

Pubblicato il 10/02/2022

N. 00891/2022 REG.PROV.COLL.

N. 02146/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2146 del 2019, proposto da

Tortora Guido s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocata Feliciano Ferrentino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Aversa, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Nerone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Cesario Console n 3;

per l'annullamento

previa sospensione

a - della nota prot. 61005 del 19.4.2019 con cui il Dirigente dell'Area Ambiente Igiene Urbana, Verde Pubblico e Arredo Urbano del Comune di Aversa ha ritenuto che il contratto di appalto prot.

7843 del 13.6.2018 non sia ancora scaduto, non essendosi esaurito l'importo contrattuale ed ha diffidato la società Tortora Guido a proseguire il servizio di recupero dei rifiuti biodegradabili;

b – della determina dirigenziale dell'Area Ambiente Igiene Urbana, Verde Pubblico e Arredo del Comune di Aversa, con cui si è dichiarata la vigenza del contratto di appalto per il recupero dei rifiuti biodegradabili e si è diffidata la ricorrente a proseguire il servizio (non conosciuta);

c – ove occorra, dell'art. 2 del CSA, in uno all'art. 3 del contratto di appalto rep. 7843, nella parte in cui hanno previsto che l'appaltatore, in ogni caso, deve garantire l'espletamento del servizio fino alla data di assunzione del servizio da parte del subentrante e conformarsi a tutte le determinazioni della stazione appaltante;

d - ove e per quanto occorra, della determina dirigenziale n. 31 del 1° aprile 2019 di indizione della nuova gara per l'affidamento del servizio di recupero dei rifiuti urbani;

e - di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali

per la declaratoria di nullità

dell'art. 3 del contratto di appalto rep. 7843, in uno all'art. 2 del CSA, nella parte in cui hanno previsto che l'appaltatore, in ogni caso, deve garantire l'espletamento del servizio fino alla data di assunzione del servizio da parte del subentrante e conformarsi a tutte le determinazioni della stazione appaltante.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Aversa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 la dott.ssa Viviana Lenzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - La società in epigrafe indicata ha impugnato in via principale la nota prot. n. 061005 del 19/4/2019 con cui il dirigente dell'Area Ambiente, Igiene urbana, Verde Pubblico ed Arredo Urbano del Comune di Aversa (in riscontro alla nota con cui la società ha preannunciato la sospensione del servizio al 30/4/2019, stante l'ormai sopravvenuta scadenza del contratto), l'ha diffidato a proseguire nell'erogazione del servizio di recupero dei rifiuti urbani biodegradabili oggetto del contratto stipulato il 13/6/18. La società rimarca che il contratto ha avuto inizio in forza di consegna anticipata ex art. 32 d.lgs. n. 50/2016 il 16/2/2018 ed è pertanto venuto a scadenza il successivo 16/2/2019; non ha quindi alcun rilievo – ai fini della sua durata - la circostanza (che il Comune ha evidenziato nell'impugnata nota) che la società non abbia ancora fatturato l'intero importo contrattuale. La diffida concretizza, inoltre, violazione dell'art. 106 del d. lgs. n. 50/16 che ancora a tassativi presupposti la possibilità di prorogare un contratto e, segnatamente, alla circostanza che la scelta del nuovo gestore sia già in corso nel momento in cui esso viene a scadenza, laddove - nella fattispecie - la nuova gara è stata bandita in data 1/4/19, dopo la scadenza del contratto con la ricorrente.

A detta della ricorrente, sarebbero, altresì, illegittime/nulle per evidente contrasto con l'art. 106 cit. le previsioni capitolari e contrattuali in base alle quali l'appaltatore sarebbe obbligato a garantire, in ogni caso, l'espletamento del servizio fino al subentro del nuovo gestore ed a conformarsi a tutte le determinazioni in merito assunte dalla stazione appaltante.

2 - Ha resistito al gravame il Comune di Aversa, eccependo in via preliminare la carenza di giurisdizione dell'adito G.A., vertendo la controversia su atti emessi nella fase di esecuzione del contratto.

3 - Alla camera di consiglio del 12/6/2019, parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

4 - Alla pubblica udienza del 12/1/2022 il ricorso è transitato in decisione.

5 - In primo luogo, va affermata la giurisdizione di questo Tribunale.

All'uopo è sufficiente fare 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 (in termini, anche CGARS, sent. 1201/2020).

6 - Diversamente, poi, da quanto eccepito dal Comune resistente, sussiste certamente l'interesse della ricorrente alla caducazione della disposta proroga, tenuto conto che la prosecuzione del servizio (da ritenersi allo stato priva di scadenza certa o anche solo imminente) "eccede l'alea ordinaria connessa alla gara di cui la ricorrente è risultata aggiudicataria, tenuto conto del rilevante incremento del costo dello smaltimento dei rifiuti", secondo quanto in ricorso evidenziato.

7 - Né può convenirsi con l'affermazione della difesa comunale secondo cui la ricorrente avrebbe prestato acquiescenza alle previsioni del capitolato speciale, tenuto conto della intrinseca contraddittorietà delle stesse (su cui vedasi infra) e del fatto che nessuna concreta lesione avrebbe potuto lamentare la società prima ed a prescindere da una richiesta di proroga.

8 - Nel merito, si osserva che l'art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 dispone 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. 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".

8.1 - "E' noto che in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa eurounitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4192/2013).

Va peraltro ricordato che la differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

Peraltro, all'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui, all'aggiudicazione della gara, segua, dopo scadenza dell'appalto, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel quadro normativo; le proroghe dei contratti affidati con gara, infatti, sono consentite se già previste ab origine e comunque entro termini determinati, mentre, una volta che il contratto scada e si proceda ad una proroga non prevista originariamente, o oltre i limiti temporali consentiti, la stessa proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1521/2017, secondo cui "La proroga, anzi, come giustamente evidenziato dal primo giudice, costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile

attivare i necessari meccanismi concorrenziali”). [...omissis] La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro; una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3391/2008); quindi “è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente” (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2882/2009) – Tar Campania, Napoli, sez. V, sent. 6435/2021.

Ed ancora: “... come già evidenziato alla luce della giurisprudenza in materia, una legittima proroga sarebbe potuta intervenire antecedentemente alla scadenza del contratto, per una sola volta, e limitatamente al periodo necessario per l'indizione e la conclusione della necessaria procedura ad evidenza pubblica ... da programarsi, comunque, con congruo anticipo in previsione della già stabilita cessazione del periodo di efficacia del contratto non costituente circostanza imprevedibile ed eccezionale. ‘Ed invero, come innanzi accennato la proroga “è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente’ - CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20.06.2018, n. 04109, citata)” - T.A.R. Campania, Sez. V. sent. n. 1392/2020 e, in termini, anche Tar Sicilia, Catania, sez. III, sent. 3392/2021 e T.R.G.A., sez. aut. Bz, sent. n. 141/2021.

8.2 - Da ultimo, l'ANAC (con delibera n. 576 del 28 luglio 2021) ha puntualizzato quanto segue: “L'Autorità ha messo in luce come la proroga tecnica abbia carattere eccezionale e di temporaneità, essendo uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro. L'Autorità ha quindi individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, restringendo però tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (ex multis, Deliberazione 19 gennaio 2011, n. 7, Deliberazione 19 dicembre 2012, n. 110, Deliberazione 19 settembre 2012, n. 82, Deliberazione 10 settembre 2008, n. 36, Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 86; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882, Consiglio di Stato, V, 7 aprile 2011, n. 2151). Anche la giurisprudenza ha evidenziato come per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo di un contratto quale contratto nuovo, soggiacente a regole competitive, la proroga può essere concessa esclusivamente al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011). Più in dettaglio, in base all'interpretazione della norma fornita dall'Anac e dalla giurisprudenza amministrativa, affinché la proroga tecnica sia legittima, devono ricorrere i seguenti presupposti: - la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018); - la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo,

rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte); - la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013); - l'amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente (TRGA di Trento, sentenza n. 382 del 20 dicembre 2018). In altre parole, la proroga tecnica è ammessa solo nei casi eccezionali in cui, per ragioni oggettive estranee all'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Parere ex Avcp AG 38/2013); - l'opzione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto”.

9 – Tanto premesso, si rivelano evidentemente non conformi alle regole che disciplinano l'istituto in esame, come elaborate dalla giurisprudenza, le previsioni dell'art. 2 del capitolato speciale (pure oggetto di impugnativa) nelle quali, dopo un iniziale richiamo all'art. 106 cit. (che non può prescindere dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza), si prevede, per contro, che l'appaltatore debba garantire l'espletamento del servizio alle stesse condizioni contrattuali fino al subingresso del nuovo aggiudicatario.

Consequenziale è, quindi, la illegittimità della nota/diffida comunale impugnata, tenuto conto che:

- la nuova gara (che peraltro non consta, allo stato, sia stata conclusa) è stata bandita all'incirca due mesi dopo la scadenza del contratto, senza che né nell'interlocuzione procedimentale, né in sede processuale siano state evidenziate circostanze idonee a giustificare la lentezza dell'azione dell'ente, oltremodo grave in considerazione della tipologia del servizio;

- essa non indica la durata massima della proroga, obbligando la ricorrente ad erogare il servizio fino all'effettivo subentro del nuovo appaltatore.

10 - Per le suesposte ragioni, il ricorso va accolto con conseguente annullamento della diffida impugnata e delle previsioni capitolari ritenute contrastanti con la normativa primaria.

11 – Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Aversa alla refusione delle spese di lite in favore della società ricorrente, che liquida in euro 2.000,00 oltre accessori come per legge.

C.U. rifiuto.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Viviana Lenzi

Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO