**N. 00070/2013 REG.PROV.COLL.**

**N. 00632/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 632 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  Si.Eco. s.p.a., in proprio e quale capogruppo dell’a.t.i. con Consorzio Gema, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vito Aurelio Pappalepore e Marina Genco, con domicilio eletto presso l’avv. Vito Aurelio Pappalepore, in Bari, via Pizzoli, 8;

*contro*

Comune di Bisceglie, rappresentato e difeso dall’avv. Massimo Ingravalle, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, piazza Garibaldi, 63;

*nei confronti di*

Camassambiente s.p.a., rappresentata e difesa dall’avv. Francesco Silvio Dodaro, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via F.S. Abbrescia, 83/B;  Intini Source s.p.a., non costituita;

*per l'annullamento*

della determinazione dirigenziale n. 278 del 23 marzo 2012, recante l’aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l’affidamento settennale del servizio di igiene urbana in favore della Camassambiente s.p.a., quale cessionaria del ramo d’azienda della Intini Source s.p.a.;

della determinazione dirigenziale n. 506 del 7 giugno 2012, recante la conferma dell’aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l’affidamento settennale del servizio di igiene urbana in favore della Camassambiente s.p.a., quale cessionaria del ramo d’azienda della Intini Source s.p.a.;

dei verbali di gara e di tutti gli atti della procedura;

e per la condanna del Comune al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bisceglie e di Camassambiente s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Vito Aurelio Pappalepore, Massimo Ingravalle e Francesco Silvio Dodaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 29 luglio 2011, il Comune di Bisceglie ha indetto una procedura aperta per l’affidamento settennale del servizio di igiene urbana, di importo presunto annuo pari ad euro 3.813.961,62 (comprensivo di oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso, pari ad euro 26.215,54), da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Con il ricorso principale ritualmente notificato il 23 aprile 2012, l’a.t.i. Si.Eco. s.p.a. (seconda classificata) impugna la determinazione dirigenziale n. 278 del 23 marzo 2012, recante l’aggiudicazione definitiva del servizio in favore della Camassambiente s.p.a. (quale cessionaria del ramo d’azienda della Intini Source s.p.a., prima classificata ed aggiudicataria provvisoria).

In pendenza del giudizio, il Comune di Bisceglie ha adottato la determinazione dirigenziale n. 471 del 23 maggio 2012, con cui ha parzialmente annullato in autotutela la precedente determinazione n. 278 del 23 marzo 2012, al fine di accertare il possesso da parte della Camassambiente s.p.a. di tutti i requisiti generali e speciali prescritti dalla legge e dal bando di gara.

Esaurita l’istruttoria, il Comune ha confermato l’aggiudicazione definitiva del servizio alla Camassambiente s.p.a. con determinazione dirigenziale n. 506 del 7 giugno 2012, che l’a.t.i. Si.Eco. s.p.a. impugna mediante motivi aggiunti ritualmente notificati il 22 giugno 2012.

Le censure dedotte dalla ricorrente possono così riassumersi:

1) violazione degli artt. 38 e 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del bando di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: il Comune avrebbe omesso di verificare la sussistenza dei requisiti di qualificazione in capo alla Intini Source s.p.a. (prima classificata ed aggiudicataria provvisoria) ed alla Camassambiente s.p.a. (cessionaria d’azienda ed aggiudicataria definitiva); avrebbe omesso di rilevare l’incompletezza delle dichiarazioni rese dagli amministratori della Camassambiente s.p.a. ai sensi dell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici; avrebbe omesso di verificare se il contratto stipulato tra Intini Source s.p.a. e Camassambiente s.p.a. con atto notarile rep. 26549 del 22 novembre 2011 fosse qualificabile come effettiva cessione del ramo d’azienda;

2) violazione del bando di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la Intini Source s.p.a. non avrebbe inserito nella busta “B – offerta economica” l’elencazione dei prezzi unitari di riferimento di cui all’allegato D del capitolato speciale d’appalto, contravvenendo a quanto disposto a pena d’esclusione a pag. 9 del disciplinare di gara;

3) violazione del bando di gara, violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: sia la Intini Source s.p.a. che la Camassambiente s.p.a. avrebbero omesso di sottoscrivere il capitolato speciale d’appalto in ogni pagina, contravvenendo a quanto disposto a pena d’esclusione a pag. 7 del disciplinare di gara; inoltre, la Intini Source s.p.a. non avrebbe specificato nella propria offerta i costi interni della sicurezza;

4) violazione dell’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, violazione dell’art. 9 della legge n. 183 del 2011, violazione delle norme di cui al d.lgs. n. 152 del 2006 in materia di iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la Camassambiente s.p.a. sarebbe affidataria diretta del servizio di igiene urbana presso lo stesso Comune di Bisceglie, sulla base di provvedimenti adottati nell’anno 2012 e senza possedere le necessarie iscrizioni all’Albo, ed in tale situazione non avrebbe potuto concorrere all’aggiudicazione del servizio;

5) violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la commissione di gara non avrebbe dato atto delle cautele adottate per la custodia dei plichi contenenti le offerte.

La ricorrente chiede altresì la condanna del Comune di Bisceglie al risarcimento del danno in forma specifica, mediante aggiudicazione del servizio, ovvero per equivalente nella misura del 10% dell’importo a base d’asta.

Si sono costituiti, chiedendo il rigetto dell’impugnativa, il Comune di Bisceglie e la controinteressata Camassambiente s.p.a.; quest’ultima ha notificato in data 24 maggio 2012 ricorso incidentale, volto a dimostrare l’illegittimità dell’ammissione alla gara dell’a.t.i. Si.Eco. s.p.a. e del disciplinare di gara, per motivi così rubricati:

I) violazione dell’art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006: la capogruppo Si.Eco. s.p.a. e la mandante Consorzio Gema avrebbero costituito un raggruppamento temporaneo di tipo misto orizzontale – verticale, senza indicare nell’offerta la suddivisione delle prestazioni scorporabili e le corrispondenti quote percentuali di partecipazione;

II) violazione dell’art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell’art. 212 del d.lgs. n. 152 del 2006 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la mandante Consorzio Gema sarebbe priva dell’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 1 – classe C;

III) violazione dell’art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del bando di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la mandante Consorzio Gema non avrebbe dimostrato il possesso della certificazione di qualità UNI ISO 14000, necessaria per beneficiare del dimezzamento della cauzione provvisoria;

IV) violazione dell’art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006: il disciplinare di gara sarebbe illegittimo, ove inteso nel senso di obbligare i concorrenti, a pena d’esclusione, ad elencare i prezzi unitari di riferimento di cui all’allegato D del capitolato speciale d’appalto, così come affermato dalla ricorrente principale.

L’istanza cautelare è stata respinta con ordinanze di questa Sezione n. 346 del 31 maggio 2012 e n. 578 del 26 luglio 2012 (la seconda confermata in appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3670 del 12 settembre 2012).

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 5 dicembre 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Il primo nucleo di censure, introdotto con il ricorso principale ed implementato con i motivi aggiunti, attiene alla verifica svolta dal Comune di Bisceglie sul possesso dei requisiti generali e speciali di ammissione da parte della Intini Source s.p.a. (prima classificata ed aggiudicataria provvisoria) e della Camassambiente s.p.a. (cessionaria d’azienda ed aggiudicataria definitiva).

1.1. La ricorrente contesta, in primo luogo, il difetto assoluto d’istruttoria in relazione alla qualificazione della Camassambiente s.p.a., alla quale il Comune ha definitivamente aggiudicato il servizio, con la determinazione dirigenziale n. 278 del 23 marzo 2012, subito dopo aver preso atto della cessione di ramo d’azienda intercorsa con la Intini Source s.p.a.

Il ricorso, per tale profilo, va dichiarato improcedibile.

Con determinazione dirigenziale n. 471 del 23 maggio 2012, il Comune ha infatti parzialmente annullato in autotutela la precedente determinazione n. 278 del 23 marzo 2012, avviando la verifica sul possesso da parte della cessionaria Camassambiente s.p.a. di tutti i requisiti generali e speciali prescritti dalla legge e dal bando di gara e riconoscendo esplicitamente la fondatezza di quanto contestato dall’odierna ricorrente.

1.2. Deve invece essere dichiarata irricevibile la censura riferita alla mancata verifica dei requisiti di qualificazione nei confronti della Intini Source s.p.a., introdotta per la prima volta soltanto con i motivi aggiunti notificati in data 22 giugno 2012.

L’asserito difetto d’istruttoria, ove sussistente, risalirebbe infatti all’originario provvedimento di aggiudicazione definitiva del 23 marzo 2012, per il quale non consta che il Comune abbia riconosciuto tale vizio in sede di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione (disposto, come si è detto, con successivo provvedimento del 23 maggio 2012, motivato in relazione alla mancata verifica della posizione della Camassambiente s.p.a.).

La ricorrente, pertanto, avrebbe dovuto tempestivamente dedurre il motivo entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla conoscenza del primo provvedimento di aggiudicazione definitiva.

1.3. Per il resto, il motivo è infondato per le considerazioni già sommariamente espresse dal Collegio nella fase cautelare. Ed infatti:

- l’iscrizione della Camassambiente s.p.a. all’Albo Nazionale Gestori Ambientali, per le categorie e classi richieste dal bando, è stata disposta dalla Sezione Regionale della Puglia con deliberazione del giorno 11 aprile 2012, anteriore all’aggiudicazione definitiva disposta dal Comune con determinazione dirigenziale n. 506 del 7 giugno 2012 (si vedano i documenti n. 35 e n. 41, depositati dalla difesa comunale il 23 luglio 2012);

- la verifica circa l’assenza di cause d’esclusione a carico degli amministratori di Camassambiente s.p.a., ai sensi dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, ed in particolare nei confronti del presidente Raffaele Chiapperini, dell’amministratore delegato Domenico Cocola, del responsabile tecnico Vittorio Serra e del direttore tecnico Gaetano Nacci, è stata positivamente esperita dalla stazione appaltante (si veda il documento n. 38, depositato dalla difesa comunale il 23 luglio 2012);

- il contratto di cessione di ramo d’azienda rep. 26549 del 22 novembre 2011, stipulato tra Intini Source s.p.a. e Camassambiente s.p.a., resta indenne dalla censura avanzata in termini del tutto generici dalla ricorrente, considerato che non può dubitarsi della liceità della clausola negoziale che escluda l’accollo dei debiti aziendali pregressi da parte della società cessionaria, ai sensi dell’art. 2560 cod. civ. (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 gennaio 2009 n. 77 e la giurisprudenza ivi richiamata).

2. E’ ugualmente infondato il secondo motivo, con il quale la ricorrente afferma che la Intini Source s.p.a. non avrebbe inserito nella busta “B – offerta economica” l’elenco analitico dei prezzi unitari di riferimento per mezzi, attrezzature e personale di cui all’allegato D del capitolato speciale d’appalto, in violazione di quanto prescritto a pena d’esclusione dal disciplinare di gara.

I costi unitari relativi alla manodopera sono stati puntualmente indicati dalla Intini Source s.p.a. nel capitolo II dell’elaborato denominato “relazione economica”, inserito della busta contenente l’offerta economica; i prezzi unitari delle attrezzature e dei materiali di consumo sono stati parimenti indicati nei capitoli III e IV dello stesso elaborato (si veda il documento n. 24, depositato dalla difesa comunale il 28 maggio 2012).

In tal modo, l’impresa aggiudicataria ha sostanzialmente adempiuto a quanto richiesto dal disciplinare di gara, ponendo a disposizione della commissione di gara tutti gli elementi tecnico-economici necessari per la valutazione dell’offerta e per la compiuta assunzione degli obblighi nascenti dal capitolato d’appalto: la stazione appaltante non avrebbe potuto legittimamente escluderla a causa del mancato utilizzo dello schema allegato al capitolato speciale, come invece preteso dalla ricorrente, trattandosi al più di una mera irregolarità formale inidonea a determinare incertezza assoluta sul contenuto economico dell’offerta ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006.

3. E’ infondato nel merito e va respinto anche il terzo ordine di censure, con cui la ricorrente deduce la violazione della *lex specialis* di gara e degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 poiché, a suo dire, la Intini Source s.p.a. e la Camassambiente s.p.a. non avrebbero sottoscritto il capitolato speciale d’appalto in ogni pagina e, inoltre, la Intini Source s.p.a. non avrebbe specificato nella propria offerta i costi interni della sicurezza.

In contrario, è sufficiente rilevare:

- che la Intini Source s.p.a. ha allegato alla propria offerta copia del capitolato d’appalto sottoscritto in ogni pagina (si veda il documento n. 26, depositato dalla difesa comunale il 28 maggio 2012);

- che il bando di gara determinava in via preventiva l’ammontare degli oneri per la sicurezza aziendale non soggetti a ribasso, ma non obbligava i concorrenti a quantificarli espressamente nell’offerta economica;

- che, per tale profilo, non può esser dubbia la qualificazione giuridica del servizio di raccolta e conferimento dei rifiuti urbani come servizio pubblico locale a rilevanza economica (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2005 n. 7058; A.V.C.P., deliberazione 17 giugno 2009 n. 53) sottratto, ai sensi dell’art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006, all’applicazione integrale della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici e nel Regolamento di attuazione, ivi compresa la norma relativa all’indicazione obbligatoria dei costi per la sicurezza aziendale all’interno dell’offerta economica, della quale la ricorrente denuncia la violazione.

4. Quanto, poi, all’asserita violazione del divieto di affidamento posto dall’art. 4, comma 33, del decreto legge n. 138 del 2011, non può che rilevarsi che la Corte costituzionale, con sentenza n. 199 del 20 luglio 2012, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’intero art. 4, sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni.

Venuta meno la norma di legge che si pretende violata, con effetto retroattivo sui rapporti non ancora esauriti, il motivo deve essere respinto.

5. Infine, è infondata e va respinta l’ultima delle censure avanzate dalla ricorrente, secondo cui la commissione di gara non avrebbe dato atto delle cautele adottate per la conservazione e la custodia dei plichi contenenti le offerte.

Nei verbali di gara, la commissione ha diligentemente descritto le operazioni di apertura e successiva sigillatura della buste (si vedano i documenti n. 10-ss., depositati dalla difesa comunale il 28 maggio 2012).

D’altronde, secondo un costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, la mancata o insufficiente indicazione nei verbali delle modalità di conservazione dei plichi e dei documenti non costituisce di per sé causa di illegittimità dell’intera procedura, in assenza di ulteriori indizi dell’avvenuta manomissione o alterazione degli atti di gara, che nella fattispecie la ricorrente non ha fornito (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2011 n. 4055; Id., sez. III, 13 maggio 2011 n. 2908).

6. Accertata la legittimità dei provvedimenti impugnati e delle decisioni assunte dalla stazione appaltante, anche la domanda di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente è respinta.

7. Il ricorso incidentale proposto dalla Camassambiente s.p.a. è improcedibile per difetto d’interesse.

8. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto del valore del servizio e dell’attività difensiva svolta dalle parti resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- quanto al ricorso principale ed ai motivi aggiunti, li dichiara in parte improcedibili ed irricevibili ed in parte li respinge, nei sensi di cui in motivazione;

- quanto al ricorso incidentale, lo dichiara improcedibile.

Condanna la Si.Eco. s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Bisceglie e di Camassambiente s.p.a., a ciascuno nella misura di euro 10.000,00 (oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge).

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2012 con l’intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Francesco Cocomile, Referendario

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

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2013

IL SEGRETARIO

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