

N. 01579/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 00276/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA NON DEFINITIVA**

sul ricorso numero di registro generale 276 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tra.De.Co s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Loiodice, Isabella Loiodice e Mariano Alterio, con domicilio eletto presso il loro studio in Bari, via Nicolai 29;

*contro*

Comune di Altamura, rappresentato e difeso dall'avv. Emilio Bonelli, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale in Bari, piazza Massari 6;

*nei confronti di*

Si.Eco. s.p.a.;

*per l'annullamento*

della determinazione del Comune di Altamura n. 135 del 10 febbraio 2012, con cui si indice una procedura negoziata urgente per la gestione annuale del servizio di igiene urbana e dei servizi complementari;

dell'avviso di procedura negoziata del 10 febbraio 2012, della lettera d'invito del 22 febbraio 2012, del capitolato speciale d'appalto, della

relazione tecnico-descrittiva, della nota dirigenziale n. 9462 del 13 febbraio 2012 e dell'ordinanza sindacale n. 24 del 16 febbraio 2012;  
della determinazione del 2 marzo 2012, avente ad oggetto il rinvio dell'apertura delle buste contenenti le offerte;  
del verbale di aggiudicazione del 23 aprile 2012;  
della determinazione dirigenziale n. 596 del 15 maggio 2012 (ed in particolare del punto 7.6 del dispositivo, nella parte in cui ordina l'esecuzione anticipata del servizio nelle more della stipula del contratto);  
Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Altamura;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Visto l'art. 36 cod. proc. amm.;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Aldo Loiodice, Mariano Alterio, Emilio Bonelli;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La Tra.De.Co s.r.l. svolge da oltre dieci anni il servizio di igiene urbana nel Comune di Altamura, in virtù di contratto stipulato il 30 gennaio 2002. L'affidamento, scaduto il 17 febbraio 2012, è stato temporaneamente prorogato.

Con deliberazione del 19 gennaio 2012, il Consiglio comunale di Altamura ha approvato l'indirizzo per l'indizione di una gara, da esperirsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il nuovo affidamento del medesimo servizio (di durata novennale). Il bando, tuttavia, non risulta ancora pubblicato.

Il Comune ha perciò indetto, nelle more, una procedura negoziata d'urgenza senza bando ai sensi dell'art. 57, secondo comma – lett. c), del

d.lgs. n. 163 del 2006, con invito a cinque operatori economici (tra cui l'odierna ricorrente), per l'affidamento annuale del servizio, da aggiudicarsi al massimo ribasso sull'importo a base d'asta di euro 7.387.232,65.

La lettera d'invito ha fissato al 12 marzo 2012 il termine per la presentazione delle offerte.

In seguito, con determinazione dirigenziale del 2 marzo 2012, l'apertura delle buste è stata differita al 27 marzo 2012.

Con verbale del 23 aprile 2012 e con successiva determinazione dirigenziale del 15 maggio 2012, il servizio è stato definitivamente aggiudicato alla Tra.De.Co s.r.l., unica delle imprese invitate ad aver presentato un'offerta valida, con un ribasso dello 0,001% sul corrispettivo a base d'asta.

Con il ricorso in esame, integrato da plurimi motivi aggiunti, la Tra.De.Co s.r.l. chiede l'annullamento dell'avviso di gara, della lettera d'invito e dei relativi allegati, degli atti di gara e del provvedimento di aggiudicazione definitiva, anche nella parte in cui dispone la consegna anticipata del servizio, deducendo censure che possono essere riassunte come segue:

-- quanto all'avviso di gara ed alla lettera d'invito:

A) violazione dell'art. 4 del contratto di appalto stipulato il 30 gennaio 2002, violazione dell'art. 4, comma 32-ter, del d.l. n. 138 del 2011 e violazione della delibera del Consiglio comunale del 19 gennaio 2012: in attesa dell'esperimento della gara per l'affidamento novennale del servizio secondo l'atto di indirizzo approvato dal Consiglio comunale, il Comune avrebbe dovuto disporre la prosecuzione della gestione alle precedenti condizioni contrattuali da parte della Tra.De.Co. s.r.l., la quale vi sarebbe tenuta sia per specifica clausola contrattuale, sia in base alla vigente normativa in materia di servizi pubblici locali; in merito all'estensione del servizio ed al corrispettivo da riconoscere, peraltro, sarebbe pendente e non ancora concluso un giudizio civile tra le parti;

B) violazione dell'art. 57, secondo comma – lett. c), del d.lgs. n. 163 del

2006, violazione dell'art. 204 del d.lgs. n. 152 del 2006 e violazione delle deliberazioni A.T.O. BA/4 n. 1/2010 e n. 1/2012: non vi sarebbe il presupposto dell'estrema urgenza, individuato dal Codice dei contratti pubblici per l'affidamento mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando;

C) violazione dell'art. 81 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 44 del d.l. n. 201 del 2011 ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, illogicità e sviamento: il criterio di aggiudicazione (prezzo più basso) e l'importo a base d'asta sarebbero erronei ed inadeguati alla complessità del servizio ed ai costi che il concessionario dovrà affrontare per il suo svolgimento; inoltre, il capitolato speciale assoggetterebbe a ribasso anche il costo per il personale;

-- quanto alla procedura negoziata ed al provvedimento di aggiudicazione definitiva:

D) violazione del decreto presidenziale cautelare n. 151 del 28 febbraio 2012: il Comune avrebbe illegittimamente imposto la presentazione delle offerte e così dato corso alla gara, dopo che questo Tribunale aveva interinalmente accolto la domanda di sospensiva con provvedimento monocratico, senza attendere l'esito della camera di consiglio fissata per il 21 marzo 2012;

E) violazione dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 302 del d.P.R. n. 207 del 2010 ed eccesso di potere per falsa causa ed ingiustizia manifesta: il Comune avrebbe disposto l'aggiudicazione del servizio ignorando le condizioni apposte dalla Tra.De.Co s.r.l. alla propria offerta e ribadite a verbale nel corso della gara; inoltre, non vi sarebbero i presupposti indicati dal Codice e dal Regolamento dei contratti pubblici per l'esecuzione d'urgenza, nella more della stipula del contratto.

Si è costituito il Comune di Altamura, chiedendo il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti in quanto inammissibili e comunque infondati.

Le istanze cautelari della ricorrente sono state respinte, con ordinanze di questa Sezione n. 201 del 22 marzo 2012 e n. 344 del 31 maggio 2012.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 27 giugno 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1. E' infondato il primo ordine di censure, rubricato sub A), con il quale la società ricorrente afferma che il Comune di Altamura avrebbe violato una specifica clausola del contratto di appalto stipulato il 30 gennaio 2002 e deduce, allo stesso fine, la violazione dell'art. 4, comma 32-ter, del d.l. n. 138 del 2011. A suo dire, nelle more dell'effettuazione della gara per l'affidamento novennale del servizio (secondo l'atto di indirizzo approvato con delibera del 19 gennaio 2012 dal Consiglio comunale), il Comune avrebbe dovuto disporre la proroga della gestione del servizio alle precedenti condizioni contrattuali.

Invero, l'art. 4 del contratto stipulato tra le parti prevede soltanto che, alla scadenza del termine di durata pattuito, l'impresa è obbligata a continuare il servizio per un periodo massimo di sei mesi, alle condizioni contrattuali vigenti.

Si tratta, con tutta evidenza, di una clausola posta a favore dell'Amministrazione concedente, che ha la facoltà (e non l'obbligo) di prolungare l'affidamento conservando le condizioni contrattuali in vigore alla data di scadenza, fino all'individuazione del nuovo concessionario. Perciò la clausola non può utilmente essere invocata dalla società ricorrente, per dimostrare l'illegittimità della procedura negoziata posta in essere dal Comune di Altamura.

In ogni caso, secondo un principio ormai consolidato in materia di pubblici appalti, anche laddove una limitata possibilità di proroga dell'affidamento in scadenza sia consentita dalla lex specialis o in ragione di circostanze eccezionali non imputabili all'Amministrazione, quest'ultima può

comunque liberamente optare per l'indizione della gara, senza onere di particolare motivazione (così Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011 n. 6194). E' infatti pacifico che il divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici esprime un principio generale del diritto comunitario, attuativo di un vincolo discendente dal Trattato che, in quanto tale, opera per la generalità delle procedure e prevale sulle contrapposte istanze dei soggetti interessati al rinnovo o alla proroga in via diretta del rapporto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011 n. 2151).

Per le stesse ragioni, le vicende contrattuali richiamate dalla ricorrente (in specie, la pendenza di un contenzioso dinanzi al giudice ordinario avente ad oggetto l'estensione del servizio ed il corrispettivo da riconoscere, secondo il contratto ormai venuto a scadenza) non possono incidere sulla legittimità dell'esercizio successivo del potere da parte del Comune, il quale non era affatto tenuto ad attendere l'esito del predetto contenzioso prima di indire, come ha fatto, una procedura negoziata urgente per l'affidamento annuale del servizio di igiene urbana.

Quanto, poi, all'asserita violazione dell'art. 4, comma 32-ter, del d.l. n. 138 del 2011, deve 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 è respinto.

2. E' viceversa inammissibile il motivo riportato sub B), con cui la Tra.De.Co s.r.l. lamenta la violazione dell'art. 57, secondo comma – lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto difetterebbero i presupposti di legge per l'affidamento del servizio mediante procedura negoziata d'urgenza non preceduta dalla pubblicazione di un bando.

Gli operatori economici ammessi alla trattativa privata non subiscono, in ragione della scelta del metodo negoziato, un danno concreto ed attuale,

considerato che la restrizione della concorrenza discendente dalla mancata pubblicazione di un bando di gara si risolve anzi, per coloro che sono invitati alla procedura non formalizzata, in un vantaggio consistente nella maggiore possibilità di conseguire l'appalto.

Nella fattispecie, infatti, la stessa ricorrente è stata invitata, ha partecipato alla procedura negoziata e ne è addirittura risultata aggiudicataria.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, cui ha già avuto modo di aderire questa Sezione, sono inammissibili per difetto d'interesse le censure proposte da un'impresa partecipante ad una gara a trattativa privata, nel caso in cui la stessa impresa, da un lato, abbia posto a base di tali censure la contestazione dell'utilizzo di siffatto strumento di scelta del contraente, per difetto delle condizioni legittimanti la scelta del tipo di gara, e, dall'altro, abbia presentato domanda di partecipazione alla gara medesima (così, tra molte, Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2009 n. 795; TAR Puglia, Bari, sez. I, 28 aprile 2010 n. 1509; Id., sez. I, 20 gennaio 2012 n. 232).

3. Sui restanti motivi rubricati sub C), rivolti a contestare il criterio di aggiudicazione prescelto dal Comune di Altamura e, soprattutto, la congruità dell'importo a base d'asta ed il contenuto del capitolato speciale, in relazione alla complessità del servizio ed ai costi che il concessionario dovrà affrontare per il suo svolgimento, il Collegio ritiene necessario svolgere istruttoria, come da separata ordinanza.

Resta conseguentemente riservato all'esito dell'istruttoria anche l'esame dei motivi sub D) ed E), che attengono ad una fase procedimentale successiva, vale a dire agli atti e provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in attuazione dell'avviso pubblico e della lettera d'invito, rispetto ai quali assume carattere pregiudiziale la decisione sui motivi dedotti dalla ricorrente avverso il contenuto della lex specialis di gara.

4. La pronuncia sulle spese è anch'essa riservata al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) così provvede sul ricorso in epigrafe:

- in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge, nei sensi di cui in motivazione;
- dispone incumbenti istruttori, come da separata ordinanza;
- rinvia per la trattazione alla pubblica udienza del 20 marzo 2013;
- rinvia alla sentenza definitiva per la statuizione sulle spese.

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

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

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/08/2012

IL SEGRETARIO

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