

## Il contenzioso in materia di c.d. proroga tecnica: la giurisdizione appartiene al G.A.

di Francesca Lucchese

Data di pubblicazione: 7-12-2020

*La c.d. proroga tecnica, rappresentando un affidamento diretto che deve essere motivato e che può avvenire a determinate condizioni, afferisce l'esercizio del potere autoritativo.*

*Pertanto, ogni contestazione sulla sua legittimità appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a.*

### GUIDA ALLA LETTURA

Nella sentenza in commento la IV sezione del Consiglio di Stato analizza la natura della c.d. proroga tecnica affrontando anche la questione afferente la giurisdizione in tale materia.

Orbene, i Giudici di Palazzo Spada prendono le mosse dal contenuto precettivo dall'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 secondo il quale: *“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”*.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato: *“La cd. “proroga tecnica” - istituito 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).*

Con maggiore impegno esplicativo, in materia di proroga -o di rinnovo- dei contratti pubblici di appalto, si afferma che 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 comunitaria, 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, 20 agosto 2013 n. 4192).

Inoltre, in questa sede, non può essere omessa la differenza tra rinnovo e proroga di contratto

pubblico. Ebbene, 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 effetto solo il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

A tale specifico riguardo, anche l'Anac (cfr. Delibere nn. 6/2013 e 1/2014), riportandosi a quanto affermato in materia dalla giurisprudenza, ha affermato che la cd "proroga tecnica" è ammessa solo in via del tutto eccezionale, poiché costituisce una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, enunciati nel previgente codice dei contratti al comma 1 dell'art. 2, oggi art. 30 del D. Lgs. n. 50/2016.

Pertanto, la proroga ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro. Detto in altri termini, 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).

In tale contesto ricostruttivo, occorre soffermarsi brevemente sui profili afferenti il riparto di giurisdizione.

Giova rammentare il principio costantemente enunciato, e confermato nelle recenti pronunce della Cassazione Civile ( S. U. 26/7/2019, n. 20403 e 31/7/2018, n. 20350), secondo il quale la giurisdizione si determina in base alla domanda. Ciò che rileva, infatti, non è la prospettazione delle parti, bensì il *petitum sostanziale*, che va identificato non solo in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto bensì della **causa petendi**, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati.

Per quanto concerne le procedure ad evidenza pubblica, la giurisdizione esclusiva afferisce profili di interessi legittimi e diritti soggettivi in stretta e diretta correlazione tra loro (Corte Cost. n. 204 del 2004).

Orbene, è proprio *"l'esercizio del potere autoritativo che consente di configurare quella particolare materia prefigurata dai costituenti nell'intreccio tra diritti del privato, da un lato, e interessi e poteri della P.A., dall'altro"* (Cass. Sez. Un. 25516 del 2016): in altri termini, è solo la parte che tocca comunque l'esercizio del potere amministrativo che può essere legittimamente devoluta alla giurisdizione esclusiva del comparto TAR – Consiglio di Stato.

Invece, si devono ritenere attribuite alla giurisdizione civile le controversie ogniqualvolta non si determini l'intreccio tra diritti privati e interessi/poteri pubblici, poiché in questa seconda fase che ha inizio subito dopo l'incontro delle volontà delle parti e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione- i contraenti (privato e amministrazione) si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere,

rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto.

Ciò posto, il Consiglio di Stato, richiamando numerosi precedenti della giurisprudenza amministrativa e della Corte di Cassazione (Sez. Un. Ord. n. 2811 del 31 ottobre 2019) in materia di contenzioso sulla c.d. proroga tecnica, ha affermato 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.”*.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 (eurounitari 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 rinvengono 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.