

N. 05007/2014REG.PROV.COLL.

N. 07429/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 7429 del 2014, proposto da:

Tradeco Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Ombrone, 12/B;

contro

Consorzio ATO Rifiuti Bacino BA/1, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe De Candia, con domicilio eletto presso l'avv. Enzo Augusto in Roma, viale Mazzini, 73, Sc. B, Int. 2.;
Comune di Spinazzola;

nei confronti di

Impresa Sangalli Giancarlo & C. Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso l'avv. Claudio De Portu in Roma, via Flaminia, 354;
Ecolife Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00812/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di igiene urbana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio ATO Rifiuti Bacino BA/1 e dell'Impresa Sangalli Giancarlo & C. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2014 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Notarnicola, per delega di Loiodice, De Candia e Boifava;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato che, con i provvedimenti impugnati nell'ambito del presente giudizio, il Consorzio ATO BA/1, attuando il meccanismo dell'estensione dell'oggetto contrattuale, previsto dall'art. 6 del capitolato speciale di appalto con cui era stato già affidato il servizio per cui è controversia per i Comuni di Andria e Canosa di Puglia (contratto del 27 giugno 2012), ha affidato all'ATI Sangalli controinteressata, il servizio di igiene urbana per il Comune di Spinazzola, senza lo svolgimento preventivo di alcuna procedura ad evidenza pubblica;

Rilevato, infatti, che con la nota prot. n. 301 del 24 aprile 2013 il Consorzio ATO Rifiuti Bacino BA/1 ha disposto l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana presso il Comune di Spinazzola all'ATI Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. - Ecolife s.r.l., a decorrere dal 1° agosto 2013;

Ritenuto che la disposizione sulla base della quale è stato effettuato il predetto affidamento diretto (art. 6 del capitolato speciale di appalto predetto) costituisce evidentemente una violazione dei principi enunciati agli artt. 2 e 30 del d.lgs. n. 163-2006 e, in particolare, dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, consentendo un affidamento senza gara al di fuori dei casi tipici e tassativamente previsti dalla normativa comunitaria e dalle disposizioni primarie;

Ritenuto che dall'esame del ricorso di primo grado si evince che l'attuale appellante ha dedotto esplicitamente che l'affidamento del servizio in esame è avvenuto senza gara tramite l'estensione di un contratto fra terzi, che non poteva ritenersi giuridicamente possibile alla stregua dei vigenti principi del diritto comunitario;

Ritenuto, pertanto, che l'interesse alla base di tale ricorso non può che essere quello dell'indizione di una gara alla quale l'appellante ha in astratto titolo per potervi partecipare e ritenuto, pertanto, che l'eccezione di difetto di interesse dell'appellante non può trovare accoglimento;

Rilevato che tutta la sequenza procedimentale descritta è stata oggetto di impugnativa in primo grado da parte della società odierna appellante con ricorso introduttivo integrato da motivi aggiunti, ivi compreso l'art. 6 del capitolato speciale di appalto;

Ritenuto, pertanto, che l'eccezione di inammissibilità opposta dalla controparte per tale omessa impugnazione è da ritenersi per tabulas infondata (si veda l'epigrafe del ricorso introduttivo di primo grado, il primo motivo del ricorso di primo grado e i motivi aggiunti);

Ritenuto che, anche conferendo a detto art. 6 del capitolato speciale esclusivamente valore negoziale, quindi esulando la sua valutazione dal presente giudizio per difetto di giurisdizione, risulterebbe comunque illegittimo l'affidamento diretto, sicuramente impugnato, che ha natura inequivocabile di atto amministrativo e che è illegittimo in quanto emesso senza alcuna previa procedura competitiva;

Ritenuto, inoltre, che l'appellante non aveva, invece, l'onere di impugnare anche l'adesione del Comune appellato all'ATO, adesione che non ha nessun legame di presupposizione rispetto all'affidamento diretto contestato in questo giudizio;

Rilevato che detto art. 6 del capitolato speciale di appalto non è stato impugnato dall'attuale appellante nel precedente giudizio avanti al TAR Puglia RG n. 1418-2011, conclusosi con la sentenza TAR Puglia n. 2199-2012, atteso che l'interesse fatto valere in quel giudizio consisteva nel poter partecipare a detta gara, il cui disciplinare era stato impugnato poiché prevedeva, in ipotesi, requisiti di partecipazione irragionevolmente stringenti che non consentivano all'attuale appellante di parteciparvi; l'art. 6 del disciplinare, al contrario, avrebbe avvantaggiato l'attuale appellante dall'esito eventualmente favorevole di quel ricorso;

Ritenuto, pertanto, che l'eccezione di giudicato formulata dalle controparti, derivante da detta sentenza TAR Puglia n. 2199-2012 non può essere accolta, non potendo tale sentenza essersi pronunciata, nemmeno per implicito e per applicazione del principio del dedotto e del deducibile, sulla legittimità di detta clausola che, all'epoca, l'attuale appellante non aveva alcun interesse a contestare;

Ritenuto che le contestate inadempienze contrattuali della ditta Tradeco, che le impedirebbero di poter partecipare ad una futura gara di appalto indetta dal Comune di Spinazzola, non possono comportare un difetto di interesse nel presente giudizio, tenuto conto che tali inadempienze devono essere oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante nell'eventuale gara di futuro svolgimento, con le opportune garanzie procedurali previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163-06;

Ritenuto, pertanto, che delibare ora tale elemento in sede giudiziaria, sia pure ai limitati fini di valutare l'interesse al ricorso, significa anticipare inammissibilmente un giudizio che compete all'Amministrazione, in contrasto con il divieto per il giudice di pronunciarsi in merito a poteri amministrativi, attinenti alla discrezionalità della stessa, non ancora esercitati (artt. 31, comma 3 e 34, comma 2, c.p.a.);

Ritenuta la non condivisibilità della pronuncia di inammissibilità del ricorso di primo grado per l'assenza nello stesso di una domanda di inefficacia del contratto, trattandosi di ipotesi rientrante nella fattispecie normativa di cui all'art. 121 c.p.a. per le violazioni di maggiore gravità (affidamento di un appalto mediante procedura negoziata, tra cui rientra l'ipotesi di affidamento diretto in contestazione, senza previa pubblicazione del bando);

Ritenuto, infatti, che in queste ipotesi, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 121 c.p.a., può essere proposta anche nel giudizio di ottemperanza, intesa quale una delle possibili modalità di attuazione del giudicato ed anche se non vi sia stata alcuna domanda in tal senso nel giudizio di cognizione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4752);

Ritenuto, comunque, che una domanda di subentro, peraltro, sarebbe stata inammissibile non potendo certamente l'attuale appellante, in assenza di una gara, conseguire l'affidamento del servizio in luogo della controinteressata, trattandosi di ipotesi alternativa parimenti illegittima;

Ritenuto, inoltre, che nelle gare pubbliche, la sottoscrizione del contratto, anche in carenza di domanda di dichiarazione di inefficacia, non priva il ricorrente dell'interesse ad ottenere una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'esclusione, anche ai soli fini risarcitori, in base al disposto di cui all'art. 34 comma 3, c.p.a., il che esclude possa pervenirsi ad una dichiarazione di improcedibilità dell'appello (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5642);

Ritenuto, infine, che l'eccezione delle controparti, connesse al mancato superamento della prova di resistenza non è idonea a paralizzare l'azione intrapresa in tale giudizio, atteso che l'obbligo di indire una gara per i servizi affidati illegittimamente in via diretta potrebbe, in astratto, essere neutralizzata da un affidamento in house se ne ricorrono i presupposti, ma tale evenienza non è

suscettibile di dimostrazione da parte del ricorrente, involgendo complessa valutazione di spettanza esclusiva dell'Amministrazione;

Ritenuto, pertanto, che l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento degli atti ivi impugnati per violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163-2006, nonché per violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, su cui si è già detto, restando assorbite tutte le altre censure di primo grado riproposte in appello;

Ritenuto, in particolare, che deve essere annullato l'affidamento diretto in favore del Comune appellato, con conseguente dichiarazione di inefficacia del relativo contratto;

Ritenuto che le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza e devono essere poste a carico solidale di entrambe le controparti;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, annullando gli atti ivi impugnati e dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato con il Comune appellato.

Condanna il Consorzio e l'Impresa Sangalli controinteressata al pagamento delle spese di lite in favore della società appellante, spese che liquida in euro 8000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **08/10/2014**

IL SEGRETARIO

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