

N. 02957/2015REG.PROV.COLL.

N. 00068/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 68 del 2013, proposto dalla Ego Eco s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Gherardo Marone, con domicilio eletto presso Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia 50;

contro

Comune di Monte di Procida, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Costagliola, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula 34;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 4602/2012, resa tra le parti, concernente un provvedimento di revoca della procedura di affidamento in appalto del servizio di raccolta integrata dei rifiuti, trasporto e recupero e/o smaltimento, spazzamento e servizi accessori

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monte di Procida;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Gherardo Marone e Michele Costagliola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Ego Eco s.r.l. impugna nel presente giudizio la determinazione del Comune di Monte di Procida (n. 81 del 17 maggio 2012) di revoca degli atti della procedura di affidamento del servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani indetta con determinazione n. 178 del 2011; revoca disposta dall'amministrazione previo annullamento dell'aggiudicazione definitiva emessa in favore della stessa Ego Eco (determinazione n. 42 del 14 febbraio 2012).

2. Con la sentenza in epigrafe il TAR Campania – sede di Napoli ha disatteso tutte le doglianze formulate dalla società aggiudicataria, svolte in via incidentale (a mezzo di ricorso e successivi motivi aggiunti) rispetto al ricorso principale e motivi aggiunti della seconda graduata, L'Igiene Urbana s.r.l.; questi ultimi mezzi sono stati a loro volta dichiarati improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse, in conseguenza del deposito da parte di quest'ultima di atto di rinuncia alla propria impugnazione, ai sensi dell'art. 84, comma 4, cod. proc. amm.

3. Con il presente appello la Ego Eco ripropone tutte le censure da essa svolte in primo grado contro la determinazione di revoca della gara e la domanda risarcitoria.

4. Resiste all'appello l'amministrazione.

DIRITTO

1. Deve preliminarmente essere respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello per mancata impugnazione della procedura di gara indetta dall'amministrazione

dopo la revoca di quella oggetto del presente contenzioso e nelle more di quest'ultimo.

2. Come infatti rappresentato dal difensore della Ego Eco in sede di discussione, la procedibilità del ricorso è comunque assicurata dalla persistenza dell'interesse risarcitorio, in relazione alla domanda che l'appellante ha riproposto con il presente mezzo, richiamando quella formulata nei motivi aggiunti al proprio ricorso incidentale di primo grado.

3. Nel merito l'appello è fondato.

Riveste carattere assorbente il primo motivo, nel quale la Ego Eco si duole dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione che il Comune ha disposto in proprio danno per asserita carenza del requisito di partecipazione consistente nel possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 14001:2004 da oltre un triennio, prevista dall'art. 8 del disciplinare di gara, e di tale clausola di *lex specialis*.

Come infatti deduce l'appellante, attraverso questa previsione è stato introdotto un requisito speciale e, conseguentemente, una causa di esclusione dalla gara in caso di sua mancanza, non conforme al principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici.

4. Per contro, l'art. 43 del medesimo codice non prevede in alcun modo periodi temporali minimi di durata delle certificazioni di qualità, laddove le amministrazioni esigano che gli operatori economici concorrenti a procedure di affidamento da loro indette conformino la loro attività a «*norme in materia di garanzia qualità*» riconosciute in base ai sistemi di certificazione vigenti.

5. Non giova nemmeno richiamare il precedente di questa Sezione costituito dalla sentenza 2 ottobre 2008, n. 4759, la quale, pur avendo in un caso assolutamente in termini con quello oggetto del presente giudizio statuito che il possesso da un certo numero di anni della certificazione di qualità risponde ad obiettive esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, «*potendosi in tal modo individuare concorrenti che abbiano*

dato prova di aver operato da tempo come soggetti pienamente idonei e ben organizzati», è stata nondimeno pronunciata in epoca anteriore al principio di tassatività di cui al citato art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006.

6. Come peraltro sostiene ulteriormente la Ego Eco nel motivo, in modo del pari condivisibile, la previsione di un periodo temporale non risponde ad effettive esigenze dell'amministrazione di garanzia di qualità del servizio, poiché le stesse sono comunque assicurate dal possesso della certificazione in sé.

7. L'illegittimità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva si estende anche sulla revoca dell'intera gara disposta dal Comune odierno appellato con la determinazione n. 81 del 17 maggio 2012. Infatti, dalla lettura della motivazione di questo provvedimento emerge chiaramente il nesso di consequenzialità tra la prima e la seconda parte dispositiva, dal momento che le considerazioni di opportunità e convenienza economica che hanno indotto l'amministrazione a ritirare l'intera gara sono riferite in via esclusiva all'unica offerta rimasta in gara dopo l'esclusione dell'odierna appellante, e cioè quella de L'Igiene Urbana.

8. In conseguenza dell'accoglimento dell'appello nei termini sopra esposti, la sentenza di primo grado deve essere riformata, dovendosi accogliere il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti della Ego Eco ed annullare gli atti con essa impugnati.

9. Deve parimenti essere accolta la domanda risarcitoria azionata nei motivi aggiunti ora citati e riproposta nel presente appello, sia pure nei termini di seguito specificati. Infatti, una volta accertata l'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione e della conseguente revoca della gara, risulta conseguentemente accertata l'ingiusta privazione del contratto posto a gara subita dalla Ego Eco.

10. Può tuttavia essere ristorato per equivalente il solo utile che quest'ultima non ha conseguito, ma non il c.d. danno curriculare, che la medesima appellante pretende. Come infatti di recente stabilito da questa Sezione (sentenza 22 gennaio 2015, n. 285), il danno in questione non coincide con il pregiudizio *«derivato direttamente*

dall'illegittimità dell'aggiudicazione e conseguentemente dal mancato legittimo conseguimento dell'appalto», né tanto meno può essere ricondotto alla «mera perdita di chances» (negli stessi termini la Sezione si è espressa anche nelle sentenze 31 dicembre 2014, n. 6453 e 22 dicembre 2014, n. 6264), occorrendo che dei negativi riflessi sull'immagine commerciale e sulla conseguente capacità di acquisire ulteriori commesse attraverso l'incremento delle referenze sia data dimostrazione puntuale.

Tanto precisato, ciò non è avvenuto nel caso di specie, non avendo l'odierna appellante nemmeno dedotto quali pregiudizi sotto tale profilo sono conseguiti agli atti da essa impugnati nel presente giudizio.

11. Ad opposte conclusioni deve invece giungersi per quanto riguarda il danno da mancato utile, immediatamente e direttamente conseguente ex art. 1223 cod. civ. all'ingiusta perdita del contratto a sua volta derivato dall'illegittimo annullamento dell'aggiudicazione, come sopra accertato.

Per la relativa liquidazione, in assenza di puntuali indicazioni da parte dell'appellante circa la misura dell'utile netto derivante dalla propria offerta, deve farsi luogo all'istituto della condanna "sui criteri" ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm.

A questo fine, si dispone pertanto che il Comune di Monte di Procida formuli un'offerta all'appellante nel termine di 60 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza, di risarcimento del danno corrispondente all'utile netto ritraibile dall'offerta presentata in sede di gara dalla Ego Eco, laddove ricavabile dall'offerta da quest'ultima presentata in gara. Nel caso contrario, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di acquisire dalla società odierna appellante i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine poc'anzi assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili.

Occorre precisare al riguardo che le voci di costo di cui si compone l'offerta presentata dall'appellante non potranno essere modificate dalla stessa società.

Quest'ultima dovrà pertanto fornire un dettaglio analitico ed adeguatamente giustificato di tutte le componenti economiche dell'offerta medesima, ivi compresi i costi aziendali fissi e l'incidenza dell'imposizione fiscale sull'utile lordo, così da dare plausibile contezza del risultato netto che la stessa avrebbe conseguito qualora avesse eseguito l'appalto in contestazione.

Al capitale liquidato in base ai criteri sopra enunciati devono essere aggiunti gli accessori consistenti negli interessi compensativi, al saggio legale, e della rivalutazione monetaria, in base all'indice ISTAT dei prezzi dei beni al consumo per famiglie di operai ed impiegati. La società appellante non ha infatti dedotto un impiego del capitale mancante in misura maggiormente remunerativa.

Il computo degli accessori in questione va operato nei seguenti termini:

- la somma in linea capitale deve essere annualmente rivalutata in base al predetto indice ISTAT;
- al capitale così ottenuto devono essere aggiunti gli interessi legali.

Per la relativa decorrenza di interessi e rivalutazione l'amministrazione farà riferimento alla usuale tempistica di pagamento del corrispettivo per la tipologia di servizio qui in contestazione.

La scadenza è fissata dalla data di formulazione dell'offerta di risarcimento ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm., per effetto della quale il credito, divenuto liquido ed esigibile, sarà produttivo dei soli interessi legali sino all'effettivo pagamento.

12. L'appello deve dunque essere accolto nei termini sopra esposti. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti della Ego Eco s.r.l., annullando gli atti con essi impugnati.

Condanna il Comune di Monte di Procida al risarcimento dei danni in favore della medesima Ego Eco, secondo i criteri ex art. 34, comma 4, cod. proc. amm. stabiliti in motivazione, nonché a rifondere a quest'ultima le spese del doppio grado di giudizio, complessivamente liquidate in € 12.000,00, oltre al contributo unificato ed agli altri accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2015

IL SEGRETARIO

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