

Sentenza n. 351/2024

pubbl. il 26/11/2024

RG n. 356/2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 163 del 2024, proposto da

C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati M. P. e A. M. B., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune (...), in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati D. d. N. e R. D., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

G. I. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati M. P. e M. B., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

- della determinazione dirigenziale n. (...) del 29.3.2024, avente ad oggetto convenzione Consip S.p.a. per l'affidamento del “servizio integrato energia per le pubbliche amministrazioni – e.d.3 (SIE 3)” – lotto 8, ai sensi dell'art. 26 della legge 488 del 23/12/1999 e dell'art. 58 della legge 388/2000 edifici comunali – cig convenzione: 4227684b31 / cig derivato: 63040889fb – progetto c.a.s.e. – cig convenzione: 4227684b31 / cig derivato 7072709819 – conferma proroga tecnica fino al 30 settembre 2024;

- di ogni ulteriore atto ad essa collegato o da essa dipendente;

per la declaratoria di illegittimità:

- del silenzio serbato dall'Amministrazione sulla proposta di adesione alla Convenzione Consip SIE 4 di cui alla nota inviata a mezzo p.e.c. in data 22.3.2024;

per la declaratoria di nullità e di inefficacia:

- del contratto intercorso tra il Comune (...) e la società controinteressata ed illegittimamente prorogato e per la condanna del Comune (...) all'adozione delle misure idonee a tutelare le situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio dalla ricorrente, ivi compresa l'adesione alla convenzione Consip SIE 4.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune (...) e di G.I. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2024 la dott.ssa Maria Colagrande;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Consorzio ricorrente è risultato aggiudicatario del lotto 12, all'esito di una procedura aperta indetta da Consip S.p.a. con bando pubblicato in G.U n. 143 del 4.12.2015, per l'affidamento del SIE, (Servizio Integrato di Energia relativo alle attività di gestione, conduzione e manutenzione degli impianti termici e degli impianti di climatizzazione estiva, inclusa la fornitura del vettore energetico e del servizio energetico elettrico relativo a tutte le attività di gestione, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici) da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il lotto 12 aggiudicato al ricorrente riguarda la prestazione del SIE in favore delle amministrazioni delle Province di L'Aquila, Chieti e Pescara- Molise e Puglia 1 - Province di Barletta, Andria, Trani e Foggia aderenti alla convenzione Consip SIE 4 stipulata il 22.12.2022 dal Consorzio e da Consip a seguito dell'aggiudicazione.

L'attuale gestore del SIE, per il Comune (...), è la controinteressata G.I. S.p.a., subentrata ad A. S.r.l. alla quale il Comune, in adesione alla precedente convenzione Consip SIE 3 aveva affidato il servizio per la durata di sei anni, con efficacia dal 16.7.2015, prorogabile per un massimo di dodici mesi e successivamente integrato con atto di affidamento del servizio di fornitura del gas metano per il riscaldamento e la produzione di acqua calda degli edifici del "Progetto C.A.S.E.".

In prossimità della scadenza dell'ultima proroga del contratto di servizio, il Comune (...) ha inviato una richiesta preliminare di fornitura al ricorrente.

Il Consorzio ha quindi presentato, in data 13.2.2024, una prima proposta tecnico-economica, poi modificata, come richiesto dal Comune, senza però ricevere alcun riscontro neppure all'invito inviato del 22.3.2023 con il quale ha chiesto al Comune di dar corso all'ordinativo di fornitura del SIE tramite la piattaforma degli acquisti in rete.

Il Comune, invece, con determinazione dirigenziale n. 1393 del 29.3.2024, ha disposto, ai sensi del comma 11 dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, un'ulteriore proroga (l'ottava) del contratto stipulato con la controparte per la fornitura del servizio nelle more della conclusione della procedura di project financing indetta avviso di manifestazione di interesse pubblicato il 6/10/2021 per la gestione dell'illuminazione pubblica e della prestazione di calore degli edifici comunali e progetto C.A.S.E.

La determinazione dirigenziale n. 1393 del 29.3.2024 e il silenzio del Comune sulla richiesta del Consorzio di stipulare il contratto di fornitura in adesione alla convenzione Consip SIE 4 per il lotto 12, sono impugnati con un unico, articolato motivo di ricorso per vizi di “violazione del divieto del rinnovo contrattuale; violazione dell'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023; violazione dell'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 23, comma 2, della legge 2005 n. 62; violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della l. n. 488/1999, nonché dell'art. 9 d.l. n. 66/2014, nonché dei commi 510, 512, 516 della l. n. 208/2015; violazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per sviamento nella forma di violazione del principio di efficienza, economicità e proporzionalità. carenza di istruttoria e difetto di motivazione”.

Secondo la tesi del ricorrente, il Comune, anziché aderire alla nuova convenzione Consip SIE 4 - come imposto dall'art. 26 comma 3 l. 488/1999 e dall'art. 1, comma 449, legge n. 296/2006 - e individuare il ricorrente il nuovo gestore del servizio attualmente prestato da Getec:

- ha reiterato per l'ottava volta dalla scadenza del contratto, la proroga della fornitura del servizio, benché non prevista dalla convenzione Consip SIE 3, condizione tassativamente richiesta per potervi fare eccezionalmente ricorso;

- ha violato il termine massimo di sei mesi della proroga tecnica dei contratti per acquisti e forniture dei beni e servizi stabilito dall'art. 23, comma 2, della legge 2005 n. 62, consentendo di protrarre per ulteriori tre anni, con proroghe successive, la durata del contratto attuativo della convenzione SIE 3;

- ha, di fatto, affidato direttamente alla controinteressata un appalto dal valore di € 2.524.000,00, in contrasto con i principi concorrenziali di matrice europea;
- ha violato l'obbligo imposto dalla legge alle pp.aa. di avvalersi delle convenzioni Consip, cui consegue la nullità della proroga;
- ha in ogni caso violato l'obbligo di indire una gara ponte per l'affidamento del servizio prima di disporre la proroga, essendo la procedura di project financing ferma alla fase di individuazione del promotore;
- ha omesso di indicare nel provvedimento impugnato le ragioni dell'interruzione del procedimento di adesione alla convenzione Consip SIE 4 avviato nei confronti del ricorrente e della preferenza accordata al contratto stipulato con il gestore uscente a condizioni meno convenienti per l'amministrazione;
- persiste nel mancare di dare riscontro alla proposta tecnico - economica del ricorrente.

Si è costituita la controinteressata che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso sotto vari profili:

- per violazione delle regole in materia di ricorso cumulativo, in quanto la domanda di annullamento del provvedimento di proroga non sarebbe connessa alla domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio sulla proposta tecnico - economica inviata dal ricorrente al Comune.
- per omessa notifica del ricorso al (...) individuato come soggetto promotore nella procedura di project financig - nei confronti del quale dovrebbe comunque essere integrato il contraddittorio - perché l'accoglimento del ricorso obbligherebbe il Comune (...) ad affidare a CNS un contratto attuativo della convenzione SIE 4 di durata minima sessennale e, quindi, ad abbandonare la procedura di project financing, così privando il (...) della posizione di vantaggio che gli è stata riconosciuta con la deliberazione della Giunta municipale n. 392 del 31.5.2022;
- per difetto d'interesse in quanto la deliberazione impugnata sarebbe l'ultima conferma della prima proroga disposta con determina dirigenziale n. 2807 del 15 luglio 2021 con efficacia "fino alla data di affidamento del servizio al concessionario della procedura", con la conseguenza che il ricorrente non otterrebbe alcuna utilità dall'annullamento dell'ultima proroga, restando comunque efficace la prima in quanto non è ancora conclusa la procedura di project financing.

Il Comune (...) si è costituito con atto formale senza articolare difese.

All'udienza pubblica del 9 luglio 2024 il ricorso è passato in decisione.

1. Preliminarmente devono essere esaminate le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla controinteressata.

1.1 Sull'inammissibilità del ricorso perché introduce due domande fra loro non connesse.

L'eccezione è infondata.

L'attività di consultazione avviata dal Comune con il ricorrente per conoscere le condizioni tecnico economiche dallo stesso offerte in attuazione della convenzione Consip SIE 4 e il procedimento concluso con la proroga del servizio in favore della controinteressata sono connessi sul piano tecnico-formale e sul piano logico perché, da un lato, hanno lo stesso oggetto (l'affidamento del SIE cui aspira il Consorzio) e dall'altro è evidente che la proroga accordata all'attuale gestore preclude la conclusione della fase prenegoziale avviata dal Comune ai fini dell'adesione alla convenzione Consip SIE 4 e quindi la soddisfazione dell'interesse perseguito dal ricorrente.

Ne consegue che non sussiste la possibilità, che il divieto di cumulo intende evitare, che l'esame congiunto delle due domande comporti la pronuncia di decisioni contraddittorie.

1.2. Sull'inammissibilità del ricorso per omessa notifica al (...).

La dichiarazione di pubblico interesse della proposta di uno degli aderenti al bando per l'affidamento della concessione del servizio in regime di finanza di progetto e l'individuazione del (...) quale soggetto promotore, ex art. 183 d.lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*), si colloca in una fase preparatoria della procedura, cui non corrisponde alcuna situazione di vantaggio in capo al promotore.

Egli infatti è titolare di una mera aspettativa all'indizione della gara che la pubblica amministrazione potrebbe liberamente decidere di non disporre, non essendo tenuta alla ponderazione di interessi diversi da quello pubblico alla convenienza, fattibilità e sostenibilità finanziaria della proposta (fra le tante Consiglio di Stato sez. III, 19/09/2022, n.8072, Consiglio di Stato sez. V, 04/02/2019, n.820). Ne consegue che il (...), non essendo titolare di un interesse qualificato all'indizione della gara neppure ha titolo per contraddire sulla domanda del ricorrente volta ad ottenere l'affidamento del servizio cui entrambi aspirano.

Va disattesa quindi anche l'eccezione subordinata di non corretta costituzione del contraddittorio e respinta l'istanza di integrazione nei confronti del (...).

1.3. Sull'inammissibilità del ricorso carenza d'interesse.

L'eccezione è infondata.

Ognuna delle proroghe del servizio disposte dal Comune ha avuto durata di sei mesi; ciò vuol dire che il provvedimento impugnato non è meramente confermativo della prima e delle successive proroghe, che secondo la controinteressata produrrebbero lo stesso effetto della deliberazione impugnata rendendone pertanto inutile l'annullamento, ma ha una propria efficacia conformativa perché assegna un nuovo periodo di validità al contratto stipulato con l'attuale gestore e impedisce - secondo la prospettazione dei motivi di ricorso - l'affidamento del servizio al ricorrente, il quale pertanto vanta un concreto interesse ad impugnarla.

2. Nel merito il ricorso è in parte fondato.

2.1. Sulla domanda di annullamento.

2.2. Preliminarmente è utile chiarire che il ricorrente è legittimato ad impugnare la deliberazione di proroga, sia perché è aggiudicatario del lotto 12 della gara indetta da CONSIP per l'affidamento del SIE ai sensi della convenzione SIE 4, sia quale operatore del settore, come tale avente titolo a partecipare a qualsiasi selezione per l'affidamento del servizio.

Sotto il primo profilo va precisato che il Comune, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, non è tenuto a ricorrere alle convenzioni Consip S.p.a. per l'acquisto di beni e servizi, in quanto l'art. 9 comma 3 del decreto legge del 24/04/2014 n. 66 impone tale obbligo alle "amministrazioni statali centrali e periferiche ad esclusione degli enti locali di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267" ivi compresi i comuni.

Nondimeno la proroga è lesiva della chance del ricorrente di gestire il SIE del Comune (...) resa concreta dalle trattative per l'adesione alla convenzione Consip SIE 4 avviate dal Comune.

Quanto al secondo aspetto, data la complessità della procedura di project financing indetta con la deliberazione di G.C. n. 187 del 7 maggio 2021 e ad oggi ancora in fase preliminare, oltre che sub iudice come riferito dalla controinteressata, ragionevolmente il ricorrente nutre l'ulteriore chance di poter partecipare a una gara ponte, nelle more della definizione del procedimento di affidamento del servizio in project financing, anche mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione ex art. 158 del d. lgs. n. 36/2023, alle condizioni ivi stabilite (Consiglio di Stato sez. V, 18/10/2021, n.6955).

2.3. Ciò premesso, è fondata la censura di illegittimità della proroga del contratto stipulato dal Comune per la gestione del servizio integrato di energia.

Occorre muovere dall'esame dei limiti alla proroga dei contratti pubblici desumibili dal d.lgs. n. 163/2006 vigente alla data della sottoscrizione del contratto e applicabile *ratione temporis* alle vicende che da esso traggono titolo.

Per quanto il d.lgs. n. 163/2006 disponga esclusivamente il divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici, implicitamente ammettendone la proroga intesa come mero differimento del termine di efficacia, la giurisprudenza ha affermato che è possibile prorogare i contratti in corso, cioè non scaduti, purché la facoltà di proroga sia stata espressamente prevista dalla *lex specialis* e quindi già nota agli operatori di settore e non ecceda i limiti temporali stabiliti (Consiglio di Stato, sez. III, 22/01/2016, n. 209 T.A.R., L'(...), sez. I, 12/03/2015, n. 150).

Nel caso in decisione non sussistono le condizioni per disporre la proroga tecnica prevista dalla citata disposizione in quanto:

- la convenzione SIE 3, ai sensi della quale è stato stipulato il contratto di servizio, non prevedeva alcuna proroga;
- il contratto attuativo della convenzione SIE 3 prevedeva una proroga fino ad un massimo di ulteriori 12 (dodici) mesi;
- alla data dell'adozione del provvedimento impugnato il contratto e la legittima proroga di 12 mesi erano ormai scaduti (rispettivamente il 31.12.2021 e il 31.12.2022);
- la pendenza della procedura di concessione del servizio in regime di finanza di progetto non è equiparabile a una procedura di gara per l'individuazione del nuovo contraente quando il procedimento si trovi ancora nella fase preliminare di selezione dell'offerta e del promotore in cui l'amministrazione non è ancora tenuta a dare ulteriore impulso al procedimento, né quindi ad indire la gara per la selezione del nuovo contraente (Consiglio di Stato sez. V, 18/10/2021, n. 6955).

La giurisprudenza formatasi nella vigenza del d.lgs. 163/2006, applicabile al caso di specie e recepita dal legislatore con l'introduzione di limiti tassativi alla proroga dei contratti pubblici (art. 106 d.lgs. n. 50/2016), ha chiarito che: "All'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. Infatti le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque

entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara." (Consiglio di Stato sez. V, 08/04/2014, n.1656; conformi: Consiglio di Stato sez. VI, n. 850/2010; Consiglio di Stato sez. III, 03/04/2017, n.1521; Consiglio di Stato, sez. V, 29/05/2019, n. 3588).

Ne consegue che la proroga impugnata poiché intervenuta dopo il decorso dei dodici mesi di proroga previsti dal contratto, deve essere qualificata come illegittimo affidamento diretto del SIE del Comune (...), in quanto l'importo del contratto supera ampiamente – il dato è incontestato - i limiti attualmente vigenti entro i quali è possibile stipulare contratti senza gara.

Infatti, esclusa la (ulteriore) proroga tecnica del contratto, nelle more della conclusione del procedimento di affidamento del servizio mediante project financing, l'unico strumento che la normativa vigente prevede al fine di dare continuità alla gestione del servizio, è il ricorso a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. n. 36/2023.

Per queste ragioni, assorbite le altre censure, la deliberazione impugnata merita di essere annullata e per l'effetto deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto di "servizio integrato energia per le pubbliche amministrazioni – e.d.3 (SIE 3)" – lotto 8, attualmente in corso di esecuzione, in quanto non ricorrono le esigenze imperative previste dall'art. 121 comma 3 c.p.a. per derogarvi.

2.4. È invece infondata la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio inadempimento sopravvenuto del Comune sulla proposta tecnico-economica presentata dal Consorzio dopo l'avvio dell'attività amministrativa avviata dal Comune ai fini dell'affidamento del SIE in adesione alla Convenzione Consip SIE 4.

Il ricorrente lamenta che il Comune non ha dato seguito alla richiesta di presentazione della proposta tecnico economica per la gestione del SIE in regime di convenzione Consip SIE 4, prospettando quindi, non l'omissione di attività provvedimentale e quindi la lesione di un suo correlato interesse legittimo, ma l'interruzione ingiustificata di trattative negoziali avviate dal Comune nella prospettiva di aderire, senza esservi obbligato come detto al precedente punto 2.2., alla Convenzione Consip SIE 4.

Mancano dunque le condizioni dell'azione contra silentium proponibile solo nel caso di mancato esercizio di attività autoritativa che l'amministrazione ha l'obbligo di esercitare per corrispondere alle istanze di portatori di interessi legittimi pretensivi.

3. L'accoglimento parziale del ricorso giustifica la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto:

- annulla la determinazione dirigenziale n. 1393 del 29.3.2024 del Comune (...);
- dichiara l'inefficacia del contratto in corso fra il Comune (...) e G.I. S.p.a. avente ad oggetto la gestione del "servizio integrato energia per le pubbliche amministrazioni – e.d.3 (SIE 3)" – lotto 8, per il periodo dal 1.4.2024 al 30.9.2024;
- respinge la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio sopravvenuto alla nota del 22.3.2024 del CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;
- compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in L'(...) nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Maria Colagrande, Consigliere, Estensore

Massimo Baraldi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Maria Colagrande

IL PRESIDENTE

Germana Panzironi

IL SEGRETARIO