



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 1865 del 2012, proposto da:

AVVENIRE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Giuseppe Orofino e Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

COMUNE DI PALAGIANO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Pancallo, con domicilio eletto presso Ennio Mazzocco in Roma, via Ippolito Nievo, n. 61 Sc.D;

nei confronti di

TEKNOSERVICE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Saverio Sticchi Damiani e Luigi Gili, con domicilio eletto presso Saverio Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone, n.78;

NUOVA SPURGH JET S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 02175/2011, resa tra le parti, concernente affidamento servizio smaltimento rifiuti - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Palagiano e di Teknoservice Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Orofino, Picciano, per delega dell'Avv. Pancallo, e Gili;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara, inviato agli uffici della U.E. il 18 ottobre 2010 per la relativa pubblicazione, il Comune di Palagiano ha indetto una procedura aperta per l'affidamento per nove anni del servizio di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati, di spazzamento totale e dei servizi complementari di igiene, per

un importo di €. 12.800.000, oltre I.V.A. (compreso €. 45.000,00 per oneri inerenti la sicurezza non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi con il criterio dell'art. 83 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (offerta economicamente più vantaggiosa), secondo quanto disposto dall'art. 3 del disciplinare.

All'esito della gara, cui hanno partecipato Avvenire s.r.l., Teknoservice s.r.l., Tradeco s.r.l., Intini Source S.p.A., Serveco s.r.l. e Lombardi Ecologia s.r.l., l'appalto è stato aggiudicato definitivamente, giusta determina dirigenziale n. 87 del 24 marzo 2011, alla società Teknoservice s.r.l., la cui offerta ha conseguito complessivamente punti 95,465, di cui punti 68 per la offerta tecnica e punti 27,465 per quella economica.

2. La società Avvenire s.r.l., quinta classificata con punti 70,182, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, della lex specialis (bando, disciplinare e capitolato speciale), della nomina della commissione di gara e della successiva sostituzione del suo presidente, di tutti i verbali di gara e di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti (tra cui in particolare le delibere di Giunta comunale n. 25 del 22 luglio 2008 e n. 5 del 14 gennaio 2010 e la determina dirigenziale n. 175 del 3 giugno 2010).

L'impugnativa è stata affidata a otto articolati motivi di censura, incentrati sulla violazione dell'art. 97 della Costituzione; degli artt. 10, 70, comma 1, e 84 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; della lex specialis; dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore di fatto, travisamento, ingiustizia manifesta; violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241; dei principi generali in tema di procedure ad evidenza pubblica, di verbalizzazione delle sedute di gara, di trasparenza, di pubblicità e di continuità delle operazioni di gara, attraverso cui la società ricorrente ha sostanzialmente lamentato che: a) era stato violato il termine minimo inderogabile per la presentazione delle offerte, termine che in ragione della complessità del progetto da predisporre doveva essere maggiore di quello fissato nel bando di gara; b) non vi era prova dell'effettiva valutazione delle offerte tecniche presentate e la motivazione, assolutamente insufficiente, era contenuta solo nel verbale finale del 21 febbraio 2011, ad oltre un mese di distanza dall'attività valutativa svolta; c) nei verbali di causa mancava qualsiasi indicazione sulle modalità di custodia dei plichi contenenti le offerte, insufficiente ed irrilevante essendo l'affermazione che a tanto avrebbe provveduto il segretario, trattandosi peraltro di un incombente spettante al responsabile del procedimento o alla stessa commissione di gara; d) l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica era avvenuta in seduta riservata invece che in seduta pubblica; e) le operazioni di gara, in violazione del principio di continuità della gara, si erano protratte per oltre quattro mesi; f) i commissari di gara non risultavano esperti del settore cui si riferiva l'appalto; g) in corso di gara era stata inammissibilmente sostituito il responsabile del procedimento che era anche presidente della commissione di gara; h) l'accoglimento delle censure esposte determinava la caducazione dell'intera procedura e rendeva inutile la formulazione di specifici motivi per la mancata esclusione dell'aggiudicataria (per violazione, in particolare, dell'art. 9, punto 5, del disciplinare di gara a causa del mancato possesso dei requisiti di partecipazione con riferimento ad alcune specifiche attività indicate nel prestazionale d'opera, di cui non vi era traccia tra le attività svolte dall'aggiudicataria, come si ricavava dal certificato camerale). Con il ricorso è stata proposta anche domanda di risarcimento del danno derivato dagli atti impugnati e dal comportamento tenuto dall'amministrazione appaltante.

3. L'adito tribunale, sez. III, nella resistenza dell'intimato Comune di Palagiano e della Teknoservice s.r.l., che spiegava anche ricorso incidentale, con la sentenza n. 2175 del 15 dicembre 2011, prescindendo dall'eccezione di tardività del ricorso sollevata dall'intimata amministrazione comunale, ha respinto il ricorso principale.

Precisato che, in ragione della posizione occupata dalla ricorrente (quinta classificata) e della circostanza che non era state proposte censure nei confronti delle imprese partecipanti graduate rispettivamente al secondo, terzo e quarto posto, sussisteva l'interesse all'esame delle sole censure concernenti le formalità della procedura concorsuale

ostative alla partecipazione, il predetto tribunale ha esaminato e ritenuto infondato solo il primo motivo di censura, negando che vi fosse stata una violazione dei termini minimi per la presentazione delle offerte.

4. La società Avvenire s.r.l. ha ritualmente e tempestivamente chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia, alla stregua di quattro articolati motivi di gravame, con i quali ha lamentato rispettivamente, "Violazione dell'art. 111 Cost. Violazione dell'art. 88 del D. Lgs. n. 104/2010" (primo motivo); "Violazione dell'art. 111 Cost. Violazione dell'art. 88 del D. Lgs. n. 104/2010. violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara" (secondo motivo); "Violazione dell'art. 111 Cost. Violazione dell'art. 88 del D. Lgs. n. 104/2010. A. Violazione art. 97 Cost. Violazione art. 3 della l. n. 241/1990. Violazione di legge per disapplicazione dei principi delle procedure ad evidenza pubblica. Violazione dei principi in tema di verbalizzazione delle sedute di gara. Eccesso di potere (difetto di motivazione; difetto di istruttoria, sviamento); B. Violazione del principio di trasparenza. Violazione dell'art. 10 del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere (inadeguata custodia del materiale di gara; difetto di verbalizzazione); C. Violazione dell'art. 97. Violazione del principio di continuità delle operazioni di gara. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; travisamento dei presupposti; difetto di motivazione" (terzo motivo); "Violazione art. 38 della direttiva CE n. 18 del 31.3.2004. Violazione art. 70, comma 2, del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; errore di fatto; travisamento dei presupposti; ingiustizia manifesta" (quarto motivo), così riproponendo i motivi di censura sollevati in primo grado e negando che rispetto ad essi, in quanto rivolti a contestare la legittimità del procedimento di gara, non potesse predicarsi il difetto di interesse all'esame, atteso che il loro accoglimento avrebbe soddisfatto l'interesse strumentale alla stessa ripetizione della gara; ha altresì dedotto l'omesso ingiustificato esame di tali motivi, sottolineando altresì l'erroneità della motivazione di rigetto del primo motivo di ricorso, pure riproposto in appello come quarto mezzo di gravame.

L'appellante ha inoltre dedotto per completezza anche l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla controinteressata, ricorso incidentale dichiarato improcedibile a causa del rigetto del ricorso principale.

Ha resistito al gravame il Comune di Palagiano che ne chiesto il rigetto per inammissibilità ed infondatezza.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata-aggiudicataria Teknoservice s.r.l. che, oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, ha riproposto ex art. 101, comma 2, c.p.a. i motivi del ricorso incidentale svolti in primo grado e dichiarati assorbiti.

Le parti hanno illustrato con apposite puntuali memorie le proprie rispettive tesi difensive.

5. All'udienza pubblica del 16 ottobre 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Come esposto nella narrativa in fatto la Teknoservice s.r.l., aggiudicataria dell'appalto, con tempestiva memoria ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. le censure articolate col ricorso incidentale spiegato in primo grado, dichiarato improcedibile solo per effetto dell'infondatezza del ricorso principale.

Sennonché, poiché la eventuale fondatezza del predetto ricorso incidentale, impemato sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 23 bis, comma 9, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, per la dedotta omessa esclusione dalla gara della società Avvenire s.r.l. sarebbe idonea a rendere improcedibile per carenza di interesse il ricorso principale, se ne impone il preliminare esame (C.d.S., sez. V, 27 aprile 2012, n. 2459).

7. Ciò premesso la Sezione osserva quanto segue.

7.1. Con il ricordato 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”.

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 devono 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”.

7.2. Sulla scorta di tale substrato normativo deve convenirsi con la tesi proposta da Teknoservice s.r.l. secondo cui la società Avvenire s.r.l. non avrebbe potuto partecipare alla gara di appalto in questione.

7.2.1. Posto infatti che non può fondatamente negarsi che i servizi di igiene urbana attinenti la raccolta ed il trasporto di rifiuti rientrano nella qualificazione di cui all’art. 112 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (ai sensi del quale gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che hanno per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali), spettando del resto ai Comuni, ai sensi dell’art. 198 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, la gestione dei rifiuti urbani, compresa la disciplina delle modalità del servizio di raccolta e di trasporto (C.d.S., sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829), non è stato minimamente contestato che la società Avvenire s.r.l.

fosse affidataria diretta dei servizi di gestione dei rifiuti e di igiene ambientale nei comuni di Terlizzi e di Putignano, configurandosi pertanto nei suoi confronti la situazione ostativa di partecipazione alla gara in questione prevista dal ricordato comma 9 dell'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

7.2.2. Né può sostenersi che il ricordato divieto non fosse applicabile alla società Avvenire s.r.l., in quanto gli affidamenti diretta di cui essa era titolare sarebbero stati la conseguenza esclusiva della peculiare situazione determinatasi in Puglia 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..."); così che non si sarebbe verificato alcun sviamento del mercato (a garanzia del quale è posto il ricordato divieto normativo).

E' sufficiente richiamare al riguardo quanto questa Sezione ha già osservato nella sentenza n. 4840 del 12 settembre 2012, relativa ad analoga controversia.

E' stato infatti rilevato che tale pur suggestiva prospettazione si fonda su di una erronea interpretazione della normativa di riferimento, non confortata da alcun elemento logico - sistematico ed anzi smentita dalla natura e dalla finalità della norma ricordata, affermandosi che "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" e che "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".

Di conseguenza "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 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", così 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)".

7.3. Completezza espositiva impone alla Sezione di osservare che è del tutto irrilevante ai fini della decisione della controversia in esame la sopravvenuta abrogazione del ricordato art. 23 bis per effetto del D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, la legittimità dell'operato dell'amministrazione appaltante dovendo essere valutata secondo il principio del tempus regit actum (così anche C.d.S., sez. V, 21 giugno 2012, n. 3667).

8. La fondatezza del ricorso incidentale spiegato in primo grado ed il relativo accoglimento determina l'illegittima ammissione alla gara di Avvenire s.r.l., con conseguente improcedibilità del suo ricorso principale e dell'appello principale.

Le spese del doppio grado 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 Avvenire s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. III, n. 2175 del 15 dicembre 2011, in riforma di quest'ultima, accoglie il ricorso incidentale proposto in primo grado da Teknoservice s.r.l., con conseguente illegittima ammissione alla gara di Avvenire s.r.l. ed improcedibilità del suo ricorso principale; dichiara altresì improcedibile l'appello principale.

Condanna Avvenire s.r.l. al pagamento in favore di Teknoservice s.r.l. e del Comune di Palagiano delle spese del doppio grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 8.000,00 (ottomila), 4.000,00 (quattromila) ciascuno.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2012

IL SEGRETARIO

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