

REPUBBLICA ITALIANA

N.3391/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 654 REG.RIC.

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

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello n.654/2007, proposto dalla Hospital Service s.r.l., in proprio e quale mandante del Raggruppamento costituito con la Servizi Italia s.p.a., mandataria, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giulio Cerceo, Paola De Virgiliis e Lucio V. Moscarini ed elettivamente domiciliata presso il terzo difensore in Roma, via Sesto Rufo n.23;

contro

i Servizi ospedalieri s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Tommaso Marchese, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo ed elettivamente domiciliata presso

e nei confronti

-dei Servizi Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitasi in giudizio;

- dell'Azienda Sanitaria Locale di Chieti, in persona del Direttore Generale pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Corrado Curzi e Riccardo Pagani ed elettivamente domiciliata in Roma, via Avezzana n. 51 presso lo studio dell'avv. Leopoldo Aperto Bella;

RA

per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per
l'Abruzzo-Sezione Staccata di Pescara 18 novembre 2006
n.716.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dei Servizi
ospedalieri s.p.a. e dell'Azienda Sanitaria Locale di Chieti .

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

Visti gli atti tutti della causa.

Nominato relatore il Consigliere Caro Lucrezio
Monticelli.

Uditi, alla pubblica udienza del 4 dicembre 2007, gli avv.ti
Moscarini, De Virgiliis, Curzi, Rizzo e Pagani;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Nella sentenza n.716/2006 il Tar Abruzzo- Sezione Staccata di
Pescara ha così esposto i fatti di causa:

*“L'Azienda Sanitaria Locale di Chieti, previo esperimento di
gara pubblica, ha aggiudicato al raggruppamento temporaneo
d'impresе costituito tra le società Servizi Italia s.p.a.
(mandataria) e Hospital Service s.r.l. (mandante) il servizio di
lavanolo, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto e
riconsegna della biancheria per durata di quattro anni a*

decorrere dal 1° marzo 2003 e per un importo complessivo annuo di € 2.545.705.

Poiché, a norma di quanto previsto dall'art. 2 del capitolato speciale di appalto e dall'art. 5 del contratto, l'Azienda Sanitaria Locale di Chieti si era riservata la possibilità "di prorogare e rinnovare il contratto per pari periodo, a discrezione della Stazione appaltante", con deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, il Direttore Generale dell'Azienda ha disposto di "prorogare" e di "rinnovare" per ulteriori quattro anni il contratto in questione alle condizioni economiche maturate a tale data per effetto degli incrementi ISTAT relativi al triennio 2003/2005, cioè per un importo complessivo annuo di € 2.708.975.

Con il ricorso in esame la società Servizi ospedalieri s.p.a., assumendo di essere "primaria impresa nazionale" che opera nel settore in questione, è insorta dinanzi questo Tribunale avverso tale atto, deducendo nella sostanza che l'Amministrazione non avrebbe potuto rinnovare e prorogare il contratto in questione, ma avrebbe dovuto indire nuova gara.

Ha prospettato, a tal fine, le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 23, I e II comma, della L. 18 aprile 2005, n. 62 e di ogni altra norma o principio in materia di concorsualità e trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per contraddittorietà.

2) Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, per falsa rappresentazione dei presupposti di fatto e per sviamento.

Conclusivamente, ha anche chiesto la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni subiti.

Tali doglianze la parte ricorrente ha ulteriormente illustrato con memoria depositata il 1° giugno 2006.

L'Azienda Sanitaria Locale di Chieti si è costituita in giudizio e con memorie depositate il 23 febbraio, il 20 maggio ed il 26 ottobre 2006 ha pregiudizialmente rilevato di aver provveduto con deliberazione 22 febbraio 2006, n. 223, del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria ad annullare l'impugnata deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, di "proroga/rinnovo" del contratto relativo al servizio di lavanolo, attesa l'illegittimità di tale deliberazione, ed a "disporre la proroga tecnica della fornitura nei confronti dell'attuale affidataria, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di evidenza pubblica".

Si sono anche costituite in giudizio le società Servizi Italia s.p.a. e Hospital Service s.r.l., che con memorie depositate il 22 febbraio ed il 28 ottobre 2006, dopo aver pregiudizialmente eccepito il difetto di giurisdizione di questo Tribunale a conoscere dell'impugnativa proposta in quanto la delibera impugnata "si inserisce nella fase di esecuzione di un rapporto contrattuale nei confronti del quale i terzi rimangono estranei e non possono accampare alcun interesse", hanno evidenziato, tra l'altro, di

aver impugnato sia dinanzi a questo Tribunale, che dinanzi al giudice ordinario, tale sopravvenuta deliberazione e che in tali ricorsi era stato proposto regolamento preventivo di giurisdizione.

Alla pubblica udienza del 9 novembre 2006 la causa è stata introitata a decisione.”

Ciò premesso, il Tar, dopo aver disatteso le eccezioni di carattere preliminare sollevate dai resistenti, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato l'impugnata deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449 del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Chieti.

La Hospital Service s.r.l., in proprio e quale mandante del Raggruppamento costituito con la Servizi Italia s.p.a., ha appellato la sentenza del Tar, denunciando sotto vari profili l'erroneità di tale sentenza e chiedendone pertanto la riforma.

Si è costituita in giudizio per resistere all'appello l'Azienda Sanitaria Locale di Chieti , che ha chiesto la conferma della sentenza impugnata.

DIRITTO

1. Con il ricorso in primo grado la Servizi ospedalieri s.p.a., nella sua qualità di impresa che opera nel settore, ha impugnato dinanzi al Tar Abruzzo-Pescara la deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Chieti ha deciso di "prorogare" e di "rinnovare" per ulteriori quattro anni a decorrere dal 1° marzo

2006 il contratto stipulato con il raggruppamento temporaneo d'impresе costituito tra le società Servizi Italia s.p.a. (mandataria) e Hospital Service s.r.l. (mandante) per lo svolgimento del servizio di lavanolo, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto e riconsegna della biancheria. Tale facoltà di proroga e rinnovo era prevista dall'art. 5 del contratto, il quale disponeva che *“Il presente contratto ha la durata di quattro anni a decorrere dall'01.03.2002; l'ASL si riserva, a norma di quanto previsto dall'art.2 del capitolato speciale di prorogare e rinnovare il contratto per pari periodo, a discrezione della stazione appaltante.”*

La Servizi ospedalieri s.p.a. ha assunto sostanzialmente che l'Amministrazione non avrebbe potuto rinnovare o prorogare il contratto in questione, ma avrebbe dovuto indire nuova gara.

Va poi aggiunto che nelle more del giudizio dinanzi al Tar, con la deliberazione 22 febbraio 2006, n. 223, il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria ha annullato l'impugnata deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, di *“proroga/rinnovo”* del contratto relativo al servizio di lavanolo e disposto *“la proroga tecnica della fornitura nei confronti dell'attuale affidataria, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di evidenza pubblica.,*

Anche quest'ultima delibera è stata impugnata dinanzi sia al medesimo Tar sia al giudice ordinario dal raggruppamento beneficiario dell'atto *“di proroga/ rinnovo ”* con ricorsi, allo

stato pendenti, in relazione ai quali è stato anche proposto regolamento preventivo di giurisdizione.

Tale complessa situazione ha dato adito al raggruppamento da ultimo menzionato di proporre, con riferimento alla presente controversia, due eccezioni preliminari di difetto di giurisdizione e di difetto di interesse.

Il Tar ha disatteso le eccezioni ed ha accolto il ricorso nel merito.

2. Nell'atto di appello sono state innanzi tutto riproposte le due predette eccezioni, alle quali si è aggiunta, sempre in via preliminare, una censura sul comportamento del Tar, che ha deciso di pronunciarsi immediatamente sul ricorso avverso avverso l'atto di "*proroga –rinnovo*", senza riunire , nonostante una richiesta in tal senso delle parti, i due ricorsi e senza comunque attendere l'esito del giudizio avente ad oggetto l'autoannullamento del citato provvedimento e la decisione sul regolamento di giurisdizione proposto nel giudizio stesso.

Quest'ultima doglianza va senz'altro disattesa, giacchè rientra nel potere discrezionale del Tar disporre o meno la riunione dei ricorsi e non può ravvisarsi un rapporto di pregiudizialità necessaria né con il giudizio relativo all'autoannullamento (che come si vedrà non avrebbe comunque determinato la cessazione della materia del contendere) nè con la pronuncia sulla giurisdizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (riguardando quest'ultima un diverso giudizio e comunque una fattispecie non coincidente, poiché viene ivi in considerazione

un provvedimento di autotutela intervenuto dopo la stipulazione del contratto di “*proroga –rinnovo*”).

3. Si può ora passare all’esame della questione centrale proposta con l’appello, e cioè la determinazione del giudice competente in ordine alla presente controversia.

Va al riguardo in primo luogo evidenziato che, in linea di principio, il rinnovo o la proroga, al di fuori dei casi contemplati dall’ordinamento, di un contratto d’appalto di servizi o di forniture stipulato da un’amministrazione pubblica da luogo a una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo all’espletamento di una gara.

Ciò posto, si deve verificare quale fosse all’epoca la disciplina della materia

L’art. 6, comma 1 della L. 24 dicembre 1993, n. 537 dopo la modifica introdotta dall’art. 44 della L. 23 dicembre 1994, n. 724, disponeva che *”è vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza,*

comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione”.

L'ultimo periodo del predetto comma è stato poi soppresso dall'art. 23, comma 1, della L. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), mentre il successivo comma. 2 dello stesso articolo ha consentito solo la “proroga” dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizi *“per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”.*

Sulla portata di tale normativa si è pronunciata la IV Sezione del Consiglio di Stato che, con decisione 31 ottobre 2006, n. 6457, ha avuto modo di chiarire quanto segue.

“Deve premettersi che la modifica introdotta dall'art.23 l. n.62/05 deve intendersi finalizzata, come si ricava dall'esame della relazione illustrativa e dalla collocazione sistematica della disposizione, all'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria (n.2003/2110) avente ad oggetto proprio la previsione normativa nazionale della facoltà di procedere al rinnovo espresso dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ritenuta incompatibile con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati negli artt.43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema

di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici, e che, quindi, ogni esegesi della sua portata applicativa dev'essere coerente con la ratio e con lo scopo della relativa innovazione, per come appena evidenziati.

In conformità a tale premessa metodologica, deve osservarsi che all'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art.23 l. n.62/05, deve assegnarsi una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici.

Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea e, quindi, per conservare profili di conflitto con quest'ultima del regime giuridico del rinnovo dei contratti di appalto delle pubbliche amministrazioni.

Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui all'art.23 l. n.62/05 dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la

rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti.

Né varrebbe, ancora, sostenere l'illegittimità del controverso diniego sulla base dell'argomento della previsione della possibilità del rinnovo nel bando di gara e nel successivo contratto, posto che la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta disposizione legislativa che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni implica la sopravvenuta inefficacia delle previsioni, amministrative e contrattuali, configgenti con il nuovo e vincolante principio, che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi clausole negoziali (attesa la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti)."

Da quanto sopraesposto emerge dunque che in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo 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 (salva la limitata proroga di cui sopra).

Pertanto, allorquando un' impresa del settore lamenti che alla scadenza di un contratto non si è effettuata una gara, fa valere il suo interesse legittimo al rispetto delle norme dettate in materia di scelta del contraente e l'eventuale nullità o inefficacia della clausola contrattuale che preveda un rinnovo o una proroga va accertata in via incidentale dal giudice amministrativo, competente a conoscere in via principale della eventuale lesione del predetto interesse legittimo.

Deve dunque concludersi per la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla presente controversia.

4. Ciò posto deve ora verificarsi se, a causa del sopravvenuto provvedimento di autotutela, si fosse determinata la cessazione della materia del contendere in ordine all'impugnazione del provvedimento di *proroga-rinnovo*.

Al quesito va data risposta negativa, in quanto, essendo il provvedimento di autotutela ancora *sub iudice*, non vi è alcuna certezza in relazione al definitivo venir meno del provvedimento in contestazione e sussiste in ogni caso l'interesse dell'istante a che sia verificata in via giurisdizionale l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione, quanto meno al fine di veder accertati in tale sede i presupposti per il riconoscimento del risarcimento dei danni, che aveva richiesto con il ricorso di primo grado.

5. Venendo ora all'esame del merito dell'appello, va evidenziato che il provvedimento in questione si pone in contrasto con la disciplina della materia, e specificamente con l'art. 23 della L. 18 aprile 2005, n. 62, che, mentre al comma 1 ha vietato il rinnovo dei contratti, al successivo comma. 2 ha consentito, come già sopraevidenziato, solo la "proroga" dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizi *"per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge"*.

Nella fattispecie invece la *proroga-rinnovo* è stata disposta per quattro anni e non è stato bandito alcun concorso.

Né può valere la circostanza che il disciplinare ed il contratto, relativi al quadriennio decorrente dal 1 marzo 2003, menzionato sopra, prevedessero la possibilità di proroga-rinnovo per quattro anni, perché si è già visto che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art.23 della legge n.62/2005, deve ritenersi che si è verificata l'inefficacia sopravvenuta di qualsiasi disposizione contrattuale contrastante con detta norma.

6. L'appello deve dunque essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo in favore della società appellata.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), respinge l'appello in epigrafe.

Condanna la Hospital Service s.r.l. al pagamento , in favore dell'appellata Servizi Ospedalieri s.p.a., le spese del grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 2000/00 (duemila/00).

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

Così deciso in Roma, addì 4 dicembre 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Raffaele Iannotta	PRESIDENTE
Cesare Lamberti	CONSIGLIERE
Caro Lucrezio Monticelli est.	CONSIGLIERE
Marzio Branca	CONSIGLIERE
Francesco Giordano	CONSIGLIERE

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Caro Lucrezio Monticelli

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

L' 08-07-08

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

p.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi