



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2595 del 2012, proposto da:
LOMBARDI ECOLOGIA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv.
Saverio Profeta, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

COMUNE DI CARBONIA, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Corrado Murru, con
domicilio eletto presso Vincenzo Mazzei in Roma, corso Trieste, n. 82;

nei confronti di

DE VIZIA TRANSFER S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.
Giovanni Contu e Matilde Mura, con domicilio eletto presso Giovanni Contu in Roma, via Massimi, n. 154;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI, Sez. I, n. 242 del 6 marzo 2012, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO DI GESTIONE DELL'IMPIANTO DI PRETRATTAMENTO DEI RIFIUTI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Carbonia e della De Vizia Transfer S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati G.
Saporito su delega dell'avv. Saverio Profeta e Francesco Paolo Mazzei su delega dell'avv. Corrado Murru e Giovanni
Contu;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Carbonia, con bando inviato per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea il 24 dicembre 2010 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 150 del 29 dicembre 2010, ha indetto una gara a procedura aperta per la concessione del servizio di gestione dell'impianto di pretrattamento dei rifiuti urbani e assimilati in località Sa Terreda – Carbonia, per un periodo di 24 mesi (con possibilità di proroga per

altri 12 mesi), per un importo a base d'asta di €. 29,36 a tonnellata (al lordo di €. 0,058 quali oneri per la sicurezza), oltre I.V.A. (valore presunto del contratto per il triennio pari ad €. 2.401.648,00), da aggiudicarsi al prezzo più basso.

All'esito della procedura, cui hanno partecipato S.I.T. Società Igiene Territorio S.p.A., De Vizia Transfer S.p.A. e Lombardi Ecologia s.r.l., la commissione di gara, giusta verbale n. 2 del 17 maggio 2011, ha disposto l'esclusione della società Lombardi Ecologia s.r.l. e della S.I.T. S.p.A. per violazione del divieto di partecipazione di cui all'art. 23 bis, comma 9, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, dichiarando provvisoria aggiudicataria la De Vizia Transfer S.p.A. (che aveva offerto un ribasso del 1,689% sull'importo a base d'asta).

Con successiva determinazione dirigenziale n. 151 del 23 maggio 2011 sono stati poi approvati i verbali di gara ed è stata aggiudicata definitivamente la concessione de qua alla predetta De Vizia Transfer S.p.A.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 242 del 6 marzo 2012 ha respinto il ricorso proposto dalla società Lombardi Ecologia s.r.l. per l'annullamento della propria esclusione dalla gara, di cui al verbale n. 2 del 17 maggio 2011 della commissione di gara, e dell'aggiudicazione definitiva della concessione alla De Vizia Transfer S.p.A. (di cui alla determina dirigenziale n. 151 del 23 maggio 2011), ritenendo infondati i primi tre motivi di censura (incentrati sulla violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 23 bis del D.L. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133 del 2008, nonché il quarto, con il quale era stata richiesta la rimessione della causa alla Corte di Giustizia per una pronuncia pregiudiziale relativamente alla legittimità della normativa interna che provocava asseriti distorsioni della concorrenza in ordine all'accesso al mercato degli appalti ed il quinto, con cui era stata dedotta l'illegittimità derivata della determina dirigenziale; è stato poi ritenuto inammissibile per carenza di interesse il sesto motivo di censura, concernente la presunta omessa esclusione dalla gara dell'aggiudicataria per l'asserita invalida ed incompleta dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

3. La società Lombardi Ecologia s.r.l. con rituale e tempestivo atto di appello ha chiesto la riforma di tale sentenza alla stregua di tre motivi di gravame, rubricati rispettivamente "Sul primo motivo di ricorso. Violazione per falsa applicazione dell'art. 23 bis DL 122/08 (come convertito nella legge 133/08). Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in diritto, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà"; "Sul secondo motivo di ricorso. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in diritto, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà" e "Sul terzo motivo di ricorso. Violazione per errata applicazione dell'art. 23 bis, co. 9, DL 122/08 (come convertito nella legge 133/08). Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto", riproponendo in tal modo i primi tre motivi del ricorso principale, a suo avviso, erroneamente apprezzati ed ingiustamente respinti con motivazione lacunosa, contraddittoria ed affatto condivisibile.

Hanno resistito al gravame il Comune di Carbonia e la società De Vizia Transfer S.p.A., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone pertanto il rigetto.

4. Tutte le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie tesi difensive, replicando puntualmente a quelle avverse.

Alla pubblica udienza del 19 giugno 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è infondato.

5.1. Occorre premettere che con il D.L. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133 del 2008, sono state dettate "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria".

In particolare l'art. 23 bis, rubricato "Servizi pubblici locali di rilevanza economica", dopo aver stabilito al primo comma, tra l'altro, che l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve rispettare la disciplina comunitaria, favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale e garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettere e) ed m) della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione (precisando che tali disposizioni si applicano a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, salve le eccezioni ivi espressamente indicate), al successivo comma 2 ha sancito che, in via ordinaria il conferimento della gestione dei predetti pubblici locali avviene: a) in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società di partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Inoltre, dopo aver delineato ai commi 3, 4 e 4 bis i casi di deroga alle modalità di affidamento ordinario e al comma 8 il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dai precedenti commi 2 e 3, il comma 9 ha stabilito che "Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllate, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione Europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o di contratto servizi pubblici locali in virtù dell'affidamento diretto, di un procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la 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 dei servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati ed al socio selezionato ai sensi della lettera b), del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti".

5.2. Ciò premesso, la Sezione osserva che non è meritevole di favorevole considerazione il primo motivo di gravame con il quale l'appellante ha denunciato l'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara per asserita violazione del ricordato articolo 23 bis, sostenendo che, poiché oggetto della procedura di gara era una mera frazione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti, essa, pur facendo parte del servizio del ciclo integrato dei rifiuti, non poteva essere ex se qualificata quale servizio pubblico locale; ciò senza contare, sotto altro concorrente profilo, che anche la (non contestata) circostanza che il pagamento della tariffa per la gestione dell'impianto di pretrattamento era interamente a carico dell'amministrazione appaltante, rilevava macroscopicamente che non si era in presenza di un appalto di servizi e non già di una concessione di servizi.

5.2.1. Invero, come si ricava dalla lettura del Capitolato Speciale e Regolamento della Gestione, la concessione (art. 1) concerneva "1. Il servizio di gestione in concessione dell'impianto di pretrattamento dei RU ovvero tutte le

attività ed incombenze da espletare presso l'impianto di pre-trattamento dei rifiuti urbani presso la discarica controllata sita in Comune di Carbonia in località Sa Terreda, gestita dal Comune di Carbonia, in cui saranno conferiti urbani e speciali assimilati agli urbani, come definiti dalla normativa vigente ed in particolare dal D. Lgs. n. 152/06 e s.m.i. e nel rispetto dell'autorizzazione all'esercizio; 2. La gestione della riscossione della tariffa per il conferimento dei rifiuti e del sistema premiante/penalizzante, così come previsto dall'Allegato alla Delibera di G.R. n. 75/18 del 30.12.2008 della R.A.S., dalla Delibera di G.R. n. 56/40 del 29.12.2009 e s.m.i.; 3. il servizio di trasporto dei sovvalli dell'impianto e del rifiuto biostabilizzato presso l'impianto di discarica di Iglesias e/o altro impianto definito dalle autorità competenti, con i mezzi messi a disposizione dal Comune di Carbonia o con i propri qualora gli stessi siano in manutenzione; 4. il servizio di trasporto e smaltimento del percolato prodotto dall'impianto.

Nell'ultimo comma del successivo articolo 7, rubricato "Descrizione dei servizi" era poi espressamente precisato che "Oggetto del presente Capitolato è quindi la gestione vera e propria dell'impianto di pretrattamento dei rifiuti urbani con biostabilizzazione delle frazioni organiche di sottovaglio, intendendosi per gestione tutte le operazioni di accettazione, registrazione, movimentazione, triturazione, deferrizzazione, vagliatura, pressatura dei sovvalli in balle quadre, biostabilizzazione del sottovaglio e carico del materiale stabilizzato in container, manutenzione ordinaria e straordinaria di tutte le parti dell'impianto e dei mezzi di, gestione e manutenzione di tutti i presidi ambientali (sistemi di areazione e biofiltrazione, impianti elettrici, antincendio, ecc.)".

5.2.2. Sulla base di tali caratteristiche non può ragionevolmente dubitarsi che la procedura ad evidenza pubblica di cui si discute avesse ad oggetto un servizio pubblico locale, nella cui nozione rientrano, com'è noto, quelle attività che attribuiscono un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa (C.d.S., sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537).

Nel caso in esame, diversamente da quanto prospettato dall'appellante, il pretrattamento dei rifiuti urbani (che costituisce in realtà l'oggetto della concessione controversa) lungi dal costituire una mera attività strumentale, inidonea di per sé ad attribuire un vantaggio diretto ed immediato ai singoli consociati, integra piuttosto una fase di per sé del tutto distinta, completa ed autonoma, oltre che indispensabile, del ciclo integrato della attività di raccolta rifiuti, idonea perciò ad assicurare, in modo diretto ed immediato, un vantaggio tangibile ai consociati quanto all'igiene urbana ed alla salubrità dell'ambiente.

Infatti, come peraltro si desume espressamente dal già ricordato articolo 7 del Capitolato Tecnico, la gestione dell'impianto di pretrattamento dei rifiuti comprende il ricevimento, l'ammassamento e l'alimentazione della linea di trattamento; la triturazione a priori - sacchi o grossolana o primaria di tutti i rifiuti compatibili con tale attività di trattamento; la vagliatura grossolana o primaria; la pressatura ed il caricamento dei sovvalli da vagliatura grossolana o primaria; la separazione dei materiali ferrosi; la biostabilizzazione del sottovaglio; il trattamento delle arie attraverso biofiltrazione; la gestione dei presidi ambientali relativi all'impianto in oggetto, con particolare riferimento alla aspirazione, depolverazione e deodorizzazione dell'aria e alla gestione delle acque di processo.

5.2.3. Quanto poi all'altro profilo di censura è sufficiente rilevare che oggetto della concessione (giusta il ricordato art. 1 del Capitolato Tecnico) era anche "la gestione della riscossione della tariffa di conferimento dei rifiuti e del sistema premiante/penalizzante, così come previsto dall'Allegato alla Delibera di GR n° 75/18 del 30.12.2008 della R.A.S., dalla Delibera di G.R. n° 56/40 del 29.12.2009 e s.m.i."

Detta tariffa è pertanto corrisposta direttamente dai consociati beneficiari del servizio stesso e non risulta essere previamente anticipata dall'amministrazione appaltante, come adombrato dall'appellante, dovendo tenersi ben distinta la tariffa del servizio con i costi di organizzazione del servizio oggetto di concessione (cui evidentemente si riferisce il prezzo a base d'asta della procedura ad evidenza pubblica in questione).

5.3. E' infondato anche il secondo mezzo di gravame, con il quale l'appellante ha denunciato l'erronea applicazione nei suoi confronti del citato art. 23 bis, con riferimento al prolungarsi dei rapporti contrattuali con le amministrazioni comunali di Monopoli e di Bisceglie in relazione ai servizi di igiene urbana.

Secondo l'appellante invero quegli affidamenti diretti erano conseguenza esclusiva della peculiare situazione determinatasi per effetto delle disposizioni legislative, statali e regionali, nelle more dell'istituzione e dell'organizzazione del relativo servizio da parte delle Autorità d'Ambito (in particolare, art. 204, comma 1, del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, a mente del quale "i soggetti che esercitano il servizio, anche in economia, alla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, continuano a gestirlo fino alla istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità di Bacino" e art. 9, comma 1, della legge regionale della Puglia 31 dicembre 2009, n. 36 ("Norme per l'esercizio delle competenze in materia di gestione dei rifiuti in attuazione del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 156"), secondo cui "Per effetto della preesistente costituzione delle AdA di cui all'art. 7, comma 3, salvo non risultino già trasferiti all'AdA i relativi contratti, i soggetti che esercitano il servizio, anche in economia, continuano a gestirlo fino all'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte dell'AdA sempre che i contratti di appalto siano ancora in corso di validità..."): essi pertanto non potevano aver determinato alcuno sviamento del mercato e non potevano integrare il divieto normativo in questione.

Senonchè tale pur suggestiva prospettazione si fonda su di una interpretazione del tutto soggettiva della normativa di riferimento, non confortata da alcun elemento logico – sistematico ed anzi è smentita dalla natura e dalla finalità della norma rubricata.

Il divieto in esame non consente alle società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante (anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione Europea), che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, di 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 loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

La finalità della norma è duplice: infatti se, da un lato, con essa si intende assicurare che anche l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali rispetti i fondamentali principi della concorrenza e di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici, che costituiscono i pilastri della stessa Unione Europea, d'altra parte il procedimento ad evidenza pubblica, attraverso cui è dato perseguire i predetti principi, costituisce altresì lo strumento per l'attuazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'attività della pubblica amministrazione (art. 97), i cui corollari sono proprio la trasparenza e la pubblicità, oltre che l'economicità, l'efficacia e l'efficienza.

L'affidamento diretto di un servizio pubblico locale, secondo il legislatore, sterilizzando in radice il libero gioco della concorrenza e limitando la platea dei possibili concorrenti, impedisce la stessa astratta realizzabilità delle finalità della norma, così che coerentemente è stato escluso che i soggetti che già gestissero in qualsiasi modo, anche di fatto, oltre che per provvedimento amministrativo, contratto o disposizione legislativa, potessero rendersi affidatari di nuovi servizi pubblici, ciò determinando una illegittima posizione di vantaggio o addirittura di privilegio capace ex se di condizionare la libera concorrenza.

A ciò consegue che il divieto in questione, come si ricava dall'ampiezza della sua portata, ha una valenza oggettiva, che prescinde da ogni connotazione soggettiva e tanto più dalla considerazione delle ragioni, particolari e contingenti, che possono aver in concreto determinato o giustificato l'affidamento diretto: è pertanto irrilevante sia che, come sostenuto dall'appellante, nel caso in esame l'affidamento diretto dei servizi di igiene urbana dei

comuni di Bisceglie e Monopoli non avrebbe violato il principio della libera concorrenza (affermazione peraltro apodittica, indimostrata e comunque indimostrabile), sia che detti affidamenti diretti non sarebbero stati determinati da un'iniziativa della stessa appellante (facendo riferimento la norma anche a situazioni di fatto).

Essendo in definitiva pacifico in punto di fatto che l'appellante si trovava nella condizione di affidataria diretta dei servizi di igiene urbana dei comuni di Bisceglie e Monopoli, sussistevano nel caso di specie gli estremi per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 23 bis in questione.

5.4 In ordine al terzo motivo di gravame, con cui l'appellante ha sostenuto che l'amministrazione appaltante, prima, e i primi giudici, poi, non avrebbero tenuto conto ai fini della propria ammissione alla gara dei termini di cessazione dei servizi (oggetto di affidamento diretto), di cui al comma 8, lett. da a) ad e), dell'art. 23 bis del D.L. n.112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133 del 2008, è sufficiente osservare, per un verso, che le fattispecie di cui alle lettere a), b), c) e d) dell'invocata normativa non sono applicabili, sotto il profilo soggettivo, alla posizione dell'appellante, mentre il termine del 31 dicembre 2010 di cui alla lettera e), risulta inapplicabile di fatto alla situazione dell'appellante, beneficiaria di proroghe legislative dell'affidamento diretto prive di qualsiasi certo termine finale (tale non potendo considerarsi il riferimento all'istituzione e all'organizzazione delle AdA).

Pertanto, pur potendo condividersi in linea di principio l'assunto dell'appellante, secondo cui la disposizione contenuta nell'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 23 bis deve essere interpretato nel senso di limitare quanto più possibile la durata del divieto, dando, anche sotto tale profilo, attuazione ai principi di libertà di concorrenza e di accesso al mercato (dei servizi pubblici locali) di tutti gli operatori economici, nel caso di specie l'amministrazione ed i primi giudici hanno correttamente ritenuto che non sussistessero nei confronti dell'appellante i presupposti per la partecipazione alla gara in questione.

6. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere respinto, non meritando la sentenza impugnata le critiche che le sono state rivolte.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla società Lombardi Ecologia s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 242 del 6 marzo 2012, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore delle parti appellate costituite delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 6.000,00 (seimila), €. 3.000,00 (tremila) per ognuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2012

IL SEGRETARIO

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