

TAR Puglia, Bari, sez. II, 6/7/2007 n. 1768

Sulla necessità di una gara pubblica per l'affidamento dei lavori di completamento della rete di fognatura di un comune.

Non sussiste il diritto in capo ad una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, alla esecuzione dei lavori di completamento della rete di fognatura in quanto già affidataria, giusta convenzione con il comune, della gestione di servizi, della manutenzione ordinaria e straordinaria delle reti di fognatura comunali. Oggetto della concessione è, quindi, e non poteva essere diversamente un servizio pubblico consistente nella gestione e manutenzione dell'impianto di fogna, comprese piccole opere di miglioramento e ampliamento. Non è inclusa la realizzazione di nuovi tronchi di fogna che, in quanto costruzione di un'opera totalmente nuova, è per sua natura estranea alla concessione di un servizio pubblico, qual è quella di cui alla citata convenzione. Tale opera non poteva, quindi, che essere affidata a mezzo di gara pubblica.

Materia: servizi pubblici / affidamento e modalità di gestione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA PUGLIA Sede di Bari - Sezione Seconda
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi:

a) n.1310 del 1999, proposto da Ecolturist S.C.p.a. (società consortile per azioni), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto in Bari, alla Via Nicolai, n.29;

CONTRO

il Comune di Ginosa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Antonio Pancallo, con domicilio eletto in Bari, alla Via Abate Eustasio, n.5 presso l'Avv. Vincenzo Caputi Jambrenghi;

per l'annullamento

del bando di gara per l'affidamento dei lavori di completamento della rete di fognatura nera nell'abitato di Marina di Ginosa, pubblicato all'albo pretorio del Comune di Ginosa il 22.4.1999;

della determina del Dirigente UTC n.103 dell'1.4.1999;

della delibera di Giunta Comunale n.451 dell'8.7.1997;

della nota del Sindaco prot. 258 del 5.1.1999;

b) n.1838 del 1999, proposto dalla Ecolturist S. C. p.a., come sopra domiciliata, difesa e rappresentata;

contro

il Comune di Ginosa, come sopra, rappresentato, difeso e domiciliato;

e nei confronti di

Impresa Di Battista Antonio Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avv. Carlo Colapinto, con domicilio eletto in Bari, Via Roberto da Bari, n.96;

per l'annullamento

dei provvedimenti con i quali viene negato il trasferimento in favore della società consortile Ecolturist, del finanziamento di lire 6.300.000.000 assegnato dal Ministero dell'Ambiente e cioè:

del bando di gara per l'affidamento dei lavori di completamento della rete di fognatura nera nell'abitato di Marina di Ginosa, pubblicato all'albo pretorio dal 28.5.1999 al 22.6.1999;
della delibera di Giunta Comunale n.83 del 17.5.1999;
di tutti i successivi atti della procedura concorsuale e degli atti di aggiudicazione.
Visti i ricorsi con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ginosa e della parte privata controinteressata;
Viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Relatore alla pubblica udienza del 19 aprile 2007, il Consigliere Doris Durante;
Uditi, l'Avv. Testini su delega dell'Avv. Loiodice, F.Muscatello su delega dell'Avv. A.Pancallo e l'Avv. Crudele su delega dell'Avv. Colapinto;
Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1.- Con ricorso notificato il 17.5.1999, depositato il 22 detti (iscritto al n.1310/99 Reg. Ric.), la Ecolturist S.C.p.a. (società consortile per azioni) ha impugnato il bando di gara per l'affidamento dei lavori di completamento della rete di fognatura nera nell'abitato di Marina di Ginosa, pubblicato all'albo pretorio del Comune di Ginosa il 22.4.1999.

Premette di essere società mista a partecipazione pubblica costituita tra il Comune di Ginosa e alcuni soggetti privati con atto per notaio Leogrande del 6.2.1993, avente tra gli scopi statutari la costruzione e gestione dei collettori fognari pluviali e reti idriche (art.4 Statuto) e di essere affidataria, giusta convenzione con il Comune di Ginosa, della gestione di servizi, della manutenzione ordinaria e straordinaria delle reti di fognatura a Marina di Ginosa, dell'impianto di depurazione a servizio della stessa, del mattatoio comunale e degli eventuali ampliamenti e miglioramenti delle reti di fognatura di Marina di Ginosa (convenzione per notaio Rinaldi n.29984 Rep. Del 21.12.1994).

Lamenta che il Comune di Ginosa abbia indetto asta pubblica per l'affidamento dei lavori di completamento della rete di fognatura nera nell'abitato di Marina di Ginosa, disattendendo i patti contrattuali ed esponendo la ricorrente a subire azioni di danno dal socio di minoranza CO.PRO.LA. alla quale la Ecolturist, con atto di impegno del 6.7.1995, si è obbligata ad affidare per un periodo di nove anni l'esecuzione di tutto quanto previsto dalla convenzione con il Comune di Ginosa.

Deduce:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 22, l. 142/90; dell'art. 1, DPR 16 settembre 1999, n. 533; violazione del d.lgv. 406/91; violazione della l. 109/94 come modificata dalla l. 415/98; violazione della circolare del Ministro LL.PP. prot. 21100 del 22.12.1998; violazione e falsa applicazione dell'art. 21, l. n. 109/94; violazione della convenzione del 21.12.1994; violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria; mancanza di presupposti e di motivazione;

2) violazione e falsa applicazione della l. 109/94 come modificata dalla l. 415/98; violazione della circolare del Ministro LL.PP. prot.21100 del 22.12.1998; violazione e falsa applicazione dell'art.21, l. 109/94; violazione della convenzione del 21.12.1994; violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria; mancanza di presupposti e di motivazione;

3) violazione degli artt. 2 e 3, l. 241/90; violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria; mancanza di presupposti e di motivazione.

2.- Il Comune di Ginosa, costituitosi in giudizio ha chiesto il rigetto del ricorso perché infondato in fatto e diritto.

3.- Con ricorso notificato il 20.7.1999, depositato il 27 detti (iscritto al n.1838/99 Reg. Ric.), la Ecolturist ha impugnato tutti gli atti della procedura concorsuale e l'aggiudicazione della gara alla ditta Di Battista Antonio Costruzioni, provvedimenti con i quali viene negato il trasferimento in favore della società consortile Ecolturist, del finanziamento di lire 6.300.000.000 assegnato dal Ministero

dell'Ambiente per i lavori di completamento della rete di fognatura nera nell'abitato di Marina di Ginosa.

Deduce:

1) violazione e falsa applicazione dell'art.22, l. 142/90; dell'art.1, d.p.r.16 settembre 1996, n.533; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 406/91; violazione e falsa applicazione della l. 109/94 come modificata dalla l. 415/98; violazione della circolare del Ministro LL.PP. prot.21100 del 22.12.1998; violazione e falsa applicazione dell'art.21, l. 109/94; violazione della convenzione del 21.12.1994; violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria; mancanza di presupposti e di motivazione;

2) violazione della l. 109/94 come modificata dalla l. 415/98; violazione della circolare del Ministro LL.PP. prot.21100 del 22.12.1998; violazione e falsa applicazione dell'art.21, l. n.109/94; violazione della convenzione del 21.12.1994; violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria; mancanza di presupposti e di motivazione;

3) violazione della convenzione del 21 dicembre 1994 rep.29984; violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria, mancanza dei presupposti e di motivazione, contraddittorietà con precedente determinazione, illogicità manifesta.

4.- Il Comune di Ginosa e la parte privata controinteressata si sono costituiti in giudizio e hanno chiesto il rigetto del ricorso.

5.- Le parti hanno depositato memorie difensive ed alla pubblica udienza del 19 aprile 2007, i ricorsi sono stati assegnati in decisione.

6.- Va disposta la riunione dei ricorsi indicati in epigrafe, attesa la connessione soggettiva e per materia.

7.- La questione controversa del giudizio è l'esistenza o meno del diritto della società ricorrente, società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, alla esecuzione dei lavori di completamento della rete di fognatura nera nell'abitato di Marina di Ginosa, affidati dal Comune a mezzo gara alla ditta Di Barrista.

7.1- Secondo la società Ecolturist, il diritto all'affidamento alla medesima della realizzazione del nuovo tronco fognante in Marina di Ginosa troverebbe fonte nella convenzione sottoscritta il 21 dicembre 1994.

Va osservato che con la suddetta convenzione, il Comune di Ginosa affidava alla società Ecolturist "tutte le prestazioni e servizi come da successivo art.3 necessari per la completa e funzionale esecuzione dei servizi di gestione e manutenzione della rete di fognatura, degli allacci trasversali di fogna e dell'impianto di depurazione" (art.2).

L'elenco contenuto nell'art.3 prevede: a) gestione della rete fognaria della frazione di Marina di Ginosa; b) manutenzione ordinaria dello stesso; c) gestione dell'impianto di depurazione a servizio della frazione; d) manutenzione ordinaria dello stesso; e) gestione di tutti gli allacci trasversali di fogna; f) manutenzione; g) rapporti con gli utenti;...m) controllo della progettazione e dell'ampliamento e/o miglioramento delle reti e dell'impianto con relativa costruzione...".

Oggetto della concessione è, quindi, - e non poteva essere diversamente- un servizio pubblico consistente nella gestione e manutenzione dell'impianto di fogna, comprese piccole opere di miglioramento e ampliamento.

Non è inclusa la realizzazione di nuovi tronchi di fogna che, in quanto costruzione di un'opera totalmente nuova (vero e proprio nuovo tronco di fogna, come è desumibile anche dall'importo contrattuale), è per sua natura estranea alla concessione di un servizio pubblico, qual è quella di cui alla citata convenzione.

Tale opera non poteva, quindi, che essere affidata a mezzo di gara pubblica.

Va rammentato che la concessione diretta alla società mista è esclusa già con riferimento alla categoria dell'appalto di servizi che va tenuta distinta dalla concessione di un servizio pubblico (il servizio pubblico affidabile ad una società mista è quello reso a terzi ed il cui corrispettivo è in tutto o in parte

a carico degli utenti, l'appalto di servizi è quello reso a favore dell'amministrazione aggiudicatrice che ne corrisponde il controvalore economico; cfr. TAR Bari, Ii, 23 aprile 1998, n.367).

Quanto esposto evidenzia la infondatezza delle censure articolate su presunta violazione di obbligazioni e prescrizioni contenute in convenzione, laddove nessuna prescrizione è contenuta in relazione alla realizzazione di un nuovo tronco fognante, in disparte la invalidità di una tale previsione contrattuale - ove in ipotesi prevista- perché in violazione di specifica disciplina di legge.

7.2- Secondo la società ricorrente, il carattere privatistico degli enti a partecipazione pubblica li sottrarrebbe dalla applicazione delle norme sulla evidenza pubblica.

La disciplina contenuta nel d.lgv. 19 dicembre 1991, n.406 di attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici per importo pari o superiore a 5 milioni di ECU, coordinate con le norme della legge 11 febbraio 1994, n.109 come modificata dalla l. 415/98 nel definire l'ambito applicativo delle regole dell'evidenza pubblica, comprende gli enti pubblici e anche i concessionari di servizi pubblici e le società mista.

Va, pertanto, escluso che la mera natura societaria giustifichi la non applicazione della suddetta normativa.

7.3- Sostiene la Ecolturist che il comportamento del Comune di Ginosa l'avrebbe esposta ad azione di danni da parte del socio di minoranza (CO.PRO.LA.) alla quale avrebbe affidato tutte le opere di cui alla citata convenzione.

Va, in merito, osservato che quand'anche si volesse ammettere per pura ipotesi, che l'esecuzione dei lavori di cui trattasi rientrasse nella convenzione o ne fosse consentito l'affidamento a società mista, il Comune non avrebbe mai potuto affidarli alla CO.PRO.LA. o consentirne la esecuzione da parte del suddetto socio di minoranza.

La scelta del partner privato (CO.PRO.LA.) della società mista che avrebbe materialmente gestito l'appalto, è avvenuta al di fuori di qualunque procedura di evidenza pubblica e sulla base di un mero rapporto fiduciario consentito nella disciplina civilistica del contratto di società.

Ne conseguirebbe che, ove si accedesse alla tesi dell'affidamento diretto propugnato dalla ricorrente, si finirebbe con l'ammettere una gestione monopolistica di un rilevante settore al di fuori delle garanzie approntate dall'ordinamento per la scelta dell'appaltatore ed in aperto contrasto con i principi generali per la scelta dell'appaltatore.

8.- La infondatezza delle censure dedotte in entrambi i ricorsi comporta la reiezione dei ricorsi.

9.- Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe indicati, li riunisce e li respinge.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 19.4.2007, con l'intervento dei Magistrati:

Pietro Morea - Presidente

Doris Durante - Consigliere est.

Giuseppina Adamo - Consigliere.

Publicata mediante deposito
in Segreteria il 6 luglio 2007
(Art. 55, Legge 27 aprile 1982 n. 186)

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)