

N. 07524/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00012/2013 REG.RIC.

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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Montalto Ambiente S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Mariani, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Giovanni Bruno in Roma, via Savoia, 31;

contro

Comune di Montalto di Castro, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato
e difeso dall'avvocato Costantino Tassarolo, con domicilio eletto presso il suo
studio in Roma, via Cola di Rienzo, 271;

nei confronti

PMT Ecologia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Celli e Laura Tardiola, con domicilio
eletto presso lo studio del primo in Roma, via L. Rizzo, 72;
Mar.Edil S.r.l.

per l'annullamento

della procedura negoziata indetta dal Comune di Montalto di Castro ai sensi dell'art. 122 comma 7 d.lgs. n. 163/2006 per il rifacimento dell'impianto di depurazione a servizio della località di Pescia Romana e di ogni atto presupposto, connesso antecedente o conseguente

e per la condanna dell'Amministrazione Comunale al risarcimento dei danni cagionati

nonchè, con i motivi aggiunti

per l'annullamento

delle determinazioni n. 1830 e n. 1827 del 26.11.2012 del Comune di Montalto di Castro di approvazione del progetto esecutivo del "rifacimento dell'impianto di depurazione a servizio della località di Pescia Romana" e del verbale di gara e la determinazione n. 2048 del 31.12.2012 di aggiudicazione dell'appalto alla PMT Ecologia s.r.l.,

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montalto di Castro e della PMT Ecologia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2018 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la Montalto Ambiente s.p.a. ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, la procedura negoziata indetta dal Comune di Montalto di Castro ai sensi dell'art. 122 comma 7 d.lgs. n. 163/2006 per il rifacimento dell'impianto di depurazione a servizio della località di Pescia

Romana ed ogni atto presupposto, connesso antecedente o conseguente e di condannare l'Amministrazione Comunale al risarcimento dei danni cagionati.

A sostegno delle sue domande, la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi: 1) incompetenza, eccesso di potere sotto il profilo della carenza di potere, eccesso di potere sotto il profilo della irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà manifesta; 2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 122 comma 7 e dell'art. 57 comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per difetto e/o carenza di motivazione e per difetto e/o carenza di istruttoria.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Montalto di Castro e la PMT Ecologia s.r.l., eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito del ricorso.

Il 28.03.2013 la ricorrente ha depositato motivi aggiunti, muniti di istanza di sospensiva, contro le determinazioni n. 1830 e n. 1827 del 26.11.2012 del Comune di Montalto di Castro di approvazione del progetto esecutivo del "rifacimento dell'impianto di depurazione a servizio della località di Pescia Romana" e contro il verbale di gara e la determinazione n. 2048 del 31.12.2012 di aggiudicazione dell'appalto alla PMT Ecologia s.r.l., atti successivamente conosciuti in virtù del deposito in giudizio da parte dell'Amministrazione Comunale.

Alla camera di consiglio del 18.04.2013 la ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare.

All'udienza pubblica del 21.05.2018 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

La società pubblico-privata Montalto Ambiente s.p.a. era stata costituita in data 18.12.1997, all'esito di gara per la scelta del socio privato, dal Comune di Montalto di Castro per "l'esercizio del servizio pubblico consistente nel salvaguardare, recuperare, valorizzare e gestire il patrimonio ambientale, ...(per la) promozione dello sviluppo sociale ed economico, nonché (per la) realizzazione di opere e infrastrutture accessorie e connesse, necessarie al corretto svolgimento del servizio

pubblico da eseguirsi nel territorio del Comune interessato. In particolare, a titolo esemplificativo e non esaustivo (nel suo oggetto sociale rientravano)... la promozione, la progettazione, la realizzazione e la gestione di aree, di impianti e/o processi industriali, propri o di terzi, per la bonifica, lo smaltimento, il trattamento e la commercializzazione di rifiuti di origine urbana e/o industriale e da processi depurativi, nonché per la tutela delle acque e la gestione degli scarichi, da realizzarsi pure attraverso la stipulazione di apposite convenzioni con i soggetti all'uopo preposti... il tutto limitatamente all'ambito territoriale del Comune interessato”.

La suddetta società, dopo aver svolto, in base ad apposite convenzioni, alcuni servizi, tra cui la gestione (comprensiva della manutenzione ordinaria) degli impianti di depurazione di Montalto e Pescia Romana (convenzione del 1°02.2000, con scadenza al 31.12.2009) aveva anche ricevuto, in base alle deliberazioni del Consiglio Comunale di Montalto di Castro n. 11 del 18.02.2010 e n. 71 del 28.12.2010, la gestione del servizio di acquedotto e di fognatura industriale, assistendo, però, successivamente, alla revoca (con deliberazione del C.C. n. 48 del 17.09.2011) dell'affidamento di tale attività, che il Comune aveva deciso di svolgere in economia.

In seguito a tali fatti, con il ricorso introduttivo, la Montalto Ambiente s.p.a. ha impugnato la procedura negoziata indetta nel 2012 dal Comune di Montalto di Castro per il rifacimento dell'impianto di depurazione a servizio della località di Pescia Romana, sostenendo che il Comune non avesse il potere di indirla “1) poiché ... (si trattava) di procedura volta a sottrar(le) parte del servizio già oggetto della gara europea indetta ... in data 17 aprile 1997 e aggiudicata all'ATI Mar.Edil Maremma Edile s.r.l. e Ecosesto s.p.a., le quali... (avevano) costituito insieme all'Amministrazione Comunale la società stessa, (avente) tra le proprie attività anche la realizzazione di opere ed infrastrutture accessorie e connesse al corretto

svolgimento della gestione del servizio di depurazione; 2) sia per la mancanza di una previa indagine di mercato propedeutica alla individuazione dei soggetti a cui trasmettere la lettera di invito”.

Il Comune di Montalto di Castro, costituendosi in giudizio, ha eccepito preliminarmente il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo sulla presente controversia, nella quale la ricorrente avrebbe “realmente contestato...(solo) una violazione dei rapporti contrattuali instaurati” con esso.

Tale eccezione non può essere accolta.

Nella fattispecie in questione, in verità, la Montalto Ambiente s.p.a., lungi dal far valere una mera inadempienza da parte del Comune resistente alle prestazioni negoziali attinenti al rapporto convenzionale tra le parti e a reciproche posizioni di diritto ed obbligo, ha lamentato sia l'illegittimità della scelta dell'Amministrazione Comunale di indire la procedura di gara de qua, ritenendo che l'oggetto di essa rientrasse nelle attività già affidatele mediante la gara europea per la scelta del socio privato, sia la violazione delle norme del Codice degli Appalti sulla selezione degli operatori economici da invitare alla procedura.

Da qui, l'attinenza del petitum sostanziale, in ogni caso, all'esercizio del potere amministrativo e la spettanza della controversia, alla giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Quanto al merito della controversia, a prescindere dalle eccezioni di nullità ed inammissibilità del gravame per la pretesa genericità del riferimento, contenuto nel ricorso introduttivo, quale oggetto dell'impugnazione, alla “procedura negoziata indetta dal Comune” nel suo complesso e non a singoli provvedimenti e per asserita carenza di interesse e di tardività dei motivi aggiunti, le doglianze articolate dalla Montalto Ambiente s.p.a. sono infondate e non possono essere accolte.

Con il primo motivo del ricorso introduttivo la ricorrente, come anticipato, ha contestato l'espletamento da parte del Comune di Montalto di Castro di una

procedura negoziata per l'affidamento delle opere de quibus, ritenendo che i lavori di rifacimento del depuratore di Pescia Romana dovessero esserle affidati in via diretta, in quanto ricompresi nell'oggetto della gara espletata per la scelta del suo socio privato nel 1997.

Al riguardo, occorre ricordare che 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 nazionale.

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, così, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolgesse in unico contesto una gara avente ad oggetto sia la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) sia 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, dunque, rappresentato dal fatto che l'oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti sarebbe agevole l'aggiramento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza.

In particolare, i criteri di scelta del socio privato si devono riferire 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. V, 2 marzo 2015 n. 992; Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456).

Nel caso di specie, come già riconosciuto sia da questo Tribunale sia dal Consiglio di Stato in due pronunce (TAR Lazio, Sez. II bis n. 4010/2015 e Cons. Stato, Sez. V, n. 1028/2016) concernenti l'affidamento del servizio di igiene urbana da parte del medesimo Comune di Montalto di Castro attraverso una gara e non per affidamento diretto alla Montalto Ambiente s.p.a., "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 inidoneo a integrare i requisiti per l'affidamento diretto dello specifico servizio oggetto del presente giudizio.

Dalla lettura dei documenti in atti, emerge, in verità, che l'oggetto della doppia gara non poteva in alcun modo ritenersi ricomprendere i lavori di rifacimento del depuratore, 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-quadro 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 dei lavori in questione, non

rientranti, del resto, come evidenziato dalla difesa del Comune, neppure nella convenzione che era stata stipulata in data 1.02.2000 (con scadenza al 31.12.2009) con la Montalto Ambiente s.p.a. per la semplice gestione degli impianti di depurazione di Montalto e Pescia Romana e dei relativi impianti di sollevamento, inclusa la rete fognaria, che comprendeva, appunto, la gestione e la manutenzione ordinaria ma non quella straordinaria non programmabile, costituita da tutti gli interventi e le operazioni che per loro natura ed origine non sono imputabili a cattiva manutenzione.

Da qui l'infondatezza della pretesa della ricorrente – società ad oggetto “generalista - di essere affidataria diretta dell'appalto dei lavori di cui si discute, aggiudicati alla PMT Ecologia s.r.l. e totalmente eseguiti.

Parimenti non condivisibile ed, anzi, addirittura inammissibile per le ragioni di seguito esposte, è la doglianza svolta dalla ricorrente nel secondo motivo di ricorso, concernente la pretesa illegittimità della procedura negoziata indetta dal Comune per mancanza di una previa indagine di mercato circa le imprese da invitare.

Da un lato, dalla determina a contrarre n. 1830 del 26.11.2012 (impugnata con i motivi aggiunti) emerge come l'Amministrazione Comunale abbia, in verità, correttamente effettuato, a norma degli artt. 57 e 122 del d.lgs. n. 163/2006, un'indagine di mercato propedeutica alla procedura negoziata, selezionando le cinque imprese da invitare attraverso la verifica del casellario delle imprese AVCP e dei siti internet dedicati, dall'altro lato, la Montalto Ambiente s.p.a., non possedendo i requisiti richiesti per l'espletamento dei lavori dalla lettera d'invito, ossia la qualifica OS22 cat. I o superiore, non avrebbe potuto neppure lamentare di non essere stata invitata, con conseguente inammissibilità, come detto, della relativa censura.

Inammissibili per le medesime ragioni e, dunque, per carenza di un interesse concreto ed attuale all'annullamento degli atti impugnati, che non potrebbe arrecare alcun concreto beneficio alla ricorrente, nonché, comunque infondate sono anche le ulteriori doglianze svolte nei motivi aggiunti in cui la Montalto Ambiente s.p.a., oltre a riproporre le censure già esposte con il ricorso introduttivo, ha contestato la determina n. 1830/2012 per un asserito difetto di motivazione della decisione di ricorrere alla procedura negoziata e gli atti connessi, compresa l'aggiudicazione alla controinteressata.

Nel provvedimento impugnato il Comune di Montalto di Castro risulta, infatti, aver fatto applicazione dell'art. 122 comma 7 del d.lgs. n. 163/2006 per cui "I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri" ed aver dato conto sia della necessità di effettuare i lavori per ottenere l'autorizzazione alla scarico delle acque dalla Provincia di Viterbo sia dell'esigenza di riparare tempestivamente i danni subiti dal depuratore a seguito di un forte nubifragio (dell'11 e 12 novembre 2012). In conseguenza dell'infondatezza di tutte le doglianze formulate dalla ricorrente nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti, e dell'inesistenza di alcun obbligo per l'Amministrazione Comunale di affidare in via diretta i lavori di rifacimento del depuratore di Pescia Romana alla Montalto Ambiente, che non aveva neppure la qualificazione per espletarli e risulta carente di interesse in relazione a tutte le ulteriori censure della procedura e del suo esito, anche la domanda di risarcimento del danno deve essere rigettata, congiuntamente ad ogni altra doglianza.

Le spese tra la ricorrente e il Comune di Montalto di Castro seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, mentre quelle tra la ricorrente e la controinteressata possono essere compensate, per giusti motivi, in considerazione del limitato apporto della PMT Ecologia s.r.l. alla controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando,

- rigetta il ricorso ed i motivi aggiunti;
- condanna la ricorrente alla rifusione, in favore del Comune di Montalto di Castro, delle spese di lite, liquidate in complessivi € 3.500,00 oltre accessori di legge;
- compensa le spese tra la ricorrente e la P.M.T. Ecologia s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

Antonio Andolfi, Consigliere

L'ESTENSORE
Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO