

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29164-il-comune-a-seguito-della-proposizione-del-ricorso-e-dell-accoglimento-in-sede-cautelare-della-domanda-di-sospensione-dell-esito-della-gara-che-ha-visto-aggiudicataria-la-ditta-t-ha-dovuto-fronte>

Autore: Lazzini Sonia

Il Comune a seguito della proposizione del ricorso e dell'accoglimento in sede cautelare della domanda di sospensione dell'esito della gara che ha visto aggiudicataria la Ditta T, ha dovuto fronteggiare una contingenza imprevedibile e, comunque, non gesti

Tar Sicilia, Catania, 19.02.2010 n. 338

Il Comune a seguito della proposizione del ricorso e dell'accoglimento in sede cautelare della domanda di sospensione dell'esito della gara che ha visto aggiudicataria la Ditta T, ha dovuto fronteggiare una contingenza imprevedibile e, comunque, non gestibile con ordinari strumenti amministrativi

Attesa la natura temporanea ed interinale dell'efficacia del giudicato cautelare ed in presenza della circostanza che il contratto con la ricorrente era già scaduto, correttamente l'Amministrazione ha fatto ricorso al potere di ordinanza ex art. 50 del T.U. sugli Enti Locali (potere previsto come "valvola di sicurezza" dell'ordinamento) del quale le Amministrazioni possono avvalersi nei casi in cui sia necessario affrontare una situazione imprevista ed al fine di evitare danni gravi agli interessi curati dall'Amministrazione

Con i ricorsi per motivi aggiunti proposti dell'odierno ricorrente impugna i provvedimenti, meglio indicati nella parte motiva, con cui il Sindaco del Comune resistente, con ordinanza contingibile ed urgente, ha imposto alla ditta ricorrente Ambiente di eseguire il servizio di igiene ambientale, nella more della definizione del presente ricorso, alle condizioni di cui all'offerta presentata in sede di gara da essa ditta ricorrente Ambiente.

Secondo la ricorrente, il Sindaco non avrebbe potuto imporle delle condizioni economiche deteriori rispetto a quelle del contratto preesistente (tra la Ricorrente ed il Comune) asseritamente prorogato.

Sarebbero, pertanto, illegittimi e lesivi degli interessi della ricorrente i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti, e, pertanto il Comune resistente andrebbe condannato al risarcimento del danno economico per illegittima decurtazione derivante dall'efficacia dell'atto impugnato consistente in Euro 5000 per ogni mese.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Le doglianze non appaiono infondate.

Preliminarmente, ad avviso del Collegio, non è condivisibile la doglianza afferente la presunta illegittimità al ricorso al potere di ordinanza avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie.

Il Comune a seguito della proposizione del ricorso e dell'accoglimento in sede cautelare della domanda di sospensione dell'esito della gara che ha visto aggiudicataria la Ditta Controinteressata, ha dovuto fronteggiare una contingenza imprevedibile e, comunque, non gestibile con ordinari strumenti amministrativi, costituita dalla necessità di non interrompere il servizio e, soprattutto, di dare esecuzione al giudicato cautelare favorevole alla ricorrente Ambiente, che in virtù di detto giudicato avrebbe dovuto, comunque, gestire il servizio sino al 12/1/2010.

Attesa la natura temporanea ed interinale dell'efficacia del giudicato cautelare ed in presenza della circostanza che il contratto con la ricorrente era già scaduto, correttamente l'Amministrazione ha fatto ricorso al potere di ordinanza ex art. 50 del T.U. sugli Enti Locali (potere previsto come "valvola di sicurezza" dell'ordinamento) del quale le Amministrazioni possono avvalersi nei casi in cui sia necessario affrontare una situazione imprevista ed al fine di evitare danni gravi agli interessi curati dall'Amministrazione. Nel che - ovviamente - si disvela anche l'oggettiva novazione del rapporto contrattuale e di servizio intercorrente tra il Comune e la ricorrente Ambiente; la quale è stata autoritativamente e perciò innovativamente onerata dello svolgimento di quel medesimo servizio che svolgeva in precedenza, sulla base di una regolamentazione negoziale e remunerativa ormai superata dal provvedimento contingibile ed urgente.

Né appare censurabile la scelta, latamente discrezionale, del Sindaco di usare quale parametro per calcolare l'importo mensile da corrispondere alla ricorrente, per il servizio impostole, l'offerta di ribasso da essa offerta nella gara per cui è causa, pari al 10,25%, costituendo tale parametro un dato oggettivo proveniente da una stima economico-aziendale della stessa ricorrente Ambiente.

A cura di Sonia LAZZINI

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 338 del 19 febbraio 2010, emessa dal Tar Sicilia, Catania

N. 00338/2010 REG.SEN.
N. 01747/2009 REG.RIC.



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1747 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente Ambiente Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pappalardo,
con domicilio eletto presso Giovanni Pappalardo in Catania, v.le Vittorio Veneto,
59;

contro

Comune di Carlentini in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv.
Felice Giuffrè, con domicilio eletto presso Felice Giuffrè' in Catania, corso delle
Province, 22;

nei confronti di

Ditta Controinteressata S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Buscemi,
Ignazio Montalbano, Enrico Buscemi, con domicilio eletto presso Salvatore
Buscemi in Catania, piazza A. Lincoln, 19; Albo Nazionale Gestori Ambientali-

Sezione Regionale Sicilia, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Schifani, con domicilio eletto presso Claudio Chines in Catania, via Etnea, 688;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo:

- del bando di gara a procedura aperta per l'appalto del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani ed assimilati, pulizia e spazzamento delle aree pubbliche e dei servizi complementari igiene pubblica nella parte in cui non contiene a pena di nullità dello stesso la previsione di cui all'art. 2 commi 1 e 2 della L.R. Sicilia n. 15 del 20 novembre 2008;
- del verbale di aggiudicazione del 26 maggio 2009 con il quale è stato aggiudicato l'appalto alla società Controinteressata S.r.l.;
- della Certificazione di iscrizione presso l'Albo Nazionale Gestori Ambientali del 10 giugno 2009;
- della determina n. 316 del 29.06.2009, con cui il Comune di Carlentini ha aggiudicato definitivamente la gara alla ditta Controinteressata S.r.l.;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della determina n. 354 del 27.7.2009 di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della Controinteressata S.r.l.;
- della determina non conosciuta con cui il Comune ha affidato alla Controinteressata S.r.l. il servizio oggetto dell'appalto con decorrenza 1.8.2009..

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Carlentini in Persona del Sindaco P.T. e di Ditta Controinteressata S.r.l. e di Albo Nazionale Gestori Ambientali-Sezione Regionale Sicilia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2010 il dott. Giovanni Milana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando spedito in data 18/03/2009 il Comune di Carlentini indiceva, mediante procedura aperta ai sensi del D.Lgs.n.163/2006 con aggiudicazione secondo il prezzo più basso inferiore rispetto a quello posto a base d'asta, gara per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani ed assimilati, pulizia e spazzamento delle aree pubbliche e dei servizi complementari di igiene pubblica, per un importo complessivo di € 897.956,74 oltre IVA.

Alla gara partecipavano, cinque ditte tra le quali la ditta CONTROINTERESSATA S.r.l. e la ditta RICORRENTE AMBIENTE S.r.l. già appaltatrice del servizio sino al 1/7/2009 giusta determina del Responsabile dell'Area IV del Comune resistente n. 238 del 3/6/2009.

In data 26/5/2009, dopo avere aperto le buste contenenti le offerte economiche, il Seggio di gara ha aggiudicato "provvisoriamente" il servizio alla ditta CONTROINTERESSATA S.r.l. che aveva offerto il maggiore ribasso (10,53%) sul prezzo a base d'asta.

Successivamente con nota del 27/5/2009 la ditta Controinteressata veniva invitata a fornire la documentazione comprovante i requisiti di partecipazione alla gara, che veniva prodotta in data 5/6/2009.

Pertanto, con Determina del Responsabile dell'Area IV Territorio ed Ambiente n. 316 del 29/6/2009, il Comune di Carlentini aggiudicava alla ricorrente CONTROINTERESSATA S.r.l. il servizio per cui è causa per anni uno a decorrere dal 01/07/2009.

La ditta RICORRENTE AMBIENTE S.r.l. (classificatasi al 2° posto) proponeva il ricorso indicato in epigrafe, depositato in data 8/7/2009, con cui chiedeva l'annullamento degli atti , meglio indicati in epigrafe , in forza dei quali la ditta Controinteressata era risultata aggiudicataria della gara.

La ricorrente incardinava detto ricorso sul rilievo che la ditta Controinteressata, su richiesta effettuata dalla stazione appaltante in data 27/5/2009, trasmetteva, in data 5/6/2009, i documenti richiesti comprovanti i requisiti di partecipazione, così come dichiarati in sede di gara, e tuttavia non avrebbe trasmesso alla stazione appaltante gli atti relativi all'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali alle Categorie 2 e 4, Classi D ed E, riservandosi di trasmetterli successivamente.

Detta trasmissione, sarebbe avvenuta in data 5/6/2009 e, secondo la ricorrente la certificazione di iscrizione sarebbe stata incompleta in quanto non discernente le varie date di iscrizione alle categorie 2 e 4 relativamente alle classi richieste dal bando (categoria D ed E).

In data 27/6/2006, su conforme domanda proposta dalla odierna ricorrente, il Presidente della 3° sezione del TAR Catania, con decreto cautelare (ante causam ex art. 254 D.Lgs. n. 163/2006) n. 10/2009, disponeva la sospensione dell'aggiudicazione ed ordinava che il servizio restasse affidato, dietro cauzione, alla RICORRENTE Ambiente per il tempo necessario alla proposizione del ricorso.

In data 30/6/2009, il Comune di Carlentini, in ottemperanza al suddetto provvedimento, con determina n. 320, disponeva la proroga del preesistente contratto con la RICORRENTE Ambiente.

Con il ricorso introduttivo del gravame, indicato in epigrafe la RICORRENTE Ambiente propone due articolati motivi di gravame con cui censura gli atti impugnati per:

1) Violazione del punto 10 del bando di gara nella parte in cui prescrive, a pena di esclusione, che le ditte debbano possedere, alla data di partecipazione alla gara, il requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali alle Categorie: 1 Classe D; 2 Classe D; 3 Classe F - violazione e falsa applicazione dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2008 - violazione del principio partecipativo e di parità di condizione tra i ricorrenti - eccesso di potere per falsa rappresentazione della realtà - violazione dell'art. 97 della Costituzione.

2) Violazione e mancata applicazione dell'art. 2, commi 1 e 2 della L.R. n.15 del 20/11/2008 (conto unico per gli appalti).

In data 17/7/2009 si costituiva in giudizio la Ditta aggiudicataria della gara, Controinteressata s.r.l. ed in data 21/7/2009 il Comune di Carlentini. Ambedue chiedevano il rigetto del gravame per infondatezza.

In data 29/7/2009 la ricorrente RICORRENTE Ambiente proponeva motivi aggiunti avverso la determina n. 374/2009 del 27/7/2009, con cui il Comune di Carlentini ha aggiudicato definitivamente la gara alla ditta Controinteressata s.r.l. (con decorrenza dal giorno 1/8/2009).

In data 18/9/2009 la ditta Controinteressata ha depositato ricorso incidentale avverso i verbali di gara del 13/5/2009 e del 26/05/2009, con i quali il Comune di Carlentini ha ammesso alla gara in argomento la ditta RICORRENTE Ambiente S.r.l., la quale non avrebbe dimostrato di avere stipulato, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente bando, contratti di servizi relativi alla raccolta dei rifiuti svolti con buon esito di cui almeno un contratto di importo pari o superiore ad € 1.000.000 specificando, a pena di esclusione, gli Enti destinatari dei servizi, le prestazioni svolte, gli importi dei contratti ed i periodi di esecuzione.

In data 23/11/2009 la ricorrente Ricorrente Ambiente ha depositato ulteriori motivi aggiunti con i quali ha impugnato l'Ordinanza Sidacale n. 31 del 30/9/2009 con cui il Sindaco di Carlentini, avvalendosi dei poteri extra ordinem, ai sensi

dell'art. 50 del T.U.U.E.E.LL., ha ordinato alla ditta Ricorrente Ambiente di eseguire il servizio di igiene ambientale, nella more della definizione del presente ricorso, alle condizioni di cui all'offerta presentata in sede di gara dalla Ricorrente.

Dette doglianze sono state reiterate con ulteriore memoria per motivi aggiunti depositata in data 16/12/2009.

La ditta ricorrente chiede al Collegio di annullare, in quanto illegittima detta determina e di condannare il Comune resistente al risarcimento del danno economico per illegittima decurtazione derivante dall'efficacia dell'atto impugnato consistente in Euro 5.000,00 per ogni mese.

In data 25/9/2009 si è costituito l'Albo Nazionale Gestori Ambientali al solo fine di affermare la propria correttezza sostanziale e formale nell'attività di rilascio della certificazione di iscrizione delle ditte interessate .

Con ulteriori motivi aggiunti, depositati in data 23/11/2009, la Ricorrente Ambiente ha reiterato le doglianze e le domande già proposte con i secondi motivi aggiunti.

Il Comune di Carlentini ha contro dedotto, chiedendo il rigetto dei ricorso per motivi aggiunti.

Alla pubblica udienza del 12/1/2009 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di aderire al prevalente orientamento giurisprudenziale (tra le tante C.G.A.n. 653 del 17/9/2009),avallato autorevolmente dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 11 del 10/11/2008), in base al quale il Giudice può esaminare il ricorso incidentale prima del ricorso principale nel caso in cui il ricorrente incidentale, aggiudicatario di una gara (alla quale siano state ammesse almeno tre offerte), deduca l'illegittimità dell'atto con il quale è stato ammesso il ricorrente principale.

Detta priorità dell'esame del ricorso incidentale trova la sua ragione sulla considerazione che in caso di accoglimento del ricorso incidentale il ricorso principale diviene improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione processuale, atteso che il ricorrente principale non può ottenere alcuna utilità del gravame proposto, anche qualora le doglianze con esso formulate fossero fondate ed in astratto avrebbero potuto condurre all'annullamento dell'aggiudicazione.

Nel caso di specie le imprese ammesse alla gara sono state complessivamente tre: l'odierna ricorrente principale, la contro interessata e la ditta Impresa Ecologica Busso Sebastiano s.r.l.. E la ricorrente incidentale lamenta la illegittima ammissione della Ricorrente Ambiente, sicché sussistono i presupposti perché, il Collegio, esamini preliminarmente il ricorso incidentale.

Tale ricorso, alla luce della documentazione allegata è fondato.

Invero, l'art. 11 – rubricato sotto la dizione condizioni minime di carattere economico e tecnico che dovevano essere possedute dalle ditte partecipanti alla gara ai fini di una loro ammissione – veniva stabilito che :

-la capacità economico finanziaria doveva essere dimostrata a pena di esclusione mediante dichiarazione del fatturato globale conseguito nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando pari ad almeno € 2.5000.000;

- la capacità tecnica è dimostrata a pena di esclusione mediante dichiarazione di avere stipulato, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente bando, contratti di servizi relativi alla raccolta dei rifiuti svolti con buon esito di cui almeno un contratto di importo pari o superiore ad € 1.000.000 specificando a pena di esclusione gli Enti destinatari dei servizi, le prestazioni svolte gli importi dei contratti ed i periodi di esecuzione.

La ditta partecipante, pertanto, avrebbe dovuto dimostrare di avere stipulato con un Ente Pubblico un contratto con un importo pari - appunto - alla cifra indicata dal bando.

Nella specie, la ditta RICORRENTE Ambiente S.r.l., già in sede di dichiarazione sostitutiva ex DPR n. 445/2000, aveva affermato testualmente che la Società ha eseguito nel triennio antecedente, contratti di servizi relativi alla raccolta rifiuti svolto con buon esito di cui almeno un contratto di importo pari o superiore ad € 1.000.000 e precisamente: ATO CT2 ACIAMBIENTE S.p.a. – Servizio di raccolta e spazzamento RSU e raccolta differenziata dei rifiuti e servizi connessi dal 1/2/2008 al 31/12/2008 per un importo totale di € 2.089.461,69.

Non di meno, in sede di comprovazione dei requisiti la stessa RICORRENTE Ambiente S.r.l. non ha dimostrato di avere stipulato con l'ATO CT2 ACIAMBIENTE S.p.a. alcun contratto di importo pari o superiore ad € 1.000.000,00, dato che risultano documentati solo n. 2 distinti contratti (Rep. N. 3 e 4 dell'11/11/2008) dell'importo rispettivamente di € 354.632,11 e di € 177.489,60 inferiore alla soglia stabilita dal bando.

Né possono rilevare - secondo quanto prospettato dalla ricorrente principale - le proroghe del servizio svolto dalla Ricorrente Ambiente in relazione ai predetti contratti (ciò che porterebbe al superamento della soglia dell'importo di Euro 1.000.000,00 richiesto dal bando), in quanto, la testuale formulazione dell'art. 11, non consente di accedere a tale interpretazione, la quale, sebbene ispirata al giusto principio del "favor partecipacionis" (Consiglio Stato, sez. V, 28 settembre 2009, n. 5810), sarebbe - nel caso in esame - tale da nuocere all'altrettanto fondamentale principio della "par condicio" tra i partecipanti (o addirittura tra i possibili partecipanti alla gara) alla gara (Cons. St. n. 5810, cit.; Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367).

Conseguentemente, la ricorrente principale, essendo priva del requisito come richiesto dall'art. 11 del bando di gara, avrebbe dovuto essere esclusa e, quindi, si appalesano illegittimi, i verbali di gara del 13/5/2009 e del 26/5/2009 nella parte

in cui la Ricorrente Ambiente è stata dapprima amessa con riserva alla procedura di gara e successivamente confermata.

Per le considerazioni che precedono v'è accolto il ricorso incidentale.

L'accoglimento, nei termini di cui sopra, comporta l'improcedibilità del ricorso principale.

Ad avviso del Collegio si appalesano infondati, anche, i ricorsi per motivi aggiunti proposti dell'odierno ricorrente.

Con detti motivi la ricorrente impugna i provvedimenti, meglio indicati nella parte motiva, con cui il Sindaco del Comune resistente, con ordinanza contingibile ed urgente, ha imposto alla ditta Ricorrente Ambiente di eseguire il servizio di igiene ambientale, nella more della definizione del presente ricorso, alle condizioni di cui all'offerta presentata in sede di gara da essa ditta RICORRENTE Ambiente.

Secondo la ricorrente, il Sindaco non avrebbe potuto imporre delle condizioni economiche deteriori rispetto a quelle del contratto preesistente (tra la Ricorrente ed il Comune) asseritamente prorogato.

Sarebbero, pertanto, illegittimi e lesivi degli interessi della ricorrente i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti, e, pertanto il Comune resistente andrebbe condannato al risarcimento del danno economico per illegittima decurtazione derivante dall'efficacia dell'atto impugnato consistente in Euro 5000 per ogni mese.

Le doglianze non appaiono infondate.

Preliminarmente, ad avviso del Collegio, non è condivisibile la doglianza afferente la presunta illegittimità al ricorso al potere di ordinanza avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie.

Il Comune a seguito della proposizione del ricorso e dell'accoglimento in sede cautelare della domanda di sospensione dell'esito della gara che ha visto aggiudicataria la Ditta Controinteressata, ha dovuto fronteggiare una contingenza

imprevedibile e, comunque, non gestibile con ordinari strumenti amministrativi, costituita dalla necessità di non interrompere il servizio e, soprattutto, di dare esecuzione al giudicato cautelare favorevole alla RICORRENTE Ambiente, che in virtù di detto giudicato avrebbe dovuto, comunque, gestire il servizio sino al 12/1/2010.

Attesa la natura temporanea ed interinale dell'efficacia del giudicato cautelare ed in presenza della circostanza che il contratto con la RICORRENTE era già scaduto, correttamente l'Amministrazione ha fatto ricorso al potere di ordinanza ex art. 50 del T.U. sugli Enti Locali (potere previsto come "valvola di sicurezza " dell'ordinamento) del quale le Amministrazioni possono avvalersi nei casi in cui sia necessario affrontare una situazione imprevista ed al fine di evitare danni gravi agli interessi curati dall'Amministrazione. Nel che - ovviamente - si disvela anche l'oggettiva novazione del rapporto contrattuale e di servizio intercorrente tra il Comune e la RICORRENTE Ambiente; la quale è stata autoritativamente e perciò innovativamente onerata dello svolgimento di quel medesimo servizio che svolgeva in precedenza, sulla base di una regolamentazione negoziale e remunerativa ormai superata dal provvedimento contingibile ed urgente.

Né appare censurabile la scelta, latamente discrezionale, del Sindaco di usare quale parametro per calcolare l'importo mensile da corrispondere alla ricorrente, per il servizio impostole, l'offerta di ribasso da essa offerta nella gara per cui è causa, pari al 10,25%, costituendo tale parametro un dato oggettivo proveniente da una stima economico-aziendale della stessa RICORRENTE Ambiente.

Per le considerazioni che precedono: v'è accolto il ricorso incidentale e, per l'effetto v'è dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo. Vanno rigettati i ricorsi per motivi aggiunti.

Attesa la complessità e la peculiarità della fattispecie le spese di giudizio e gli onorari vanno integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Terza, accoglie il ricorso incidentale;

dichiara improcedibile il ricorso introduttivo e rigetta i ricorsi per motivi aggiunti secondo quanto specificato in motivazione;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Alba Paola Puliatti, Consigliere

Giovanni Milana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO