

Giurisprudenza: la concessione di servizi pubblici

a cura di Elisa Bertasi

Per meglio comprendere la sentenza che segue, è opportuno richiamare alla memoria la disciplina legislativa in materia di concessioni di pubblici servizi ed alle problematiche ad essa inerenti. Tale libertà, ma sarebbe più corretto parlare di arbitrio, si giustificava in base al fatto che la natura pubblicistica dell'atto di concessione comportava, ad avviso di costoro, l'inapplicabilità delle norme di contabilità dettate per i contratti della p.a., con la conseguenza che gli atti posti in essere nell'esercizio di un potere pressoché illimitato, divenivano insindacabili.

Questa concezione dottrinale risulta inficiata in partenza, poiché si regge su un concetto erroneo di discrezionalità. La libertà di scelta della p.a., infatti, non deve mai essere identificata con il mero arbitrio e con la libertà di cui godono i privati nella loro attività negoziale, in quanto la p.a. deve sempre perseguire l'interesse pubblico.

La giurisprudenza amministrativa, per arginare la caduta di legalità causata dalla teoria sopra esposta, ha applicato alle concessioni di servizi pubblici, in via analogica, le norme dettate dalla legge per i contratti della p.a. (v. relativamente ai comuni l'art. 87 del R.D. 3 Marzo 1934 n.383 T.U. legge comunale e provinciale).

La legge sulla contabilità generale dello Stato R.D.18 Novembre 1923 n.2440, negando che la p.a. possa comportarsi come il privato cittadino che conclude contratti con la libertà consentita dal diritto comune, dispone che la scelta del contraente avvenga, per regola, mediante procedimento di gara (ex art. 3 l. contab.), mentre la formazione del contratto a trattativa privata è consentita solo in determinati casi (ex art. 41 reg. contab.):

1. Se la gara è andata deserta.
2. Se l'oggetto del contratto presenti tali peculiarità dal punto di vista tecnico o produttivo, da non consentire l'interpello di più ditte.
3. Se vi sono ragioni tali d'urgenza da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione.
4. In ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possono essere utilmente seguite le forme proprie della gara.

In base a questo orientamento giurisprudenziale l'amministrazione, per procedere a trattativa privata, deve fornire una motivazione specifica ed adeguata alle disposizioni della legge. Il fondamento dell'estensione analogica consiste nel fatto che se il legislatore ha predisposto dei limiti all'autonomia negoziale dell'amministrazione, quando essa agisce nel diritto privato, a maggior ragione i limiti suddetti debbono ritenersi vigenti in materia di concessioni, ove l'amministrazione opera come soggetto pubblico.

L'orientamento giurisprudenziale sopra esposto, oggi può dirsi superato: la più recente giurisprudenza approda al medesimo risultato, in tema di legalità dell'azione amministrativa, mediante il ricorso ai principi costituzionali. In primo luogo rinvia all'articolo 113 della Costituzione, il quale generalizza la tutela giurisdizionale contro gli atti della p.a., di conseguenza recupera la sindacabilità degli atti discrezionali.

In secondo luogo opera un richiamo agli articoli 97 e 98, i quali stabiliscono che i pubblici uffici debbono essere organizzati in modo da assicurare "il buon andamento e l'imparzialità" e che i pubblici impiegati "sono al servizio esclusivo della nazione".

Con ciò si intende che la discrezionalità va esercitata nel rispetto del principio di imparzialità e con l'intento di perseguire l'interesse pubblico concreto (risultante dalla comparazione di tutti gli interessi in gioco). L'imparzialità è il modo di essere della discrezionalità, mentre l'interesse pubblico è il suo fine. Questi i principi generali, nel caso specifico invece, l'imparzialità consiste nel fare in modo che a tutti gli aspiranti concessionari sia consentito "contendere ad armi pari". In quest'ottica appare lampante l'eccezionalità del ricorso alla trattativa privata: attraverso i motivi che l'amministrazione adduce in sede di adozione di tale procedimento, sarà possibile all'Autorità giurisdizionale valutarne la legittimità. Ai sensi dell'articolo 98 poi, i pubblici impiegati non debbono praticare distinzioni di classe, di razza, di credo politico e religioso ecc., verso i cittadini nello svolgere i loro uffici: solamente l'interesse pubblico (e non l'interesse di parte) deve essere posto alla base della scelta del concessionario.

Passiamo ora ad analizzare nell'ambito delle concessioni di servizi pubblici, in quali momenti l'amministrazione faccia uso di un potere discrezionale. Il primo momento è quello relativo alla decisione di avvalersi dell'istituto concessorio per l'erogazione di un dato servizio. Qui il potere discrezionale non dà luogo di regola ad abusi: infatti il presupposto che giustifica l'adozione dell'istituto concessorio si verifica ogni qual volta la p. a. sia impossibilitata a condurre in proprio il servizio. Le cause sono di immediata percezione: la carenza di mezzi, strutture e personale idonei. Per quanto riguarda il secondo momento invece, quello cioè della scelta del concessionario, il pericolo di abusi è sempre in agguato a causa della presenza di interessi non sempre pubblici in capo agli amministratori. Non manca chi invoca, a tal proposito, una disciplina legislativa del fenomeno, allo scopo di sottrarre alla discrezionalità la scelta del concessionario. Ammesso ma non concesso che attraverso tale soluzione fosse possibile perseguire in modo maggiormente certo l'interesse pubblico concreto, tuttavia in assenza di questa, è possibile operare un recupero di legalità attraverso una valutazione della conformità dell'atto amministrativo ai dettami costituzionali in precedenza esaminati. Suddetta valutazione dev'essere effettuata dall'amministrazione "a monte del provvedimento, e "a valle" dall'autorità giurisdizionale eventualmente adita.

Cons. di Stato, sez. V, dec. 26 giugno 1996, n. 802:

Pres. Paleologo, Est. Botto; Ric. Comune di A. (avv. Richter) c. XY S.r.l. (avv.ti Morbidelli, Righi, Calo' e Panariti); (conferma TAR Lazio, sez. II ter, 24.10.92, n. 2049).

È illegittimo l'affidamento del servizio di illuminazione lampade votive del cimitero a trattativa privata giustificato da ragioni d'urgenza, atteso che l'intervenuta scadenza del termine della precedente concessione senza l'assunzione di alcuna determinazione è imputabile all'amministrazione (1).

(1) Cfr. C.d.C., sez. Contr. Stato, 5.06.86, n. 1663

(Omissis)

Fatto

Con ricorso in appello notificato nei giorni 15-18 marzo 1996 il Comune di A. impugnava la sentenza del TAR del Lazio, sezione II ter, del 24 ottobre 1992 n. 2049, con la quale era stato accolto il ricorso proposto dalla società XY s.r.l. avverso il diniego di proroga della concessione del servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale, nonché nei confronti degli atti di affidamento di tale concessione, a trattativa privata, alla ditta ZW.

Riassumeva innanzitutto il Comune lo svolgimento dei fatti posto a fondamento della presente controversia: con contratto del 22 settembre 1973 il Comune aveva affidato alla XY S.r.l. la concessione del servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale per una durata di quindici anni (con scadenza al 31 dicembre 1988). In data 14 gennaio 1989 la XY S.r.l. aveva presentato un'istanza di rinnovo della predetta concessione, ma lo stesso giorno il Sindaco di A. aveva comunicato alla ditta richiedente che il servizio era ormai cessato alla data del 31 dicembre 1988 e che la ditta era invitata a riconsegnare l'impianto di illuminazione, passato nel frattempo in proprietà allo stesso Comune.

Con successiva deliberazione del 23 marzo 1989 n. 161 la Giunta municipale di A. aveva deliberato di non rinnovare la concessione alla ditta XY S.r.l., avendo rilevato lo stato di estrema precarietà dell'impianto di illuminazione, nonché avendo considerato più vantaggiosa l'offerta presentata dalla ditta ZW di A..

Con ulteriore deliberazione la Giunta municipale aveva preso atto dello stato dell'impianto di illuminazione ed aveva approvato il computo metrico estimativo dei lavori di rifacimento dello stesso. Infine, con deliberazione del 23 giugno 1989 n. 321, la stessa Giunta aveva formalizzato l'esclusione della XY S.r.l. dalla contrattazione con il Comune e, con successive deliberazioni, aveva affidato, a trattativa privata, la concessione del servizio in questione alla ditta ZW, approvando il relativo computo metrico.

Con tre autonomi ricorsi la XY S.r.l. aveva impugnato tutti gli atti suindicati, chiedendone l'annullamento.

Il TAR del Lazio, sezione II ter, con la sentenza oggetto della presente impugnazione, previa riunione dei ricorsi in esame, li accoglieva con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Ad avviso del Giudice di primo grado, infatti, in capo alla XY S.r.l. si era creata una situazione di affidamento quanto alla prosecuzione del servizio e l'Amministrazione, prima di dare corso agli atti conseguenti alla scadenza della concessione, avrebbe dovuto adottare una determinazione sull'istanza di rinnovo o di proroga della concessione.

Il TAR riteneva altresì fondata la censura proposta avverso la deliberazione di Giunta n. 161/1989, con la quale l'Amministrazione aveva deciso di non rinnovare la concessione alla XY S.r.l., atteso lo stato di precarietà in cui avrebbe versato l'impianto elettrico cimiteriale, unitamente alla maggiore convenienza dell'offerta presentata dalla ditta ZW. Con tale provvedimento, infatti, l'Amministrazione avrebbe adottato un'atipica trattativa multipla tra la ricorrente e la controinteressata senza il rispetto del generale principio della par condicio.

La Ditta ZW, difatti, aveva potuto presentare la propria offerta due mesi dopo la presentazione dell'offerta da parte della concorrente e non era stato altresì preso in considerazione il diritto di preferenza a quest'ultima accordato in virtù dell'art. 5 del capitolato allegato al contratto stipulato nel 1973.

Inoltre, sempre ad avviso del Giudice di primo grado, il ricorso alla trattativa privata nel caso di specie non potrebbe essere giustificato dalle richiamate ragioni d'urgenza, atteso che l'intervenuta scadenza del termine della precedente concessione senza l'assunzione di alcuna determinazione sarebbe imputabile alla negligenza dell'Amministrazione.

L'Ente appellante censurava tale sentenza sostenendo che la nota del 14 gennaio 1989, con la quale era stata richiesta la riconsegna dell'impianto a seguito della scadenza della concessione, non avrebbe alcun contenuto dispositivo, non potendo essere considerata quale risposta alla istanza di proroga presentata dalla XY S.r.l. lo stesso giorno (14 gennaio 1989).

Infatti, a tale ultima istanza l'Amministrazione avrebbe risposto con la successiva deliberazione n. 161/1989 della Giunta municipale.

Di conseguenza, ad avviso del Comune appellante, avrebbe errato il Giudice di primo grado nel ritenere che l'Amministrazione avrebbe dovuto previamente rispondere alla istanza di proroga-rinnovo presentata dalla XY S.r.l., la quale, alla data del 14 gennaio 1989, si presentava nella posizione di semplice detentrica di fatto dell'impianto dell'illuminazione votiva del cimitero comunale.

Quanto, poi, alla deliberazione n. 161/1989, l'Amministrazione, con tale atto, avrebbe dato conto, pur non essendovi tenuta, delle ragioni del diniego di rinnovazione della concessione scaduta.

Tali ragioni consisterebbero, innanzitutto, nello stato di proprietà di precarietà in cui versava l'impianto elettrico cimiteriale, come accertato dall'Ufficio tecnico comunale in data 21 febbraio 1989, e nella maggiore convenienza dell'offerta presentata da una ditta concorrente.

Ebbene, ad avviso dell'Ente appellante la società ricorrente non avrebbe proposto alcuna censura nei riguardi della parte di delibera, dotata di propria autonomia, con la quale si era stabilito di non trattare con la XY S.r.l..

Ciò avrebbe dovuto rendere inammissibile l'impugnazione della deliberazione stessa nella parte relativa alla determinazione di procedere a trattativa privata, in quanto la XY S.r.l. non avrebbe potuto, in virtù della contemporanea esclusione, risultare aggiudicataria del servizio.

Quanto al merito, il Comune appellante evidenziava come, con la più volte citata deliberazione n. 161/1989, si sarebbe soltanto disposto di affidare il servizio mediante trattativa privata, senza alcuna individuazione del soggetto prescelto.

Legittima dovrebbe poi ritenersi la scelta di escludere la XY S.r.l. dal servizio in questione, attesa l'entità della spesa necessaria per ripristinare la funzionalità dell'impianto di illuminazione e l'assenza di fondamento in ordine alla pretesa di individuare una situazione di affidamento in capo alla stessa società.

Oggettive ragioni di urgenza e di tempestività, inoltre, avrebbero dettato la scelta della selezione mediante trattativa privata, onde riassegnare celermente il servizio rimasto vacante.

Quanto agli ulteriori provvedimenti impugnati, relativi all'affidamento del servizio alla ditta ZW, osservava il Comune appellante come nei casi di specie si fosse dato vita a due distinti e non complementari procedimenti: l'uno, relativo alla presa d'atto della cattiva gestione dell'impianto da parte della XY S.r.l. e di diniego di riconferma nel servizio; l'altro, di scelta del concessionario mediante trattativa privata.

Di conseguenza, non sarebbe stato necessario confrontare le due offerte (ossia quella della XY S.r.l. e quella della ZW), in quanto non sarebbe mai stata espletata una gara tra le due offerte.

Da ciò dovrebbe conseguire l'assenza di interesse, in capo alla XY S.r.l., a dolersi dell'affidamento del servizio alla ditta ZW.

Si costituiva in giudizio la XY S.r.l., la quale, previa ricostruzione dei fatti posti a fondamento della controversia, evidenziava come correttamente il Giudice di primo grado avesse riscontrato nel caso di specie la violazione del principio del giusto procedimento in materia di scelta del contraente, avendo potuto la ditta ZW presentare la propria offerta dopo aver conosciuto quella della concorrente, la quale, oltretutto, sarebbe stata titolare di un diritto di preferenza, ai sensi dell'art. 5 del capitolato.

Le ragioni d'urgenza per giustificare il ricorso alla trattativa privata non sarebbero, poi, utilizzabili quando il ritardo sia imputabile al comportamento negligente della stessa Amministrazione.

La società appellata riproponeva, altresì, tutte le censure già svolte in primo grado e dichiarate assorbite dal Giudice di primo grado.

Ad avviso della XY S.r.l., il mancato rinnovo della concessione a proprio favore avrebbe dovuto comportare l'assunzione diretta del servizio e ciò ancor prima che venisse formulata, da parte del Comune di A., la pretesa di restituzione dell'impianto.

Non esisterebbe, poi, nell'ordinamento degli enti locali, un potere di esclusione preventiva di una ditta dalla contrattazione.

Tenuto conto del contenuto sanzionatorio di tale esclusione, essa avrebbe dovuto essere preceduta da effettivi accertamenti e da una contestazione degli addebiti, al fine di attivare il contraddittorio sul punto.

Ciò non solo in concreto non sarebbe avvenuto, ma dalla perizia giurata depositata in atti si evincerebbe il perfetto funzionamento dell'impianto di illuminazione realizzato dalla stessa società odierna appellata.

In sostanza, secondo la XY S.r.l., il Comune avrebbe tentato di individuare una motivazione postuma per giustificare la propria volontà di procedere a trattativa privata con la ditta concorrente.

Nel caso di specie, poi, avrebbe dovuto trovare applicazione il disposto di cui all'art. 5 del capitolato allegato alla concessione e quindi, a parità di condizioni, avrebbe dovuto essere preferita la XY S.r.l..

A prescindere da tale ultima considerazione, la presenza di due offerte avrebbe comunque obbligato l'Amministrazione a procedere a un raffronto tra le stesse.

Con successiva memoria la XY S.r.l. insisteva nelle proprie argomentazioni e nella richiesta di reiezione dell'appello proposto.

All'udienza, sentiti i difensori delle parti, la causa veniva trattenuta in decisione dal Collegio.

Motivi della decisione

Rileva in via preliminare il Collegio che l'Ente appellante appare sfornito di interesse alla trattazione del primo motivo di appello proposto.

Con tale motivo di impugnazione viene censurata la decisione di primo grado in relazione all'accoglimento del ricorso n. 1038/89, proposto per l'annullamento della nota del Sindaco di A. n. 405 del 14 gennaio 1989, recante richiesta di riconsegna dell'impianto di illuminazione votiva.

Osserva in proposito il Collegio che il vero provvedimento lesivo della sfera giuridica soggettiva della XY S.r.l., quanto alla esclusione del rinnovo della concessione, va individuato nella deliberazione di Giunta municipale n. 161 del 20 marzo 1989; infatti, con tale deliberazione l'Amministrazione ha deciso di non rinnovare la concessione alla ditta XY S.r.l. e di procedere all'aggiudicazione del servizio in questione mediante trattativa privata.

Atteso pertanto l'oggetto di tale ultimo provvedimento, sia che l'appello proposto in merito dal Comune venga respinto, sia che venga accolto e, quindi, sia che la sentenza di primo grado venga confermata, con conseguente annullamento di tale deliberazione, sia che venga riformata, con correlata giuridica esistenza della deliberazione stessa, la statuizione in entrambi i casi renderebbe irrilevante l'esame del primo motivo di appello, in quanto la nota n. 405 del 14 gennaio 1989 deve ritenersi assorbita e superata, negli effetti, proprio dalla successiva deliberazione di Giunta n. 161/1989.

Alla luce di ciò non può che ritenersi carente d'interesse l'Amministrazione appellante quanto alla trattazione del primo motivo di appello, relativo all'accoglimento del ricorso n. 1038/89, avente ad oggetto la nota n. 405 del 14 gennaio 1989 del Sindaco di A..

Quanto ai motivi di appello proposti avverso l'accoglimento del ricorso n. 3000/89, con il quale è stata impugnata la deliberazione di Giunta n. 161/1989, osserva il Collegio come debba innanzitutto dichiararsi destituita di fondamento l'eccezione di inammissibilità proposta sul punto dal Comune per l'asserita mancata formulazione di censure, da parte della XY S.r.l., avverso la parte di deliberazione concernente l'esclusione della stessa dal rinnovo della concessione.

Appare infatti evidente, leggendo le varie censure proposte in merito nel ricorso di primo grado, che la XY S.r.l. ha inteso impugnare in toto la predetta deliberazione, sia nella parte riguardante la propria esclusione dal rinnovo, sia nella parte concernente la decisione di addivenire all'aggiudicazione del servizio mediante trattativa privata con una terza impresa.

Quanto al merito, ritiene poi il Collegio che sia da condividere la decisione del Giudice di primo grado, che ha ritenuto violato il principio del giusto procedimento.

Ed invero, l'Amministrazione comunale di A. risulta aver adottato un'anomala procedura di esclusione della XY S.r.l. per presunte inadempienze avvenute nel corso della concessione, senza peraltro che queste abbiano mai formato oggetto di alcun atto di contestazione nell'arco temporale di vigenza della concessione stessa (cfr., sull'obbligo di instaurare in merito il contraddittorio: C.d.S., VI, 4 luglio 1991 n. 425).

La XY S.r.l., in virtù dell'art. 5 del capitolato allegato alla convenzione stipulata nel 1973 (il cui tenore è possibile ricavare dal testo della deliberazione di Giunta municipale n. 321 del 23 giugno 1989) aveva il diritto di preferenza, a parità di condizioni, rispetto ad eventuali imprese concorrenti. E l'affidamento ingenerato in capo alla XY S.r.l. da tale disposizione convenzionale non è stato tenuto in alcun conto da parte dell'Amministrazione.

Quanto, poi, alle ragioni addotte per procedere a trattativa privata, occorre sottolineare come l'urgenza di provvedere, oltre che non richiamata nella deliberazione in questione, non può essere ritenuta valida giustificazione in proposito, ove l'Amministrazione è rimasta inerte nel provvedere tempestivamente (cfr., sull'illegittimo ricorso alla trattativa privata qualora l'urgenza sia imputabile alla stessa Amministrazione: C.d.C., sez. Contr. Stato, 5 giugno 1986 n. 1663).

Di conseguenza occorre respingere, sul punto, l'appello, con conseguente conferma della decisione di primo grado.

Tale decisione deve, altresì, essere confermata nella parte in cui sono stati dichiarati travolti, per effetto caducante, i consequenziali provvedimenti adottati dall'Amministrazione comunale per l'assegnazione del servizio in esame.

A ciò si può peraltro aggiungere che quanto esposto nell'atto di appello circa l'autonomia dei due procedimenti, uno di esclusione della XY S.r.l. e l'altro di scelta mediante trattativa privata del contraente, autonomia tale da impedire qualsiasi raffronto tra le offerte delle due ditte interessate, rende viepiù evidente l'illegittimità procedimentale che ha mosso l'Amministrazione.

Infatti, il vizio denunciato dalla XY S.r.l., ed accolto dal Giudice di primo grado, risiede proprio nella mancata comparazione tra le offerte in esame, una volta accertato che deve ritenersi illegittima l'esclusione della XY S.r.l..

In base alle suesposte argomentazioni occorre pertanto respingere l'appello in esame e confermare la sentenza di primo grado.

Motivi di equità inducono tuttavia a dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio. (Omissis)