



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 la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 242 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ECOLOGICA di Francesco PODDA e C Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via San Lucifero N.65;

contro

COMUNE DI SINISCOLA -Commissione Gara -Segretario Generale -, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Giovanna Murgia, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, piazza del Carmine N.22;

nei confronti di

ATI DERICHEBOURG SAN GERMANO Srl (Capogruppo) costituenda ATI con Tekno Service Srl, rappresentata e difesa dagli

avv. ti Giancarlo Piredda e Luigi Gili, con domicilio eletto presso Giancarlo Piredda in Cagliari, via Dante N.85;

per l'annullamento (con il ricorso principale):

-di tutti i verbali di gara per l'affidamento del "Servizio di Igiene Urbana e Ambientale e Servizi Complementari" del Comune di Siniscola nella parte in cui hanno ammesso alla gara la controinteressata Derichebourg San Germano, anziché escluderla;

- della determina n. 4 del 31.1.2011 del Comune di Siniscola di aggiudicazione della gara alla controinteressata ATI e della nota prot. 2127 del 4.2.2011 di comunicazione del aggiudicazione;

-dei consequenziali provvedimenti adottati, compreso l'eventuale stipulato o stipulando contratto d'appalto con l'aggiudicataria, che dovrà essere annullato e/o dichiarato inefficace;

-del provvedimento tacito formatosi sul pre- ricorso del 9/2/2011, ex articolo 243 bis, commi 4 e 6, del codice dei contratti;

-e di tutti gli ulteriori atti presupposti, conseguenti o comunque connessi con quel impugnati;

- di tutti gli ulteriori atti presupposti, conseguenti o comunque connessi;

nonché PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI

-in forma specifica, con aggiudicazione e subentro;

-o, in subordine, per equivalente a seguito della mancata aggiudicazione della gara di cui trattasi.

E con i MOTIVI AGGIUNTI depositati il 22.3.2011:

- della nota prot. 4512 dell'11.3.2011 emessa dal Comune di Siniscola con cui si informava la ricorrente dell'adozione della determina n. 161 di aggiudicazione “definitiva” del servizio novennale all' ATI Derichebourg san Germano srl /Tekno Service srl.

**

Nonchè CON RICORSO INCIDENTALALE (promosso dall'ATI controinteressata) anche per l'annullamento:

-degli atti di gara nella parte in cui hanno ammesso alla procedura la ricorrente Ecologica Podda anziché escluderla, per violazione del divieto di partecipazione alla gara stante l'affidamento diretto in corso da parte del Comune di S. Sperate in favore di S.Germano;

- del Disciplinare di gara (art. 1 pagina 11; art. 2 pag. 12 ult. cpv.; pag. 13 1° cpv.) e del Capitolato speciale d'appalto (art. 8 pagg. 9-10; art. 9 pag. 15 cpc, pag. 15 3 cpv.); in materia di obbligo di allegazione/descrizione, fin dall'offerta, degli “oneri relativi alla gestione delle opere fisse e campagna di informazione e sensibilizzazione dell'utenza”;

- del Capitolato speciale (art. 21), in materia di realizzazione dell'Ecocentro.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Siniscola e di Ati Derichebourg San Germano/Srl Tekno Service Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata aggiudicataria San Germano Srl/ Teknoservice Srl ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori Pinna, Fois, in sostituzione, e Gili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Siniscola ha avviato una procedura aperta, ex articolo 3 comma 37 del codice dei contratti, per l'affidamento del "servizio di igiene urbana e ambientale e servizi complementari" per l'importo complessivo di € 25.750.909,90 riferito a nove anni di gestione (€ 2.861.212 annui), secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. determinazione del segretario Generale n. 73 dell'1/6/2010).

Alla gara hanno partecipato una pluralità di imprese (cfr. graduatoria scaturita dall'aggiudicazione definitiva del 7 marzo 2011 determinazione n. 16, ove figurano 6 imprese, che hanno ottenuto un punteggio finale da 84,53 fino a 74,70) tra le quali la ricorrente e la controinteressata, collocate rispettivamente al secondo e al primo posto.

In particolare:

-Derichebourg/San Germano otteneva il miglior punteggio complessivo di 84,53;

-Ecologica Podda, si collocava al secondo posto con il punteggio complessivo di 80,82.

L'aggiudicazione definitiva è intervenuta con la determinazione del responsabile del procedimento del 7 marzo 2011.

Con ricorso consegnato per la notifica al 4 marzo 2011 e depositato il successivo 12/3 Ecologica Podda ha impugnato i verbali di gara, la determina n. 4 del 31 gennaio 2011 di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione (per nove anni all'importo di 25.208 722,53 oltre IVA) alla costituenda ATI Derichebourg San germano/Tekno service con affidamento, nelle more della verifica ex articolo 48 comma 3 del codice dei contratti, dell'incarico per la gestione del servizio.

Si contesta inoltre il provvedimento tacito di non luogo a provvedere formatosi sul pre-ricorso presentato dalla ricorrente, ex art. 243 bis codice contratti .

E' stato richiesto anche l'annullamento degli atti consequenziali, in particolare l'eventuale stipulato contratto d'appalto con l'aggiudicataria, con sua richiesta di annullamento e/o dichiarazione di inefficacia e conseguente subentro della ricorrente (seconda graduata) nell'aggiudicazione.

Sono state formulate, da ECOLOGICA PODDA, le seguenti 3 censure, tutte volte a dimostrare l'illegittimità delle operazioni della Commissione giudicatrice nella parte in cui non ha proceduto all'

<esclusione> della costituenda ATI Derichebourg San germano/Tekno service, e specificamente per:

1) violazione di legge per mancata e/o falsa applicazione dell'articolo 113 comma 6 del decreto legislativo 267/2000 (applicabile ratione temporis alla gara in contestazione);

violazione di legge per mancata e/o falsa applicazione dell'articolo 23 bis, comma 9, del DL 112 / 2008, conv. in L. 133 / 2008, come modificato dall'articolo 15, comma 9, della L. 166/2009;

in particolare si sostiene l'applicabilità del divieto di partecipazione alla gara a causa degli AFFIDAMENTI DIRETTI conferiti alla società San germano dall'Unione dei Comuni "Metalla e mare" (sia tramite proroghe contrattuali sia tramite ordinanze contingibili ed urgenti emesse dal Presidente dell'Unione al fine di assicurare il servizio, nelle more dell'espletamento della gara per il nuovo appalto); nella specie si sostiene che fino alla data del 30 settembre 2010 la società San germano gestiva il servizio di raccolta rifiuti, in favore dell'Unione Metalla e Mare, in forza di una proroga dell'appalto affidatole direttamente e senza gara;

2) violazione della Lex specialis di gara per mancata e/o falsa applicazione del disciplinare di gara (articolo 1 pagina 11 e articolo 2 pagina 12 ult. cpv. e pagina 13 1° cpv.) e del capitolato speciale (articolo 8 pagine 9-10; articolo 9 pagine 15 2° e 3°cpv.);

violazione di legge per falsa applicazione degli articoli 86, 87 e 88 del decreto legislativo 163/2006;

violazione dei generali principi della par condicio fra concorrenti e di buon andamento della P.A.;

eccesso di potere per erroneità dei presupposti;

in particolare mancata presentazione, in sede di offerta/relazione, dell'analisi dettagliata degli “oneri” relativi alla gestione delle opere fisse (Ecocentro) e di quelli relativi alla campagna di informazione e sensibilizzazione dell'utenza – la parte sarebbe stata successivamente ammessa alla produzione, su richiesta della Commissione del 28/12/2010, ma con effetto non sanante - carenza di documentazione essenziale;

3) violazione della Lex specialis di gara: mancata e/o falsa applicazione del disciplinare di gara (articolo 1 pagina 11; articolo 2 pagina 12 ult. cpv. e pag. 13 1° cpv.) e del capitolato speciale (art. 8; art. 9 pag. 15, 2° e 3° cpv.; art. 21); si sostiene in particolare la mancata previsione di “realizzazione/costruzione” di un nuovo “Ecocentro”;

violazione di legge per mancata applicazione degli articoli 86,87 e 88 del codice contratti;

violazione dei generali principi della par condicio fra i concorrenti e di buon andamento della P.A. ;

eccesso di potere per erroneità dei presupposti.

In via derivata si sostiene che tutti gli atti di gara sarebbero viziati per l'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura, in violazione del divieto di partecipazione ai soggetti che godevano di affidamenti

diretti da parte di altre amministrazioni.

A seguito della conclusione della procedura di gara la ricorrente principale Ecologica Podda ha formulato MOTIVI AGGIUNTI, consegnati per la notifica il 18 marzo 2011 e successivamente depositati il 22/3, impugnando anche l'aggiudicazione definitiva di cui alla determina 161 del 7 marzo 2011, nel frattempo intervenuta, per i medesimi vizi già esposti nel ricorso introduttivo.

**

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione che la controinteressata ATI Derichebourg San germano/Tekno service, sostenendo la legittimità della procedura di gara.

In particolare la controinteressata ATI aggiudicataria (composta anche da San germano) sosteneva la non applicabilità dei divieti di legge alla propria posizione, in quanto norme legislative volte ad incidere limitativamente ed esclusivamente sulla partecipazione alle gare delle società pubbliche "in house" E in ogni caso la norma prevederebbe anche una "deroga" per la "prima gara".

Con RICORSO INCIDENTALI consegnato per la notifica il 30 marzo 2011 e depositato il successivo 5/4 l'aggiudicataria ha impugnato anch'essa sotto 3 profili di atti di gara:

A)tenuto conto che l'articolo 86 comma 5 del codice dei contratti è stato abrogato dall'articolo 4 quater del DL 1 luglio 2009 n. 78 conv. con modif. nella L. 3.8.2009 n. 102 la San germano impugna in via

incidentale le norme del Disciplinare di gara (art. 1 pagina 11; art. 2 pag. 12 ult. cpv.; pag. 13 1° cpv.) e del Capitolato speciale d'appalto (art. 8 pagg. 9-10; art. 9 pag. 15 cpc, pag. 15 3 cpv.) se interpretati nel senso che avrebbero potuto determinare, come sostenuto dalla ricorrente principale, l' esclusione automatica dalla gara, cioè senza il rispetto del principio di "procedimentalizzazione" della verifica dell'anomalia (per contestata omessa dettagliata descrizione degli oneri relativi alla gestione delle opere fisse e campagna di informazione e sensibilizzazione dell'utenza); stante l'abrogazione del 5° comma dell'articolo 86 del codice contratti, correttamente la commissione ha richiesto l'integrazione documentale;

B) impugnazione in via incidentale del disciplinare di gara e del capitolato speciale (art. 21) qualora interpretati nel senso di imporre la " costruzione" di un nuovo ecocentro comunale, con ammissione dell'utilizzo di una struttura già realizzata e disponibile;

C) impugnazione in via incidentale di tutti gli atti di gara, per mancata esclusione della ricorrente ECOLOGICA PODDA, titolare di un affidamento diretto e/o contrario alle procedure a evidenza pubblica presso il COMUNE DI SAN SPERATE, in violazione dell'articolo 113 comma 6 del decreto legislativo 267/2000 e dell'articolo 23 bis della legge 133 / 2008, invocati da controparte.

Alla Camera di consiglio del 6 aprile 2011 il Collegio ha disposto l'urgente fissazione della causa nel merito all'udienza pubblica all'8 giugno 2011, in applicazione dell'articolo 119 comma 3° comma –rito

appalti- del Codice del processo amministrativo, considerato che la tematica degli affidamenti diretti (profilo proposto sia con ricorso principale che con ricorso incidentale) richiedeva l'approfondimento tipico della fase di merito.

All'udienza dell'8 giugno 2011 la causa è stata spedita in decisione.

La difesa dell'Amministrazione ha chiesto, in particolare, il deposito del dispositivo della decisione.

DIRITTO

RITO

Preliminarmente va respinta l'eccezione della difesa della controinteressata che ha richiesto l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'Unione Metalla e Mare. Tale Amministrazione non è parte necessaria nel presente giudizio, non essendo stati impugnati atti e/o provvedimenti emessi da tale Amministrazione. Gli atti/contratti/ordinanze emesse dall'Unione rappresentano solo un presupposto fattuale (con analisi dei correlati e conseguenti effetti giuridici) ai fini della verifica della legittima o meno partecipazione dell'ATI Derichebourg San germano/Tekno service alla procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Siniscola.

Anche la contestata (sempre da parte della difesa dell'aggiudicataria, sollevata nella memoria depositata il 21 marzo 2011) omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva è superata dall'avvenuta successiva formulazione dei Motivi Aggiunti, depositati in giudizio dalla difesa di Ecologica Podda il 21 marzo 2011, con estensione

dell'impugnazione anche all'atto finale della procedura di gara (aggiudicazione definitiva).

**

MERITO.

La procedura posta in essere dal Comune di Siniscola era diretta all'individuazione dell'aggiudicataria per l'affidamento del servizio, per nove anni, di raccolta/smaltimento rifiuti.

Il bando di gara individuava il termine per la presentazione delle offerte nel 6 agosto 2010.

La costituenda ATI Derichebourg San germano/Tekno service ha presentato la propria offerta il 5 agosto 2010.

Ecologica Podda ha presentato la propria offerta il 4.8.2010

L'aggiudicazione definitiva è intervenuta con provvedimento dirigenziale del 7 marzo 2011.

Non risulta agli atti che il contratto sia stato, poi, effettivamente stipulato, in quanto parrebbe che l'Amministrazione abbia deciso di attendere la pronunzia di merito di questo giudice.

Il primo motivo del ricorso principale risulta fondato in quanto dalla documentazione prodotta in giudizio è dimostrato che a quella data (5 agosto 2010 data di presentazione dell'offerta) San germano godeva effettivamente di affidamenti diretti da parte dell'Unione dei comuni "Metalla e mare" (in regime di "pseudo-proroga" di un precedente contratto quinquennale che era stato stipulato il 19/12/2002 fra i Comuni di Buggerru e Fluminimaggiore e Waste

Italia spa, poi modificatasi in Aspica srl). E S. Germano era divenuta parte del rapporto contrattuale a seguito del contratto di cessione di ramo d'azienda (Aspica, nel maggio 2008).

Per la verità il contratto stipulato il 3.7.2009 (per 6 mesi) fra Unione e S. Germano (che richiama il contratto del 2002, per giustificare la scelta dell'operatore) integra indubbiamente un nuovo contratto, in affidamento diretto:

- diverso sia soggettivamente (non più parti i 2 Comuni, ma l'Unione),

- diverso sia oggettivamente essendosi il servizio strutturalmente modificatosi (da raccolta tramite cassonetto a raccolta differenziata porta a porta), con innovative condizioni contrattuali, anche in termini di corrispettivo (195.000 euro per 6 mesi; a fronte del contratto del 2002 che prevedeva 167.800 per 1 anno).

In particolare (al momento della presentazione dell'offerta) risulta che San germano svolgesse il servizio di raccolta rifiuti in favore dell'Unione "Metalla e Mare" -nuovo soggetto giuridico pubblico neocostituito nel 2008- (ed in particolare per conto dei Comuni di Buggerru e Fluminimaggiore, che avevano conferito la gestione del servizio all' Unione) per il trimestre luglio-agosto-settembre 2010, per l'importo di € 97.500. Ciò in forza di determinazione dirigenziale di "proroga", datata 30 giugno 2010, di altri due precedenti analoghi provvedimenti, con i quali era stata affidata, in modo diretto, a San germano la gestione del servizio nei due Comuni (raccolta

differenziata).

Gli affidamenti diretti, in favore di San Germano, risalgono dunque all'anno precedente (2009), quando con determinazione n. 11 del 1/7/2009 veniva affidato -nell'attesa dello svolgimento della gara da parte dell'Unione- il servizio per 6 mesi sostanzialmente a nuove condizioni contrattuali (€ 195.000 per un semestre, come emerge dal contratto e dal capitolato depositato in giudizio -cfr. doc. N.44 della produzione Ecologica Podda del 4 aprile 2011), successivamente rinnovato per altri 4 mesi il 31/12/2009 (per l'importo di € 130.000). Complessivamente gli affidamenti si sono susseguiti per 13 mesi (6+4+3) dal 1.7.2009 al 30.9.2010.

Successivamente (all'affidamento trimestrale, che qui rileva, del 30 giugno 2010) l'Unione Metallaria e Mare" conferiva (non più tramite "proroghe" contrattuali, bensì) tramite "ordinanze contingibili ed urgenti" emesse dal Presidente dell'Unione la gestione dello stesso servizio a San Germano (cfr. ordinanza n. 1 del 27 settembre 2010 per la gestione del servizio nell'ultimo trimestre 2010;" e ordinanza n. 2 del 27 dicembre 2010 per la gestione del servizio nel primo quadrimestre 2011).

Per quanto qui interessa assumono rilevanza in particolare gli affidamenti diretti sussistenti (e operativi) al momento della partecipazione alla gara conferiti, in regime contrattuale (di affidamento/proroga) e non di provvedimento autoritativo, dall'Unione dei comuni.

Tale elemento (svolgimento del servizio di raccolta rifiuti ottenuto senza gara e con contratto provvisorio) vizia la partecipazione alla gara dell'ATI aggiudicataria (composta anche da San Germano), in quanto le 2 disposizioni di legge richiamate nel primo vizio del ricorso principale formulato da Ecologica Podda pongono effettivamente un generale divieto di partecipazione alle gare e di affidamento dei contratti nei confronti di coloro che beneficiano -in palese violazione dei principi di concorrenza e di evidenza pubblica-, di "affidamenti diretti".

I divieti sono quelli contemplati dall'articolo 113 comma 6 del testo unico 267/2000 e dall'articolo 23 bis comma 9 del DL 112/2008 conv. nella L. 133/2008 s.m.166 /2009.

L'art. 113 6° comma del TU ee.ll., applicabile e vigente al momento della presentazione dell'offerta del 5.8.2010 (poi abrogato dall'art. dall'articolo 12, comma 1, lettera a, del D.P.R. 7.9. 2010, n. 168 recante il "Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133") prevedeva espressamente il seguente divieto:

"Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, <gestiscono> a qualunque titolo servizi pubblici locali <in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica>, o a seguito dei <relativi

rinnovi>; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4.”

L’art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito, con modificazioni, in L. 6 agosto 2008, n. 133 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria”, come sostituito dall’articolo 15, comma 1, lettera d), del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, conv, in L. 20 novembre 2009, n. 166, prevede il seguente, analogo, divieto di partecipazione:

“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell’Unione europea, che, in Italia o all’estero, <gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto> servizi pubblici locali in virtù di <affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica> ovvero ai sensi del comma 2, lettera b, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall’attività di erogazione dei servizi, <non possono acquisire la gestione> di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo <opera per tutta la durata della

gestione> e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali <possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio>, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”.

La “coesistenza” di una gestione (in affidamento diretto e consensuale) in riferimento al medesimo servizio (raccolta rifiuti nei Comuni di Buggerru e Fluminimaggiore), conferito dall’ “Unione Metalle e Mare” in favore di S. Germano, rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione di S. Germano alla gara pubblica indetta dal Comune di Siniscola (di cui S. Germano non era precedente affidataria diretta).

Infatti “all’affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. Infatti, le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda a una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare d un affidamento senza gara”. (Consiglio Stato , sez. VI, 16 febbraio 2010 , n. 850).

Diverso sarebbe stato se lo svolgimento del servizio fosse stato

svolto in forza di provvedimento autoritativo (ordinanza contingibile ed urgente, per il periodo strettamente necessario all'espletamento della gara a regime), in quanto "in tema di servizio raccolta e trasporto rifiuti, allorché in prossimità della scadenza della proroga il Comune contatti la società attuale affidataria del servizio al fine di acquisire la disponibilità ad un'ulteriore proroga del servizio (nella specie: per altri sei mesi), alle medesime condizioni economiche e tecniche in atto, nelle more della predisposizione degli atti e degli adempimenti necessari per l'affidamento mediante pubblica gara del nuovo servizio, e l'affidataria declini la proposta di ulteriore proroga, alla luce del disposto di cui all'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, onde evitare il pregiudizio derivante (attese le interpretazioni giurisprudenziali rese sul punto) dall'impedimento alla partecipazione ad altre gare, è legittima l'ordinanza contingibile ed urgente assunta dal Sindaco ai sensi dell'art. 50, d.lg. n. 267 del 2000, al fine di assicurare comunque la continuità del servizio di gestione dei rifiuti urbani, tenuto conto della qualità di servizio essenziale, non suscettibile di subire interruzioni; in tal caso l'avvenuto affidamento del servizio alla società per effetto di un provvedimento extra ordinem, assunto sulla base di presupposti di diritto del tutto diversi da quelli in base ai quali in via ordinaria si procede mediante proroga dell'affidamento in corso, non è assimilabile a tale ultima ipotesi e quindi non può costituire per la società istante impedimento per l'eventuale partecipazione ad altre gare" (cfr.

T.A.R. Veneto, sez. I, 9 luglio 2010 n. 2906).

Evidentemente nel caso (diverso dalla proroga, che implica il preventivo accordo con l'imprenditore) di ordinanza contingibile, non sussistendo l'elemento "consensuale" dell'impresa, la sanzione non sarebbe stata applicabile.

La difesa della controinteressata sostiene poi, che il primo divieto, contemplato dall'art. 113 6° TU ee.ll. sarebbe già venuto meno non solo in forza della successiva abrogazione formale (confermativa) da parte dell' art. 12 comma 1 del DPR 168 del 7.9.2010, ma fin dal precedente D.L. 112 del 25.6. 2008, il cui art. 23 bis comma 11 disponeva l'abrogazione delle parti "incompatibili" dell'art. 113 del TU ee.ll. con il nuovo art. 23 bis del 112/2008.

Pur riscontrando la vigenza anche dell'art. 113 6° comma TU ee.ll. al momento della gara, si ritiene non rilevante la questione essendo comunque applicabile il secondo divieto (quello contemplato dall'art. 23 bis 9° comma del DL 133/2008 conv. In L. 133/2008).

Non si condivide la tesi sostenuta dalla difesa dell'aggiudicataria che il divieto previsto all' 23 bis comma 9° 133/2008 sarebbe riferibile esclusivamente alle società "in house providing" e quindi non anche alle imprese private –come sono le parti qui in causa-, ma unicamente alle "imprese pubbliche" operanti in mercati "protetti".

Ritiene il Collegio che la norma tale specifica delimitazione soggettiva non pone e si presta ad essere applicata in termini generali, a tutela del principio concorrenziale fra gli operatori del

mercato (pubblici e privati).

Innanzitutto, sotto il profilo letterale, va evidenziato che quando il legislatore ha voluto restringere soggettivamente la nozione (ad es. si veda l'art. 13 comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in L. 4 agosto 2006 n. 248) lo ha fatto espressamente, indicando:

“le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività”.

Mentre in questo caso tale specificazione è assente.

Sotto il profilo sostanziale va rilevato che le imprese che possono beneficiare di “affidamenti diretti” si trovano in una posizione di oggettivo vantaggio economico e organizzativo nella propria attività, con concrete agevolazioni nel competere all'affidamento di nuove commesse ad evidenza pubblica. Infatti va considerato che i requisiti speciali (economici soggettivi) beneficiano e contemplano indubbiamente anche i detti servizi, svolti in regime di affidamento diretto, che vengono a far parte del “curriculum” dell'impresa (sia in termini di “fatturato” che di specifica “tipologia” del servizio prestato). Si ricorda infatti che il bando di Siniscola (procedura aperta) dell'1.6.2010 prevedeva quali requisiti minimi per la partecipazione (al punto 11.4) un fatturato negli ultimi 3 esercizi finanziari pari ad almeno 9 milioni di euro e un fatturato per servizi di igiene urbana e ambientale di almeno 6 milioni di euro, con

indicazione dei servizi prestati negli ultimi 3 anni. E nelle dichiarazioni delle imprese figurano anche i servizi svolti in affidamento diretto (cfr. ad es. doc. 4 del 4.4.2001 produzione controinteressata per Ecologica Podda per il triennio 2007-2009 sono indicati gli importi dei corrispettivi percepiti dal Comune di S. Sperate, di oltre 400.000 euro per ciascun anno).

Del resto il 1° comma dell'art. 23 bis del DL 112/2008 fornisce quale chiave di lettura generale il seguente principio:

“Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la piu' ampia diffusione dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale”.

Ed in tale ottica va interpretato anche il successivo sostanziale 9° comma disciplinante il “divieto di partecipazione” per coloro che godono di affidamenti diretti in quanto “gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtu' di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica”. Con precisazione che “il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione” e che “i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva

alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”.

Quest’ultima parte della norma (qualificabile come “deroga” al divieto generale) implica, in sostanza che la società che è affidataria diretta del servizio possa partecipare alla “prima gara” ad evidenza pubblica indetta dal medesimo ente.

La norma prevede quindi, in via generale, il divieto di acquisire affidamenti di servizi in capo ai soggetti titolari della gestione affidata in via diretta e non tramite gara; in termini di “eccezione al divieto” la disposizione consente però la possibilità per i suddetti affidatari diretti di partecipare alla <prima gara > da svolgersi per l'affidamento del medesimo servizio.

Tale “eccezione” trova il proprio fondamento nella necessità di dettare <regole transitorie> nonché di garantire la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento ingenerato dai precedenti affidamenti e va intesa in termini letterali, senza interpretazioni estensive o analogiche. Pertanto “va circoscritta e limitata l'eccezione alla possibilità di partecipare alla prima gara successiva per chi svolgeva in affidamento diretto il medesimo servizio” (cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 21 ottobre 2009 , n. 2897).

Nel caso di specie la deroga non è quindi applicabile (non essendo il precedente rapporto contrattuale, per la raccolta rifiuti, del Comune di Siniscola in affidamento diretto).

In definitiva la società S. Germano non prestava –come si è visto- il

servizio di raccolta rifiuti in favore dell'Unione "Metalla e Mare" (per conto dei 2 Comuni Buggerru e Fluminimaggiore) in regime concorrenziale, avendo fruito di specifiche "pseudo-proroghe contrattuali" (ancora vigenti al momento della partecipazione – agosto 2010- della gara qui in esame indetta dal Comune di Siniscola), grazie all' affidamento del relativo servizio tramite procedura "non" ad evidenza pubblica conferito dall'Unione al soggetto che era subentrato nel contratto quinquennale del 2002.

Ricadendo quindi nel divieto "de quo".

**

Peraltro, in ordine alla partecipazione di ECOLOGICA PODDA , occorre considerare ed esaminare l'analoga censura, proposta con RICORSO INCIDENTALE (terzo motivo) dalla controinteressata aggiudicataria ATI Derichebourg San germano-Tekno service, in relazione alla posizione della ricorrente principale Ecologica Podda, e specificamente in considerazione dei suoi rapporti contrattuali vigenti con il COMUNE DI SAN SPERATE.

Trattasi in particolare, per quanto qui interessa sotto il profilo temporale, della determinazione dirigenziale n. 162 del 28 giugno 2010 (cfr. doc. n. 11 del deposito del 16 maggio 2011 da parte della difesa dell'aggiudicataria Derichebourg San germano) con la quale è stato attribuito dal Comune di San Sperate il servizio di raccolta rifiuti, per il secondo semestre 2010 (per l'importo di € 249.899).

In questo caso il Comune di San Sperate faceva riferimento al

precedente contratto “annuale” stipulato il 6 novembre 2007 con Ecologica Podda (dopo l'espletamento di una procedura negoziata senza pubblicazione di bando, per l'importo di € 425.000 valevole per 1 anno, con consegna del servizio l'1 luglio 2007), ove all'articolo 5 si prevedeva a carico dell'impresa anche l'obbligo di garantire il servizio anche successivamente al 30 giugno 2008, se non ancora espletata/determinata la nuova gara.

In sostanza il contratto originario annuale ha avuto, dopo l'anno, plurime proroghe (per la precisione ben sette proroghe, v. doc. 11 della produzione del 16.5.2011: determinazioni dirigenziali di proroga temporanea del servizio dal 1.7.2008 al 31.12.2010), con il permanere dei suoi effetti–scaduti il 30.6.2008- in modo continuativo sino al 31 dicembre 2010. Ecologica ha in sostanza fruito anch'essa di un regime “anomalo e/o abnorme” di proroga, con tempi non compatibili con lo svolgimento della procedura di selezione del nuovo gestore. In particolare il contratto annuale del 2007 ha esplicitato la propria “ultrattività” con 7 successive proroghe, trasformando un contratto di 12 mesi in un contratto di complessivi 42 mesi. (tramite plurimi provvedimenti dirigenziali di proroghe per complessivi 30 mesi).

Successivamente il Sindaco di San Sperate ricorreva al (diverso) strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente per poter garantire il servizio (v.ordinanza n. 28 del 29 dicembre 2010 per l'espletamento del servizio nei primi 5 mesi 2011 per l'importo di € 40.000 mensili;

doc. n. 8 della produzione del 4 aprile 2011 dell'aggiudicataria atti San germano Derichebourg).

Emerge quindi che, nella gara indetta dal Comune di Siniscola, anche la partecipazione della ricorrente principale Ecologica Podda si pone in espreso contrasto con le norme dalla stessa invocate il ricorso, riferite al divieto di partecipazione per le società che godono di “affidamenti diretti”, senza gara, per la medesima tipologia di servizi. Non si ravvisano fondate le considerazioni sviluppate, dalla difesa della ricorrente principale, in ordine al “distinguo” fra le due posizioni S. Germano-Ecologica Podda, in quanto non si può riconoscere all’art. 5 del contratto annuale del 2007 la capacità/idoneità di offrire una “copertura” indefinita nel tempo di proroghe rispetto alla pattuizione iniziale (annuale).

Tale riscontrato elemento (fondatezza, sotto tale profilo, anche del ricorso incidentale, per omessa esclusione della ricorrente principale Ecologica Podda, seconda graduata, che ha partecipato alla gara pur godendo del beneficio di affidamenti diretti in regime di proroga da parte del Comune di San Sperate) rende privo di interesse il ricorso principale promosso dalla Ecologica Podda, la quale non potrebbe ottenere alcun concreto risultato, in proprio favore, dall’eventuale pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione all’ATI Derichebourg San germano/Tekno service, dovendo essa stessa essere esclusa dalla gara per il medesimo motivo (riscontrato il divieto di partecipazione per la ricorrente principale Ecologica Podda).

La pretesa sostanziale (*petitum*) vantata si caratterizzava infatti nella volontà di ottenere l'aggiudicazione in proprio favore (risarcimento in forma specifica) –quale seconda graduata-, previo annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della ATI controinteressata, con inefficacia del contratto e subentro nella posizione di nuova aggiudicataria e nel contratto (in subordine, il risarcimento per equivalente).

Riscontrata la mancanza del presupposto essenziale, essendo stato acclarato che la ricorrente principale Ecologica Podda non può ottenere l'aggiudicazione richiesta, ricadendo nel divieto di partecipazione, il ricorso principale va dichiarato improcedibile per carenza di interesse, coerentemente ai principi generali ridefiniti anche dall'A.P. del C.S. 7.4.2011 n. 4.

Neppure sussiste un profilo di interesse a livello di interesse “strumentale” (volto al rifacimento/rinnovamento della gara), in quanto alla procedura ad evidenza pubblica hanno partecipato una pluralità di imprese, che si sono collocate in graduatoria finale (4, oltre le odierne società contrapposte, e precisamente EGEA; COSIR-SITEC; ASA; GESENU-CAMP. AMBIENTE).

In definitiva il Collegio:

- accoglie il ricorso incidentale (terzo motivo, in relazione al divieto di partecipazione di Ecologica Podda);
- dichiara improcedibile il ricorso principale, per difetto di interesse, stante la fondatezza del ricorso incidentale.

Assorbiti gli altri profili di censura, attinenti l'ammissione/esclusione di ATI Derichebourg S. Germano -Tekno service, che non consentirebbero di modificare la posizione della ricorrente principale (esclusa).

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di lite in considerazione del fatto che le due concorrenti ricadevano, ambedue, nel divieto di legge e che all'Amministrazione era stata specificamente proposta la questione (quanto meno in riferimento all'aggiudicataria, tramite l'esposto Ecologica Podda del 21.1.2011 doc. n. 17 fascicolo ricorrente) in via endoprocedimentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso incidentale;
- dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate .

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/06/2011

IL SEGRETARIO

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