

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 5384/08 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N 9262 - 9297 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

-sul ricorso in appello n.9262/2007, proposto dal Comune di Montoro Inferiore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Lentini Lorenzo elettivamente domiciliato in Roma, via della Cosseria n.2, studio Giuseppe Placidi;

contro

Ecologica Falzavano s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Valerio Di Stasio e Mandara Francesco e presso il loro studio selettivamente domiciliata in Roma, Via Federico Rosazza, n. 52;

-e sul ricorso per opposizione di terzo n. 9297/2007 proposto da L'Igiene Urbana s.r.l., rappresentata e difesa dall'Avvocato Tesauro Paolo e dall'Avvocato Ferrara Paola ed elettivamente domiciliata nello studio del primo in Roma, Largo Messico n.7;

**CONTRO**

Ecologia Falzarano s.r.l. rappresentata e difesa come sopra;

Comune di Montoro Inferiore, non costituito;

**PER L'ANNULLAMENTO**

della sentenza del TAR Campania, Salerno Sez. I n.1992/2007 relativa all'affidamento servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Montoro Inferiore.

ma

Visto il ricorso in appello del Comune di Montoro Inferiore e l'opposizione di terzo della società l'Igiene Urbana s.r.l. avverso la sentenza in epigrafe;

Visti gli atti di costituzione nei due ricorsi della Ecologica Falzarano;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista la ordinanza cautelare emessa dalla medesima Sezione n.252 del 16.1.2007 che in riforma della ordinanza cautelare in primo grado ha sospeso l'esecutività del bando di gara;

Vista la ordinanza del Consiglio di Stato n.2802 del 5 giugno 2007 che ha accolto il ricorso per la esecuzione della ordinanza cautelare ordinando al Comune di astenersi da ogni attività conseguente la bando di gara sospeso fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado;

Relatore alla pubblica udienza del 10 giugno 2008 il Consigliere Roberto Capuzzi – ed uditi, altresì, gli avvocati F. Ferrentino, per delega di L. Lentini, F. Scanzano, per delega quest'ultimo di V. Di Stasio e di F. Mandara; e P. Ferrara;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

#### FATTO

Con l'appello R.G. n. 9262 il Comune di Montoro Inferiore espone quanto segue:

Nel luglio 2007 l'Amministrazione Comunale aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana e raccolta differenziata nel proprio territorio per la durata di sette anni con il criterio dell'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia gli atti di indizione della gara hanno formato oggetto di una duplice impugnativa davanti al TAR.

a) Il ricorso Cosmari, Consorzio Smaltimento Rifiuti Av.1 (R.G. n.1537/06), che ha censurato l'ammissibilità della gara sul presupposto di un diritto ex lege all'affidamento del servizio sottratto alla privata del Comune di Montoro Inferiore che è consorziato al predetto Consorzio bacino;

b) Il ricorso della società Ecologica Falzarano s.r.l. (R.G. 1569/06), che ha chiesto l'annullamento della gara per violazione del codice dei contratti (d.lgs. 163/06) e sproporzione dei requisiti di partecipazione, ai fini della rinnovazione della procedura di gara.

I due ricorsi non sono stati riuniti dal TAR Campania e sono stati decisi con due sentenze distinte.

Con la sentenza n.1992/2007 oggetto degli odierni gravami è stato accolto il ricorso della Ecologica Falzarano disponendosi l'annullamento della gara per erronea individuazione della normativa di riferimento (D.lgs n.157/95 in luogo del d.lgs.163/06), strumentale alla sua rinnovazione.

Con la sentenza n.1991/2007 è stato accolto il ricorso del Consorzio Cosmari (Av.1) disponendosi l'annullamento della gara perchè il servizio di igiene urbana è riservato ai Consorzi di Bacino di cui alla LRC n.10/93 e dunque sottratto alle procedure di evidenza pubblica.

Con l'appello avverso la sentenza n.1992/2007 il Comune di Montoro Inferiore si duole:

-Che il giudice di primo grado abbia disatteso erroneamente l'eccezione di inammissibilità del ricorso della soc. Falzarano per omessa notifica all'impresa aggiudicataria.

Infatti la ricorrente in primo grado, odierna appellata, ha impugnato non solo il bando di gara, ma, con motivi aggiunti, anche il provvedimento di aggiudicazione del servizio, senza notificare però il ricorso per detti motivi alla ditta aggiudicataria (Società Igiene Urbana) che ha conseguito, mediante il provvedimento di aggiudicazione, una posizione giuridica differenziata non suscettibile di travolgimento in assenza di contraddittorio processuale.

-La sentenza appellata n.1992/2007 sarebbe erronea per manifesta contraddittorietà con la sentenza n.1991/07.

L'oggetto del contendere in entrambi i giudizi, infatti è costituito dall'affidamento del servizio di igiene urbana con la procedura della pubblica evidenza ai sensi dell'art. 113 co. V lett. a) del d.lgs. 267/00.

I motivi di impugnativa sono del tutto antitetici tenuto conto della diversa natura delle parti ricorrenti e della diversa posizione giuridica azionata.

La società Ecologica Falzarano, odierna appellata, infatti, nella sua qualità di operatore del settore, ha contestato la gara azionando un interesse strumentale alla sua rinnovazione.

Il Consorzio Cosmari, invece, nella sua qualità di Consorzio di Bacino, ai sensi della LRC 10/93 cui aderisce il Comune appellante, ha contestato la stessa gara, azionando un interesse all'affidamento diretto del servizio.

Il Tar Campania, a fronte di due impugnative di segno antitetico, ha annullato la gara riconoscendo, contraddittoriamente, sia il diritto alla rinnovazione della gara nel ricorso proposto dalla Ecologica Falzarano, sia il diritto all'affidamento ex lege al Consorzio Cosami, determinando situazioni tra loro apertamente confliggenti.

-Erroneamente il Tar ha disposto l'annullamento della gara dalla quale la ricorrente è stata esclusa essendo la società priva della specifica certificazione di qualità richieste dal bando di gara ( OHSAS 18001 e ISO80000) che riguardano la gestione della sicurezza.

Secondo il Comune appellante il mancato possesso di tali requisiti priva la società Ecologica Falsarano di un interesse concreto ed attuale alla impugnativa del bando e si risolve in una causa di inammissibilità del ricorso.

Il Tar ha pretermesso l'esame della eccezione relativa alla predetta carenza di interesse al ricorso avverso il bando per quanto l'accoglimento di tale eccezione avrebbe determinato una causa di inammissibilità del ricorso.

In queste condizioni il ricorso di 1° grado della società Falsarano andava dichiarato inammissibile non superando la c.d. prova di resistenza ovvero non sussistendo in capo a tale imprenditore alcun apprezzabile interesse, concreto ed attuale, all'accoglimento della impugnativa attesa la rilevata ed incontestabile carenza del requisito di qualità legittimamente richiesto dal bando di gara.

- Il Tar ha annullato la procedura di gara per violazione del d.lgs. 163/2006 entrato in vigore prima della pubblicazione del bando di gara in questione.

Il TAR non ha rilevato però la carenza di interesse della società ricorrente posto che non era stata lamentata alcuna lesione della sua sfera giuridica soggettiva, dalla pretesa applicazione della disciplina del d.lgs.157/95 in luogo del d.lgs. 163/06.

Per di più, la *lex specialis*, pur richiamando il d.lgs. 157/95, in concreto non ha avuto riflessi negativi sulla partecipazione dei concorrenti in quanto è

rimasto fermo l'impianto strutturale del d.lgs. 157/95 in tema di servizi pubblici .

Si è costituita la società Falsarano per resistere al ricorso contestando i singoli capi del ricorso di appello.

Con ricorso rubricato al n.9297/2007 l'Igiene Urbana s.r.l., in qualità di aggiudicataria della gara, ha proposto opposizione di terzo avverso la medesima sentenza n.1992/2007 deducendo :

-Inammissibilità del ricorso di primo grado. Violazione dell'art.21 della legge n.1034 e dell'art. 102 del c.p.c.. Violazione del principio del contraddittorio.

-Improcedibilità del ricorso in primo grado per difetto di interesse. La sentenza del TAR sarebbe erronea in quanto non ha tenuto conto che il richiamo, nella determina n.173 del 13.7.2006 alla normativa del d.lgs. n.157/95 piuttosto che a quella del d.lgs. 163/06, non avrebbe determinato alcun effetto sostanziale e nessun pregiudizio concreto degli interessi della ricorrente che al contrario si è limitata ad una generica censura della lex specialis per avere la stessa richiamato norme non più in vigore al momento della pubblicazione del bando.

-Infondatezza nel merito del ricorso in primo grado.

Anche in tale ricorso si è costituita la società Falzarano depositando memorie difensive e contestando i singoli capi del ricorso in opposizione.

Le due cause sono state trattenute dal Collegio per la decisione all'udienza del 10 giugno 2008.

**DIRITTO**

1. Il ricorso in appello del Comune di Montoro Inferiore ed il ricorso in opposizione della società Igiene Urbana devono essere riuniti essendo diretti entrambi avverso la medesima sentenza del TAR Campania, sede di Salerno n. 1992 del 2007.

2. Con ricorso in primo grado notificato al Comune di Montoro Inferiore il 4.10.2006 ed iscritto al n.1569/2006, la Società Ecologia Falzarano S.r.l., odierna appellata, ha impugnato, invocandone l'annullamento, il bando di gara per l'aggiudicazione dell'appalto di Igiene Urbana con le procedure di cui all'art. 6, comma 1, lettera a) del D.Lgs. n. 157/1995 e con i criteri di cui all'art. 23, comma 1, lettera b) dello stesso decreto legislativo approvato con determina n. 173 del 13.07.2006 del Comune di Montoro Inferiore – Ufficio Programmazione ed Uso del Territorio e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 21.07.2006 nonché sul Bollettino Ufficiale della Regione Campania n. 37 del 14 agosto 2006.

Ha impugnato altresì, con motivi aggiunti notificati al Comune in data 4.12.2006 e depositati il 15.12.2006, la determina n. 291 del 17.11.2006 emessa dal Comune di Montoro Inferiore ed in particolare il verbale di gara relativo alla seduta del 5.10.2006, nel corso della quale la Commissione ha dichiarato la non ammissione della ricorrente alla gara.

Ha premesso la ricorrente che con delibera di Giunta Comunale n. 148 del 5.7.2006, il Comune di Montoro Inferiore (AV), approvava il progetto per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata di rifiuti solidi urbani per un periodo di 7 anni e per il costo totale di € 811.548,58.

Ha precisato che nella delibera suddetta vi era espresso richiamo, oltre al D.Lgs. n. 157/1995, anche all'ordinanza n. 27/2004 del Commissario

Straordinario per l'emergenza rifiuti ed al D.lgs. n. 152/2006. Pertanto, con la Determina n. 173 del 13.07.2006 del Responsabile dell'Ufficio Programmazione ed Uso del Territorio, il Comune procedeva all'approvazione degli atti di gara, in particolare del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto, nonché alla stessa indizione della gara per l'aggiudicazione dell'appalto di Igiene Urbana con le procedure di cui all'art. 6 comma 1, lettera a) del D.Lgs. n. 157/1995 e con i criteri di cui all'art. 23, comma 1, lettera b) dello stesso decreto legislativo.

Con motivi aggiunti la ricorrente soc. Falsarano ha impugnato gli atti sopravvenuti della gara con i quali, esclusa la Ecologia Falzarano dalla selezione, veniva pronunciata l'aggiudicazione dell'Appalto in favore della Ditta "l'Igiene Urbana" S.r.l..

Alla pubblica udienza del 21 giugno 2007 il TAR campano, sede di Salerno, ha trattenuto la causa in decisione.

3. Il TAR ha respinto l'eccezione con la quale il Comune ha lamentato l'omessa impugnativa dell'aggiudicazione definitiva e quindi l'omessa notificazione del ricorso alla ditta aggiudicataria, nella sua veste di controinteressata.

Ha respinto le argomentazioni svolte dal Comune resistente in ordine alla pretesa oggettiva diversità tra le certificazioni della gestione ambientale, richieste dal bando di gara, e quelle invece possedute dalla ricorrente ritenendo che le stesse attenevano alla diversa sede della deliberazione di merito del ricorso.

Ha accolto il primo motivo dedotto ritenendo che dalla disamina della normativa di *lex specialis* approvata con la Determina n. 173 del 13.07.2006 emerge che la Stazione Appaltante non ha tenuto in alcuna considerazione la normativa contenuta nel d.Lgs. n. 163/06 (cd. Codice dei Contratti Pubblici), pur essendo questo già entrato in vigore alla data in cui è stata emanata la Determina gravata.

4. Si dolgono il Comune appellante e l'Impresa opponente Igiene Urbana, con argomentazioni similari, che erroneamente il giudice di prime cure ha disatteso la eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notifica all'impresa aggiudicataria sull'asserito presupposto dell'efficacia caducante dell'annullamento del bando di gara.

5. Osserva la Sezione che il ricorso presentato dalla società Falzarano è diretto esclusivamente avverso il bando di gara per l'aggiudicazione dell'appalto approvato con determina n.173 del 13.7.2006 del Comune di Montoro.

Al riguardo si rileva che, in presenza di clausole riguardanti requisiti di partecipazione impeditivi della partecipazione alla gara, pacifica giurisprudenza di questo Consiglio afferma l'onere di immediata impugnazione (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 6.3.2006 n.1062; Sez. IV, 21 febb. 2005 n.679).

Un condivisibile orientamento giurisprudenziale prevede inoltre che l'impugnazione del bando inerente a requisiti partecipativi la cui lesività non si manifesta e non opera con l'aggiudicazione ma è collocabile nel momento logicamente e cronologicamente antecedente in cui tali requisiti di partecipazione sono stati assunti dalla stazione appaltante come regola della

gara, vale a radicare in capo al ricorrente, l'interesse alla caducazione di tutti gli atti successivi della procedura, senza bisogno (per configurare la procedibilità del ricorso) della loro impugnazione e della notifica di ulteriori ricorsi per motivi aggiunti ai "controinteressati successivi", da intendersi adeguatamente tutelati dallo strumento di opposizione di terzo non essendo onere del ricorrente di seguire gli sviluppi del procedimento ed impugnare gli atti conseguenti (Cons. Stato, V, 25.3.2002 n.1687; Sez. IV, 7.9.2004 n.5768).

In sostanza l'impugnazione dell'atto finale non è necessaria se, impugnato quello presupposto, fra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione–conseguenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti (Sez. V, 23 marzo 2004 n. 1519; 11 novembre 2004 n. 7346; 4 maggio 2005 n. 2168), con l'effetto che: "... l'annullamento del bando di gara non può non travolgere l'aggiudicazione, sicché la mancata impugnazione di quest'ultima non determina l'improcedibilità del ricorso" (Cons. Stato, V, n.4207 dell'8 agosto 2005).

Ne consegue che il ricorso presentato dalla società Falsarano, incentrato sulla impugnazione del bando di gara e sulla sua immediata lesività dell'interesse partecipativo della società alla gara, è stato correttamente notificato esclusivamente alla Amministrazione comunale e non ha investito il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

6. Si dolgono ancora gli appellanti che il TAR avrebbe pretermesso l'esame della eccezione di carenza di interesse al ricorso per mancanza di un requisito di partecipazione relativo alle specifiche certificazioni di qualità, (OHSAS 18001 e ISO 9000) previste anche dall'art. 44 del d.lgs. 163/06 che riguardano la gestione della sicurezza.

Il mancato possesso di tale requisito, secondo gli appellanti, avrebbe privato la società Ecologica Falzarano di un interesse concreto ed attuale alla impugnativa del bando risolvendosi in una causa di inammissibilità del ricorso.

7. La doglianza è priva di pregio.

La Sezione condivide le argomentazioni del primo giudice in quanto le prescrizioni relative alle certificazioni richieste dal bando di gara, essendo state oggetto da parte della ricorrente in primo grado di specifica censura in termini di eccessività ed esorbitanza rispetto alla tipologia di servizio oggetto di appalto, andavano logicamente esaminate non nella fase pregiudiziale di accertamento dei requisiti di ammissibilità del ricorso, ma nella sede di merito atteggiandosi in posizione subordinata ed eventuale rispetto ad altre, relative alla corretta individuazione della normativa di gara.

8. Il TAR ha ritenuto di accogliere il primo motivo dedotto dalla soc. Falzarano respingendo le osservazioni della Amministrazione resistente in sede di memoria difensiva.

L'Amministrazione aveva sostenuto che il richiamo operato dal redattore del bando all'art. 23, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 157/95, norma abrogata dall'art. 256 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici)

con effetti dal 1° luglio 2006 (quindi in data antecedente a quella cui risale l'approvazione del Bando) è avvenuto ai soli fini di indicare quale fosse la procedura per l'individuazione degli offerenti (pubblico incanto) e quale fosse il criterio per l'affidamento dell'appalto (offerta economicamente più vantaggiosa).

Poiché si tratta di istituti passivamente recepiti anche dal Codice degli Appalti, la erronea individuazione della normativa di riferimento si tradurrebbe in un mero rilievo formale privo di ricaduta patologica sull'atto nel suo complesso.

Tali argomentazioni sono state ribadite dal Comune nell'appello presentato e quindi ampiamente esposte anche da Igiene Urbana nell'atto di opposizione di terzo.

9. Tuttavia, a parere della Sezione, correttamente il primo giudice ha respinto tali argomentazioni.

Ed invero dalla disamina della *lex specialis* approvata con la Determina n. 173 del 13.07.2006 emerge che la Stazione Appaltante non ha tenuto in considerazione la normativa contenuta nel d.Lgs. n. 163/06 (cd. Codice dei Contratti Pubblici), pur essendo questo già entrato in vigore, sia pure non in toto, alla data in cui è stata emanata la Determina gravata.

In diversi punti della disciplina di *lex specialis*, (bando di gara e disciplinare di gara), affiorano riferimenti alla normativa, già abrogata, del d.lgs. n. 157/95, relativo agli Appalti di servizi, e segnatamente, a proposito della individuazione dell'oggetto dell'Appalto (Allegato 1 del d.lgs. n. 157/95), del tipo di procedura attivata (art. 6 d.Lgs. n. 157/95) e del criterio selettivo (art. 23, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 157/95), delle modalità di

partecipazione da parte delle ATI (art. 11 d.Lgs. n. 157/95), delle condizioni di esclusione (art. 12 d.Lgs. n. 157/95), delle modalità di presentazione delle offerte (art. 16 d.Lgs. n. 157/95), della verifica di anomalia (art. 25 d.Lgs. n. 157/95).

Il codice degli appalti ha introdotto significative novità rispetto al d.lgs. 157/1995 del quale non è stato un recepimento passivo sia in termini di maggiore competitività e più estesa competizione tra i gli operatori del settore, sia sulla regolamentazione dei criteri di aggiudicazione, di esclusione dell'offerente per legami con la criminalità organizzata ecc.

Cio' comporta la impossibilità di considerare gli istituti previsti nel d.lgs. 163/2006 in termini di mera riproposizione degli istituti contemplati nella precedente normativa del d.lgs. 157/95.

Il richiamo della *lex specialis* ad una normativa ormai abrogata e non sovrapponibile, per la sua oggettiva inadeguatezza in termini di confusione, irrazionalità, illogicità, mancanza di trasparenza, violazione dei principi di buon andamento e corretto iter procedimentale, si pone, per cio' solo, in contrasto con l'interesse partecipativo delle società che postula che la propria posizione e quella degli altri competitori sia valutata entro la disciplina posta dal quadro normativo vigente.

Ne consegue la fondatezza e l'assorbente della censura in esame e la necessità di integrale rinnovazione del bando di gara non potendosi certamente ridurre i richiami della *lex specialis*, come incisamente rilevato dal primo giudice, a mero lapsus calami di un redattore distratto, quanto, piuttosto, ad una erronea individuazione della normativa di settore.

10. Quanto infine al lamentato contrasto tra decisioni inerenti gli stessi atti di gara si osserva che nella stessa udienza del 10 giugno 2008 la Sezione, in accoglimento dell'appello presentato dal Comune di Montoro Inferiore, ha annullato la sentenza n.1991/2007 con l'effetto che non si presentano incertezze ed ostacoli per la completa rinnovazione del bando e della gara da parte della Amministrazione .

11. Spese ed onorari dei giudizi tuttavia possono essere integralmente compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. V, previa loro riunione, respinge i ricorsi n.9262/2007 e n.9297/2007.

Compensa spese ed onorari.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 10 giugno 2008 con l'intervento dei Signori:

Domenico La Medica - Presidente

Marzio Branca - Consigliere

Vito Poli - Consigliere

Francesco Caringella - Consigliere

Roberto Capuzzi - Consigliere est.

L'ESTENSORE  
F.to Roberto Capuzzi

IL PRESIDENTE  
F.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**II 28/10/08**

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

***IL DIRIGENTE***

**F.to Antonio Natale**