

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4693 del 2010, proposto da:

Dolomiti Bus Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Malena, Nive Lorenzato, con domicilio eletto presso Malena & Associati in Roma, via dei Gracchi N. 81;

contro

Comune di Belluno, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Gattamelata, Enrico Gaz, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

nei confronti di

Dolomititours Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 01500/2010, resa tra le parti, concernente CONTRATTI - DINIEGO PROSIEGUO AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO PER IL TRASPORTO SCOLASTICO - RIS.DANNI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Belluno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Malena e Gattamelata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera n. 38 del 25.06.2008 il Consiglio Comunale di Belluno disponeva di vendere il ramo d'azienda "Trasporto scolastico" di proprietà della propria controllata (100%) Mobil s.r.l. alla Dolomiti Bus S.p.A., d'accordo a concludere quel negozio, con possibilità per detta acquirente di individuare in Dolomititours s.r.l., sua partecipata totale, il soggetto più adatto per la gestione del servizio dedicato scuolabus.

Conseguentemente la Giunta Comunale di Belluno, con delibera n. 180 del 9.7.2008, approvava il "Protocollo d'Intesa" del 25.07.2008 intercorso tra il Comune di Belluno e la Dolomiti Bus S.p.A., realizzando, fra l'altro, l'affidamento diretto del servizio di trasporto scolastico a Dolomititours s.r.l. fino al 31.12.2009.

Con il "Protocollo d'Intesa" si conveniva fra le parti che "allo spirare del succitato termine fissato per l'affidamento del servizio, il Comune di Belluno procederà all'esperimento di idonea procedura di gara, garantendo a Dolomiti Bus S.p.A. il diritto di prelazioneladdove i presupposti normativi lo consentissero, si procederà in luogo dell'esperimento della procedura di gara come sopra prevista, all'affidamento diretto del servizio alla predetta società per almeno un quinquennio (se consentito), in conformità alle disposizioni allora vigenti, fermo restando il perseguimento dei summenzionati obiettivi e standard qualitativi".

In procinto di scadenza dell'affidamento diretto del servizio di scuolabus, la Dolomiti Bus S.p.A. faceva presente al Comune di Belluno che allo spirare del 31.12.2009 l'Ente medesimo avrebbe dovuto, per effetto degli obblighi negoziali, provvedere all'affidamento del servizio di trasporto scolastico direttamente alla società Dolomiti Bus per almeno un quinquennio.

Senonché il Comune di Belluno, con atto prot. Gen. 0048714 del 31.12.2009:

a) rigettava l'istanza ad ottemperare perché "l'attuale disciplina di cui all'art. 23 bis del D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008, nel testo modificato dall'art. 15 del D.L. 135/2009, non consente siffatta procedura di affidamento diretto", e per il motivo che "detto servizio correttamente deve essere inquadrato nella categoria degli appalti e non già in quella dei servizi di trasporto pubblico locale".

b) riteneva concluso il menzionato affidamento diretto del servizio, salvo a disporre una "proroga tecnica al 30.6.2010".

Contro l'anzidetto provvedimento comunale, la Dolomiti Bus S.p.A. proponeva ricorso al Tar per il Veneto che, con sentenza 1500 del 14 aprile 2010, lo respingeva.

Avverso la predetta sentenza la Dolomiti Bus S.p.A. ha interposto l'odierno appello, contestando gli argomenti posti a fondamento del decisum, e chiedendone quindi l'integrale riforma.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio.

Le parti hanno affidato ad apposite memorie, l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi.

All'udienza del 22 febbraio 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. Osserva in via preliminare il Collegio, come la fattispecie per cui è causa non sia sussumibile nella categoria della concessione di servizio pubblico (diversamente da quanto ritenuto dall'appellante), ma piuttosto in quella dell'appalto.

Al riguardo, infatti, la giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di precisare che le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato (cfr. Sez. VI 15 maggio 2002, n..2634).

Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, percependone il corrispettivo dall'utente mediante la riscossione di un

qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi.

Così, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione.

E tale assunto, è stato più volte confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, la quale ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08), mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un appalto di servizi (Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08).

Ora, come precisato dall'amministrazione e non contestato dall'appellante, nella specie la quasi totalità dei costi (per il 2009 l'84,7%) viene sostenuta direttamente dal Comune (pari a 600.000 €, a fronte di un totale dei costi di 710.000 € dichiarati dalla stessa ricorrente); la rimanente quota è corrisposta dagli utenti, secondo tariffe approvate dalla giunta comunale.

Inoltre, l'art. 19 del contratto di servizio dispone che: nel caso in cui il Comune deliberi tariffe inferiori a quanto proposto dalla ricorrente, "a quest'ultima spetta una corrispondente integrazione del corrispettivo comunale di cui al punto 5.2".

Se dunque il gestore del servizio ritenesse le tariffe approvate dal Comune non sufficienti a coprire i costi del servizio, l'ente locale dovrebbe incrementare la contribuzione di cui sopra, che dall'85% salirebbe così verso la pressoché totale copertura diretta.

A fronte di siffatti meccanismi di contribuzione, la fattispecie per cui è causa deve essere ricondotta nella categoria dell'appalto di servizio, alla stregua degli insegnamenti giurisprudenziali sopra evidenziati.

3. A ciò aggiungasi, come correttamente evidenziato dal giudice di prime cure, che l'art. 23 del D. Lgs n. 163/06 esclude l'applicabilità della normativa sugli appalti nel caso in cui oggetto della gara sia il servizio al pubblico di trasporto mediante autobus, e tale non può ragionevolmente essere inteso il servizio di trasporto scolastico.

Una cosa, infatti, è il servizio pubblico degli autobus, offerto ad un pubblico indifferenziato che vi accede liberamente mediante il semplice pagamento del biglietto, altra è il servizio di trasporto scolastico che, viceversa, è dedicato esclusivamente agli alunni degli istituti considerati e comporta, quindi, ben precise e limitate modalità di accesso.

In altri termini, quel che il Tar Veneto ha esattamente contestato non è la natura di servizio pubblico locale del trasporto scolastico (come sembra erroneamente dedurre l'appellante), ma piuttosto che quest'ultimo possa oggettivamente essere considerato come trasporto "mediante autobus", ai sensi e per gli effetti della deroga disposta dal richiamato art. 23 del D. Lgs 163/06.

Pertanto, le obiettive differenze ontologiche tra il servizio di trasporto scolastico e quello di autolinea, confermano la legittimità dell'operato ex parte pubblica; e la correttezza sul punto della gravata sentenza.

4. La Società appellante lamenta poi la violazione dell'art. 61 della l. 99/09, norma che, a suo dire, supererebbe le disposizioni dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008.

Senonché, l'invocata disposizione è stata superata dall'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009 n. 135 convertito dalla legge 20 novembre 2009 n. 166.

La novella, come noto, ha escluso dal regime applicativo dell'art. 23-bis d.l. 112/2008 e ss.mm.ii. - rinviando alle rispettive discipline di settore – alcune tipologie di servizio tra cui non compare quello che ne occupa.

Il Giudice di prima istanza ha dunque ritenuto corretta la scelta dell'affidamento mediante gara, riconoscendo l'esistenza nel diritto interno

di una previsione dettata per “espressamente vietare l'affidamento diretto, il che è esattamente quanto previsto dall'art. 15 del D.L. n. 135/09 di modifica dell'art. 23 bis del D.L. 112/08, convertito nella legge n. 133/08”.

Essendo dunque i trasporti, (diversamente dall'energia elettrica, dalle farmacie e dal trasporto ferroviario regionale), sottoposti all'art. 23-bis d.l. 133/2008, come modificato dall'art. 15 d.l. 135/2009, tale disposizione che non contempla affatto la possibilità di affidamento diretto prevale espressamente sulla “disciplina di settore con esso incompatibile”, non residuando spazio alcuno per il Reg. CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007.

Né, peraltro, può porsi una questione di primato del diritto comunitario su quello nazionale, dal momento che il Regolamento predetto lascia libero il legislatore interno di scegliere o meno la strada dell'affidamento diretto (cfr. art. 5, par. 4: “a meno che sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente”).

Inoltre, non ha fondamento l'assunto per cui l'art. 61 della l. 99/2009 sopravviverebbe comunque in quanto norma “speciale” e non già “di settore”.

Sul piano generale, infatti, va rilevato come le due categorie siano del tutto diverse e nient'affatto omologhe, ed in una disciplina di settore (che è dunque categoria ben più ampia) ben possono convivere sia norme speciali che norme generali – ordinarie.

Nello specifico, poi, al di là del fatto che nel modificare l'art. 23-bis d.l. 112/2008 l'art. 15 del d.l. 135/2009 ha espressamente individuato alcune zone franche tra cui non compare la tipologia di servizio sub iudice, decisivo è il contenuto dell'art. 15, c.1-bis del d.l. 135/2009.

Si prevede che “ai fini dell'applicazione dell'articolo 23-bis, comma 8, lettera e), del decreto – legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano sono fatti salvi, nel rispetto delle attribuzioni previste dagli statuti delle predette regioni e province autonome e dalle relative norme di attuazione, i contratti di servizio in materia di trasporto

pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

Se l'assunto dell'appellante fosse corretto non sarebbe stato necessario prevedere tale norma transitoria: gli è, invece, che in base alla regola *lex posterior derogat priori*, la modifica dell'art. 23-bis prevale sul regime di cui all'art. 61 l. 99/2009. Per non veder travolto dalla novella l'assetto previgente, il legislatore ha quindi dovuto inserire questa norma di salvaguardia per le regioni autonome.

Del tutto inconferente è, infine, il riferimento al d.p.r. 168/2010.

Invero, come esattamente controdedotto dall'amministrazione, in disparte il fatto che trattasi di norma successiva all'adozione dei provvedimenti per cui è causa, il regolamento governativo non delimita affatto l'operatività (né potrebbe ovviamente farlo, anche in omaggio al principio della gerarchia delle fonti) dell'art. 23-bis d.l. 112/2008, ma circoscrive semplicemente il suo ambito di applicazione.

5. Conclusivamente, in modo del tutto legittimo l'amministrazione Comunale ha esperito una procedura di gara invece di procedere all'affidamento diretto del servizio per cui è causa all'odierna appellante, atteso che i presupposti normativi non le consentivano tale scelta, così per come correttamente rappresentato nella nota del 31 dicembre 2009 impugnata in primo grado.

6. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, va respinto.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2011
con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore