

Eccezionale negli appalti di servizi il ricorso alla trattativa privata

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Una mera indagine conoscitiva non presuppone un obbligo a contrarre, lasciando libera la stazione appaltante di intraprendere idonea procedura concorrenziale

Illegittima individuazione del contraente - necessità di comparazione di carattere organizzativo e non solo esclusivamente economico - utilizzazione dei servizi di una società mista a prevalente capitale pubblico, costituita da un Consorzio di Comuni - per ragioni di economia - normali criteri di contabilità pubblica

Non corretta individuazione della procedura - modello della trattativa privata senza previa pubblicazione di un bando di gara - scelta non conforme direttiva comunitaria né legislazione nazionale di recepimento

Risarcimento del danno - solo se si crea un affidamento di sicura consistenza in merito al rinnovo contrattuale - utile d'impresa quantificabile nel 10% del prezzo offerto - dovuto previa dimostrazione, dopo averli lasciati all'uso disponibili, della non utilizzazione di mezzi e maestranze - ridotta l'entità del risarcimento per possibile riutilizzo

Così nella massima ufficiale di Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860

Le norme comunitarie sugli appalti di servizi (direttiva 92/50/CEE) e a quelle nazionali di recepimento (d.lgs.n.157/1995 e successive modifiche e integrazioni) ammettono il ricorso alla trattativa privata, non preceduta dalla pubblicazione di un bando, solo in ipotesi eccezionali.

Ben può l'Amministrazione, prima di definire le proprie scelte, chiedere all'affidatario uscente se e a quali condizioni di maggior favore potrebbe eventualmente accettare il rinnovo contrattuale, senza dovere, per ciò solo, poi assumere puntuali determinazioni di ritiro degli atti a ciò preordinati qualora ritenga di non avvalersi più di tale prestatore di servizi, trattandosi, in questo caso, di mera indagine conoscitiva; sicché, una volta conosciute le condizioni offerte, è libera di valutarle sia ai fini della loro accettazione, sia per determinarsi diversamente, eventualmente attraverso una apposita procedura concorrenziale; con la conseguenza che nessuna certezza di affidamento poteva ricondursi alla richiesta anzidetta.

inoltre in tema di risarcimento del danno, utile appare il seguente pensiero:

Al contempo, l'eventuale utile d'impresa, normalmente quantificabile nel 10% del prezzo offerto, potrebbe essere riconosciuto spettante nella sua interezza se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi; nella specie, nessuna dimostrazione è stata offerta in tal senso, sicché è da ritenere che, in effetti, l'appellante possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità.

In questa situazione, sembra potersi equitativamente riconoscere spettante un compenso per una percentuale globale del 5% dell'offerta dalla stessa appellante formulata>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

N. 5860/02 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 11917 REG.RIC.

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale,

Quinta
Sezione

ANNO 2001

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.11917/2001 proposto dalla società **** s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, *****, ***** e ***** e presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, viale Mazzini 11,

CONTRO

il Comune di CAROLEI, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliato in Roma, piazzale delle Belle Arti 8, presso lo studio dell'***** TOPI *****,

e

la ***** s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliata in Roma, via Guido d'Arezzo 2, presso l'avv. *****,

nonché

del COMMISSARIO DELEGATO per l'EMERGENZA nel SETTORE dello SMALTIMENTO dei RIFIUTI SOLIDI URBANI nella REGIONE CALABRIA, in persona del Presidente p.t. della Giunta Regionale della Calabria, non costituitasi in giudizio e della PRESIDENZA del CONSIGLIO dei MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. ***** dell'Avvocatura Generale dello Stato e presso questa domiciliato in Via dei Portoghesi, 12,

per l'annullamento

della sentenza del TAR della Calabria, Sede di Catanzaro, Sezione I, 25 ottobre 2001, n.1616;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visti gli atti tutti di causa;

relatore, alla pubblica udienza del 30 aprile 2002, il Cons. *****; uditi i difensori delle parti come da verbale d'udienza;

visto il dispositivo n. 229 pubblicato il 02/05/2002 ai sensi dell'art. 23bis, comma 6, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

F A T T O

1) - Con la sentenza in esame il TAR ha rigettato il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento della nota 9 marzo 2001, n.956, con la quale il Sindaco del Comune di Carolei ha comunicato la mancata rinnovazione del contratto del 3 febbraio 2000 relativo allo svolgimento del servizio di igiene urbana e l'affidamento del servizio stesso alla **** s.p.a.; nonché per l'annullamento della nota comunale 16 gennaio 2001, n.408, contenente comunicazioni ai fini del rinnovo del precedente contratto, della nota comunale di revoca dell'ordinanza commissariale del Commissario delegato nel settore dello smaltimento dei rifiuti 9 marzo 2001, n.954, e rilascio di autorizzazione al conferimento RSU nella discarica di Celico.

2) - Il TAR, dopo aver rigettato le eccezioni preliminari svolte dalle parti resistenti, ha ritenuto che nella specie non si era avuta una mera scelta tra offerte, con selezione di quella ritenuta più vantaggiosa, ma si era deciso di optare per un determinato modello organizzativo, anziché per un altro; e che, in particolare, il Comune ha ritenuto di dovere dare la preferenza al modello costituito dalla gestione del servizio mediante affidamento a una società a prevalente capitale pubblico a scapito di un'altra soluzione considerata possibile, costituita dalla proroga (o, meglio, rinnovazione) del contratto con la precedente affidataria, ai sensi dell'art.6 della legge n.537/1993, come sostituito dall'art. 44 della legge n.724/1994; sicché non era da ritenere che il Comune avesse instaurato alcuna procedura di gara, ma che avesse effettuato una scelta di tipo organizzativo, individuando un determinato modello di gestione del servizio pubblico tra quelli contemplati dall'ordinamento.

Il TAR ha anche ritenuto infondata la censura secondo cui il Comune, con il suo comportamento, avrebbe ingenerato una legittima aspettativa in ordine alla rinnovazione del contratto; la volontà di procedere ad un rinnovo del contratto sarebbe stata esplicitamente subordinata alla presentazione di un'offerta al ribasso ai sensi della citata legge n.537/1993; la presentazione di un'offerta non implicava, però, un'automatica accettazione, ma presupponeva una favorevole valutazione della stessa.

Parimenti da disattendere era, per i primi giudici, la censura di illegittimità delle determinazioni comunali per non essersi proceduto ad adottare un apposito atto di ritiro; la richiesta di un'offerta al ribasso formulata alla ricorrente è stata rivista, in particolare, non come espressione della volontà di procedere alla rinnovazione, ma quale mero atto prenegoziale, inquadrabile nello schema della invitatio ad offerendum, sicché non sussisteva alcun atto suscettibile di formare oggetto di un provvedimento di ritiro; non essendovi spazio per il ritiro di un atto, non vi era, poi, neppure quello per ritenere la necessità della comunicazione dell'avvio del relativo procedimento.

Né poteva ritenersi violato l'art.1 della legge n.241/1990 per difetto di motivazione, poiché la scelta operata si connotava come scelta di carattere organizzativo, con la conseguente infondatezza delle argomentazioni fondate sul carattere eccezionale del sistema di contrattazione.

Veniva, infine rigettata la censura di violazione dell'art. 30 del d.lgs. n.22/1997, non essendo richiesta dal legislatore la previa iscrizione all'**** (delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti) anche dei Consorzi tra enti locali che espletano il servizio a favore dei relativi Comuni, essendo sufficiente la comunicazione di inizio attività, da parte del Consorzio, all'Albo stesso, seguita, poi, dalla relativa iscrizione per le sole attività svolte nell'interesse dei Consorzi cui il Comune partecipa.

All'infondatezza delle censure svolte avverso l'affidamento alla società controinteressata si ricollegava, poi, per il TAR, anche l'infondatezza di quelle svolte, per mera illegittimità derivata, avverso la deliberazione commissariale n.1320/2001, di autorizzazione al conferimento dei rifiuti in altra discarica, diversa da quella della Sovreco, gestita dalla ricorrente.

All'infondatezza delle censure ora dette seguiva, infine, anche l'infondatezza della domanda risarcitoria pure avanzata della ricorrente.

3) - Per la società appellante la sentenza sarebbe erronea, in primo luogo, in quanto la scelta operata non avrebbe avuto assolutamente carattere organizzativo, ma sarebbe stata correlata soltanto alla migliore convenienza economica dell'offerta formulata dalla società mista a prevalente capitale pubblico, **** s.p.a., rispetto all'offerta sollecitata alla ricorrente, precedente affidataria.

Inoltre, non sarebbero neppure sussistiti, nella specie, i requisiti per ritenere validamente operato l'affidamento diretto, non trattandosi di società mista direttamente costituita dal Comune, ma da un Consorzio di Comuni tra i quali rientrava anche quello di *****, dotato, quindi, di un controllo sociale minimo, tra il 2 e il 3 % del capitale societario, insufficiente ad assicurare il controllo della società stessa e, quindi, l'efficienza ed economicità del servizio; inoltre, come sottolineato nella memoria conclusionale, la scelta così operata non sarebbe stata neppure conforme ai principi comunitari in tema di deroghe ammissibili rispetto all'affidamento mediante gara, difettando il controllo diretto anzidetto.

In subordine, si denuncia il fatto che il TAR avrebbe anche errato nel ritenere legittimo l'affidamento in favore della **** s.p.a., oltre che della raccolta differenziata, anche di quella indifferenziata, laddove il Consorzio e la *****à mista erano stati costituiti solo per la raccolta differenziata.

Diversamente, poi, da quanto ritenuto dal TAR, il Comune, avendo ottenuto, come dallo stesso richiesto, dalla medesima odierna appellante, un'offerta al ribasso compatibile con le proprie disponibilità economiche, non avrebbe potuto disattenderla senza infrangere ogni criterio di buona amministrazione e, soprattutto, senza calpestare la regola del comportamento secondo buona fede nelle trattative contrattuali (art.1337 c.c.).

Una volta pervenuta al Comune l'offerta dell'odierna deducente, la volontà contrattuale avrebbe dovuto ritenersi già formata, nel senso della rinnovazione del contratto in favore della medesima, con la conseguenza che erroneamente il TAR avrebbe disatteso la censura di violazione dei principi generali in tema di revoca e annullamento degli atti amministrativi; il Comune avrebbe dovuto adottare un apposito contrarius actus, debitamente preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento.

All'accoglimento delle censure ora dette dovrebbe poi necessariamente seguire, per l'appellante, l'accoglimento dell'impugnazione della delibera commissariale n.1320/2001, in quanto certamente strumentale rispetto a quelle ora dette, nonché delle pretese risarcitorie avanzate in primo grado.

4) - Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Carolei che la società **** s.p.a. che, nelle proprie difese, insistono per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

Con memoria conclusionale l'appellante ribadisce e sviluppa le proprie tesi difensive e precisa più in dettaglio la propria domanda risarcitoria.

DIRITTO

1) - L'appello è fondato.

Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, non risulta che, nella specie, il Comune di Carolei si sia limitato ad operare una scelta organizzativa finalizzata all'utilizzazione del modulo della società mista a prevalente capitale pubblico (costituita, in prevalenza, da un Consorzio di Comuni cui il medesimo Comune di Carolei partecipava) per l'espletamento del servizio di cui si tratta.

Se così fosse stato, il Comune si sarebbe limitato ad affidare il servizio in questione (raccolta e smaltimento di RSU) alla predetta società mista maggioritaria pubblica (**** s.p.a., il cui capitale sociale è per il 51% in mano dei numerosi Comuni consorziati).

Al contrario, ha posto in essere una vera e propria procedura comparativa, in una forma sostanzialmente riconducibile a quella della trattativa privata, senza pubblicazione, peraltro, del bando di gara, volta ad individuare quale tra le offerte della precedente affidataria del servizio (la società odierna appellante, aggiudicataria, a suo tempo, in base a pubblica gara) e della società mista anzidetta fosse quella più conveniente economicamente.

Tanto emerge, al di là di ogni ragionevole dubbio, dalla proposta di deliberazione che accompagna la delibera di G.M. principalmente gravata, laddove è precisato:

“visto che, pertanto, all'Amministrazione comunale ai fini del perseguimento del servizio di che trattasi, si sono presentate due ipotesi legittimamente percorribili: a) il rinnovo del citato contratto rep. n.640/2000 ai sensi e con le modalità di cui al suddetto art.44 della legge 23.12.1994, n.724; b)

l'affidamento diretto al Consorzio **** cui il Comune è associato e, per esso, alla ****-Servizi per l'Ambiente s.p.a.;

rilevato che la concretizzazione di una delle due ipotesi doveva, comunque, tendere ad assicurare una convenienza economica;

considerato, quindi, che al fine di accertare la suddetta convenienza economica, questa Amministrazione ha ritenuto opportuno chiedere sia alla **** s.p.a. che alla **** s.p.a.....un'offerta per l'affidamento del servizio di che trattasi.....;

visto che l'offerta della **** è pari al ribasso del 2% e, quindi, pari all'importo netto di €. 318.500.000 oltre IVA;

visto che la **** s.p.a. si è dichiarata disponibile ad effettuare il servizio di igiene urbana al prezzo di €. 296.500.000 oltre IVA;

considerato che il prezzo più conveniente per l'Amministrazione è quello della ****-Servizi per l'Ambiente s.p.a.;

ritenuto, quindi, che il servizio.....può essere affidato direttamente alla società mista a prevalente capitale pubblico ****-Servizi per l'Ambiente s.p.a.....", perveniva alla conclusione che il servizio dovesse essere affidato a quest'ultima al prezzo di €.295.000.000 oltre IVA.

Ora, appare chiaro che, così operando, il Comune abbia inteso tenere conto di un duplice modulo operativo; da un lato, quello del rinnovo dell'affidamento al precedente affidatario, ai sensi delle citate norme di cui alle leggi n.537/1993 e 724/1994; dall'altro, quello dell'affidamento diretto a società mista a prevalente capitale pubblico.

Il Comune stesso, peraltro, ai fini dell'affidamento del servizio, non è pervenuto ad assegnare la prevalenza al modulo societario perché in sé e in assoluto ritenuto più confacente agli interessi pubblici perseguiti e, in particolare, per ragioni di economia, riconducibili al fatto che, una volta posta in essere una struttura societaria a prevalente capitale pubblico, destinata a svolgere, per il Comune stesso, determinati servizi, normali criteri di contabilità pubblica avrebbero dovuto indurre ad utilizzare quello specifico strumento operativo.

Al contrario, ciò ha fatto solo dopo aver attivato anche, nei confronti dell'odierna appellante, la procedura di proroga dei servizi - in precedenza affidate mediante gara - di cui alle ripetute disposizioni del 1993 e del 1994.

Ha così conseguito - avvalendosi di tali differenti assetti normativi - due distinte offerte economiche; e tali

offerte ha finito per comparare solo tenendo conto dell'aspetto legato al maggior ribasso prospettato dalle due offerenti, mentre nessun rilievo ha assegnato ai vantaggi eventualmente ricollegabili ai particolari assetti societari offerti dalla costituzione della società mista dedicata.

Ne consegue che nella specie non è stata assolutamente operata una scelta per un modulo operativo predeterminato, quello della società mista, perché in assoluto più rispondente alle finalità pubblicitiche perseguite, ma si è individuato il soggetto affidatario solo all'esito di una comparazione di carattere prettamente ed esclusivamente economico e non organizzativo, in cui l'offerta di un'impresa si è manifestata più bassa rispetto a quella dell'affidataria uscente.

Come si ripete, si è, così, posta in essere una vera e propria procedura concorrenziale riconducibile al modello della trattativa privata senza previa pubblicazione di un bando di gara; procedura che, come dedotto l'appellante, non è certamente conforme alle norme comunitarie sugli appalti di servizi (direttiva 92/50/CEE) e a quelle nazionali di recepimento (d.lgs.n.157/1995 e successive modifiche e integrazioni); norme che ammettono il ricorso alla trattativa privata, non preceduta dalla pubblicazione di un bando, solo in ipotesi eccezionali, nella specie insussistenti.

Per tali motivi vanno annullati i provvedimenti impugnati in primo grado in virtù dei quali il servizio di cui si tratta è stato affidato alla ****-Servizi per l'Ambiente s.p.a.

2) - Il ricorso di primo grado va anche accolto nella parte in cui vi si chiede l'annullamento, per illegittimità derivata, della deliberazione commissariale n.1320/2001 che consente al Comune di Carolei di smaltire i propri rifiuti non già nella discarica della Sovreco, gestita dall'odierna appellante, ma in quella di Celico, perché più vicina al Comune stesso e, quindi, economicamente più conveniente.

Nel richiedere l'autorizzazione al cambio della discarica il Comune - v. nota del 7 febbraio 2001 - ha fatto, invero, espresso riferimento proprio al fatto che la richiesta era occasionata dalla possibilità di affidare il servizio alla società mista; venuto meno, peraltro, tale presupposto per i motivi anzidetti, anche la deliberazione commissariale di cui è causa ne rimane inevitabilmente e consequenzialmente travolta, perché ricollegabile ad un assetto del servizio (svolgimento mediante la società mista **** s.p.a.) rivelatosi illegittimo.

3) - Alla fondatezza dell'originario ricorso per i motivi ora detti segue anche quella delle pretese risarcitorie.

Esse vanno, però, circoscritte nei limiti che seguono.

Anzitutto è da escludersi che in capo all'odierna appellante si sia creato - a seguito della richiesta di formulazione di un'offerta ai sensi della legge n.537/1993 e della legge n.724/1994 - un affidamento di

sicura consistenza in merito al rinnovo contrattuale; ben può, infatti, l'Amministrazione, prima di definire le proprie scelte, chiedere all'affidatario uscente se e a quali condizioni di maggior favore potrebbe eventualmente accettare il rinnovo contrattuale, senza dovere, per ciò solo, poi assumere puntuali determinazioni di ritiro degli atti a ciò preordinati qualora ritenga di non avvalersi più di tale prestatore di servizi, trattandosi, in questo caso, di mera indagine conoscitiva; sicché, una volta conosciute le condizioni offerte, è libera di valutarle sia ai fini della loro accettazione, sia per determinarsi diversamente, eventualmente attraverso una apposita procedura concorrenziale; con la conseguenza che nessuna certezza di affidamento poteva ricondursi alla richiesta anzidetta.

Quanto, invece, alla procedura concorrenziale in concreto illegittimamente attivata per l'assegnazione del servizio per un ulteriore anno (con conseguente colpa dell'Amministrazione stessa, che non si è attenuta agli specifici dettami normativi di cui si è detto), è da ritenere che, se la procedura stessa fosse stata posta in essere nel rispetto dei criteri di cui al d.lgs. n.157/1995, l'appellante avrebbe avuto certamente talune chances di aggiudicarsela.

Nell'illegittima gara informale annuale in concreto svoltasi, sono state prese in considerazione due distinte offerte; ma ad una legittima gara avrebbero potuto partecipare anche altri concorrenti in numero non individuabile con alcuna certezza.

Al contempo, l'eventuale utile d'impresa, normalmente quantificabile nel 10% del prezzo offerto, potrebbe essere riconosciuto spettante nella sua interezza se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi; nella specie, nessuna dimostrazione è stata offerta in tal senso, sicché è da ritenere che, in effetti, l'appellante possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità.

In questa situazione, sembra potersi equitativamente riconoscere spettante un compenso per una percentuale globale del 5% dell'offerta dalla stessa appellante formulata.

Nulla compete, invece, in relazione all'annullamento della citata delibera commissariale n.1320/2001, dal momento che, per questa parte, non è stata non solo precisata nei suoi contenuti, ma neppure avanzata alcuna specifica pretesa risarcitoria.

4) - Per tali motivi l'appello in epigrafe appare fondato e va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, devono essere annullati i provvedimenti impugnati in primo grado; va anche accolta, nei termini e limiti appena precisati, la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'appellante.

Le spese dei due gradi di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato, *****, accoglie l'appello in epigrafe nei termini e limiti precisati in narrativa.

Compensa tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma il 30 aprile 2002 dal Collegio costituito dai Sigg.ri:

V A R R O N E

- Presidente

- Consigliere

- Consigliere est.

GOFFREDO

- Consigliere

FILORETO

D'*****

- Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

**** *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..... 24/10/2002.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

<https://www.diritto.it/eccezionale-negli-appalti-di-servizi-il-ricorso-alla-trattativa-privata/>