

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3903/09 REG.DEC.

N. 10266 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 10266/2006 proposto da Comunità Montana n.14 “Montifer-
ru”, con sede in Luglieri, presidente, signora Giuseppa Peralta, rappresentata
e difesa dall'avvocato Gianluigi Falchi ed elettivamente domiciliata in Roma
nello studio dello stesso in via Benozzo Gozzoli n. 52;

contro

la società Co.ge.s. Srl, in persona del legale rappresentante, signora Maria
Luigia Fenu, rappresentata e difesa dagli Avvocati Andrea Manzi ed Anto-
nello Rossi, con elezione di domicilio presso il primo in Roma via F. Confa-
lonieri n. 5;

e nei confronti

ditta individuale Firinu Giovanni Maria, rappresentata e difesa dagli avvoca-
ti Federico Palomba, Marco Pisano e Giovanni Ghia ed elettivamente domi-
ciliata in Roma via Giuseppe Ferrari n.35;

per la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, se-
zione I, 31 ottobre 2006 n. 2325;

visto l'appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della ditta Firinu e della soc. Co.ge.s.;

Relatore per la pubblica udienza del 20 marzo 2009 il consigliere Roberto
Capuzzi;

ma

Uditi gli avvocati Desi su delega di Falchi e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

F A T T O

La Co.ge.s. Srl (d'ora in poi Coges), cooperativa operante nel settore dei servizi di igiene umana ed ambientale ed iscritta all'albo nazionale delle imprese esercenti servizi di smaltimento rifiuti (sezione Sardegna), nel dicembre del 2005 ebbe notizia che la XIV Comunità Montana del Montiferru aveva affidato alla ditta Firinu la gestione del servizio di igiene ambientale nei comuni di Sorridile, Bidonè e Nughedu Santa Vittoria, senza il previo esperimento di una procedura di evidenza pubblica.

Avverso tale aggiudicazione la Coges propose ricorso innanzi al TAR Sardegna deducendo le seguenti censure.

- 1) violazione e falsa applicazione dell'articolo 113 del DL.gs. 18 agosto 2000, numero 267; violazione dell'articolo 267 del regio decreto 1175/1931; difetto di istruttoria e carenza di motivazione; sviamento;
- 2) violazione dei principi comunitari in materia di appalti pubblici; violazione e falsa applicazione degli articoli 43 e 49 del Trattato UE; violazione della direttiva 31 marzo 2004, numero 18;
- 3) violazione e falsa applicazione dell'articolo 7 del DL.gs. 17 marzo 1995, numero 157 e dell'articolo 37 del regio decreto 23 marzo 1924, numero 827.

Si costitui' in giudizio la Comunità montana intimata, che eccepì in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sostenendo che la ricorrente non avrebbe avuto alcun concreto ed immediato interesse all'annullamento degli atti gravati.

Si è pure costituita la controinteressata ditta Firinu controdeducendo e chiedendo una pronuncia di rigetto del ricorso.

Successivamente la Coges propose ricorso per motivi aggiunti con i quali estese le censure già dedotte ad ulteriori delibere e determinazioni relative alla procedura impugnata.

Il TAR adito rilevò che l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 come modificato dall'art. 35 della legge 28 dic. 2001 n.448 è esplicito nel prevedere l'obbligo di procedere attraverso lo espletamento di gare ad evidenza pubblica.

La circostanza invocata dalla Comunità Montana, che si è trattato della estensione di un servizio già appaltato ad altre imprese, non era sufficiente a giustificare la mancata edizione di una gara e non rientrava tra le eccezioni previste dallo stesso articolo 113 del d.lgs 267 del 2000 né in quelle indicate dall'art. 7 del d.lgs n.157 del 17 marzo 1995.

Il TAR quindi accolse le censure formulate dalla soc. Coges e conseguentemente annullò la determinazione n.73 del 22. nov. 2005 con la quale venne aggiudicato alla ditta Firinu il servizio per la raccolta dei rifiuti solidi urbani assorbendo le ulteriori censure dedotte.

Avverso la sentenza del primo giudice ha proposto appello la XIV Comunità Montana del Montiferru insistendo nelle eccezioni di irricevibilità, inammissibilità già proposte in primo grado e chiedendo la riforma della sentenza.

Rileva l'ente appellante di essersi trovato nella necessità di assicurare in tempi brevi la realizzazione di un servizio che per la sua particolare natura

tecnica rendeva assai difficile l'inserimento di soggetti terzi rispetto a quelli che già svolgevano l'attività.

Si è costituita in giudizio per resistere all'appello società la Coges ampiamente argomentando e chiedendo il rigetto dell'appello.

Si è costituita la ditta Individuale Firinu Giovanni Maria chiedendo la riforma della sentenza in accoglimento del ricorso in appello presentato dalla amministrazione aggiudicatrice.

La causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza del 20 marzo 2009.

DIRITTO

1. L'appello non merita accoglimento.

2. Il ricorso di primo grado presentato dalla Coges srl verteva sulla legittimità dell'affidamento per cinque anni del servizio di igiene urbana disposto dalla Comunità Montana, odierna appellante, senza il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.

Tale affidamento diretto è stato disposto dalla appellante nel convincimento che "non era possibile bandire una gara d'appalto per l'affidamento, con procedura aperta, del servizio nei suddetti comuni a causa del tempo richiesto" e che pertanto fosse necessario "procedere mediante trattativa privata ai sensi dell'art.7 del d.lvo n.157 del 1995 e successive modificazioni."

2.1. Deve essere in primo luogo respinta la eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti formulata dalla Comunità Montana nei confronti della soc. Coges .

La Coges aveva impugnato l'aggiudicazione del servizio alla ditta Firinu Giovanni Maria senza avere avuto la diretta disponibilità degli atti relativi

all'affidamento, e solo dopo averne preso conoscenza con nota prot. 331 del 2.3.2006 aveva provveduto ad estendere l'impugnativa alla determinazione n.73 del 22.11.2005 del responsabile del servizio tecnico concernente l'affidamento del servizio a trattativa privata nonché, con i secondi motivi aggiunti, agli ulteriori atti conosciuti a seguito della costituzione della medesima stazione appaltante.

L'eccezione di tardività formulata dalla Comunità Montana appare generica in quanto non consente di comprendere sul piano fattuale perché l'impugnativa sarebbe tardiva in quanto proposta oltre il termine decadenziale.

3. Anche l'eccezione di carenza di interesse respinta dal primo giudice e reiterata nell'atto di appello non merita accoglimento.

Sostiene l'odierna appellante che la Coges, non avendo partecipato alla gara di appalto concorso indetto dalla Comunità Montana con delibera n.34 del 22.12.2003, non è ora legittimata ad impugnare la determinazione con la quale è stato affidato in via diretta il servizio per la raccolta dei rifiuti per il comuni di Bidoni, Sorridile e Nugedu, S.Vittoria.

L'eccezione è infondata.

Come messo costantemente in luce dalla giurisprudenza amministrativa, le imprese operanti nell'ambito del servizio aggiudicato hanno un interesse qualificato ad impugnare l'atto con cui l'amministrazione decide di aggiudicare il contratto a trattativa privata (cfr. fra le tante, Cons. Stato IV Sez., 15/2/2003 n°952; V Sez., 19/3/1999 n°292).

La ricorrente ha dimostrato, con la documentazione prodotta in atti, di essere un'impresa che svolge la propria attività nell'ambito del servizio aggiudicato.

cato a trattativa privata dalla Comunità Montana; conseguentemente non può dubitarsi dell'interesse a proporre ricorso avverso tale aggiudicazione.

4. Con una prima, articolata censura la appellante deduce, la violazione dell'art.7 del Decreto Legislativo n.157 del 1995 nonché dell'articolo 113 del DLgs 18 agosto 2000 n. 267.

Il TAR aveva rilevato che la Comunità montana aveva affidato il servizio senza il previo espletamento di una gara ad evidenza pubblica e che, nella fattispecie, non avrebbe potuto trovare applicazione il comma 14 dello stesso articolo 113 che consente l'affidamento diretto in alcuni particolari casi.

Osserva la Sezione che con la determinazione impugnata n. 73 del 22 novembre 2005, il responsabile di servizio Tecnico della Comunità montana:

- considerato che tre comuni avevano dichiarato di voler aderire al "Sistema Montiferru" per l'utilizzo del servizio di igiene urbana, già affidato con precedenti determinazioni alla a.t.i. Aspica per 13 comuni e alla ditta individuale Firinu Giovanni Maria per il comune di Santulussurgiu;

- considerato che dal 1° gennaio 2006, in ottemperanza al d.lgs.vo n. 22/1997, era stabilito il divieto di conferire rifiuti agli impianti in maniera differenziata;

- considerato che non era possibile bandire una gara a causa del tempo richiesto e di dover quindi procedere a trattativa privata ai sensi dell'articolo 7 del d.lgs n. 157 del 1995;

- viste le offerte pervenute dalle due imprese che già gestivano il servizio;

- considerata più vantaggiosa quella della ditta Firinu, determinava di aggiudicare il servizio all'impresa Firinu Giovanni Maria, per l'importo complessivo di €76.117, 05 .

Nell'appello la Comunità Montana sostiene che con tale determinazione si è proceduto alla estensione limitata di un servizio già appaltato con il sistema d'appalto concorso e che comunque il "sistema Montiferru" costituisce un progetto complesso ed articolato in cui è estremamente problematico inserire un diverso ed autonomo sistema di raccolta svolta dai gestori diversi da quelli che attualmente lo gestiscono.

In ogni caso la presenza di strutture ed impianti del servizio quali la rete di "isole ecologiche" e le "piattaforme di messa in riserva" renderebbe applicabile nel caso in esame anche il comma 14 dall'articolo 113 del DLgs 267/2000.

5. Tali argomentazioni non hanno pregio.

La difesa della Comunità Montana sostiene che la determinazione annullata dal TAR Sardegna consentiva di individuare con chiarezza le ragioni che hanno determinato la decisione di ricorrere alla trattativa privata in quanto motivata con la circostanza che non era possibile bandire una gara d'appalto per l'affidamento con procedura aperta "a causa del tempo richiesto".

Rileva la Sezione tuttavia che la stazione appaltante non ha affidato la gara alla ditta Firinu per il tempo necessario per lo espletamento della gara con procedura ad evidenza pubblica bensì per circa cinque anni, e cioè fino alla scadenza del contratto già stipulato con la ditta Firinu.

Ora, se ragionevolmente poteva omettersi la gara per un tempo limitato in relazione alla situazione di emergenza venutasi a creare, era illegittimo escludere la gara per un tempo così lungo in aperto contrasto con i principi della concorrenza e della evidenza pubblica.

6. Ugualmente infondata è l'affermazione dell'appellata secondo cui è problematico inserire nel servizio un gestore diverso da quelli esistenti.

L'appellante ha infatti sostenuto che essendo, il servizio gestito dalla Comunità Montana per i Comuni già facenti parte del sistema Montiferru, di particolare complessità tecnica, non era possibile inserire nella sua gestione ulteriori operatori rispetto a quelli già operanti.

Al riguardo la Sezione rileva quanto segue:

-l'unica motivazione in base alla quale l'appellante ha affidato il servizio alla Ditta Firinu è, come sopra evidenziato, "il tempo richiesto".

-la motivazione in ordine alla particolare complessità tecnica che porterebbe ad escludere la possibilità di inserire nella gestione ulteriori operatori rispetto a quelli già operanti non è presente nel provvedimento impugnato e quindi rappresenta una inammissibile integrazione postuma della motivazione dell'atto amministrativo discrezionale (Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2005 n.2630).

La Comunità richiama il comma 14 dello stesso articolo 113 che consente la trattativa privata nell'ipotesi in cui "le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali".

Secondo la Comunità tale situazione si verifica nel caso di specie, in quanto il servizio è gestito attraverso una rete di "isole ecologiche" e grazie a delle "piattaforme di messa in riserva".

Senonché, come rilevato esattamente dal primo giudice, non è stato chiarito nel provvedimento di aggiudicazione impugnato in che cosa consistano tali strutture; in ogni caso l'appellante afferma che tali "piattaforme di riser-

va” sono di proprietà della stessa stazione appaltante e del Comune di Santolussurgiu per cui la gestione in concessione di tali piattaforme avrebbe potuto essere estesa ad altri soggetti.

Nè è spiegato nel provvedimento perché sarebbe stato impossibile realizzare una ulteriore piattaforma di riserva per la gestione del servizio di raccolta dei rifiuti urbani relativo ai Comuni di Bidoni, Sorridile e Nughedu S. Vittoria da assegnare in concessione al soggetto individuato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica.

Ancora, non meritano accoglimento le argomentazioni della appellante e della controinteressata ditta Fririnu in ordine all'applicazione dell'articolo 7 del d.lgs n. 157/1995, comma 2, lettera d).

In primo luogo si rileva che il richiamo contenuto nell'atto impugnato è generico e tale da non consentire di comprendere a quale tra le diverse ipotesi previste dall'articolo 7 l'amministrazione intendesse riferirsi, e perciò l'individuazione della fattispecie contenuta esclusivamente negli scritti difensivi si configura come una motivazione successiva non ammissibile.

In ogni caso la norma invocata negli scritti difensivi non è applicabile, innanzitutto perché il ricorso alla trattativa privata è consentito solo quando si verifichi una "impellente urgenza determinata da avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice", mentre nel caso di specie non si è verificato alcun evento imprevedibile. Inoltre l'utilizzazione della trattativa privata deve essere limitato alla "misura strettamente necessaria" mentre la determinazione impugnata, come visto, ha affidato il servizio, non per un periodo limitato ma per tutta la durata pluriennale del contratto.

In conclusione l'appello della Comunità Montana non merita accoglimento e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a carico della Comunità Montana ed a favore della Co.ge.s. srl..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale respinge l'appello.

Condanna la appellante Comunità Montana n.14 "Montiferru" al pagamento delle spese di giudizio in favore della società Coge.s Srl che liquida in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio, il giorno 20 marzo 2009 dal

Consiglio di Stato con l'intervento dei signori:

Raffaele Carboni	Presidente
G. Paolo Cirillo	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere
Roberto Capuzzi	Consigliere estensore;

L'ESTENSORE

F.to Roberto Capuzzi

IL PRESIDENTE

F.to Raffaele Carboni

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 16/06/2009

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

P. IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi