



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 470 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato R. S., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato M. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della Determina dirigenziale reg. gen. n. 672 del 04/09/2020, reg. di settore n. 286 del 24/08/2020, del Responsabile dell'Ufficio LL.PP. — Qualità Urbana e Ambientale del Comune (...) e di qualsiasi atto preordinato, connesso e conseguente;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- della determina dirigenziale n. 962 del 29/12/2020 reg. gen., n. 454 del 29/12/2020 reg. di settore, del Responsabile dell'Ufficio LL.PP. - Qualità Urbana e Ambientale del Comune di (...), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché incognito alla ricorrente;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

della determina dirigenziale reg. gen. n. 178 del 04/03/2021, reg. di settore n. 46 del 26/02/2021, del Responsabile dell'Ufficio LL.PP. — Qualità Urbana e Ambientale del Comune di (...), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché incognito alla ricorrente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune del (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2021 il dott. Antonino Scianna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, la (...) S.p.A. impugna la determina reg. gen. n. 672 del 04/09/2020, reg. di settore n. 286 del 24/08/2020, del Responsabile dell'Ufficio LL.PP. del Comune di (...), con cui era stato confermato, sino al 31 dicembre 2020, l'affidamento in proroga alla società ricorrente del servizio di igiene urbana nel territorio del Comune in questione.

2. Espone in fatto la ricorrente di essere risultata aggiudicataria in data 22/01/2016 dell'appalto del ridetto servizio di igiene ambientale nel territorio del Comune di (...), e di aver sottoscritto in data 28.06.2016 il conseguente contratto con l'ente appaltante.

La durata contrattuale prevista era di tre anni a decorrere dalla data di consegna del servizio avvenuta il 10.02.2016, sicchè il vincolo contrattuale si sarebbe dovuto sciogliere il 09.02.2019. L'importo contrattuale per il triennio ammontava ad € 3.700.753,76 oltre IVA come per legge.

L'art. 3 comma 3 del contratto sottoscritto stabiliva che *“resta comunque nella piena facoltà del Comune di procedere alla proroga del contratto secondo quanto previsto dal Capitolato Speciale d'Appalto (art. 19)”*, questa ultima disposizione a sua volta prevedeva che *“al termine dell'appalto fino alla nuova gestione o all'entrata in servizio del nuovo affidatario, e comunque non oltre i dodici mesi dalla scadenza del presente appalto, la Ditta Aggiudicataria si impegna ad effettuare il servizio alle stesse condizioni economico gestionali, su richiesta della stazione appaltante, salvo condizioni più favorevoli all'Amministrazione previste dalle disposizioni di legge tempo per tempo vigenti...”*.

In sostanza, per effetto del combinato disposto delle norme citate, il Comune avrebbe potuto alle medesime condizioni economiche prorogare, per un periodo comunque non superiore a dodici mesi dalla scadenza, la durata dell'affidamento fino alla nuova gestione o all'entrata in servizio del nuovo affidatario.

In dichiarata applicazione delle citate norme contrattuali, con determinazioni dirigenziali n. 15 dell'11/02/2019 (reg. gen. 110 del 15/02/2019), n. 273/2019 reg. gen. 606 del 09/08/2019, n. 430/2020, reg. gen. 44 del 17/01/2020, 17/2020, reg. gen. 92 del 05/02/2020, il Comune ha prorogato il ridetto affidamento sino al 31.05.2020.

Nel frattempo con nota prot. n. 183 del 15/01/2020, la società ricorrente aveva evidenziato la propria contrarietà ad ulteriori proroghe, e con una seconda comunicazione, prot. n. 2005 del 29/05/2020, aveva condizionato la propria disponibilità alla rinegoziazione del corrispettivo dovuto per l'effettuazione del servizio.

Cionondimeno con determina dirigenziale n. 155/2020, reg. gen. n. 385 del 01/06/2020, l'ente disponeva una nuova proroga, dall'1 giugno 2020 fino al 31 agosto 2020.

Con una ulteriore comunicazione, prot. n. 3642 del 12/08/2020, la società ricorrente pur manifestando la propria disponibilità alla prosecuzione del servizio, per il periodo dall'1 settembre 2020 al 31 dicembre 2020, ribadiva l'imprescindibile necessità di rinegoziare il corrispettivo del servizio in parola. Con determina dirigenziale n. 286/2020, reg. gen. n. 672 del 04/09/2020, il Comune di (...) però disponeva un'ulteriore proroga dell'affidamento fino al 31/12/2020, alle medesime condizioni previste dal ripetuto contratto stipulato il 28.06.2016.

3. Contro questa ultima determinazione è perciò insorta la ricorrente con il ricorso in epigrafe affidato alle seguenti censure:

3.1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 106, comma 11 del D.Lgs. n. 50 /2016; violazione del principio di legalità dell'azione amministrativa; illegittimità della proroga per carenza dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione.

Denuncia la ricorrente che il provvedimento gravato sarebbe illegittimo, stante il superamento del limite massimo di sei mesi sancito dall'art. 23 della Legge n. 62/2005 e, comunque, del limite dei 12 mesi contrattualmente previsto o, ancora, del tempo entro cui ragionevolmente andrebbe definita una procedura di gara ad evidenza pubblica.

Anche a voler prescindere dal limite massimo di sei mesi previsto dalla legge considerando valido il termine fissato dal contratto d'appalto, l'amministrazione intimata avrebbe superato i termini massimi di durata della proroga a cui essa stessa si era vincolata. Con l'atto impugnato infatti è stata prolungata la durata del servizio fino al 31/12/2020, quindi per 22 mesi oltre la naturale scadenza contrattuale a tutto svantaggio della ricorrente, atteso che l'appalto è proseguito alle medesime condizioni economiche e gestionali previste dal contratto scaduto.

Evidenzia inoltre la difesa della ricorrente come anche la proroga tecnica, pur astrattamente consentita dall'art. 106 comma 11 del Dlgs 50/2016, sarebbe stata nel caso di specie disposta illegittimamente, stante che il provvedimento gravato non sarebbe stato adeguatamente motivato e non troverebbe fondamento in oggettivi ed insuperabili ritardi nella conclusione della nuova gara non imputabili all'amministrazione appaltante, che ha proceduto all'indizione della nuova solo ad aprile del 2020, ossia mesi dopo la scadenza del termine massimo della proroga contrattuale.

3.2. Violazione degli artt. 23, 41 e 97 Costituzione; carenza di contraddittorio procedimentale; illegittimità dell'imposizione del corrispettivo; eccesso di potere; violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza.

La ricorrente lamenta poi che il provvedimento impugnato violerebbe i principi di cui agli artt. 23, 41 e 97 della Costituzione.

Dall'eccessivo prolungamento della durata del servizio sarebbe derivata infatti una illegittima compressione del principio di libera iniziativa economica privata, atteso che la proroga ha importato la soggezione della ricorrente ad oneri e prezzi stabiliti nelle pattuizioni originarie che però, al momento dell'adozione del provvedimento gravato, non sarebbero più sostenibili e/o remunerativi a discapito anche della efficiente esecuzione dei servizi affidati. Per altro la società ricorrente, nel tempo avrebbe in più occasioni rappresentato all'amministrazione intimata il proprio dissenso rispetto alla proroga del servizio, la cui prosecuzione sarebbe stata di fatto imposta in maniera autoritativa e unilaterale, senza il rispetto del contraddittorio.

4. In data 03.11.2020, si è costituito con memoria il Comune di (...) per chiedere il rigetto del ricorso. Nell'evidenziare che, con deliberazione del Commissario Straordinario con i poteri del Consiglio Comunale n. 1 del 25 febbraio 2020, è stato dichiarato il dissesto finanziario dell'Ente, la difesa dell'amministrazione evidenzia la legittimità sia delle proroghe disposte ai sensi del citato art. 19 del Capitolato Speciale di Appalto, che delle proroghe tecniche disposte ai sensi dell'art. 106 comma 11 del dlgs 50/2016, e sottolinea che i ritardi nella indizione della nuova procedura di gara sarebbero riconducibili a fattori politici (lo scioglimento del Consiglio Comunale) e contingenti (l'emergenza sanitaria nazionale). La difesa comunale, inoltre, rammenta la sospensione di tutti i termini amministrativi disposta dall'art. 103 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, e sottolinea che nella vicenda all'esame un primo esperimento di gara ha dato esito infruttuoso e che è in corso una nuova procedura.

5. Successivamente, con determina dirigenziale reg. gen. n. 962 del 29/12/2020, reg. di settore n. 454 del 29/12/2020, il Comune disponeva una nuova proroga dell'affidamento del servizio di igiene urbana fino al 28/02/2021, sempre alle condizioni contrattuali originarie.

Per chiedere l'annullamento anche di questo provvedimento, è quindi nuovamente insorta la ricorrente con un primo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 04.02.2021 ed affidato alle seguenti ulteriori doglianze:

5.1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 30 e 106, comma 11 del D.Lgs. n. 50 /2016; violazione dei principi di libera concorrenza e massima partecipazione di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); violazione del principio di legalità dell'azione amministrativa; illegittimità della proroga per carenza dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione.

L'atto amministrativo impugnato con i motivi aggiunti sarebbe affetto dai medesimi profili di illegittimità del provvedimento censurato con il ricorso principale stante che, come quello, al di là del richiamo meramente formale alla situazione emergenziale verificatasi, non troverebbe giustificazione in oggettivi ed insuperabili ritardi nella conclusione della nuova gara non imputabili all'amministrazione appaltante. Tali ritardi sarebbero stati invece causati dalla colpevole inerzia della resistente amministrazione, che si sarebbe illegittimamente giovata della pur prevista proroga ben oltre il termine previsto dal capitolato di gara, avviando la nuova procedura per l'affidamento del servizio in parola dopo oltre un anno dalla scadenza contrattuale.

5.2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 23, comma 2, Legge n. 62/2005.

La Determina dirigenziale reg. gen. n. 962 del 29/12/2020, reg. di settore n. 454 del 29/12/2020, sarebbe illegittima anche per violazione del limite temporale previsto dall'art. 23, comma 2 della Legge n. 62/2005.

La norma, infatti, ammette espressamente che i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi possano essere prorogati, per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito dell'espletamento di gare pubbliche, a condizione che la proroga non superi comunque i 6 mesi. La disposizione in parola sarebbe ancora vigente e non avrebbe cessato di produrre i propri effetti anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016.

5.3. Violazione degli artt. 23, 41 e 97 Costituzione; carenza di contraddittorio procedimentale; violazione e falsa applicazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; difetto di motivazione; illegittimità dell'imposizione del corrispettivo; eccesso di potere; violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza.

La prosecuzione del servizio sarebbe stata imposta alla società ricorrente unilateralmente, senza la previa attivazione di alcun contraddittorio che avrebbe dovuto essere invece garantito, tanto più in considerazione della volontà contraria espressa dalla (...) S.p.A.

L'ordinanza impugnata sarebbe, altresì, illegittima anche nella parte in cui, dopo aver imposto alla ricorrente la forzosa prosecuzione del servizio, determina unilateralmente il corrispettivo dovuto per questo ultimo, imponendo un prezzo inadeguato e non remunerativo a discapito anche della efficiente esecuzione del servizio medesimo.

L'abuso dello strumento della proroga attraverso una sua ingiustificata ed illegittima reiterazione nel tempo violerebbe, altresì, il principio costituzionale della libera iniziativa economica garantito all'art. 41 Cost., poiché l'imposizione unilaterale dell'onere di proseguire il servizio e del corrispettivo per il suo espletamento determinerebbe una inammissibile sperequazione ad esclusivo beneficio dell'interesse dell'ente al risparmio di spesa e con sacrificio della libera iniziativa economica privata.

6. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato l'8 aprile 2021 ed affidato alle medesime doglianze del primo, infine, parte ricorrente ha chiesto l'annullamento della ulteriore determinazione dirigenziale reg. gen. n. 178 del 04/03/2021, reg. di settore n. 46 del 26/02/2021, del Responsabile dell'Ufficio LL.PP. del Comune di (...), con cui è stata disposta un'ultima proroga del servizio in parola fino al 31 marzo 2021, per la definizione della procedura di gara e l'effettiva consegna del servizio al nuovo operatore economico finalmente individuato.

7. Con memoria del 22 giugno 2021 il Comune di (...) ha chiesto la reiezione anche dei motivi aggiunti evidenziandone l'infondatezza, rivendicando la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per l'adozione dei provvedimenti gravati e negando che i ritardi nella conclusione della nuova gara siano addebitabili all'ente.

Con ulteriore memoria versata in atti l'1 settembre 2021 la difesa comunale ha reiterato le argomentazioni difensive già spese per difendere la legittimità dei provvedimenti impugnati, sottolineando che in esito alla nuova procedura di gara i servizi di igiene ambientale nel territorio comunale sono stati affidati, per il periodo di 12 mesi, alla ditta Barbato Holding S.r.l.

8. In esito all'udienza pubblica del 22 settembre 2021, sentiti i procuratori delle parti il ricorso è stato trattenuto in decisione.

9. Il Collegio reputa i ricorsi, principale e per motivi aggiunti, improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, stante che tutti i provvedimenti impugnati hanno perso efficacia.

Va osservato sul punto come la difesa comunale, nella memoria conclusionale dell'1 settembre 2021, abbia dato conto del positivo esito della gara volta ad individuare il nuovo gestore del servizio, sicchè essendo scaduti i termini di efficacia degli atti impugnati e non essendo stata formulata istanza di risarcimento dei danni eventualmente patiti, la ricorrente è oggi priva di interesse alla definizione della controversia poiché nessuna utilità potrebbe ricavare dall'annullamento di detti atti.

10. Il regolamento delle spese di lite va affidato al criterio della soccombenza virtuale.

Sul punto reputa il Collegio che dalla documentazione versata nel fascicolo di causa emerga la fondatezza delle censure con cui, nel ricorso principale ed in quelli per motivi aggiunti, la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 106 comma 11 del dlgs 50/2016 e dell'art. 23 della legge 18.04.2005 n. 62, nonché di quelle con cui è denunciata l'illegittimità della determinazione unilaterale del corrispettivo dovuto alla ricorrente per effetto dei gravati provvedimenti di proroga dell'affidamento.

10.1. Osserva il Collegio come la prima proroga del contratto tra le parti sia stata adottata con la determina n. 15 dell'11/02/2019 (reg. gen. 110 del 15/02/2019) e che il vincolo negoziale a quella data era però già sciolto, atteso che la durata del contratto era stata stabilita in tre anni o trentasei mesi dalla consegna avvenuta il 10 febbraio 2016, l'art. 3 comma 2 del contratto precisava infatti che *“alla scadenza del termine di durata il contratto si intende cessato e risolto di diritto, senza necessità di disdetta, preavviso, diffida o costituzione in mora”*, pertanto non di proroga dovrebbe parlarsi ma di rinnovo di un contratto scaduto, rispetto al quale però opera la preclusione di cui all'art. 23 della legge 18.04.2005 n. 62.

Ma anche a voler ritenere che di proroga e non di rinnovo si trattasse, appaiono manifestamente illegittime le successive proroghe (tecniche) adottate dalla resistente amministrazione a mente dell'art. 106 comma 11 del Dlgs 50/2016.

La norma in questione, infatti, stabilisce che *“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”*.

Ebbene, anche a voler considerare che l'originario contratto stipulato dalle parti fosse ancora in corso di esecuzione al momento (il 4 settembre 2020) dell'adozione del provvedimento gravato con il ricorso principale, in ogni caso quel contratto prevedeva che la durata complessiva della proroga non potesse eccedere il termine di un anno dalla scadenza originaria del vincolo negoziale (avvenuta come visto il 9 febbraio 2019), sicchè la nuova proroga adottata a settembre 2020, le precedenti (non impugate) e le successive (poi impugate con motivi aggiunti), non erano legittimate da alcuna disposizione del contratto o dei documenti di gara.

10.2. È fondata anche la doglianza con cui la ricorrente lamenta l'unilaterale determinazione del corrispettivo dovuto per la proroga del servizio. Sul punto non possono che essere richiamati i precedenti con cui questo Collegio (da ultimo con le sentenze n. 168 del 12 marzo 2020 e 468 del 23 luglio 2020), ha evidenziato che la PA non può imporre (nemmeno con lo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente) un corrispettivo per l'espletamento di un servizio, e tantomeno può farlo rinviando ad accordi contrattuali sulla cui vigenza ed efficacia vi è contesa tra le parti.

Invero, diversamente opinando, si consentirebbe all'Amministrazione di sacrificare la libera iniziativa economica privata a beneficio del proprio esclusivo interesse al risparmio di spesa, con violazione dei principi desumibili dall'art. 41 Cost. (cfr. in tal senso, C.d.S, V, 2.12.2002 n. 6624).

11. In ragione di quanto esposto, ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera c) del codice del processo amministrativo, i ricorsi principale e per motivi aggiunti vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse. In base al richiamato principio della soccombenza virtuale rispetto alle domande di annullamento dedotte, le spese processuali vanno poste a carico del Comune di (...) nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sui ricorsi, principale e per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse come da parte motiva.

Condanna il Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese di lite che liquida equitativamente nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri di legge e refusione del contributo unificato, se versato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Antonino Scianna, Referendario, Estensore

Alberto Romeo, Referendario

L'ESTENSORE
Antonino Scianna

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO