

Pubblicato il 02/01/2025

N. 00006/2025 REG.PROV.COLL.
N. 00982/2024 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 la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 982 del 2024, proposto da Edison Next Government S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Pettinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Rimini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

nei confronti

Enel Sole S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgia Romitelli, Anna Mazzoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa suspensiva

a) della delibera di Giunta Comunale n. 221 del 25 giugno 2024 (doc. 1 – delibera Giunta Comunale 221 del 25.06.2024) mai comunicata alla ricorrente,

avente ad oggetto “atto di indirizzo per la gestione del servizio di pubblica illuminazione, impianti semaforici e smart city” in ogni sua parte, e nella parte in cui è stato deliberato:

- “... che a fronte della suddetta dichiarazione di pubblico interesse della proposta di Hera Luce, la Società Citelum Italia srl (ora Edison Next Government srl) presentava ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna chiedendo l’annullamento degli atti relativi al procedimento di individuazione dei proponenti ai sensi che l’art. 183 comma 15 del d.lgs. 50/2016; ...

- ...che con propria sentenza n. 51/2023 il TAR accoglieva il ricorso ed i motivi aggiunti annullando gli atti impugnati e con ciò di fatto azzerando l’intera procedura di PPP; ...

-...la presentazione di nuove proposte di PPP, la loro valutazione e la procedura per l’affidamento del relativo contratto comporterebbero, oltre al permanere dell’incertezza dell’esito, un notevole lasso di tempo, incompatibile con l’esigenza dell’Amministrazione di far fronte quanto prima agli improcrastinabili interventi sulla rete; ...

- ... che, i tempi occorsi per la valutazione delle proposte di PPP prima e per la difesa nei due gradi di giudizio poi, hanno reso necessario prorogare il servizio reso da Enel SOLE in forza della convenzione Consip cui il Comune ha aderito, fino a tutto il 30/06/2024; ...

- ... che l’annullamento giudiziale del procedimento intrapreso per l’affidamento in concessione del servizio di pubblica illuminazione attraverso l’istituto del PPP, pone il Comune di Rimini nella condizione di dover avviare un nuovo iter per la gestione del servizio e per il finanziamento e affidamento dei lavori di adeguamento degli impianti; ...

- ... che, per quanto sopra illustrato, risulta possibile affidare direttamente ad Anthea S.r.l. il servizio di gestione e manutenzione, nonché di approvvigionamento dell’energia elettrica per gli impianti di pubblica illuminazione, semaforici e Smart – City, in virtù dell’Accordo Quadro in

essere, previa dimostrazione della convenienza dell'affidamento in house rispetto ad un affidamento mediante appalto, come richiesto dalla normativa vigente, in particolare l'art. 7 comma 2 del vigente Codice dei Contratti Pubblici, che sancisce: 1, 2 e 3. ...

-... che a conclusione della disamina effettuata, nella medesima relazione, il RUP, individua nello scenario 2 la modalità più adeguata per la gestione del servizio di pubblica illuminazione, impianti semaforici e smart city e quindi:

-... nell'affidamento in house alla Società Anthea del servizio di Gestione (pronto intervento, pagamento utenze etc.) e Manutenzione Ordinaria degli impianti, di pubblica illuminazione, nell'ambito della disciplina dell'Accordo Quadro in essere, che ricomprende tutti i servizi necessari e richiesti dal Comune di Rimini, e precisamente tutte le attività individuate come prestazioni essenziali dell'art. 3.1. del vigente accordo quadro, dettagliante nelle premesse del presente atto;

-... nell'attuazione degli investimenti per interventi di adeguamento tecnologico e normativo, efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione e semaforici, nonché l'implementazione dei servizi di Smart City, a cura e spese del Comune di Rimini, con previsione degli stessi negli atti di programmazione dei lavori pubblici nelle varie annualità in relazione alle risorse finanziarie disponibili e con affidamento di specifici appalti e/o mediante lo strumento dell'Accordo Quadro di cui all'art. 59 del d.lgs. n. 36/2023;

... delle sentenze del TAR Emilia-Romagna n. 00051/2023 del 0.01.2023 e del Consiglio di Stato n. 01548/2024 del 15.02.2024, entrambe non favorevoli all'Ente, che hanno annullato tutti gli atti della procedura di PPP "proposta di project financing per la concessione del servizio di illuminazione pubblica mediante finanza di progetto ex art. 183 comma 15 del d.lgs. n. 50/2016;

... le conclusioni espresse dal RUP nella relazione allegata parte integrante del presente atto;

... delle determine dirigenziali non conosciute con le quali sono stato concesse le proroghe del contratto affidato a Enel Sole s.r.l.;

b) di ogni atto presupposto collegato o connesso benché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rimini e di Enel Sole S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone Edison Next Government S.r.l., odierna ricorrente, che il Comune di Rimini dopo aver affidato dal 1 settembre 2012 al 31 agosto 2021 il servizio di gestione degli impianti di pubblica illuminazione a Enel Sole s.r.l. quale aggiudicataria della convenzione quadro Consip “Servizio Luce 2 lotto 3” scaduta il 31 agosto 202, ha indetto procedura di project financing conclusasi con la valutazione della sola proposta presentata da Hera.

Con sentenza n. 51/2023 di questa Sezione, confermata in appello dal Consiglio di Stato (sent. n. 1548/2023), è stato disposto l’annullamento della dichiarazione di pubblico interesse presentata da Hera Luce ritenendo illegittimo da parte dell’Amministrazione il mancato esame delle proposte presentate dagli altri due operatori economici interessati, tra cui la ricorrente.

Nelle more del giudizio il servizio era stato comunque affidato sempre ad Enel Sole s.r.l. in virtù di varie proroghe tecniche intervenute tra il 2021 ed il 2024 segnatamente in data 10 agosto 2022 sino al 30 settembre 2022, in data 25 ottobre 2022 sino al 31 dicembre 2022, in data 23 gennaio 2023 sino al 30 giugno 2023, in data 21 giugno 2023 sino al 30 settembre 2023, in data 11 ottobre 2023 sino al 23 novembre 2023, in data 9 novembre 2023 fino al 31 dicembre 2023, in data 16 gennaio 2024 sino al 30 giugno 2024.

Nel frattempo, scaduta nel 2021 la convenzione quadro Consip “Servizio Luce 2 lotto 3”, l’odierna ricorrente si aggiudicava la Convenzione Accordo Quadro GEIP del servizio di gestione ed efficientamento energetico degli impianti di illuminazione pubblica lotto n. 26 Regione Emilia – Romagna.

Con deliberazione G.C. n. 221 del 25 giugno 2024 l’Amministrazione comunale di Rimini preso atto del suindicato giudicato amministrativo e ritenuto di non poter aderire alla nuova convenzione accordo quadro Consip GEIP stante la non coincidenza dell’oggetto delle prestazioni ivi previste con quelle richieste, ha disposto l’ennesima proroga del servizio in questione nei confronti di Enel Sole s.r.l. nelle more del possibile futuro affidamento alla società “in house” Anthea s.r.l. previa valutazione di convenienza da effettuarsi entro il 30 giugno 2025 e, in caso negativo, esperimento di procedura ad evidenza pubblica.

Con il ricorso in esame la ricorrente ha impugnato la suindicata deliberazione, deducendo motivi così riassumibili:

I)VIOLAZIONE DI LEGGE - VIOLAZIONE DELLA NORMA SULLE PROROGHE DEL CONTRATTO ART. 120 DEL D.LGS. N. 36 DEL 2024 VIOLAZIONE DELLE NORME SULLA CONCORRENZA.

II)VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DELLA CONCORRENZA.

Posto che la proroga di un contratto di appalto o concessione può avere natura contrattuale o tecnica, quelle disposte dal Comune di Rimini sarebbero tutte illegittime in quanto prive dei richiesti tassativi presupposti della temporaneità, imprevedibilità ed avvio contestuale della procedura per l’affidamento; Enel Sole s.r.l ha così beneficiato dell’affidamento del servizio per altri 4 anni senza alcun confronto concorrenziale.

III)ECESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO DEI FATTI ERRATA ED ILLOGICA MOTIVAZIONE; PER CARENZA DELLA MOTIVAZIONE; VIOLAZIONE DI LEGGE PERVIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI.

Il Giudicato impone la conclusione del procedimento di project financing (ancora asseritamente pendente) con l'esame delle altre due proposte di partenariato, avendo annullato solo la valutazione della proposta di Hera, anche in ossequio al principio di conservazione più volte affermato in "subiecta materia."; conseguentemente la ricorrente chiede l'ottemperanza al predetto giudicato. Inoltre il Comune non avrebbe adeguatamente motivato le ragioni per cui non aderire alla nuova Convenzione Accordo Quadro Consip GEIP essendo gli oggetti pienamente fungibili.

IV) VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELLE NORME SULL'IN HOUSE PROVIDING:

Nella deliberazione gravata non si rinviene la motivazione delle ragioni di convenienza per la collettività richieste dall'ordinamento per procedere all'affidamento "in house providing" pur sempre derogatorio rispetto all'evidenza pubblica.

Con successiva memoria la difesa della ricorrente ha rappresentato di aver ottenuto accesso alle pregresse proroghe ad Enel Sole solamente in sede di accesso alla documentazione richiesta, proroghe che sarebbero tutte illegittime poiché in violazione dei tassativi presupposti di legge e perché disposte non per garantire il servizio di illuminazione ma per effettuare lavori di manutenzione, violando anche le disposizioni del Codice dei contratti pubblici per affidamento dei lavori.

Si è costituito in giudizio il Comune di Rimini eccependo l'inammissibilità del gravame sotto vario profilo ovvero: - per contraddittorietà dei motivi dedotti non risultando chiara nemmeno l'individuazione dell'interesse sostanziale azionato, si che il ricorso avrebbe carattere meramente "esplorativo"; - irricevibilità delle doglianze dirette nei confronti delle proroghe dell'affidamento del servizio precedenti a quella disposta con la del. G.C. 221/24; - carenza di interesse a contestare atto di mero indirizzo quale la del. G.C. impugnata; - sarebbe inammissibile anche la domanda di ottemperanza del giudicato proposta con il ricorso essendo competente ex art. 113 c.p.a. il

Consiglio di Stato. Nel merito ha evidenziato l'infondatezza di tutti i motivi "ex adverso" proposti ed in particolare, in sintesi, l'intervenuto annullamento di tutta la procedura di project financing, la non fungibilità delle prestazioni della nuova convenzione accordo quadro Consip GEIP rispetto alle esigenze rappresentate dall'Amministrazione e infine l'espressione da parte della Giunta di una mera opzione per il modello "in house" da verificare dopo 12 mesi trascorsi i quali si procederà tramite gara.

Si è costituita in giudizio anche Enel Sole s.r.l. pur senza depositare memorie né documentazione.

Alla camera di consiglio del 4 settembre 2024 parte ricorrente ha rinunciato alla richiesta tutela cautelare in vista di una celere fissazione dell'udienza di merito.

In prossimità della trattazione nel merito le parti hanno depositato memorie e documentazione.

La difesa di parte ricorrente ha ampiamente controdedotto a tutte le eccezioni in rito sollevate dalla difesa comunale ed insistito per l'accoglimento del ricorso, evidenziando a suo dire come il Comune resistente, dopo tutte le numerose proroghe effettuate, avrebbe dovuto giustificare la nuova impugnata proroga del servizio o mediante contestuale avvio di procedura concorrenziale o, al limite, mediante affidamento "in house" (in deroga al ricorso al mercato) ma valutando sempre contestualmente la sussistenza dei richiesti presupposti, tra cui la maggiore convenienza per la collettività.

La difesa comunale, di contro, ha ribadito oltre la tardività della contestazione dei precedenti atti di proroga l'inammissibilità dell'impugnativa anche dell'ultima proroga, in quanto proposta non per far valere vizi propri ma in via derivata dalle altre proroghe. Ha ribadito poi la non lesività della deliberazione giuntale gravata rimandandosi la scelta del modello organizzativo ad atto futuro quale cioè atto di mero indirizzo.

Con memorie di replica sia la ricorrente che il Comune hanno ulteriormente controdedotto.

Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2024, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità della deliberazione G.C. n. 221 del 25 giugno 2024 denominata "atto di indirizzo per la gestione del servizio di pubblica illuminazione, impianti semaforici e smart city" con cui il Comune di Rimini ha disposto una nuova proroga dell'affidamento ad Enel Sole s.r.l. (aggiudicatario della convenzione quadro Consip "Servizio Luce 2 lotto 3" scaduta sin dal 31 agosto 2021) ed espresso opzione per la fattibilità anche sul piano della convenienza per l'affidamento tramite il modello "in house" ad Anthea s.r.l. da esercitarsi nel termine di 12 mesi, dovendosi viceversa procedere tramite evidenza pubblica.

Lamenta parte ricorrente, in buona sintesi, l'illegittimità della suindicata deliberazione anche in riferimento alla disposta proroga ad Enel Sole sino al 30 giugno 2025 in quanto priva dei presupposti richiesti dalla giurisprudenza della temporaneità, imprevedibilità e contestuale avvio della procedura per l'affidamento, avendo in buona sostanza invece l'Amministrazione effettuato una mera opzione per il modello "in house" in modo del tutto surrettizio e strumentale al fine di mantenere nuovamente in essere l'ormai risalente affidamento ad Enel Sole quale aggiudicatario della Convenzione quadro Consip scaduta.

La ricorrente lamenta invero la lesione oltre che dell'interesse finale all'affidamento del servizio quale attuale aggiudicataria della nuova convenzione accordo quadro Consip GEIP del servizio di gestione ed efficientamento energetico degli impianti di illuminazione pubblica (lotto n. 26 Regione Emilia – Romagna), dell'interesse strumentale all'espletamento di un confronto concorrenziale per l'affidamento, confronto a suo dire sempre surrettiziamente eluso mediante il sistematico ed arbitrario ricorso all'eccezionale strumento delle proroghe tecniche, nella prospettiva dunque di una utile partecipazione alla gara.

2.- Preliminarmente vanno esaminate le numerose eccezioni in rito sollevate dalla difesa comunale.

2.1.- Diversamente da quanto asserito dall'Amministrazione al di là del "nomen iuris" - come noto non vincolante per il giudice (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 2 febbraio 2024, n.1076) - di atto di indirizzo, la deliberazione G.C. 221/2024 gravata ha un contenuto invero complesso e articolato e comunque sicuramente lesivo per la parte in cui dispone la nuova proroga del servizio nonché per la stessa parte in cui ha illustrato le ragioni dell'impossibilità di affidamento alla ricorrente quale aggiudicataria della convenzione accordo quadro Consip GEIP in corso di validità.

L'atto deliberativo poi, anche nella parte in cui dispone una sorta di opzione per il modello "in house providing", presenta carattere lesivo per l'interesse strumentale azionato aspirando appunto la ricorrente all'esperimento da parte dell'Amministrazione di un confronto concorrenziale avendo i requisiti per poter partecipare ed ottenere l'affidamento.

L'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse è pertanto evidentemente priva di pregio.

2.2.- Priva di pregio è anche l'eccezione di tardività in riferimento alla proroga disposta con l'atto deliberativo impugnato, ritualmente gravata come è incontestato entro il termine decadenziale di cui all'art. 120 c.p.a. facendo valere vizi propri di tale provvedimento, a nulla rilevando la circostanza eccepita dal Comune secondo cui i vizi sarebbero esclusivamente proposti in via derivata rispetto ai pregressi atti di proroga tardivamente gravati.

Viene infatti in questione una proroga tecnica (l'ennesima) motivata solo in parte "per relationem" in riferimento alle precedenti proroghe conseguenti alla pendenza del contenzioso amministrativo ed in buona parte da ragioni sopravvenute ed autonome legate all'annunciata volontà di procedere seppur "pro futuro" ad eventuale affidamento "in house" alla società Anthea, concretandosi quale atto provvedimentale sicuramente in "parte qua" lesivo

che la ricorrente, diversamente dalle proroghe precedenti, ha ritualmente impugnato.

2.3.- Non può essere nemmeno condivisa l'eccepita contraddittorietà dei motivi di ricorso, dal momento che parte ricorrente ha sufficientemente evidenziato i profili di lesività per l'interesse azionato all'annullamento degli atti impugnati nella sua duplice veste, come visto, dell'interesse finale all'affidamento del servizio (quale attuale aggiudicatario della Convenzione accordo quadro Consip GEIP) e dell'interesse strumentale al riesercizio del potere ovvero all'avvio, contestualmente alla proroga, della procedura per l'affidamento concorrenziale del servizio avendo i requisiti richiesti per concorrere all'aggiudicazione.

Nulla d'altronde vieta di agire in giudizio invocando la lesione, al contempo, sia dell'interesse finale che strumentale all'annullamento degli atti impugnati, con il solo limite per quest'ultimo del solido collegamento con il primo (vedi *ex multis* le autorevoli considerazioni di Corte Costituzionale 13 dicembre 2019, n. 271).

2.4- E' invece fondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso quanto alle sole doglianze dirette all'annullamento delle proroghe tecniche disposte dall'Amministrazione comunale sino alla data del 30 giugno 2024 ovvero precedenti la deliberazione G.C. n. 221/2024.

Trattasi di proroghe conosciute dalla ricorrente quantomeno in occasione dell'avvenuto deposito (in data 8 settembre 2023 cfr. doc. 14) nel giudizio di appello presso il Consiglio di Stato ed impuginate solamente con il ricorso in esame proposto il 25 luglio 2024 dunque ampiamente oltre il termine decadenziale di cui all'art.120 c.p.a.

3.- Venendo al merito il ricorso è almeno in parte fondato e deve essere accolto.

4.- Non può apprezzarsi la fondatezza della doglianza del mancato affidamento del servizio di che trattasi alla ricorrente quale aggiudicataria della

Convenzione accordo quadro Consip GEIP del servizio di gestione ed efficientamento energetico degli impianti di illuminazione pubblica.

E' infatti lo stesso Responsabile della Consip (vedi doc. n. 17) ad aver attestato la non coincidenza tra le prestazioni richieste dall'Amministrazione e quelle oggetto della suindicata Convenzione quadro Consip non ricomprendendo l'Accordo Quadro GEIP in particolare la gestione dei Semafori e l'acquisto e la gestione dell'energia e solo in parte l'implementazione della Smart City.

Ai sensi del vigente ordinamento (art. 9 d.l. 24 aprile 2014 n. 66 convertito con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89) limitatamente ai servizi indicati con Decreto del MEF le pubbliche amministrazioni, tra cui i Comuni, sono tenute ad aderire alle convenzioni quadro della Consip quale centrale di committenza (T.A.R. Lazio Roma sez. II quater 24 maggio 2018, n. 5781) nel presupposto della maggiore convenienza sul piano economico, effettuando la Consip procedure ad evidenza pubblica a livello nazionale, non dovendo pertanto la singola stazione appaltante motivare la maggior convenienza rispetto all'esperimento di una propria gara (*ex multis* Cons. St. sez. V, 30 aprile 2015, n. 2194; T.A.R. Campania Napoli sez. I, 4 novembre 2010, n. 22688) la quale è di fatto presunta dall'ordinamento.

Oltre a ragioni di convenienza sul piano economico, inoltre, tali convenzioni sono ritenute funzionali alle esigenze di contrasto alla corruzione (Cons. St. sez. III, 24 maggio 2013, n. 2842) nella convinzione di una miglior gestione della gara da parte di un soggetto (appunto la Consip) professionalmente qualificato in luogo delle singole stazioni appaltanti.

E' comunque consentito alle singole stazioni appaltanti, almeno secondo orientamento pretorio che il Collegio condivide, decidere di non aderire alle predette convenzioni in corso di validità allorquando esse dimostrino mediante adeguata istruttoria, la maggior convenienza sul piano economico dell'esperimento di autonoma procedura di affidamento (*ex multis* T.A.R. Friuli-Venezia Giulia sez. I, 27 ottobre 2022, n. 429 cfr. T.A.R. Piemonte sez.

II, 5 luglio 2022, n. 628 in riferimento agli enti locali e all'art. 1, co. 7, d.l. n. 95/2012, convertito con l. n. 135/2012 il quale fissa per l'approvvigionamento di alcuni beni appartenenti a specifiche categorie merceologiche, tra cui l'energia elettrica, l'obbligo di adesione; vedi anche T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 9 febbraio 2022, n.884 per l'obbligo a carico degli enti del S.S.N. di cui all'art. 26, co. 3, l. n. 488/1999).

L'esaminata tendenziale obligatorietà viene però meno allorquando l'ente tenuto all'adesione alla Convenzione dimostri la non piena fungibilità delle prestazioni richieste dovendo detta convenzione coprire tutte le relative esigenze, non potendosi certo pretendere una forzata adesione ad un contratto inutile o antieconomico in aperta violazione dei principi di buon andamento dell'attività amministrativa (Cons. St. sez. V, 24 maggio 2022, n. 4128; T.A.R. Veneto sez. I, 28 aprile 2014, n. 538).

E' proprio quello che è accaduto nel caso di specie, avendo il Comune di Rimini diffusamente illustrato le ragioni per cui l'adesione alla Convenzione accordo quadro GEIP, diversamente dalla precedente Convenzione Quadro "Servizio Luce 2 lotto 3" scaduta nel 2021, sarebbe risultata inutile ed infruttuosa ed in contrasto con i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, si che le doglianze mosse da parte ricorrente sotto tale profilo non meritano condivisione.

5. - E' parimenti infondata la censura di cui al terzo motivo di gravame volta a contestare la mancata conclusione da parte del Comune di Rimini del procedimento di project financing a dire della ricorrente ancora pendente in seguito al giudicato amministrativo, da cui discenderebbe l'obbligo di concluderlo mediante esame delle proposte pervenute dagli altri operatori economici interessati diversi da Hera.

Con la sentenza n. 51/2023 questa Sezione ha annullato tutti gli atti impugnati del procedimento accertando la fondatezza dei dedotti vizi di violazione della par condicio in relazione alla valutazione della sola proposta di Hera. Con

sentenza n. 1548/2023 il Consiglio di Stato ha respinto l'appello di Hera e l'appello incidentale del Comune confermando la sentenza di primo grado.

La decisione dell'Amministrazione espressa nella del. G.C. impugnata di ritenere oramai azzerata dal giudicato la procedura di project financing appare pertanto immune dai vizi dedotti, peraltro non illogicamente evidenziando la deliberazione anche il venir meno dell'attualità delle proposte presentate dagli altri operatori economici, tra cui la ricorrente, a causa del tempo trascorso.

E' pertanto consequenzialmente infondata anche la domanda di ottemperanza, avendo la sentenza del Consiglio di Stato carattere autoesecutivo dell'interesse legittimo pretensivo azionato.

6- Sono invece persuasive le doglianze con cui la ricorrente ha contestato le determinazioni contenute nell'atto deliberativo impugnato nella parte in cui dispongono l'ennesima proroga tecnica del servizio di illuminazione ad Enel Sole come visto in origine affidataria (sino al 31 agosto 2021) del servizio quale aggiudicataria della Convenzione quadro Consip "Servizio Luce 2 lotto 3" oggi ampiamente scaduta.

6.1.- Come condivisibilmente argomentato dalla difesa della ricorrente, lo strumento eccezionale della proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente (T.A.R. Trento, 20 dicembre 2018, n. 382).

Non rilevano, dunque, le problematiche organizzative della stazione appaltante o le difficoltà connesse alla stesura del capitolato di gara, trattandosi di evenienze "fronteggiabili" per tempo essendo la proroga ammissibile solo per ragioni obiettivamente non dipendenti all'Amministrazione (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20 giugno 2018, n. 04109).

Per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo del contratto quale contratto nuovo, soggiacente a regole competitive, la proroga può essere concessa esclusivamente al fine di evitare

l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica” (T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 10 febbraio 2022, n. 891; T.A.R. Campania Napoli 4 aprile 2024 n. 2200; T.A.R. Lazio Roma, sez. III Quater, 27 settembre 2023, n.1427). Anche in forza del codice previgente si affermava che “Più in dettaglio, in base all'interpretazione dell'art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 fornita dall'ANAC e dalla giurisprudenza amministrativa, affinché la proroga tecnica sia legittima, devono ricorrere i seguenti presupposti: la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento del nuovo contraente; la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte); l'Amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidamento.” (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 27 settembre 2023, n. 14297)

Ed ancora: “La c.d. proroga tecnica, del resto, è ipotizzabile solo in via del tutto eccezionale, poiché costituisce una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, sicché è configurabile solo per esigenze di continuità dell'azione amministrativa, qualora, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare provvisoriamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente” (T.A.R., Lazio Roma, sez. III, 24 marzo 2022, n. 3344).

6.2.- In tale contesto la proroga tecnica va decisamente distinta da quella contrattuale potendo le *lex specialis* ed il contratto contemplare una opzione di proroga (art. 120 co.10 d.lgs. 36/23, cfr. ANAC delibera n. 309 del 27 giugno 2023) conoscibile da parte di tutti gli operatori economici partecipanti, non costituendo in questo preciso caso la proroga un surrettizio strumento

elusivo dell'evidenza pubblica ovvero una forma di affidamento diretto (vedi in questo senso in riferimento al d.lgs. n. 50/2016 Consiglio di Stato sez. III, 28 febbraio 2014, n.942; id. 5 luglio 2013, n. 2580; T.A.R. Piemonte sez. I, 12 giugno 2014, n. 1029; ANAC Comunicato Presidente del 11 maggio 2016) dovendo comunque la stazione appaltante adeguatamente motivare le ragioni della preferenza della proroga rispetto all'esperimento di una nuova gara (T.A.R. Lazio Roma sez. II, 10 settembre 2018, n. 9212).

Non si tratta dunque in tal caso (come detto diverso da quello di specie) di una atipica e non consentita forma di affidamento diretto bensì dell'esercizio di una facoltà di estensione del contratto in origine già prevista negli atti di gara e conosciuta (o conoscibile) a monte da tutti i partecipanti.

6.3.- La proroga tecnica disposta con la del. G.C. n. 221/2024, invece, nonostante sia stata preceduta da ben n. 7 altre proroghe in pendenza del contenzioso inerente il procedimento di project financing (peraltro mal gestito dall'Amministrazione secondo il giudicato amministrativo) non si è curata del contestuale avvio, come richiesto, della procedura di affidamento limitandosi ad esprimere una mera "opzione" (atto di indirizzo) per il modello dell "in house", di fatto rinviando di ben 12 mesi la decisione circa la scelta delle modalità di affidamento del servizio.

E ciò è tanto più evidente se si considera l'esaminato contesto di riferimento caratterizzato appunto dal sistematico utilizzo dello strumento della proroga tecnica quale istituto per giurisprudenza consolidata del tutto eccezionale, sì che l'operato del Comune presta ancor più il fianco alle censure veicolate con i primi due motivi del ricorso.

È evidente che gli eventi eccezionali e straordinari in esame nel caso di specie non sussistono, con la conseguente violazione dell'articolo 120 co. 11 del d.lgs. 26 del 2023. Il comma 11, infatti, ammette la proroga cosiddetta tecnica, utile e necessaria per consentire l'esperimento degli atti di gara per la aggiudicazione del nuovo contratto, al fine di garantire la continuità delle prestazioni, qualora queste risultino essenziali.

6.4. Tanto premesso venendo all'esame del quarto motivo di gravame, l'opzione per l'affidamento "in house" in luogo del ricorso al mercato avrebbe dovuto essere da subito assistita dalla dimostrazione di tutti i presupposti richiesti dall'art. 7 d.lgs. n. 36/23 (e dall'art. 192 del previgente d.lgs. n. 50/2016) ed in particolare dalla maggior convenienza per la collettività, potendo gli Stati membri subordinare la conclusione di un'operazione interna come un affidamento "in house" all'impossibilità di indire una gara d'appalto e alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso a tale operazione (Corte Giustizia U.E. sez. IX, 6 febbraio 2020, n. 89).

L'art. 7 d.lgs. 36/2023 chiarisce infatti che, se si decide di optare per un affidamento "in house", si deve fare nel pieno rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

Ai sensi del citato articolo si prevede espressamente che: "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. Vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato".

L'affidamento "in house" di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dall'art.17 decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, secondo cui "1. Gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società in house, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016. 2. Nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30."

6.5. - Sulla base di tali chiari principi il provvedimento impugnato è dunque in detta parte privo delle motivazioni e dei contenuti inderogabilmente prescritti dal legislatore sia nazionale che europeo, con conseguente fondatezza anche del quarto motivo di gravame.

7.- Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso è fondato e va accolto con l'effetto dell'annullamento in "parte qua" della deliberazione impugnata.

Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia - Romagna Bologna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in

epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la deliberazione impugnata, come da motivazione.

Condanna il Comune di Rimini ed Enel Sole s.r.l. alla refusione delle spese in favore della ricorrente in misura di 4.000,00 (quattromila/00) euro ciascuno, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE

Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO