



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1798 del 2011, proposto da:
Societa' De Vizia Transfer S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.
Alfredo Contieri, Gennaro Macri', con domicilio eletto presso
Napolitano Salvatore De Cilla Michele in Roma, via Zara, 16;

contro

Consorzio di Bacino di Rifiuti dell'Astigiano, rappresentato e difeso
dagli avv. Carlo Merani, Stefano Gattamelata, con domicilio eletto
presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

nei confronti di

Asti Servizi Pubblici Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Mario
Sanino, Simona Rostagno, con domicilio eletto presso Mario Sanino
in Roma, viale Parioli, 180;

Sea - Soluzione Ecologica Ambientali Srl, Stirano Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 04214/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI RACCOLTA E TRASPORTO RIFIUTI SOLIDI URBANI E SERVIZI ACCESSORI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Bacino di Rifiuti dell'Astigiano e di Asti Servizi Pubblici Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2011 il Cons. Roberto Chieppa e uditi per le parti gli avvocati Villani, per delega dell'Avv. Macri, Gattamelata e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 4214/2010 il Tar per il Piemonte ha respinto il ricorso proposto dalla De Vizia Transfer s.p.a. avverso la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 18/09 del 25.11.2009 in favore della Asti Servizi Pubblici s.p.a. (AST) della gara d'appalto, indetta dal Consorzio di bacino dei rifiuti dell'Astigiano per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani, rifiuti urbani assimilati e dell'igiene del suolo, fornitura e distribuzione attrezzature, contenitori, materiale d'uso da impiegarsi

per la raccolta dei rifiuti e servizi accessori per il Comuni appartenenti alle Unioni di Comuni “Alto Astigiano”, “Colline Alfieri”, “Pianalto Astigiano”, “Val Rilate”, “Val Triversa” e “Unione Versa Astigiano”.

La De Vizia Transfer s.p.a. ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Il Consorzio di bacino dei rifiuti dell’Astigiano e la Asti Servizi Pubblici s.p.a. si sono costituiti in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

All’odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L’oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione da parte dell’odierna appellante, terza classificata, dell’esito della gara indetta dal Consorzio di bacino dei rifiuti dell’Astigiano per l’affidamento del servizio di raccolta e trasporto rifiuti; secondo la ricorrente, le prime due concorrenti si trovavano entrambe nella condizione ostativa per la partecipazione alla procedura di cui al comma 9 dell’art. 23-bis del d.l. 112/2008, norma puntualmente richiamata dalla *lex specialis*.

Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso, rilevando che l’aggiudicataria poteva partecipare alla gara, trattandosi della “prima gara per l’affidamento dello specifico servizio già affidato” e rientrando tale ipotesi nell’eccezione all’esclusione dalla partecipazione delle affidatarie dirette ai sensi del citato art. 23-bis, comma 9.

Infatti, secondo il Tar, la circostanza che il servizio di cui la prima classificata era già affidataria diretta in taluni Comuni sia stato, all'atto della "prima" gara successiva alla cessazione dell'affidamento diretto, accorpato per legge ad altri non fa perdere la caratteristica di essere appunto l'unica "via di transito" verso il mercato per l'affidatario diretto.

L'appellante contesta tale statuizione, deducendo che il servizio affidato con gara non è lo stesso di quello oggetto dell'affidamento diretto e che, comunque, l'aggiudicataria è affidataria diretta anche di ulteriori servizi, con conseguente inammissibilità della sua partecipazione alla procedura.

Entrambi i profili della censura sono privi di fondamento.

La gara in questione è stata indetta il 29 maggio 2009 e aggiudicata il 25 novembre 2009.

Al momento dell'indizione, l'art. 23-bis, comma 9, del d.l. n. 112/08, richiamato dal bando, prevedeva che "i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive ... non possono 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".

Non è in discussione che l'aggiudicataria avesse affidamenti diretti (secondo la prospettazione delle parti resistenti, anche l'appellante

ricadrebbe in tale situazione).

Lo stesso comma 9 del citato art. 23-bis ha previsto una eccezione al divieto di partecipazione, stabilendo che “i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato” (sul punto non sono state apportate modifiche sostanziali dal successivo d.l. 25 settembre 2009 n. 135, entrato in vigore prima dell'aggiudicazione).

Nel caso di specie, si pongono i due seguenti problemi interpretativi:

- a) la deroga al divieto di partecipazione alla gara vale solo per la prima gara bandita dal medesimo soggetto che ha affidato direttamente il servizio o include anche la gara indetta da soggetto diverso se la gestione del servizio è stata accorpata;
- b) per rientrare nella deroga è sufficiente che si tratti della prima gara per l'affidamento del servizio già affidato o devono anche essere cessati le ulteriori eventuali gestioni di servizi oggetto di affidamento diretto.

Con riferimento alla questione sub a), si rileva che l'interpretazione fornita dal Tar è corretta.

Infatti, la gara per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti è stata indetta da un soggetto formalmente diverso rispetto dagli originari affidanti, in quanto la gestione del servizio è stata unificata attraverso la creazione di un Consorzio (di natura obbligatoria); ciò

ha determinato che i “singoli servizi” direttamente affidati nei vari Comuni non potevano più essere messi a gara come tali, perché destinati ad essere accorpati nella gestione con altri Comuni limitrofi, confluiti nel consorzio obbligatorio (l’inclusione nel Consorzio dei comuni che avevano affidato direttamente il servizio alla ricorrente è stata affermata dallo stesso Consorzio e non confutata con idonei elementi probatori dall’appellante).

La gara indetta dal Consorzio costituisce così la prima gara svolta per l’affidamento dello specifico servizio già affidato, a nulla rilevando che l’ambito della gara sia più esteso per effetto dell’accorpamento e che il soggetto che la indice sia diverso (il Consorzio, in luogo dei singoli comuni).

Ogni diversa interpretazione precluderebbe alle società affidatarie dirette di concorrere per il mercato e comporterebbe una irragionevole limitazione di una possibilità, che il legislatore ha inteso invece riconoscere.

3. Più delicata è la questione sub b), risolta dal Tar con un giudizio di irrilevanza degli ulteriori affidamenti diretti.

Tale giudizio deve essere confermato, anche se sulla base di una diversa e più estesa motivazione.

La disciplina dell’affidamento dei servizi pubblici locali ha subito numerosi cambiamenti nel corso degli ultimi anni, culminati, dopo l’abrogazione del citato art. 23-bis per effetto dei referendum dello scorso mese di giugno, con l’entrata in vigore dell’art. 4 del d.l. n.

138/2011, anch'esso più volte modificato.

Per quel che rileva nel presente giudizio, l'originaria disciplina (vigente al momento della indizione della gara), nell'indicare le modalità ordinarie di affidamento del servizio attraverso una procedura ad evidenza pubblica, ha stabilito scadenze anticipate e che "in ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica" (ultima parte dello stesso originario comma 9). La *ratio* era quella di far cessare anticipatamente gli affidamenti diretti, procedere a nuovi affidamenti con gara, vietare agli affidatari diretti di partecipare alle gare con l'eccezione delle prime gare per l'affidamento del servizio loro già affidato (la possibilità di concorrere sull'intero territorio nazionale è stata riconosciuta successivamente e qui non rileva).

In caso di società affidatarie dirette di più servizi, il legislatore non ha imposto la cessazione di tali affidamenti come condizione per partecipare alla "prima gara", ma si è limitato a consentire tale partecipazione a condizione, appunto, che fosse la "prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato".

Deve ritenersi maggiormente coerente con la *ratio* della disciplina all'epoca vigente l'interpretazione, secondo cui la partecipazione alla prima gara per l'affidamento dello stesso servizio già affidato è possibile anche in presenza di altri affidamenti in corso, comunque

destinati a nuove anticipate scadenze.

Una diversa interpretazione condurrebbe a ritenere che le società affidatarie dirette di più servizi non possano partecipare alle nuove gare, anche se gli affidamenti stanno progressivamente scadendo, finché tale condizione non si realizzi per tutti gli affidamenti, rispetto ai quali è anche dubitabile che le società possano unilateralmente sciogliersi dai vincoli contrattuali (solo il vigente art. 4 del d.l. n. 138/11 ha previsto, come condizione per la partecipazione degli affidatari diretti alle nuove gare, che “sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura”).

Deve, quindi, ritenersi che l'aggiudicataria potesse partecipare alla gara, che riguardava l'affidamento del servizio già a lei affidato e che tale partecipazione non fosse preclusa dalla sussistenza di altri affidamenti diretti, destinati comunque a scadere anticipatamente.

Risulta a questo punto irrilevante esaminare la posizione della seconda classificata e anche verificare se l'appellante stessa versava nella medesima situazione dell'aggiudicataria, come sostenuto dalle parti appellate.

4. E' infondata anche l'ulteriore censura, con cui è stato dedotta l'insufficiente motivazione della valutazione di congruità delle offerte presentate dalle prime due classificate.

Come rilevato dal Tar, il motivo è generico ancor prima che

infondato, in quanto non viene evidenziato alcun profilo specifico di incongruità delle offerte.

Infatti, anche in presenza di una motivazione per relazione alle giustificazioni presentate, era compito dell'appellante indicare e fornire elementi di prova circa specifici profili di incongruità delle offerte, ma ciò non è avvenuto.

5. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Tenuto conto della novità della questione, ricorrono i presupposti per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese del giudizio

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2012

IL SEGRETARIO

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