



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 124 del 2011, proposto da:
Lamacart S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluca Sgaravato e Andrea Maria Valorzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Calepina 65;

contro

Comunità della Vallagarina, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Osele, con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via Calepina 65;

Agenzia provinciale per la protezione dell'ambiente della Provincia autonoma di Trento, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Monica Manica e Fernando Spinelli, con domicilio eletto presso l'Avvocatura della P.A.T. in Trento, piazza Dante 15;

nei confronti di

Moser Marino & Figli S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli e Giovanni Ceola, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Cavour 34;

per l'annullamento

- della deliberazione dell'Esecutivo della Comunità della Vallagarina n. 14 dd. 14.04.2011 avente ad oggetto: "Confronto concorrenziale per l'affidamento dell'incarico per lo smaltimento dei rifiuti cartacei per il periodo 01.03.2011 - 31.12.2011. Revoca in autotutela della deliberazione n. 48 di data 24.02.2011 e degli atti conseguenti";
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, in particolare:
 - della nota della Comunità della Vallagarina di data 30.03.2011 prot. 5836/7/1/2 di richiesta di parere all'Agenzia provinciale per la protezione dell'ambiente della Provincia autonoma di Trento;
 - della risposta dell'APPA - Settore Gestione Ambientale con nota di data 11.04.2011 prot. S204/2044;
 - degli atti relativi alla successiva indizione di un nuovo confronto concorrenziale per l'affidamento del contratto per il periodo 16.05.2011 - 31.12.2011, ed in particolare:
 - della deliberazione dell'esecutivo della Comunità Vallagarina n. 21 di data 21.04.2011 di indizione della nuova procedura;
 - del provvedimento di affidamento dell'incarico alla controinteressata nonché del contratto stipulato o stipulando.
 - nonché per il risarcimento del danno in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Comunità della Vallagarina, dell'Agencia provinciale per la protezione dell'ambiente della P.A.T. e di Moser Marino & Figli S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Moser Marino & Figli S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 14.7.2011, n. 60 con cui è stata respinta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, che opera nel settore del recupero della carta da macero, ha partecipato al confronto concorrenziale indetto della Comunità della Vallagarina per l'affidamento dell'incarico di smaltimento dei rifiuti cartacei, per il periodo 01.03.2011 - 31.12.2011.

All'esito della gara l'offerta della ricorrente, che aveva previsto di utilizzare l'area di un diverso soggetto per lo stoccaggio del materiale cartaceo, risultava la migliore.

Tuttavia, l'Agencia provinciale per la protezione dell'ambiente della

Provincia autonoma di Trento, richiesta di un parere sulla corretta interpretazione della disciplina di gara, esprimeva l'avviso che non fosse conforme alla normativa vigente la distinzione tra soggetto affidatario del contratto e soggetto intestatario delle autorizzazioni relative all'area per lo stoccaggio temporaneo dei rifiuti cartacei, previsto dal capitolato speciale.

Sicché il divieto di subappalto, sancito dalla lex specialis di gara, è stato ritenuto ostativo all'aggiudicazione della gara alla ricorrente la quale aveva previsto, nella propria offerta, di utilizzare il centro di raccolta messo a disposizione da un'altra ditta (oltretutto, anch'essa partecipante alla stessa gara).

Seguiva l'annullamento in autotutela dell'intero procedimento e l'indizione di un nuovo confronto concorrenziale per l'affidamento del contratto, per il periodo 16.05.2011 - 31.12.2011, cui tuttavia la ricorrente non ha partecipato.

Da ciò il presente ricorso, col quale si deduce violazione del d.lgs. n. 152/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili.

In particolare, si sostiene che, al di là del *nomen iuris*, il contratto oggetto di confronto concorrenziale non sia d'appalto di servizi ma di vendita di carta da macero, in quanto l'affidatario è tenuto esclusivamente a ricevere e pesare il materiale e, quindi, a pagare il corrispettivo al Comprensorio. A nulla rileverebbe, perciò, il divieto di subappalto, incompatibile con lo schema negoziale della compravendita. Inoltre l'attività di commercio di rifiuti senza

detenzione contempla l'obbligo di compilazione di formulari e di registri di carico e scarico, ragion per cui sarebbe erronea l'affermazione – nel parere dell'APPA – che “tali documenti non possono che essere intestati al soggetto autorizzato alla gestione dell'impianto”.

La Comunità della Vallagarina, costituita in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, sia per mancata tempestiva impugnazione della *lex specialis*, sia perché la ricorrente non ha partecipato alla seconda gara, indetta dopo l'esercizio dell'autotutela sulla prima gara.

Nel merito ha contestato la fondatezza del gravame chiedendo che sia rigettato.

Si è costituita in giudizio anche l'Agenzia provinciale per la protezione dell'ambiente della Provincia autonoma di Trento, controdeducendo al ricorso e concludendo per la sua reiezione.

La società controinteressata, aggiudicataria della seconda gara, si è pure costituita in giudizio contestando la fondatezza del ricorso e proponendo, altresì, ricorso incidentale con cui ha sostenuto che la ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa dalla prima gara:

- a) in quanto la documentazione da essa presentata era incompleta;
- b) ai sensi dell'art. 2359 c.c., per l'esistenza di un collegamento sostanziale con altra ditta concorrente che si era impegnata a metterle a disposizione l'area di raccolta del materia cartaceo.

Passando al giudizio del Collegio, va anzitutto disattesa l'eccezione di

inammissibilità del ricorso.

La ricorrente, in qualità di aggiudicataria virtuale della gara rimossa in autotutela dalla Comunità della Vallagarina, ha indubbiamente legittimazione ed interesse ad impugnare il provvedimento di autoannullamento dell'indizione della gara e di tutti gli atti del procedimento concorsuale.

Né la relativa impugnazione è priva di interesse, perché non sarebbe stata tempestivamente impugnata la clausola della *lex specialis* che vietava il subappalto: infatti, il ricorso si basa su una diversa interpretazione della *lex specialis* stessa che esclude rilevanza a tale clausola, negandosi in radice la configurabilità dell'appalto di servizi (e quindi, anche, del subappalto).

Relativamente, poi, all'impugnazione degli atti di riedizione della gara e dell'aggiudicazione alla controinteressata, la ricorrente è titolare di legittimazione e di interesse, in quanto dall'annullamento giurisdizionale dell'impugnato atto con cui è stato travolto l'iniziale procedimento, deriverebbe conseguenzialmente l'illegittimità della rinnovazione della gara.

Nel merito, peraltro, il ricorso è infondato.

Invero, l'intero apparato argomentativo che sorregge il gravame è incentrato sulla contestata qualificazione del contratto, per la conclusione del quale è stata indetto il controverso procedimento concorsuale.

Secondo la parte ricorrente, non si tratterebbe di un contratto di

appalto, ma di un semplice contratto di compravendita di carta, per la quale l'aggiudicataria dovrebbe soltanto pagare un corrispettivo, senza mettere in atto alcuna organizzazione e senza prestare alcun servizio a favore dell'Amministrazione, sicché il divieto di subappalto che costituisce causa di revoca dell'originario bando di gara sarebbe inconferente.

Senonché, la tesi della ricorrente non è affatto convincente, in quanto il capitolato speciale (doc. 6 prodotto dalla ricorrente) al punto 1 esige dall'affidatario il “servizio di stoccaggio temporaneo e successivo avvio a recupero dei materiali cartacei derivanti dalla raccolta differenziata congiunta di carta e cartone effettuata dal Comprensorio della Vallagarina per un quantitativo di circa 3.500 ton/anno” ed, al punto 3, stabilisce che “La Ditta appaltatrice dovrà individuare e mettere a disposizione un'area autorizzata allo stoccaggio dei materiali cartacei di cui al punto 1, provvista di pesa idonea e certificata dall'Ufficio Metrico, ed ubicata nel Comune di Rovereto, presso la quale i mezzi adibiti al servizio comprensoriale di raccolta possano conferire il materiale cartaceo. La Ditta appaltatrice dovrà garantire per tutta la durata dell'appalto l'apertura dell'area o stabile da lunedì al sabato compreso”.

L'oggetto del contratto da aggiudicare era, dunque, non una semplice compravendita, ma un più complesso servizio di acquisizione e stoccaggio per il successivo avvio a recupero della carta, con il collaterale onere di gestione delle frazioni di rifiuti estranee (punto 6

del capitolato speciale).

Tuttavia, poiché si tratta di un contratto nel quale la remunerazione del concessionario deriva interamente dalla gestione del servizio ed implica l'assunzione del rischio legato alla gestione del medesimo è configurabile, secondo il Collegio (e secondo quanto rilevato dalla difesa della società controinteressata) una concessione di servizi.

La concessione di servizi è infatti un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ma che si caratterizza per il fatto che la remunerazione degli investimenti compiuti dall'operatore economico privato è costituita dalla gestione funzionale ed economica del servizio erogato (ex art. 3, comma 12, d. lgs. 163/2004; cfr. anche: Corte giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196; Corte giustizia CE, sez. III, 13 novembre 2008, n. 437).

Il divieto di subappalto, pur se configurabile nella fattispecie concreta come divieto di subconcessione, appare quindi ostativo alla pretesa della ricorrente che, non disponendo dell'autorizzazione in proprio alla gestione dell'area di stoccaggio del materiale cartaceo, ha dichiarato di operare presso l'impianto di un diverso soggetto autorizzato (oltretutto, partecipante anche lui alla gara).

In conclusione, per le ragioni che precedono il provvedimento di autotutela e gli atti connessi e consequenziali resistono alle censure dedotte ed il ricorso va quindi respinto.

Va quindi disattesa pure la pretesa risarcitoria in forma specifica, accessoriamente azionata col ricorso.

Non vi è luogo all'esame del ricorso incidentale, stante l'infondatezza di quello principale.

Le spese del giudizio possono essere compensate, tenuto conto dell'affidamento ingenerato nella società ricorrente dall'esito favorevole del procedimento concorsuale, successivamente travolto dall'Amministrazione in autotutela.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta e conseguentemente dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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