

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 2042 del 2007, proposto dalla società Autospurgo Molise di Manifesta Costantino & C. s.n.c., con sede in Campomarino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Flascassovitti, con elezione di domicilio in Roma via Mantegazza n. 24 presso il cav. Luigi Gardin;

contro

il Comune di Campomarino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ruta e domiciliato in Roma, alla via Otranto, n. 18, presso lo studio dell'avv. Marco Orlando;

e, nei confronti

della ditta Tekneko Sistemi Ecologici s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Retico, con elezione di domicilio in Roma, via Francesco Denza n. 27, presso lo studio dell'avv. Ugo Bigianti;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Molise - Campobasso, n. 966 del 20 novembre 2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Campomarino e della ditta Tekneko Sistemi Ecologici s.r.l.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 18 marzo 2008, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, gli avvocati Flascassovitti per la ricorrente, Ruta per il Comune e Retico per la contro interessata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso n. 501 del 2006, la società Autospurgo Molise di Manifesta Costantino & C. s.n.c., con sede in Campomarino, ha chiesto al Tar del Molise l'annullamento dei seguenti atti: 1) verbale datato 30.5.2006 (diciottesima seduta) della commissione giudicatrice della gara bandita dal Comune di Campomarino per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e conferimento di rifiuti solidi urbani, raccolta differenziata e servizi di igiene e tutela ambientale, con il quale si dispone l'esclusione, in via di autotutela, della ditta ricorrente, perché, non essendo società di capitali, non doveva essere ammessa alla gara, ai sensi dell'art. 113 del T.U.E.L. di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000 e s.m.i.; 2) verbale di gara del 31.5.2006 (diciannovesima seduta) di aggiudicazione provvisoria del servizio alla ditta controinteressata; 3) delibera della Giunta Comunale di

Campomarino n. 143 del 31.5.2006 di approvazione dei verbali e di aggiudicazione della gara in favore della ditta controinteressata. La società ha poi chiesto la condanna del Comune intimato al risarcimento dei danni pari almeno al 10 per cento dell'importo totale della gara (euro 650 mila per anni tre), oltre a svalutazione e interessi al soddisfo.

La ricorrente ha dedotto i seguenti motivi: 1) violazione dell'art. 113 del D.Lgs. 18.8.2000, n. 267; 2) violazione dell'art. 10 del D.M. 28.4.1998, n. 406, degli artt. 6 e 9 della direttiva n. 75/442/CEE, come sostituiti dalla direttiva n. 91/156/CEE; 3) violazione della *lex specialis* della gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria. Ha poi richiesto € 195.000,00 a titolo risarcitorio oltre svalutazione e interessi al soddisfo.

Si sono costituiti, in primo grado, il Comune di Campomarino e la ditta Tekneko Sistemi Ecologici s.r.l.

Il ricorso è stato respinto con la sentenza in epigrafe. Nell'appello sono ribadite le prime tre censure del ricorso introduttivo, è ripetuta la domanda risarcitoria ed è formulata istanza di rimessione alla Corte di giustizia comunitaria dell'art. 113 co. 5 del TUEL. Nella fase impugnatoria sono presenti anche le altre due parti del precedente giudizio.

DIRITTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso della società Autospurgo Molise di Manifesta Costantino & C. s.n.c. avverso il

provvedimento con il quale il Comune di Campomarino l'ha esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, sul presupposto che la società, in quanto costituita in nome collettivo, non fosse abilitata a partecipare a gare per il cui accesso l'art. 113 del testo unico degli enti locali, approvato con il D.Lgs. n. 267 del 2000, prescrive la forma della società di capitali. La sentenza di primo grado ha richiamato la prevalente interpretazione dell'art. 113 comma quinto del D.Lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 e confermato dall'art. 14 D.L. n. 269 del 2003 che prevede il conferimento della titolarità di servizi pubblici locali esclusivamente a società di capitali ed esclude che la società in nome collettivo sia abilitata ad ottenere l'affidamento di tali servizi (Cons. Stato V, 20.10.2005 n. 5883; T.A.R. Sardegna 11.12.2003 n. 1683; T.A.R. Milano III, 13.4.2004 n. 1451; T.A.R. Piemonte II, 21.4.2004 n. 311). Ha poi escluso che in materia di smaltimento dei rifiuti, si possa derogare alla normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica (Cons. Stato V, 6.5.2003 n. 2380; T.A.R. Milano III, 13.4.2004 n. 1451).

Nelle more dell'appello è sopravvenuta la sentenza del 18 dicembre 2007, n. 357 (in causa C-357/06), nella quale la Corte giustizia CE, ha stabilito che "l'art. 26 n. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 92/50/CE osta a disposizioni nazionali, come quelle

costituite dagli art. 113 comma 5 D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 198 comma 1 D.Lgs. n. 152 del 2006 e art. 2 comma 6 l.reg. Lombardia n. 26 del 2003, che impediscono ad operatori economici di presentare offerte, soltanto per il fatto che tali offerenti non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Il giudice nazionale, in tal caso, è obbligato a dare un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interno contraria a tali prescrizioni”.

Sono pertanto da condividere gli assunti dell'appellante, nella parte in cui censura da sentenza di primo grado di violazione dell'art. 113 del T.u.e.l. che non prescriverebbe alcuna limitazione di ordine soggettivo in ordine alla gestione ed erogazione di servizi pubblici locali. Il discrimine della forma societaria non opera nei riguardi della partecipante alla gara quando la stessa concerne la gestione del servizio, al cui affidamento può concorrere qualsivoglia soggetto, anche costituito in forma diversa dalla società di capitali.

L'appello deve però essere respinto nella parte in cui la società Autospurgo riafferma il diritto al risarcimento del danno. Manca, infatti, la prova della colpa dell'ente locale richiesta dal diritto vivente in tema di responsabilità extracontrattuale della pubblica

amministrazione, secondo cui l'imputazione di tale responsabilità non consegue al mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma richiede anche l'accertamento in concreto «della colpa [...] della P.A. intesa come apparato» [Corte cost., 7 aprile 2006, n. 149 e giurisprudenza ivi citata (Cass. SS.UU. 22 luglio 1999, n. 500; *ex plurimis*, Cass., III, 21 ottobre 2005 n. 20358; Cass., I, 18 giugno 2005 n. 13164)].

La Sezione non ravvisa nella fattispecie sottoposta al suo esame ragione alcuna per discostarsi dall'insegnamento prevalente che l'imputazione della responsabilità nei confronti della p.a. non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa e quindi non può limitarsi alla constatazione dell'illegittimità dell'atto, giacché ciò si risolverebbe in una inammissibile presunzione di colpa, ma comporta, invece, l'accertamento in concreto della colpa dell'Amministrazione, che è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali in punto di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza (in part. Cass., III, 21 ottobre 2005 n. 20358).

Nello stesso senso, la prova della responsabilità è stata ritenuta

determinante dalla giurisprudenza comunitaria unitamente all'esistenza del diritto leso dalla norma giuridica violata, al nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno dei soggetti lesi nonché al carattere grave e manifesto della violazione [Corte giustizia CE, 17 aprile 2007, n. 470 - causa C-470/03) e giurisprudenza ivi citata: Corte Giust. CE 5 marzo 1996 n. 46 - cause riunite C-46/93 e C-48/93, Corte Giust. CE 2 aprile 1998 - causa C-127/95; Corte Giust. CE 4 luglio 2000, causa C-424/97]. L'affermazione della Corte di giustizia secondo cui il giudice nazionale non può subordinare il risarcimento del danno subito dal singolo a causa della violazione di una norma di diritto comunitario all'esistenza di una condotta colposa o dolosa dell'organo cui detta violazione è imputabile (Corte giustizia CE, 5 marzo 1996, n. 46), deve infatti essere interpretata con riferimento al carattere manifesto e grave della violazione delle norme comunitarie, da cui deriva, sotto il profilo soggettivo, la necessità della prova della colpa o del dolo della pubblica amministrazione.

L'art. 113 co. 5, lett. a) del D.Lgs. n. 267 del 2000, dispone che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio ... “ a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica”.

La commissione di gara insediata dal comune di Campomarino aveva ammesso, in primo tempo, alla gara la società ricorrente Autospurgo Molise di Manifesta Costantino & C. s.n.c. e ne aveva analizzato la relazione tecnica (cfr. i verbali dell'11° e 12° seduta). L'aveva poi esclusa nel corso della 18° seduta, a seguito dell'osservazione presentata dalla ditta Tekneko sulla possibilità di aggiudicare il servizio oggetto della gara solo a società di capitali e sull'impossibilità di ammettere la società Autospurgo Molise, perché costituita nella forma della società in nome collettivo.

In presenza della precisa disposizione dell'art. 113 co. 5, lett. a) del D.Lgs. n. 267 del 2000, da cui era scaturita l'eccezione della ditta Tekneko e in assenza di una altrettanto precisa disposizione comunitaria in senso diverso, la violazione commessa dalla stazione appaltante non ha carattere né manifesto né grave ai fini della valutazione, sotto il profilo soggettivo, della responsabilità dell'amministrazione che aveva, all'epoca, logicamente e doverosamente, l'obbligo di accogliere l'eccezione delle controinteressate e di escludere dalla gara l'odierna appellante.

In assenza della citata sentenza del 18 dicembre 2007, n. 357 (C-357/06) della Corte giustizia CE, questa stessa Sezione aveva, del resto stabilito che l'art. 113 bis, D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, considera ipotesi normale di gestione dei servizi pubblici locali, anche se privi di rilevanza industriale, l'affidamento ad apposite

istituzioni, ad aziende speciali e a società di capitali (Cons. Stato, V, 04 maggio 2004 , n. 2726; cui *adde*: Cons. Stato, V 30 agosto 2006 n. 5072).

Nessun appunto, sotto il profilo dell'ordinaria diligenza può essere mosso al comportamento del Comune che aveva escluso la società appellante dalla gara senza che all'epoca esistesse alcun obbligo di disapplicare la disposizione di diritto interno contraria all'ammissione degli operatori economici costituiti in forma diversa dalla società di capitali.

È noto al Collegio il precetto affermato dalla Corte giustizia CE nella citata decisione del 5 marzo 1996 n. 46 che l'obbligo di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni di norme comunitarie non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che accerti l'inadempimento contestato. Nella stessa sede la Corte ha però affermato che “il principio in forza del quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili trova applicazione allorché l'inadempimento contestato è riconducibile al legislatore nazionale”.

È a questo principio che risale l'inadempimento del precetto comunitario di non discriminazione nei confronti delle società costituite in forma diversa da quella delle società di capitali: l'esclusione della società ricorrente Autospurgo Molise risale

direttamente alla disposizione contenuta nell'art. 113 co. 5, lett. a) del D.Lgs. n. 267 del 2000. Rispetto ad essa la commissione di gara non aveva alcuna discrezionalità interpretativa: in presenza dell'eccezione espressamente formulata da altra ditta partecipante, il comportamento della commissione era conseguentemente doveroso, salvo incorrere nella manifesta illegittimità per violazione della norma introdotta dal legislatore statale, nei cui confronti deve essere rivolta la domanda risarcitoria.

Per le suesposte considerazioni, l'appello della società Autospurgo Molise deve essere rigettato e deve essere confermata la sentenza impugnata, anche se con diversa motivazione.

Nelle sopravvenienze giurisprudenziali devono essere ravvisati i giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali relative al secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Spese compensate.

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 18 marzo 2008, con l'intervento dei Signori:

Sergio Santoro	Presidente
Cesare Lamberti rel. est	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Vito Poli	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere

L'Estensore

f.to Cesare Lamberti

Il Presidente

f.to Sergio Santoro

Il Segretario

f.to Gaetano Navarra
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

8-09-08

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

p. Il Direttore della Sezione

f.to Livia Patroni Griffi