



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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 192 del 2011, proposto da:
A.M. Consorzio Sociale, rappresentato e difeso dall'avv. Michele De
Cilla, con domicilio eletto presso Federica Foglietti in L'Aquila, c/o
Ofetal Nucleo Industrie Bazzano;

contro

Comune di Montorio al Vomano in Persona del Sindaco P.T.,
rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Scarpantoni, con domicilio
eletto presso Eleonora Avv. Gentileschi in Civita Di Bagno (Aq), via
Marsicana N. 53;

nei confronti di

Diodoro Ecologia Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Referza,
con domicilio eletto presso Lucio Avv. Leopardi in L'Aquila, via
Pescara N. 2/4;

per l'annullamento

DELLA NOTA N. 3926 DEL 10.3.2011, COU E' STATA COMUNICATA L'ESCLUSIONE DALLA GRADUATORIA DI GARA E DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DISPOSTO A FAVORE DELLA SOC. DIODORO ECOLOGIA SRL OVE INTERVENUTO E NON NOTI ALLA RICORRENTE IN QUANTO MAI COMUNICATO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Montorio al Vomano in Persona del Sindaco P.T. e di Diodoro Ecologia Srl;

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 25 maggio 2011 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A.M. Consorzio sociale ha impugnato il provvedimento del comune di Montorio, con cui il consorzio medesimo è stato escluso dalla gara indetta nell'ottobre 2010 per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani con il sistema domiciliare (gara

medio tempore aggiudicata, in via provvisoria, all'odierna controinteressata).

La ragione espulsiva consiste nella circostanza (ritenuta ostativa) che il consorzio fosse affidatario diretto del servizio di igiene urbana nel comune di Pineto, così formalizzando il divieto di cui all'articolo 23 bis comma 9 del D.L. 25.6.08 n. 112 (convertito con modificazioni nella L. 6.8.08 n. 133, come modificata dall'art. 15 comma 1 lett. d del D.L. 135/2009).

Secondo il ricorrente, la preclusione di cui sopra si riferirebbe solo a società a partecipazione mista pubblica-privata, senza riguardo per società cooperative sociali, e comunque interesserebbe solo concessioni di servizi pubblici locali e non (come nella specie) meri appalti di servizi. Inoltre si deduce che la prosecuzione gestionale dell'affidamento diretto (ingiustamente ritenuto di ostacolo alla partecipazione dal comune di Montorio) sarebbe stato imposto dal comune di Pineto mediante ordinanza contingibile ed urgente.

E' stata altresì formulata domanda risarcitoria.

Si è costituita in giudizio la società controinteressata (aggiudicataria provvisoria), che ha proposto ricorso incidentale mirato ad evidenziare che l'offerta del ricorrente avrebbe dovuto essere più in radice esclusa per anomalia della sua offerta e per carenza delle necessarie abilitazioni all'espletamento del servizio.

Anche il Comune di Montorio al Vomano si è costituito, controdeducendo sia al ricorso principale che a quello incidentale.

Alla pubblica udienza del 25.5.11 la causa è stata riservata a sentenza. Va preliminarmente respinto il ricorso incidentale proposto dalla società controinteressata.

Quest'ultima –senza alcun sostegno probatorio-probabilistico- assume in primo luogo che l'offerta della ricorrente sarebbe anomala perché troppo ambiziosa nell'impegnarsi a coprire il 98% del territorio civico; ed invero il Consorzio -proprio in sede di riscontro ad un procedimento di verifica attivato dalla stazione appaltante- ha ben puntualizzato di servirsi di un impiego coordinato di mezzi meccanici di diversa portata con veicoli pesanti destinati al trasporto ed i veicoli leggeri pronti alla raccolta dei rifiuti, così da incrementare senza spese eccessive i livelli del servizio.

La controinteressata sostiene poi che, con le giustificazioni addotte in sede di verifica, il Consorzio avrebbe alterato le componenti originarie dell'offerta così da meritare l'esclusione: quanto sopra con specifico riguardo alla introduzione progettuale ex post di vasche bi-comparto mirate alla raccolta contemporanea di due tipologie di rifiuto, con riduzione dei chilometri complessivi da percorrere nei turni di raccolta. In realtà, come puntualmente controdedotto dal comune, il consorzio non ha proposto l'impiego di mezzi diversi da quelli elencati nel “depliant attrezzature” (esplicativo delle specifiche tecniche dei mezzi), ma si è limitato a chiarire le funzioni operative degli stessi mezzi che si prestano alla raccolta contemporanea di due diverse tipologie di rifiuti. In buona sostanza, trattasi di una mera

funzione di polivalenza funzionale dei mezzi leggeri descritti nella relazione tecnica, idonei ad incrementare l'efficienza del servizio. Appare pertanto legittimamente adottata la determinazione civica di condivisione delle giustificazioni rese dal consorzio nella procedura di verifica.

Parimenti infondata è la censura circa la presunta carenza in capo al ricorrente principale delle necessarie abilitazioni per lo svolgimento del servizio (non bastando –così si assume- l'iscrizione all'albo Gestori Rifiuti per la cat. 1, in mancanza dell'iscrizione alla sottocategoria relativa allo spazzamento meccanizzato).

In contrario va infatti condiviso quanto affermato dal patrocinio civico sul fatto che l'iscrizione per la raccolta ed il trasporto di rifiuti urbani ed assimilati è valida per lo svolgimento dei servizi ricompresi in detta attività, così che il titolare dell'iscrizione nella categoria 1 deve ritenersi abilitato anche allo spazzamento meccanizzato, che rappresenta un segmento operativo del servizio operativo del servizio di igiene urbana. Pertanto, l'iscrizione nella categoria 1 abilita all'esercizio di tutte le attività connesse alla raccolta e trasporto, e quindi anche allo spazzamento, che ne rappresenta una componente operativa.

Una volta respinto il gravame incidentale, va invece affermata l'assorbente fondatezza del ricorso in relazione alla non applicabilità nel caso di specie della normativa invocata dal comune a sostegno dell'impugnata esclusione, normativa (di stretta interpretazione)

riservata a fattispecie concessorie di servizi pubblici locali che qui non ricorrono, vale a dire a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli, che ne sopportano i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto trilaterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore.

Come statuito da questo Tribunale con sentenza 293/11 relativa ad analoga fattispecie (a cui si fa rinvio per ulteriori dettagli), la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 1° aprile 2011, n. 2012), ha esplicitamente escluso che l'art. 23bis, comma 9, d.l. 112/2008, come modificato dall'art. 15 d.l. 135/2009 (norma che preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica: cfr. Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 850) possa trovare applicazione anche nelle gare, come quella in esame, che abbiano ad oggetto un appalto di un servizio, caratterizzato dal connotato bilaterale del rapporto e dall'assenza di benefici diretti in capo all'utenza.

Infatti, anche nella vicenda in vertenza, il rapporto si instaura esclusivamente tra amministrazione appaltante ed appaltatore dei servizi, senza coinvolgere la collettività, tant'è che la remunerazione è interamente a carico dell'amministrazione e non grava sugli utenti; ugualmente il rischio per la gestione del servizio è assunto dalla stazione appaltante e non si riflette sull'appaltatore che è remunerato

a prestazione.

In conclusione, previa reiezione del gravame incidentale, si accoglie il ricorso principale per l'assorbente illustrato motivo, con conseguente annullamento della impugnata esclusione.

Non sussistono invece i presupposti per il riconoscimento di somme a titolo di risarcimento del danno per equivalente, trattandosi di procedura in itinere nella quale il ricorrente potrà trovare tutela in forma specifica mediante la partecipazione alla gara, a prescindere ovviamente dagli esiti della stessa.

Sussistono ragioni per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo (Sezione Prima) Respinge il ricorso incidentale ed accoglie quello principale nei sensi di cui in motivazione.

Respinge l'istanza risarcitorio per equivalente.

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

Alberto Tramaglino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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