**N. 06395/2012REG.PROV.COLL.**

**N. 07762/2012 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 7762 del 2012, proposto da:  Comune di Lesina, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mescia, con domicilio eletto presso l’avv. Franco Gaetano Scoca in Roma, via Paisiello, 55;

*contro*

Società Cooperativa Cultura e Solidarietà per lo Sviluppo, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Irmici, con domicilio eletto presso Matteo Barrea in Roma, via Centuripe, 33;

*nei confronti di*

Società Ecologica Pugliese a resp. lim.;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01695/2012, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, spazzamento strade e altri servizi complementari

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Cooperativa Cultura e Solidarietà per lo Sviluppo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Mescia e Irmici;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di gara pubblica per l’affidamento dei servizi di “raccolta, trasporto, smaltimento/recupero dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, spazzamento strade e altri servizi complementari d’igiene urbana”, per la durata di sei anni, con criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa ed importo a base d’asta di 4.800.000,00 euro, indetta dal Comune di Lesina con bando approvato con determinazione n. 469 del 20 agosto 2010.

La gara veniva aggiudicata alla prima classificata (col punteggio di 87,43 punti) Ecologica Pugliese s.r.l., davanti alla Società Cooperativa Cultura e Solidarietà per lo Sviluppo, che ne impugnava gli atti davanti al TAR Puglia – sede di Bari, per i seguenti motivi:

- mancata apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica, in violazione del relativo obbligo imposto dalla legge di gara e del principio di trasparenza;

- mancanza in capo all’aggiudicataria della dotazione tecnica minima imposta dal capitolato, con particolare riferimento alle previste due spazzatrici dotate di due motori;

- omessa dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 dei soci della società in nome collettivo, veste giuridica nella quale si trovava la controinteressata prima della trasformazione in s.r.l., avvenuta il 15 febbraio 2008;

- mancanza delle attrezzature tecniche, in particolare per inidoneità del contratto di comodato tra l’aggiudicataria e il proprietario della macchina operatrice targata BAAF395 e relativa inutilizzabilità in sede di gara, in quanto non registrato.

La controinteressata proponeva ricorso incidentale nel quale contestava l’altrui ammissione alla gara per i seguenti motivi:

- per gravi negligenze rilevate nell’esecuzione del pregresso rapporto di appalto con lo stesso Comune di Lesina, con conseguente obbligo di procedere alla sua esclusione;

- per assenza del requisito della regolarità contributiva in capo all’impresa ausiliaria Geotec.

2. Il TAR dichiarava in parte inammissibile ed in parte respingeva nel merito quest’ultima impugnativa, mentre accoglieva il ricorso principale, giudicando fondato, con carattere assorbente, il primo motivo (esaminato con priorità in quanto tendente a far valere un vizio di legittimità più radicale), facendo sul punto applicazione dei principi stabiliti dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio nella sentenza 28 luglio 2011, n. 13.

Dichiarava inoltre inefficace, ai sensi dell’art. 122 cod. proc. amm., il contratto stipulato all’esito della gara *“limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire alla data di pubblicazione della presente sentenza, con conseguente possibilità per la ricorrente, in sede di rinnovo della gara, di concorrere alla nuova aggiudicazione, non essendo possibile allo stato, come richiesto, accertarne il diritto all’aggiudicazione, stante la caducazione dell’intera gara”*.

3. La decisione è appellata dal Comune di Lesina, il quale:

- ripropone l’eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di legittimazione ed interesse della Cooperativa Cultura e Solidarietà ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs 163/2006, a causa delle gravi e reiterate irregolarità nella gestione provvisoria del servizio, disposta in attesa del completamento della procedura oggetto di gara; sul punto critica la statuizione di inammissibilità ex art. 34, comma 2, cod. proc. amm., formulata al riguardo dal TAR, sul rilievo che non avendo a suo tempo escluso la Cooperativa dalla gara, l’amministrazione non poteva addurre in giudizio tale circostanza a sostegno della propria eccezione, obiettando che la grave negligenza è stata accertata e formalmente contestata in epoca successiva all’ammissione in gara e che, in virtù di quanto stabilito dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4, il difetto di legittimazione ed interesse al ricorso è rilevabile anche in via officiosa;

- critica la decisione di accoglimento del ricorso principale, osservando in contrario che il principio di pubblicità che presiede allo svolgimento delle procedure di affidamento può in generale essere derogato, come in effetti avvenuto nella presente gara, il cui disciplinare (punto XI) ha legittimamente previsto l’apertura e contestuale valutazione delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata, lasciando alla seduta pubblica la mera verifica della regolarità delle buste medesime; al riguardo invoca anche l’art. 12 d.l. n. 52/2012 (“disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica”), che ha affermato, con effetto retroattivo sanante, la cedevolezza del principio di pubblicità per i plichi aperti anteriormente al 9 maggio 2012, in assenza di prescrizioni espressa della legge di gara.

4. Nel costituirsi in questo giudizio d’appello la Società Cooperativa Cultura e Solidarietà per lo Sviluppo ha riproposto i motivi del ricorso principale non esaminati dal TAR, nonché le domande di subentro nel contratto o di risarcimento danni.

5. Il Collegio reputa di poter definire il giudizio con sentenza semplificata ex art. 60 cod. proc. amm., come da avviso dato alle parti costituite all’udienza, sussistendone i presupposti.

6. Va esaminato con priorità il primo motivo d’appello, con il quale è riproposta l’eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di legittimazione ed interesse della Cooperativa Cultura e Solidarietà ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs 163/2006, a causa delle gravi e reiterate irregolarità nella gestione provvisoria del servizio, disposta in attesa del completamento della procedura oggetto di gara.

6.1 Il motivo non è fondato, essendo ampiamente persuasive le difese svolte sul punto dalla società cooperativa odierna appellata.

Quest’ultima infatti obietta che il servizio a lei affidato in via provvisoria, in attesa della definizione della gara oggetto di questo giudizio, è giunto regolarmente a scadenza senza che mai sia stata adottata alcuna determinazione di revoca, previa contestazione delle irregolarità nell’esecuzione del servizio, in conformità a quanto previsto nel capitolato speciale d’appalto. Sul punto evidenzia quindi la strumentalità delle contestazioni prodotte in questo giudizio, in quanto formulate tutte in epoca successiva alla presentazione da parte sua dell’informativa ex art. 243-*bis* d.lgs. n.. 163/2006.

6.2 Il Collegio osserva che, in effetti, in nota a pag. 9 e 10 del presente appello sono citati atti di accertamento di irregolarità nel servizio di raccolta rifiuti (elenco numerato che giunge sino al 14).

Inoltre, dalla documentazione prodotta nel giudizio di primo grado si ricava che la prima contestazione risale all’aprile 2011, e precisamente alla nota di prot. 5060 del giorno 1, trasmessa via fax, nella quale, richiamati i numerosi sopralluoghi ed accertamenti svolti dalla polizia municipale, in esito ai quali sono emerse carenze nell’esecuzione del contratto, consistenti in sintesi in mancati svuotamenti dei cassonetti, degrado e sporcizia delle strade, si preannuncia in caso di persistente inadempimento l’intervento l’esecuzione in danno da parte dell’amministrazione.

Segue verbale in data 8 aprile di riscontro dei mezzi in servizio, effettuato in contraddittorio con la ditta appaltatrice, da cui è emerso un numero di questi inferiore a quello previsto nel capitolato.

L’informativa ex art. 243-*bis* del codice dei contratti risulta per contro pervenuta al protocollo del Comune il 9 marzo 2011.

Emerge dunque in modo palese, in primo luogo, la consequenzialità temporale sottolineata dall’odierna appellata a sostegno della censura di strumentalità delle contestazioni di inadempienza.

In secondo luogo, quest’ultima ha poi ragione a dolersi del fatto che difetta nel caso di specie la *“motivata valutazione”* richiesta dalla lett. f) del ridetto art. 38 a sostegno del giudizio di *“grave negligenza”* nell’esecuzione dell’appalto.

Tale asserzione è ancora una volta assistita da puntuale riscontro probatorio, consistente negli artt. 16 e 17 del capitolato speciale allegato all’atto di affidamento temporaneo del servizio svolto nelle more della procedura di gara oggetto della presente controversia, prodotto nel giudizio di primo grado. Dette disposizioni prevedono infatti che le contestate inadempienze, se in grado di compromettere l’efficiente svolgimento del servizio, per numero frequenza e gravità, possono condurre alla revoca dello stesso, da notificare all’impresa appaltatrice.

Ebbene, è proprio questa motivata valutazione e la sua relativa comunicazione che non consta dagli atti di causa, non potendo tale necessaria determinazione amministrativa essere surrogata dai prodromici atti di contestazione versati in giudizio, tanto più vista l’epoca sospetta nei quali essi sono stati adottati.

7. Superata l’eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione, si può dunque procedere ad esaminare il merito della presente impugnativa.

7.1 Sul punto, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, in assenza di specifica indicazione della parte ricorrente circa la graduazione dei motivi occorre esaminare con priorità i motivi dell’originario ricorso in grado di condurre al soddisfacimento pieno della pretesa azionata in questo giudizio,.

Non è infatti condivisibile l’assunto del Giudice di primo grado secondo cui va data invece preferenza ai motivi che *“evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento”*, perché esso si pone in contrasto con le caratteristiche di pienezza della tutela giurisdizionale amministrativa sancita con la codificazione del principio di effettività nell’art. 1 cod. proc. amm., all’esito di un pluridecennale percorso avviato dall’affermazione della dimensione sostanzialistica dell’interesse legittimo (con la risarcibilità dell’interesse legittimo stabilita dalle Sezioni unite della Cassazione nella nota sentenza n. 500/1999) e del conseguente precipitato della natura di giurisdizione di tipo soggettivo (come precisato dall’Adunanza plenaria nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4).

7.2 Tanto precisato, per economia processuale può essere esaminato il motivo con cui si contesta l’ammissione della controinteressata Società Ecologica Pugliese per mancata dichiarazione sull’assenza di precedenti penali ex art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti, da parte dei soci illimitatamente responsabili Michela Pontrelli e Pietro Gagliardi allorché tale soggetto rivestiva la forma della società in nome collettivo.

Esso deve infatti essere accolto ed attesa la sua valenza assorbente rende superfluo lo scrutinio degli altri motivi riproposti.

In diritto, vanno innanzitutto ricordati i principi stabiliti con riguardo alla disposizione da ultimo citata, nella versione applicabile *ratione temporis*, e cioè nella versione antecedente alle modifiche introdotte dal d.l. n. 70/2011, nella sentenza dell’Adunanza plenaria 7 giugno 2012, n. 21. Come noto, in detta decisione si affermato che l’obbligo di rendere la suddetta dichiarazione opera con riguardo a tutti i titolari di cariche sociali nel periodo preso in considerazione dalla norma, essendo esso funzionale all’esigenza per la stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti di moralità al fine di prevenire *“anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture”*, attraverso manovre elusive del precetto imperativo di legge.

Degno di rilievo è il fatto che il principio in questione è stato applicato in una fattispecie di fusione per incorporazione nei confronti della società incorporata (e prima ancora, negli stessi termini, in caso di cessione d’azienda: Ad. plen., sent. 4 maggio 2012, n. 10), per cui non è dubitabile che esso sia operante *a fortiori* nella presente controversia, visto che la trasformazione è vicenda modificativa interna del medesimo ente societario.

In fatto, è sufficiente rilevare come risulti in via documentale che la trasformazione della Ecologica Pugliese di Pontrelli & Gagliardi s.n.c. risale al 15 febbraio 2008 e dunque nel triennio dall’indizione della gara oggetto di giudizio all’epoca; che inoltre a tale data erano soci illimitatamente responsabili i predetti Michela Pontrelli e Pietro Gagliardi, i quali hanno successivamente ceduto le loro quote, con scrittura privata autenticata in data 25 febbraio 2008, ma nei cui confronti non è stata nondimeno resa la dichiarazione ai sensi del citato art. 38, comma 1, lett. c) del codice dei contratti.

8. Pertanto, il ricorso principale di I grado va accolto per il suddetto motivo ed in conseguenza di ciò si rende supefluo l’esame del motivo d’appello principale concernente l’apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche, in quanto assorbito.

9. Va invece dichiarata inammissibile la domanda di subentro nel contratto riproposta dalla originaria ricorrente.

Infatti, in ordine a tale domanda la ricorrente in primo grado era rimasta soccombente, in quanto il tar l’aveva disattesa, rimettendo alla fase di rinnovazione della gara le aspettative della parte.

Sarebbe stato quindi necessario contestare tale pronuncia con appello incidentale: la mera riproposizione con memoria della domanda è conseguentemente inammissibile, essendosi sul punto formato il giudicato.

10.In ragione della complessità e delicatezza delle questioni dedotte in giudizio si ravvisano giusti motivi ex art. 92 cod. proc. civ. per compensare integralmente tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

respinge l’appello principale e, in parziale riforma della sentenza impugnata e in accoglimento di un motivo di ricorso riproposto, accoglie il ricorso di I grado per le ragioni indicate in motivazione, confermando nel resto;

dichiara inammissibile la domanda di subentro nel contratto.

Spese del doppio grado di giudizio integralmente compensate tra tutte le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2012

IL SEGRETARIO

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