



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 5238 del 2015, proposto da: Mar.Edil Srl e Montalto Ambiente Spa, rappresentati e difesi dall'avv. Marco Mariani, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Mariani Menaldi in Roma, via Savoia ,78;

contro

Comune di Montalto di Castro, rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

nei confronti di

Aimeri Ambiente Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Saverio Profeta e Giovanni Todisco, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, n. 04010/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di igiene urbana – Risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montalto di Castro e di Aimeri Ambiente Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe la Pera su delega dell'avv. Marco Mariani, M.S. Masini, su delega dell'avv. Massimiliano Brugnoletti, e Profeta Saverio;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sez. II-bis, con la sentenza 11 marzo 2015, n. 10152, ha dichiarato in parte irricevibile ed in parte inammissibile il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento: della deliberazione di Giunta Comunale n. 143 del 29.05.2014, avente ad oggetto l'appalto pubblico per l'affidamento del servizio di igiene urbana - approvazione proposta progettuale; dell'ordinanza contingibile e urgente del Sindaco di Montalto di Castro n. 12 del 30.5.2014, avente ad oggetto "appalto pubblico per l'affidamento del servizio di igiene urbana – provvedimenti"; della determinazione n. 375 del 16.7.2014 del Responsabile del servizio LL.PP. con la quale è stato determinato di procedere all'affidamento del servizio di RSU e differenziata mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163-2006, di approvare il bando, il disciplinare e la modulistica per la partecipazione; nonché dei provvedimenti n. 574 del 26.9.2014, n. 636 del 27.10.2014, delle note del Sindaco del 26.9.2014 prot. n. 19530 e del 27.10.2014 prot. n. 21757.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- L'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto);
- L'affidamento diretto alla Montalto Ambiente spa del servizio di igiene urbana integrata da espletarsi presso il Comune intimato avrebbe in definitiva concretato una chiara violazione dei principi di trasparenza e concorrenza in materia di affidamento di pubblici contratti e concessioni;
- Le censure avverso l'ordinanza contingibile e urgente sono inammissibili, poiché non si vede quale interesse residui alle ricorrenti -una volta esclusa la fondatezza della loro pretesa all'affidamento diretto del servizio, a censurare le determinazioni di proroga dell'affidamento in essere e le modalità soggettive di tale stessa proroga, con ordinanza del Sindaco anziché con determinazione della Giunta Comunale;
- D'altra parte è evidente che una volta approvata l'esternalizzazione del servizio l'ordinanza del Sindaco altro non rappresenta che lo strumento per assicurare la continuità del servizio;
- In ordine alle impugnative azionate con i motivi aggiunti, rileva anzitutto il Collegio l'irricevibilità per tardività dell'impugnativa di Mar.Edil della determinazione n. 375 del 16.7.2014 in quanto il termine di 30 giorni per detta impugnativa scadeva il 23.10.2014, tenuto conto del periodo di sospensione feriale e della circostanza che almeno il 23.9.2014 tale determinazione era stata conosciuta essendo stata avanzata, lo stesso giorno, dalla predetta società, istanza di relativo annullamento in autotutela, mentre i motivi aggiunti sono stati proposti soltanto il 28.11.2014;
- Né poteva far slittare il termine l'intervenuta sospensione di tale atto, operando essa provvisoriamente solo sul piano dell'esecutività e non su quello della validità dell'atto stesso;

- Comunque le censure sono anche infondate, posto che l'atto di sospensione, ex art. 21-quater della legge n. 241-1990, non è necessariamente strumentale ad un successivo atto di revoca o di annullamento d'ufficio.

L'appellante contestava la sentenza del TAR riproponendo, nella sostanza, i motivi del ricorso di primo grado e chiedendo l'accoglimento del ricorso di primo grado anche in relazione alla domanda risarcitoria.

Si costituiva l'Amministrazione appellata e la parte controinteressata, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 17 dicembre 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che con deliberazione del Consiglio Comunale 28.2.1997, n. 19 il Comune di Montalto di Castro aveva indetto una gara europea a doppio oggetto per la costituzione di una società mista pubblico-privata il cui oggetto è il seguente: “salvaguardare, recuperare, valorizzare e gestire il patrimonio ambientale, nella promozione dello sviluppo sociale ed economico nonché nella realizzazione di opere ed infrastrutture accessorie e connesse, necessarie al corretto svolgimento di tali attività. Più in particolare, ed a titolo esemplificativo e non esaustivo: la realizzazione, il potenziamento e la gestione di impianti di fognatura, di trattamento e riciclaggio delle acque reflue; la promozione, la progettazione, la realizzazione e la gestione di aree di impianti e/o processi industriali, proprio o di terzi, per la bonifica, lo smaltimento, il trattamento e la commercializzazione di rifiuti di origine urbana e/o industriale”.

La gara a doppio oggetto, in quanto concerneva, al contempo la selezione di un socio privato finanziario, per la sottoscrizione del 80% del capitale sociale e l'attribuzione al socio privato di specifici compiti operativi consistenti nella gestione del servizio e nella realizzazione delle opere, veniva aggiudicata all'ATI Ecosesto s.p.a. e MAR.Edil Maremma Edile s.r.l. e, in data 18.12.1997, veniva

quindi stipulato l'atto costitutivo della nuova società denominata Montalto Ambiente s.p.a.

Nel corso dell'anno 2006, la società MAR. Edil s.r.l. rilevava le quote della Ecosesto s.p.a, diventando così il socio privato maggioritario della predetta società. In esito ad una successiva gara il servizio di raccolta e trasporto R.S.U. veniva affidato alla ditta Aimeri/Lanzi per il periodo 1.1.2009-31.12.2011, i documenti di gara prevedevano la possibilità di prorogare il servizio per ulteriori 12 mesi, previa formale manifestazione di interesse da parte sia della stazione appaltante che dell'aggiudicatario.

In data 29.7.2013, le Società appellanti trasmettevano al Comune di Montalto di Castro un atto dichiarativo e ricognitivo servizio di gestione integrata dei rifiuti con il quale insistevano affinché il Comune affidasse alla scadenza della proroga dell'appalto, alla Società Montalto Ambiente la gestione del servizio di igiene integrata, ritenendolo ricompreso nella gara europea del 1997.

2. Passando all'esame dei motivi d'appello, si deve rilevare che il primo motivo d'appello, sostanzialmente ripetitivo del primo motivo di ricorso, è incentrato sull'illegittimità della gara indetta dal Comune di Montalto di Castro per l'individuazione del gestore del servizio di igiene integrata, in luogo di provvedere all'affidamento diretto alla Montalto Ambiente S.p.a.

Il Collegio ritiene che le argomentazioni sul punto del TAR meritino piena condivisione.

Infatti, in via generale, le regole applicative che presiedono all'affidamento diretto di servizi a società miste pubblico-private per le quali via stata, come nella specie, una previa gara cd. a doppio oggetto (per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio) sono state indicate dalla giurisprudenza comunitaria e di questo Consiglio.

In particolare, per ciò che qui interessa, si deve rilevare che la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.

In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset).

La Corte di Giustizia ha, infatti, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.

La chiave di volta del sistema è rappresentato dal fatto che l'oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti, è evidente, sarebbe agevole l'aggiramento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza.

Anche di recente, questa Sezione del Consiglio di Stato (sentenza 2 marzo 2015, n. 992), pur affermando, in quel caso alla stregua dei principi comunitari e della loro interpretazione desumibile dalla giurisprudenza nazionale (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2011, n. 4527), l'affidamento diretto di un servizio a una società mista non è incompatibile con il diritto comunitario, a condizione che la

gara per la scelta del socio privato della società affidataria sia stata espletata nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, ha anche ribadito che i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo (cfr. anche Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456).

Nel caso di specie, è evidente che l'oggetto sociale della gara europea del 1997 era del tutto generico ed onnicomprensivo idoneo a far ricadere, potenzialmente, qualsiasi servizio nel suo perimetro e, per conseguenza, del tutto inadatto a integrare i requisiti per l'affidamento diretto dello specifico servizio oggetto del presente giudizio.

E' evidente, infatti, dalla mera lettura dell'originario Statuto sociale, che l'oggetto della doppia gara non poteva in alcun modo ritenersi ricomprendere il servizio trasporto e gestione di rifiuti, non potendo supplire alla eccessiva genericità del bando le mere indicazioni esemplificative indicate nell'oggetto sociale, nello statuto e nell'atto costitutivo della società mista, nonché nella Convenzione del 21.7.1998.

Pertanto, poiché la gara a doppio oggetto del 1997 era stata indetta con un bando che indicava un oggetto eccessivamente ampio, non delimitabile e, pertanto, non determinabile ai fini della tutela della concorrenza, si devono ritenere carenti le necessarie specificazioni ai fini dell'affidamento del servizio di RSU, chiaramente non suscettibili di integrazione postuma da parte del Consiglio di amministrazione dell'appellante Montalto Ambiente spa, con la modifica del proprio Statuto sociale.

3. Passando all'esame degli ulteriori motivi d'appello, risulta evidente che una volta respinto il primo motivo risultano inammissibili i successivi motivi dedotti con l'atto d'appello, poiché gli appellanti non hanno più, di conseguenza, alcuna

posizione giuridica differenziata a tutelabile a contestare le determinazioni di proroga dell'affidamento in essere e la competenza ad adottare detta proroga; le censure avverso l'ordinanza contingibile e urgente del Sindaco di Montalto di Castro n. 12 del 30.5.2014 sono pertanto inammissibili per carenza di interesse.

Medesima sorte seguono le doglianze concernenti la duplice sospensione della determina n. 375-2014 di indizione della gara per l'affidamento del servizio di RSU, poiché una volta stabilito che le società appellanti non avevano alcun titolo per l'affidamento diretto del servizio per cui è causa, viene meno l'interesse a contestarne la proroga in capo ad altro soggetto, il controinteressato, attualmente titolare del servizio.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere complessivamente respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in favore delle parti appellate costituite in appello in euro 6000,00, oltre accessori di legge, ciascuna.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2016

IL SEGRETARIO

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