



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 324 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ditta Tundo S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso Anteo Massone in Torino, via Sacchi, 24;

contro

Comune di Domodossola, rappresentato e difeso dall'avv. Lorella Zanardelli, con domicilio eletto presso Giulietta Redi in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

nei confronti di

Sicurezza e Ambiente S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Leo, con domicilio eletto presso T.A.R. Piemonte Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

per l'annullamento

della Determinazione reg. gen. n. 89 del 9.2.2012 del Dirigente Area Finanza Risorse Umane e ICT della Città di Domodossola, trasmessa il 10.2.2011, con la quale è stato recepito il verbale di aggiudicazione provvisoria del 1.2.2012 e si è proceduto all'aggiudicazione definitiva, in favore della ditta Sicurezza e Ambiente s.p.a., della gara per l'affidamento del servizio relativo all'attività di ripulitura dell'area interessata da incidenti stradali, per il corretto ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità sulle strade di competenza del Comune di Domodossola con stipula di convenzione per anni due;

del verbale di gara n. 1 del 1.2.2012 e allegato A;

della graduatoria finale;

della nota dirigenziale del 9.2.2012 recante comunicazione dell'esito della procedura di gara;

del bando di Gara per l'affidamento del servizio, nonché del relativo Capitolato d'Oneri;

della nota di riscontro al preavviso di ricorso del 6.2.2012;

di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connessi, ivi comprese, la deliberazione G.C. n. 104 del 10.10.2011 e la determinazione a contrarre A2 n. 661/2011;

per la declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto;

e per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Domodossola e di Sicurezza e Ambiente 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 6 dicembre 2012 il dott. Giovanni Pescatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) La ditta Tundo S.r.l. ha preso parte alla procedura concorsuale indetta dal Comune di Domodossola, con bando pubblicato il 22 dicembre 2011, per l'affidamento del "Servizio relativo all'attività di ripulitura dell'area interessata da incidenti stradali, per il corretto ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità sulle strade di competenza del Comune di Domodossola".

A seguito delle operazioni di gara la società ricorrente è risultata seconda in graduatoria, alle spalle dell'impresa Sicurezza e Ambiente S.p.a..

Con determinazione del dirigente Area Finanza Risorse Umane e ICT, del 9 febbraio 2012, la gara è stata definitivamente aggiudicata in favore dell'odierna controinteressata.

Con ricorso notificato in data 08 marzo 2012 e depositato il 20 marzo 2012, la ditta Tundo S.r.l. ha impugnato gli atti richiamati in epigrafe, denunciando con un unico articolato motivo la violazione degli artt. 34, 37 e 118 d.lgs. 163/2006, per non avere l'aggiudicataria chiaramente indicato, nella propria offerta tecnica, la forma associativa attraverso la quale ha inteso concorrere.

In particolare, nell'offerta della Sicurezza e Ambiente S.p.a. si farebbe riferimento a operatori terzi non qualificati e non raggruppati, ma associati in una forma indefinita, assimilabile al subappalto; non sarebbe stata allegata documentazione attestante il tipo di rapporto esistente tra l'aggiudicataria e i soggetti terzi collaboratori, e non risulterebbe prova scritta della sussistenza in capo a questi ultimi dei requisiti previsti dagli artt. 38 e 39 d.lgs. 163/2006.

2) Con successivo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 09.10.2012, la ditta Tundo S.r.l. ha formulato ulteriori censure inerenti:

a) la mancata prova della data certa in cui il contratto di governance in essere tra Sicurezza e Ambiente S.p.a. e i Centri Logistici Operativi - depositato in corso di giudizio dalla parte resistente - sarebbe stato trasmesso alla stazione appaltante, ai sensi e nei termini prescritti dall'art. 118 codice appalti;

b) la mancanza di riferimenti, nel suddetto contratto, ad una delle due ditte indicate nell'offerta come Centri Logistici Operativi, essendo menzionato nel contratto solo Stefano Dolci, quale legale rappresentante della Ditta CAR S.r.l.;

c) la sottoscrizione del contratto di governance, in data 28.12.2011, da parte di soggetto (il sig. Scognamiglio) privo di poteri di rappresentanza, in quanto nominato presidente del c.d.a. solo in data 30.12.2011;

d) la sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva da parte di soggetto che - al momento dell'inoltro della domanda - non ricopriva più la carica di legale rappresentante.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Domodossola e la Sicurezza e Ambiente S.p.a., contestando gli assunti avversari di cui hanno chiesto l'integrale rigetto.

3) In via preliminare va osservato che la procedura all'origine dei fatti di causa si colloca nell'ambito dell'istituto della "concessione di servizi".

Alla stregua della definizione codicistica - peraltro integralmente mutuata dal pertinente paradigma comunitario -

di cui all'articolo 30 d.lgs. 163/06, e in linea con l'opinione interpretativa ormai consolidata, il criterio distintivo tra concessione di servizi ed appalto deve essere ricercato nel differente destinatario della prestazione e nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio. In tal senso, può parlarsi di concessione se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se (almeno per la parte prevalente) la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio. In coerenza con tale elaborazione, l'art. 30 del d.lgs 163/2006, al secondo comma, stabilisce che "nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio".

Alla stregua del menzionato criterio, va qualificato come concessione di servizi il rapporto per cui è causa, con cui è stato affidato dal Comune ad una società privata il servizio "relativo all'attività di ripulitura dell'area interessata da incidenti stradali, per il corretto ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità sulle strade di competenza del Comune di Domodossola". Sussistono, infatti, entrambi i requisiti contenutistici tipici di tale fattispecie: il servizio di ripristino delle aree è reso alla collettività cittadina e il rischio di gestione del servizio ricade sull'aggiudicatario, che non è dunque remunerato dall'Amministrazione, ma si rifà sugli utenti.

4) Sul presupposto della qualificazione così operata, sotto il profilo disciplinare viene in rilievo la previsione di cui al comma 1 dell'art. 30 del Codice, secondo cui "salvo quanto disposto dal presente articolo, le disposizioni del Codice non si applicano alle concessioni di servizi".

Gli artt. 37 e 118, richiamati a supporto delle doglianze svolte in ricorso, non trovano immediata applicazione nel caso di specie, in quanto disposizioni non richiamate dall'art. 30.

Nondimeno, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario (in particolare, la sentenza 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, Telaustria e la sentenza 13 ottobre 2005 in causa C-458/03, Parking Brixen) recepito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (ex multis cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510), se per un verso è innegabile che la disciplina comunitaria della cd. "direttiva settori classici" (e le conseguenti norme nazionali di recepimento) ha tendenzialmente escluso dal proprio ambito applicativo la materia delle concessioni di servizi, è tuttavia pacifico che l'affidamento di tali concessioni deve avvenire nel rispetto dei principi generali del TFUE in tema di procedure ad evidenza pubblica e, segnatamente, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità (principi, peraltro, espressamente richiamati dal comma 3 dell'art. 30, del Codice dei contratti).

E' rimessa quindi all'Amministrazione la scelta di criteri di gara conformi a tali canoni di riferimento. Il Consiglio di Stato ha inoltre chiarito che l'intendimento di politica legislativa sotteso alla stesura dell'art. 17 della "direttiva settori classici" (trasfuso in modo pressoché conforme attraverso il comma 1 dell'art. 30 del Codice degli appalti) depone nel senso che la sottrazione delle concessioni di servizi alle disposizioni del Codice rappresenta la regola, mentre l'applicazione delle medesime disposizioni costituisce un'eccezione da motivare caso per caso (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510).

Questa essendo la corretta impostazione della questione relativa alle regole applicabili alla materia delle concessioni di servizi, il richiamato rapporto di regola ad eccezione deve anche essere assunto quale principio ermeneutico generale volto a risolvere i dubbi disciplinari relativi alle disposizioni applicabili alle singole procedure di gara.

La conformità della procedura di concessione ai principi di trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità va quindi condotta in concreto, in relazione allo specifico *modus operandi* dell'Amministrazione, tenendo presente, peraltro, che in applicazione dell'art. 30 cit., la lesione dell'imparzialità e della trasparenza deve essere accertata in concreto, non essendo sufficiente la mera potenzialità lesiva della condotta sospetta (cfr. Cons. St., sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332; sez. III, 12 luglio 2011, n. 4168; sez. V, 24 marzo 2011, n. 24; sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1255).

5) Orbene, nel caso in esame nessuna concreta violazione di tali principi pare potersi ravvisare, sotto il duplice profilo, evocato dalla parte ricorrente, della chiara individuazione dei soggetti concorrenti e della verifica dei requisiti richiesti dagli artt. 38 e 39 del d.lgs. 163/2006, nonché dei requisiti di idoneità all'esecuzione del servizio. Si osservi, in proposito, che: a) nel capitolato d'oneri allegato al bando di gara si specifica, all'articolo 1, che "la ditta aggiudicataria si impegna a realizzare detto servizio direttamente o tramite ditte controllate, collegate o in rapporto di franchising (di seguito anche Centro operativo). Nel caso di realizzazione tramite ditte controllate, collegate o in rapporto di franchising, le stesse devono possedere i requisiti richiesti dagli artt. 38 e 39 del d.lgs. 163/2006 nonché i requisiti di legge previsti dalla norma per l'effettuazione del servizio"; b) specifiche prescrizioni del capitolato sono dedicate alle modalità operative e alla formazione dei centri operativi (art. 5); c) in relazione ai criteri di aggiudicazione definiti nel bando, tra i sottocriteri di aggiudicazione è contemplata l'organizzazione "delle strutture periferiche deputate agli interventi di ripristino"; d) nel modulo di offerta allegato al bando si richiede l'indicazione delle strutture periferiche deputate agli interventi di ripristino e della formazione del relativo personale operativo.

A fronte di queste prescrizioni risulta che l'aggiudicataria ha indicato nella propria offerta tecnica i Centri Logistici Operativi (C.L.O.) di cui intende avvalersi e ha prodotto in atti la copia del contratto di governance attraverso il quale questi ultimi accettano di entrare e di far parte dell'organizzazione e della rete integrata predisposta per le attività di ripristino post incidente (doc. 23).

Il contratto in esame, in particolare, è stato stipulato da un C.L.O. che opera sui territori (Crevaldossola, Domodossola e Malesco) indicati nell'offerta tecnica e sui quali viene prestato il servizio affidato.

L'offerta formulata dalla aggiudicataria è quindi rispondente alle richiamate prescrizioni della *lex specialis*, in quanto fornisce una compiuta indicazione dei C.L.O., descrive ampiamente l'articolazione della struttura logistica periferica, indica le sedi territoriali e i responsabili operativi e fornisce illustrazione della formazione del personale operativo delle strutture periferiche.

6) Circa la natura del collegamento tra la struttura centrale e le strutture periferiche, dalle indicazioni contenute nell'offerta tecnica si evince l'esistenza di un'unica struttura organizzativa facente capo al soggetto affidatario, all'interno della quale si inseriscono, in forza di appositi vincoli contrattuali, i soggetti collaboratori (C.L.O.), la cui posizione appare del tutto integrata nell'unitaria compagine operativa e pertanto non risulta interpretabile in termini di subappalto (cfr. T.A.R. Abruzzo, sez. I, ord. n. 40 del 23 febbraio 2012; T.A.R. Lecce, sez. III, 01 agosto 2012, n. 1444).

Più precisamente, al fine di assicurare un'efficiente rete di servizi sul territorio nazionale, l'organizzazione in esame si articola in una struttura centrale e una periferica, legate secondo un'unica logica realizzativa e gestionale.

La struttura centrale è costituita, oltre che dalla sede tecnica e legale, dalla Centrale operativa ("call center"), attiva 24 h su 24 h per 365 giorni all'anno, con la funzione di gestire, coordinare, monitorare e vigilare tutti gli interventi operativi per la soluzione delle problematiche di sicurezza stradale e di tutela ambientale.

Sul territorio è stata predisposta una rete di strutture operative periferiche (i Centri logistici operativi), che costituiscono le sedi operative dell'organizzazione, chiamate a intervenire a seguito dell'attivazione e sotto il coordinamento della Centrale operativa, con lo specifico compito di ripristinare direttamente lo stato dei luoghi compromesso dal verificarsi degli incidenti stradali. Ogni struttura operativa è, a sua volta, in possesso dei requisiti soggettivi dell'iscrizione alla CCIA e all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali.

L'organizzazione e le metodologie d'intervento sono coordinate e governate unitariamente, secondo protocolli operativi d'intervento standardizzati e nel rispetto del Codice etico aziendale, dalla struttura centrale, sotto il cui logo e con le cui attrezzature operano le suddette strutture periferiche.

Il collegamento tra le articolazioni centrali e periferiche della rete operativa è garantito da ispettori di rete che vigilano sulla corretta adozione e attuazione dei protocolli operativi aziendali da parte dei C.L.O., monitorandone costantemente l'operatività.

Orbene, anche a voler intendere la nozione di subappalto secondo un criterio di tipo sostanziale – invalso nella materia dei contratti pubblici – in forza del quale rientrerebbe nella fattispecie in esame “ogni ipotesi in cui l'appaltatore non esegue le prestazioni con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti terzi, giuridicamente ed economicamente distinti” (Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518), resta da rilevare che connotato indefettibile del subappalto è che venga demandata ad un soggetto terzo, giuridicamente ed economicamente distinto dall'appaltatore, l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio appaltato, con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore. Se questa autonomia manca, e il soggetto opera come mero esecutore materiale in favore dell'appaltatore, il subappalto non può configurarsi.

Nel caso in esame, i C.L.O. operano sotto il controllo e il coordinamento della Centrale Operativa, e utilizzano mezzi, attrezzature e know-how di Sicurezza e Ambiente S.p.a.. Pertanto manca in capo agli stessi qualsiasi profilo di autonomia ed autorganizzazione idoneo a inquadrare il rapporto nello schema del subappalto. Il riferimento normativo all'art. 118 d.lgs 163/06 appare pertanto improprio.

7) Resta da valutare la legittimità dell'offerta e dei criteri di gara alla stregua dei principi generali fatti salvi dall'art. 30 del codice degli appalti.

In proposito si ritiene che, prospettando la soluzione organizzativa poc'anzi descritta, l'aggiudicataria abbia dato applicazione ad una precisa clausola di disciplinare, in sé stessa non manifestamente irrazionale, in quanto intesa a garantire sia la specifica individuazione e formazione dei soggetti indicati come collaboratori dell'aggiudicatario; sia la stabilità del rapporto di collaborazione, attraverso il richiamo a specifici meccanismi giuridici del collegamento (controllo, collegamento e franchising).

Le regole delineate dalla stazione appaltante apprestano, quindi, un sistema che non pare confliggere con alcuno dei principi richiamati dall'art. 30, potendo garantire la trasparenza e la conoscibilità dei soggetti coinvolti nell'esecuzione del servizio, nonché la sussistenza dei requisiti di legge in capo agli stessi.

Pertanto, ferma restando la non applicabilità dell'art. 118, in quanto disposizione non pertinente al caso (oltre che non richiamata dall'art. 30), si deve concludere che le prescrizioni della legge di gara e la loro concreta attuazione, sotto i profili considerati, si sottraggono a censure di illegittimità per contrasto con i principi di trasparenza, di par condicio e di proporzionalità, pur applicabili alla materia della concessione di servizio in quanto espressivi di principi generali del TFUE.

8) Quanto al profilo di doglianza attinente all'inesistenza della prova certa del rapporto che legherebbe l'aggiudicataria ai Centri Logistici Operativi, lo stesso appare superato dalla produzione documentale relativa al contratto di collaborazione in essere tra le parti (doc. 23).

9) In relazione, poi, alla contestata sussistenza dei requisiti ex artt. 38 e 39 in capo ai soggetti indicati come C.L.O., deve osservarsi che la *lex specialis*, nell'allegato 1 al bando, ammette la dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 - nel caso di realizzazione tramite ditte controllate, collegate o in rapporto di franchising - in ordine al possesso da parte di queste ultime dei requisiti previsti dagli artt. 38 e 39 d.lgs. 163/2006. L'offerta dell'aggiudicataria (doc. 22) risulta rispondente a tali prescrizioni.

Ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 gli stati, qualità personali e fatti possono essere comprovati anche mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione o atto di notorietà, stante la piena equiparazione sul piano normativo, in base all'art. 77 bis del decreto citato, agli effetti probatori, fra certificato e dichiarazione sostitutiva in materia di documentazione dei requisiti di partecipazione a procedure concorsuali per l'affidamento di un appalto.

10) Appaiono infondate anche le ulteriori censure introdotte con il ricorso per motivi aggiunti.

- Quanto alla mancanza di prova della data certa in cui il contratto di governance sarebbe stato trasmesso alla stazione appaltante, ai sensi e nei termini prescritti dall'art. 118 codice appalti, è sufficiente rilevare che la disposizione menzionata non trova applicazione nella fattispecie in esame, né costituisce parametro di riscontro dell'osservanza dei principi essenziali richiamati dal comma 3 dell'art. 30 del Codice dei contratti.

- Anche l'eccepita mancanza di riferimenti, nel suddetto contratto di governance, alla ditta gestita da Tiziano di Pietro, indicata nell'offerta come C.L.O. operante in Malesco, non pare pregiudicare la complessiva affidabilità dell'offerta. Invero, il contratto di governance include il territorio di Malesco tra quelli coperti dalla collaborazione della ditta CAR S.r.l., dal che si desume che l'apporto operativo delle strutture periferiche è esteso a tutta l'area assunta in carico dall'aggiudicataria.

- Non conferente appare l'ulteriore censura incentrata sulla sottoscrizione del contratto di governance, in data 28.12.2011, da parte di soggetto privo di poteri di rappresentanza, in quanto nominato presidente del c.d.a. solo in data 30.12.2011.

Al di là delle repliche in fatto svolte dalla parte resistente, centrate sull'asserita (ma non provata) qualità del sig. Scognamiglio di procuratore speciale della società all'epoca dei fatti, viene in rilievo la carenza di legittimazione della ricorrente a formulare l'eccezione di difetto del potere rappresentativo. Invero, secondo costante giurisprudenza, il negozio concluso dal "falsus procurator" o da chi abbia superato i limiti delle facoltà conferitegli dal dominus, non è nullo ma privo di efficacia, e tale inefficacia non è rilevabile d'ufficio ma solo su eccezione di parte, a sollevare la quale è legittimato solo lo pseudo rappresentato (cfr. Cass. Civ., sez. III, 26 febbraio 2004 n. 3872; sez. II, 07 febbraio 2008, n. 2860 e 17 giugno 2010 n. 14618).

Sotto diverso profilo, il negozio in questione può intendersi ratificato dalla società resistente a seguito delle sue stesse allegazioni in giudizio, in quanto la ratifica del negozio concluso dal "falsus procurator" può desumersi anche da "facta concludentia", sempre che nel caso di negozio concluso in nome di una società (di una persona giuridica) il comportamento dal quale possa inferirsi l'esistenza della ratifica provenga dall'organo istituzionalmente competente a provvedere su di essa e tale comportamento risulti da atto scritto quando per il negozio da ratificare richieda la forma scritta (cfr. Cass. Civ., sez. III, 12 dicembre 2005, n. 27335).

- L'ulteriore censura inerente la sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva da parte di soggetto che - al momento dell'inoltro della domanda - non ricopriva più la carica di legale rappresentante - appare superabile attraverso la disamina dei documenti.

Da questi risulta che la dichiarazione sostitutiva è stata sottoscritta il 29.12.2011 da soggetto ancora nel pieno delle sue funzioni di legale rappresentante. Pertanto, non assume rilevanza il fatto che - al momento dell'inoltro della domanda - il legale rappresentante, sottoscrittore della dichiarazione, fosse cessato dalla carica.

Sulla base delle sovraesposte considerazioni, il ricorso va respinto.

In ragione della peculiarità delle questioni trattate, per la cui risoluzione si è resa necessaria in corso di giudizio l'acquisizione d'ufficio di documentazione inizialmente non versata in atti, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Giovanni Pescatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2012

IL SEGRETARIO

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