

N. 06780/2010 REG.SEN.
N. 01596/2010 REG.RIC.



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 Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1596 del 2010, proposto da:
Sicurezza e Ambiente S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati R. Luca Perfetti, Alessandro Rosi e Valentina Varano, con domicilio eletto presso quest'ultima in Firenze, borgo Pinti n. 80;

contro

il Comune di Viareggio in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Lidia Iascone, con domicilio eletto presso Andrea Cuccurullo in Firenze, lungarno A. Vespucci n. 20;

nei confronti di

Viaggia Sicuro S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pasquale Cristiano e

Cinzia Di Marco, con domicilio eletto presso gli stessi - Studio Mariani Menaldi & Ass. in Firenze, via La Marmora n. 53;

per l'annullamento, previa sospensione

- della determinazione del Dirigente della Protezione Civile n. 1061 del 7.07.2010, con la quale il Comune ha assegnato a Viaggia Sicuro i servizi di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità, mediante bonifica ambientale dell'area interessata da incidenti stradali, da eseguire in situazioni di emergenza, e di esecuzione degli interventi di rimozione materiale dei veicoli e dei rimorchi in presunto stato di abbandono su aree ad uso pubblico da considerare rifiuti;
- del bando di gara del 26.05.2010 pubblicato dal Comune per l'affidamento dei citati servizi;
- per quanto occorrer possa, della determinazione dirigenziale n. 843 del 27.05.2010 (non conosciuta), con la quale è stato approvato il bando di gara;
- per quanto occorrer possa, dell'avviso pubblicato sul sito internet e non meglio identificato, con il quale il Comune ha apportato la modifica al testo del Bando;
- per quanto occorrer possa, del Regolamento per l'acquisizione di beni e servizi in economia del Comune, approvato con delibera di Consiglio Comunale n. 74 del 21.12.2004;
- dei verbali di gara n. 1 del 21.06.2010 e n. 2 del 22.06.2010;
- della nota prot. 47845 del 20.07.2010, con la quale il Comune ha comunicato a SA il provvedimento di assegnazione dei servizi

oggetto di gara;

- dell'atto di Convenzione stipulato dal Comune e Viaggia Sicuro in data 22.07.2010;

- dell'atto del U.O. di Staff Polizia Municipale - Ufficio di Protezione Civile prot. 51570 del 23.07.2010, con il quale il Comune ha delegato e autorizzato l'impresa Viaggia Sicuro a proporre azioni finalizzate a ottenere i dovuti risarcimenti, per gli interventi di pulitura e ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post-incidente eseguiti in condizioni di emergenza

e di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e connesso ancorchè sconosciuto alla ricorrente

nonché per l'accertamento e la dichiarazione della nullità e/o inefficacia

dell'atto di Convenzione stipulato dal Comune e Viaggia Sicuro del 22.07.2010, avente ad oggetto l'esecuzione dei servizi di ripristino delle condizioni di sicurezza e di viabilità, mediante pulitura dell'area interessata da incidenti stradali: interventi eseguiti in situazioni di emergenza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune del Viareggio e di Viaggia Sicuro S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2010 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale

FATTO

Il Comune di Viareggio, con determinazione dirigenziale n. 843 del 27 maggio 2010, ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità in seguito a incidenti stradali, mediante bonifica dell'area interessata da eseguire in caso di emergenza, e di rimozione dei veicoli in presunto stato di abbandono. La legge di gara prevedeva quale criterio di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa. Hanno partecipato, oltre alla ricorrente, la controinteressata ed una terza impresa. Al termine delle operazioni é risultata aggiudicataria la controinteressata e l'impresa Sicurezza e Ambiente s.p.a. ha impugnato gli atti della procedura con il presente ricorso, notificato il 1° ottobre 2010 e depositato l'8 ottobre 2010, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti il Comune di Viareggio e l'impresa controinteressata chiedendo la reiezione del ricorso.

All'udienza stabilita per la trattazione della domanda cautelare questo Tribunale, con ordinanza n. 930 del 20 ottobre 2010, ha fissato udienza ravvicinata per la trattazione nel merito.

All'udienza del 1° dicembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto la legittimità di una gara per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità in seguito a incidenti stradali, mediante bonifica dell'area interessata da eseguire in caso di emergenza, e di rimozione dei veicoli in presunto stato di abbandono.

1.1 Con primo motivo la ricorrente lamenta che l'aggiudicazione sarebbe stata disposta sulla base della sola offerta economica, senza valutare le offerte tecniche.

Con seconda censura deduce che il Comune intimato, modificando il testo del bando di gara durante la pubblicazione con una rettifica diffusa nel suo sito Internet, avrebbe cancellato quella parte di testo che indicava dove fosse disponibile il capitolato.

Con terzo motivo lamenta che sarebbe illogico parametrare le offerte economiche alla percentuale che il concorrente offre all'Amministrazione sugli indennizzi corrisposti dalle assicurazioni.

Con quarto motivo deduce che se il Comune intimato, con la rettifica, avesse inteso mutare il criterio di aggiudicazione in quello del prezzo più basso, il bando sarebbe comunque illegittimo poiché è illogico adottare detto criterio stante la complessità del servizio in gara.

Con quinto motivo lamenta che il bando indicasse i mezzi di prova della capacità economica e tecnica dei concorrenti, senza però specificare i requisiti minimi di ammissione alla procedura. Inoltre

esso prevede che dette capacità vengano provate con riferimento agli ultimi tre esercizi, mentre l'aggiudicataria risulta costituita dopo l'anno 2007.

Con sesto motivo si duole che la stazione appaltante avrebbe errato nel valutare la sua offerta economica.

Con settimo motivo deduce che il contratto sarebbe stato stipulato prima del decorso del termine sospensivo stabilito dalla legge.

Con ottavo motivo infine lamenta contraddittorietà del bando perché esso qualifica la gara in esame una volta come affidamento di una concessione servizi, e un'altra volta come trattativa privata con sistema dell'acquisizione per economia nella forma del cottimo fiduciario.

1.2 Il Comune intimato e la controinteressata replicano alle deduzioni della ricorrente evidenziando, in particolare, che quella in oggetto è una gara per la concessione di servizi disciplinata dall'art. 30 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163- Codice dei contratti pubblici (nel seguito: "Codice"), e sarebbe quindi sottratta alle disposizioni del Codice medesimo in materia di affidamento di contratti pubblici. Essa è soggetta al solo principio della gara informale nonché al rispetto dei principi generali del diritto comunitario.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento, nei termini che seguono.

2.1 Il Comune intimato ha inteso porre in essere una procedura per individuare, con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, il concessionario dei servizi concernenti il ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità stradale successivamente ad incidenti, mediante la bonifica ambientale da eseguire in situazioni di emergenza, e la rimozione dei veicoli in stato di abbandono su aree ad uso pubblico. La qualificazione del contratto da aggiudicare appare indubitabilmente quella della concessione di servizio, come risulta dal punto IV.3.1) del bando di gara il quale espressamente sancisce che il corrispettivo è costituito unicamente dal diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente il servizio medesimo. La conclusione è confermata dalla lettura del contratto (“atto di convenzione”) stipulato tra il Comune e l'aggiudicataria controinteressata il quale prevede, all'articolo nove, che gli interventi dedotti saranno addebitati dalla seconda alle compagnie di assicurazione che coprono la responsabilità civile per la circolazione dei veicoli, e che sul ricavato essa è obbligata a corrispondere al Comune un credito percentuale. Il quantum di tale percentuale costituiva criterio di valutazione economico delle offerte presentate in gara.

Il contratto per la concessione di servizi, in base all'art. 30 del Codice, è escluso dall'applicazione del medesimo, ma a norma del comma 3 di detto articolo la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi comunitari e di quelli generali relativi ai contratti pubblici, in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo

riconoscimento e proporzionalità ed effettuando una gara informale cui invitare almeno cinque concorrenti. Nel caso di specie risulta rispettato l'obbligo procedurale ed anzi la stazione appaltante è andata di là degli obblighi di legge, effettuando una procedura negoziata previa pubblicazione di un bando. Il principio di adeguata pubblicità risulta quindi essere stato applicato. Le censure della ricorrente si appuntano infatti sulle modalità con cui la gara è stata gestita.

Nell'esame dei motivi posti all'attenzione del Collegio occorre prendere le mosse da quello che riveste il maggior interesse per la ricorrente, e precisamente il quinto motivo che contiene due censure. A dire della ricorrente l'accoglimento della seconda censura, incentrata sul fatto che l'aggiudicataria risulta costituita dopo l'anno 2007 mentre a norma del bando la capacità economica e tecnica dei concorrenti avrebbe dovuto essere dimostrata con riferimento agli ultimi tre esercizi, determinerebbe l'esclusione della controinteressata con conseguente aggiudicazione della gara a proprio favore.

La stazione appaltante e la controinteressata eccepiscono la tardività della censura in esame poiché, a loro dire, ogni contestazione sui requisiti di partecipazione avrebbe dovuto essere oggetto di immediata contestazione mediante impugnazione del bando di gara nel termine decadenziale.

L'eccezione deve essere respinta poiché è giurisprudenza ormai consolidata, dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di

Stato 29 gennaio 2003, n. 1, che solo le clausole escludenti della legge di gara devono essere oggetto di immediata impugnazione; le altre clausole che determinano nella procedura vizi diversi dall'illegittima esclusione dell'interessato devono essere impugnate in uno con il provvedimento di aggiudicazione, poiché è in tale momento che si consuma la lesione nella posizione giuridica dei partecipanti non aggiudicatari (C.d.S. IV, 3 dicembre 2008 n. 4115; Sez. VI, 23 dicembre 2008 n. 6523 e 3 giugno 2009, n. 3404). Il motivo è quindi ammissibile. Le conclusioni rappresentate dalla ricorrente appaiono però errate poiché, a quanto è dato comprendere dal secondo verbale in data 22 giugno 2010, essa è arrivata in posizione di parità con la soc. Tundo di Bari, sicché dall'eventuale accoglimento della censura in esame non è dato predicare le conseguenze che la stessa ne ricava, ovvero che le spetterebbe l'aggiudicazione del contratto in discussione.

Ma il motivo, in questa sua parte, è infondato anche nel merito poiché, per quanto la concessione di servizi non sia soggetta alle norme del Codice, sarebbe contrario ai principi di non discriminazione e parità di trattamento non applicare al caso di specie il disposto di cui all'41, comma 3, del Codice stesso in base al quale il concorrente che non sia in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste dalla legge di gara, può essere ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria con qualsiasi altro documento richiesto dalla stazione appaltante. La

disposizione, tra i motivi giustificanti, comprende espressamente la costituzione della società concorrente da meno di tre anni. La censura in esame deve quindi essere respinta.

Il motivo appare tuttavia fondato sotto l'altro profilo rappresentato dalla ricorrente. Il bando di gara, pur prevedendo i mezzi attraverso i quali provare la capacità tecnica e quella economica dei concorrenti, non stabiliva alcun limite di soglia ai fini dell'ammissione alla procedura lasciando quindi alla stazione appaltante una discrezionalità totale in merito, con violazione del principio di trasparenza. Sotto questo profilo a nulla vale il richiamo delle difese dell'Amministrazione e della controinteressata alla non applicabilità delle norme del Codice alla fattispecie, perché quello che appare violato è uno dei principi fondamentali cui deve soggiacere anche la procedura per l'individuazione del concessionario di servizi, ossia quello di trasparenza. La mancata determinazione dei limiti di soglia ai fini dell'ammissione alla gara e la conseguente assenza di ogni vincolo alla discrezionalità della stazione appaltante impediscono la controllabilità sul suo operato. A riprova di tale vizio che inficia la gara si richiama la lettura del verbale di gara in data 21 giugno 2010, nel quale non è dato comprendere in base a quali criteri e parametri la commissione abbia ammesso tutti e tre i concorrenti, ivi compreso quello risultato aggiudicatario, alla procedura in esame.

2.2 Anche il secondo motivo di ricorso è fondato. Il bando di gara infatti rimandava al capitolato la definizione del punteggio ai fini

della valutazione qualitativa delle offerte (punto IV.3.1), ma questo non è stato redatto, come ammette la difesa comunale, ed il bando è stato rettificato cancellando la parte in cui indicava le modalità di acquisizione del capitolato. È evidente che prevedere lo svolgimento di una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non indicare gli elementi, con i relativi punteggi, in base ai quali le proposte dei concorrenti saranno valutate, costituisce una palese violazione del principio di trasparenza (T.A.R Lombardia Brescia I, 18 ottobre 2007 n. 9). A riprova, si può evidenziare il fatto che né il primo né il secondo verbale danno conto delle valutazioni effettuate dalla commissione.

È appena il caso di rilevare che se l'Amministrazione avesse inteso, in corso di gara, mutare il criterio di aggiudicazione adottando quello del prezzo più basso, avrebbe dovuto preventivamente revocare il bando ed emetterne uno nuovo indicante con precisione il criterio adottato per individuare il proprio contraente. Diversamente opinando, ne risulterebbe vulnerato non solo il principio di trasparenza ma anche quello di pubblicità, ed entrambi devono essere rispettati (anche) nell'ambito della concessione di servizi.

2.3 Da quanto sopraesposto deriva che l'intera gara appare viziata e deve quindi essere ripetuta.

Per completezza e a fini di orientamento della futura attività amministrativa si rileva che appare infondato il terzo motivo di ricorso. Con tale censura la ricorrente sostiene l'irragionevolezza

della richiesta da parte della stazione appaltante al gestore del servizio di corrispondere una percentuale degli indennizzi liquidati dalle compagnie assicurative, ed esso pare essere l'unico criterio di valutazione economica delle offerte. Questo, a suo dire, indurrebbe il concessionario a maggiorare indebitamente l'entità delle richieste risarcitorie nei confronti delle assicurazioni e inoltre la stazione appaltante premierebbe il concorrente che offre la percentuale più alta, senza sapere su quale importo sarà calcolata e quindi senza avere garantito un maggior introito.

La preoccupazione circa il possibile aumento dell'indebitamento delle compagnie assicurative si fonda su assunti ipotetici che non sono dimostrabili a priori e comunque non assume rilevanza nella controversia in esame, mentre la percentuale di partecipazione agli indennizzi rappresenta una grandezza che consente di raffrontare non illogicamente le offerte sotto il profilo economico. Non è possibile quantificare anticipatamente l'entità degli introiti poiché non è dato sapere ex ante quanti indennizzi verranno corrisposti dalle compagnie assicurative, ma ciò non toglie che a fronte di una medesima base di calcolo, la percentuale di partecipazione offerta all'Amministrazione consente di effettuare un confronto concorrenziale non irragionevole. Ogni ulteriore preoccupazione circa l'entità degli introiti che potrebbero derivare all'Amministrazione dall'aggiudicazione della concessione in esame appartiene all'area del merito amministrativo e non può essere

sindacata nella presente sede.

In accoglimento dei motivi secondo e quinto di ricorso, e con assorbimento delle ulteriori doglianze non esaminate, il Collegio annulla quindi i provvedimenti impugnati con esclusione del regolamento comunale per l'acquisizione di beni e servizi in economia.

3. Devono ora essere scrutinate le conseguenze derivanti dall'annullamento della procedura di gara sul contratto nel frattempo stipulato con la controinteressata. La ricorrente censura il mancato rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 11 del Codice domandando la pronuncia di inefficacia; le difese della stazione appaltante e della controinteressata replicano che detto articolo non si applicherebbe all'istituto della concessione di servizi poiché questa è espressamente esclusa dalla sottoposizione alle norme del Codice.

L'esame dell'art. 30 del Codice evidenzia che al comma 1 esso esclude la concessione di servizi dall'ambito di applicazione delle proprie norme "salvo quanto disposto nel presente articolo". Tale inciso si riferisce al comma 7 che richiama, per quanto interessa nella presente sede, le disposizioni della parte quarta del Codice dedicate al contenzioso. Le norme contenute in tale parte regolamentano, fra l'altro, gli strumenti di tutela e l'inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni e negli altri casi, con rimando al codice del processo amministrativo (c.p.a.). All'esito di questi diversi rimandi deve ritenersi che le norme di quest'ultimo in materia (non solo

processuale, ma anche) di inefficacia del contratto si applichino alla fattispecie in esame. Non è quindi esclusa la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto di concessione. È vero che quest'ultimo non è soggetto al rispetto del termine dilatorio per la sua stipulazione, come correttamente deducono le difese dell'Amministrazione e della controinteressata; tuttavia se l'art. 121 c.p.a. non può trovare applicazione, altrettanto non può dirsi per l'art. 122 il quale impone al giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, di effettuare una complessiva valutazione degli interessi in gioco al fine di stabilire se dichiarare o meno inefficace il contratto e di fissarne la relativa decorrenza.

Il Collegio non ritiene di ostacolo a tale operazione ermeneutica il fatto che la direttiva 89/665/CE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE in materia di procedure di ricorso relativamente all'aggiudicazione di appalti pubblici, esclude dal proprio ambito di applicazione i contratti che non sono soggetti alla normativa sostanziale di cui alla direttiva 2004/18/CE, poiché essa definisce le condizioni minime di tutela per i cittadini comunitari nella materia e non inibisce agli Stati membri di emanare norme che aumentino il livello di protezione, come nel caso in questione in cui il legislatore italiano ha inteso rendere applicabile anche alla concessione di servizi la procedura di dichiarazione di inefficacia del contratto, sia pure nella forma più "lieve".

Il Collegio deve quindi verificare la sussistenza delle condizioni per la

declaratoria di inefficacia del contratto.

L'annullamento dell'intera procedura comporta che la stazione appaltante debba bandire una nuova gara rispettosa dei criteri richiamati dall'art. 30, comma 3, del Codice, sicché l'accoglimento della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con effetto immediato o addirittura retroattivo causerebbe la cessazione di un servizio fondamentale per la collettività del Comune di Viareggio, stante l'impossibilità per il ricorrente di subentrare nell'esecuzione. Si ritiene quindi di mantenere l'efficacia del contratto per il tempo presuntivamente necessario all'espletamento di una nuova gara per l'affidamento del servizio in discussione, depurata dai vizi sopra riferiti. Tale periodo può essere fatto coincidere con il 31 marzo 2011, data dalla quale cesserà l'efficacia del contratto de quo.

4. In conclusione quindi il ricorso deve essere accolto nei termini sopraevidenziati, con annullamento dell'intera procedura di gara e pronuncia di inefficacia del contratto stipulato a far data dal 31 marzo 2011. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in € 3.000,00 (tremila/00) a carico del Comune di Viareggio ed in € 3.000,00 (tremila/00) a carico della controinteressata; a dette somme dovranno essere aggiunti i soli oneri per IVA e CPA.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la procedura di gara, nei

termini di cui in motivazione. Dichiara l'inefficacia del contratto a far tempo dal 31 marzo 2011.

Spese come da motivazione.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente FF

Riccardo Giani, Primo Referendario

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2010

IL SEGRETARIO

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