

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29027-non-emerge-l-urgenza-qualificata-che-avrebbe-giustificato-il-ricorso-alla-trattativa-privata-la-scelta-di-una-diversa-collocazione-dei-distributori-automatici-ampiamente-motivata-dall-amministr>

Autore: Lazzini Sonia

Non emerge l'urgenza qualificata che avrebbe giustificato il ricorso alla trattativa privata. La scelta di una diversa collocazione dei distributori automatici, ampiamente motivata dall'amministrazione, non risulta accompagnata da una adeguata enunciazio

C.St. 02.02.2010 n. 445

non emerge l'urgenza qualificata che avrebbe giustificato il ricorso alla trattativa privata.

La scelta di una diversa collocazione dei distributori automatici, ampiamente motivata dall'amministrazione, non risulta accompagnata da una adeguata enunciazione delle ragioni che impedivano di avviare una procedura concorsuale per individuare il nuovo gestore

Anche nella materia del rinnovo o della proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio, quindi, per l'autonomia contrattuale delle parti, in relazione alla normativa inderogabile stabilita dal legislatore, per ragioni di interesse pubblico. Al contrario, vige il principio in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (così Cons. di St., V, 8.7.2008, n. 3391).

Gli appellanti sottolineano che il rapporto in questione_ gestione, in esclusiva, del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande ed altri generi di conforto_, a loro parere, non è affatto ascrivibile alla concessione di servizi, ma si risolve nella locazione di un'area pubblica, o, comunque, in un rapporto giuridico incentrato sulla messa a disposizione di aree pubbliche, verso il pagamento di un corrispettivo. Si tratterebbe, in altri termini, della mera attività commerciale dell'impresa, diretta all'offerta al pubblico di alimenti e bevande. A sostegno del loro assunto citano la sentenza del TAR per la Lombardia, 15 febbraio 2007, n. 266, riferita ad analoga vicenda sostanziale.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

La tesi non è persuasiva, benché metta in luce alcuni aspetti problematici della esatta delimitazione delle nozioni di appalto di servizi pubblici e di concessione di servizi pubblici.

Va osservato, preliminarmente, che, anche seguendo le premesse argomentative degli appellanti, resterebbe comunque ferma l'illegittimità della procedura seguita dalla amministrazione. Infatti, la necessità di un adeguato confronto concorrenziale andrebbe in ogni caso fondata sui principi nazionali (e per alcuni aspetti anche comunitari) riguardanti la trasparenza delle procedure con cui l'amministrazione offre benefici o vantaggi di carattere economico a soggetti terzi.

In secondo luogo, il riferimento al rapporto locativo prospettato dagli appellanti, non risulta convincente, alla luce delle dizioni utilizzate negli atti adottati dall'amministrazione e, soprattutto, del contenuto sostanziale della attività prevista. Non si tratta, infatti della sola messa a disposizione di un luogo pubblico per lo svolgimento di una libera attività di impresa.

Al contrario, il rapporto ha per oggetto la realizzazione di un servizio (pagato dagli utenti finali) palesemente destinato – in modo prevalente, se non esclusivo - ai soggetti, che, a vario titolo, frequentano la struttura ospedaliera (assistiti, dipendenti, visitatori). Se non si tratta di servizi di ristorazione o alberghieri rivolti all'amministrazione, è però indiscutibile che l'attività del concessionario sia effettivamente destinata a migliorare, nel suo complesso, l'efficienza dei servizi resi dall'amministrazione sanitaria, nei suoi rapporti con il pubblico.

La rilevanza degli interessi economici dell'impresa affidataria è evidente, ma questo argomento non incide sulla esatta qualificazione del rapporto, dal momento che il carattere imprenditoriale del rapporto caratterizza, in varia misura, tutti i contratti pubblici e le concessioni di servizi pubblici.

La qualificazione come concessione di servizio pubblico deriva dalla circostanza che il corrispettivo non è a carico dell'amministrazione. L'erogazione del servizio, accompagnata dalla corresponsione di un canone, è compensata dalla concessione del diritto di sfruttare economicamente, ed in esclusiva, il servizio.

Gli appellanti contestano la pronuncia di accoglimento anche attraverso l'affermazione secondo cui l'omissione del confronto competitivo tra gli operatori del settore deriverebbe dalla circostanza che l'impresa affidataria si fosse assunta l'impegno di realizzare un manufatto da adibire a sede dei

distributori automatici nell'ospedale di Sanremo. Pertanto, questa particolare prestazione richiederebbe un'individuazione dell'impresa affidataria senza lo svolgimento di una gara.

Come esattamente evidenziato dal TAR, questo obbligo non è affatto incompatibile con le procedure di gara: lo stesso impegno avrebbe potuto essere imposto ad ogni aspirante concessionario nell'ambito di un regolare procedimento ad evidenza pubblica di scelta del contraente.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 445 del 2 febbraio 2010 emessa dal Consiglio di Stato

N. 00445/2010 REG.DEC.

N. 01975/2009 REG.RIC.

N. 02746/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1975 del 2009, proposto da:
Azienda Sanitaria Locale - Asl N. 1 "Imperiese", rappresentato e difeso dagli avv.
Mauro Casanova, Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso Guido
Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria N. 5;

contro

ALFA Sanremo Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Massa, Ludovico
Villani, con domicilio eletto presso Ludovico Villani in Roma, via Asiago N.8;

nei confronti di

BETA S.p.A. Distributori Automatici, rappresentato e difeso dagli avv. Cesare Glendi, Gabriella Glendi, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

Sul ricorso numero di registro generale 2746 del 2009, proposto da: BETA Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Cesare Glendi, Gabriella Glendi, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

ALFA Sanremo Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Massa, Ludovico Villani, con domicilio eletto presso Ludovico Villani in Roma, via Asiago N.8;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale N. 1 "Imperiese", rappresentato e difeso dagli avv. Mauro Casanova, Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria N. 5;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1975 del 2009:

della sentenza del Tar Liguria - Genova :sezione Ii n. 00081/2009, resa tra le parti, concernente PROROGA PER 3 ANNI CONCESSIONE SERVIZIO DISTRIBUZIONE AUTOMATICA DI ALIMENTI E BEVANDE.

quanto al ricorso n. 2746 del 2009:

della sentenza del Tar Liguria - Genova :sezione Ii n. 00081/2009, resa tra le parti, concernente PROROGA CONCESSIONE SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DI ALIMENTI E BEVANDE C/O ASL.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2009 il Consigliere Marco Lipari e uditi i difensori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La sentenza appellata, previa reiezione delle eccezioni preliminari proposte dalle parti convenute, in accoglimento del ricorso proposto da la società ALFA Sanremo s.r.l., ha annullato la deliberazione del direttore generale della A.S.L. n. 1 Imperiese 10.8.2007, n. 648.

Con tale atto era stata disposta la proroga della concessione (in scadenza al 31.12.2008), relativa al servizio di distribuzione automatica di bevande e generi di conforto presso i presidi e gli uffici dell'A.S.L. in favore della controinteressata D.D.S. s.p.a., a fronte dell'impegno di quest'ultima a realizzare un manufatto atto ad ospitare gli impianti di distribuzione delle bevande presso il presidio ospedaliero di Sanremo.

Con separati appelli, l'Azienda Sanitaria e la società BETA impugnano la sentenza, riproponendo le eccezioni disattese dal tribunale e contestando la pronuncia di accoglimento.

La società ALFA resiste ai due appelli.

La causa è stata discussa all'udienza del 20 ottobre 2009, ed il collegio se ne è riservata la decisione.

DIRITTO

Gli appelli, proposti contro la stessa sentenza, devono essere riuniti.

Con ricorso notificato in data 11.11.2008 la società ALFA Sanremo s.r.l., attiva nella distribuzione automatica di bevande e generi di conforto, ha impugnato la deliberazione del direttore generale della A.S.L. n. 1 Imperiese 10.8.2007, n. 648,

con la quale è stata disposta la proroga della concessione (in scadenza al 31.12.2008) relativa al servizio di distribuzione automatica di bevande e generi di conforto presso i presidi e gli uffici dell'A.S.L. in favore della controinteressata D.D.S. s.p.a., a fronte dell'impegno di quest'ultima a realizzare un manufatto atto ad ospitare gli impianti di distribuzione delle bevande presso il presidio ospedaliero di Sanremo.

A sostegno del gravame ha dedotto tre motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Violazione dell'art. 30 del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163 e s.m., nonché degli artt. 27 e 2 del medesimo decreto legislativo. Violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici, nonché dell'art. 37 R.D. 827/1924. Eccesso di potere per difetto di presupposto, difetto di istruttoria.
2. Violazione dell'art. 23, comma 2, L. n. 62/2005. Difetto di presupposto.
3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 15 D. Lgs. 163/2006 nonché dell'art. 121 e seguenti del medesimo decreto. Difetto di presupposto.

Gli appelli ripropongono, in primo luogo, l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata dalle difese della A.S.L. e della società controinteressata.

Le appellanti affermano che la deliberazione impugnata (7.6.2007, n. 473) è stata pubblicata all'albo della A.S.L. per la durata di dieci giorni consecutivi dal 18.6.2007 al 28.6.2007 (doc. 3 delle produzioni 26.11.2008 della A.S.L.), cioè oltre un anno prima rispetto alla data di notificazione del ricorso.

Come esattamente rilevato dalla sentenza appellata, l'eccezione è infondata.

Infatti, ai sensi dell'art. 21, comma primo, della legge TAR, "il ricorso deve essere notificato tanto all'organo che ha emesso l'atto impugnato quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno tra essi, entro il termine di sessanta giorni da quello in cui l'interessato ne abbia ricevuta la notifica, o ne abbia comunque avuta piena conoscenza, o, per gli atti di cui non sia

richiesta la notifica individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione, se questa sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento”.

La disposizione chiarisce che il termine per l’impugnazione degli atti amministrativi di cui non sia richiesta la notifica individuale decorre dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione, ma soltanto “*se questa sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento*”.

In questa prospettiva, non vi sono disposizioni di legge o di regolamento che prevedono obbligatoriamente la pubblicazione delle deliberazioni del direttore generale della A.S.L. concernenti l’affidamento dei contratti di appalto di lavori, servizi o forniture al relativo albo (l’art. 35 della L.R. Liguria n. 42/1994 è stato infatti abrogato dall’art. 90 della L.R. 7.12.2006, n. 41).

Per altro verso, manca la prova rigorosa che la società ricorrente in primo grado avesse conseguito una piena conoscenza effettiva della deliberazione impugnata in data anteriore al 3.10.2008, giorno in cui è stato esercitato il diritto di accesso ai documenti relativi alla gara in contestazione.

Al riguardo, gli appelli evidenziano che la pubblicazione degli atti relativi alle procedure di gara costituisce una prassi costante della ASL. Questa circostanza, unitamente al tempo trascorso (quasi un anno e mezzo) tra la pubblicazione delle delibere e la proposizione del ricorso, rappresenterebbe la dimostrazione della conoscenza degli atti. Questa sarebbe confermata anche dalla circostanza che già nel maggio 2008 un dirigente della ASL aveva illustrato al rappresentante della ALFA la situazione relativa alla distribuzione automatica di alimenti e bevande.

Si tratta di circostanze di fatto indubbiamente significative, ma inidonee a rappresentare quegli indici univoci, gravi, precisi e concordanti, sufficienti per fondare una ragionevole presunzione di conoscenza dei provvedimenti impugnati.

Pertanto, è rimasta priva di riscontro l'affermazione degli appellanti concernente l'ipotizzata conoscenza degli atti impugnati in primo grado sin dal maggio-giugno 2008.

Né risulta confermata la tesi dell'appellante BETA, secondo cui l'obbligo della pubblicazione degli atti del Direttore generale della ASL deriverebbe dal decreto legislativo n. 502/1992 e dalla legge regionale n. 42/2006, articolo 88. Infatti, il generico obbligo di dare adeguata pubblicità alle delibere delle Aziende Sanitarie non significa affatto la previsione del dovere di pubblicare le delibere, idoneo a realizzare una forma di conoscenza legale, tale da far decorrere il termine di impugnazione per tutti i soggetti diversi dai diretti destinatari.

La appellanti, poi, contestano, nel merito, la pronuncia di accoglimento.

Il TAR ha ritenuto assorbente il profilo della dedotta violazione dell'art. 30, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a mente del quale "la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

La sentenza ha ritenuto che l'oggetto del rapporto in questione - espressamente denominato "concessione" - non sia affatto limitato al conferimento degli spazi pubblici ove collocare i distributori automatici, ma comprende specificamente la *"gestione, in esclusiva, del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande ed altri generi di conforto"*.

In tal senso, infatti, continua il TAR, si pone lo schema di accordo allegato alla deliberazione D.G. 10.8.2007, n. 648.

Secondo il TAR, pertanto, si tratta, in concreto, di una concessione di servizi (segnatamente, del servizio contemplato dall'allegato II B al D. Lgs. n. 163/2006, cat. n. 17, servizi alberghieri e di ristorazione), *“a nulla rilevando che il servizio in questione possa o meno definirsi “servizio pubblico” in ragione del destinatario finale della prestazione: ciò che conta, infatti, è che esso presenti - come in effetti presenta - le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura del servizio consiste unicamente nel diritto di gestirlo (cfr. l'art. 3 comma 12 del D. Lgs. n. 163/2006).”*

Di conseguenza, prosegue la sentenza appellata, *“l'affidamento in questione, deliberato senza il previo espletamento di gara informale tra almeno cinque concorrenti e con predeterminazione dei criteri selettivi, in violazione dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento, è dunque illegittimo.”*

Gli appellanti sottolineano che il rapporto in questione, a loro parere, non è affatto ascrivibile alla concessione di servizi, ma si risolve nella locazione di un'area pubblica, o, comunque, in un rapporto giuridico incentrato sulla messa a disposizione di aree pubbliche, verso il pagamento di un corrispettivo. Si tratterebbe, in altri termini, della mera attività commerciale dell'impresa, diretta all'offerta al pubblico di alimenti e bevande. A sostegno del loro assunto citano la sentenza del TAR per la Lombardia, 15 febbraio 2007, n. 266, riferita ad analoga vicenda sostanziale.

La tesi non è persuasiva, benché metta in luce alcuni aspetti problematici della esatta delimitazione delle nozioni di appalto di servizi pubblici e di concessione di servizi pubblici.

Va osservato, preliminarmente, che, anche seguendo le premesse argomentative degli appellanti, resterebbe comunque ferma l'illegittimità della procedura seguita dalla amministrazione. Infatti, la necessità di un adeguato confronto concorrenziale

andrebbe in ogni caso fondata sui principi nazionali (e per alcuni aspetti anche comunitari) riguardanti la trasparenza delle procedure con cui l'amministrazione offre benefici o vantaggi di carattere economico a soggetti terzi.

In secondo luogo, il riferimento al rapporto locativo prospettato dagli appellanti, non risulta convincente, alla luce delle dizioni utilizzate negli atti adottati dall'amministrazione e, soprattutto, del contenuto sostanziale della attività prevista. Non si tratta, infatti della sola messa a disposizione di un luogo pubblico per lo svolgimento di una libera attività di impresa.

Al contrario, il rapporto ha per oggetto la realizzazione di un servizio (pagato dagli utenti finali) palesemente destinato – in modo prevalente, se non esclusivo - ai soggetti, che, a vario titolo, frequentano la struttura ospedaliera (assistiti, dipendenti, visitatori). Se non si tratta di servizi di ristorazione o alberghieri rivolti all'amministrazione, è però indiscutibile che l'attività del concessionario sia effettivamente destinata a migliorare, nel suo complesso, l'efficienza dei servizi resi dall'amministrazione sanitaria, nei suoi rapporti con il pubblico.

La rilevanza degli interessi economici dell'impresa affidataria è evidente, ma questo argomento non incide sulla esatta qualificazione del rapporto, dal momento che il carattere imprenditoriale del rapporto caratterizza, in varia misura, tutti i contratti pubblici e le concessioni di servizi pubblici.

Questo dato, del resto, è ripetutamente evidenziato dalle difese della ASL ed emerge anche dagli atti del procedimento, i quali determinano l'oggetto del rapporto come “gestione, in esclusiva, del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande ed altri generi di conforto”.

La qualificazione come concessione di servizio pubblico deriva dalla circostanza che il corrispettivo non è a carico dell'amministrazione. L'erogazione del servizio, accompagnata dalla corresponsione di un canone, è compensata dalla concessione del diritto di sfruttare economicamente, ed in esclusiva, il servizio.

D'altro canto, la vendita al pubblico nell'ambito delle strutture ospedaliere resta soggetta a una disciplina del tutto speciale, che ne evidenzia la caratterizzazione peculiare.

Gli appellanti contestano la pronuncia di accoglimento anche attraverso l'affermazione secondo cui l'omissione del confronto competitivo tra gli operatori del settore deriverebbe dalla circostanza che l'impresa affidataria si fosse assunta l'impegno di realizzare un manufatto da adibire a sede dei distributori automatici nell'ospedale di Sanremo. Pertanto, questa particolare prestazione richiederebbe un'individuazione dell'impresa affidataria senza lo svolgimento di una gara.

Come esattamente evidenziato dal TAR, questo obbligo non è affatto incompatibile con le procedure di gara: lo stesso impegno avrebbe potuto essere imposto ad ogni aspirante concessionario nell'ambito di un regolare procedimento ad evidenza pubblica di scelta del contraente.

Per analoghe ragioni, poi, non emerge l'urgenza qualificata che avrebbe giustificato il ricorso alla trattativa privata. La scelta di una diversa collocazione dei distributori automatici, ampiamente motivata dall'amministrazione, non risulta accompagnata da una adeguata enunciazione delle ragioni che impedivano di avviare una procedura concorsuale per individuare il nuovo gestore.

Sotto altro aspetto, le parti appellanti sostengono che la proroga del rapporto con la D.D.S. costituirebbe la modificazione di un precedente rapporto transattivo. Tale accordo, quindi, sfuggirebbe all'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici.

La tesi non è condivisibile. È vero infatti che la transazione è sempre possibile anche in materia di concessioni o appalti di servizi, a norma degli articoli 239 e 30 del codice. Ma è altrettanto indiscutibile che la transazione deve svolgersi in relazione a diritti disponibili delle parti e non consente di derogare alle disposizioni cogenti fissate dal codice dei contratti.

Sotto altro profilo, poi, non va trascurato nemmeno l'ulteriore argomento espresso dal TAR, secondo cui, *“la disposizione citata riguarda, peraltro, la definizione dei soli rapporti tra la A.S.L. e la D.D.S.: ma la transazione intervenuta tra queste ultime non può essere opposta alla odierna ricorrente, che non fa valere un diritto soggettivo, bensì un interesse legittimo, del quale né la A.S.L. né la società controinteressata potevano legittimamente disporre ex art. 1966 c.c.”*

Anche nella materia del rinnovo o della proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio, quindi, per l'autonomia contrattuale delle parti, in relazione alla normativa inderogabile stabilita dal legislatore, per ragioni di interesse pubblico. Al contrario, vige il principio in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (così Cons. di St., V, 8.7.2008, n. 3391).

La BETA, con il terzo motivo di gravame deduce che non sono stati proposti motivi di censura in ordine alle effettive ragioni di urgenza poste a base dei provvedimenti impugnati. Ciò determinerebbe, a dire dell'appellante, l'inammissibilità del ricorso dinanzi al TAR.

La censura è priva di pregio.

La parte ricorrente in primo grado ha censurato i provvedimenti impugnati, affermando che non potesse considerarsi idonea base giustificativa della trattativa privata il riferimento alla necessità di transigere una lite in atto.

In questa prospettiva, quindi, il ricorso di primo grado, attentamente valutato nella sua portata logica, oltre che letterale, contiene senz'altro un riferimento alla inidoneità della motivazione della scelta di affidare direttamente il servizio, senza lo svolgimento di una trattativa privata.

In conclusione, quindi, gli appelli devono essere respinti entrambi.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi, meglio indicati in epigrafe, riunisce gli appelli e li respinge entrambi.

Condanna gli appellanti, in solido tra loro, a rimborsare alla parte appellata le spese del grado, liquidandole in complessivi euro cinquemila;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Aldo Scola, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2010

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

Il Dirigente della Sezione