

N. 02338/2012REG.PROV.COLL.
N. 01129/2012 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 1129 del 2012, proposto da:

Calcina Iniziative Ambientali S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con Mg Service S.r.l., Pertot Ecologia e Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luca De Pauli, con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Di Ienno in Roma, viale Mazzini, 33;

contro

il Comune di San Dorligo della Valle, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso Stefano Coen in Roma, piazza di Priscilla, 4;

nei confronti di

Italspurghi Ecologia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Giuseppe Sbisà e Giovanni Carbone, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE:

SEZIONE I n. 00060/2012, resa tra le parti, concernente REVOCA
AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA GARA PER AFFIDAMENTO
SERVIZIO DI RACCOLTA, TRASPORTO, SMALTIMENTO E
RECUPERO RIFIUTI URBANI - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Dorligo della
Valle e della Italspurghi Ecologia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2012 il Consigliere
di Stato Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati De Pauli, Rosati, e Salvatore, per delega
dell'avv. Sanino;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Considerato che Calcina Iniziative Ambientali S.r.l., nella qualità di
mandataria della costituenda a.t.i. con Mg Service S.r.l., Pertot Ecologia e
Servizi S.r.l., partecipava alla gara indetta dal Comune di San Dorligo della
Valle per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto, smaltimento e
recupero dei rifiuti solidi urbani, per il periodo 2012 – 2016, risultando
aggiudicataria provvisoria;

che l'aggiudicazione veniva revocata dal Comune, essendo stata accertata, a
seguito di segnalazione della Italspurghi Ecologia s.r.l., seconda classificata,
l'esistenza a carico della MG Service s.r.l. della causa di preclusione di cui
all'art. 4, comma 33, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con l. 14
settembre 2011, n. 148, essendo affidataria diretta dello stesso servizio
presso il Comune di Pavia di Udine;

che Calcina Iniziative Ambientali S.r.l. (d'ora innanzi, solamente Calcina)

impugnava davanti al TAR Friuli Venezia Giulia la disposta revoca, lamentando la violazione dei principi in materia di autotutela, violazione di legge in relazione alla causa di incompatibilità e il difetto di motivazione, nonché in via gradata vizi attinenti la composizione della commissione di gara, per la presenza di membri incompatibili;

che il TAR Friuli Venezia Giulia, con sentenza in forma semplificata resa alla camera di consiglio del 25 gennaio 2012, respingeva il ricorso, ritenendo sussistente la preclusione ravvisata dal Comune;

che Calcina s.r.l., con l'atto di appello in esame, ha impugnato la sentenza per *error in iudicando*, in relazione a tutte le censure dedotte, che ripropone in questa sede;

che resistono all'appello il Comune di San Dorligo della Valle e Italspurghi Ecologia s.r.l., assumendo la correttezza della sentenza di primo grado;

che alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata, le parti sono state avvisate circa la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata.

Considerato che l'art. 4, comma 33 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 stabilisce che *“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante (...) che in Italia o all'estero gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica...nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, 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.. controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto ...opera per tutta la durata della gestione...”*;

che la MG Service s.r.l., mandante dell'a.t.i. con capogruppo Calcina, ricade

nella situazione di incompatibilità prevista dalla norma citata, atteso che,

- essa società nell'anno 2011 era affidataria diretta del servizio di gestione del Centro comunale di raccolta rifiuti del Comune di Pavia di Udine;
- che il servizio affidato integra un segmento del servizio di igiene urbana;
- che il divieto di cui l'art. 4, comma 33 del d.l. n. 138 del 2011, opera anche per i soggetti ai quali è affidata una fase o segmento della gestione del servizio (*“i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire...”).*

Ritenuto che l'estensione della preclusione come disciplinata dall'art. 4, legge citata, toglie rilevanza alla questione sulla natura dell'affidamento alla M.G., se appalto di servizi o vero e proprio affidamento di servizio pubblico locale, attenendo, comunque, il servizio affidato dal Comune di Pavia di Udine ad una fase del ciclo del servizio di igiene urbana.

Ritenuto che ugualmente non assume rilievo la circostanza che il compenso corrisposto dal Comune di Pavia di Udine per il servizio sia di modestissima entità, pari a euro 17.680,00 per l'intero anno.

Ritenuto, in conclusione, che in forza della disposizione citata che non v'è alcun margine di discrezionalità in capo all'amministrazione, neppure nei casi marginali, qual è quello in questione, in cui l'affidamento diretto è contrassegnato da comportamento assolutamente legittimo in considerazione del valore del servizio e della procedura del regolamento dei contratti comunali del comune affidatario.

Ritenuto, quanto alla disposizione transitoria introdotta dall'art. 9, comma 2, lett. i) della l. 12 novembre 2011, n. 183 in base alla quale *“i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno sia stata adottata la decisione di*

procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso ai sensi del comma 12...” che essa non è applicabile al caso di specie, poiché la procedura di gara era conclusa nell’agosto 2011, ben prima dell’entrata in vigore della citata novella, la cui asserita efficacia retroattiva non trova fondamento alcuno né nella disposizione normativa, né nei principi generali dell’ordinamento, alla stregua dei quali vale l’opposto principio del *tempus regit actum*;

Ritenuto che la revoca dell’aggiudicazione provvisoria (ovvero la mancata conferma) non è qualificabile alla stregua di esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere il raffronto tra l’interesse pubblico e quello privato sacrificato dalla revoca, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dato che l’aggiudicazione provvisoria non è l’atto conclusivo del procedimento, sicché nessun pregio ha la censura di carente esplicitazione delle ragioni di pubblico interesse sottese alla revoca.

Ritenuta inammissibile, perché proposta per la prima volta in appello, la censura di incompatibilità del Presidente della commissione di gara, perché titolare di un *“incarico di controllo e vigilanza sul servizio messo a gara”* avendo detto funzionario predisposto il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato speciale d’appalto e fornito i chiarimenti interpretativi ai concorrenti”, oltre che infondata, atteso che le attività menzionate nulla hanno a che fare con *“l’incarico di controllo e vigilanza sul servizio messo a gara”*.

Ritenuto per le ragioni esposte di respingere l’appello, con compensazione delle spese di giudizio in ragione della peculiarità della fattispecie;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2012

con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2012

IL SEGRETARIO

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