

N. 02641/2015REG.PROV.COLL.
N. 08291/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 8291 del 2013, proposto da:

Tradeco s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice ed Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso l'avvocato Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone n. 12/B;

contro

Comune di Valenzano in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Di Cagno, con domicilio eletto presso l'avvocato Giovanni Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento n. 11;

nei confronti di

Camassambiente s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Silvio Dodaro, con domicilio eletto presso l'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione II, n. 01440/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di igiene urbana

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Valenzano e di Camassambiente s.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, decimo comma, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2015 il consigliere
Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Isabella Loiodice,
Maurizio Di Cagno e Francesco Silvio Dodaro,;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, rubricato al n. 402/2013, Tradeco s.r.l. impugnava la nota prot. n. 0587 del 26 marzo 2013, avente ad oggetto: "scadenza naturale del contratto rep. n.2326 del 30 maggio 2012" a firma del segretario generale del Comune di Valenzano, nella parte in cui disponeva l'abbandono del servizio di cui al predetto contratto (raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani) entro cinque giorni dalla comunicazione, la nota prot. n. 052/2 del 26 marzo 2013 ed ogni ulteriore provvedimento connesso presupposto e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Con motivi aggiunti estendeva l'impugnazione all'ordinanza prot. n. 1764 /pm del giorno 8 maggio 2013, a firma del Commissario Straordinario del Comune di Valenzano, di affidamento dell'incarico alla ditta Tra.de.co. srl, nella parte in cui esclude lo svolgimento di gara per il successivo gestore, alla nota prot. 08565 del 20 maggio 2013 del responsabile della V divisione del Comune di Valenzano di affidamento diretto del servizio di igiene alla ditta Camassambiente s.p.a., con decorrenza dal 24 maggio 2013, al provvedimento prot. 08553 del 20 maggio 2013 del Commissario Straordinario del Comune di Valenzano di revoca dell'ordinanza del giorno

8 maggio 2013 ed invito a lasciare il servizio entro il 23 maggio 2013 e ad ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente anche se non conosciuto, tra i quali la determinazione n. 413/82-17 maggio 2013 del responsabile dell'Area vigilanza che, senza gara, ha affidato alla ditta Camassambiente s.p.a. di Bari il servizio rifiuti solidi urbani.

La ricorrente sosteneva che la scelta comunale di non disporre la proroga, ponendosi in contrasto con le disposizioni contrattuali, nonché con la normativa di settore (art. 4, co 32 ter L. n. 148/2011 e artt. 14 e 24, co 1 L.R. 24/2012), sarebbe, per ciò stesso, innanzitutto lesiva del principio del legittimo affidamento.

Sotto altro profilo deduceva la necessità dell'indizione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del nuovo gestore, rispetto alla quale reclamava l'interesse alla partecipazione.

Con ordinanza cautelare n. 214/2013, confermata in appello, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione II, rigettava l'istanza cautelare, escludendo la sussistenza di un legittimo affidamento alla proroga del servizio, pur affermando la necessità di individuare il nuovo gestore tramite gara.

Dopo l'ordinanza cautelare del Tar gli organi comunali hanno:

- inizialmente (con ordinanza prot. n. 1764 /pm del giorno 8 maggio 2013 del Commissario Straordinario) ordinato alla Tra.de.co. s.r.l. la prosecuzione del servizio di raccolta fino all'intervento del nuovo gestore comunale;
- con determinazione n. 413/82 in data 17 maggio 2013 del Responsabile dell'Area vigilanza affidato alla ditta Camassambiente s.p.a., in qualità di temporaneo gestore, lo svolgimento del servizio;
- conseguentemente (con provvedimento prot. 08553 del 20 maggio 2013) revocato la precedente ordinanza del giorno 8 maggio 2013, invitando contestualmente la Tra.de.co. a lasciare il servizio entro il 23 maggio 2013, essendo stato individuato il nuovo gestore.

Con motivi aggiunti Tradeco s.r.l. impugnava anche gli atti appena elencati denunciandone, in estrema sintesi, la illegittimità da un lato – ed in termini più generali- per non essere stato rispettato il principio comunitario di scelta dell'affidatario del servizio a seguito di gara, affermato anche dal Tribunale amministrativo nell'ordinanza n. 214/2013, con conseguente violazione del “*dictum*” cautelare; dall'altro, in quanto il termine concesso per la dismissione del servizio (di soli tre giorni decorrenti dal 20 maggio 2013, data di comunicazione della revoca della precedente ordinanza di prosecuzione del servizio), sarebbe eccessivamente esiguo ed irragionevole, con conseguente eccesso di potere di tale specifico profilo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati. Con la sentenza in epigrafe, n. 1440 in data 23 ottobre 2013 il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Bari, Sezione II, respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza Tradeco s.r.l. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 8291/2013, con il quale contesta i ragionamenti che ne costituiscono il presupposto e chiede la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di Valenzano chiedendo il rigetto dell'appello.

Anche Camassambiente s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 17 febbraio 2015.

3.1. Non può essere condivisa l'eccezione, formulata dalle parti appellate, secondo la quale la mancata impugnazione degli atti, successivi a quello impugnato, con il quale è stato rinnovato l'affidamento del servizio alla s.p.a. appellata comporterebbe l'improcedibilità dell'originario ricorso.

Nella specie trova infatti applicazione il principio secondo il quale la successiva, seriale, adozione, da parte dell'Amministrazione, di atti ripetitivi, ciascuno ad efficacia temporalmente limitata, non obbliga l'originario ricorrente a riproporre ogni volta autonoma impugnazione (da ultimo C. di S., V, 17 gennaio 2014, n. 166).

L'appello deve pertanto essere esaminato nel merito.

Per chiarezza di esposizione deve essere ricordato che la presente controversia riguarda gli atti con i quali il Comune di Valenzano essendo giunto il termine naturale di scadenza ha imposto all'odierna appellante di dismettere il servizio (raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani) da essa gestito entro un breve termine e quelli con il quale lo stesso Comune ha affidato lo stesso servizio ad altro imprenditore, odierno appellato (è irrilevante la sua indicazione, in talune parti della sentenza di primo grado, con un nome sbagliato) senza prima esperire gara pubblica.

3.2. Sotto il primo profilo l'appellante sostiene in primo luogo l'eccessiva brevità del termine assegnate per dismettere il servizio.

Al riguardo, deve essere rilevato che le pretese dell'appellante sono state, di fatto, soddisfatte in quanto il Comune ha prorogato il termine in questione.

Non vi è quindi luogo ad ulteriore pronuncia.

3.3. Sotto altro profilo l'appellante sostiene che illegittimamente, in violazione dell'art. 3 del contratto a suo tempo sottoscritto, il rapporto è stato fatto cessare prima del subentro del nuovo gestore.

La doglianza non può essere condivisa.

La clausola è palesemente posta in favore dell'Amministrazione, ed ha lo scopo di impedire che l'appaltatore abbandoni il servizio prima che sia pronta la sua sostituzione, in tal modo creando evidenti problemi anche di igiene pubblica.

E' invece palesemente illogico leggere nella clausola il divieto per l'Amministrazione di troncare il rapporto prime della sua conclusione in

caso di inadempimenti dell'appaltatore tali da far venir meno l'indispensabile fiducia nella corretta gestione del fondamentale servizio di cui si tratta, ed è ancora più illogico pretendere, come sostenuto dall'appaltante, che la clausola imponga al Comune di tenere in vita il rapporto dopo il termine ultimo contrattualmente previsto nonostante inadempimenti anche gravi.

La censura deve quindi essere respinta; nel paragrafo successivo si discuterà la problematica relativa all'accertamento degli inadempimenti contestati dal Comune all'odierna appellante.

3.4. L'appellante sostiene, in logico subordine, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui affidano il servizio di cui si discute all'odierna appellata senza l'esperimento di gara pubblica.

Il primo giudice ha dichiarato il difetto di interesse dell'odierna appellante a sollevare la censura in quanto le inadempienze contrattuali ad essa imputate le precluderebbero la partecipazione alla gara.

L'appellante obietta che si può giungere a tale conclusione solo una volta indetta la gara, nell'ambito della quale dovrà essere valutato il possesso dei requisiti di partecipazione.

Non è invece ammissibile un'esclusione "*a priori*" pronunciata al di fuori del relativo procedimento.

Assume, ai fini dell'esame della censura, rilievo determinante il fatto che, il Comune di Valenzano con il provvedimento n. 413 del 17 maggio 2013, dopo aver ricordato di aver avviato, a seguito della scadenza naturale del contratto con la Tradeco s.r.l. un procedimento di ricerca del nuovo affidatario del servizio (par. 1, punto 2.1.), e di aver contestato alla medesima Tradeco, quale precedente esecutore, una serie di inefficienze in ordine alla qualità del servizio (par. 3, punto 3.1.), ha espressamente rilevato che l'affidamento del servizio nel periodo intermedio sino all'entrata in vigore del gestore unico A.R.O. "giammai può avvenire nei confronti del precedente appaltatore Tradeco s.r.l., in quanto si è resa

negligente nell'esecuzione delle prestazioni di cui al contratto scaduto il 31.3.2013 e precedente rapporto contrattuale, come dimostrato dalle contestazioni effettuate dal Servizio ambientale di igiene pubblica con determinazione n. 201-55 del 18.3.2013 descritta nella terza premessa”.

Lo stesso Comune, pertanto, nel sottolineare che l'atto costituisce la conclusione di una procedura di ricerca del contraente, ha stabilito che “motivatamente si esclude di considerare la Ditta Tradeco s.r.l. nell'affidamento del servizio di cui alla presente ordinanza, essendosi la ditta caratterizzata per negligenza e per gravi errori nell'attività professionale” ed ha affidato alla ditta Camassambiente s.p.a. il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani indifferenziati e differenziati, per un periodo di sei mesi.

Tale essendo il tenore del provvedimento, risulta evidente che il medesimo appare caratterizzato da un duplice contenuto: esso, da una parte, pronuncia l'esclusione della Tradeco s.r.l. dalla procedura di ricerca del contraente, e dall'altra dispone, anche per la rilevata esclusione di Tradeco s.r.l., l'affidamento del servizio in questione a Camassambiente. Deriva da ciò che la contestazione dell'esito della gara (l'affidamento a Camassambiente) è logicamente e giuridicamente subordinato alla rimozione, attraverso censure ritenute ammissibili e fondate, della statuizione di esclusione dalla procedura medesima, dal momento che, conformemente ai principi generali, l'interesse a gravarsi dell'esito della procedura può sussistere soltanto nei riguardi di un soggetto ammesso alla procedura di ricerca del contraente e non da essa escluso. In altri termini, la Tradeco s.r.l., che aspira a rientrare nella gestione del servizio nonostante l'intervenuta scadenza naturale e la ricordata contestazione della qualità del servizio già prestato, deve rimuovere la dichiarazione di esclusione, perché soltanto dall'annullamento di essa consegue l'interesse a contestare le risultanze della procedura di affidamento, non potendo essere ammissibilmente

contestata una procedura di ricerca del contraente da parte di chi, in punto di fatto, è destinatario di una formale esclusione.

Nel caso in esame, la statuizione di esclusione pronunciata dal Comune di Valenzano, non risulta confutata in modo adeguato, apparendo del tutto generiche le affermazioni formulate dall'odierna appellante con i motivi aggiunti proposti in primo grado, che fanno un mero riferimento alla non definitività dell'accertamento delle violazioni contrattuali, ed alla pendenza di una contestazione a seguito di ricorso straordinario, senza alcuna precisazione sui contenuti delle doglianze. E' palese, infatti che censure del genere, proprio in conseguenza della richiamata genericità, appaiono inammissibili e comunque inidonee a fondare l'accoglimento del gravame.

Il riferimento alla pendenza di una contestazione dell'accertamento nei confronti delle inadempienze non può, d'altra parte costituire impugnazione di un diverso provvedimento (quello di esclusione) che viene qui in autonomo rilievo.

3.5. Né, in contrario avviso possono indurre le osservazioni spiegate dalla Tradeco s.r.l. con l'atto di appello. Non è infatti, in discussione nel caso in esame la generale legittimazione della Tradeco alla proposizione di doglianze volte a contestare l'affidamento senza gara di un servizio quale operatore economico del settore; al contrario, la circostanza rilevante (e preclusiva dell'ulteriore esame) sta nel fatto che sussiste una esclusione positivamente pronunciata dal Comune che non è stata adeguatamente contestata; sotto questo profilo, deve anzi essere rilevato che il Comune ha soltanto inteso escludere la Tradeco non da eventuali procedure ad evidenza pubblica non ancora poste in essere, ma semplicemente del procedimento di ricerca dell'affidatario conclusosi con l'attribuzione del servizio alla Camassambiente s.r.l. .

Deve, poi, essere rilevato che, contrariamente a quanto osservato dalla Tradeco, il riferimento alle inadempienze ad essa contestate non realizza un

richiamo meramente storico, ma, al contrario, costituisce la motivazione stessa dell'esclusione.

Quanto, in fine, al rilievo secondo il quale il TAR avrebbe affermato che la società Tradeco sarebbe stata esclusa da una eventuale procedura di gara indetta dal Comune di Valenzano, qualunque sia la forma scelta dal contraente, deve essere osservato, così correggendo la motivazione della sentenza impugnata, che con gli atti depositati è stata affermata dal Comune soltanto l'impossibilità di conseguire l'affidamento del servizio provvisorio, "nel periodo intermedio sino all'entrata in vigore di un gestore unico di ARO" (par. 5, punto 5.7 della delibera n. 1764/PM del giorno 8 maggio 2013), e non l'impossibilità di partecipare ad ogni possibile gara futura. Val quanto dire che:

a) la pronuncia del giudice è riferita al potere, in concreto esercitato dal Comune, di procedere all'affidamento provvisorio del servizio, e non a poteri amministrativi non ancora esercitati, quali sono quelli relativi a procedure concorsuali ancora da indire;

b) che di conseguenza i provvedimenti in questa sede impugnati non precludono alla Tradeco s.r.l. di partecipare ad altre future procedure, diverse da quella oggetto del presente giudizio, all'interno delle quali sarà valutata l'esistenza di eventuali cause ostative;

3.5. Deve, infine, essere riaffermato, che le conclusioni circa l'inidoneità delle censure prospettate dall'appellante a provocare l'annullamento dell'esclusione non possono essere contestate sul rilievo che l'appellante avrebbe proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato avverso l'atto con cui è stato dichiarato l'inadempimento della Tradeco ai propri obblighi contrattuali. Per orientamento pacifico la pendenza di un procedimento giurisdizionale non fa venir meno l'efficacia interdittiva del giudizio della stazione appaltante (da ultimo, Cons. St., V, 25 maggio 2012 n. 3078, alla stregua della quale l'esclusione da una gara per grave negligenza non presuppone il definitivo accertamento di tale comportamento, essendo

sufficiente la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimento contrattuale).

3.6. Le osservazioni sopra esposte evidenziano, poi, l'impossibilità di invocare utilmente nel caso in esame la pronuncia della sezione n. 5007 del 2014, dal momento che questa fa riferimento ad una fattispecie obiettivamente diversa da quella presente.

In particolare:

a) nel caso oggi sottoposto all'esame del Collegio il Comune di Valenzano dopo la scadenza naturale del contratto con la Tradeco e gli inadempimenti accertati, ha promosso una procedura di ricerca del nuovo affidatario del servizio in via temporanea. In occasione di tale procedura, e con riferimento soltanto ad essa, il Comune di Valenzano ha formalmente pronunciato l'esclusione della Tradeco s.r.l. (Par. 5, punti 7 ed 8 della delibera del 17 maggio 2013), ed ha poi individuato il gestore provvisorio nella società Camassambiente.

b) Nel caso definito con la sentenza n. 5007 del 2014 l'affidamento del servizio è avvenuto attraverso il meccanismo dell'estensione dell'oggetto contrattuale consentito dal capitolato di appalto di un contratto già stipulato dal Consorzio ATO BA1; avverso tale affidamento è insorta la Tradeco s.r.l. .

Appare pertanto palese che, nella vicenda oggetto della sentenza della sezione n. 5007 del 2014 non vi è stata né una autonoma procedura di ricerca dell'affidatario provvisorio, né una formale deliberazione di esclusione da tale procedura della Tradeco s.r.l. . In effetti, nella vicenda presa in considerazione dalla sentenza la questione dell'eventuale inadempimento di Tradeco s.r.l. non è stata posta a fondamento di alcun formale provvedimento di esclusione (né poteva esserlo, non essendo stata intrapresa alcuna procedura di ricerca dell'affidatario provvisorio) ma è

stata semplicemente richiamata dal Sindaco in occasione del dibattito svoltosi nel Consiglio comunale di Spinazzola il 28 settembre 2012; e non a caso la difesa del Comune aveva eccepito non l'esistenza di una esclusione positivamente statuita ma l'impossibilità per l'interesse della Tradeco di superare la prova di resistenza, a causa delle gravi negligenze poste in essere, con conseguente impossibilità di partecipare ad eventuali future gare ex art. 38 c. 1 lett. F del codice dei contratti.

E' proprio, pertanto, l'esistenza di un positivo provvedimento di esclusione dalla ricerca del nuovo affidatario che differenzia la presente fattispecie da quella presa in considerazione con la sentenza n. 5007 del 2014; l'esistenza di tale provvedimento pone, infatti, la necessità (non sussistente nell'altra fattispecie) della rimozione, attraverso censure ammissibili e fondate, dell'esclusione deliberata, non sussistendo, in mancanza, alcun interesse a censurare l'esito della procedura di ricerca dell'affidatario temporaneo.

Risulta pertanto confermato che nel presente caso non può trovare ingresso la questione dell'eventuale violazione delle disposizioni comunitarie, sussistendo la preliminare formale esclusione della Tradeco s.r.l. della procedura di ricerca nell'affidatario temporaneo.

3.7 Si deve infine rilevare che la superiore ricostruzione, dovuta alla preclusione costituita da tale formale esclusione, sembra essere stata condivisa anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale, con il provvedimento del 27 novembre 2014, pur evidenziando il contrasto con le norme comunitarie dell'operato del Comune di Valenzano, ha affermato che il giudice amministrativo non ha esaminato tale questione, perché la ha ritenuta non rilevante sulla base della dichiarata insussistenza, in capo alla Tradeco, dell'interesse all'accoglimento delle relative censure, sicchè "il giudice amministrativo ha confermato l'infondatezza del diniego di proroga in favore di tradeco, ma non si è pronunciato sulla legittimità dell'affidamento diretto in favore di Camassambiente" (p. 15).

4. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

In considerazione della complessità delle questioni trattate le spese devono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 8921/2013, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

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

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2015

IL SEGRETARIO

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