

Publicato il 04/02/2020

N. 00158/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01018/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1018 del 2019, proposto da

Avr S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Vizzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Geofor S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Toscano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento di Geofor S.p.a., nota prot. n. 2531 del 30 maggio 2019, recante proroga tecnica del contratto d'appalto stipulato con AVR S.p.a. in data 24 giugno 2016, 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, Pisa, San Giuliano Terme, Vecchiano, Vicopisano (CIG 6382300891);

della nota di Geofor S.p.a. prot. n. 3324 del 16 luglio 2019, avente ad oggetto la suddetta proroga tecnica;

di tutti gli atti ed i provvedimenti di Geofor S.p.a. mediante i quali è stata disposta e ribadita la suddetta proroga tecnica ed imposta l'applicazione delle medesime condizioni economiche e prezzi del citato contratto d'appalto del 24 giugno 2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 il Consigliere Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società AVR SPA ha impugnato il provvedimento di Geofor S.p.a. (prot. n. 2531) del 30 maggio 2019, recante proroga tecnica del contratto d'appalto stipulato in data 24 giugno 2016, 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, Pisa, San Giuliano Terme, Vecchiano e Vicopisano.

La ricorrente riferisce come durante il rapporto contrattuale fossero sorte numerose criticità, da ultimo ribadite con nota del 28 marzo 2019 (acquisita da Geofor con prot. n. 2407 del 29 marzo 2019 e qui allegata), ove veniva evidenziata la sopravvenuta insostenibilità economico-finanziaria della commessa, oltre ai difficoltosi rapporti e le vertenze con le Organizzazioni Sindacali, le quali pretendevano l'applicazione di un CCNL per la manodopera, differente da quello previsto in gara.

Per le suddette ragioni, con la stessa nota del 28 marzo 2019, AVR richiedeva alla committente di non esercitare il diritto di opzione (facoltà di rinnovo) per ulteriori 24 mesi, previsto dall'art. 8 del citato contratto d'appalto, manifestando chiaramente l'intenzione di voler cessare la prestazione dei servizi alla naturale scadenza contrattuale.

Successivamente, con nota prot. n. 2531 del 30 maggio 2019 Geofor, comunicava ad AVR di aver indetto una nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio, disponendo contestualmente la proroga tecnica del contratto d'appalto del 2016, ai sensi di quanto previsto dal suo art. 7, *“per il tempo strettamente necessario per l'individuazione del nuovo aggiudicatario”*, con la precisazione che detta proroga veniva disposta *“agli stessi prezzi del contratto in essere”*.

Prima della scadenza del termine (1 luglio 2019) fissato per la presentazione delle offerte per la nuova gara, Geofor, con nota prot. n.2976 del 25 giugno 2019 comunicava che *“per effetto degli approfondimenti compiuti con gli Enti coinvolti e le parti sociali ed al fine di garantire l'esecuzione del miglior servizio possibile, preso atto che alla data odierna non è pervenuta alcuna domanda di partecipazione o manifestazioni di interesse né sono scaduti i termini di presentazione delle medesime, il Bando di gara della procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani ed altri servizi di igiene urbana nel territorio dei comuni di Calci, Cascina, Pisa, San Giuliano Terme, Vecchiano e Vicopisano lotto 1 CIG 79236399BF, lotto 2 CIG 79236556F4, lotto 3*

CIG 79236746A2, è revocato a far data dalla data odierna. La Stazione Appaltante procederà a pubblicare nuovo e distinto Bando di gara per l'affidamento dei servizi dandone pubblicità secondo la normativa di cui al D.Lgs. 50/2016”.

L'avviso di revoca del nuovo bando di gara veniva pubblicato anche sulla GURI dell'1 luglio 2019.

In considerazione di quanto sopra si sostiene che la proroga tecnica, disposta in data 30 maggio 2019 da Geofor, pur essendo originariamente legittima in considerazione dell'avvenuta pubblicazione del bando della nuova procedura di gara per l'affidamento del medesimo servizio di igiene urbana e “per il tempo strettamente necessario per l'individuazione del nuovo aggiudicatario” (così recitava la nota di Geofor prot. n. 2531 del 30 maggio 2019), sarebbe divenuta illegittima a far data dal 25 giugno 2019, a seguito della revoca del nuovo bando di gara sopra citato.

Nell'impugnare i provvedimenti sopra citati si sostiene, con un'unica ma articolata censura, la violazione dei principi fondamentali in materia di procedure ad evidenza pubblica e contratti pubblici (in particolare quelli della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza), in quanto la scadenza del contratto era, pertanto, perentoriamente fissata al 30 giugno 2019.

Si è costituita la committente Geofor Spa, eccependo in primo luogo il difetto di giurisdizione di questo Tribunale in luogo del Giudice Ordinario, in quanto il regime della proroga sarebbe disciplinato dall'art. 7 del contratto e che, comunque, quest'ultima avrebbe inciso nella fase di esecuzione dello stesso negozio giuridico.

A parere della stazione appaltante il danno allegato dalla controparte risulterebbe comunque assorbito nella piena legittimità dell'operato di Geofor, in considerazione del fatto che il contratto non era scaduto al momento della proroga; che quest'ultima è prevista dal contratto; è stata regolarmente accettata da AVR, richiamando proprio l'art. 7 del contratto laddove prevede durante la proroga il servizio viene svolto alle solite condizioni del contratto originario.

Nelle more del presente giudizio entrambe le parti davano atto che Geofor aveva provveduto a pubblicare, in data 16 ottobre 2019, un nuovo bando di gara per l'affidamento del servizio in questione al quale erano seguiti 4 avvisi di

rettifica, nelle date del 28 ottobre, 30 ottobre, 11 novembre e 12 novembre 2019.

Dopo la seduta per l'apertura dell'offerta tecnica Geofor aveva provveduto ad annullare anche questa procedura, con le delibere del CdA del 13/16 dicembre 2019, determinandosi nel senso di internalizzare il servizio oggetto di appalto.

Nelle ultime memorie la ricorrente evidenziava di avere sopportato costi non giustificati (riconducibili alla manodopera e i mezzi impiegati), nel periodo della proroga asseritamente illegittima, ossia dal luglio al dicembre 2019, avendo dovuto continuare ad operare, al precipuo fine di garantire un servizio pubblico essenziale, utilizzando la medesima struttura organizzativa (squadre di uomini e mezzi) e le modalità operative già utilizzate.

A seguito della camera di consiglio dell'11 settembre 2019, e con ordinanza n. 551/2019, questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare.

All'udienza del 15 gennaio 2020, uditi i procuratori delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo va accertata l'esistenza della Giurisdizione di questo Tribunale.

1.1 A tal fine è sufficiente richiamare un costante orientamento giurisprudenziale che non ha mai dubitato della giurisdizione del Giudice Amministrativo in caso di impugnazione di una c.d. proroga tecnica, rimanendo tale provvedimento attratto al contenzioso sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ex artt. 133 e 120 c.p.a., nell'ambito della giurisdizione esclusiva dello stesso GA (in questo senso Consiglio di Stato Sez. V, n. 274/2018; e, da ultimo, Sez. V, n. 3588/2019).

Anche la Corte di Cassazione (Sez. Unite Ord., 31/10/2019, n. 28211) in una fattispecie analoga diretta ad attribuire servizi aggiuntivi senza lo svolgimento di una gara ha sancito che *“l'annullamento o la declaratoria di inefficacia degli atti amministrativi con cui la P.A. committente abbia ampliato l'oggetto dello stesso in favore dell'aggiudicatario, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, venendo in rilievo, non già una questione relativa all'esecuzione del contratto (in ordine alla quale la P.A. si porrebbe*

in posizione paritetica e l'altro contraente vanterebbe una posizione di diritto soggettivo), né una questione di invalidità del contratto per vizi del procedimento di evidenza pubblica, bensì l'illegittima decisione dell'ente committente di procedere all'affidamento diretto dei lavori o servizi aggiuntivi in favore dell'aggiudicatario, senza indire un'ulteriore gara d'appalto, così ledendo l'interesse legittimo del terzo a partecipare a tale gara'.

1.2 E' del tutto evidente che la proroga tecnica è anch'essa il risultato dell'esercizio di potere autoritativo risolvendosi in un vero e proprio affidamento diretto, sicché ogni contestazione sulla sua legittimità appartiene alla giurisdizione del Giudice Amministrativo ex art. 133 c.p.a., comma 1 lett. c) soprattutto nel caso in esame, qual è quello del ciclo rifiuti, già ascritto alla giurisdizione esclusiva dello stesso GA.

1.3 Precedenti pronunce hanno confermato la giurisdizione di questo Tribunale anche nelle ipotesi (come nel caso di specie) in cui la proroga sia stata disposta in esecuzione di una disposizione contrattuale e, in ciò affermando contestualmente che *“in materia di appalti pubblici, se è vero che sono considerate legittime le clausole di proroga inserite ab origine nella lex specialis, giacché in tal modo non è configurabile una violazione della par condicio, né si dà vita ad una forma di rinnovo del contratto in violazione dell'obbligo di gara, è altrettanto vero che la facoltà di proroga del contratto di appalto, anche in presenza di una clausola della lex specialis, soggiace comunque a determinate condizioni, dovendo essere limitata a periodi predeterminati e non potendo prescindere da un'adeguata e puntuale motivazione che dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale della gara“* (Cons. Stato Sez. V, 06-05-2015, n. 2272).

1.4 Tutto ciò premesso è possibile esaminare nel merito il ricorso, anticipando sin d'ora come sia infondato.

1.5 E' necessario chiarire che l'art. 7 del contratto (rubricato “proroga”) prevedeva che: *“Qualora in prossimità della scadenza del contratto di appalto, la procedura di gara esperita da Geofor s.p.a. per l'individuazione del nuovo aggiudicatario con cui stipulare il nuovo contratto di appalto non fosse ancora compiuta o terminata oppure qualora la nuova aggiudicataria non avesse ancora dato inizio all'esecuzione del servizio, 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. La comunicazione di suddetta proroga deve avvenire da parte di Geofor S.p.a. tramite PEC o fax almeno 30 (trenta) giorni prima la scadenza del termine contrattuale”.

1.6 In questo senso è, come ricorda la stessa ricorrente, è anche l'art. 106, comma 11, del D.lgs. 50/2016, il quale dispone espressamente che: *“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”.*

1.7 Ciò premesso è stato accertato che la proroga è stata disposta in un momento in cui il contratto era vigente e per il tempo strettamente necessario allo svolgimento di una nuova procedura concorsuale che era stata prontamente attivata dalla società committente.

1.8 La circostanza che le due procedure ristrette non abbiano prodotto i risultati sperati non è suscettibile di inficiare la legittimità della proroga, in quanto la revoca è stata disposta (nel primo caso) in quanto non era pervenuta alcuna domanda di partecipazione, mentre nel secondo caso era stata acquisita un'unica offerta che non era stata ritenuta soddisfacente, con conseguente annullamento della gara ai sensi dell'art. 22 del bando e per l'oggettiva impossibilità di ottenere un prezzo remunerativo e contestuale decisione di internalizzare i servizi di gestione dei rifiuti già banditi.

1.9 E' peraltro evidente che la proroga è finalizzata ad evitare la possibile interruzione di un pubblico servizio, previsione contrattuale quest'ultima espressamente accettata dal contraente, che si era vincolato a svolgere il servizio durante la proroga alle stesse condizioni originarie di contratto.

2. Nemmeno convince la tesi che vorrebbe porre a carico della stazione appaltante la sopravvenuta insostenibilità economico-finanziaria della commessa, riconducibile a vertenze sindacali e a maggiori oneri, sopravvenuti successivamente alla stipula contrattuale che comprendeva anche la disposizione relativa alla proroga.

2.1 Si consideri, peraltro, il periodo di tempo limitato in relazione al quale il ricorrente è stato obbligato a eseguire il servizio al prezzo in origine offerto, periodo di tempo corrispondente a circa sei mesi dal 1 luglio al 31 dicembre 2019, nell'ambito del quale la stazione appaltante ha svolto le procedure di evidenza pubblica, sino a constatare l'inesistenza sul mercato di operatori economici effettivamente idonei a garantire la sostenibilità dell'offerta.

2.1 In conclusione la legittimità del provvedimento impugnato comporta il rigetto della domanda di annullamento e la conseguente infondatezza della richiesta del risarcimento del danno asseritamente subito per l'inesistenza di un danno ingiusto e di un comportamento colposo della società committente.

2.2 Il ricorso è infondato e va respinto, mentre la particolarità della fattispecie esaminata consente di compensare le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giovanni Ricchiuto

Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO