



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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1991 del 2009, proposto da Società Cooperativa Sud Servizi Generali, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Irmici, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Distaso in Bari, corso Vittorio Emanuele, 60;

contro

Comune di Castelnuovo della Daunia, rappresentato e difeso dall'avv. Enricomaria Orsitto, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Miccolis in Bari, corso Cavour, 156;

nei confronti di

Società Cooperativa Eco Alba, rappresentata e difesa dall'avv. Rosaria Gadaleta, con domicilio eletto presso l'avv. Felice Eugenio Lorusso in Bari, via Amendola, 166/5;
Euroappalti s.r.l., non costituita;

per l'annullamento

- della determinazione n. 82 del 25 settembre 2009, con la quale il Comune di Castelnuovo della Daunia ha aggiudicato in via definitiva, alla Società Cooperativa Eco Alba il servizio di raccolta e conferimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati e di raccolta differenziata;
- del verbale prot. n. 3835 del 2 settembre 2009, con il quale la commissione di gara ha aggiudicato l'appalto, in via provvisoria, alla Società Cooperativa Eco Alba;
- di tutti gli altri atti e verbali di gara, non conosciuti, e del contratto stipulato;
- della nota prot. n. 4350 del 16 ottobre 2009, con la quale il Comune ha confermato la determinazione di aggiudicazione definitiva alla Società Cooperativa Eco Alba;
- ove occorra, e nelle parti di ragione, del bando di gara del 28 luglio 2009;
- e per la condanna del Comune di Castelnuovo della Daunia al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castelnuovo della Daunia e della Società Cooperativa Eco Alba;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 il dott. Savio

Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Sara Cacciatore (per delega di Raffaele Irmici), Giuseppe Mariani (per delega di Enricomaria Orsitto) e Rosaria Gadaleta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 28 luglio 2009, il Comune di Castelnuovo della Daunia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento biennale del servizio di raccolta e conferimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati e di raccolta differenziata, da aggiudicarsi al massimo ribasso sul corrispettivo a base d'asta pari ad euro 174.000.

Pervenute due sole offerte, la controinteressata Società Cooperativa Eco Alba (che ha offerto il ribasso del 17%) è risultata aggiudicataria.

La ricorrente Società Cooperativa Sud Servizi Generali, seconda classificata (con un ribasso del 16,25%), impugna gli atti in epigrafe deducendo motivi così riassumibili:

1) violazione dell'art. 23-bis, nono comma, del d.l. n. 112 del 2008, violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 ed eccesso di potere per sviamento, omessa considerazione dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta: l'aggiudicataria Società Cooperativa Eco Alba sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara, sebbene titolare di affidamenti diretti del medesimo servizio presso i Comuni di Biccari, Casalvecchio di Puglia e Carlantino;

2) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione degli

artt. 5 e 15 del bando di gara ed eccesso di potere per sviamento, omessa considerazione dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta: l'aggiudicataria avrebbe omesso di attestare, nella propria offerta, il rispetto della normativa in materia di sicurezza del lavoro;

3) violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 8 del bando di gara ed eccesso di potere per sviamento, omessa considerazione dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta: l'aggiudicataria non avrebbe allegato all'offerta l'originale del contratto di avvalimento stipulato con l'ausiliaria Euroappalti s.r.l.;

4) sotto diverso profilo, violazione degli artt. 38 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per sviamento, omessa considerazione dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta: l'ausiliaria Euroappalti s.r.l. avrebbe reso una dichiarazione incompleta, in ordine alla sussistenza di precedenti penali a carico degli amministratori dell'impresa Di Sarli Vincenzo, dalla quale ha acquisito un ramo d'azienda il 7 giugno 2007;

5) violazione degli artt. 41 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 9 del bando di gara ed eccesso di potere per sviamento, omessa considerazione dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta: l'ausiliaria Euroappalti s.r.l. avrebbe omesso di dichiarare il fatturato globale d'impresa e quello relativo ai servizi nel settore oggetto della gara, per l'ultimo triennio;

6) violazione degli artt. 38 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 212 del d.lgs. n. 152 del 2006 ed eccesso di potere per sviamento, omessa considerazione dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta: l'ausiliaria Euroappalti s.r.l. non avrebbe documentato di essere subentrata nell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali della cedente impresa Di Sarli Vincenzo; inoltre, la cooperativa aggiudicataria non avrebbe documentato, in fase di comprova delle autocertificazioni rese, la regolarità contributiva, l'esonero nei confronti degli obblighi di assunzione di cui alla legge n. 68 del 1999, ed il possesso della certificazione di qualità ISO 9001:2008 e ISO 14001:2004;

7) violazione degli artt. 48 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 8 del bando di gara ed eccesso di potere per sviamento, omessa considerazione dei presupposti, travisamento, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta: l'aggiudicataria avrebbe allegato una dichiarazione generica ed insufficiente, riguardo all'avvalimento dei mezzi posseduti dall'ausiliaria Euroappalti s.r.l.

La ricorrente chiede inoltre la caducazione del contratto d'appalto stipulato con la Società Cooperativa Eco Alba in data 28 ottobre 2009 ed il risarcimento in forma specifica, mediante subentro nel servizio; in subordine, chiede la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituiti, chiedendo il rigetto del gravame, il Comune di Castelnuovo della Daunia e la Società Cooperativa Eco Alba.

Quest'ultima ha altresì notificato ricorso incidentale, volto a contestare l'ammissione alla gara della cooperativa ricorrente, che a suo dire non avrebbe dimostrato il possesso del requisito prescritto dall'art. 10 del bando di gara (ossia l'aver effettuato nell'ultimo triennio servizi di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani ed assimilati, con una percentuale di raccolta differenziata pari almeno al 35%).

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza di questa Sezione n. 32 del 14 gennaio 2010.

In seguito, con ordinanza collegiale n. 630 del 21 aprile 2011, è stata disposta istruttoria al fine di acquisire copia degli atti di affidamento ovvero dei contratti intercorsi tra la Società Cooperativa Eco Alba ed i Comuni di Biccari, Carlantino e Casalvecchio di Puglia, aventi ad oggetto il servizio di igiene urbana, nel periodo giugno 2009 – marzo 2011.

I predetti enti hanno ottemperato, trasmettendo documenti corredati da relazioni esplicative.

Infine, alla pubblica udienza del 6 luglio 2011 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso incidentale proposto dalla Società Cooperativa Eco Alba, che deve essere esaminato in via prioritaria secondo la regola ormai affermatasi nei giudizi in materia di appalti (cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4), è infondato.

Con unico motivo, la cooperativa controinteressata lamenta la mancata esclusione della ricorrente Società Cooperativa Sud Servizi Generali, che a suo dire non avrebbe dimostrato di possedere il requisito di capacità tecnica previsto dal bando di gara all'art. 10 – lett. c), ossia l'aver effettuato negli ultimi tre anni servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati, con una percentuale di raccolta differenziata pari almeno al 35%.

In contrario, la difesa del Comune di Castelnuovo della Daunia ha prodotto la certificazione rilasciata in data 1 aprile 2009 dal direttore dell'Azienda Multiservizi Igiene Ambientale di Torino s.p.a., ove si attesta che la Società Cooperativa Sud Servizi Generali ha svolto, dal luglio 2005 al gennaio 2008, il servizio di pulizia, raccolta e trasporto dei rifiuti presso il mercato rionale cittadino di via Santa Giulia, conseguendo un risultato di raccolta differenziata superiore al 35%.

In tal modo, risulta senz'altro soddisfatta la prescrizione del bando, che va interpretato nel senso di richiedere lo svolgimento di almeno un servizio nell'ultimo triennio, ma non necessariamente per l'intero triennio, come sostenuto dalla ricorrente incidentale (in questo senso, con riferimento a fattispecie identica, Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2009 n. 5868).

Anche dal punto di vista oggettivo, l'esperienza vantata dalla cooperativa ricorrente deve giudicarsi conforme a quanto richiesto dal bando, alla luce della previsione contenuta nell'art. 7 del regolamento per la gestione dei rifiuti urbani approvato dal Comune

di Torino (cfr. doc. 3, depositato dalla difesa comunale), che assimila espressamente ai rifiuti urbani non pericolosi tutti i materiali provenienti dai mercati rionali, quali imballaggi, contenitori vuoti, cassette, scarti vegetali e alimentari.

Discende da quanto l'infondatezza del ricorso incidentale.

2. Con il primo motivo di ricorso principale, la Società Cooperativa Sud Servizi Generali deduce violazione dell'art. 23-bis, nono comma, del d.l. n. 112 del 2008, nonché eccesso di potere sotto molteplici profili, in quanto l'aggiudicataria Società Cooperativa Eco Alba sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara, sebbene titolare di affidamenti diretti del servizio di igiene urbana presso i Comuni di Biccari, Casalvecchio di Puglia e Carlantino.

Il motivo riveste carattere assorbente ed è fondato.

A seguito dell'istruttoria disposta dal Collegio, sulla base del principio di prova fornito da parte ricorrente (non smentito, ed anzi implicitamente confermato dalla difesa della controinteressata: cfr. pag. 9 della memoria depositata il 15 dicembre 2009), si è accertato che la Società Cooperativa Eco Alba ha beneficiato di affidamenti diretti di servizi relativi al ciclo di raccolta e smaltimento rifiuti, sulla base di convenzioni non precedute da procedure di evidenza pubblica, presso:

- il Comune di Carlantino, a decorrere dal 1 agosto 2009;
- il Comune di Biccari, a decorrere dal 3 luglio 2009;
- il Comune di Casalvecchio di Puglia, a decorrere dal 1 ottobre

2009.

Come è noto, il nono comma dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito con legge n. 133 del 2008, nel testo vigente all'epoca dello svolgimento della gara controversa, stabiliva che i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive, nonché i soggetti titolari della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali (qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi), non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite controllo o partecipazione societaria, né partecipando a gare (con l'unica eccezione delle società quotate in mercati regolamentati).

In primo luogo, non può esser dubbia la qualificazione giuridica del servizio di raccolta e conferimento dei rifiuti urbani come servizio pubblico locale a rilevanza economica, pienamente soggetto alla disciplina del richiamato art. 23-bis (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2005 n. 7058).

Quanto al divieto di partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che l'odierna controinteressata si trovava nella situazione regolata dalla norma, siccome affidataria, al momento dello svolgimento della gara e dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, del medesimo servizio presso tre enti locali, sulla base di convenzioni stipulate in assenza di procedura selettiva ad evidenza pubblica.

Si è osservato, in proposito, che il divieto di cui al citato nono comma dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, sostanzialmente riproduttivo di analoga previsione contenuta al sesto comma dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, è finalizzato ad evitare che soggetti imprenditoriali qualificati, già titolari di affidamenti diretti e di un rapporto privilegiato con la pubblica amministrazione, possano lucrare in questa loro veste ulteriori rendite di posizione in altri mercati ovvero in altri ambiti territoriali, a danno del libero gioco della concorrenza (cfr. Aut. vig. contr. pubbl., parere n. 128 del 5 novembre 2009; TAR Piemonte, sez. I, 14 gennaio 2011 n. 26).

La norma, al contrario di quanto argomentato dalla difesa della controinteressata, trova applicazione anche nei confronti delle cooperative sociali.

Queste ultime, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991, sarebbero ammesse a stipulare convenzioni con le Amministrazioni in deroga alla disciplina sui contratti pubblici, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le categorie di persone svantaggiate di cui all'art. 4 della stessa legge.

Tuttavia, secondo le più recenti e condivisibili affermazioni della giurisprudenza, il servizio di igiene urbana, qualificabile come servizio pubblico locale diretto a soddisfare i bisogni dell'intera collettività, non può essere affidato mediante convenzione diretta ai sensi dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991, poiché tale norma

attribuisce agli enti pubblici la facoltà di derogare alla disciplina in materia di contratti per la “fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi” e, correttamente interpretata, può trovare applicazione nel solo caso in cui l’Amministrazione debba acquistare beni e servizi in proprio favore, secondo lo schema dell’appalto pubblico di servizi i forniture, e non anche affidare a terzi lo svolgimento di servizi pubblici, mediante lo strumento della concessione (così TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 30 marzo 2009 n. 719).

In ogni caso, il divieto introdotto dall’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (ed ancor prima dall’art. 113 del testo unico sugli enti locali del 2000), in quanto norma posteriore e di carattere speciale, oltreché preordinata alla tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici, nel rispetto dei principi discendenti dall’ordinamento comunitario, trova prevalenza rispetto alla disposizione di favore riguardante le cooperative sociali, che non possono concorrere all’affidamento di servizi pubblici locali, ove siano titolari della gestione di altro servizio, sulla base di convenzione non preceduta da procedura di evidenza pubblica ed ancora in corso al momento dell’indizione della gara.

Per quanto rilevato, il Comune di Castelnuovo della Daunia avrebbe dovuto escludere la Società Cooperativa Eco Alba dalla gara per cui si controverte.

Il primo motivo di ricorso è fondato e comporta l’annullamento

dell'aggiudicazione definitiva disposta con determinazione n. 82 del 25 settembre 2009.

3. Restano assorbite le ulteriori censure, attinenti ad asserite irregolarità dell'offerta presentata dalla cooperativa aggiudicataria, il cui accoglimento non comporterebbe effetti più favorevoli per l'interesse della ricorrente.

4. E' viceversa respinta, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., la domanda di caducazione del contratto stipulato in data 28 ottobre 2009 tra il Comune di Castelnuovo della Daunia e la Società Cooperativa Eco Alba.

I due anni di durata dell'affidamento sono infatti quasi interamente trascorsi, l'aggiudicazione ha pressoché esaurito i suoi effetti e non sarebbe più possibile, per la cooperativa ricorrente, il subentro nel servizio a seguito dell'esito vittorioso dell'impugnativa.

5. Deve viceversa essere accolta la domanda di risarcimento del danno per equivalente, che parte ricorrente riferisce esclusivamente al mancato utile, senza fornire prova del danno emergente e delle spese sostenute per la partecipazione alla gara.

In ogni caso, la giurisprudenza ha ripetutamente chiarito che la partecipazione alle gare d'appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a loro carico anche in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi sono risarcibili, a titolo di danno emergente, solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del

contraente a non essere coinvolto in trattative inutili. Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione), non vi è spazio per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; Id., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144).

Sussiste, nella fattispecie, il nesso di causalità tra la condotta illecita imputabile alla stazione appaltante ed il lucro cessante di cui chiede il ristoro la ricorrente, che era seconda classificata e sarebbe stata con ogni probabilità beneficiaria dell'affidamento, qualora fosse stata esclusa la Società Cooperativa Eco Alba.

Sussiste altresì la colpa della stazione appaltante, che ha violato un precetto sufficientemente chiaro ed ha perseverato nell'erronea interpretazione della normativa, anche a seguito di diffida stragiudiziale inoltrata dal legale della cooperativa ricorrente.

Il quantum del risarcimento deve essere commisurato all'utile che l'impresa avrebbe presumibilmente ricavato dall'esecuzione del servizio, sulla durata base di due anni, calcolato sul corrispettivo risultante dal ribasso offerto (euro 174.000 - 16,25% = euro 145.725).

In adesione al più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967; Id., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; Id., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144), il Collegio ritiene che il criterio del 10% del prezzo, ai sensi dell'art.

345 della legge n. 2248 del 1865, se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che una impresa trae dall'appalto, non possa essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata, che rischierebbe di condurre al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore più favorevole dell'impiego del capitale. Appare invero preferibile l'indirizzo che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile innanzitutto dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara.

La stessa giurisprudenza ha inoltre precisato che il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero solo quando l'impresa documenti di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altre commesse, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità e con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile, in applicazione del principio dell'*aliunde perceptum*. Con la specificazione che l'onere di provare l'assenza dell'*aliunde perceptum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa ricorrente.

Nella fattispecie, la cooperativa ricorrente non ha fornito elementi idonei a quantificare l'utile preventivato nella sua offerta, né ha

provato di non aver svolto altri lavori nel periodo cui si riferisce l'affidamento in questione.

L'invocata misura forfetaria del 10% deve perciò essere ridotta in via prudenziale al 5% dell'offerta economica effettiva, ossia al prezzo offerto in gara dalla ricorrente. Per cui: 5% di euro 145.725 = euro 7.286,25, da arrotondare alla cifra finale ed onnicomprensiva di euro 7.300.

Su detta somma compete la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dal 25 settembre 2009 (data dell'aggiudicazione definitiva) fino alla data di deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati esclusivamente dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo.

6. In conclusione, il ricorso è accolto e per l'effetto è annullata l'aggiudicazione del servizio in favore della Società Cooperativa Eco Alba.

E' respinta la domanda di caducazione del contratto.

E' respinto il ricorso incidentale.

Il Comune di Castelnuovo della Daunia è condannato a risarcire il danno nella misura di euro 7.300, oltre rivalutazione ed interessi legali come sopra determinati.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura forfetaria indicata in dispositivo, che tiene conto della complessità delle questioni trattate e dell'attività difensiva svolta dalle

parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 82 del 25 settembre 2009.

Respinge il ricorso incidentale.

Condanna il Comune di Castelnuovo della Daunia al risarcimento del danno in favore della ricorrente, nella misura di euro 7.300, oltre rivalutazione ed interessi legali come in motivazione.

Condanna il Comune di Castelnuovo della Daunia e la Società Cooperativa Eco Alba, ciascuno nella misura di euro 8.000 (oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge), al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2011

IL SEGRETARIO

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