

Publicato il 12/01/2023

N. 00014/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00285/2022 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 285 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Eco Eridania S.p.A. in proprio e in qualità di mandataria del Rti con di Nizio Eugenio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Salvini e Valeria Pelà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.S.L. n. 1 di Avezzano – Sulmona - L'Aquila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonella Faieta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Abruzzo, non costituita in giudizio;

nei confronti

Aric - Agenzia Regionale di Informatica e Committenza, non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Deliberazione del Direttore Generale n. 1260 del 27 giugno 2022, comunicata con nota prot. n. 0118480/22 del 28 giugno 2022, avente ad oggetto “Contratto inerente ai “Servizi di raccolta, trasporto e smaltimento /recupero dei rifiuti prodotti dalla A.S.L. 1 Avezzano -Sulmona – L'Aquila” – CIG 9228284CDB – Differimento degli effetti economico - giuridici al 31.12.2022” nonché tutti i relativi allegati e comunque tutti gli atti presupposti, connessi e comunque conseguenti, compresa la predetta nota del 28 giugno 2022, nonché la condanna, previo accertamento, al risarcimento del danno ex art. 30 c.p.a. patito dal R.T.I. odierno ricorrente per l'effetto della condotta dell'Ente nei termini di seguito meglio specificati.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 13/9/2022:

- della Deliberazione del Direttore Generale n. 1606 del 8 settembre 2022, comunicata con nota prot. n. 0161610/22 del 12 settembre 2022 ed avente ad oggetto “Revoca deliberazione n. 1260 del 27.06.2022 “Servizi di raccolta, trasporto e smaltimento /recupero dei rifiuti prodotti dalla A.S.L. 1 Avezzano -Sulmona – L'Aquila”. Provvedimenti”, nonché tutti i relativi allegati e comunque tutti gli atti presupposti, connessi e comunque conseguenti, per la condanna al risarcimento del danno ex art. 30 c.p.a. patito dal R.T.I. odierno ricorrente per l'effetto della condotta dell'Ente nei termini di seguito meglio specificati.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della A.S.L. n. 1 di Avezzano Sulmona L'Aquila;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2022 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

1. La ricorrente è succeduta, per affitto del relativo ramo d'azienda, alla società Mengozzi S.p.a. mandataria del RTI Mengozzi S.p.A. – Di Nizio Eugenio S.r.l., aggiudicatario della gara, indetta dalla Regione Abruzzo con deliberazione n. 627 del 9 agosto 2010, per l'erogazione del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti prodotti dalle Aziende Unità Sanitarie Locali della Regione Abruzzo.

Con deliberazione n. 545 del 28 marzo 2014 la A.S.L. 1 Avezzano – Sulmona - L'Aquila ha recepito il contratto stipulato fra la Regione e l'aggiudicatario con decorrenza dal 1° aprile 2014 per la durata di 6 anni.

Con deliberazione n. 1349 del 28 luglio 2020 la ASL ha disposto la prosecuzione del servizio per il periodo 1° aprile 2020 – 31 marzo 2022, esercitando l'opzione di ripetizione di servizi analoghi *ex art. 57, comma 5, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006* prevista all'art. 5 del contratto.

Scaduta la proroga, la ricorrente ha continuato di fatto a gestire il servizio, finché, con deliberazione n. 1260 del 27 giugno 2022, la ASL ha disposto *“nelle more della definizione della procedura di gara regionale in capo all'ARIC, il differimento, agli stessi patti, prezzi e condizioni derivanti dalla deliberazione n. 1349 del 28 luglio 2020, degli effetti giuridici economici del contratto in essere tra le parti fino al 31 dicembre 2022”*.

1.2. Con il ricorso in decisione la Eco Eridania S.P.A. contesta l'operato della ASL intimata per i seguenti motivi:

a) *violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 57 del D.lgs. 163/2006, art. 30, 106 D.lgs. 50/2016, dall'art. 23, l. 18 aprile 2005 n. 62; violazione degli artt. 1 e 3 L. 241/1990; eccesso di potere per sviamento, carenza di motivazione, carenza di presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà dell'atto*; la prosecuzione del contratto stabilita dalla ASL sarebbe in contrasto con l'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 che ammette la proroga “tecnica” dei contratti in corso solo se è prevista nel bando e nei documenti di gara e per il tempo strettamente necessario alla

conclusione delle procedure di individuazione di un nuovo contraente; invece nel caso in decisione, scaduto il quinquennio dell'affidamento:

- la resistente si era già avvalsa della possibilità di prorogare il contratto disponendo la prosecuzione biennale del servizio, come in esso previsto all'art. 5;

- non risulta che alla data di adozione del provvedimento impugnato fossero state avviate le procedure per l'individuazione del nuovo contraente, non essendo idonea a tal fine la mera programmazione da parte della centrale di committenza regionale (ARIC) dell'indizione di una gara regionale per lo smaltimento dei rifiuti speciali nel Piano biennale 2022-2023 degli acquisti regionali centralizzati;

- lo stesso piano biennale 2022-2023 approvato dall'ARIC prevede che *"... le aziende sanitarie regionali possono adottare esclusivamente soluzioni "ponte" finalizzate a garantire la continuità nelle forniture di beni e servizi della durata pari allo stretto tempo necessario all'attivazione dell'iniziativa centralizzata (12 mesi +12 mesi eventuali) e con la previsione di apposita clausola di risoluzione anticipata del contratto..."*.

- il provvedimento di proroga è stato adottato il 27 giugno 2022, circa tre mesi dopo la scadenza (31 marzo 2022) dell'affidamento disposto con la deliberazione n. 1349 del 28 luglio 2020;

b) *violazione dell'art. 9 comma 3 bis D.lgs. 66/2014; violazione degli art. 1, comma 1 e 2 bis e art. 3 L. 241/1990; violazione dell'art. 57 D.lgs. 163/2006 e art. 63 D.lgs. 50/2016; violazione art. 97 Cost.; eccesso di potere per carenza e contraddittorietà di motivazione, carenza di presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà dell'atto, inosservanza della nota MEF/Min. Salute prot. 20518 del 19 febbraio 2016; l'ASL, mancando, in specie, sia contratti stipulati da centrali di committenza cui aderire per l'affidamento del servizio, sia la previsione, nel contratto scaduto, di una proroga, la resistente avrebbe potuto solo procedere allo svolgimento di autonome procedure di gara dirette alla stipula di contratti aventi durata strettamente necessaria all'attivazione del contratto da parte del soggetto aggregatore di riferimento o della Consip (c.d. "contratto ponte").*

La società ricorrente chiede quindi il risarcimento dei danni dal 1.4.2022 fino al termine della prestazione del servizio, in misura pari al 30% del corrispettivo stabilito nella deliberazione n. 1349 del 28 luglio 2020, corrispondente agli aumenti dei costi delle materie plastiche, di energia e carburanti, sterilizzazione e smaltimento dei rifiuti, dell'uso di impianti di incenerimento dei rifiuti e del lavoro.

1.3. Si è costituita la ASL intimata che ha eccepito la carenza d'interesse al ricorso in quanto con deliberazione n. 1606 assunta in data 8.9.2022 ha disposto:

“1. di revocare in autotutela ai sensi dell'art. 21 quinquies della L. n. 241/90 la deliberazione n. 1260 del 27.06.2022 per una rivalutazione dell'interesse aziendale attraverso la rivisitazione delle motivazioni che hanno condotto l'Azienda a adottare il provvedimento in parola;

2. di dare atto che i "Servizi di smaltimento rifiuti sanitari" sono ricompresi nell'elenco delle categorie merceologiche di cui al DPCM 24 dicembre 2015, aggiornato con successiva DPCM 11 luglio 2018, per le quali le Stazioni Appaltanti non possono procedere all'espletamento di autonoma procedura, dovendosi obbligatoriamente rivolgere a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore per lo svolgimento delle relative procedure d'acquisto;

3. di differire agli stessi patti e prezzi fino al 31 dicembre 2022, per un importo pari ad € 798.064,88, oltre Iva al 22% il servizio in essere con "Eco Eridania S.p.A. (mandataria) — Di Nizio Eugenio Sri (mandante)" relativo al servizio di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti prodotti dalla ASL dell'Aquila”.

La ASL sostiene inoltre che la ricorrente coltiverebbe un interesse in contrasto con il suo precedente comportamento in quanto, se non avesse avuto interesse a proseguire il servizio alle condizioni stabilite con deliberazione del 28.7.2020, ben avrebbe potuto sospenderlo, con preavviso, alla scadenza del periodo biennale di prosecuzione, disposto ai sensi dell'art. 5 del contratto e infine contesta, ritenendola non comprovata, la quantificazione dei danni indicata dalla ricorrente.

La Regione Abruzzo ritualmente intimata non si è costituita.

1.4. Con atto di motivi aggiunti depositato il 13.9.2022 la Eco Eridania S.p.a. ha impugnato la deliberazione n. 1606/2022 insistendo per il risarcimento dei danni.

Il primo motivo aggiunto deduce vizi di “*violazione e falsa applicazione dell’art. 1, 3 e 21 quinquies e 21 novies comma 2 L. 241/1990, dell’art. 2 D.lgs. 163/2006 e 30 D.lgs. 50/2016; violazione dei principi di buon andamento, correttezza e buona fede; eccesso di potere per sviamento, carenza di motivazione, carenza di presupposti e contraddittorietà dell’atto*”; il provvedimento di revoca della precedente deliberazione impugnata con il ricorso introduttivo, non evidenzerebbe alcuna sopravvenienza *ex art. 21 quinquies l. 241/1990*, ma si limiterebbe:

- alla riedizione del provvedimento revocato, disposta solo a fini dilatori e quindi contrario al principio del buon andamento e ai doveri di buona fede e correttezza;
- a indicare le ragioni, estranee alla *ratio* della revoca, che impedirebbero di accogliere la richiesta dalla ricorrente di adeguare il corrispettivo ai prezzi correnti dei fattori di produzione;
- a richiamare le deliberazioni dell’ANAC nn. 576 e 591 del 28.7.2021, che riguarderebbero ipotesi diverse dal caso in decisione, e l’art. 1, comma 550, l. n. 208/2015, applicabile sono ai contratti in essere alla data di entrata in vigore della norma.

Gli ulteriori motivi aggiunti reiterano fedelmente le censure mosse con il ricorso introduttivo al provvedimento revocato.

1.6. All’udienza del 21 dicembre 2022 il ricorso è passato in decisione.

2. Il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile perché l’atto con esso impugnato è stato oggetto di ritiro in autotutela ed è dunque venuto meno l’interesse alla decisione nel merito di detto ricorso.

3. Il secondo e il terzo motivo aggiunto sono fondati.

4.1. Occorre preliminarmente osservare che l’interesse della ricorrente, che lamenta la mancata adozione di un “*contratto ponte*” in luogo della proroga, va ricercato proprio nella possibilità di partecipare a una procedura di

affidamento *ex novo* del servizio a condizioni economiche diverse da quelle originarie confermate nella deliberazione n. 1606/2022.

Simmetricamente la lesione all'interesse della ricorrente va circoscritta alla parte dispositiva di detto provvedimento con la quale la ASL ha inteso *“differire agli stessi patti e prezzi fino al 31 dicembre 2022, per un importo pari ad € 798.064,88, oltre Iva al 22% il servizio in essere con "Eco Eridania S.p.A. (mandataria) — Di Nizio Eugenio S.r.l. (mandante)" relativo al servizio di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti prodotti dalla ASL dell'Aquila”*.

4.2. Il provvedimento gravato è motivato dalla indisponibilità di scelte alternative alla proroga del contratto in corso con la ricorrente per il tempo necessario all'indizione e all'espletamento della procedura di gara aggregata per l'acquisizione, da parte della centrale di committenza regionale (ARIC) del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti ospedalieri, compreso nelle categorie delle prestazioni per le quali obbligatoriamente gli enti del servizio sanitario devono fare ricorso a procedure centralizzate.

4.3. Ciò premesso, non è contestato che il servizio di smaltimento dei rifiuti sanitari prestato dalla ricorrente sia compreso nell'elenco delle categorie merceologiche di cui al d.p.c.m. 24 dicembre 2015, aggiornato con successivo d.p.c.m. 11 luglio 2018, per le quali le stazioni appaltanti, ai sensi del d.l. n. 66 del 24.4.2014 e della l. n. 208 del 28.12.2015, non possono procedere all'espletamento di autonoma procedura, ma devono obbligatoriamente rivolgersi a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore regionale per lo svolgimento delle relative procedure di acquisto.

4.4. Il punto decisivo della questione allora è stabilire se l'ASL, scaduto il 31.3.2022 il termine biennale di prosecuzione del contratto di fornitura stipulato con la (dante causa della) ricorrente:

- poteva disporre, come ha fatto, la proroga fino al 31.12.2022 alle condizioni originarie, in attesa della stipula, da parte della centrale di committenza regionale (ARIC), della convenzione di acquisto delle prestazioni occorrenti

agli enti del servizio sanitario regionale, come previsto nel piano biennale 2022-2023 approvato dall'ARIC;

- oppure avrebbe potuto indire una gara, eventualmente senza pubblicazione del bando, per l'affidamento del servizio.

4.5. La risposta al quesito deve tener conto dei limiti posti alla proroga tecnica dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 che riproduce il divieto di proroga dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizio posto dall'art. 23 comma 2 della l. n. 62/2005.

In particolare il comma 11 del citato art. 106 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. 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”*.

4.6. Nel caso in decisione palesemente non sussistono le condizioni per disporre la proroga tecnica con la deliberazione impugnata:

- sia perché il contratto di servizio non prevedeva la proroga, ma la ripetizione del servizio, nei fatti disposta fino al 31.3.2022, per 24 mesi *ex art.* 57, comma 5 lett. b) del d.lgs. n. 163/2006;

- sia perché il contratto non era più in corso, come invece previsto dal citato art. 106, ma era venuto a scadenza il 31.3.2022;

- sia, infine, perché le procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente non erano neppure iniziate, mentre la disposizione in rassegna, nel consentire la proroga per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure, presuppone che esse abbiano avuto inizio.

4.7. L'inizio della procedura di affidamento del servizio non può certo individuarsi nell'adozione da parte dell'ARIC del piano biennale degli acquisti di beni e servizi per il periodo 2022-2023 che espressamente rimette alle strutture deleganti (regione) o agli enti utilizzatori del servizio (enti del

servizio sanitario regionale) l'adozione della determinazione a contrarre prodromica all'indizione della gara da parte dell'ARIC.

4.8. Pertanto la ASL, esclusa la possibilità aderire per l'affidamento dei servizi convenzioni Consip (come specificato nel provvedimento gravato) e mancando le condizioni per disporre la proroga tecnica del contratto aggiudicato alla ricorrente, non avrebbe potuto far altro che indire una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, per garantire la continuità del servizio pubblico essenziale di smaltimento dei rifiuti sanitari, come previsto espressamente dalla nota n. 20518/2016 del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero della salute (richiamata nella deliberazione n. 2 del 27.1.2022 dell'ARIC di "*Adozione del Piano biennale degli acquisti di beni e servizi 2022-2023*") che ammette, in tal caso, il ricorso alla procedura negoziata di urgenza di cui all'art. 57 comma 2 lett. c) d.lgs. n. 163/2006, vigente *ratione temporis*, disposizione sostanzialmente riprodotta nell'art. 63, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50/2016.

4.9. Il provvedimento impugnato con i motivi aggiunti deve pertanto essere annullato.

5. Sulla domanda di risarcimento dei danni.

5.1. Sono fondate entrambe le obiezioni sollevate dalla ASL.

5.2. La ragione per la quale la proroga tecnica è consentita, sulla base delle disposizioni innanzi richiamate, solo se prevista nel contratto, deve essere ritenuta nella necessità di poter imporre all'appaltatore la prosecuzione del contratto, in virtù del vincolo negoziale a tal fine assunto.

Nel caso in decisione la proroga non era stata prevista nel contratto originario e, di conseguenza, la ricorrente ben avrebbe potuto rifiutare la prestazione alle condizioni stabilite nel provvedimento impugnato.

Detto provvedimento infatti non contiene una prescrizione di *facere* vincolante per la ricorrente, che solo un'autorità titolare di poteri d'ordinanza, non la ASL, avrebbe potuto adottare.

Ne consegue che la prosecuzione della prestazione da parte della ricorrente è l'effetto della sua volontaria adesione alla proroga alle condizioni originarie e pertanto non può chiedere alla ASL il ristoro del danno lamentato.

5.3. Per quanto le precedenti considerazioni siano assorbenti, il collegio rileva che anche sul *quantum debeatur* a titolo di risarcimento dei danni, manca nelle allegazioni della ricorrente la prova che, in concreto, gli aumenti, senz'altro notori, dei costi delle materie prime, dell'energia e carburanti e del lavoro abbiano determinato un aumento di costi di produzione del servizio appaltato, prova che avrebbe dovuto essere allegata mediante il confronto documentale dei costi dei relativi fattori di produzione sostenuti durante la vigenza del contratto e quelli corrispondenti sostenuti durante la proroga.

5.4. Quanto ai costi di conferimento e smaltimento dei rifiuti prelevati dalla ricorrente in esecuzione dell'appalto, vi sono in atti alcune proposte del servizio di termodistruzione ricevute dalla stessa che, in effetti, documentano come i costi per tonnellata di rifiuti siano aumentati da € 301,50 a € 431,64 per tonnellata durante il periodo di proroga 25.3.2020 - 31.12.2022.

Tuttavia, non vi è evidenza documentale che la ricorrente abbia aderito a dette proposte e non ad altre eventualmente più vantaggiose, né di quanto tale variazione incida sul corrispettivo d'appalto del quale pretende l'aumento del 30% in conseguenza dell'aumento del costo del servizio di termodistruzione e di tutti gli altri costi, come detto indistintamente dedotto e non provati.

6. La parziale soccombenza determina la compensazione per un terzo delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;
- accoglie la domanda di annullamento introdotta con il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la deliberazione n. 1606 del 8 settembre 2022 del direttore generale della ASL n. 1 Avezzano – Sulmona - L'Aquila;

- respinge la domanda di risarcimento dei danni;
- pone a carico della ASL n. 1 Avezzano – Sulmona - L'Aquila le spese processuali che liquida, in favore della ricorrente, in € 3.000,00, compensandole per un terzo, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Consigliere

Maria Colagrande, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Colagrande

IL PRESIDENTE
Germana Panzironi

IL SEGRETARIO