

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 86 del 2012, proposto da:
Consorzio Servizi Autostradali Integrati Soc. Coop. Consortile e Società Semeghini
Ivo & Gianni S.n.c. in proprio e quale capogruppo di A.T.I., rappresentate e difese
dall'avv. Antonio Melucci, con domicilio eletto presso questo T.r.g.a. in Trento, via
Calepina 50;

contro

Autostrada del Brennero S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Mario Maccaferri,
con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via Grazioli 27;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. nn. 4915 e 4916, notificato il 21.2.2012, con il quale l'Amministratore delegato dell'Autostrada del Brennero S.p.a. ha respinto l'istanza delle ricorrenti di rinnovo per due stagioni invernali, come previsto dalla lex specialis di gara e dal contratto di appalto, del servizio di sgombero neve e spargimento cloruri;
- della delibera del C.d.A. del Brennero con cui è stata deliberata l'indizione della gara relativa al servizio di sgombero neve e spargimento cloruri per le stagioni invernali 2012/2013-2013/2014;

- del bando di gara con cui è stata indetta la gara per l'aggiudicazione del servizio di sgombero neve e spargimento cloruri per le stagioni invernali 2012/2013-2013/2014;
- di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrada del Brennero S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2013 il cons. Lorenzo Stevanato e udito per l'Amministrazione il difensore come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le ricorrenti avevano ottenuto dall'Autostrada del Brennero l'aggiudicazione dell'appalto del servizio di sgombero neve per tre lotti relativamente alle stagioni invernali 2009/2010 – 2011/2012.

Nel capitolato speciale era prevista l'opzione del rinnovo del servizio per altre due stagioni invernali. Anche il contratto d'appalto stipulato tra le parti prevedeva la rinnovabilità del servizio.

Alla scadenza del contratto le ricorrenti hanno chiesto che esso venisse rinnovato ma l'Autostrada del Brennero ha risposto negativamente ed ha, invece, avviato il procedimento per l'indizione di una nuova gara.

Da ciò il presente ricorso, con cui si deduce violazione del giusto procedimento, dell'art. 29 del d.lgs. 163/2006 e della lex specialis, nonché eccesso di potere sotto vari profili, in particolare:

- a) perché è mancato il preavviso del diniego ex art. 10bis L. 241/1990;
- b) perché l'Amministrazione si era autovincolata a valutare il prosieguo del servizio ed invece ha immotivatamente disatteso l'aspettativa delle ricorrenti che ne avevano tenuto conto in sede di offerta;
- c) perché appare illogico procedere ad una nuova gara quando il rinnovo del contratto scaduto avrebbe garantito l'interesse pubblico ad evitare le lungaggini di una nuova gara ed a realizzare maggiori economie di spesa.

L'Amministrazione intimata, costituita in giudizio, ha puntualmente contestato la fondatezza del ricorso concludendo per la sua reiezione.

Sull'istanza cautelare proposta dalle ricorrenti il Collegio si è pronunciato negativamente, con ordinanza 20.4.2012, n. 57.

Successivamente, con ordinanza collegiale 22.11.2012, n. 345 sono stati disposti incumbenti istruttori relativamente alla nuova gara, alla quale le ricorrenti hanno comunque partecipato aggiudicandosi due dei tre lotti.

Con memoria depositata nell'imminenza della presente udienza di discussione il difensore delle ricorrenti ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Ciò premesso, nel merito il Collegio osserva che il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 ha valenza generale e preclusiva (cfr., ad es.: Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; id.: 8 luglio 2008, n. 3391; Sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6457).

La norma infatti recita: *“I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati 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”*.

Coerentemente, il comma 1 del citato art. 23 della l. 62/2005 ha espunto dall'ordinamento la disposizione che, a determinate condizioni, consentiva il rinnovo espresso dei contratti (cioè l'art. 6, secondo comma, della l. 537/1993 che recita(va): *“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”*).

Il divieto di rinnovo, recato dall'anzidetta disposizione, è stato recepito dall'art. 57 del codice dei contratti (d.lgs. 163/2006) in quanto un rinnovo espresso darebbe luogo a una nuova figura di trattativa privata pura, senza gara, diversa da quelle tassativamente consentite dal diritto comunitario (cfr., ancora: Consiglio di Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194; sez. IV, 31.5.2007, n. 2866, Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, n. 1786 del 2006, nonché la pronuncia di questo stesso Tribunale n. 22 del 23 gennaio 2013). Infatti il rinnovo dei contratti scaduti si pone in contraddizione col principio generale dell'evidenza pubblica, il cui rispetto è condizione imprescindibile affinché sia garantita la libertà di concorrenza, sancita a livello comunitario in materia di appalti pubblici.

Quanto appena esposto vale per ogni disposizione che possa raggiungere un effetto sostanzialmente identico a quello del rinnovo e, quindi, anche per la proroga dei rapporti in essere. La proroga dei contratti è stata, bensì, prevista dall'art. 23 della l. 62/2005, ma soltanto nella fase transitoria successiva all'abrogazione dell'istituto del rinnovo, con particolari limiti (durata non superiore a sei mesi e celere pubblicazione del bando di gara) ed ormai non è più applicabile a regime, salvi i casi limitati ed eccezionali in cui, per assicurare continuità all'azione amministrativa (ex art. 97 Cost.) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio, nelle more del reperimento di un nuovo contraente (cfr. sent. cit. n. 2882/2009 del Consiglio di Stato).

Perciò, l'art. 23 della L. n. 62/2005 esclude che differenti previsioni della *lex specialis* (come nella *fattispecie*) possano essere interpretate nel senso che consentano, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento e attraverso un'elusione del divieto in questione, l'affidamento senza gara dello stesso servizio per ulteriori periodi, attraverso il rinnovo del contratto.

Dunque, l'unica interpretazione ammissibile della clausola del capitolato speciale che riservava all'Amministrazione la facoltà di rinnovare il rapporto per un ulteriore biennio è quella che il rinnovo potesse avvenire solo nel rigoroso rispetto delle condizioni e dei vincoli tassativi stabiliti dal citato art. 57 del d. lgs. 163/2006. Soltanto osservando il canone interpretativo appena indicato si assicura la coerenza dell'ordinamento interno con quello comunitario, che - come detto - considera il rinnovo o la proroga come un contratto originario.

Costituisce, inoltre, principio consolidato che, anche laddove la possibilità di proroga sia prevista dalla *lex specialis* e si ammettesse una deroga al principio del divieto legislativo di rinnovo, tale rapporto tra regola ed eccezione si rifletterebbe sul contenuto della motivazione: se l'Amministrazione opta per l'indizione della gara (come nella *specie*), nessuna particolare motivazione è necessaria (cfr., ancora: Consiglio di Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194, cit.).

Nella *specie*, all'istanza della ricorrente l'Autostrada del Brennero ha sufficientemente e correttamente risposto di ritenere "preferibile e pienamente legittimo non esercitare la facoltà di rinnovo e di attivare per contro una nuova gara ad evidenza pubblica".

Né vi era obbligo alcuno di preavviso del diniego poiché, come condivisibilmente affermato dal giudice d'appello (cfr.: Consiglio Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6458) la domanda delle imprese che chiedono il rinnovo si inserisce nella gestione di un rapporto contrattuale che, per la natura stessa della relazione giuridica cui accede, non può in alcun modo qualificarsi come procedimento amministrativo: ne

consegue che l'amministrazione non è tenuta all'osservanza dell'art. 10bis della legge n. 241 del 1990.

Pure l'ulteriore argomento svolto dalla parte ricorrente, secondo cui il rinnovo (o proroga) dell'appalto avrebbe realizzato un'economia di spesa rispetto a quella prevista dalla nuova procedura concorsuale, oltre a non superare il divieto legislativo, non tiene conto della parziale diversità del servizio che la società autostradale ha inteso acquisire mediante la nuova gara, caratterizzato da un incremento delle prestazioni di mezzi ed attrezzature. Il tutto, poi, senza voler considerare in punto di diritto che considerazioni di eventuale convenienza economica non possono certo obliterare il fondamentale principio giuridico dell'aggiudicazione dei contratti mediante gara pubblica.

In conclusione, per le ragioni che precedono i provvedimenti impugnati resistono alle censure dedotte dalle ricorrenti ed il ricorso va perciò respinto.

Sussistono, peraltro, ragioni per compensare le spese del giudizio, tenuto conto dell'affidamento che potrebbe aver ingenerato nelle ricorrenti la controversa clausola opzionale.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/04/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)