

N. 00431/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00282/2010 REG.RIC.
N. 00422/2010 REG.RIC.
N. 00434/2010 REG.RIC.
N. 00182/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 282 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla:

Ecologica Società a responsabilità limitata s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Caia, Stefano Colombari e Dante Fani, con domicilio eletto presso l'ultimo, in Pescara, via Emilia, n.7;

contro

Il Comune di Spoltore, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Squartecchia, con domicilio eletto presso il suo studio, in Pescara, via Roma, 138;

nei confronti di

La Ambiente Spa;

e con l'intervento di

la Ambiente Spa, rappresentata e difesa dall'avv.to Osvaldo Prosperi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Pescara, via Pesaro, 21;

sul ricorso numero di registro generale 422 del 2010, proposto dalla:
Ecologica Società a responsabilità limitata s.r.l., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Stefano Colombari e Dante Fani, con domicilio eletto presso
il secondo, in Pescara, via Emilia, 7;

contro

Il Comune di Spoltore, rappresentato e difeso dall'avv. Ugo Di Silvestre,
con domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, via Falcone e
Borsellino, n. 38;

e con l'intervento di

ad opponendum:

la ATI tra il Consorzio Nazionale Servizi (C.N.S.) e la Mantini S.r.l.,
rappresentati e difesi dall'avv. Sergio Della Rocca, con domicilio eletto
presso il suo studio, in Pescara, via Tirino, n. 8;

sul ricorso numero di registro generale 434 del 2010, proposto dalla:
Società Ambiente Spa, rappresentata e difesa dall'avv.to Osvaldo
Prosperi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Pescara, via
Pesaro, 21;

contro

Il Comune di Spoltore, rappresentato e difeso dall'avv. Ugo Di Silvestre,
con domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, via Falcone e
Borsellino, n. 38;

il Sindaco del Comune di Spoltore;

e con l'intervento di

ad opponendum:

la ATI tra il Consorzio Nazionale Servizi (C.N.S.) e la Mantini S.r.l.,
rappresentati e difesi dall'avv. Sergio Della Rocca, con domicilio eletto
presso il suo studio in Pescara, via Tirino, n. 8;

sul ricorso numero di registro generale 182 del 2011, proposto dalla:
ATI tra il Consorzio Nazionale Servizi (C.N.S.) e la Mantini S.r.l.,
rappresentati e difesi dall'avv. Sergio Della Rocca, con domicilio eletto
presso il suo studio, in Pescara, via Tirino, n. 8;
e sul ricorso incidentale proposto nel ricorso 182 del 2011 dalla
Ecologica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Colombari e
Dante Fani, con domicilio eletto presso il secondo, in Pescara, via
Emilia, n. 7;

contro

Il Comune di Spoltore, rappresentato e difeso dall'avv. Ugo Di Silvestre,
con domicilio eletto presso il suo studio, in Pescara, via Falcone e
Borsellino, n.38;
il Presidente della commissione di gara e il Responsabile del
procedimento di gara;

nei confronti di

La Ecologica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Colombari e
Dante Fani, con domicilio eletto presso il secondo, in Pescara, via
Emilia, n. 7;
la Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. e la Diodoro Ecologica S.r.l., non
costituitesi;

per l'annullamento:

quanto al ricorso n. 282 del 2010:
dell'ordinanza del sindaco 90 del 18 maggio 2010;
della deliberazione del consiglio comunale 102 del 30 dicembre 2009;
della determinazione del responsabile n. 16 del 18 gennaio 2010;

della determinazione del medesimo responsabile n.134 del 15 aprile 2010;

con i motivi aggiunti:

dell'ordinanza del sindaco 131 del 12 agosto 2010;

dell'atto del 3 agosto 2010 di verifica della documentazione prodotta dalla ditta incaricata;

della deliberazione della giunta comunale 161 del 5 agosto 2010;

della determinazione del responsabile 220 del 6 agosto 2010;

quanto al ricorso n. 422 del 2010:

del bando di gara a procedura aperta del 9 agosto 2010;

della deliberazione del consiglio comunale 102 del 30 dicembre 2009;

della determinazione del responsabile 16 del 18 gennaio 2010;

delle determinazione 134 del 2010;

dell'ordinanza del sindaco 90 del 18 maggio 2010;

del parere dell'ufficio d'igiene ambientale del 3 giugno 2010;

del parere dell'azienda sanitaria locale di Pescara del 13 luglio 2010;

del parere della polizia municipale dell'11 giugno 2010;

del parere dell'istruttore tecnico direttivo del 3 giugno 2010;

della deliberazione della giunta comunale 161 del 5 agosto 2010;

della determinazione del responsabile 220 del 6 agosto 2010;

dell'ordinanza del sindaco 131 del 12 agosto 2010;

nonché per l'accertamento del diritto di Ecologica srl a proseguire nella gestione del servizio di igiene urbana ai sensi dell'articolo 23 bis del decreto legge 112 del 2008.

con i motivi aggiunti:

della nota del comune 20 ottobre 2010 n. 27685;

quanto al ricorso n. 434 del 2010:
del bando di gara 9 agosto 2010;
della deliberazione 102 del 30 dicembre 2009;
della determinazione dirigenziale 18 gennaio 2010 n. 33;
dell'ordinanza sindacale 90 del 18 maggio 2010;
dell'ordinanza sindacale 131 del 12 agosto 2010.

quanto al ricorso n. 182 del 2011:
della nota 106 del 10 marzo 2011 del Comune recante l'aggiudicazione definitiva della gara relativa ai servizi di igiene urbana;
della nota 6992 del 10 marzo 2011 recante trasmissione dell'atto impugnato;
degli atti e operazioni della commissione di gara e dei relativi verbali, di cui alle sedute del 21 ottobre 2010, 28 ottobre 2010, 30 dicembre 2010, 11 gennaio 2011, 13 gennaio 2011, 18 gennaio 2011 e 24 gennaio 2011;
della determina dirigenziale 24 del 27 gennaio 2011, recante l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione della gara in via provvisoria alla ditta Ecologica, affidando la prosecuzione del servizio alla ditta Ambiente;
della determina dirigenziale n. 68 del 2 marzo 2011 con cui il comune ha affidato la gestione dei servizi in via temporanea e provvisoria alla ditta Ecologica;
del bando di gara del 10 agosto 2010 nella parte in cui consente che l'apertura delle offerte tecniche avvenga in sedute riservate;
dell'allegato 1 al bando di gara recante criteri di attribuzione dei punteggi nella parte in cui prevede la formula per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica;
del contratto ove intervenuto;

nonchè per la declaratoria di inefficacia del contratto sulla base degli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo;

nonché per il risarcimento dei danni;

con il ricorso incidentale al ricorso 182 del 2011, proposto della Ecologica srl:

di tutti gli atti di cui al ricorso principale nonché degli atti impugnati con il ricorso n 422 del 2010 e precisamente:

del bando di gara a procedura aperta del 9 agosto 2010;

della deliberazione del consiglio comunale 102 del 30 dicembre 2009;

della determinazione del responsabile 16 del 18 gennaio 2010;

della determinazione 134 del 2010;

dell'ordinanza del sindaco 90 del 18 maggio 2010;

del parere dell'ufficio d'igiene ambientale del 3 giugno 2010;

del parere dell'azienda sanitaria locale di Pescara del 13 luglio 2010;

del parere della polizia municipale dell'11 giugno 2010;

del parere dell'istruttore tecnico direttivo del 3 giugno 2010;

della deliberazione della giunta comunale 161 del 5 agosto 2010;

della determinazione del responsabile 220 del 6 agosto 2010;

dell'ordinanza del sindaco 131 del 12 agosto 2010;

della nota del comune 20 ottobre 2010;

nonché per l'accertamento del diritto della ditta ricorrente incidentale a proseguire nella gestione del servizio di igiene urbana ai sensi dell'articolo 23 bis del decreto legge 112 del 2008.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti, gli atti di intervento e i relativi allegati;

Visto gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Spoltore della Ecologica S.r.l.;

Visto l'atto di ricorso incidentale proposto dalla Ecologica - S.r.l. sul

ricorso n. 182 del 2011;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il presidente Umberto Zuballi e uditi l'avv. Colombari Stefano per la Ecologica srl, gli avv.ti Squartecchia Federico e Di Silvestre Ugo per il Comune di Spoltore resistente, l'avv. Prosperi Osvaldo per la Società Ambiente spa, l'avv. Valentini Luciana, su delega dell'avv. Della Rocca Sergio, per la l'ATI tra il Consorzio Nazionale Servizi e la Mantini srl;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel primo ricorso 282 del 2010, la ditta ricorrente, Ecologica srl, spiega che il Consorzio comprensoriale per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani dell'area pescarese aveva costituito la ditta Ecologica srl non per la diretta gestione del servizio pubblico, ma per l'esercizio in forma associata delle funzioni dei comuni in materia di rifiuti.

Nel 2002 il consorzio si è trasformato in una società per azioni denominata Ambiente spa, senza modifiche dei compiti del consorzio, che continua a esercitare le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici per conto dei comuni, mentre la concreta gestione avviene a mezzo della Ecologica.

In sostanza vi è un'identità di oggetto tra il consorzio originario e l'odierna ditta Ambiente; successivamente, la ditta Ecologica è stata trasformata in una società mista, previa gara per la scelta del socio privato. Pertanto, i comuni presenti nel consorzio oggi Ambiente, hanno scelto di gestire il servizio rifiuti tramite la società a capitale misto pubblico e privato denominata Ecologica.

I comuni in sostanza non hanno mai modificato l'originario ruolo del

consorzio.

Il bando di gara per la selezione del socio privato prevedeva la stipula di contratti di servizio con i singoli comuni della durata minima di 12 anni.

In tale quadro normativo si inserisce l'ordinanza del sindaco impugnata, adottata ai sensi dell'articolo 50 del decreto legislativo 267 del 2000, che incarica in via temporanea per un periodo di 90 giorni a partire dal 19 maggio la ditta Ecologica della gestione del servizio agli stessi prezzi e alle stesse condizioni precedenti.

Illustra poi i seguenti motivi di ricorso:

1.violazione dell'articolo 50 del testo unico sugli enti locali, in quanto l'ordinanza è uno strumento che può essere usato solamente in via eccezionale e in circostanze imprevedibili, non nei casi in cui sarebbero utilizzabili gli strumenti ordinari.

2.illogicità, contraddittorietà, travisamento e carenza di motivazione: le scadenze dei contratti di servizio tra il comune e la ditta Ambiente non costituivano un evento eccezionale e imprevedibile, in quanto il comune avrebbe comunque potuto provvedere prorogando il precedente contratto. In sostanza l'ordinanza è stata adottata in carenza dei presupposti di legge.

3.violazione degli articoli 204 del decreto legislativo 152 del 2006, e 21 della legge regionale 45 del 2007. In base alle disposizioni citate i comuni sono tenuti a proseguire il servizio con le gestioni già in corso fino al momento in cui l'autorità sovracomunale competente non indirà la gara per il servizio integrato.

4.violazione dell'articolo 3 della legge 241 del 90 per carenza di motivazione. Nell'ordinanza si afferma che gli uffici comunali avrebbero accertato la congruità dei prezzi, ma tale affermazione non

viene sorretta da un'adeguata motivazione.

La ditta chiede altresì il risarcimento dei danni.

Con appositi motivi aggiunti viene impugnata la seconda ordinanza del sindaco che ha prorogato la precedente ordinanza.

Oltre ai motivi derivati dal ricorso principale, la ditta ricorrente solleva nuovamente la questione della carenza di motivazione, illogicità, travisamento dei fatti; inoltre deduce la violazione dell'articolo 191 del decreto legislativo n. 152 del 2006 per carenza di istruttoria, che riguarda le ordinanze che vanno emanate in materia di smaltimento rifiuti.

Inoltre, sono stati violati gli articoli 7 e seguenti della legge 241 del 1990, in quanto la seconda ordinanza doveva essere preceduta da un avviso di avvio del procedimento.

La ditta chiede altresì il risarcimento dei danni.

Si costituisce in giudizio il comune contestando il ricorso.

Interviene in appoggio al ricorso la ditta Ambiente, sottolineando in particolare la violazione della normativa sulle ordinanze urgenti del sindaco.

Il Comune e la ditta Ambiente hanno ribadito le proprie tesi con dettagliate memorie.

Nel ricorso 422 del 2010, la ditta ricorrente, Ecologica srl spiega nuovamente che il Consorzio comprensoriale per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani dell'area pescarese aveva costituito la ditta Ecologica srl non per la diretta gestione del servizio pubblico, ma per l'esercizio in forma associata delle funzioni dei comuni in materia di rifiuti. Nel 2002 il consorzio si è trasformato in una società per azioni denominata Ambiente spa, senza modifiche dei compiti del consorzio che continua

a esercitare le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici per conto dei comuni, mentre la concreta gestione avviene a mezzo della ricorrente Ecologica srl.

In sostanza si ribadisce che vi è un'identità di oggetto tra il consorzio originario e l'odierna ditta Ambiente; successivamente, la ditta Ecologica è stata trasformata in una società mista, previa gara per la scelta del socio privato. Pertanto, i comuni presenti nel Consorzio oggi Ambiente spa, hanno scelto di gestire il servizio rifiuti tramite la società a capitale misto pubblico e privato denominata Ecologica.

Ripete poi che i comuni in sostanza non hanno mai modificato l'originario ruolo del consorzio e che il bando di gara per la selezione del socio privato prevedeva la stipula di contratti di servizio con i singoli comuni della durata minima di 12 anni.

In tale quadro normativo s'inserisce la nuova gara per l'affidamento del servizio pubblico in questa sede impugnata.

La Ecologica illustra poi i seguenti motivi di ricorso:

1. Illogicità e difetto d'istruttoria, oltre che difetto di motivazione con violazione dell'articolo 3 della legge 241 del 90. Non si può indire una gara per l'affidamento del servizio ignorando la procedura già effettuata che ha affidato alla ditta ricorrente la gestione del servizio pubblico per la durata di 12 anni.

2. Contraddittorietà e travisamento; il comune, sempre presente alle assemblee consortili, ha riconosciuto l'organizzazione della gestione della Ecologica, come conseguenza della gara svolta dal consorzio Ambiente.

3. Violazione del principio del legittimo affidamento e carenza di istruttoria. Il principio dell'affidamento si applica al caso in esame, per cui il comune non poteva indire una nuova gara.

4. Violazione dell'articolo 23 bis del decreto legge 112 del 2008 convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 113. Il socio privato è stato selezionato con apposita gara, e doveva possedere le caratteristiche operative per gestire il servizio di igiene urbana. La società Ecologica ha quindi titolo a proseguire la gestione ai sensi della norma citata.

5. Violazione degli articoli 35 della legge 448 del 2001 e dell'articolo 113 del decreto legislativo 267 del 2000. Il gestore che subentra è tenuto a corrispondere apposito indennizzo a quello uscente, per cui il comune doveva indicare nel bando il corrispettivo spettante al gestore uscente.

6. Illogicità, sviamento e violazione del principio di ragionevolezza. Il bando prevede quale requisito di capacità tecnica che i concorrenti abbiano svolto un servizio d'igiene urbana in un comune con popolazione complessiva di 18.380 abitanti; la Ecologica viene in tal modo impedita di partecipare alla gara, in quanto nel comune alla fine del 2009 non vi era il numero di abitanti sopra indicato.

7. Illogicità, contraddittorietà, violazione dell'articolo 83 del decreto legislativo 163 del 2006, violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento. Il riparto dei punteggi previsto nel bando appare illogico e contraddittorio.

8. La ditta chiede infine il risarcimento dei danni

Nei motivi aggiunti, con cui si impugna la nota del comune del 20 ottobre 2010, la ditta ricorrente osserva che il comune, per sostenere di aver disposto l'affidamento al consorzio Ambiente e non alla società mista Ecologica, si basa su elementi meramente formali, e non su quelli di sostanza. Ribadisce poi tutte le censure illustrate nel ricorso introduttivo.

Si costituisce in giudizio il comune contestando il ricorso, osservando come il servizio di igiene urbana fosse stato affidato in via diretta alla

società Ambiente, unica in favore della quale l'affidamento avrebbe potuto integrare gli estremi della fattispecie "in house" in quanto di integrale partecipazione pubblica.

In realtà, il servizio in oggetto era materialmente erogato dalla società Ecologica che sulla base delle norme vigenti non avrebbe potuto gestire direttamente il servizio, se non in quanto selezionata all'esito di apposita gara. Inoltre, il ricorso risulta inammissibile per carenza di interesse, in quanto la società Ecologica non aveva sottoscritto alcun contratto con l'amministrazione comunale.

Infine, il comune aveva stabilito di indire una nuova procedura con la deliberazione del consiglio comunale 102 del 30 dicembre 2009, impugnata solo tardivamente.

Sia il Comune sia la ditta hanno ribadito con apposite memorie le rispettive argomentazioni.

Con apposito ricorso rubricato al 434 del 2010, la società Ambiente spa impugna il bando di gara, la deliberazione del consiglio comunale recante la decisione di affidare i servizi di igiene urbana, la determinazione dirigenziale 33 del 2010 recante la proroga dell'appalto, le ordinanze del sindaco 90 del 2010 e 131 al 2010 di proroga dell'efficacia del contratto dei servizi di igiene urbana.

Dopo aver ricostruito la vicenda, la ditta illustra i motivi di illegittimità della delibera 102 del 2009, della determinazione dirigenziale 33 e delle due ordinanze sindacali, per violazione dell'articolo 23 bis della legge 166 del 2009, per sviamento, carenza d'istruttoria e violazione del principio di ragionevolezza.

Il regolamento in materia di servizi pubblici contenuto nel d.p.r. 168 del 2010, implica che il comune avrebbe dovuto soprassedere all'indizione

della gara e adeguare il suo atto di indirizzo.

Infatti, il regolamento impone agli enti locali l'adozione di una delibera quadro; disciplina inoltre il contenuto del bando di gara e la durata dell'affidamento. Inoltre è necessario il parere preventivo dell'autorità garante per gli affidamenti dei servizi pubblici di valore economico come quello in questione. Infine il regolamento disciplina i meccanismi per garantire l'efficienza ed economicità dei servizi pubblici locali.

Il comune non ha affatto considerato tale regolamento nel disciplinare la materia. Inoltre il comune non ha applicato correttamente l'articolo 23 bis sopra citato, che disciplina il regime transitorio, e in particolare non ha stabilito una data precisa per l'inizio del nuovo contratto di affidamento.

La ditta ricorrente deduce poi la violazione degli articoli 107 e 113 del testo unico sugli enti locali, eccesso di potere della delibera consiliare e del bando di gara anche per l'incertezza dei termini iniziale e finale di un contratto di affidamento. Una procedura competitiva indetta nelle more di un contratto di affidamento non ancora scaduto sarebbe quindi illegittima.

Il bando di gara risulta affetto da illegittimità derivata dagli atti precedenti, così come le ordinanze sindacali e la determinazione dirigenziale 33 del 2010.

Inoltre le due ordinanze sindacali sono illegittime per violazione dell'articolo 50 del testo unico sugli enti locali, in quanto mancano i presupposti per emettere le ordinanze sindacali urgenti.

Il comune resiste in giudizio con argomentazioni analoghe a quelle svolte nell'altro ricorso, in particolare eccependo la tardività dell'impugnazione della delibera consiliare n. 102 del 2009.

Nel ricorso 182 del 2011, le ditte ricorrenti, che impugnano l'aggiudicazione definitiva della gara, spiegano che nell'ambito della procedura di gara si sarebbero verificate numerose violazioni di legge, in particolare, per la valutazione delle offerte tecniche non sarebbe stato applicato il metodo del confronto a coppie, l'apertura delle offerte tecniche sarebbe avvenuta in sedute riservate, la gara è stata diluita nel tempo senza garanzie per la conservazione dei plichi, il criterio di assegnazione dei punteggi per l'offerta economica produce un illogico appiattimento dei punteggi e infine non è stata rilevata in capo alla ricorrente una causa di esclusione di cui all'articolo 23 bis del decreto legge 112 del 2008 nel testo vigente.

Dopo aver illustrato le varie sedute della commissione di gara, il consorzio ricorrente fa presente di essersi collocato al terzo posto.

Illustra poi i seguenti motivi di ricorso:

1.violazione del bando allegato1, in relazione al metodo impiegato per l'attribuzione dei punteggi di cui ai punti 2.2. e 2.3. Violazione dell'articolo 83 del decreto legislativo 163 del 2006, contraddittorietà e illogicità manifesta. Il bando individua il metodo di aggiudicazione nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di punteggi riferiti a più voci e massimo teorico di 100 punti. Gli elementi dell'offerta tecnica previsti per 60 punti sono stati frazionati in varie voci alcune ulteriormente frazionate in sotto – voci. I punteggi di cui alle voci 2.2 e 2.3 si dovevano assegnare applicando il criterio del confronto a coppie.

La commissione peraltro ha omesso lo svolgimento dei confronti comparativi secondo il metodo indicato. Infatti, la commissione ha operato un sorteggio delle coppie, e nelle sedute successive attribuito i punteggi analizzando separatamente ciascuna coppia sorteggiata. I

giudizi sono stati quindi assoluti e non comparativi. In sostanza il metodo non è stato applicato.

2.violazione dell'articolo 97 della costituzione, dell'articolo 2 del decreto legislativo 163 del 2006, degli articoli 1 e seguenti della legge 241 del 1990, del principio di trasparenza e imparzialità, violazione del bando, ovvero illegittimità del bando ove inteso in modo da consentire l'apertura delle offerte in sedute riservate. Tale prassi non sarebbe consentita.

3.violazione dell'articolo 97 della costituzione, dell'articolo 2 del decreto legislativo 163 del 2006, degli articoli 1 e seguenti della legge 241 del 90, del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, violazione dell'obbligo di custodia dei plichi. L'attività della commissione si è prolungata in modo eccessivo nel tempo, il che non ha dato la possibilità di custodire in modo adeguato i plichi.

4.violazione dell'articolo 97 della costituzione, del bando di gara, dell'articolo 2 del decreto legislativo 163 del 2006, contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza della formula utilizzata per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica. Il criterio adottato conduce a un inevitabile appiattimento dei punteggi attribuiti all'elemento prezzo, punteggi che non possono essere pari a zero. La parte ricorrente illustra poi in dettaglio il meccanismo di attribuzione dei punteggi, per rilevarne l'illegittimità sostanziale.

5.violazione dell'articolo 23 bis del decreto legge 112 del 2008, sviamento, travisamento dei fatti e difetto d'istruttoria. La ditta vincitrice Ecologica è in una situazione da non poter nemmeno partecipare alla gara. La Ecologica doveva essere esclusa dalla gara, e non poteva quindi vincerla.

Dopo aver spiegato l'interesse a tale motivo, la ricorrente osserva come

la Ecologica è affidataria diretta di servizi analoghi a quelli in gara presso alcuni comuni, e inoltre risulta affidataria indiretta presso altri comuni. La ditta DECO partecipata dalla Ecologica gestisce una serie di servizi pubblici.

6. La ditta ricorrente sostiene che la procedura deve essere interamente rifatta anche perché la conoscenza delle offerte renderebbe impossibile un rifacimento parziale della gara. Chiede quindi che vengano attuate le misure attuative del giudicato sulla base dell'articolo 34 lettera e) del codice del processo amministrativo.

7. La ditta chiede infine il risarcimento dei danni, in forma specifica tramite rifacimento della gara ovvero per equivalente in caso contrario. Si costituisce in giudizio il comune contestando il ricorso e sollevando altresì eccezione d'inammissibilità di alcune specifiche censure.

Resiste in giudizio la Ecologica eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, in quanto l'annullamento della gara comporterebbe la prosecuzione del servizio da parte della stessa Ecologica, la quale in altro ricorso ha chiesto l'annullamento della procedura in forza del proprio diritto proseguire il precedente affidamento. Contesta anche nel merito il gravame.

La ditta Ecologica srl ha presentato altresì ricorso incidentale, chiedendo oltre all'annullamento degli atti impugnati con il ricorso principale anche l'annullamento di quelli già impugnati con il ricorso n. 422 del 2010, chiedendo infine l'accertamento del proprio diritto a proseguire nella gestione del servizio di igiene urbana del territorio comunale ai sensi dell'articolo 23 bis del decreto-legge 112 del 2008.

A sostegno illustra i seguenti motivi di ricorso:

1. Illogicità e difetto d'istruttoria, violazione dell'articolo 3 della legge

241 del 1990; il comune ha del tutto ignorato la precedente procedura selettiva espletata dal consorzio per l'organizzazione del servizio, e il ricorso da parte del consorzio a una gara per la selezione del socio privato operativo. La durata della gestione era stata stabilita in 12 anni.

2. Contraddittorietà e travisamento, in quanto il comune si pone in contrasto con quanto in precedenza già deciso.

3. Violazione del principio del legittimo affidamento e carenza d'istruttoria.

4. Violazione dell'articolo 23 bis del decreto legge 112 del 2008 convertito nella legge 133 del 2008. La ditta Ecologica ha diritto a proseguire nella gestione dei servizi pubblici per la durata dei contratti quale stabilita negli atti di procedura.

5. Contraddittorietà e travisamento, violazione dei principi di buona fede e del legittimo affidamento.

In tutti i ricorsi le parti hanno ribadito le rispettive tesi con apposite memorie, replicando altresì alle eccezioni avversarie.

Infine nel corso della pubblica udienza del 7 luglio 2011, dopo approfondita discussione, le cause sono state introitate per la riunione e la decisione.

DIRITTO

1. I quattro ricorsi, i motivi aggiunti e il ricorso incidentale vanno riuniti e decisi con un'unica pronuncia per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

Ovviamente le posizioni dei vari ricorrenti si distinguono tra di loro, in quanto l'interesse della Ecologica srl è quello di vedersi riconosciuto un prolungamento del contratto in essere ovvero la durata di 12 anni dello stesso, quello della Ambiente spa è solo parzialmente coincidente, avendo stipulato in prima persona il contratto con il Comune e

chiedendo l'accertamento della sua durata al 31 dicembre 2011, mentre l'interesse dell'ATI tra il Consorzio nazionale servizi - Società cooperativa e la Mantini srl, ricorrenti nell'ultimo ricorso, risulta opposto sia a quello della Ecologica sia a quello di Ambiente, sostanziandosi in un rifacimento della gara.

2. Questo collegio intende procedere a un esame logico dei ricorsi, accorpendo varie censure e seguendo il seguente schema: verrà innanzitutto affrontata la questione della durata del contratto tra il comune e la ditta Ambiente da un lato ed Ecologica dall'altro e di conseguenza la legittimità della stessa indizione della nuova gara.

In seguito verranno esaminate le questioni relative alla legittimità delle ordinanze sindacali di proroga, le quali ovviamente presuppongono un contratto già scaduto.

Infine verrà esaminato l'ultimo ricorso che riguarda più specificatamente le modalità con cui è stata indetta e aggiudicata la gara e i cui motivi mirano a un rifacimento della gara stessa.

Il ricorso incidentale proposto dalla Ecologica srl nel ricorso 182 del 2011, considerato il suo oggetto, verrà esaminato e deciso assieme alla questione della durata del contratto e della legittimità dell'indizione stessa della gara.

3. Varie sono le eccezioni sollevate in relazione ai ricorsi e ai motivi aggiunti.

Tra queste, la più incisiva sollevata dal Comune riguarda la tardività dell'impugnazione della deliberazione del consiglio comunale 102 del 30 dicembre 2009, regolarmente pubblicata all'albo.

La delibera, sostanzialmente un atto di indirizzo, ha espresso la generica

volontà di indire una nuova gara, ma la sua concreta lesività è emersa solo in occasione dell'indizione vera e propria della gara e delle proroghe del precedente contratto, in quanto solo con tali atti successivi è divenuta palese con certezza la questione della scadenza del precedente contratto e quindi la supposta illegittimità dell'operato del Comune.

Altre eccezioni sollevate nei vari ricorsi meritano un esame preliminare. Va innanzitutto osservato come non rilevi nel presente ricorso la questione dell'esito del referendum popolare abrogativo celebratosi il 12 - 13 giugno 2011 relativo all'articolo 23 bis del decreto legislativo 112 del 2008, la cui violazione costituisce una delle questioni del presente ricorso. Invero, la legittimità degli atti impugnati va valutata in relazione al tempo in cui furono adottati, secondo il pacifico principio *tempus regit actum*, né l'abrogazione di una norma tramite referendum comporta alcuna retroattività.

Ritiene a tale proposito questo Collegio che l'abrogazione del citato art. 23 bis non esime dall'obbligo di applicare la normativa e i principi europei in tema di gare pubbliche e di affidamento "in house", e che pertanto non possono rivivere le norme precedenti che si ponessero in contrasto con i medesimi, tra cui l'art. 113 del t.u.e.l..

Quanto alle eccezioni di carenza d'interesse della Ecologica a impugnare l'indizione della gara e la gara stessa, essendo risultata vincitrice, basti rilevare che l'interesse dichiarato di tale ditta è nel proseguire il contratto in essere fino alla scadenza di 12 anni, alle condizioni precedenti. L'interesse poi diventa ancor più rilevante in relazione alla fondatezza del quarto ricorso, come si vedrà in prosieguo.

Quanto all'eccezione relativa al Consorzio ricorrente nel ricorso 182 del 2011, che non avrebbe interesse al ricorso essendosi collocato al terzo

posto, appare evidente il suo interesse strumentale al rifacimento ex novo della gara, che risulterebbe una logica conseguenza delle censure proposte, che implicano, ove fondate, una rinnovazione della gara.

Questo Collegio ritiene che tale interesse strumentale possa sicuramente essere tutelato anche nell'ambito dello speciale giudizio sugli appalti. Invero, la normativa applicabile che prevede l'articolo 124 la richiesta espressa di una ditta non vincitrice di risultare aggiudicataria della gara stessa, presuppone che non vi sia un interesse, nel caso l'unico tutelabile, a un rifacimento della gara. Infatti, il Consorzio non pretende di essere dichiarato vincitore, chiede però che la gara venga ripetuta e in particolare che venga rifatto il confronto a coppie, che assume illegittimamente effettuato. Tale interesse strumentale può essere tutelato in sede di giudizio, con annullamento delle procedure di gara, e con dichiarazione d'inefficacia del susseguente contratto già stipulato, non ex art 124 ma sulla base dell'articolo 121 ovvero 122 del codice, e con tutte le conseguenti statuizioni di spettanza del giudice amministrativo nell'ambito del particolare rito sugli appalti.

Quanto alla notifica del ricorso 182 del 2011, di cui si eccepisce l'incompletezza, essa risulta effettuata non solo nei confronti della ditta Ecologica vincitrice della gara ma altresì della Sangalli srl e della Diodoro srl, anche se tali ditte, partecipanti alla gara e non vincitrici, hanno un interesse coincidente con quello del Consorzio ricorrente e non opposto, dovendo essere considerate cointeressate e non controinteressate, in quanto potrebbero trarre vantaggio dal rifacimento della gara stessa mentre non verrebbero danneggiate dall'accoglimento del ricorso.

Altre eccezioni, relative a singole censure e ai vari ricorsi, vanno convenientemente esaminate assieme agli stessi e alle questioni

principali ivi sollevate.

Come si vedrà in seguito, non necessita infine esaminare alcune delle restanti eccezioni, stante l'infondatezza dei relativi gravami. In particolare quelle relative alla stessa tempestività e ammissibilità del ricorso incidentale, possono essere trascurate stante l'infondatezza del medesimo.

4. Preliminare a ogni altra questione è la possibilità o meno per il Comune di Spoltore di indire una gara pubblica per l'affidamento del servizio d'igiene urbana, come stabilito dal Comune stesso con deliberazione 30 dicembre 2009 n. 102.

Va premesso in via di fatto che nel 2000 venne costituito un Consorzio comprensoriale per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani dell'area pescarese, che svolgeva la funzione di gestione dei rifiuti in loro titolarità, laddove la concreta gestione dello smaltimento venne affidata a una società di scopo appositamente costituita interamente pubblica denominata Ecologica srl.

Nel 2002 il Consorzio venne trasformato in una società per azioni denominata Ambiente spa. Successivamente la Ambiente indiceva una gara pubblica per la scelta del socio privato della Ecologica, gara vinta dalla Deco, per cui la Ecologica venne a configurarsi come società mista, al 51 % posseduta dalla Ambiente spa e per il 49 % dalla Deco.

Nel bando di gara per la scelta del socio privato della Ecologica, si prevedeva la stipula di contratti di servizio con i singoli comuni associati per la durata minima di 12 anni.

Peraltro, il servizio di igiene urbana è stato affidato in via diretta dal comune di Spoltore unicamente alla società Ambiente, unica società di integrale partecipazione pubblica. Entrambe le parti in causa

convengono peraltro che il servizio è stato sempre materialmente erogato e gestito dalla società Ecologica, come visto attualmente a capitale misto pubblico privato.

La ditta ricorrente Ecologica sostiene che la situazione di fatto debba prevalere su quella formale, in quanto la società Ambiente mantiene le funzioni dell'originario consorzio tra comuni, laddove sin dall'inizio la gestione concreta del servizio di igiene è stata svolta da detta società Ecologica. Ne discenderebbe l'impossibilità giuridica per il comune di disattendere il contratto avente durata di 12 anni.

Va osservato che il socio privato è stato scelto con una gara a così detta doppio oggetto, cioè per attribuirgli specifici compiti operativi. Invero il bando prevedeva che la società avesse per oggetto l'attività di gestione di tutti i servizi connessi con l'igiene urbana nei comuni aderenti alla Ambiente spa, inoltre il bando prevedeva che le attività al servizio dei comuni formassero oggetto di appositi contratti di servizi di durata minima di anni 12.

Senonché, nel caso del comune di Spoltore la durata dell'unico contratto, stipulato con la società per azioni Ambiente e senza la menzione o il coinvolgimento della società Ecologica, ha decorrenza dal 20 gennaio del 2007 e termine il 20 gennaio del 2010 (punto 3 del contratto a pagina 4 del testo depositato in causa).

In sostanza, quanto contenuto nel bando di gara per la scelta del privato contraente e cioè la durata minima di anni 12 non si è mai tradotto nel caso in esame in un obbligo specifico trasfuso nel contratto stipulato con il comune.

Inoltre, ad avviso di questo Collegio, il dato formale non può essere trascurato in quanto la società Ecologica non ha sottoscritto alcun contratto con l'amministrazione comunale, ma ha operato in via di fatto

in nome e per conto della società Ambiente, unica che aveva stipulato con il comune un contratto vero e proprio.

Va aggiunto come la trasformazione del consorzio in società per azioni non sia affatto irrilevante, in quanto la società Ambiente risulta distinta rispetto ai singoli comuni che ne fanno parte, divenendo un unico soggetto formalmente privato che, infatti, ha stipulato con i comuni stessi un contratto per la gestione dei rifiuti. Il comune è rimasto del tutto estraneo ai rapporti tra la società Ambiente e la società Ecologica, e quindi anche alla durata astrattamente prevista in dodici anni per i contratti con i singoli comuni, ma nel caso mai tradottasi in una specifica disposizione contrattuale.

La partecipazione del Comune di Spoltore alle assemblee del Consorzio tra comuni prima e della società Ambiente poi valgono a dimostrare la conoscenza dei rapporti tra società Ambiente e la società Ecologica, ma non implicano affatto alcun coinvolgimento ovvero obbligo giuridico da parte del comune nei confronti di dette società, obblighi che derivano unicamente dal contratto formalmente stipulato.

Orbene, come già indicato, il contratto 12 gennaio 2007 depositato in atti tra la Ambiente e il comune di Spoltore riguarda l'attività di smaltimento dei rifiuti nell'ambito del territorio comunale, laddove la società Ecologica non compare affatto.

Da quando testé illustrato discende che il contratto con il comune era scaduto al 20 gennaio 2010.

5. Va ora affrontata la questione, invero centrale nei vari ricorsi, oltre che nel ricorso incidentale al ricorso 182 del 2011, di un'eventuale proroga ex lege del contratto scaduto il 20 gennaio 2010. Si controverte invero sull'applicazione e la portata dell'articolo 23 bis, ottavo comma,

del dl 112 del 2008 nel testo successivamente modificato e integrato, che così recita:

Art. 23-bis.

8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 e' il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house cessano, improrogabilmente e senza necessita' di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2;

b) le gestioni affidate direttamente a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a societa'

a partecipazione pubblica già quotata in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Va innanzitutto osservato come tutte le parti in causa disputano solo sull'interpretazione di detto ottavo comma, in tal modo implicitamente convenendo che esso deve trovare applicazione e con esso la disciplina transitoria riguardante l'affidamento di servizi che in precedenza erano stati affidati senza il rispetto pieno dei principi e delle normative europee.

Questo collegio peraltro ritiene che la scadenza del 31 dicembre 2011 costituisce una riduzione della durata dei contratti destinati a durare dopo detta data (la norma parla di cessazione) ma non può affatto essere inteso come una proroga di quelli in scadenza in una data precedente. A favore di tale tesi milita lo scopo della normativa, che tende a chiudere prima possibile i contratti di affidamento dei servizi non rispondenti alla normativa comunitaria.

Infatti, il citato art. 23 bis d.l. n. 112 del 2008, prevale sugli ordinamenti

di settore con esso incompatibili, compreso il d.lg n. 152 del 2006 e, inoltre, sull'art. 113 del t.u.e.l.

Invero, ove non s'intenda vanificarne la sua portata innovativa, nel senso della liberalizzazione del mercato, deve ritenersi che la norma sia destinata a incidere sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i quali, in via ordinaria, vanno esternalizzati previa gara e non possono essere oggetto di affidamenti "in house"; tale conclusione si pone in linea con la giurisprudenza che afferma la natura eccezionale del sistema dell'"in house providing", al quale gli enti locali possono ricorrere previa specifica motivazione laddove le condizioni di mercato non consentono di assicurare lo svolgimento efficiente di un determinato servizio.

L'elaborazione giurisprudenziale, condivisa da questo Collegio, ha, infatti, evidenziato il carattere eccezionale del modello "in house", da utilizzare motivatamente e con cautela, laddove si tratti di un servizio di rilevanza economica e cioè di servizio che possa essere ordinariamente soddisfatto mediante ricorso al mercato, "nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria" (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 08 febbraio 2010, n. 336).

In sostanza, il contratto stipulato dal Comune di Spoltore con la ditta Ambiente, unica firmataria del contratto stesso, scadeva al 20 gennaio 2010, e la norma sopra citata non ha inteso certo prolungarne la durata al 31 dicembre 2011.

Ne consegue l'infondatezza del ricorso della ditta Ambiente 434 del 2010, e del ricorso incidentale della ditta Ecologica, il primo con cui si chiede l'accertamento della durata del contratto fino al 31 dicembre 2011 e il secondo con cui si chiede l'accertamento addirittura del termine dei 12 anni dalla stipula del contratto medesimo.

In altri termini, la legge di cui si chiede applicazione non prevede alcuna proroga dei contratti già in atto e solo pone una condizione per quelli non ancora scaduti, che cioè fossero in atto nel 2008, non fossero cioè iniziati in data successiva.

Risultando quindi scaduto il contratto, ben poteva il comune di Spoltore indire una nuova gara per l'aggiudicazione del servizio in questione.

Per le stesse ragioni risultano infondati anche sotto tale aspetto i due primi ricorsi proposti sempre dalla ditta Ecologica.

6. Va ora esaminata la correlata questione relativa alla possibilità per il comune, in attesa dell'espletamento delle procedure di gara, di utilizzare ordinanze contingibili e urgenti per prorogare il contratto in essere.

Questo Collegio conosce e condivide la giurisprudenza secondo cui le ordinanze contingibili e urgenti costituiscono un sistema eccezionale per intervenire là dove gli strumenti ordinari non lo consentano.

Orbene, nel caso in esame, considerato che il servizio in questione risulta essenziale e che comunque le procedure di gara non erano di agevole indizione e comprensione, anche per l'accavallarsi di normative certo non sempre chiare, appare giustificato da parte del comune il ricorso alle ordinanze di urgenza, anche considerati la durata limitata delle stesse e il fatto che non vi era alcun aggravio per le casse comunali, in quante le condizioni per la proroga erano le medesime del contratto in essere. A controprova, nei ricorsi non si indicano strumenti giuridici alternativi che potessero tempestivamente consentire la proroga dei contratti in essere in attesa del completamento della nuova gara.

Va affermato quindi che nel caso specifico si può considerare

giustificato e corretto il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti.

Per quanto fin qui rilevato vanno rigettati i primi tre ricorsi, i relativi motivi aggiunti oltre al ricorso incidentale apposto al ricorso 182 del 2011, in sostanza i ricorsi proposti dalla ditta Ecologica e dalla ditta Ambiente.

7. Prima di esaminare le varie censure relative all'ultimo ricorso, proposto dall'ATI tra il Consorzio nazionale servizi e la ditta Mantini srl, bisogna farsi carico dell'eccezione sollevata dalla ditta Ecologica relativa al fatto che le ditte ricorrenti non avrebbero potuto ottenere l'affidamento del servizio, avendo già ottenuto dal comune di Alanno una proroga dell'affidamento del servizio analogo.

L'eccezione non ha fondamento, in quanto la proroga è frutto di un'ordinanza sindacale contingibile e urgente, senza previo accordo con la ditta, analoga a quella utilizzata e contestata dalla stessa ditta Ecologica nei precedenti ricorsi, proroga limitata e finalizzata a indire una gara per la prosecuzione del servizio.

Sulla questione, specularmente alla quinta censura esaminata infra sub 13, si osserva che si osserva che il divieto di partecipare a gare per l'affidamento di servizi ulteriori rispetto a quelli già gestiti opera solo per le società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o di procedura non a evidenza pubblica, rientrando tra quelle di evidenza pubblica anche le forme previste dal comma secondo lettera b) del medesimo articolo 23 bis.

Non si tratta quindi di una violazione della norma citata ma di una semplice proroga stabilita di autorità che non impedisce alla ditta di partecipare alla gara in questione.

8. Circa l'eccezione di carenza d'interesse delle ditte ricorrenti, in quanto essendosi collocate al terzo posto nella gara comunque non otterrebbero la vittoria, si è già sopra evidenziato come i motivi di ricorso portano necessariamente a un rifacimento della gara, e quindi vada tutelato in questa sede l'interesse strumentale a un suo rinnovo. In particolare, la censura che verrà di seguito esaminata relativa alla mancata applicazione del metodo del confronto a coppie implica che non è possibile a priori individuare le ditte vincitrici. In sostanza, in caso di fondatezza della censura la commissione dovrà procedere ex novo al confronto tra le offerte già dichiarate ammissibili.

Il ricorso sub 182 del 2011 va esaminato quindi nel merito.

9. Vanno pertanto analizzate partitamente le doglianze che riguardano il ricorso 182 del 2011, rivolto avverso l'aggiudicazione della gara.

Con la prima censura si contesta l'erronea applicazione del criterio del confronto a coppie, pur previsto dal bando di gara, in particolare per le offerte tecniche.

Va innanzitutto rilevato come il bando di gara, legge speciale, ha stabilito alle voci 2.2 e 2.3 che i relativi punteggi dovevano essere assegnati applicando al singolo parametro il criterio del confronto coppie rispetto alle offerte tecniche presentate. Quanto stabilito dal bando vincolava la commissione di gara, la quale, pur godendo di ampia discrezionalità nella sua valutazione tecnica, risulta obbligata a seguire i criteri stabiliti a priori dal bando. La discrezionalità della commissione in altri termini va esercitata nell'ambito dei limiti previsti dalla legge e dal bando di gara.

Stante l'inequivoca dizione del bando, non ha molto significato soffermarsi sulla natura del servizio, che il comune sostiene trattarsi di

una concessione di pubblico servizio e quindi sottratta alla disciplina propria degli appalti prevista dall'articolo 30 del decreto legislativo 163 del 2006.

Sulla questione, per completezza, si osserva solo che per chiarire la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi bisogna tener conto del corrispettivo della fornitura, in quanto l'appalto comporta un corrispettivo pagato direttamente dall'amministrazione al prestatore di servizi, mentre la concessione si ha quando la modalità di remunerazione consiste nel diritto di prestare e sfruttare la propria prestazione e quindi il prestatore assume il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. Nel caso in esame, il corrispettivo va versato dall'ente locale, per cui la gara va qualificata come un appalto di servizi.

Tornando alla questione cardine, risulta evidente che allorquando il bando fa riferimento al confronto a coppie, si tratta di una scelta di un sistema tecnicamente ben definito, riferito al decreto Karrer (che, ancorché non più cogente, può essere discrezionalmente e liberamente utilizzato dalla stazione appaltante); invero a pagina 2 del verbale 3 del 30 dicembre 2010 la stessa commissione fa riferimento ai due punti sopra citati del bando menzionando espressamente il metodo Karrer testé ricordato. Ne discende che la dizione del bando, condivisa dalla commissione, non può assumere significato diverso da quello indicato.

Ciò premesso, non risulta contestato in causa che il metodo non sia stato affatto seguito dalla commissione, in quanto esso prevede un confronto fra tutte le coppie di offerte (nell'ipotesi di quattro offerte, come nel caso, i confronti incrociati sono sei) e non, come avvenuto nel caso in esame, solo a due a due previa estrazione per sorteggio delle medesime.

Invero, dopo l'estrazione a sorteggio delle due coppie, nella seduta n 3

del 30 dicembre 2010 la commissione (pagina 10 del verbale in atti) ha effettuato un confronto diretto tra le offerte della ditta Diodoro Ecologica e Sangalli sia per il punto 2.2 sia per il punto 2.3 applicando a ciascun parametro un voto dal minimo al massimo.

Nella seduta n 5 del 13 gennaio la stessa operazione è stata ripetuta per le altre due ditte, CNS e Mantini e Ecologica.

Ad avviso di questo Collegio, la corretta applicazione del sistema del confronto coppie comporta il confronto tra tutte le coppie possibili, e non, come avvenuto nel caso, un confronto limitato prima a due coppie di offerte e poi alle altre due, con estrazione a sorte delle medesime, privando quindi la commissione della possibilità di confrontare le due offerte incluse nel primo abbinamento con le due del secondo abbinamento, in sostanza tutte le offerte tra di loro.

Va poi aggiunto che in concreto l'estrazione a sorte delle offerte da confrontare appare non solo casuale ma del tutto erratica, assunta in violazione cioè di quei criteri di trasparenza, par condicio, obiettività e neutralità che devono presiedere alle pubbliche gare. Questa palese illogicità sarebbe di per sé sufficiente per rendere illegittima la gara, anche senza il riferimento espresso contenuto nel bando al metodo del confronto a coppie.

Incidentalmente, a conferma dell'intrinseca carenza del metodo seguito, si osserva come l'estrazione delle coppie di offerte da confrontare non sarebbe stata possibile in caso di numero di offerte dispari. Inoltre, a controprova della palese illogicità del sistema adottato, appare evidente che ove si confrontino un'offerta tecnicamente accurata e un'altra più modesta ovvero due tecnicamente equivalenti il risultato non può che modificarsi profondamente, evento che si evita solo confrontando tutte le offerte tra di loro. Nel caso in esame la rilevanza della questione

emerge dalla modesta differenza del punteggio finale di tutte le ditte partecipanti alla gara.

In conclusione sul punto, il mancato rispetto del criterio stabilito in modo non equivoco dal bando di gara e l'utilizzo di un metodo comunque illogico comporta l'illegittimità dell'intera gara, e la necessità quindi che essa venga ripetuta, anche se tra le sole ditte già ammesse alla gara stessa.

10. Nonostante il carattere decisivo e assorbente della censura testé esaminata, per completezza risulta opportuno esaminare anche le restanti doglianze.

Con la seconda censura le ditte ricorrenti si lamentano che la commissione avrebbe aperto i plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche in seduta riservata e non pubblica, con una violazione dei principi di trasparenza e imparzialità. Orbene, quello che rileva nel caso è che in seduta pubblica si sia verificata l'integrità dei plichi, ma ciò non vale per la fase di apertura dei plichi, per cui l'apertura dell'offerta tecnica può avvenire anche in seduta riservata.

Invero, nella seduta pubblica del 28 ottobre si è aperto il plico generale contenente le tre buste verificando l'integrità materiale delle stesse. In sostanza il principio di trasparenza risulta pienamente rispettato.

11. Quanto alla terza censura relativa alla lunghezza delle operazioni di gara, e quindi al mancato rispetto dell'obbligo di conservazione dei plichi, a parte che la durata non pare certo eccessiva, in ogni caso si tratta di un processo alle intenzioni in quanto le ditte ricorrenti non sostengono che i plichi siano stati di fatto manipolati. La doglianza poi appare del tutto generica e comunque non suffragata da alcun concreto

elemento di prova.

12. Secondo le ditte ricorrenti sarebbe poi illogica la formula adottata per il calcolo dei punteggi da attribuire alle offerte economiche, in quanto essa condurrebbe a ridimensionare il peso relativo del prezzo, producendo un ingiustificato appiattimento dei punteggi.

A parte che le ditte ricorrenti non hanno certo presentato la migliore offerta economica né quella preferibile a quella della ditta aggiudicataria, comunque l'appiattimento sarebbe maggiormente dannoso per la ditta vincitrice.

Il metodo adottato poi sembra garantire una proporzionalità fra prezzo offerto e tetto assegnato nel senso che a quella migliore corrisponde il punteggio massimo. Nel caso, la differenza tra il punteggio della vincitrice e quello della seconda classificata risulta invero minima, ma comunque coerente con le cifre assolute delle due offerte.

In sostanza, la discrezionalità nell'assegnazione e nella ponderazione dei punteggi nel caso non trasborda in alcuna palese illogicità, incoerenza o violazione dei principi.

13. Con la quinta censura ci si lamenta della violazione dell'articolo 23 bis del decreto legge 112 del 2008, in quanto la società aggiudicataria non avrebbe potuto partecipare alla procedura in quanto affidataria di ulteriori servizi.

Prescindendo dalle questioni di ammissibilità della censura, si osserva che il divieto di partecipare a gare per l'affidamento di servizi ulteriori rispetto a quelli già gestiti opera solo per le società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o di procedura non a evidenza pubblica, rientrando tra quelle di evidenza pubblica

anche le forme previste dal comma secondo lettera b) del medesimo articolo 23 bis. Invero, l'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal comma 2 lett. b) dell'art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008 n. 112 si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole e immotivata - anche alla luce dei principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato (v. Comunicazione interpretativa della Commissione (PPPI) 2008/C91/02 in Guce del 12 aprile 2008) - l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione.

Va, dunque, preferita l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 23 bis comma 9 d.l. 25 giugno 2008 n. 112 nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non a evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le forme previste dal comma 2, lett. b), dell'art. 23 bis. d.l. cit. (in tal senso T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 16 giugno 2010, n. 561).

Inoltre, nel caso, il socio privato operativo risulta scelto mediante procedure a evidenza pubblica a seguito di gara indetta dalla società Ambiente.

14. Per quanto fin qui evidenziato i primi tre ricorsi rubricati ai numeri 282, 422 e 434 del 2010 con i relativi motivi aggiunti vanno rigettati, così come il ricorso incidentale al quarto ricorso, mentre l'ultimo dei gravami n. 182 del 2011 va accolto per la fondatezza della censura relativa alla mancata applicazione del sistema del confronto a coppie.

L'annullamento della gara comporta che, sulla base degli articoli 121, 122, 123 e 124 del codice del processo amministrativo, questo collegio si debba pronunciare anche sul risarcimento del danno e sulla sorte stessa del contratto stipulato a seguito della gara.

15 Quanto alla domanda risarcitoria, va osservato che le ditte ricorrenti nel quarto ricorso chiedono il risarcimento in forma specifica, agendo per l'interesse strumentale al rinnovo della gara, non essendo in grado per loro stessa ammissione di avere alcuna sicurezza sulla vittoria nella gara stessa.

Ne consegue che esse vanno risarcite unicamente in forma specifica con il rifacimento della gara dall'inizio.

Le ditte chiedono altresì il ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla gara; tale domanda non può trovare accoglimento, in quanto, come si legge a pagina 9 del bando di gara, la stazione appaltante si riserva il diritto di non procedere all'aggiudicazione della gara e in tal caso le ditte partecipanti "non potranno vantare alcuna pretesa". Ne consegue che il rischio relativo al costo della partecipazione risulta espressamente posto a carico delle ditte partecipanti.

16. Quanto alla gara essa deve essere ripetuta ex novo dalla stazione appaltante, nel rispetto del bando e in particolare della regola del bando sul confronto a coppie (da effettuarsi incrociando tutte le offerte, con sei abbinamenti).

Il contratto già stipulato va dichiarato inefficace ex nunc; in altri termini, a seguito dell'annullamento giurisdizionale delle operazioni di gara e della conseguente necessità di rinnovarle, va dichiarata

l'inefficacia del contratto di appalto già stipulato, ai sensi dell'art. 122, d.lg 2 luglio 2010 n. 104, laddove il servizio verrà ulteriormente prorogato in capo alla ditta Ecologica che già attualmente lo svolge, alle condizioni del contratto attualmente in essere, fino alla sollecita conclusione della gara, che dovrà svolgersi in tempi brevi e comunque inferiori a quelli della gara annullata.

In conclusione, i primi tre ricorsi riuniti e il ricorso incidentale vanno rigettati, mentre il quarto ricorso va accolto, inclusa la domanda di risarcimento del danno nei limiti sopra indicati.

Le spese, secondo la regola, seguono la soccombenza dei vari ricorsi, salvo che per gli interventori (che poi sono parti necessarie nei restanti ricorsi), nei cui confronti vanno compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, riunitili, così statuisce:

rigetta i ricorsi n. 282, 422 e 434 del 2010 con i relativi motivi aggiunti; accoglie il ricorso n. 182 del 2011, nei limiti e termini di cui in motivazione;

rigetta il ricorso incidentale proposto dalla Ecologica srl nel ricorso 182 del 2011;

condanna il Comune di Spoltore al risarcimento del danno in forma specifica come sopra indicato.

Circa le spese di giudizio, per i primi tre ricorsi, condanna in solido la Ecologica srl e la Ambiente spa al pagamento, in favore del Comune di Spoltore, delle spese delle tre cause, liquidate in complessivi euro 15.000 (quindici mila), da accollarsi per due terzi (pari a 10.000 euro)

alla Ecologica srl e per un terzo (pari a 5.000 euro) alla Ambiente spa, oltre al rimborso degli accessori di legge.

Per l'ultimo ricorso e relativo ricorso incidentale condanna in solido la Ecologica srl e il Comune di Spoltore al pagamento, in favore delle ricorrenti ditte Consorzio nazionale servizi CNS soc coop. e Mantini srl, delle spese della causa liquidate in complessivi euro € 10.000 (dieci mila), poste a carico del Comune e della Ecologica in parti eguali (cinque mila per ciascuno), oltre al rimborso degli accessori di legge.

Compensa le spese relative agli interventori in tutti i giudizi in cui sono presenti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente, Estensore

Michele Eliantonio, Consigliere

Dino Nazzaro, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2011

IL SEGRETARIO

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