in house* Geofor s.p.a., con il quale è stata disposta la proroga tecnica del contratto d'appalto stipulato in data 24 giugno 2016 con la società AVR s.p.a. (d'ora innanzi "la società") per l'affidamento dei servizi di raccolta differenziata e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed altri servizi di igiene urbana nel territorio dei Comuni di Calci, Cascina, San Giuliano Terme, Vecchiano e Vicopisano.

1.1. In punto di fatto la società appellante richiama i seguenti elementi:

- a) l'originario contratto stipulato con la Geofor s.p.a. prevedeva una durata di trentasei mesi, dal 1 luglio 2016 al 30 giugno 2019;
- b) in data 28 marzo 2019 la società appellante comunicava alla stazione appaltante di non volere esercitare il diritto di opzione per ulteriori ventiquattro mesi previsto dall'art. 8 del contratto;
- c) con nota prot. n. 2531 del 30 maggio 2019, la stazione appaltante comunicava alla Avr di avere indetto una nuova procedura di gara con pubblicazione del bando in GURI in data 3 giugno 2019 e di disporre la proroga tecnica del contratto del 2016 ai sensi dell'art. 7 del contratto d'appalto in essere tra le parti;
- d) prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, in data 25 giugno 2019, Geofor s.p.a. comunicava di

revocare il bando di gara in quanto non era ancora pervenuta alcuna offerta o manifestazione di interesse ed era, pertanto, necessario pubblicare un nuovo e distinto bando di gara;

e) l'appellante comunicava alla stazione appaltante, con nota del 1 luglio 2019, di non potere più svolgere il servizio alle stesse condizioni economiche previste dal contratto di appalto del 2016, ormai cessato a fare data dal 30 giugno 2019;

e) Geofor s.p.a., con la nota di riscontro del 16 luglio 2019, comunicava alla società che doveva continuare a svolgere il servizio in regime di proroga tecnica ai sensi dell'art. 7 del contratto di appalto sottoscritto in data 24 giugno 2016, respingendo la sua richiesta di addivenire a nuove condizioni economiche per lo svolgimento del servizio;

f) soltanto nel dicembre del 2019 la stazione appaltante sceglieva di reinternalizzare il servizio a fare data dal 1 gennaio 2020.

2. L'appellante impugnava dinanzi al T.a.r. per la Toscana i provvedimenti sopra indicati deducendo una unica articolata censura con la quale censurava la violazione dei principi fondamentali in materia di procedure ad evidenza pubblica (in particolare quelli della concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza) in quanto la scadenza del contratto era (perentoriamente) fissata per il 30 giugno 2019.

2.1. Nelle more del giudizio veniva indetta una nuova procedura di gara, con pubblicazione del bando in data 16 ottobre 2019, che veniva più volte rettificato e a cui faceva seguito un annullamento della procedura essendo pervenuta una sola offerta ritenuta incongrua dalla stazione appaltante.

3. La Geofor s.p.a., nel costituirsi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito e chiedeva la reiezione del ricorso.

4. Con la sentenza impugnata, il T.a.r per la Toscana, respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione, rigettava il ricorso della società, stabilendo che la proroga del servizio in capo alla ricorrente è legittima poiché disposta in un momento in cui il contratto era ancora vigente ed è stata disposta per il tempo strettamente necessario allo svolgimento di una nuova procedura concorsuale prontamente attivata dalla società committente.

5. Avverso la sentenza di primo grado è insorta la società ripercorrendo in punto di fatto (da pag. 2 a pag. 9 dell'atto di appello) i vari accadimenti così come sopra ricostruiti e indicando a motivo della decisione di non proseguire nell'appalto la sua non sostenibilità economica, con particolare riferimento agli aspetti relativi alle vertenze sindacali e giudiziali in corso.

5.1. L'appellante censura, inoltre, la sentenza del Ta.r. proponendo un unico articolato motivo (da pag. 9 a pag. 21 dell'atto di appello), con il quale rappresenta la illegittimità della proroga tecnica per violazione dei principi fondamentali (europolitari e interni) in materia di procedure ad evidenza pubblica e contratti pubblici (in particolare quelli sul divieto di affidamenti diretti senza gara, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione trasparenza), per la violazione e falsa applicazione del Trattato UE, del d.lgs. n. 162 del 2006 e del d.lgs. n. 50 del 2016, per violazione del contratto d'appalto tra Geofor s.p.a. e Avr, per eccesso di potere, irragionevolezza, carenza dei presupposti e difetto di motivazione.

5.2. L'appellante chiede il risarcimento dei danni per equivalente, che quantifica in euro 1.090.736,18 oltre interessi moratori e rivalutazione fino al soddisfo ovvero eventualmente, in via equitativa ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a.

6. Si è costituita in giudizio Geofor s.p.a. che ha nuovamente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che la controversia in esame appartenga alla fase esecutiva del contratto e venga quindi a radicarsi la giurisdizione del giudice ordinario; la stazione appaltante ha inoltre argomentato in ordine alla infondatezza dell'appello nel merito, argomentando in ordine alla legittimità della proroga contrattuale e alla insussistenza di illegittimità nel proprio operato, donde la infondatezza della domanda risarcitoria proposta dalla società istante.

7. Con memoria dell'11 settembre 2020, l'appellante replicava alle difese di Geofor s.p.a. contestando la legittimità della proroga a partire dalla revoca del bando di gara ossia a fare data dal 25 giugno 2019, disposta peraltro per ragioni ritenute inidonee e intempestive.

7.1. L'appellante sostiene pertanto di avere continuato a gestire il servizio dal 1 luglio al 31 dicembre 2019 *“in assenza di vincoli contrattuali essendo venute meno le condizioni giuridiche, economiche e tecniche precedentemente applicate”* e contenute nel contratto scaduto, sicché ha fatturato alla stazione appaltante le prestazioni e i servizi resi conformemente ai costi effettivamente sostenuti per il loro espletamento e non secondo le condizioni economiche previste nel contratto che ritiene essere ormai scaduto.

7.2. Erroneo e fuorviante sarebbe il richiamo da parte della stazione appaltante al contratto del 2016, poiché ai sensi dell'art. 7 del contratto la stazione appaltante avrebbe potuto legittimamente

disporre una proroga tecnica comunicandolo almeno 30 giorni prima della scadenza contrattuale e solo per il tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova gara, che fosse già stata avviata: l'art. 7 si riferisce a una "*gara esperita*" e a una "*nuova gara d'appalto già avviata*" quale presupposto fondamentale e indefettibile per disporre una legittima proroga tecnica.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2020.

9. Preliminarmente deve essere trattata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che la stazione appaltante ha riproposto anche nel presente grado di giudizio e che è stata respinta dal giudice di primo grado.

Con tale eccezione si sostiene che la causa in questione rientrerebbe nella cognizione del giudice ordinario giacché la materia oggetto di causa atterrebbe alla fase esecutiva del contratto in essere e non alla fase di affidamento del servizio, unica fase riservata, ai sensi dell'art. 120 c.p.a., alla cognizione del giudice amministrativo.

9.1. Il Collegio ritiene che sia da confermare sul punto quanto affermato dal T.a.r. che ha fatto richiamo ai numerosi precedenti sia del Consiglio di Stato (sez. V, n. 274 del 2018; n. 3588 del 2019) che della Corte di Cassazione (Sez. Un. Ord. n. 2811 del 31 ottobre 2019) in materia di contenzioso sulla c.d. proroga tecnica: è, infatti, evidente che la proroga tecnica pertiene all'esercizio del potere autoritativo, risolvendosi in un affidamento diretto, che deve essere motivato e che può avvenire a determinate condizioni, sicché ogni contestazione sulla sua legittimità appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a. e

ciò segnatamente nel caso in esame, in cui l'oggetto del contratto è quello del servizio attinente al ciclo dei rifiuti.

10. Nel merito, l'appello è infondato e la sentenza del T.a.r. va confermata.

10.1. Le argomentazioni della società ruotano intorno alla interpretazione da dare all'art. 7 del contratto sottoscritto con la Geofor s.p.a. nell'anno 2016.

La disposizione contrattuale prevede la proroga del contratto qualora la procedura di gara *"...per l'individuazione del nuovo aggiudicatario con cui stipulare il nuovo contratto d'appalto non fosse ancora compiuta o terminata oppure qualora la nuova aggiudicataria non avesse ancora dato inizio all'esecuzione del servizio"*.

In tal caso *"...l'appaltatore è tenuto obbligatoriamente – trattandosi di servizio pubblico essenziale – a proseguire nell'esecuzione dei servizi contrattualmente previsti fino all'effettivo subentro del nuovo aggiudicatario"*.

Questa pattuizione richiama quanto è previsto dall'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016: *"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"*.

I commi 2 e 3 dell'art. 7 del contratto stabiliscono che l'appaltatore si obbliga a accettare le medesime condizioni del contratto originario e che non potrà pretendere indennizzi per l'uso, la manutenzione o la sostituzione dei mezzi strumentali in dotazione.

Secondo la tesi della società, una volta revocato il bando di gara a causa della carenza di offerte o comunque di offerte idonee (nel caso del bando intervenuto in data 16 ottobre), il contratto doveva essere

considerato definitivamente scaduto e la stazione appaltante non avrebbe potuto più disporre la proroga tecnica fino alla decisione, successivamente assunta, di reinternalizzare il servizio, come invece è stato disposto.

10.2. Il motivo non coglie nel segno poiché la proroga è stata disposta, con la finalità di non interrompere un servizio pubblico essenziale (come da espressa e vincolante pattuizione contrattuale), in una fase in cui il contratto era ancora vigente e per il tempo necessario all'assolvimento degli adempimenti per la nuova gara, che, in effetti, la stazione appaltante ha bandito senza indugio, pur senza ottenere il risultato di trovare un nuovo aggiudicatario del servizio, per ragioni che risultano tuttavia estranee alla legittimità degli atti amministrativi posti in essere.

Né ha alcun rilievo in ordine alla legittimità della proroga la circostanza che la stazione appaltante abbia annullato la seconda procedura di gara pur essendo pervenuta un'offerta e che subito dopo abbia assunto la decisione di gestire il servizio "in proprio", giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione sia valutare la congruità dell'offerta presentata (tra l'altro, essendo pervenuta una sola offerta, non era possibile procedere a un confronto tra più offerte al fine di scegliere quella migliore) sia decidere di gestirlo in proprio in una situazione in cui è risultato palese il sostanziale disinteresse per il servizio da svolgere da parte del mercato di riferimento (ovviamente alle condizioni date).

10.3. Per quanto concerne le condizioni contrattuali a cui la società ha dovuto continuare a svolgere il servizio in regime di proroga tecnica – che secondo la società non avrebbero dovuto essere più applicate essendo il contratto scaduto e non essendo più

remunerative del servizio reso - il sopra citato art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che il contraente sia tenuto, nel periodo della proroga, all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni, per cui , anche sotto tale profilo, non si rinviene un comportamento illegittimo da parte della stazione appaltante; peraltro il tempo del regime di proroga, durato per circa sei mesi, non è tale da configurare una violazione del principio di proporzionalità da parte della stazione appaltante.

10.4. Non si rinvergono gli estremi per delibare positivamente la domanda risarcitoria formulata dall'appellante in relazione alla insussistenza dei presupposti essenziali consistenti nel comportamento colposo del danneggiante (nella presente fattispecie, la stazione appaltante) e nel danno ingiusto.

11. Conclusivamente, per le esposte motivazioni, l'appello deve essere respinto con conferma della sentenza di primo grado.

12. Il riparto delle spese di giudizio segue, come di regola, il criterio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello (R.G. n. 4994/2020), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge la domanda risarcitoria.

Condanna l'appellante al pagamento a favore di Geofor s.p.a. delle spese del secondo grado di giudizio, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori come per legge se dovuti.

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

Così deciso dal Consiglio di Stato, in Roma, nella camera di consiglio
del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppa Carluccio, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Loria

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO