



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5875 del 2011, proposto da Ecologica di Francesco Podda & C. Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Silvio Pinna, con domicilio eletto presso Giorgio Carta in Roma, via Bruno Buozzi 87;

contro

Comune di Sarroch

nei confronti di

De Vizia Transfer Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Contu e Matilde Mura, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Massimi 154;
Asa Azienda Speciale Ambiente Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI, SEZIONE I, n. 458/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DELLA PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA - RIS. DANNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla De Vizia Transfer Spa; Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Roberto Murgia, su delega dell'avv. Silvio Pinna, e Matilde Mura;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Ecologica di Francesco Podda e C S.r.l. partecipava alla gara bandita dal Comune di Sarroch per l'affidamento del servizio di igiene urbana per il quinquennio 2010/2015 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Alla gara veniva ammessa, con tale società (di seguito, la ECOLOGICA), la concorrente De Vizia Transfer s.p.a. (da qui in poi, la DE VIZIA).

Con nota del 17.02.2010 la ECOLOGICA veniva invitata a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati in sede di offerta. La ditta riscontrava la nota nei termini previsti.

I due concorrenti ricevevano in prosieguo dal Comune la nota n. 5518 del 9.06.2010, con la quale veniva richiesta la loro disponibilità a prestare formale acquiescenza ad una irregolarità commessa dalla Commissione in occasione dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche (vizio consistito nella mancata informativa alle concorrenti circa la data ed il luogo di apertura dei plichi), rilasciando quindi alla Stazione appaltante "piena ed ampia liberatoria nel merito".

ECOLOGICA non riscontrava tale richiesta nel senso voluto dal Comune.

All'esito della gara, con determina del 27.7.2010 si stabiliva l'approvazione dei verbali e l'aggiudicazione provvisoria alla DE VIZIA; con la conforme determina

n. 581/02 del 17.9.2010 veniva infine disposta l'aggiudicazione definitiva alla medesima società.

I provvedimenti formavano oggetto di impugnazione dinanzi al T.A.R. per la Sardegna da parte della ECOLOGICA.

Questa deduceva in via principale l'illegittimità delle operazioni di gara nella parte in cui non si era proceduto alla esclusione dell'avversaria e all'aggiudicazione della procedura ad essa ricorrente. In via subordinata, veniva assunta la complessiva illegittimità delle operazioni della Commissione (e/o del disciplinare di gara) sotto vari profili. La ricorrente proponeva altresì una domanda risarcitoria.

Resistevano al gravame il Comune di Sarroch e la DE VIZIA, che proponeva altresì un ricorso incidentale inteso a contestare la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale.

Con la sentenza n. 458 del 2011 in epigrafe il Tribunale adito reputava infondato tanto il ricorso incidentale di DE VIZIA, quanto i motivi del ricorso di ECOLOGICA (i primi due) tesi ad invalidare la partecipazione dell'avversaria alla procedura; il T.A.R. accoglieva per contro il terzo e quarto mezzo del ricorso principale, annullando l'intera gara. Ciò per la ragione che la Commissione aveva proceduto all'apertura delle buste nella seduta del 30.03.2010 senza comunicare la relativa data alle due concorrenti, che pertanto non avevano potuto prendervi parte, con il risultato che di fatto la seduta si era tenuta in modo riservato.

La domanda risarcitoria di ECOLOGICA veniva, infine, respinta, sul rilievo che la caducazione della procedura sarebbe stata integralmente soddisfattiva della pretesa articolata in via subordinata dalla ricorrente, la cui domanda principale si era rivelata infondata.

La sentenza del Giudice locale formava oggetto di appello dinanzi a questo Consiglio sia ad opera di ECOLOGICA, nella parte in cui erano stati respinti i suoi primi due motivi di ricorso, che ad iniziativa di DE VIZIA, che si doleva

invece del rigetto del proprio gravame incidentale e dell'accoglimento dei rimanenti mezzi avversari, e dunque della caducazione dell'intera gara che da ciò era scaturita. De VIZIA proponeva tuttavia con il proprio appello anche un motivo aggiunto di ricorso incidentale, allegando di avere solo ultimamente appreso, in occasione della pubblicazione della sentenza del TAR Sardegna n. 556/2011, che l'avversaria aveva in corso l'espletamento di un affidamento diretto da parte di altro Comune, quello di San Sperate (*sub specie* di proroga di un precedente contratto pur affidato mediante gara), circostanza che ne avrebbe quindi imposto l'esclusione ai sensi dell'art. 23 *bis*, comma 9, della legge n. 133 del 2008.

ECOLOGICA controdeduceva anche sul punto, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del motivo aggiunto.

La Sezione con ordinanza cautelare n. 3868 del 2 settembre 2011, nel mentre respingeva la domanda cautelare proposta con l'appello principale, accoglieva quella corredata l'appello incidentale, e per l'effetto sospendeva gli effetti annullatori della sentenza impugnata.

Le parti con successive memorie insistevano sulle proprie rispettive tesi, illustrandole ed approfondendole ulteriormente.

Alla udienza pubblica del 20 marzo 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

La Sezione reputa fondato il motivo aggiunto di ricorso incidentale articolato dalla DE VIZIA nel corpo del suo appello incidentale, motivo il cui accoglimento comporta l'improcedibilità dell'appello di ECOLOGICA.

1 E' preliminarmente il caso di ricordare che la tematica dei rapporti tra ricorso principale ed incidentale in materia di appalti pubblici ha trovato una recente quanto persuasiva sistemazione ad opera dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la sentenza n. 4 del 7 aprile 2011.

L'Adunanza Plenaria ha svolto nell'occasione, in particolare, le seguenti puntualizzazioni:

- l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda attorea;
- il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali;
- il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda;
- salve puntuali eccezioni individuate in coerenza con il diritto comunitario (che qui non rilevano), la legittimazione al ricorso in tema di affidamento di contratti pubblici spetta solo al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura selettiva;
- qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale: e la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Per quanto precede, sempre secondo le indicazioni dell'Adunanza Plenaria, il ricorso incidentale che sia diretto, come quello articolato nella specie dalla DE VIZIA, a contestare la legittimazione del ricorrente principale censurandone l'ammissione alla gara, deve sempre essere esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi un interesse solo strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura: e detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente.

2 Tanto premesso, con il proprio motivo aggiunto di ricorso incidentale la DE VIZIA ha esposto di essere venuta a conoscenza solo dopo il deposito della

sentenza in epigrafe di documenti da cui risultava che l'avversaria, al momento di prendere parte alla gara in controversia (il cui termine di partecipazione scadeva il 3 febbraio 2010), era già titolare di un affidamento diretto del servizio di igiene urbana (quindi di un servizio pubblico locale) da parte del Comune di San Sperate, ciò che le avrebbe precluso, in forza dell'art. 23 *bis*, comma 9, della legge n. 133 del 2008, la partecipazione alla procedura, cui era stata quindi illegittimamente ammessa.

Da qui, appunto, il suo motivo aggiunto, proposto direttamente in grado di appello ai sensi dell'art. 104, comma 3, C.P.A., avverso quella stessa ammissione alla gara dell'avversaria che aveva già formato oggetto del suo originario ricorso incidentale.

3 La difesa della ECOLOGICA ha eccepito l'inammissibilità di tale motivo aggiunto. Ciò sul rilievo che lo stesso traeva spunto dalla sopravvenuta conoscenza di una sentenza (TAR Sardegna n. 556/2011, depositata l'11 giugno 2011), resa inoltre in una causa alla quale l'appellante incidentale era estranea. Ci si troverebbe allora al di fuori della specifica ipotesi di cui all'art. 104, comma 3, CPA, che consentirebbe la proposizione di motivi aggiunti *“solo nell'ipotesi di sopravvenuta conoscenza di documenti attinenti alla specifica controversia oggetto di giudizio e non di atti estranei alla controversia medesima, e men che meno di sentenze date su altri ricorsi e non produttive di effetti giuridici diretti nei confronti dell'appellante”*.

3a La Sezione sull'ammissibilità in termini generali del motivo in disamina deve subito osservare che il nuovo Codice del processo amministrativo, all'art. 104, comma 3, si occupa alla stessa stregua dei motivi aggiunti al ricorso principale e a quello incidentale. La relativa previsione, anche per questo secondo aspetto, è peraltro solo ricognitiva di una conforme prassi già avallata dalla giurisprudenza, che da tempo ammetteva la proponibilità di simili motivi in funzione di sviluppo anche di un precedente ricorso incidentale, in caso di vizi conosciuti dalla

resistente solo dopo la scadenza del termine per introdurlo (cfr. ad es. C.d.S., V, 5 maggio 1999 n. 519 ; 17 maggio 1997, n. 520).

D'altra parte, poiché il motivo aggiunto di cui si tratta investe lo stesso atto (ammissione alla gara dell'avversaria) già a suo tempo gravato, non trova ostacolo nemmeno il fatto che la sua introduzione sia avvenuta direttamente in questo grado di appello.

Anche prima dell'avvento dell'art. 104, comma 3, CPA, infatti, l'interpretazione giurisprudenziale della disciplina processuale amministrativa ammetteva già la possibilità di formulare motivi aggiunti anche direttamente in grado di appello, allorché si trattasse di far valere dei vizi degli stessi provvedimenti impugnati non noti all'epoca del primo grado, in quanto emersi solo a seguito della conoscenza di nuovi documenti, mentre escludeva tale possibilità allorché i motivi aggiunti proposti direttamente in appello dovessero investire atti amministrativi sopravvenuti in corso di giudizio, non venendo ritenuta applicabile in sede di appello (ma solo nel giudizio di primo grado) la disposizione dell'art. 1, comma 1, l. 21 luglio 2000 n. 205, secondo la quale tutti i provvedimenti adottati in pendenza del giudizio e connessi all'oggetto del ricorso andavano impugnati mediante la proposizione di motivi aggiunti (v. ad es. C.d.S., V, 28 settembre 2007, n. 5024; VI, 4 aprile 2008 n. 1442 e 25 luglio 2006 n. 4648).

La giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di confermare, inoltre, specificamente, proprio l'ammissibilità della proposizione in appello di motivi aggiunti al ricorso incidentale *ex* art. 104 co. 3 del Codice del processo amministrativo con i quali l'aggiudicatario appellato deduca un nuovo motivo di censura avverso l'ammissione alla gara dell'originario ricorrente, emerso dopo la celebrazione del giudizio di prime cure. In tale evenienza, infatti, non ci si trova in presenza di una "domanda nuova", ma di un'articolazione della medesima domanda proposta con il ricorso incidentale di primo grado, volta a sostenere che

l'appellante principale andava esclusa dalla gara (Consiglio Stato, VI, 12 aprile 2011, n. 2257).

In tal modo, è stato rilevato nell'occasione, si contempera *“il tendenziale principio del doppio grado di giudizio con il diritto di difesa dell'art. 24 Cost. (il quale risulterebbe compresso se non si consentisse di sollevare in appello questioni discendenti dalla tardiva scoperta di documenti fondamentali).”* Conclusione *“coerente con la giurisprudenza antecedente il Codice del processo amministrativo, che afferma che è possibile proporre motivi aggiunti anche in appello, con atto da notificare alle controparti con le stesse modalità di notifica dei ricorsi, se il ricorrente viene tardivamente ed incolpevolmente a conoscenza di atti o fatti precedenti (Cons. Stato, V, 29 aprile 2009, n. 2728, si veda anche Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2007, n. 416 e Cons. Stato, VI, 7 agosto 2008, n. 3899)“* (sentenza n. 2257/2011 ult. cit.).

3b Tanto premesso sull'ammissibilità in termini generali del mezzo, è immediato osservare che l'eccezione ad esso opposta dalla ECOLOGICA non coglie nel segno.

Anche la pubblicazione di una sentenza in un differente giudizio, e benché resa *inter alios*, può ben costituire occasione per acquisire cognizione di elementi utili per l'introduzione di motivi aggiunti, non esistendo alcuna limitazione in ordine alle possibili fonti di conoscenza dell'esistenza dei vizi nuovi della cui deduzione in giudizio si tratterebbe. Il fatto, in particolare, che non venga in rilievo un documento specificamente attinente alla vicenda oggetto di causa non possiede alcuna rilevanza, una simile limitazione essendo ignota tanto al diritto positivo quanto all'interpretazione giurisprudenziale.

Alla luce di quest'ultima, infatti, il presupposto necessario per formulare motivi aggiunti nel processo amministrativo, ai fini della deduzione di ulteriori vizi di legittimità dell'atto impugnato, consiste nell'ignoranza dei vizi stessi (non imputabile al deducente) al momento della proposizione del ricorso introduttivo. Laddove la sopravvenuta scienza dei medesimi vizi può indifferentemente

ricondersi a comportamenti delle controparti, come il deposito di nuovi atti in corso di causa, oppure, appunto, all'emersione, semplicemente *aliunde*, di fatti o di circostanze nuove e significative, in precedenza non conosciuti né conoscibili (C.d.S., VI, 6 settembre 2010, n. 6473; IV, 15 settembre 2006, n. 5394; V, 6 luglio 2002, n. 3717 e 7 settembre 2001, n. 4682).

3c Il motivo aggiunto di DE VIZIA è pertanto ammissibile.

4 La difesa di ECOLOGICA ha richiesto, qualora il motivo avversario dovesse essere reputato scrutinabile, la sospensione del presente giudizio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 79, comma 1, CPA, e 295 cod. proc. civ., nelle more della definizione del giudizio d'appello n. 5876/2011 R.G. pendente dinanzi a questa stessa Sezione : ciò sul presupposto che quest'ultimo rivesta carattere pregiudiziale.

Questo presupposto è tuttavia insussistente.

La controversia contrassegnata dal n. 5876/2011 R.G., asseritamente pregiudiziale, verte sulla opponibilità (o meno) ad ECOLOGICA del divieto posto dall'art. 23 *bis* comma 9 della legge n. 133/2008, agli specifici fini, però, della sua partecipazione ad una gara di settore indetta dal Comune di Siniscola.

Nella presente controversia, il medesimo problema viene posto rispetto all'analogia gara indetta dal Comune di Sarroch.

Le due cause si pongono, pertanto, sullo stesso piano, trattandosi, in un caso e nell'altro, di valutare se l'affidamento in corso a favore di ECOLOGICA, nel 2010, presso il Comune di San Sperate, integrasse o meno una violazione del menzionato divieto legale.

La decisione della controversia asseritamente pregiudiziale non dispiegherebbe, dunque, alcuna valenza giuridica sulla definizione della presente causa, rispetto alla quale, se precedentemente decisa, potrebbe valere solo quale mero precedente giurisprudenziale.

Ne consegue che non sussistono gli estremi di un legame di pregiudizialità, che esige, invece, che la causa da definire preventivamente costituisca l'indispensabile antecedente logico-giuridico della causa pregiudicata.

La controversia in esame può quindi essere senza indugio definita.

5 Venendo al merito del motivo aggiunto in discorso, occorre dare atto di quanto segue.

5a Il divieto previsto dall'art. 23 *bis*, comma 9, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con la legge n. 133 del 2008, colpisce, per quanto qui interessa, le società che gestiscano *“di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto”*, o comunque *“di una procedura non ad evidenza pubblica”*, e comporta che le medesime società *“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”*. Divieto che opera per tutta la durata della loro gestione.

5b Ora, questo Consiglio ha già avuto modo di prendere posizione sulla questione se nella nozione di *“affidamento diretto”* di cui all'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 rientri, o meno, la proroga che segue un primo affidamento con gara (VI, 16 febbraio 2010, n. 850).

Nell'occasione, questo Consesso ha rammentato introduttivamente che *“la previsione preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica che si condensano nei principi comunitari di tutela della concorrenza, e, segnatamente, nei principi di "economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità", elencati nel co. 2, richiamato espressamente dal co. 9 del citato art. 23-bis.”*

Posta questa premessa, sulla problematica il Consiglio ha assunto la seguente, univoca posizione.

“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 ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara.” (VI, n. 850/2010 cit.).

5c Nella fattispecie in rilievo emerge appunto una sequenza di proroghe da equiparare, ai fini indicati, ad un affidamento senza gara.

E' avvenuto, infatti, che il Comune di San Sperate aveva affidato ad ECOLOGICA mediante gara il proprio servizio di igiene urbana per dodici mesi, fino alla data del 30 giugno 2008. Da allora, però, la medesima ditta aveva beneficiato di una serie di proroghe del contratto senza soluzione di continuità, l'ultima fino al 31 dicembre 2010, in posizione, dunque, di affidamento diretto. Posizione che valeva a rendere applicabile all'affidataria il divieto di partecipazione alle gare stabilito dall'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 (secondo quanto già ritenuto dal T.A.R. per la Sardegna, ai fini di una diversa procedura, con la sentenza n. 556 del 2011).

Vero è che, come ricorda l'appellante principale, l'art. 5 del contratto con il Comune di San Sperate prevedeva a carico della medesima impresa l'obbligo di garantire il servizio anche successivamente al 30 giugno 2008, se non fosse stata ancora espletata la nuova gara, fino alla data di assunzione del servizio da parte della subentrante. E non si ha motivo di dubitare che analoga clausola fosse contenuta, ancor prima, nell'art. 9 del Capitolato speciale, ed avesse quindi fatto

parte, per questa via, del *corpus* di regole sulle quali si era svolto il confronto concorrenziale tra le ditte invitate alla iniziale procedura negoziata.

La disciplina alla base dell'iniziale conferimento del servizio, pur contemplandone una prorogabilità, mancava tuttavia di circoscriverla entro un termine determinato.

L'interpretazione proposta da ECOLOGICA porterebbe, allora, all'insostenibile conclusione di giustificare una prorogabilità dell'affidamento sostanzialmente *sine die*, anche perché la data di assunzione del servizio da parte della subentrante avrebbe potuto essere stabilita con ampi margini di libertà dall'Amministrazione.

A fronte, inoltre, di un iniziale conferimento del servizio a mezzo di procedura negoziata per un anno, si sono avute poi in punto di fatto, dopo il 30 giugno 2008, ben sette proroghe, che hanno dato vita ad un complessivo periodo ulteriore largamente maggiore di quello che formava oggetto dell'affidamento iniziale (trasformando, come ha rilevato il Tribunale, un contratto di 12 mesi in un rapporto di complessivi 42 mesi), e di durata non compatibile con un normale svolgimento della procedura di selezione del nuovo gestore.

D'altra parte, la stessa ECOLOGICA non ha fornito (almeno in questa sede) puntuali giustificazioni in ordine alla reiterazione e durata complessiva delle proroghe, come sarebbe stato invece suo onere fare, limitandosi ad un generico richiamo alle lungaggini, ad essa non imputabili, dell'espletamento della nuova procedura.

Da tutto ciò l'approdo obbligato per cui la previsione dell'art. 5 del contratto non poteva in alcun modo offrire una copertura indefinita nel tempo, né comunque di durata abnormemente sproporzionata rispetto all'affidamento iniziale.

5d ECOLOGICA, in conclusione, nel modo descritto aveva fruito di un regime anomalo ed irregolare di proroga, senz'altro da equiparare ad un affidamento diretto agli effetti più volte indicati.

6 Per le ragioni esposte l'assorbente motivo aggiunto di ricorso incidentale deve trovare accoglimento, con il conseguente annullamento dell'ammissione alla gara della stessa ECOLOGICA.

Ne consegue l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, tanto del presente appello principale quanto dell'originario ricorso di prime cure, con l'annullamento senza rinvio della sentenza oggetto di gravame.

Sussistono, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, accoglie l'appello incidentale della De Vizia Transfer s.p.a., e per l'effetto, annullata l'ammissione di Ecologica di Francesco Podda e C S.r.l. alla gara, ne dichiara improcedibile l'appello ed il precedente ricorso di primo grado, annullando senza rinvio la sentenza impugnata.

Compensa le spese processuali del doppio grado di giudizio fra le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 20 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2012

IL SEGRETARIO

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