

N. 00328/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00853/2010 REG.RIC.
N. 00049/2011 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

I) sul ricorso numero di registro generale 853 del 2010, proposto da Anconambiente S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Mancinelli, con domicilio eletto presso l'Avv. Valeria Mancinelli, in Ancona, piazza Cavour, 2;

contro

- Consorzio Intercomunale Conero Ambiente, rappresentato e difeso come sopra;
- Comune di Chiaravalle, Comune di Monte San Vito, Comune di Camerano, Comune di Montemarciano, non costituiti;

nei confronti di

Comune di Chiaravalle, Comune di Monte San Vito, Comune di Camerano, Comune di Montemarciano, non costituiti;

II) sul ricorso numero di registro generale 49 del 2011, proposto da:
Anconambiente S.p.A., rappresentata e difesa come sopra;

contro

Consorzio Intercomunale Conero Ambiente, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Musenga, Davide Angelucci, con domicilio eletto presso Avv. Francesca Cappanera in Ancona, via Piave, 5; Comune di Chiaravalle, Comune di Monte San Vito, Comune di Camerano, Comune di Montemarciano;

nei confronti di

- C.N.S. - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop Arl, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Paviotti, Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. Marche in Ancona, via della Loggia, 24;
- Impresa Sangalli e C. Srl, non costituita;

per l'annullamento, previa sospensione,

quanto al ricorso n. 853 del 2010:

- della delibera del Consiglio di Amministrazione del Consorzio Conero Ambiente n. 19 assunta nella seduta del 15 luglio 2010 con la quale è stata deliberata la gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana nei Comuni di Camerano, Chiaravalle, Montemarciano e Monte San Vito, nei modi, tempi, termini e condizioni previste dal bando, disciplinare e capitolato speciale approvati con detta deliberazione;

per quanto occorrer possa, della deliberazione del Consiglio di

Amministrazione del Consorzio Conero Ambiente n.20 assunta nella seduta del 20 agosto 2010 con la quale è stato modificato in parte il bando, il disciplinare ed il capitolato speciale di gara;

- della delibera della Assemblea del Consorzio Conero Ambiente n.6 del 25 /11/2009, ad oggi non conosciuta nel suo effettivo ed integrale contenuto, ma citata nelle premesse della delibera C.di A. n. 19 del 15/7/2010, citazione dalla quale si ricava che con detta delibera assembleare sarebbe stata assunta la decisione, se pur generica, di procedere a gara per gli affidamenti in questione; e con espressa riserva di motivi aggiunti avverso detta delibera quando copia della medesima sarà rilasciata dal Consorzio essendo ad oggi inevasa la richiesta formulata dalla ricorrente "con urgenza" il 20 settembre 2010 e reiterata con sollecito specifico il 30 settembre;

quanto al ricorso n. 49 del 2011:

- della deliberazione del Consiglio di Amministrazione del Consorzio Conero Ambiente n. 28 del 3 dicembre 2010 con la quale il Consorzio ha:

a) asseritamente escluso la offerta della ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di Igiene Urbana nei Comuni di Camerano, Chiaravalle, Montemarciano e Monte San Vito;

b) se pur implicitamente, approvato le risultanze del procedimento selettivo come risultanti dai verbali della Commissione di gara, della Commissione giudicatrice e dalla relazione del Responsabile del procedimento citata nella -medesima deliberazione come parte

integrante della stessa;

-c) aggiudicato definitivamente l'affidamento del servizio al CNS soc. coop a.r.l.

nonchè, per quanto occorrer possa:

a) delle decisioni assunte dalla Commissione giudicatrice con il verbale n. 5 relative sia alla esclusione della ricorrente, sia alle ulteriori determinazioni inerenti la graduatoria finale e la aggiudicazione provvisoria al CNS scarl ;

b) delle decisioni assunte dalla Commissione di gara con il Verbale n. 2 relative sia alla esclusione della ricorrente sia alle ulteriori e conseguenti determinazioni circa la graduatoria finale e la aggiudicazione provvisoria al CNS scarl;

c) delle decisioni, se ritenute tali, contenute nella Relazione del RUP al C.di A. del 3/12/2010 Prot. 1937/ U /10.

III) sul ricorso incidentale, proposto da C.N.S., rappresentato e difeso come sopra.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Intercomunale Conero Ambiente e di Consorzio Intercomunale Conero Ambiente e di CNS - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop Arl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2011 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato

nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza 29/4/2011, n. 275;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente, il cui capitale sociale è interamente detenuto da enti pubblici, con il ricorso n. 853/2010 ha impugnato la determinazione del Consorzio Conero Ambiente (consorzio obbligatorio ai sensi della L.R. n. 28/1999, attuativa del c.d. decreto Ronchi) di indire la gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani nei Comuni di Camerano, Chiaravalle, Monte San Vito e Montemarciano, facenti parte dell'ambito territoriale di competenza del Consorzio.

Tale decisione (che lede l'interesse della ricorrente a continuare nella gestione del servizio presso i Comuni di Camerano e Chiaravalle) viene censurata sulla base di un unico articolato motivo, con cui, in sostanza, si deduce che:

- la filosofia di fondo della normativa di riferimento (da ultimo, il D.Lgs. n. 152/2006) è quella di superare la frammentazione nella gestione del servizio esistente a livello di A.T.O. o di consorzio, frammentazione dovuta sia al fatto che in passato ciascun Comune aveva la competenza ad affidare il servizio (per cui esistono modalità di erogazione del servizio notevolmente differenti da Comune a Comune), sia alla circostanza che i vari affidamenti (spesso caratterizzati dal sistema dell'in house providing) venivano a

scadenza in tempi diversi;

- nel caso di specie, la scelta del Consorzio di bandire una gara per l'affidamento del servizio per i soli quattro Comuni dell'ambito per i quali sono venuti a scadenza naturale i precedenti contratti contraddice la suddetta filosofia, in quanto perpetua nel tempo la frammentazione della gestione;

- ciò potrebbe essere evitato applicando la disposizione di cui all'art. 204, comma 1, del T.U. n. 152/2006 (la quale dispone che "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 d'ambito"). Fra l'altro, è stata solo l'inerzia del Consorzio ad avere impedito di procedere finalmente all'affidamento unitario del servizio.

Peraltro, la stessa ricorrente ha avuto cura di precisare che, in ogni caso, avrebbe precauzionalmente partecipato alla gara, senza che ciò dovesse essere interpretato come acquiescenza alla decisione del Consorzio che è oggetto del ricorso. In relazione a tale aspetto, Anconambiente ha formulato un'ulteriore doglianza per il caso in cui il Consorzio intimato ritenesse preclusa la sua partecipazione alla procedura in base al disposto dell'art. 23-bis, comma 9, della L. n. 133/2008 (norma che, come è noto, stabilisce precisi divieti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica per i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici).

2. Si è costituito il Consorzio Conero Ambiente, eccependo la tardività del ricorso e chiedendone in ogni caso il rigetto nel merito.

3. Con il ricorso n. 49/2011, Anconambiente ha invece impugnato la propria esclusione dalla gara e l'affidamento del servizio al controinteressato C.N.S.

L'esclusione è stata dovuta a tre ragioni, esplicitate dalla commissione giudicatrice (verbale n. 5 del 22/11/2010) e dalla commissione di gara (verbale n. 2 del 3/12/2010):

- previsione di una modalità organizzativa del servizio che costituisce variante progettuale e non semplice proposta migliorativa;
- mancata quantificazione economica della variante (il che impedisce di valutarla in termini comparativi con le altre offerte);
- redazione dell'offerta tecnica in modo difforme dalle prescrizioni del disciplinare di gara (in quanto mancante delle tabelle riassuntive per ogni paragrafo, sostituite da un'unica tabella riassuntiva per tutti i servizi offerti).

In relazione a tali profili, la ricorrente espone che:

- il sistema di raccolta proposto, per un verso costituisce variante ammessa dallo stesso capitolato per alcune zone del territorio (in cui non è tecnicamente realizzabile la raccolta differenziata con il sistema "porta a porta"), per altro verso, e in relazione alla restante parte del territorio da servire, costituisce una miglioria ugualmente ammissibile (visto che il contenitore utilizzato - denominato "IGENIO" - offre le medesime garanzie richieste dal CSA);

- l'eventuale violazione delle altre due prescrizioni non poteva portare in ogni caso all'esclusione, non comminando il bando di gara l'esclusione per il caso di non conformità dell'offerta a tali prescrizioni. In relazione al primo profilo, poi, il costo della variante non è stato quantificato in quanto si tratta di variante "a costo zero". Anche nel ricorso n. 49/2011 Anconambiente propone due ulteriori censure relative a motivi di inammissibilità dell'offerta che, seppure menzionati nei verbali di gara impugnati, non sono stati formalmente posti a base dell'esclusione (si tratta della violazione del divieto di partecipazione di cui all'art. 23-bis, comma 9, L. n. 133/2008 e dell'irregolarità di una delle referenze bancarie prodotte a corredo dell'offerta).

4. In questo secondo giudizio, oltre al Consorzio Conero Ambiente, si è costituito C.N.S., il quale, oltre a resistere al ricorso principale, ha anche proposto ricorso incidentale, evidenziando che Anconambiente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in applicazione dell'art. 23-bis, comma 9, della L. n. 133/2008 (essendo la ricorrente principale ancora affidataria diretta di servizi analoghi presso altri Comuni dello stesso ambito), nonché per avere falsamente attestato di non trovarsi in una situazione ostativa alla partecipazione, sempre ai sensi del citato art. 23-bis.

Il Consorzio Conero Ambiente ha invece eccepito l'inammissibilità del ricorso n. 49/2011 ai sensi dell'art. 120, comma 7, cod. proc. amm. (norma che imporrebbe l'impugnazione degli atti successivi

inerenti le procedure ad evidenza pubblica solo con lo strumento dei motivi aggiunti) e la conseguente improcedibilità del ricorso n. 853/2010 (visto che nell'ambito di tale giudizio non è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva).

Ha inoltre eccepito che la ricorrente non ha fornito elementi idonei a consentire una prognosi circa l'esito favorevole della c.d. prova di resistenza.

5. Alla pubblica udienza del 21 aprile 2011 entrambi i ricorsi sono stati chiamati per la decisione di merito.

DIRITTO

1. I ricorsi in epigrafe, da riunire per evidente connessione oggettiva e, in parte, soggettiva, ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm., vanno respinti, dal che discende la declaratoria di inammissibilità - per carenza di interesse- del ricorso incidentale proposto da C.N.S. nel secondo giudizio.

Ciò esonera il Collegio dall'esame delle numerose eccezioni preliminari formulate in entrambi i giudizi dalle parti resistenti.

2. Iniziando dal primo ricorso, lo stesso va respinto, in quanto:

- seppure si possono condividere le asserzioni di Anconambiente circa lo stato dell'arte in materia di affidamento della gestione unitaria del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (ossia la perdurante mancata attuazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 22/1997 e di quelle, attualmente vigenti, del T.U. n. 152/2006), non sono invece condivisibili le conseguenze

che la ricorrente pretende di trarre da tale situazione;

- in effetti, quali che siano le ragioni che hanno impedito sino ad oggi al Consorzio Conero Ambiente di bandire finalmente la gara unica, la normativa sugli appalti pubblici impone che, alla scadenza dei contratti (e salvo proroghe temporalmente limitate), l'amministrazione aggiudicatrice deve porre nuovamente a gara il servizio;

- e, come ritiene la giurisprudenza prevalente (per tutte, TAR Bari, I, n. 1525/2009; TAR, Napoli, I, n. 7229/2007), l'art. 204, comma 1, del D.Lgs. n. 152/2006 non ha previsto una proroga generalizzata e temporalmente illimitata degli affidamenti in corso (in attesa dell'indizione della gara unica a livello di A.T.O.), dovendosi la norma interpretare nel senso esattamente contrario, e cioè nel senso che le precedenti gestioni cessano in anticipo rispetto alla scadenza naturale dei contratti laddove le autorità d'ambito riescano nel frattempo a bandire le gare uniche e ad affidare il servizio unitario. Ma se prima dell'indizione della gara unica uno o più contratti vengono a scadenza naturale, i relativi servizi debbono nuovamente essere messi a gara, in base ai principi generali del diritto degli appalti pubblici.

L'altro motivo di ricorso, essendo diretto a censurare una mera "possibilità di atto" (ossia un atto di esclusione mai adottato dal Consorzio Conero Ambiente per la violazione del divieto di partecipazione di cui all'art. 23-bis, comma 9, L. n. 133/2008), è

inammissibile.

In conclusione, il ricorso n. 853/2010 va respinto.

3. Analoga sorte merita il ricorso n. 49/2011.

Con riguardo a tale gravame, va preliminarmente osservato che l'esclusione è illegittima con riferimento a due dei profili per i quali il provvedimento espulsivo è stato adottato. In effetti, sia per quanto riguarda la mancata indicazione del costo del sistema di raccolta proposto, sia per ciò che concerne la mancanza di tabelle riepilogative riassuntive dei vari servizi offerti alla fine di ogni paragrafo del progetto tecnico, si tratta di vizi che non potevano portare all'esclusione, visto che:

- in relazione al primo profilo, la ricorrente ha chiarito che la mancata indicazione del corrispettivo economico della variante proposta dipende dal fatto che tale variante si intende a "costo zero" (visto che si tratta dell'ordinaria modalità di esecuzione del servizio previsto da Anconambiente);
- in relazione al secondo profilo, la prescrizione riportata a pagina 22 del disciplinare di gara non reca l'espressa comminatoria dell'esclusione per il caso in cui le offerte tecniche non contengano tabelle riassuntive per ciascun paragrafo. In ogni caso, la ricorrente deduce la manifesta sproporzionalità della clausola, per cui, al limite sotto questo profilo, il ricorso è in parte qua fondato (ritenendo il Collegio che la comminatoria dell'esclusione per una tale violazione delle lex specialis è illegittima per contrasto con il principio di

proporzionalità, anche alla luce delle finalità della clausola in esame).

Si deve poi rilevare l'inammissibilità del terzo e del quarto motivo di ricorso, in quanto anch'essi diretti a censurare una mera "possibilità di provvedimento", visto che l'esclusione non è stata decretata per le ragioni che sono menzionate nei motivi in esame.

L'ultimo motivo di ricorso è invece infondato, in quanto, come esposto al precedente punto 3., l'esclusione è stata decretata dalla commissione di gara (organo tecnico-amministrativo) in recepimento della pedissequa decisione della commissione giudicatrice (organo incaricato di valutare le offerte tecniche) e avallata dal Consiglio di Amministrazione del Consorzio Conero Ambiente in sede di approvazione degli atti di gara. Pertanto non si comprende il senso della censura formulata a pagina 17 del ricorso n. 49/2011.

4. L'esclusione si appalesa invece legittima per quanto riguarda il terzo profilo controverso, che è poi quello centrale.

Al riguardo, anche dalla discussione orale, è emerso che:

- il capitolato d'appalto (artt. 41 e 42) definisce la metodologia del servizio richiesto all'appaltatore, il quale prevede il sistema di raccolta "porta a porta" in delimitate porzioni del territorio dei Comuni interessati alla gara e la raccolta stradale o di prossimità nella restante parte del territorio. L'art. 40 vieta espressamente varianti metodologiche rispetto ai requisiti minimi previsti dallo stesso C.S.A., mentre consente varianti migliorative e/o integrative (quali ad esempio servizi aggiuntivi, incremento della frequenza della

raccolta differenziata o delle aree servite con il “porta a porta”). La raccolta “porta a porta” viene definita come un servizio che prevede la dotazione per ogni numero civico o ogni utenza di un contenitore dedicato alla raccolta delle singole frazioni merceologiche dei rifiuti. La raccolta “stradale o di prossimità” viene invece definita come servizio che implica la distribuzione sul territorio di un adeguato numero di contenitori nei quali l’utenza conferisce le diverse frazioni di rifiuto (in particolare, la raccolta di prossimità presuppone una capillarizzazione dei contenitori installati sul territorio analoga a quella dei contenitori dedicati alla raccolta del rifiuto indifferenziato residuo);

- la ditta ricorrente propone un sistema di raccolta differenziata che non coincide né con il sistema “porta a porta” tradizionale, né con la c.d. raccolta di prossimità. Esso consiste nella collocazione, in giorni ed orari prestabiliti ed in precise zone del territorio, di un contenitore multivasca scarrabile (denominato IGENIO) presso cui gli utenti della zona debbono conferire le varie frazioni di rifiuti;

- come correttamente evidenziato da C.N.S. nella memoria di costituzione del 24/1/2011, tale sistema per alcuni versi è analogo a quelli previsti dal CSA, per altro verso se ne differenzia in modo rilevante (vedasi pagg. 5 e 6 della citata memoria). In particolare, ciò che rende il sistema difforme dal CSA è il fatto che i contenitori IGENIO non sono presenti in maniera fissa e continuativa - come il capitolato impone sia per il “porta a porta” che per la raccolta di

prossimità – ma solo nei giorni e negli orari prestabiliti;

- questo, seppure IGENIO rappresenta un sistema avanzato o comunque tecnicamente valido (ed in effetti esso è da tempo utilizzato nella città di Ancona), non è consentito dal capitolato predisposto dal Consorzio Conero Ambiente, il quale, per ragioni afferenti la c.d. discrezionalità tecnica, ha ritenuto di prevedere modalità organizzative differenti per l'esecuzione del servizio;

- pertanto, avendo la società ricorrente proposto una modalità di esecuzione del servizio del tutto diversa da quelle richieste dalla stazione appaltante, ne consegue la legittimità dell'esclusione.

5. In ragione di quanto precede, i ricorsi in epigrafe vanno riuniti ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm. e respinti. Il ricorso incidentale proposto da C.N.S. va quindi dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Le spese di entrambi i giudizi possono però essere compensate, stante la non manifesta infondatezza delle argomentazioni addotte a sostegno delle due azioni impugnatorie promosse da Anconambiente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima):

- riunisce i ricorsi in epigrafe, ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm.;
- respinge i ricorsi n. 853/2010 e 49/2011 R.G.;
- per l'effetto, dichiara inammissibile per carenza di interesse il

ricorso incidentale proposto da C.N.S.;

- compensa fra le parti le spese di entrambi i giudizi.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Primo Referendario, Estensore

Giovanni Ruiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/05/2011

IL SEGRETARIO

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