



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 Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 220 del 2008, proposto da: Diodoro Ecologia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio De Nardis, con domicilio eletto presso Elena Cipolloni in L'Aquila, viale XXIV Maggio N. 27;

contro

Comune di Castellalto in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Sandro Pelillo, Angelo Raffaele Pelillo, con domicilio eletto presso Danilo Avv. Iannarelli in L'Aquila, via Patini N. 39; Comune di Canzano in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Raffaele Pelillo, Sandro Pelillo, con domicilio eletto presso Danilo Avv. Iannarelli in L'Aquila, via Patini N. 39;

nei confronti di

Te.Am. Teramo Ambiente S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Ettore Paolo Di Zio, con domicilio eletto presso Anna Maria Avv. Ranalli in L'Aquila, via Verdi N. 25 (N.I.); Comune Castellalto - Settore Lavori Pubblici e Servizi Manutentivi;

per l'annullamento

a) del Verbale n. 6 del 13.02.2008 relativo alla gara pubblica con procedura aperta per l'affidamento dei Servizi di Igiene Urbana nel Comune di Castellalto, nella parte in cui la Commissione ha deciso di ammettere la TE.AM. Teramo Ambiente S.p.A., alla fase successiva di gara; b) del Verbale n. 10 del 20.02.2008 recante specificazione dei punteggi di attribuire per valutazione della offerta tecnica ed

economica e la formazione della graduatoria finale; c) della determinazione Dirigenziale n. 132 dell'11.03.2008 – Reg. Gen. n. 337 a firma del Responsabile del Settore Lavori Pubblici e Servizi Manutentivi del Comune di Castellalto; Geom. Luigi Barcaroli, di approvazione degli atti di gara rimessi alla Commissione Giudicatrice nonché della aggiudicazione provvisoria della gara di appalto per il servizio di igiene urbana con affidamento alla TE.AM. S.p.A. di Teramo;

NONCHE'

per l'annullamento di ogni altro atto presupposto e/o connesso, con condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castellalto in Persona del Sindaco P.T.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Canzano in Persona del Sindaco P.T.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Te.Am. Teramo Ambiente S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15/10/2008 il dott. Rolando Specca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Espone l'istante Società che, con delibera n. 260 del 10.10.2007, la Giunta Comunale di Castellalto, prendendo atto della delibera (n. 78 del 09.08.2007) approvata dall'Amministrazione Comunale di Canzano, indicava una gara per l'affidamento, all'offerta economica più vantaggiosa e mediante procedura aperta, di servizio di igiene urbana sui territori dei Comuni di Castellalto e Canzano.

Venivano approvati gli atti di gara (Bando e Capitolato d'Appalto) per i sussidi igiene urbana dei detti Comuni (con mandato "porta a porta" per la durata di anni 6 (sei) e per l'importo complessivo annuale di € 434.630,89 oltre I.V.A..

Veniva quindi indetta la gara a procedura aperta e, con successiva delibera, esecutiva ai sensi dell'articolo 134, comma 4, D. Lgs. 267/2000, la Giunta Comunale di Castellalto provvedeva alla nomina della Commissione Giudicatrice per la scelta della migliore offerta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Commissione, insediatasi in data 24.01.2008, procedeva alle operazioni di gara, (come da verbali da 1 a 10 allegati) e sulla base della graduatoria, tra le due ditte ammesse (Diodoro Ecologia s.r.l. e TE.AM: Teramo Ambiente S.p.A.) quest'ultima risultava al primo posto con punti 97,781 di contro agli 82,00 dell'altra.

Dal che la impugnativa di quest'ultima per i motivi di cui appresso.

1) Illegittimità della ammissione alla gara della TE.AM. Teramo Ambiente S.p.A. per violazione dell'articolo 113 del D.Lgs. 267/2000. Eccesso di potere. Carenza istruttoria.

Richiama la parte ricorrente che, sulla base dell'articolo 113, comma 6, del D.Lgs. 267/2000, non sono ammesse a partecipare alle gare le Società che, in Italia o all'estero, gestiscano, a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi.

Ulteriormente precisando, in base al successivo comma 15 quater, che a decorrere dal 01.01.2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa.

Per altro il legale rappresentante della parte ricorrente aveva fatto rilevare la carenza di legittimazione a partecipare in capo alla TE.AM. S.p.A. (per violazione dell'articolo 113 anzidetto, del D. Lgs. N. 267/2000, commi 6 e 15 quater), posto che l'accertamento del possesso, in capo alle ditte partecipanti, dei requisiti per essere ammesse alla procedura di assegnazione, funge da ineludibile presupposto della decisione di aggiudicazione.

Inoltre il richiamo al principio espresso dalla Carta Costituzionale (Sentenza n. 272/2004) per il quale l'articolo 13 del T.U.E.L. sarebbe una norma formulata "a tutela della concorrenza", pone una interpretazione assolutistica che non può

essere condivisa in conformità all'insegnamento giurisprudenziale che operando una distinzione fra i servizi afferma che il servizio di spazzatura delle strade comunali ed il servizio di gestione della piattaforma ecologica per la raccolta dei rifiuti solidi urbani, consistono nella produzione di attività riconducibili nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Inoltre, dal 01.01.2007 le società che gestiscono servizi pubblici in affidamento diretto non possono essere ammesse alle gare indette per l'aggiudicazione di servizi diversi dal settore e dal territorio in cui le stesse operano.

Da quanto precede deriva che per la TE.AM. Teramo Ambiente S.p.A. (Società mista con socio il Comune di Teramo) sussiste incompatibilità a partecipare alla gara e quindi ad aggiudicarsela.

Deve infatti ritenersi pacifico che la TE.AM. abbia svolto e svolga servizio di igiene urbana per conto del Comune di Teramo; che la stessa TE.AM. ha stipulato convenzioni per svolgimento servizi in favore di vari comuni del teramano quali, Montorio al Vomano, Fano Adriano, Pietra Camela, Castelli, Colledara, Isola del Gran Sasso e Tossicia; con trasporto rifiuti indifferenziati e sempre in virtù di affidamento.

Nonostante che il rappresentante della Diodoro Ecologia s.r.l.. abbia fatto rilevare la carenza di legittimazione alla gara per incompatibilità della TE.AM., sulla questione si è sorvolato (difetto di istruttoria e omessa disamina di questioni preliminare e pregiudiziale).

Laddove si fosse proceduto ad una corretta verifica la TE.AM. sarebbe risultata inidonea a concorrere alla assegnazione.

Conseguentemente deve ritenersi nullo il rapporto contrattuale tra i Comuni di Castellalto e Canzano e la TE.AM. Teramo Ambiente S.p.A. .

Chiede quindi la istante Società l'annullamento degli atti impugnati dichiarando la illegittimità della graduatoria nella parte in cui prevede l'inclusione della TE.AM. S.p.A.; il tutto con vittoria di spese, diritti ed onorari.

Con successiva memoria depositata in data 20.10.2008, la istante società ha ribadito e puntualizzato quanto già dedotto in ricorso insistendo per l'accoglimento dello stesso con il favore delle spese.

I Comuni di Canzano e di Castellalto si sono costituiti con memoria depositata in data 22.04.2008 eccependo la infondatezza dei profili impugnatori di parte ricorrente e sollevando questioni di illegittimità costituzionale per violazione degli

articoli 41 e 3 della Costituzione nella disposizione discriminante di cui all'articolo 113, sesto comma, D.Lgs. 267/2000 (come modificato dall'articolo 35 della L. 448/01).

Con successiva memoria depositata in data 29.07.2008 i già menzionati comuni di Castellalto e Canzano hanno puntualizzato le ragioni del non accoglimento del ricorso proposto dalla Diodoro Ecologia S.r.L..

I menzionati Comuni hanno peraltro depositato attestazione (prot. 12545 del 03.10.2008) dalla quale risulta “che la gara indetta dal Comune di Castellalto, quale Ente capofila della gestione associata dei servizi di Igiene dei Comuni di Castellalto e Canzano, con determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici e Servizi Manutentivi, mediante procedura aperta di che trattasi e con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, risulta essere la prima gara di rilevanza comunitaria indetta da parte di entrambi i Comuni in questione.

I ridetti Comuni dunque, con ulteriore memoria dell'8.10.2008, hanno richiamato le deduzioni in precedenza svolte riportandosi alle rassegnate conclusioni.

La TE.AM. Teramo Ambiente S.p.A. con controricorso e ricorso incidentale, del 21.04.2008, ha eccepito preliminarmente, che la mancata prova, da parte della Diodoro Ecologia, del raggiungimento del 35% nel raggruppamento della raccolta differenziata comporta la espulsione dell'aspirante (Diodoro); mentre va riconosciuto il buon diritto della TE.AM. alla partecipazione alla gara di che trattasi.

Alla pubblica udienza del 15 ottobre 2008 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

La impugnativa promossa dalla istante s.r.l. Diodoro Ecologia si incentra, sostanzialmente, sulla lamentata violazione dell'articolo 113 del D.Lgs. 267/2000 secondo il quale non sono ammesse a partecipare alla gara le società che, in Italia o all'estero, gestiscano a qualunque titolo, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto.

Alla resistente TE.AM. Teramo Ambiente S.p.A. società “mista” di cui è socio il Comune di Teramo, si contesta infatti che avrebbe dovuto riconoscersi una situazione di incompatibilità a partecipare alla gara de qua, ed a fortiori ad aggiudicarsela, trattandosi di affidamento dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante procedura aperta, dei servizi di igiene urbana sui territori dei comuni di Castellalto e Canzano.

L'assunto di parte ricorrente non può essere condiviso.

Secondo recente giurisprudenza di cui alla Sentenza di questo T.A.R. L'Aquila n. 682 depositata in data 09.06.2008, da intendersi qui per integralmente trascritta, e dalla quale il Collegio non intende discostarsi, il divieto di partecipazione alla pubblica selezione invocato dalla parte ricorrente non può operare per effetto della clausola derogatoria sancita nel 15° comma dell'articolo 113 T.U.E.L. applicabile al caso di specie, trattandosi (come ribadito e rappresentato dalla stessa parte resistente) del primo espletamento di gara di rilievo comunitario promosso dalle deducenti amministrazioni per gestione congiunta dei servizi in parola.

La ratio della disposizione ex articolo 113, comma 15 quater, del T.U. 267/00 consiste nel garantire che le società affidatarie (dirette) del servizio non siano esposte al rischio di essere estromesse dal mercato di riferimento alla scadenza del rapporto in corso e per tutta la durata degli affidamenti disposti medio tempore; la previsione normativa, tende infatti, a scongiurare l'insorgere di siffatto pregiudizio garantendo alle società impegnate nella gestione di servizi pubblici locali le opportunità connesse alla partecipazione alle prime gare indette al termine della fase transitoria, al prezzo dell'anticipata cessazione – rispetto alla scadenza naturale – dei rapporti costituiti in base alla precedente normativa.

A quanto precede va poi aggiunto che non possono procurare effetti paralizzanti per la domanda proposta dal concorrente escluso dalla selezione, i profili che si colgono nella documentazione prodotta dalla Diodoro Ecologia s.r.l., che sembrano denegare la sussistenza dei requisiti di capacità tecnico – organizzativa a ragione della mancata assunzione in via diretta di analoghi servizi presso altre amministrazioni.

In conclusione il ricorso deve essere respinto.

Consegue per evidenti ragioni la improcedibilità per difetto d'interesse del ricorso incidentale proposto dalla contro interessata stante la infondatezza del ricorso principale.

Quanto alle spese del giudizio se ne dispone la integrale compensazione fra le parti concorrendo giuste ragioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, L'Aquila, respinge l'epigrafato ricorso.

Dichiara improcedibile per difetto d'interesse il ricorso incidentale della soc. TE.A.M.

Compensa integralmente fra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 15/10/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Catoni, Presidente

Rolando Specca, Consigliere, Estensore

Maria Abbruzzese, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2008

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

IL SEGRETARIO