

3° CORSO

La gestione dei servizi alla luce della revisione della Delibera ART
n. 154/2019



2° Modulo

La proroga e la cessazione dei contratti di servizio



EVENTI
FORMATIVI
Avv. Sarah Fionchetti



2024

Con il contributo tecnico-scientifico di



Con il patrocinio di



Si ringraziano per il loro importante contributo



La proroga dei contratti di servizio

Il regime della proroga dei contratti di servizio di TPL varia a seconda che si tratti di un contratto di concessione ovvero di appalto.

Contratto di concessione



Regolamento 1370/2007 -
artt. 4, par. 4 e art. 5, par. 5
Art. 24, c. 5-bis DL 4/2022

Contratto di appalto



D.Lgs. 36/2023 - art. 120

La proroga dei contratti di servizio

La normativa di settore disciplinante le modalità di affidamento dei contratti di concessione dei servizi di TPL è da rinvenirsi nel D.lgs. 422/97 (art. 18) e nel Regolamento CE 1370/2007 (par. 5).

In tale complesso normativo si inserisce, da ultimo, con non pochi problemi di coordinamento, la disciplina dettata dall'art. 14 del D.Lgs. n. 201/2022, direttamente applicabile al TPL (per espressa previsione di cui all'art. 32)

Con riguardo al TPL l'art. 32, comma 2 stabilisce che, ai fini della scelta delle modalità di gestione e affidamento dei servizi di TPL **deve tenersi conto anche delle modalità previste dalla normativa europea di settore**. Il decreto non introduce, quindi, limitazioni alle tipologie di affidamento dei servizi di TPL stabilite dal Regolamento n. 1370/2007.

La proroga dei contratti di concessione

Ne consegue che, nei casi e nei limiti previsti dal diritto comunitario, **gli enti affidanti i servizi di TPL possono affidare contratti di concessione anche con le modalità di affidamento previste dal Regolamento comunitario, ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 12 del decreto servizi pubblici**, quali:

- affidamento emergenziale ex art. 5, par. 5 nelle diverse forme della proroga, del nuovo affidamento e dell'imposizione di obblighi id servizio pubblico;
- proroga degli affidamenti in ragione degli investimenti effettuati ai sensi dell'art. 4, par. 4, del medesimo Regolamento, ivi inclusa quella specificamente disciplinata dall'art. 24, comma 5-bis, del D.L. n. 4/2022.

La proroga dei contratti di concessione

Art. 4, par. 4, Regolamento 1370/2007: «*Se necessario, tenuto conto delle modalità di ammortamento dei beni, la durata del contratto di servizio pubblico può essere prorogata, al massimo, del 50% se l'operatore del servizio pubblico fornisce beni di entità significativa in rapporto all'insieme dei beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto di passeggeri oggetto del contratto di servizio pubblico e prevalentemente finalizzati ai servizi di trasporto di passeggeri previsti dal contratto*».

Caratteristica essenziale della fattispecie è, pertanto, l'investimento del gestore del servizio in beni necessari per l'erogazione del medesimo e la conseguente modalità di ammortamento di tali beni in rapporto alla durata contrattuale prevista.

Segue: La proroga dei contratti di concessione

La Commissione Europea, al punto **2.2.7 della Comunicazione** sugli orientamenti interpretativi concernenti il Regolamento, ha evidenziato come l'art. 4, par. 4, consente una proroga sino ad un massimo del 50% della durata del contratto di servizio pubblico tenendo conto dell'ammortamento dei beni.

Tale proroga può essere concessa se l'operatore del servizio pubblico fornisce beni di entità significativa in rapporto all'insieme dei beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto di passeggeri oggetto del contratto di servizio pubblico e destinati prevalentemente ai servizi di trasporto di passeggeri previsti dal contratto.

Segue: La proroga dei contratti di concessione

Pertanto, anche alla luce delle indicazioni della Commissione, la decisione riguardante la proroga della durata di un contratto di servizio pubblico in essere afferente la gestione dei servizi di TPL, ai sensi dell'art. 4, par. 4, deve essere subordinata alla sussistenza delle seguenti condizioni:

- a) proroga per un massimo del 50% della durata originaria;
- b) deve sussistere un obbligo dell'operatore a investire in beni di entità significativa il cui periodo di ammortamento sia eccezionalmente lungo (come per esempio materiale rotabile, strutture per la manutenzione, infrastrutture), affinché possa esserci proporzione tra l'ammortamento di questi beni e la durata della proroga;
- b) che tale periodo di ammortamento, pertanto, risulti incompatibile con la durata contrattuale vigente, tanto da determinare la necessità di proroga.

Segue: La proroga dei contratti di concessione

ART. 24, C. 5-BIS DL 4/2022

«Al fine di sostenere gli operatori del settore del trasporto pubblico locale e regionale e di mitigare gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento adottate per l'emergenza epidemiologica da COVID-19 nonché al fine di sostenere gli investimenti, **le autorità competenti possono applicare l'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, anche nel caso in cui il gestore dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale si vincoli ad effettuare, in autofinanziamento anche parziale e sulla base di un piano economico finanziario rispettoso delle disposizioni e delle misure regolatorie vigenti, significativi investimenti, anche in esecuzione o ad integrazione degli interventi afferenti al Piano nazionale di ripresa e resilienza o di altri strumenti finanziari, orientati alla sostenibilità ambientale e al miglioramento dei servizi di trasporto dei passeggeri, aventi un periodo di ammortamento superiore rispetto alla scadenza dell'affidamento.** In tale ipotesi, si ritiene necessaria la proroga di cui al suddetto articolo 4, paragrafo 4, che **non può in ogni caso superare il termine del 31 dicembre 2026, e ai fini del calcolo si tiene conto della durata complessiva dell'affidamento, cumulativa anche di tutti i provvedimenti adottati in conformità al predetto regolamento**»

Segue: La proroga dei contratti di concessione

Le caratteristiche peculiari della fattispecie

- a) La fattispecie è riferibile ad una proroga ex art. 4, par. 4 Regolamento;
- b) Presupposto: vincolo del gestore ad effettuare significativi investimenti, anche in autofinanziamento parziale;
- c) Altro presupposto: gli investimenti devono riguardare la sostenibilità ambientale o il miglioramento dei servizi e devono avere durata ammortamento superiore al periodo residuo di durata del contratto;
- d) Limite: la proroga può avvenire al massimo sino al 31.12.2026. Nel calcolo si tiene conto della durata complessiva anche computando i provvedimenti di proroga adottati in conformità al Regolamento.

Segue: La proroga dei contratti di concessione

Art. 5, par. 5, Regolamento 1370/2007 – Proroga c.d. emergenziale: «L'autorità competente può adottare **provvedimenti di emergenza** in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di una tale situazione. I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta o di un accordo formale per prorogare un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici. L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di determinati servizi pubblici. Il periodo in relazione al quale i contratti di servizio pubblico sono aggiudicati, prorogati o imposti con provvedimenti di emergenza non supera i due anni»

Pertanto, l'unico presupposto delle proroga emergenziale ex art. 5, par. 5 è l'interruzione ovvero il pericolo imminente di interruzione del servizio.

Segue: La proroga dei contratti di concessione

Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 26 giugno 2023 secondo cui: *«Nel caso in cui la causa dell'interruzione avvenuta o imminente dei servizi persista quando i provvedimenti di emergenza scadono alla fine del periodo di due anni, l'autorità competente può adottare nuovi provvedimenti di emergenza a norma dell'articolo 5, paragrafo 5, a condizione che possa dimostrare che l'aggiudicazione del contratto di servizio pubblico sulla base delle altre disposizioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007 non è stata materialmente possibile date le circostanze eccezionali».*

È quindi legittimo superare il biennio a condizione che l'Ente affidante dimostri che l'aggiudicazione, secondo le modalità di affidamento ordinarie, non è stata materialmente possibile.

La previsione continua a lasciare comunque ampio spazio all'interprete, che, nel caso **dell'Antitrust, propende per una restrittiva del concetto di «materiale impossibilità».** (v. segnalazioni Comune di Roma, Regione Calabria e Regione Sicilia)

La proroga dei contratti di appalto

Art. 120 DLgs 36/2023

Il comma 11 prevede la «**proroga tecnica**» come forma eccezionale per il verificarsi di eventi che hanno determinato un ritardo nell'individuazione del nuovo aggiudicatario *«in casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto».*

Il comma 10 prevede l'**opzione di proroga**

«nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto ad eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante».

La proroga nei contratti di appalto

L'ANAC si è più volte pronunciata sui presupposti ed i limiti della c.d. proroga tecnica, ammettendo il suo utilizzo 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 all'art. 2 comma 1 (oggi art. 30 del d.lgs. 50/2016)»*. (cfr. Delibera n. 152 del 19 febbraio 2020)

In tale prospettiva l'Autorità ha ritenuto l'utilizzo reiterato della proroga **«illegittimo**, *poiché in contrasto con la funzione della proroga tecnica, che è uno strumento di transizione per qualche mese di ritardo determinato da fatti imprevedibili, per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova procedura e passare da un regime contrattuale ad un altro»*.

Cessazione del contratto

PREMESSA

Per gli appalti pubblici, le disposizioni speciali dettate dal Codice dei contratti in riferimento alle ipotesi di recesso e risoluzione integrano, senza peraltro sostituirli, i principi generali dettati dal legislatore in tema di mancato adempimento e di risoluzione del contratto di cui agli artt. 1453 -1458 c.c. in ipotesi, tornano ad applicarsi le disposizioni generali di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c. ove le parti non possano invocare i più favorevoli presupposti della norma speciale (v. Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 10968 del 26/04/2023)

Cessazione del contratto - Risoluzione

Art. 122 commi 1 e 3, D.Lgs. 36/2023 - Risoluzione facoltativa

Le stazioni appaltanti **possono** risolvere un contratto **senza limiti di tempo** durante il periodo di sua efficacia quando:

- a) modifica sostanziale del contratto, che richiede una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 120;
- b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 120, comma 1, lettere b) e c), superamento delle soglie di cui al comma 2 del predetto articolo 120 e, con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 120, comma 3, superamento delle soglie di cui al medesimo articolo 120, comma 3, lettere a) e b);
- c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 94, comma 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara
- d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- e) grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni.

Segue: Cessazione del contratto - Risoluzione

Art. 122, comma 2, D.Lgs. 36/2023 - Risoluzione obbligatoria

Le stazioni appaltanti **devono** risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, nei seguenti casi:

- a) Nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero 23 sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro

Cessazione del contratto - Recesso

Art. 123 D.Lgs. 36/2023 – *«Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter³⁹ e 9240 , comma 4, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto dell'allegato II.14.*

L'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla stazione appaltante mediante una formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture»

Segue: Cessazione del contratto - Recesso

Come chiarito dall'Adunanza Plenaria n. 14/2014 qualora la P.A., dopo la stipula del contratto di appalto, **accerti sopravvenute ragioni di inopportunità nella prosecuzione del rapporto negoziale, non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma deve esercitare il diritto potestativo di recesso.**

Pertanto, sarebbe illegittimo un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara adottato quando sia stato già stato stipulato il contratto *“atteso che in tal caso la revoca verrebbe adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto; in tal caso, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, l'Amministrazione deve ricorrere all'istituto del recesso”* (Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2016, n. 1174).

Grazie per l'attenzione