



REPUBBLICA ITALIANA

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 806 del 2012, proposto da:

Del Seta di Del Seta Danilo & C. S.a.s., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Sanchini, Cino Benelli e Costanza Sanchini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, via Giuseppe Richa 56;

contro

Acque S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Bimbi, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

Commissione per l'individuazione del prestatore del Servizio Pulizia Fognature e Impianti Depurazione e Trasporto Rifiuti Liquidi Speciali Zona Pontedera;

nei confronti di

Ginesi Raffaello S.r.l.;

per l'annullamento

a) nota 8.05.2012 (prot. n. 0025588/2012), avente ad oggetto "Comunicazione ai sensi dell'art. 79 comma 5 lettera a) del D.Lgs 163/2006 di aggiudicazione definitiva della selezione concorrenziale per il servizio di pulizia delle fognature e degli impianti di depurazione gestiti da Acque S.p.A. e trasporto di rifiuti speciali liquidi zona Pontedera CIG 3667015481", con la quale la società Acque S.p.A. ha comunicato l'aggiudicazione definitiva del servizio alla Società Ginesi Raffaello s.r.l. "che ha offerto un ribasso percentuale sui listini del 34,00e che "la data di scadenza del termine dilatorio per la stipula del contratto, di cui all'art. 11, comma 10 del D.Lgs 163/2006, è la seguente: 11/06/2012";

b) verbale di verifica e di aggiudicazione provvisoria e di approvazione di aggiudicazione definitiva della selezione concorrenziale CIG 3667015481 datato 3.05.2012 - richiamato per relationem dalla nota sub a) -, e atti e provvedimenti nel medesimo trasfusi, con il quale, dopo essersi rilevata "la regolarità della procedura e degli atti", è stata disposta e dichiarata l'aggiudicazione definitiva in favore della società Ginesi Raffaello s.r.l.;

c) parere di congruità del miglior ribasso sull'offerta presentata dalla società Ginesi Raffaello s.r.l. e nulla osta alla stipulazione contrattuale a firma del Responsabile del Contratto, il quale richiama per relationem le "giustificazioni della ditta Ginesi Raffaello" ed al quale rinvia il provvedimento sub b);

d) verbale per il servizio di pulizia delle fognature e degli impianti di depurazione gestiti da Acque S.p.A. e trasporto rifiuti liquidi speciali zona Pontedera CIG 3667015481 datato 12.01.2012, e atti e provvedimenti nel medesimo trasfusi, con il quale il Presidente della Commissione, "valutata l'offerta" della società Ginesi Raffaello

s.r.l., ha ammesso e proclamato quest'ultima aggiudicataria provvisoria;

e) ogni altro atto e provvedimento ad essi presupposto e conseguente, ivi comprese le giustificazioni ed i chiarimenti, anche documentali, forniti dalla società Ginesi Raffaello s.r.l., in quanto richiamati per relationem da sopra detti pareri, verbali, atti e provvedimenti;

f) per quanto occorrer possa, il Regolamento per la disciplina dei contratti e degli appalti nei settori speciali sotto soglia comunitaria approvato dal C.d.A. della Società Acque S.p.A. all'esito della seduta del 21.03.2007, e s.m.i., e la Procedura per la gestione degli affidamenti di servizi di importo fino alla soglia comunitaria;

nonchè per la declaratoria di inefficacia

del contratto medio tempore stipulato tra la Società Acque S.p.A. e la Società Ginesi Raffaello S.r.l., e per l'aggiudicazione e per la stipula del contratto in favore della ricorrente società Del Seta di Del Seta Danilo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acque S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 7 giugno 2012 e depositato in pari data, la Del Seta di Del Seta Danilo e C. S.a.s. (di seguito, Del Seta S.a.s.) – premesso di aver partecipato alla gara indetta da Acque S.p.a., gestore unico del servizio idrico integrato per i Comuni compresi nell'A.T.O. n. 2 "Basso Valdarno", per l'affidamento del servizio di pulizia delle fognature e degli impianti di depurazione e di trasporto dei rifiuti liquidi speciali nella zona "Pontedera" – proponeva impugnazione avverso gli atti e provvedimenti in epigrafe, mediante i quali il servizio predetto era stato aggiudicato alla Ginesi Raffaello S.r.l. La società ricorrente, classificatasi al secondo posto della graduatoria definitiva, affidava le proprie doglianze a un unico, articolato motivo in diritto, e concludeva per l'annullamento, previa sospensiva, degli atti impugnati, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto intercorso fra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria ed, ancora, per la condanna di Acque S.p.a. al risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente, e all'adozione di tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio.

Costituitasi in giudizio Acque S.p.a., che resisteva al gravame, e nella contumacia della controinteressata, con ordinanza del 27 giugno 2012 il collegio accordava la misura cautelare richiesta.

Nel merito, la causa veniva discussa nella pubblica udienza del 21 novembre 2012, preceduta dal deposito di documenti, memorie difensive e repliche, per essere decisa come da dispositivo nella camera di consiglio riconvocata il 5 dicembre successivo.

DIRITTO

La ricorrente Del Seta S.a.s., seconda nella graduatoria approvata all'esito della procedura indetta da Acque S.p.a. per l'affidamento del servizio di pulizia delle fognature e degli impianti di depurazione e di trasporto dei rifiuti liquidi speciali nella zona "Pontedera", impugna l'aggiudicazione definitiva disposta dalla stazione appaltante in favore della prima classificata Ginesi Raffaello S.r.l., previa verifica di congruità dell'offerta.

In via pregiudiziale, la società resistente eccepisce l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice adito. Acque S.p.a. assume, infatti, di rivestire la natura di "impresa pubblica" non sussumibile fra gli organismi di diritto pubblico, di talché la gara, di importo inferiore alla soglia comunitaria, sarebbe disciplinata non dalla normativa europea, ovvero da quella statale o regionale sull'evidenza pubblica, bensì dal regolamento della stessa stazione appaltante a norma dell'art. 238 co. 7 del D.Lgs. n. 238/2006; essa resterebbe perciò al di fuori del perimetro della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 co. 1 lett. e) c.p.a., ma anche della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, avuto riguardo alla matrice negoziale della *lex specialis*.

L'eccezione è infondata.

Il servizio oggetto dell'affidamento ricade, pacificamente, fra quelli contemplati per il settore speciale dell'acqua dall'art. 209 co. 2 lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006 (smaltimento e trattamento delle acque reflue). Ancorché l'importo del contratto sia inferiore alla soglia comunitaria, ritiene tuttavia il collegio che la giurisdizione del giudice amministrativo possa essere affermata sulla scorta della ricostruzione di sistema offerta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 1 agosto 2011, n. 16: questa infatti, qualificati sia gli appalti sotto soglia, sia quelli nei settori speciali, come "esclusi" (*rectius*: "esenti") dall'applicazione del diritto comunitario, ma non ad esso "estranei", per un verso ha ritenuto ad essi applicabile l'art. 27 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006 cit., in forza del quale l'affidamento dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice dei contratti pubblici avviene comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, vale a dire dei principi posti dai Trattati europei a tutela della concorrenza; e, per l'altro, ha concluso nel senso della sottoposizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, sul rilievo dell'appartenenza alla giurisdizione del G.O. delle sole controversie riguardanti contratti soggetti all'applicazione del diritto privato *tout court*. La medesima decisione sottolinea come, sul piano soggettivo, l'assoggettamento delle imprese pubbliche alle regole comunitarie in materia di tutela della concorrenza sia giustificato, nei settori speciali, dall'esigenza di "fronteggiare – mediante un avvicinamento alle regole contrattuali imposte alle amministrazioni – la naturale chiusura dei mercati causata dalla frequente condizione di monopolio degli esercenti quelle che per l'art. 90 (poi 86) del Trattato CE sono <<imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale>>": vi è in altri termini, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, una vera e propria "sostituzione all'attività amministrativa", dalla quale sorge "la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti, mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale".

Tali esigenze non vengono meno, evidentemente, per il sol fatto che gli affidamenti siano per importi inferiori alla soglia comunitaria, ciò che dà ragione del rinvio ai "principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza" contenuto nell'art. 238 co. 7 D.Lgs. n. 163/2006; rinvio che, sostanzialmente riproducendo la disposizione generale di cui al sopra ricordato art. 27, e comunque a prescindere da questa, plasma in senso pubblicistico la disciplina di gara, attraendo il relativo contenzioso alla giurisdizione del G.A. (se non a quella esclusiva, a quella generale di legittimità).

Ancora in via pregiudiziale, Acque S.p.a. eccepisce l'improcedibilità del gravame per avere la ricorrente Del Seta omissa di impugnare il diniego di autotutela opposto dal responsabile del procedimento in risposta all'informativa ex art. 243-bis D.Lgs. n. 163/2006. L'assenza di prova circa l'avvenuta comunicazione alla società ricorrente della nota R.U.P. in data 12 giugno 2012, recante il diniego di autotutela, rende di per sé infondata l'eccezione, esonerando il collegio dal doversi pronunciare circa la configurabilità di un onere di impugnativa nei confronti delle determinazioni assunte dalle stazioni appaltanti a seguito del preavviso di ricorso giurisdizionale.

Nel merito, il ricorso è fondato per quanto di ragione.

La società Del Seta, con l'unico motivo in diritto, denuncia l'inadeguatezza del giudizio di congruità espresso dalla stazione appaltante sull'offerta della controinteressata Ginesi Raffaello S.r.l., autrice di un ribasso del 34% sull'elenco prezzi posto a base di gara. Acque S.p.a. si sarebbe, infatti, limitata a richiamare le apodittiche quanto lacunose giustificazioni presentate dall'aggiudicataria.

Le censure colgono nel segno, giacché se è vero che, in tema di anomalia dell'offerta, il giudizio favorevole non richiede di regola una motivazione puntuale ed analitica, nella specie il parere di congruità espresso dal responsabile del contratto è corroborato unicamente dal rinvio alle giustificazioni dell'impresa Ginesi e ad una non meglio precisata "ricerca di mercato", della quale non è dato conoscere alcunché. Del resto, le richiamate giustificazioni risultano essere tutt'altro che perspicue, a partire dalle ragioni che legittimerebbero l'impiego nel servizio di professionalità inquadrate nel C.C.N.L. Trasporto Merci, anziché nel C.C.N.L. Igiene Ambientale, tenuto conto della natura dell'appalto e delle prestazioni complessivamente richieste; poco chiare sono altresì le modalità di utilizzo di personale in rapporto di c.d. "co.co.co.", cui dalle buste paga prodotte sembrerebbe peraltro applicata la contrattazione collettiva, così come non sono enucleati i criteri adoperati per la stima del costo degli automezzi (il costo del gasolio, in primo luogo), di modo che i dati forniti al riguardo appaiono indimostrati. Ne discende che la motivazione del parere reso dal responsabile del contratto neppure è validamente integrata *ob relationem*, mentre è da escludersi che le lacune del provvedimento impugnato possano venire colmate attraverso la già menzionata nota del 12 giugno 2012, depositata in atti, a ciò ostando il divieto di integrazione postuma della motivazione, insuperabile a fronte di attività valutativa di carattere tecnico-discrezionale.

Il rilevato vizio motivazionale si traduce in violazione diretta del principio di trasparenza e, con esso, dei principi pro concorrenziali sanciti dall'ordinamento europeo e vincolanti per la società resistente. Ne discende l'annullamento della gravata aggiudicazione, misura che, allo stato e in attesa delle nuove determinazioni di Acque S.p.a., soddisfa integralmente le pretese fatte valere (non vi è luogo, evidentemente, a provvedere sulla sorte del contratto, che stazione appaltante e aggiudicataria non hanno mai sottoscritto).

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza della sola Acque S.p.a., sussistendo giusti motivi di compensazione nei rapporti fra la ricorrente e la controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna la società resistente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nelle camere di consiglio dei giorni 21 novembre 2012, 5 dicembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2013

IL SEGRETARIO

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