

GIURISDIZIONE: Concessione di servizio pubblico - Accettazione di proroga da parte del contraente privato – Condizione - Rinegoziazione dei termini contrattuali - Giurisdizione del giudice ordinario.

Tar Sicilia Palermo, Sez. III, 10 agosto 2022, n. 2504

in *Urb. e appalti*, 6, 2022, pag. 832 e ss., con commento di Luca Giagnoni, *Poteri di proroga contrattuale e giurisdizione esclusiva*.

“[...] la posizione della società si caratterizza, indubbiamente, in termini di volontà di rinegoziazione del contratto ai fini della prosecuzione del medesimo.

La materia è sottratta alla giurisdizione amministrativa come ribadito, anche recentemente, dalla sentenza della Corte di Cassazione, a SSUU, n. 2144 del 29.1.2021 e come precisato dalla giustizia amministrativa con la recente sentenza del TAR Sardegna 27/04/2022, n. 284.

Con tale ultima pronuncia, dalla quale il collegio ritiene oggi di non doversi discostare, si è precisato che la materia della rinegoziazione / prosecuzione del contratto rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, che ha competenza sulla gestione del contratto e sulla sua applicazione, ivi compresi eventuali elementi normativi sopravvenuti [...]”.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo per la Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità;

Visti gli artt. 35, co. 1, e 85, co. 9, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2022 il dott. Roberto Valenti e udito l'avvocato Astorre per la parte ricorrente, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso introduttivo, notificato il 28/01/2022 e depositato il 2/2/2022, la società ricorrente ha impugnato il Decreto della Regione Siciliana, Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità e dei Trasporti, n. 4536 del 29/12/2021 con cui è stata autorizzata la proroga del contratto di servizio Rep. n. 11329 del 15/03/2016 *“Affidamento del servizio di collegamento marittimo di pubblico interesse mediante navi ro-ro per il trasporto passeggeri e merci (anche pericolose) Lotto II – unità di rete isole Egadi – CIG 6359375244” per il periodo 1.1.2021/31.12.2021 intrattenuto con la società Caronte&Tourist Isole Minori S.p.A. (CTIM) [...] entro i limiti dell'importo di €. 1.042.971,40, oltre*

IVA ed adeguamenti maturati a titolo di aggiornamento ISTAT a far data dal secondo anno di vigenza contrattuale sino alla data di scadenza naturale del contratto, pari ad € 185.184,96 iva esclusa restando impregiudicata ogni conseguente facoltà e determinazione della società contraente, in ordine alla prosecuzione del rapporto”.

Con il ricorso è articolata altresì domanda risarcitoria, da quantificare in corso di causa.

In punto di fatto, parte ricorrente lamenta l'illegittimità della proroga del contratto disposta dalla regione in asserita acquisizione del consenso all'esecuzione del predetto servizio da parte della medesima società la quale, invero, lamentava da tempo delle perdite.

Evidenzia parte ricorrente che nel 2015 era stata indetta dalla Regione Siciliana la gara per la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di collegamento marittimo, tra i vari lotti, anche con le Isole Egadi.

Alla medesima aveva partecipato la società SGI SPA, aggiudicataria del lotto II, stipulando così il contratto Rep. 11329 del 15/3/2016, della durata di sessanta mesi decorrenti dal 1 gennaio 2016, con scadenza al 31/12/2020.

Detta società è stata in seguito acquisita dalla odierna ricorrente Caronte Tourist Isole Minori S.P.A. (d'ora innanzi CTIM), mediante un'operazione di fusione per incorporazione perfezionatasi nel maggio 2017.

In data 10 dicembre 2020, approssimandosi la scadenza naturale del contratto, la Regione Siciliana scriveva alla CTIM chiedendo la disponibilità a proseguire i servizi in regime di proroga per un ulteriore anno.

La Regione, richiamando l'art. 92 co. 4 ter legge n. 27 del 2020, comunicava in particolare che *«questa Amministrazione intende procedere alla proroga del sopra citato contratto di servizio sino al prossimo 31.12.2021 [...]. Pertanto, si chiede a codesta Società di voler manifestare il proprio intendimento al riguardo, significando che la suddetta proroga opererà agli stessi patti e condizioni economiche del contratto in atto vigente».*

La nuova gara, nella vigenza della predetta proroga, veniva indetta con atto pubblicato il 27 luglio 2021: gara che tuttavia andava deserta.

Ciò posto, parte ricorrente evidenzia che in data 23 dicembre 2020, la stessa si è dichiarata in linea di principio disponibile alla proroga (richiesta in data 10 dicembre 2020), ma solo ove fosse stato previamente riconosciuto il suo diritto ad ottenere misure idonee ad assicurare lo svolgimento del servizio in condizioni di equilibrio economico-finanziario.

In data 28 dicembre 2020, la Regione ha riscontrato la nota di CTIM, opponendo un'asserita impossibilità di riconoscere misure di riequilibrio (sostanzialmente perché la revisione del prezzo, in base a quanto previsto dall'art. 8 del Capitolato, sarebbe stata consentita solo in base all'andamento

ISTAT). Nonostante ciò, la Regione ha comunque chiesto all'odierna ricorrente di *«dare urgente conferma della prosecuzione dei servizi oggetto del presente affidamento, per il periodo 1 gennaio/31 dicembre 2021, nelle more dell'individuazione del nuovo operatore, in esito alla procedura in corso»*.

In data 29 dicembre 2020, CTIM rispondeva alla Regione chiarendo che non avrebbe accettato lo svolgimento del servizio in regime di proroga.

Per questa ragione, CTIM ha comunicato che, a partire dal 1° gennaio 2021, avrebbe svolto l'attività *«in via temporanea ed al solo fine di garantire la continuità del servizio, insistendo sin d'ora affinché venga riconosciuto un corrispettivo congruo ed adeguato per le prestazioni in questione e con espressa riserva di tutelare le proprie ragioni anche in sede giurisdizionale»*.

La Regione Siciliana, in tesi di parte ricorrente, nemmeno rispettava l'elementare principio di correttezza che presuppone che il provvedimento di proroga sia tempestivamente emanato negli ultimi giorni dell'anno antecedente o quantomeno nei primi giorni del 2021. Il decreto di proroga è stato infatti emanato il 29 dicembre 2021, ossia pressoché con dodici mesi di ritardo, durante i quali CTIM si è fatta carico della gestione del servizio, sopportandone le relative perdite.

Osserva parte ricorrente che la Regione Siciliana aveva par altro adottato il decreto n. 1168 del 20 maggio 2021.

Tale decreto aveva disposto la proroga annuale del servizio di trasporto marittimo con le Isole Egadi in assenza dei presupposti previsti dall'art 92, co. 4 ter, d. l. n. 18/2020 e su quello, erroneo e inesistente, che CTIM avesse prestato il proprio consenso all'esecuzione del predetto servizio alle inique condizioni imposte dalla Regione Siciliana.

Avverso il predetto provvedimento è stato proposto ricorso innanzi questo T.A.R., rubricato al n. RG 1174/2021.

Successivamente alla proposizione di questo ricorso, la Regione Siciliana ha adottato il successivo Decreto della Regione Siciliana – Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità e dei Trasporti U.O. S1.02 – Trasporto Regionale Aereo e Marittimo n. 2019 del 22 luglio 2021. Questo sopravvenuto decreto riprendeva pressoché integralmente i contenuti del decreto n. 1168/2021 già impugnato e, a quanto è stato possibile comprendere, esso sembrava volto a disporre il concreto impegno di spesa *«per il servizio relativo al 1° trimestre 2021»* mantenendo fermo l'insufficiente corrispettivo già indicato nel decreto n. 1168/2021.

CTIM ha impugnato anche il decreto n. 2019 del 22 luglio 2021 dinanzi a Codesto TAR, mediante la proposizione di motivi aggiunti nel ricorso già pendente con il n. R.G. 1174/2021 (Sezione 2).

Detto contenzioso è stato definito con sentenza 18/2022, che ha dichiarato: (i) da un lato, inammissibili per difetto di interesse le domande di annullamento di CTIM, anche perché i decreti impugnati *«in mancanza del visto di ragioneria, non hanno mai prodotto effetti»*, ritenendo peraltro che questi non

avrebbero vincolato CTIM all'esecuzione del servizio; (ii) dall'altro lato, inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda risarcitoria perché «l'asserita perdita economica subita, invero, non è stata determinata da provvedimenti amministrativi – in ragione di quanto si è appena detto – ma da una prestazione resa di fatto, in relazione alla quale potrà chiedersi tutela innanzi al giudice ordinario».

Nelle more della pubblicazione della predetta sentenza, l'Amministrazione ha adottato il decreto n. 4536/2021.

Nel ricorso qui in esame si articolano le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, co. 2 bis, 3 e 10 della legge n. 241 del 1990; violazione degli artt. 23, 41 e 42 della Costituzione; violazione del principio di buona fede e di buon andamento dell'azione amministrativa; violazione e falsa applicazione dell'art. 92, co. 4 ter, d.l. n. 18 del 2020; violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del Regolamento UE 1370/2007; violazione degli artt. 2 e 3 del Contratto e degli artt. 7 e 8 del Capitolato; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, errore nei presupposti e carenza di motivazione; irragionevolezza e illogicità; ingiustizia manifesta.

Ad avviso di parte ricorrente, il decreto n. 4536 del 29 dicembre 2021 ha disposto la proroga del servizio di trasporto marittimo con le isole Egadi relativamente all'anno 2021 appena trascorso a condizioni economiche inique, assumendo che vi sia stato il consenso di CTIM a questa prestazione; tuttavia CTIM non ha mai prestato il proprio consenso alla prosecuzione del servizio alle condizioni indicate dalla Regione stessa; inoltre il provvedimento di proroga è stato adottato a distanza di quasi dodici mesi dalla scadenza del rapporto contrattuale e appena due giorni prima della cessazione del rapporto oggetto della proroga stessa; non sono rilevanti a questo fine né l'art. 92, co. 4 ter, d.l. n. 18 del 2020, né l'art. 5 del Regolamento UE n. 1370/2007, entrambi richiamati nel provvedimento impugnato, né infine l'art. 7, co. 2, del Capitolato, menzionato nella nota della Regione Siciliana del 28 dicembre 2020.

Inoltre, parte ricorrente evidenzia che il decreto n. 4536/2021 non potrebbe trovare il proprio fondamento in norme o nelle stesse previsioni contrattuali. L'art. 92, co. 4 ter, d.l. n. 18 del 2020 si limita a prevedere che «fino al termine delle misure di contenimento del virus COVID-19, tutte le procedure in corso, relative agli affidamenti dei servizi di trasporto pubblico locale, possono essere sospese, con facoltà di proroga degli affidamenti in atto al 23 febbraio 2020 fino a dodici mesi successivi alla dichiarazione di conclusione dell'emergenza». L'art. 92, co. 4 ter, cit. prevede semplicemente una facoltà per l'Amministrazione a beneficio del destinatario della proroga, il quale si vede messo in condizione di continuare a svolgere l'attività per poter così recuperare l'interruzione e/o le perdite legate alla prestazione del servizio nel periodo della pandemia. È evidente, dunque, che una siffatta proroga è a vantaggio del gestore uscente e, come tale, presuppone sempre il consenso di quest'ultimo affinché possa esser legittimamente disposta. Nel nostro caso, CTIM non ha prestato il consenso. Il richiamo

all'art. 5 del Regolamento UE n. 1370/2007, poi, è inconferente rispetto alla materia oggetto del presente contenzioso. Questo Regolamento, infatti, si applica ai servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e su strada, non già al trasporto marittimo. Infine, ad avviso di parte ricorrente non può certo legittimare l'imposizione della prosecuzione del servizio in regime di proroga il richiamo fatto dalla Regione all'art. 7, co. 2, del Capitolato secondo cui "Qualora alla data di scadenza del contratto di servizio relativo al presente appalto, non fosse individuato il nuovo soggetto affidatario, la Ditta – qualora la Amministrazione lo richieda espressamente – è tenuta a garantire la prosecuzione del servizio fino all'individuazione del nuovo aggiudicatario". Per scrupolo difensivo, la società impugna anche le previsioni dell'art. 3 del contratto e dell'art. 8, co. 2, del Capitolato, laddove riportano che «in nessun caso verrà erogata una compensazione maggiore di quella stabilita in sede di offerta. La Ditta aggiudicataria, pertanto, non potrà avanzare pretesa di maggiore compensazione e/o risarcimento, a qualunque titolo, nei confronti dell'Amministrazione, assumendosene ogni relativa alea», per l'ipotesi in cui si ritenesse che la Regione Siciliana abbia fatto leva su queste previsioni per negare il riconoscimento del riequilibrio economico-contrattuale chiesto da CTIM.

Resiste la Regione Siciliana con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato depositando documenti.

Con primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 23/02/2022 e depositati il 7/3/2022 la società ricorrente, parte ricorrente ha impugnato:

-la nota n. 3659/2022 avente ad oggetto «*Proroga ex art. 92, comma 4 ter, D.L.18/2020, convertito con L.27/2020, Contratti di servizio rep. 11337/2016, 11336/2016, 11330/2016, 11329/2016, 11328/2016 – Seguito note aziendali 23 dicembre 2021*» nella parte in cui dispone la proroga del servizio relativo alla linea Egadi.

Con detti motivi aggiunti parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'ulteriore proroga dal 1 gennaio 2022 al 30 settembre 2022.

Evidenza che in data 13/12/2021 la Regione Siciliana, verosimilmente avvedendosi del fatto che la proroga del servizio di trasporto marittimo con le Isole Egadi illegittimamente imposta per l'anno 2021 stava per giungere anch'essa a scadenza, ha scritto a CTIM chiedendo la disponibilità a proseguire ulteriormente il servizio sino al 30 settembre 2022.

Con nota del 22 dicembre 2021 (in atti doc. 17), CTIM ribadiva alla Regione Siciliana «*di non essere interessata alla prosecuzione del servizio in regime di proroga agli stessi patti e condizioni economiche del contratto Rep. 11329/2016* ». Con la stessa nota, parte ricorrente rimarcava alla Regione Siciliana le costanti e ingenti perdite sopportate anche nel 2021. CTIM concludeva nota precisando che il servizio di collegamento con le Isole Egadi sarebbe proseguito fino al 28 febbraio 2022, «*al solo fine di dare all'Amministrazione il tempo che serve ad identificare soluzioni alternative che possano garantire la*

continuità del servizio». Il tutto ferma restando «la richiesta di ricevere il corrispettivo per tutte le prestazioni che sono state svolte a partire dal 1° gennaio 2021 e fino alla cessazione del servizio nella misura e alle condizioni già illustrate nel ricorso già proposto dinanzi al TAR Sicilia, con riserva di ogni ulteriore azione a tutela dei propri diritti e interessi».

Con la lettera del 28 dicembre 2021 CTIM ribadiva di non essere interessata alla prosecuzione del servizio in regime di proroga alle stesse condizioni del contratto di servizio relativo alla linea Egadi, ormai da tempo scaduto.

Sopraggiungeva quindi la nota prot. n. 3659 del 25 gennaio 2022 con la quale la Regione Siciliana comunica laconicamente confermava «... la proroga dei servizi di trasporto relativi ai contratti di servizio sopra esposti sino al 30 settembre 2022», tra i quali figura anche il contratto rep. 11329 del 2016 relativo alla linea Egadi.

In tesi di parte ricorrente, il rapporto contrattuale tra la Regione Siciliana e CTIM non poteva esser prorogato con un provvedimento adottato in data 25 gennaio 2022, ossia a distanza di oltre dodici mesi dall'originaria scadenza contrattuale e ben 20 giorni dopo che era scaduto anche il rapporto oggetto dell'altrettanto illegittima proroga per l'anno 2021.

Sul punto l'Avvocatura distrettuale dello Stato, con la successiva memoria del 1/7/2022 evidenzia che, in attesa della approvazione della legge di bilancio, l.r. n. 35 del 27.12.2021, con nota n. 70467 del 27 dicembre 2021, l'Amministrazione aveva chiarito alla CTIM, in relazione alle proroghe in itinere per tutti i contratti di servizio, ivi incluso quello per le Egadi, che allo stato, poteva trovare percorribilità finanziaria la proroga di tutti i contratti di servizio relativi ai collegamenti marittimi con le isole minori limitatamente al periodo 1/31 gennaio 2022, nelle more che l'Assemblea Regionale Siciliana disponesse con provvedimento legislativo le risorse finanziarie occorrenti per la copertura degli oneri connessi per il restante periodo 1 febbraio/30 settembre 2022. In esito alla pubblicazione della L.R. 21 gennaio 2022 n. 1 relativa all'Autorizzazione all'esercizio provvisorio del bilancio della regione per l'esercizio 2022 ed alle risorse finanziarie da essa previste per i collegamenti marittimi, con nota dipartimentale n. 3659 del 25 gennaio 2022, si confermava per tutti i contratti di servizio intercorrenti con la società ricorrente la proroga dei servizi di trasporto sino al 30 settembre 2022. Pertanto, il valore e l'efficacia della presunta nota tardiva n. 3659 del 25.1.2022, intervenuta subito dopo l'approvazione da parte dell'ARS dell'esercizio provvisorio e la formalizzazione dello stanziamento disponibile per i servizi di trasporto marittimo, sono da riferirsi unicamente alla ulteriore estensione temporale della proroga medesima, già "in vigore" per effetto della precedente comunicazione dipartimentale n. 70467 del 27.12.2021, non gravata.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 27/5/2022 e depositato il 6/6/2022, parte ricorrente ha impugnato:

-il Decreto n. 1191 del 28 aprile 2022, con il quale è stato disposto «l'impegno della somma di € 782.228,53 [...] inerente l'estensione dei servizi di collegamento di cui al contratto Rep. n. 11329 del 15/03/2016 "Affidamento del servizio di collegamento marittimo di pubblico interesse mediante navi ro-ro per il trasporto passeggeri e merci (anche pericolose) Lotto II – unità di rete isole Egadi – CIG 6359375244" per il periodo 1.1.2022/30.09.2022»;

-decreto della Regione Siciliana – Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità e dei Trasporti n. 1282 del 12 maggio 2022 (doc. 18), con il quale viene liquidato il corrispettivo dovuto all'odierna ricorrente per il servizio di collegamento marittimo di pubblico interesse sulla linea Egadi in relazione al periodo gennaio/dicembre 2021.

Con memoria del 1/7/2022 la società ricorrente ha insistito sulla domanda risarcitoria.

Con memoria del 1/7/2022 l'Avvocatura dello Stato:

-evidenzia che, una volta rimasti privi di efficacia giuridica e contabile i DD.DD.GG. n. 1168/21 e n. 2019/21 (v., sul punto, la predetta sentenza n. 18/2022 di codesto Tribunale), subito dopo l'approvazione della legge regionale n. 35 del 27.12.2021, l'Amministrazione ha ritenuto di dovere approntare con immediatezza e cautelativamente l'assunzione dell'impegno contabile a copertura degli oneri finanziari connessi, quantificati in € 1.042.971,40, oltre Iva, in ragione dell'importo annuo risultante dalla procedura di aggiudicazione, lasciando espressamente impregiudicata ogni conseguente facoltà e determinazione della società contraente, in ordine alla prosecuzione del citato rapporto;

-nel caso in esame, il contratto obbligava la CTIM alla prosecuzione del servizio fintantoché non si fosse trovato un nuovo partner contrattuale all'esito di una nuova gara;

-la richiesta di riequilibrio per presunti assenti deficit di gestione era, comunque, impraticabile anche alla stregua delle giustificazioni addotte dalla Società Navigazione Generali iniziale aggiudicataria (peraltro, partecipata dalla odierna ricorrente che l'ha successivamente incorporata per fusione) in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta di ribasso (67,14% sulla base d'asta), oltre che in ragione della previsione;

- nessuna "costrizione" alla prosecuzione dei servizi è stata mai effettuata dall'Amministrazione, in quanto la società, malgrado la preannunciata cessazione dei servizi alla data del 31.1.2022, ha continuato e continua ad oggi per sua autonoma scelta a effettuarli.

Con la stessa memoria, l'Avvocatura distrettuale dello Stato ha, in via pregiudiziale, comunque eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito, chiedendone nel merito il rigetto.

Con memoria di replica del giorno 8 luglio 2022 parte ricorrente si è soffermata sul profilo della giurisdizione, insistendo per l'ammissibilità e per l'accoglimento del ricorso e di tutte le domande ivi spiegate.

Alla pubblica udienza del 19 luglio 2022, presente l'avvocato di parte ricorrente, la causa è stata posta in decisione.

Preliminarmente deve essere scrutinata l'eccezione in rito sollevata dall'Avvocatura distrettuale dello Stato con la quale è eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

L'eccezione è fondata.

Ai fini dell'individuazione corretta del giudice fornito di giurisdizione, la circostanza della avvenuta impugnazione, da parte della ricorrente, di provvedimenti che hanno disposto la proroga del contratto in asserita sussistenza di un assenso della parte interessata non assume rilievo dirimente.

Il punto essenziale è l'interpretazione del contenuto della domanda, in riferimento alla correlata qualificazione della situazione giuridica soggettiva sottostante fatta valere da parte ricorrente che, a fronte della proposta dell'Amministrazione di proroga del contratto (sulla base di quanto previsto dall'art. 7 del capitolato e dall'art. 92, comma 4 ter, del D.L. n. 18/2020), evidenzia ed ha evidenziato all'Amministrazione subordinare la proroga ad una diversa quantificazione del corrispettivo, ulteriore rispetto all'adeguamento istati già riconosciuto dalla stazione appaltante.

Nel caso in esame, la posizione della società si caratterizza, indubbiamente, in termini di volontà di rinegoziazione del contratto ai fini della prosecuzione del medesimo.

La materia è sottratta alla giurisdizione amministrativa come ribadito, anche recentemente, dalla sentenza della Corte di Cassazione, a SSUU, n. 2144 del 29.1.2021 e come precisato dalla giustizia amministrativa con la recente sentenza del TAR Sardegna 27/04/2022, n. 284.

Con tale ultima pronuncia, dalla quale il collegio ritiene oggi di non doversi discostare, si è precisato che la materia della rinegoziazione / prosecuzione del contratto rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, che ha competenza sulla gestione del contratto e sulla sua applicazione, ivi compresi eventuali elementi normativi sopravvenuti.

In conclusione, il ricorso introduttivo e i successivi motivi aggiunti sono inammissibili, appartenendo la cognizione alla giurisdizione del giudice ordinario presso il quale il processo potrà essere riproposto entro il termine perentorio di cui all'art. 11, comma 2, c.p.a..

Considerata la natura della controversia, sussistono i presupposti per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

Bartolo Salone, Referendario

L'ESTENSORE

Roberto Valenti

IL PRESIDENTE

Guglielmo Passarelli Di Napoli

IL SEGRETARIO