

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che un'impresa sia legittimata ad impugnare il provvedimento di affidamento a trattativa privata di un servizio, al quale essa può aspirare, mediante partecipazione alla gara che l'amministrazione potrebbe indire.

Sulla possibilità di scorporare un appalto per il trasporto scolastico e quindi di indire ogni anno una gara, meritevole di segnalazione appare la decisione numero 6151 del Consiglio di Stato del 16 ottobre 2006:

<Nel caso dei servizi, l'art. 4 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, dà regole sul calcolo dell'importo stimato dell'appalto e prescrive che nessuna scelta sul metodo di valutazione dell'importo deve essere compiuta allo scopo di eludere l'applicazione dello stesso corpo normativo. E aggiunge subito che "nessun insieme di servizi da appaltare può essere inoltre frazionato allo scopo di sottrarlo" alle disposizioni in questione.

Orbene, vi possono essere diversi criteri che inducono alla conclusione che un servizio costituisca un insieme il cui scorporo assume carattere di irragionevolezza o di ingiustificata scelta, e sia frazionato allo scopo, non legittimo, di farlo scendere al di sotto della soglia di valore che obbliga a celebrare una gara per scegliere il privato contraente. Ma non appare congegnato in spregio alla legge il criterio di considerare un servizio compiuto il trasporto di alunni per un anno scolastico, vale a dire il criterio di individuarvi un insieme di prestazioni fra loro legate da un nesso economico ed organizzativo sufficientemente serio. L'anno scolastico non è, in primo luogo, stabilito dal Comune che appresta il servizio, né per la sua durata, né per le sue interruzioni. Il servizio è, poi, da erogare per un periodo che non presenta continuità con l'anno scolastico successivo, perché separato da un'interruzione di almeno due, se non tre mesi. Vi sono, inoltre implicazioni di ordine demografico (la stabilità o la variabilità della popolazione in età scolare) o di ordine finanziario (le disponibilità dell'amministrazione, visto che si tratta di un servizio non obbligatorio) o di ordine organizzativo (l'apertura o la chiusura di plessi scolastici decisa da amministrazioni diverse), che fanno apprezzare come adeguatamente prudente la scelta di un Comune di limitare ad un anno per volta l'appalto del servizio.

Alla stregua delle considerazioni esposte, tutte le censure che fanno perno sul valore del contratto e su una artificiosa sua limitazione ad anno scolastico non appaiono da condividere>

A cura di Sonia LAzzini

Reg. Dec. 6151/06

N. 5440 Reg. Ric.

Anno: 2004

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

## DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 5440 del 2004, proposto dalla s.n.c. \*\*\* Tours dei fr.lli Nicolò e Giorgio \*\*, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Battista Verbari e con lui elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Vincenzo Sinopoli, in Roma, viale Angelico, n. 38,

contro

il Comune di Prata di Pordenone, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Cassini, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato,

e nei confronti

della s.n.c. \*\*\* di \* e C., rappresentata e difesa dagli avv. Aldo Boschi e Maria Grazia Formentini e con essi elettivamente domiciliata in Roma, presso la Segreteria del Consiglio di Stato,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli – Venezia Giulia, n. 105/2004, pubblicata il 23 marzo 2004.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti sopra indicate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 25 febbraio 2005, il consigliere Giuseppe Farina ed udito, altresì, l'avvocato G. B. Verbari, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### FATTO

1. Il ricorso in appello n. 5440 del 2004 è proposto dalla s.n.c. \*\*\* Tours. È stato notificato il 31 maggio 2004 al Comune di Prata di Pordenone ed alla s.n.c. \*\*. È stato depositato il successivo 8 giugno.

2. È chiesta la riforma della sentenza n. 105 del 23 marzo 2004, pronunciata dal Tribunale amministrativo regionale del Friuli – Venezia Giulia. Con la decisione è stato respinto il ricorso della società ora appellante per annullamento del provvedimento dirigenziale n. 443, in data 31 luglio 2003, recante affidamento del servizio di trasporto scolastico nel Comune suddetto, mediante appalto alla s.n.c. \*\*\*, per l'anno 2003/2004.

3.1. Riferiti i fatti e le censure dedotte in prime cure, si avanza critica alla sentenza impugnata, con riguardo alle varie censure di violazione di legge e di eccesso di potere non condivise dal T.A.R.

3.2. Con atto notificato il 15 ottobre 2004 e depositato il 25, è stato impugnato, con lo strumento formale dei motivi aggiunti, il provvedimento 2 settembre 2004 n. 522, che ha disposto affidamento del servizio di trasporto degli scolari per l'anno 2004/2005. Sono dedotte censure di analogo contenuto, rispetto a quelle già proposte, nonché di violazione dell'art. 198 bis T.U. 18 agosto 2000, n. 267.

4. Il 26 luglio 2004 si sono costituite, per resistere al ricorso, il Comune e la Società intimati. Sostengono l'infondatezza dell'appello.

5. Con ordinanza del 30 luglio 2004 è stata respinta la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

6. All'udienza del 25 febbraio 2005, il ricorso è stato chiamato per la discussione e, poi, trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. La società appellante ha impugnato, in primo grado, con gli atti connessi, la determinazione n. 443 del 31 luglio 2003 del dirigente del Comune di Prata di Pordenone, che dispone il rinnovo dell'affidamento dell'appalto, alla società controinteressata, del trasporto degli alunni della scuola materna, elementare e media, per l'anno scolastico 2003 – 2004.

Il rinnovo è stato attribuito a trattativa privata, avendo il contratto valore inferiore alla “soglia comunitaria”, in espressa applicazione dell'art. 44 della l. 23 dicembre 1994, n. 724 e con esplicita esternazione di motivi “di convenienza e di pubblico interesse” di ricorrere alla procedura negoziata, consistenti:

a) nella puntualità e serietà del servizio svolto nell'anno precedente dall'impresa, senza che fossero causati “problemi di sorta nei confronti dell'utenza”;

b) nel “risparmio economico”, derivante dal rinnovo alle medesime condizioni del primo contratto;

c) nel “risparmio dei tempi e dei costi relativi all'indizione di una nuova gara”.

2. Nell'anno scolastico precedente l'impresa era stata prescelta, fra nove ditte invitate e due offerenti (lett. in data 3 ottobre 2002 del Comune), con un procedimento svolto in applicazione del regolamento comunale per le forniture (deliberazione consiliare del 18 febbraio 2002) recepente il d.p.r. 20 agosto 2001, n. 384, in materia di contratti statali.

3. Il T.A.R. Friuli – Venezia Giulia ha respinto il ricorso dell'impresa ora appellante.

4. Questa società aveva, secondo quanto essa stessa riferisce, esercitato il servizio in altri tempi, ed aveva poi infruttuosamente partecipato alle selezioni per gli anni 2000 – 2001 e 2001 – 2002. Propone ora censure che mirano a stabilire l'illegittimità del ricorso alla trattativa privata per l'appalto in parola e, in particolare, per il suo rinnovo, con deduzione di:

4.1. illegittimo frazionamento per anno dell'appalto;

4.2. violazione dell'art. 24 della legge 27 dicembre 2002, n. 289;

4.3. abrogazione, e perciò impossibilità di basarvi il rinnovo del contratto, dell'art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, sostitutivo dell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537;

4.4. identità di effetti tra rinnovo del contratto e affidamento a trattativa privata;

4.5. effetto, col rinnovo, del superamento della soglia comunitaria del valore del contratto, e perciò incompatibilità del rinnovo con l'obbligo di gara che ne deriva, secondo le norme comunitarie;

4.6. assenza di ragioni per escludere che si tratti di un frazionamento artificioso delle prestazioni: la durata di un anno di esse è una scelta discrezionale, e va perciò motivata;

4.7. l'art. 7, comma 2, lett. f, del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, pone limiti precisi alla possibilità di affidare servizi ripetitivi di precedenti: questa trattativa privata non si iscrive in quei limiti;

4.8. le modalità del rinnovo sono illegittime per inadeguatezza della sua motivazione;

4.9. la possibilità di rinnovo deve essere prevista nel contratto originario.

5. Si può ritenere che l'impresa sia legittimata ad impugnare il provvedimento di affidamento a trattativa privata del servizio di trasporto, al quale essa può aspirare, mediante partecipazione alla gara che l'amministrazione potrebbe indire. In tal senso è ormai orientata la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: Sez. V 14 maggio 2003, n. 2580, 17 aprile 2003, n. 2079 e 7 febbraio 2002, n. 726; Sez. VI 7 giugno 2001, n. 3090 e 7 maggio 2001, n. 2541; C. sic: 6 agosto 2002, n. 514.

6. Non appaiono, però, meritevoli di valutazione positiva le censure proposte.

7. Il nucleo del problema posto è quello della scelta della trattativa privata per la stipulazione del contratto di affidamento del servizio.

Il primo elemento da considerare, perciò, sul piano logico, è se stabilire, ogni anno, di ricorrere all'appalto del servizio per il trasporto degli scolari si configuri come un indebito frazionamento di una prestazione.

Nel caso dei servizi, l'art. 4 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, dà regole sul calcolo dell'importo stimato dell'appalto e prescrive che nessuna scelta sul metodo di valutazione dell'importo deve essere compiuta allo scopo di eludere l'applicazione dello stesso corpo normativo. E aggiunge subito che "nessun insieme di servizi da appaltare può essere inoltre frazionato allo scopo di sottrarlo" alle disposizioni in questione.

Orbene, vi possono essere diversi criteri che inducono alla conclusione che un servizio costituisca un insieme il cui scorporo assume carattere di irragionevolezza o di ingiustificata scelta, e sia frazionato allo scopo, non legittimo, di farlo scendere al di sotto della soglia di valore che obbliga a celebrare una gara per scegliere il privato contraente. Ma non appare congegnato in spregio alla legge il criterio di considerare un servizio compiuto il trasporto di alunni per un anno

scolastico, vale a dire il criterio di individuarvi un insieme di prestazioni fra loro legate da un nesso economico ed organizzativo sufficientemente serio. L'anno scolastico non è, in primo luogo, stabilito dal Comune che appresta il servizio, né per la sua durata, né per le sue interruzioni. Il servizio è, poi, da erogare per un periodo che non presenta continuità con l'anno scolastico successivo, perché separato da un'interruzione di almeno due, se non tre mesi. Vi sono, inoltre implicazioni di ordine demografico (la stabilità o la variabilità della popolazione in età scolare) o di ordine finanziario (le disponibilità dell'amministrazione, visto che si tratta di un servizio non obbligatorio) o di ordine organizzativo (l'apertura o la chiusura di plessi scolastici decisa da amministrazioni diverse), che fanno apprezzare come adeguatamente prudente la scelta di un Comune di limitare ad un anno per volta l'appalto del servizio.

Alla stregua delle considerazioni esposte, tutte le censure che fanno perno sul valore del contratto e su una artificiosa sua limitazione ad anno scolastico non appaiono da condividere.

8. Neppure ha pregio la denuncia di violazione dell'art. 24, comma 1, della l. 27 dicembre 2002, n. 289.

Vero è che la norma in discussione prescriveva – è stata presto derogata con i decreti-legge 31 marzo 2003, n. 52 e 10 luglio 2003, n. 165 e, infine, abrogata con l'art. 15 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, così come quasi tutto l'articolo è stato soppresso con l'art. 3, comma 166, della l. 24 dicembre 2003, n. 350 – lo svolgimento di procedure “aperte o ristrette”, quando il valore del contratto fosse superiore a 50.000 euro, ma è anche vero che il comma 5 aveva lasciato aperto il ricorso alla trattativa privata, se adeguatamente motivato. Il Comune, come risulta dalla relazione alla giunta del 27 marzo 2003, prodromica alla determinazione dirigenziale impugnata, aveva anche proceduto ad “una ricognizione dei prezzi di mercato”, come in sostanza, stabiliva la norma abrogata, poiché esigeva un'indagine di mercato.

9. Neanche ha consistenza la censura di violazione degli artt. 113 e 113 bis del t.u. 18 agosto 2000, n. 267.

L'art. 113, nel testo allora vigente, si riferiva – è stato poi modificato con d.l. 269 del 2003 e con la legge 350 dello stesso anno – ai servizi pubblici locali di rilevanza industriale, da affidare a società di capitali o ad imprese idonee. Nella specie, la definizione di quei servizi, con riguardo alle reti, agli impianti, all'erogazione da svolgere in regime di concorrenza (comma 5), alle specifiche discipline di settore, fa palese che il mero servizio di trasporto gratuito degli alunni in esame non era riconducibile fra quelli regolati dalla norma richiamata.

L'art. 113 bis, poi, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo in corso di causa (C. cost. 27 luglio 2004, n. 272), sicché non può essere assunto a parametro della legittimità del provvedimento impugnato.

10 Della motivazione sulle ragioni di convenienza che militavano in favore dell'affidamento del servizio a trattativa privata, si è già detto sub 1, lett. a), b), c).

Le osservazioni sul pregresso ed esatto adempimento della prestazione e sull'assenza di rilievi critici per l'anno passato e quelle sulla convenienza del ricorso ad un contratto a corrispettivo sostanzialmente stabile e sul risparmio di costi, invece da sopportare per una nuova gara alla quale il Comune non era obbligato, appaiono ragionevoli e non contrarie alla legge. La motivazione deve ritenersi, perciò, sufficiente a dare supporto alla scelta compiuta dall'amministrazione.

11. La riscontrata adeguatezza della motivazione data sulla scelta del privato contraente a trattativa privata rende, perciò, irrilevante il fatto che l'amministrazione si sia anche basata su una facoltà di rinnovo che le offriva l'art. 6, comma 2, della citata legge n. 537 del 1993, come modificato dall'art. 44 della successiva legge n. 724 del 1994.

Invero, una verifica dell'ambito di efficacia della norma, sia sotto il profilo temporale, come disputano le parti contrapposte, sia sotto il profilo dei meccanismi di scelta dei contraenti, cui sono tenute le pubbliche amministrazioni, si mostra inutile con riguardo al concreto caso in esame. E ciò perché si è concluso per la legittimità del ricorso alla trattativa privata, alla luce della motivazione che ne è stata data e del valore della prestazione dedotta in contratto.

12 Ogni altra censura, attinente alle modalità con le quali il Comune e l'impresa hanno definito e concluso il contratto va, di conseguenza, considerata inammissibile per difetto di interesse.

13. Con atto di motivi aggiunti, notificato e depositato dopo la proposizione del ricorso in appello, la parte ha investito il sopravvenuto provvedimento, in data 2 settembre 2004, col quale, per motivi diversi rispetto alla precedente determinazione sopra esaminata (sconto offerto dall'impresa, sopraggiunta riorganizzazione delle scuole, con tardività dei dati occorrenti per valutare le esigenze del servizio), è stato affidato il trasporto per l'anno scolastico 2004 – 2005.

Si deve però dichiarare l'inammissibilità del mezzo.

È l'art. 21, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nel testo introdotto con l'art. 1 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso, tra le stesse parti, e connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti.

Ma se questa disposizione è di chiara applicazione nel giudizio di primo grado, essendo sufficiente verificare la connessione, di ordine giuridico e logico, con l'oggetto del ricorso, e l'identità delle parti, per ammetterne la sindacabilità nel medesimo giudizio, non altrettanto può ammettersi per il giudizio d'appello. È vero, infatti, che il quindicesimo comma dell'attuale art. 21, introdotto, peraltro da un diverso articolo della citata legge n. 205/2000, stabilisce che le disposizioni dei commi che precedono si applicano anche nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato. Ma è altrettanto da considerare che la proposizione di un ricorso, mediante i motivi aggiunti, contro un nuovo provvedimento in sede di appello, priverebbe, per la scelta fatta da una parte, le altre del primo dei due gradi del giudizio. La garanzia dei due gradi è data a tutte le parti ed è da considerare un diritto che non può essere eliso dalla sola volontà di una di esse.

Per altro verso, lo scopo della concentrazione, in unico giudizio, dell'esame di provvedimenti legati da vincoli oggettivi e soggettivi di connessione, può essere raggiunto mediante la rituale proposizione di un ulteriore ricorso in primo grado e la richiesta di assunzione di adeguate misure al giudice d'appello, al fine di differire, se utile, la trattazione della causa che pende davanti a lui, al momento in cui sarà definita la seconda controversia dal giudice di primo grado.

14 Con la pronuncia di reiezione dell'appello e di inammissibilità dei motivi aggiunti può farsi luogo, per giusti motivi, alla compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) respinge l'appello n. 5440 del 2004 e dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 25 febbraio 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 16 ottobre 2006