Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2009, n.3531

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE, QUINTA SEZIONE

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 685 del 2008 proposto dalla B. S.r.l. rappresentata e difesa dall' avv.A,M, e dall' avv. G.D.G. ed elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma;

contro

la soc. I. E C. s.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. D.I. ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio dello stesso avvocato;

e nei confronti

del Comune di S., della Provincia di I., del Comune di C. non costituitisi;

per la riforma

della sentenza n.2031 del 6 dicembre 2007, resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria- sez.II;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della soc. I.E C. S.a.s.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 7 novembre 2008, il Cons. Giancarlo Giambartolomei; uditi, altresì, gli avvocati D.G. e I.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

1.-La soc. B. S.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza 6 dicembre 2007 n. 2031, resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, d'annullamento del provvedimento 31 agosto 2007 n. 1641 con il quale il Comune di S. aveva escluso l' aggiudicataria soc I. S.a.s.. dalla gara per l' affidamento dell' appalto del trattamento dei rifiuti provenienti dalla manutenzione di aree a verde pubblico.

Per essere ammessi alla gara, alla quale avevano partecipato due sole imprese, nella lettera d' invito 2 luglio 2007 (prot. n.34085) era richiesto il possesso delle autorizzazioni per il trattamento dei rifiuti per tutti i codici CER di cui all' art. 1 del capitolato d' appalto

Con nota 24 luglio 2007 prot. n. 39030 (registrata al protocollo d' arrivo il 26 luglio 2007 prot. n. 39087) l'Amministrazione provinciale d'I., alla quale erano stati chiesti chiarimenti, aveva fatto presente che la soc I. S.a.s. non era autorizzata alla gestione dei rifiuti di cui ai codici CER 19 12 O7 (legno diverso da quello di cui alla voce 19 12 2006) e 02 01 07 (rifiuti della selvicultura), anch' essi indicati all'art. 1 del capitolato; da qui la conseguente adozione del provvedimento d' esclusione dalla gara, impugnato in primo grado.

Il Tribunale amministrativo, con sentenza c.d. "breve", resa in camera di consiglio ex art. 21, co.10, della l. n.1034 del 1971, ha accolto il motivo di violazione del d.m. 5 febbraio 1998 ("individuazione dei rifiuti non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero.."), attuativo del d.lgv 5 febbraio 1997 n. 22 e del suo art. 33.

L'appellante ha dedotto alcune censure di natura processuale e nel merito ha rilevato, tra l' altro, che la soc I. era priva dell' autorizzazione a svolgere l' attività rientrante nei codici CER 19 12 07 E CER 02.01 .07.

La società I. si è costituita e con memoria depositata l'11 marzo 2008 ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello:

-per non aver la controinteressata espresso puntuali e specifiche censure alla sentenza impugnata, ma censure che avrebbe dovuto proporre in primo grado con ricorso incidentale;
- per difetto d'interesse alla richiesta d' annullamento, in via subordinata, d'atti preparatori alla sua ammissione alla gara;
-per omessa impugnazione del provvedimento 17 dicembre 2007 con il quale l' Amministrazione comunale, in esecuzione della sentenza impugnata, le ha aggiudicato la gara.
Nella Camera di Consiglio del 14 marzo 2008 (ord. n. 1451) l'istanza cautelare di sospensione è stata respinta.
Con memoria datata 30 ottobre 2008 la soc. B. S.r.l. ha controdedotto alle eccezioni avversarie ed ha chiesto il risarcimento del danno, affermando di aver interesse a subentrare nel contratto ancora in corso; si è riservata di richiedere eventualmente il danno per equivalente, qualora non riesca a subentrare nell' appalto.

D I R I T T O

1. Con la sentenza 6 dicembre 2007 n. 2031, oggetto dell' appello in esame, il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha annullato il provvedimento 31 agosto 2007 n. 1641 con il quale il Comune di Sanremo aveva escluso la soc I. S.a.s.. dalla gara per l' affidamento dell' appalto del trattamento dei rifiuti provenienti dalla manutenzione di aree a verde pubblico.
La mancata impugnazione del provvedimento 17 dicembre 2007 con il quale il Comune di S., in esecuzione della sentenza appellata, ha revocato l' aggiudicazione alla soc. B., odierna appellante, ed ha preceduto ad aggiudicare l' appalto alla soc. Itagro, non ha alcun effetto preclusivo,essendo lo stesso provvedimento destinato a essere caducato automaticamente in caso di accoglimento dell'appello.
Il provvedimento 31 agosto 2007 n.1641 può essere superato dal nuovo atto adottato dall' Amministrazione, in esecuzione della sentenza di primo grado, solo se le statuizioni di questa risultino confermate in appello.
2.-Non ha positivo ingresso l'eccezione dedotta dall'appellante ad avviso della quale la sentenza non poteva essere emessa in forma semplificata, vertendo la controversia in una materia disciplinata dall' art. 23/bis della l.n.1034 del 1971 e perché non era decorso il termine dimediato (che sarebbe scaduto il 15 dicembre 2007) assegnato alla controinteressata per poter proporre ricorso incidentale.
Il co.3° dell' art.23/bis della l. 1034 del 1971 fa salva l'applicazione dell' art. 26, quarto comma, per il quale "nel caso in cui ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il Tribunale amministrativo regionale e il Consiglio di Stato decidono con sentenza succintamente motivata".
Quanto alla seconda questione prospettata, deve essere verificato se è stato rispettato il contraddittorio, avendo come parametro di raffronto i termini e le regole proprie del giudizio cautelare e non i termini del giudizio di merito. Il giudice può decidere il ricorso anche se non siano decorsi i termini per la costituzione delle parti stabiliti dall' art.22, co. 1 l. n.1034 del 1971, purchè sia osservato il termine concesso per la costituzione delle parti intimate per la discussione sull'istanza incidentale (cfr. Cons.St., sez.VI, 27 giugno 2006 n. 4093).
Nella specie, non è in contestazione che il ricorso in primo grado è stato fissato nel rispetto dei termini (alla camera di consiglio del 6 dicembre 2007) e che la notifica alle parti necessarie, pur se non co-stituitesi in giudizio, sia avvenuta in modo rituale.
3.-Dalla risposta data alla seconda questione, consegue l' inammissibilità dei motivi dedotti in appello che non hanno attinenza

con la causa petendi ed il petitum del ricorso proposto in primo grado dall' appellata e con la sentenza emessa dal giudice di prime cure .
3.-1.-E' per tale ragione inammissibile il motivo che se proposto con ricorso incidentale in primo grado e se accolto avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara della soc.I.(nella dichiarazione sostitutiva ex art. 47 e 48 del dpr n.445 del 2000 sarebbe mancata la menzione espressa della consapevolezza della rilevanza penale dell' attestato di veridicità) ed i profili di censura diretti avverso gli atti che avevano disposto l'esclusione dalla gara della soc.I. e l' affidamento del servizio alla soc. B.(se in quanto inquadrabili in un appello incidentale non proposto in primo grado e non inerenti al decisum) .
3.- Per il resto l'appello è fondato, trovando positivo ingresso alcune delle censure con le quali è stata data risposta alle argomentazioni svolte nella sentenza appellata.
3.-1 .-Ai sensi dell' 33 del d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 a condizione che siano rispettate le norme tecniche e le prescrizioni specifiche adottate ai sensi dei commi 1, 2 e 3 dell'articolo 31, l'esercizio delle operazioni di recupero dei rifiuti possono essere intraprese decorsi novanta giorni dalla comunicazione d' inizio di attività alla provincia territorialmente competente.
Il d.lgv n.22 del 1997 è stato abrogato dall' art. 164 del d.lgv 3 aprile 2006 n. 152 che all' art. 264 lett.i) assicura la persistente efficacia degli atti regolamentari attuativi della legge abrogata sino a quando altre norme generali equivalenti non le sostituiscono.
Tra i provvedimenti la cui efficacia è stata prorogata è compreso il d.m. 5 febbraio 1998 e smi (recante l' elenco dei rifiuti per il cui recupero l' abilitazione si ottiene con procedura semplificata della comunicazione seguita dal silenzio per 90 giorni).
Secondo l' art.1 del capitolato, di cui al bando di gara, l'appalto aveva a suo oggetto il trattamento dei rifiuti, provenienti dalla manutenzione di aree a verde pubblico e/o privato nell'ambito del territorio del Comune di Sanremo, classificati con i codici CER (tra gli altri) 19 dicembre 2007 e 2 gennaio 2007.
Conseguentemente, la mancanza in capo ad un candidato della relativa autorizzazione al trattamento avrebbe dovuto comportare la sua esclusione, anche in mancanza di un' espressa comminatoria nel bando (e ciò risponde anche ad uno dei motivi assorbiti e riproposti in appello).
Con note acquisite al protocollo il 5 aprile 2005 ed il 6 aprile 2007, la ditta I. aveva trasmesso alla Provincia, per il tramite del Comune di C., due comunicazioni di integrazione dei codici CER (020103) per i quali, fin dal dicembre 2003, era stata già autorizzata, ai sensi dell' art. 33 del d.lgs n.22 del 1997, ed era stata iscritta al numero 47 del registro delle imprese che effettuano attività di recupero. Le due richieste avevano avuto esito negativo, come da nota 22 ottobre 2007 prot 54342 con la quale la provincia di I. aveva statuito di non dar loro seguito per le notevoli carenze documentali e per essere stati indicati nella seconda i rifiuti di cui ai codici CER 02 01 07 e 19 12 07 in ordine al cui trattamento l' impianto della ditta era inidoneo.
In risposta alla nota integrativa acquisita agli atti il 12 settembre 2007 (prot. 47877) la Provincia aveva fatto presente che, avendo la soc.Itagro limitato la richiesta alle sole operazioni di messa in riserva (e non di trattamento) dei rifiuti di cui ai codici CER 020107 e 191207, "tali nuovi codici potranno … essere sottoposti, nel centro, alle operazioni di messa in riserva trascorsi 90 (novanta) giorni dal ricevimento della suddetta comunicazione da parte del Comune di C.".

Con precedente nota 24 luglio 2007 prot. n.39087 la Provincia d'I. aveva portato a conoscenza del Comune di S. che la ditta I. "non è autorizzata alla gestione dei codici CER 02 01 07 (rifiuti della silvicultura) e CER 19 12 07 (legno diverso da quello di cui alla voce 19 12 06) in quanto non compresi nell' elenco di rifiuti oggetto di autorizzazione in regime semplificato".
Il Tribunale amministrativo ha annullato la nota 24 luglio 2007 provinciale ed il conseguente provvedimento comunale di esclusione dalla gara perché:
-l'abilitazione per il recupero dei rifiuti di cui alle suddette codifiche si ottiene con il sistema semplificato della comunicazione di inizio d'attività ed il decorso di 90 giorni così come previsto dall' art. 33 del dlv n.22 del 1997 la cui efficacia è stata prorogata dall' art. 264 lett.i) del d.lgs n.152 del 2006;
-la ditta ricorrente aveva presentato la comunicazione ed i materiali da trattare erano compresi in quelli che dagli allegati al d.m. 5 febbraio 1998 entrano nelle codifiche CER e non sono pericolosi (il d.m. 5 febbraio 1998 doveva essere correttamente letto nella versione finale derivante dall' applicazione della Direttiva CE del 1999 sulla "trascodifica" e dei decreti integrativi).
Come argomentato dall' appellante, entrambe le ragioni che hanno indotto il giudice di prima grado ad accogliere il il ricorso della soc.appellata non trovano un positivo riscontro.
3.-2.-.La soc. I. non ha mai ottenuto l' abilitazione per le due codifiche in forza della comunicazione di inizio d' attività trasmessa al Comune di Camporosso in data 8 marzo 2007.
Secondo l' art. 264 lett.i, d.lgs n.152 del 2006 i decreti attuativi del d.lgv n.22 del 1997, tra i quali il d.m. 5 febbraio 1998 e s.m.i. (con l' elenco dei rifiuti per il cui recupero l'abilitazione si ottiene con procedura semplificata, mediante comunicazione seguita dal silenzio per 90 giorni), restano in vigore fino all' entrata in vigore dei nuovi provvedimenti attuativi previsti dalla parte quarta del citato d.lgs.
Mentre sono rimasti in vigore i decreti ministeriali attuativi del d.lgs n.22 del 1997 per ciò che concerne l' elenco delle categorie di rifiuti, delle caratteristiche dei medesimi, delle varie fasi di trattamento, in forza del combinato disposto degli artt. 212 (albo nazionale dei gestori Ambientali), 216 (recupero) d.lgs n.152 del 2006 e della l.r. 31 ottobre 2006 n.30, dalla data di entrata in vigore di quest' ultima (2 novembre 2006) la competenza a ricevere la comunicazione d' inizio d' attività è stata trasferita alla Sezione regionale dell' Albo nazionale dei gestori ambientali.
L' art. 2, co.3 della l.r. n.30 del 2006 precisa che i procedimenti connessi alle procedure semplificate ex art 33 d.lgs n. 22 del 1997, avviate con le comunicazioni inoltrate anteriormente all' entrata in vigore della legge regionale stessa, sono conclusi dagli Enti con le procedure previste dalla l.r. n.18 del 1999 (che attribuiva la competenza ai Comuni). La comunicazione 8 marzo 2007 della soc. I. doveva essere inoltrata alla sezione ligure dell' Albo nazionale dei gestori ambientali perché era una nuova richiesta e non era integrativa di una precedente.
E'prova che la DIA dell'8 marzo 2007 era diretta al rilascio (tacito) di una nuova autorizzazione l'allegazione all' istanza, da parte della soc. I., della dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti soggettivi per la gestione dei rifiuti e per la loro trasformazione in terriccio e di tutta la restante documentazione richiesta dall' art.33,co.3, del d.lgs n.22 del 1997.
Inoltre, la soc.I. aveva presentato una prima volta una dichiarazione d'inizio d'attività il 9 marzo 2002 per cui, in forza dell'art.216,

co.15, del d.lgs n.152 del 2006 le comunicazioni e le iscrizioni già effettuate scadevano dopo cinque anni di loro validità, la soc. I., prima della data del 16 luglio 2007 (di scadenza della presentazione dell' offerta), avrebbe dovuto presentare istanza di rinnovo alle Sezioni regionali dell' Albo (così come chiarito anche dal Ministero dell'Ambiente con circolare 3 luglio 2006 n. 800).
Se non intesa come nuova istanza d'autorizzazione tacita, la nota 8 marzo 2007 andava quantomeno qualificata come istanza di rinnovo.
Qualora si voglia accedere alla tesi che la competenza a ricevere la comunicazione d'inizio d'attività non era stata trasferita alla Sezione regionale dell' Albo nazionale dei gestori ambientali, rimane il fatto che la soc. I. non ha impugnato la sopraggiunta nota 22 ottobre 2007 con la quale la Provincia di I., su specifica richiesta (12 settembre 2007) della medesima società, ha riconosciuto possibile il rilascio dell' autorizzazione tacita per decorso del tempo per la sola messa in riserva dei rifiuti di cui ai codici CER 02 01 07 e 19 12 07, mentre la lettera d' invito 2 luglio 2007 prevedeva nella sua parte introduttiva che la ditta aggiudicataria dovesse anche "trattare" i rifiuti riciclabili e, dunque, provvedere alla loro "trasformazione".
In ragione di ciò la ditta I. ha fatto presente (con nota del 10 ottobre 2007) che al succcessivo "trattamento" avrebbe provveduto la R. S. E. S.p.A.
E', poi, assorbente l' ulteriore rilievo che l'autorizzazione tacita è stata acquisita dopo la data del 16 luglio 2007, termine ultimo per produrre l'offerta, essendo demandato alla Provincia di accertare "il mancato rispetto delle norme tecniche e delle condizioni di cui al comma 1" e di disporre "il divieto di inizio ovvero di prosecuzione dell'attività" (tale contenuto ha la nota provinciale di riesame 22 ottobre 2007 prot 54342).
3.-3.- Come dedotto dall' appellante, il d.m 5 febbraio 1998 ed il d.m. n.186 del 2006 (di sua modificazione) non consentono che i rifiuti classificati con i codici CER 02 01 07 e 19 12 07 siano assoggettati ad attività di compostaggio, mentre nella domanda d'inizio d' attività 8 marzo 2007 la soc I. aveva dichiarato che dal trattamento dei rifiuti avrebbe prodotto terriccio e concimi. Per i rifiuti CER 19 12 07 il d.m. 5.2. 1998 all.1, suballegato 1&9, ammette il recupero per ottenere manufatti a base di legno o pasta di carta o pannelli, mentre per i rifiuti CER 02 01 07 il d.m. 5.2.1998 all' allegato 2, suballegato 1&3, prevede la loro combustione in impianti dedicati al recupero energetico. Stesso risultato è dato conseguire dall' esame del punto 16 dell' allegato 1, suballegato 1, del d.m. n.186 del 2006.
Trova, pertanto, conferma la ragione dell' esclusione disposta dal Comune di S. con determinazione n.1641 del 2007 per non essere la soc.Itagro autorizzata a "trattare" i materiali di cui alle codifiche CER 19 12 07 e 02 01 07 in quanto la comunicazione 8 marzo 2007 era inidonea ad attivare il regime semplificato con riguardo ai predetti rifiuti ed all' indicata modalità di recupero.
4-.Non hanno positivo ingresso le censure assorbite in primo grado e riproposte in appello dalla soc.I.
Non sussiste il dedotto vizio procedimentale per non aver il Comune di S. interpellato il Comune di C. nel momento in cui, con nota 17 luglio 2007, ha richiesto alla provincia d'I. se la soc. I. era in possesso dell'autorizzazione(estremi prot.n.2824 dell' 8 marzo 2007)"per tutti i codici CER di cui all' art.1 dell' allegato Capitolato d'Appalto" e se era in grado "di ricevere in media un conferimento giornaliero all' impianto (esclusi i festivi) di circa kg 6500".

In forza degli artt. 24 e 25 della l.r. Liguria 21 giugno 1999 n.18, la verifica ed il controllo dei requisiti previsti per l' applicazione delle procedure semplificate, di cui agli artt. 31, 32 e 33 del d.lgs n. 22 del 1997, spetta alla Provincia, correttamente interessata dalla nota 17 luglio 2007, mentre nel procedimento semplificato il Comune è chiamato ad intervenire nella precedente fase (per l' appunto, di invio dell' istanza e della allegata documentazione).
Pur se la Provincia non aveva adottato un espresso provvedimento di divieto di prosecuzione dell' attività, con riferimenti ai codici CER 19 12 07 e 02 01 07, con le note (di natura provvedimentale) 22 ottobre 2007 prot 54342 e 24 luglio 2007 prot. n. 39087 aveva escluso che l'impianto della ditta fosse idoneo al trattamento di quei tipi di rifiuti e che la stessa fosse in possesso dell' autorizzazione alla loro gestione.
5.- L'appellante chiede il risarcimento del danno in forma specifica ed, in via subordinata, per equivalente.
Quanto alla domanda di riassegnazione del servizio, in memoria la soc. B. fa presente che l'appellata sta svolgendo il servizio appaltato (non è dato conoscere da quando e se è decorsa la durata massima indicata nell' art.13 del capitolato d'appalto).
E' presumibile, dunque, che sia in essere un contratto, stipulato con la soc.Itagro.
Con sentenza 28 dicembre 2007 n. 27169 la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha interpretato l'art. 244 del d.lgs n.163 del 2006 nel senso che la giurisdizione del giudice civile sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa d'annullamento dell'aggiudicazione della gara.
Nell'adeguarsi alla pronunzia, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisioni n.9 e n. 12 del 2008) ha riconosciuto preclusa alla cognizione del giudice amministrativo l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente, come previsto dall'art. 35, D.Lgs. n. 80.
La dichiarazione d'inammissibilità della domanda non impedisce all'Amministrazione, in sede d'esecuzione della decisione, di rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto e, nell'adottare gli ulteriori provvedimenti (salvi gli effetti autosecutivi della decisione), di uniformarsi al dictum del giudice.
Quanto al risarcimento per equivalente, nell' atto d' appello la soc.B. si è riservata di precisare in corso di causa i danni subiti, ma ha poi omesso, in prosieguo, di addurre fatti specifici ed ogni riferimento anche generico alle spese sostenute per la partecipazione alla gara ed alle occasioni di mancato guadagno derivanti dalla impossibilità di realizzare ulteriori iniziative imprenditoriali.
La domanda è stata proposta in via subordinata mentre, allo stato, non è dato conoscere se esistono le condizioni per una anche parziale esecuzione in forma specifica.
A fronte di una pronunzia d'inammissibilità, il carattere conseguenziale, ulteriore ed autonomo dell'azione risarcitoria (cfr. Corte Cass. Sez.UU. 23 dicembre 2008 n.30254) permette una sua successiva riproposizione entro i previsti termini prescrizionali.
In base all'art. 2935 c.c. il termine di prescrizione non inizia a decorrere fin dal momento dell'adozione dell'atto lesivo e prima che il diritto possa essere fatto valere e cioè prima della conclusione del giudizio di annullamento del provvedimento lesivo dell'interesse legittimo inciso dall'Amministrazione.
6.-Per quanto sopra considerato, l' appello deve essere accolto ed in riforma della sentenza impugnata deve essere respinto il ricorso in

primo grado.
La domanda di risarcimento va dichiarata inammissibile.
Le spese possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, ACCOGLIE l'appello ed in riforma della sentenza impugnata respinge il ricorso in primo grado; dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno.
Compensa le spese.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 novembre 2008, con l'intervento dei Magistrati:
Pres. Raffaele Iannotta
Cons. Cesare Lamberti
Cons. Claudio Marchitiello
Cons. Marzio Branca
Cons. Giancarlo Giambartolomei, estensore