

N. 01814/2015REG.PROV.COLL.
N. 05057/2012 REG.RIC.
N. 05525/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5057 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla s.r.l. Tradeco, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso Loiodice & Partners Studio Legale Associato, in Roma, via Ombrone, n. 12/B;

contro

Il Comune di Altamura, rappresentato e difeso dagli avvocati Donatello Genovese ed Emilio Bonelli, con domicilio eletto presso il dott. Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, n. 24;
la s.p.a. Sieco;

sul ricorso numero di registro generale 5525 del 2013, proposto dal Comune di Altamura, rappresentato e difeso dagli avvocati Emilio Bonelli e Donatello Genovese, con domicilio eletto presso il dott. Marco Gardin in Roma, Via Laura Mantegazza 24;

contro

La s.r.l. Tradeco, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso l'avvocato Isabella Loiodice in Roma, via Ombrone, n. 12/B;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5057 del 2012:

del dispositivo di sentenza non definitiva del TAR Puglia – Bari, Sezione I, n. 1325/2012, reso tra le parti, e, in seguito, della stessa sentenza non definitiva n. 1579/2012, concernente l'affidamento del servizio di igiene urbana e dei servizi complementari;

quanto al ricorso n. 5525 del 2013:

della successiva sentenza definitiva del T.a.r. Puglia – Bari, Sezione I, n. 915/2013, resa tra le parti sullo stesso oggetto.

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti proposti ad integrazione del primo di essi, e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Altamura e della s.r.l. Tradeco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Aldo Loiodice ed Emilio Bonelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La s.r.l. Tra.De.Co. (di seguito, TRADECO) espletava per oltre dieci anni il servizio di igiene urbana nel Comune di Altamura in esecuzione del contratto stipulato il 30 gennaio 2002, con affidamento scaduto il 17 febbraio 2012 e poi prorogato.

Il Consiglio comunale di Altamura, con la deliberazione del 19 gennaio 2012, aveva approvato l'atto di 'indirizzo' per l'indizione di una gara, da esperirsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il

nuovo affidamento del servizio, del quale si prevedeva una durata novennale.

Nelle relative more, il Comune indicava però - con la determinazione n. 135 del 10 febbraio 2012 -una procedura negoziata d'urgenza senza bando, ai sensi dell'art. 57, secondo comma, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, con invito trasmesso a cinque operatori economici (tra cui la TRADECO), per l'affidamento annuale del servizio, da aggiudicarsi al massimo ribasso sull'importo a base d'asta di euro 7.387.232,65.

Quest'ultima gara - con il verbale del 23 aprile 2012 e la successiva determinazione dirigenziale n. 596 del 15 maggio 2012 - veniva aggiudicata alla stessa TRADECO, unica tra le imprese invitate ad aver presentato un'offerta valida, la quale recava un ribasso dello 0,001% sul corrispettivo a base d'asta.

2 La medesima società presentava tuttavia un ricorso al T.A.R. per la Puglia, in seguito integrato da plurimi atti di motivi aggiunti, contro il Comune di Altamura, domandando l'annullamento dell'avviso di gara, della lettera d'invito e dei relativi allegati, degli atti della procedura, nonché del provvedimento di aggiudicazione definitiva, anche nella parte in cui questo disponeva l'esecuzione anticipata del servizio nelle more della stipula del contratto.

La ricorrente deduceva censure che il T.A.R. avrebbe riassunto come segue:

“Quanto all'avviso di gara ed alla lettera d'invito:

A) violazione dell'art. 4 del contratto di appalto stipulato il 30 gennaio 2002, violazione dell'art. 4, comma 32-ter, del D.l. n. 138 del 2011 e violazione della delibera del Consiglio comunale del 19 gennaio 2012: in attesa dell'esperimento della gara per l'affidamento novennale del servizio secondo l'atto di indirizzo approvato dal Consiglio comunale, il Comune avrebbe dovuto disporre la prosecuzione della gestione alle precedenti condizioni contrattuali da parte della Tra.De.Co. s.r.l., la quale vi sarebbe

tenuta sia per specifica clausola contrattuale, sia in base alla vigente normativa in materia di servizi pubblici locali; in merito all'estensione del servizio ed al corrispettivo da riconoscere, peraltro, sarebbe pendente e non ancora concluso un giudizio civile tra le parti;

B) violazione dell'art. 57, secondo comma – lett. c), del D.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 204 del D.lgs. n. 152 del 2006 e violazione delle deliberazioni A.T.O. BA/4 n. 1/2010 e n. 1/2012: non vi sarebbe il presupposto dell'estrema urgenza, individuato dal Codice dei contratti pubblici per l'affidamento mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando;

C) violazione dell'art. 81 del D.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 44 del D.l. n. 201 del 2011 ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, illogicità e sviamento: il criterio di aggiudicazione (prezzo più basso) e l'importo a base d'asta sarebbero erronei ed inadeguati alla complessità del servizio ed ai costi che il concessionario dovrà affrontare per il suo svolgimento; inoltre, il capitolato speciale assoggetterebbe a ribasso anche il costo per il personale;

Quanto alla procedura negoziata ed al provvedimento di aggiudicazione definitiva:

D) violazione del decreto presidenziale cautelare n. 151 del 28 febbraio 2012: il Comune avrebbe illegittimamente imposto la presentazione delle offerte e così dato corso alla gara, dopo che questo Tribunale aveva interinalmente accolto la domanda di sospensiva con provvedimento monocratico, senza attendere l'esito della camera di consiglio fissata per il 21 marzo 2012 (censura formulata con i primi motivi aggiunti avverso la “comunicazione di rinvio apertura buste offerte” del 2 marzo 2012);

E) violazione dell'art. 11 del D.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 302 del D.P.R. n. 207 del 2010 ed eccesso di potere per falsa causa ed ingiustizia manifesta: il Comune avrebbe disposto l'aggiudicazione del servizio ignorando le condizioni apposte dalla Tra.De.Co s.r.l. alla propria

offerta e ribadite a verbale nel corso della gara; inoltre, non vi sarebbero i presupposti indicati dal Codice e dal Regolamento dei contratti pubblici per l'esecuzione d'urgenza, nella more della stipula del contratto."

Il Comune di Altamura si costituiva in giudizio in resistenza all'impugnativa, chiedendo il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti, in quanto inammissibili e comunque infondati.

3 Il Giudice adito emetteva in data 28 giugno 2012 il dispositivo n. 1325/2012, del seguente tenore:

"Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) così provvede sul ricorso in epigrafe:

- in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge, nei sensi di cui in motivazione;*
- dispone incumbenti istruttori, come da separata ordinanza;*
- rinvia per la trattazione alla pubblica udienza del 20 marzo 2013;*
- rinvia alla sentenza definitiva per la statuizione sulle spese."*

4 Avverso tale dispositivo, la TRADECO proponeva il primo degli appelli in epigrafe, riprendendo la propria doglianza di fondo secondo cui con il dare seguito all'aggiudicazione impugnata essa società avrebbe perduto le più favorevoli condizioni economiche di appalto attribuitele dal pregresso contratto scaduto nel 2012.

Resisteva all'appello il Comune di Altamura, deducendone l'infondatezza. La Sezione, dopo avere inizialmente sospeso l'esecutività del dispositivo di sentenza appellato, con ordinanza del 29 agosto 2012 respingeva la domanda cautelare della società, osservando, tra l'altro, che il precedente titolo contrattuale dell'appellante era ormai scaduto il 17 febbraio 2012, e che la medesima non sembrava avere titolo per sottrarsi alla stipula conseguente alla nuova aggiudicazione.

La TRADECO il 5 ottobre 2012 sottoscriveva quindi con il Comune il nuovo contratto di appalto per l'affidamento dei servizi di igiene urbana, pur formulando riserve collegate all'esito del contenzioso in corso.

5 Nel frattempo, il 20 agosto 2012 veniva pubblicato con il n. 1579 il testo completo della sentenza parziale deliberata dal T.A.R., con la quale il primo Giudice:

- respingeva il primo ordine di censure, rubricato *sub A*);
- dichiarava inammissibile il motivo riportato *sub B*);
- disponeva istruttoria, formulando con separata ordinanza i relativi quesiti, in ordine ai motivi rubricati *sub C*), rivolti a contestare il criterio di aggiudicazione prescelto dal Comune e, soprattutto, la congruità dell'importo a base d'asta e il contenuto del capitolato speciale.

Il Tribunale si riservava all'esito dell'istruttoria anche l'esame dei motivi *sub D*) ed E), attinenti ad una fase procedimentale successiva, ossia agli atti adottati dalla stazione appaltante in attuazione dell'avviso pubblico e della lettera d'invito, motivi rispetto ai quali il primo Giudice riteneva pregiudiziale la decisione su quelli proposti contro la *lex specialis* di gara.

6 A seguito della pubblicazione della sentenza parziale n. 1579/2012, la TRADECO notificava un atto di motivi aggiunti al proprio appello.

Il Comune deduceva l'improcedibilità, e comunque l'infondatezza, di tali motivi aggiunti.

La nuova domanda cautelare proposta dalla società veniva dichiarata dalla Sezione improcedibile, con ordinanza del 17 ottobre 2012.

7 Successivamente, il T.A.R., espletata l'istruttoria in precedenza disposta con l'acquisizione della relazione finale dei verificatori, definiva il giudizio di primo grado con la sentenza n. 915 del 5 giugno 2013.

Con tale sentenza il Tribunale:

- respingeva l'eccezione di inammissibilità del ricorso per intervenuta acquiescenza, sollevata dal Comune;
- dichiarava improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse i motivi relativi all'indizione della procedura negoziata in via d'urgenza (riportati *sub D*), poiché, essendo risultata aggiudicataria di tale gara proprio la ricorrente, l'unico pregiudizio per essa ravvisabile sarebbe stato quello

relativo alle deteriori condizioni economiche stabilite per il nuovo affidamento;

- quanto alle censure relative alle condizioni di svolgimento del servizio previste dal Comune per il nuovo affidamento, accoglieva parzialmente l'impugnativa in relazione alla contestazione dell'importo posto a base d'asta, giudicandolo inadeguato ai valori di mercato correnti e perciò non remunerativo sotto i profili indicati in sentenza, e annullava quindi in parte qua gli atti di gara e quelli ad essi conseguenti;

- dichiarava, infine, le doglianze sub E) in parte assorbite dall'accoglimento parziale del ricorso, ed in parte improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse.

8 Avverso la sentenza definitiva del T.A.R. era allora il Comune di Altamura a proporre a sua volta appello, sperando così il secondo dei ricorsi in epigrafe.

Con tale gravame l'Ente deduceva per un verso il sopravvenuto difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo a seguito della stipula del contratto di appalto, e per altro verso l'infondatezza dei motivi avversari che erano stati accolti dal Tribunale.

La TRADECO si costituiva in giudizio in resistenza all'appello comunale, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza.

Nell'ambito dei due giudizi, in seguito, le parti controdeducevano con successivi scritti alle reciproche argomentazioni, insistendo sulle conclusioni già formulate.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2015, la Sezione dava avviso alle parti, ai sensi dell'art. 73 CPA, della possibile inammissibilità, rilevabile d'ufficio, del ricorso della TRADECO, discendente dalla carenza di protezione da parte dell'ordinamento della sua pretesa di proseguire nell'espletamento del servizio oltre la scadenza del titolo contrattuale che per il passato l'aveva legittimata.

I due appelli sono stati infine congiuntamente trattenuti in decisione.

9 La Sezione deve preliminarmente disporre la riunione degli appelli, stante la loro evidente connessione oggettiva e soggettiva.

Tanto premesso, mentre l'appello del Comune di Altamura merita accoglimento (con riferimento al suo secondo motivo), quello proposto dalla TRADECO deve essere disatteso.

10 Il primo appello da prendere in esame in questa sede è quello proposto dalla TRADECO avverso la sentenza parziale emessa dal primo Giudice.

Come si è premesso, con tale decisione il T.A.R. ha respinto il primo ordine di censure, sopra rubricato *sub A*), secondo il quale il Comune avrebbe dovuto far proseguire il precedente contratto del 2002, e ha dichiarato invece inammissibile il motivo riportato *sub B*), secondo il quale la nuova procedura contrattuale indetta dall'Ente, una procedura negoziata senza bando, sarebbe stata illegittima per carenza del presupposto dell'urgenza.

10a Con riferimento al primo profilo, la TRADECO, con i suoi motivi aggiunti, muove alla sentenza parziale appellata la contestazione di fondo che la decisione della Corte Costituzionale n. 199/2012, diversamente da quanto ritenuto dal T.A.R., non avrebbe caducato l'art. 4, comma 32-ter, del d.l. n. 138 del 2011, da essa società invocata quale titolo per proseguire nella gestione del servizio in forza del proprio titolo contrattuale del 2002.

Ancor prima di poter accertare l'esattezza di questo assunto, tuttavia, il Collegio rileva che occorre verificare se la norma appena menzionata sia in astratto suscettibile di giovare alle tesi della TRADECO.

Orbene, questa essenziale condizione non ricorre, con la conseguenza che la proposizione del motivo risulta carente di interesse.

La lettura del citato comma 32-ter rivela che questo, pur prevedendo la possibile prosecuzione delle attività dei "gestori uscenti", l'ammetteva solo "fino al subentro del nuovo gestore", facendo con ciò inevitabilmente salvo, quindi, il potere-dovere dell'Amministrazione di indire nuove procedure per affidare i servizi interessati sulla base di rinnovati titoli.

Se ne desume che il comma invocato dalla TRADECO non poteva fungere da base normativa per invalidare una procedura tesa a rinnovare con un nuovo affidamento il precedente titolo di tale società, ormai scaduto, in quanto la medesima disposizione avrebbe potuto al più - a tutto concedere - giustificare il protrarsi della sua attività nelle more della nuova procedura. Tanto premesso, la conclusione dell'ininfluenza del richiamo dell'art. 4, comma 32-ter, del d.l. cit. ai fini delle tesi della TRADECO si basa essenzialmente sulla seguente deduzione della difesa comunale. Il comma in rilievo, che recava un complemento della disciplina dettata dal comma 32 dello stesso articolo, presupponeva che ci si trovasse in presenza di un affidamento non aderente ai canoni comunitari, e come tale inciso dal regime imposto da quest'ultimo comma, laddove nella fattispecie concreta quello conferito alla TRADECO nel 2002 risultava essere un regolare affidamento a seguito di gara che era pervenuto, oltretutto, alla sua naturale scadenza.

Le argomentazioni che precedono comportano, quindi, l'inammissibilità di questo primo motivo di appello della TRADECO per carenza di interesse.

10b Anche il secondo motivo aggiunto di tale appello deve essere disatteso. Tale mezzo concerne la declaratoria di inammissibilità emessa dal T.A.R. in ordine al motivo, sopra riportato *sub B*), secondo il quale la procedura negoziata senza bando indetta dal Comune sarebbe stata illegittima per carenza del presupposto dell'urgenza richiesto dall'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006.

10b1 In proposito la Sezione ritiene che le deduzioni svolte dalla società non siano sufficienti ad infirmare la logica che fonda il *decisum* del primo Giudice.

Questo, infatti, dopo aver ricordato che nel caso concreto la TRADECO alla procedura negoziata in questione non solo era stata invitata, ma vi aveva partecipato e ne era risultata addirittura vittoriosa, ha osservato, in sintesi, che gli operatori economici ammessi ad una trattativa privata non

subiscono, in ragione della scelta del metodo negoziato, alcun danno concreto ed attuale, poiché la restrizione della concorrenza discendente dalla mancata pubblicazione di un bando di gara si traduce al contrario, per coloro che a tale procedura siano stati invitati, in un vantaggio, che consiste nella maggiore possibilità di conseguire l'appalto.

La conclusione che il motivo di ricorso in esame non è suscettibile di disamina per difetto di interesse trova, in particolare, un decisivo supporto, che integra un elemento idoneo a superare anche le doglianze svolte dalla TRADECO in questa sede, nella circostanza che la procedura negoziata la cui legittimità si vorrebbe contestare si è conclusa proprio con un'aggiudicazione alla ricorrente.

Tale circostanza, invero, per definizione impedisce di ravvisare in capo a tale società la sopravvivenza di alcun interesse -ove mai, in ipotesi, questo fosse in origine configurabile - alla contestazione della legittimità della relativa procedura.

D'altra parte, al gestore uscente non può riconoscersi *a priori* alcun 'diritto di insistenza', e pertanto un'incondizionata posizione legittimante che lo abiliti per ciò stesso alla contestazione in giudizio della legittimità delle procedure intese alla scelta del nuovo gestore, ma la sua legittimazione all'impugnativa giurisdizionale di tali procedure soggiace alle regole generali di settore.

10b2 Ulteriori considerazioni, però, si impongono.

Una volta richiamata la necessaria distinzione tra la titolarità di una posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all'esercizio di un'azione (legittimazione al ricorso), da un lato, e l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento (interesse al ricorso), dall'altro, va rilevato come la prima presupponga "*il riconoscimento della esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione*

svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato" (C.d.S., Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4).

Non è poi configurabile la condizione dell'azione costituita dal c.d. titolo o legittimazione al ricorso ove l'instaurazione o prosecuzione di un giudizio sia finalizzata a tutela di interessi a contenuto impossibile o illegittimi, o di pretese emulative (cfr. C.d.S., V, 23 maggio 2011, n. 3084; 1° aprile 2011, n. 2034; 7 settembre 2009, n. 5244; 17 dicembre 2008, n. 6293).

Ciò posto, è sullo sfondo di queste coordinate che va presa in esame l'obiezione della TRADECO che, mentre il T.A.R. aveva respinto il suo motivo *"sull'erroneo presupposto della qualifica della TRADECO quale partecipante e aggiudicataria"*, essa società aveva contestato la mancanza dei presupposti dell'urgenza ex art. 57 del Codice dei contratti pubblici, invece, nella diversa *"qualità di gestore uscente del servizio"*, adducendo essere incomprensibile la ragione *"per cui un gestore uscente debba subire la spoliazione delle attuali condizioni contrattuali in virtù di un'illegittima procedura negoziata urgente in palese assenza dell'urgenza"*.

Orbene, l'interesse fatto valere in concreto dalla TRADECO, inteso ad ottenere l'invalidazione della procedura negoziata (cui pure essa società ha partecipato con esito vittorioso) al solo scopo di -tentare di- proseguire la propria gestione in forza di un affidamento pregresso tuttavia ormai scaduto, e quindi senza più disporre di un titolo efficace sul piano dell'evidenza pubblica, è suscettibile appunto di essere considerato come un interesse non protetto dall'ordinamento.

La relativa domanda giudiziale si risolve, infatti, nella richiesta di tutela di un interesse non conforme a diritto, mirando a perpetuare una posizione contrattuale e una situazione di fatto non più aderenti alle regole dell'evidenza pubblica e ai principi comunitari di settore (cfr. le sentenze della Sezione 11 luglio 2014, n. 3563, e 27 dicembre 2013, n. 6256).

La TRADECO non poteva vantare, in particolare, alcuna pretesa giuridicamente protetta a continuare a beneficiare delle più favorevoli

condizioni economiche previste dal contratto in scadenza al 17 febbraio 2012 per il periodo posteriore a tale data (anche perché, come ha bene osservato il T.A.R., la previsione contrattuale della possibilità di una continuazione della gestione del servizio alle condizioni pattuite per un periodo massimo di ulteriori sei mesi integrava una clausola posta a favore della sola Amministrazione concedente, la quale si era già determinata nel senso di non avvalersene).

Da ciò deriva la non tutelabilità dell'interesse perseguito dalla TRADECO alla conservazione dei "*pregressi margini di utile*" al di là dell'esistenza in vita del contratto che tali margini aveva accordato.

10b3 Né vale addurre, infine, che, poiché il ricorso di prime cure era stato proposto prima della domanda di partecipazione alla procedura negoziata, che ne sarebbe seguita solo pochi giorni dopo, una declaratoria di inammissibilità *ab initio* del motivo non sarebbe stata tecnicamente giustificata. Le condivisibili considerazioni del T.A.R. giustificerebbero, infatti, una declaratoria, se non di inammissibilità, di improcedibilità, con pari effetti per le sorti della pretesa dedotta dalla società, che non potrebbe comunque accedere ad uno scrutinio nel merito. Da qui la carenza di interesse alla base di quest'ultimo rilievo.

10c La TRADECO con i suoi motivi aggiunti d'appello lamenta, inoltre, che il T.A.R. abbia "*ritagliato*" i motivi di ricorso accorpendoli "*in categorie non omogenee connotate da confusione*".

In difetto di più puntuali critiche, però, questa considerazione non contiene specifiche censure di legittimità. Inoltre, va considerato come l'applicazione della tecnica dell'accorpamento dei motivi, in una controversia in cui il *thema decidendum* originario era stato integrato da ben sei successivi atti di motivi aggiunti, rispondeva ad un'esigenza difficilmente contestabile, anche in relazione alla regola della sinteticità degli atti dettata dagli artt. 3 e 120 CPA.

10d Non vi è alcuna possibilità di vaglio, infine, per le censure cui la TRADECO fa un riferimento solo generico nella pagina 8, paragr. 3, del proprio atto di motivi aggiunti d'appello.

Tali censure sono state difatti richiamate in modo vago e anche dubitativo.

Peraltro, una rituale riproposizione di motivi presupporrebbe, in aderenza al disposto dell'art. 101 cpv. del c.p.a. che di questi fosse mancato l'esame da parte della sentenza di primo grado, presupposto che potrebbe essere accertato, però, almeno di regola, non dinanzi ad una sentenza parziale, ma solo all'esito dell'esame della successiva sentenza definitiva emessa dal medesimo Giudice.

11 Restano da esaminare, a questo punto, le doglianze della TRADECO contenute nel suo originario atto d'appello, censure solo in parte coltivate con i suoi successivi motivi aggiunti e come tali già qui esaminate.

La Sezione a questo riguardo osserva quanto segue.

- il primo motivo dell'appello, vertente sulla dedotta scarsa chiarezza del dispositivo emesso dal T.A.R., è diventato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a seguito della pubblicazione del testo integrale della relativa sentenza parziale;

- il secondo motivo dell'appello ricade, nei vari aspetti in cui è stato declinato, nelle ragioni di inammissibilità che sono state esposte, in precedenza, nei paragrafi 10a e 10b;

- quanto al terzo motivo (pagg. 9-10), del quale vengono in rilievo due profili: nessuna censura specifica è stata ritualmente dedotta dalla TRADECO per confutare il capo della decisione di prime cure che ha giudicato infondato, nell'ambito dell'ordine di censure rubricato sub A), il rilievo ancorato da essa società alla clausola di cui all'art. 4 del contratto di appalto del 2002, essendosi l'appellante limitata, in proposito, ad una mera riproposizione, in quanto tale inammissibile, della propria originaria censura; è rimasto indimostrato, inoltre, l'apodittico assunto di parte che l'atto di indirizzo approvato dal Consiglio comunale con la delibera del 19

gennaio 2012 avrebbe precluso l'indizione di una procedura negoziata prima della programmata, ordinaria selezione di evidenza pubblica, sicché questa critica risulta infondata;

- le censure riguardanti il criterio di scelta del nuovo gestore provvisorio e il metodo di aggiudicazione prescelto di cui alle pagg. 10-12 dell'appello prestano infine il fianco, come le doglianze riprese nelle pagg. 14-15, all'articolata ragione di inammissibilità esposta nel precedente paragr. 10 b, dalla quale sono affetti anche i motivi riportati come quarto e quinto alle pagg. 12-13 dello stesso atto.

12 La Sezione deve scrutinare ora l'appello proposto dal Comune di Altamura avverso la successiva sentenza definitiva emessa dal primo Giudice.

L'appello è imperniato su due motivi.

12a Con il primo, si deduce che a seguito della stipulazione del contratto tra le parti effettuata, nelle more del giudizio, il 5 ottobre 2012, il T.A.R. avrebbe dovuto rilevare *“l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di giurisdizione del giudice amministrativo”*, sussistendo ormai quella del giudice ordinario.

Il motivo nei termini in cui formulato è privo di consistenza.

Esso riceve smentita dagli stessi richiami giurisprudenziali che secondo l'esposizione dell'appellante dovrebbero valere a fondarlo.

La giurisprudenza citata nell'atto di appello (pagg. 5-7), infatti, è univoca nel riconoscere la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla impugnazione degli atti emanati prima dell'aggiudicazione, come pure nella fase tra questa e la stipula del contratto, nel mentre devolve al giudice civile quella riguardante l'esecuzione del rapporto costituito attraverso lo stesso contratto. E se è indubbio che a fungere da spartiacque tra le due giurisdizioni sia la stipula del contratto, ciò non significa certo, però, che il solo fatto che questa sia avvenuta debba portare a ritenere che qualsiasi controversia per ciò stesso rientri nell'ambito della giurisdizione del

giudice civile, occorrendo appunto distinguere, a tal fine, tra i giudizi che per il loro oggetto attengono, come la causa in esame, alla fase preliminare e prodromica al contratto, da un lato, e quelli, invece, che radicano le loro ragioni nella successiva serie negoziale, vertendo sulla definizione dei diritti ed obblighi scaturiti dal contratto, dall'altro.

Il motivo in esame si pone, inoltre, in contrasto con il principio della *perpetuatiojurisdictionis* enunciato dall'art. 5 del cod.proc.civ., per il quale la giurisdizione si determini “*con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza ... i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo*”.

Né vale l'obiezione che nella fattispecie il difetto di giurisdizione ipotizzato sarebbe esistito già *aborigine* (come la difesa comunale ha da ultimo dedotto), in quanto la stipulazione contrattuale da cui il Comune intenderebbe far discendere il venir meno della giurisdizione amministrativa si è verificata solo dopo l'instaurazione del giudizio.

Il primo motivo dell'appello comunale deve quindi essere respinto.

12b Il secondo motivo dello stesso appello verte sul merito di causa.

Con esso si censura il capo della sentenza definitiva recante l'accoglimento parziale del ricorso della TRADECO, deducendosi che la valutazione del T.A.R. si baserebbe su mere valutazioni probabilistiche prive del connotato della certezza, e che il primo Giudice avrebbe dovuto almeno disporre un supplemento di istruttoria.

Soprattutto, però, con questo motivo viene dedotto il profilo critico, logicamente preliminare, che la TRADECO con la sottoscrizione del capitolato integrativo del contratto aveva assunto su di sé il rischio d'impresa inerente al raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata.

Il motivo è fondato con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, che riveste carattere assorbente.

La Sezione rileva introduttivamente che è lecito nutrire dei dubbi sull'esistenza di una incondizionata possibilità di agire in giudizio, per le imprese, a tutela del loro interesse alla remuneratività delle condizioni di appalto di volta in volta stabilite dalla singola Stazione appaltante in sede di *lex specialis*.

E' arduo pensare, infatti, che un'impresa possa per un verso partecipare ad una gara, e nel contempo agire in giudizio lamentando la non remuneratività delle relative clausole contrattuali e del corrispettivo, affinché queste siano scrutinate dal Giudice amministrativo in funzione dell'eventuale introduzione *ex post*, nel rapporto contrattuale nel frattempo instaurato, di un compenso contrattuale più elevato di quello a suo tempo posto dalla *lex specialis* a base del confronto concorrenziale.

Le condizioni di gara non possono essere al tempo stesso volute e disvolte.

Una situazione come quella descritta si presenta, inoltre, difficilmente conciliabile con l'essenza di una procedura di gara, che presuppone un quadro regolamentare definito *ex ante* e uguale per tutti i concorrenti.

Alla luce di quanto appena esposto, si può allora comprendere l'esattezza del rilievo comunale per cui la TRADECO, con la partecipazione al procedimento e comunque con l'addivenire alla stipula di un contratto il cui capitolato speciale, all'art. 6, la responsabilizzava al raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata perseguiti dall'Amministrazione, ha assunto così oggettivamente su di sé il rischio ad essi inerente.

Ciò comporta la palese infondatezza della pretesa, fatta valere dalla società attraverso le sue censure, di ottenere una revisione postuma delle regole di remunerazione della commessa a base della procedura di gara, in funzione della previsione di una maggior retribuzione per l'appalto riflettente il mancato conseguimento dei già esposti obiettivi.

Né vale l'obiezione della TRADECO circa la novità di una simile difesa rispetto a quelle svolte dal Comune in primo grado.

L'argomento di cui si tratta costituisce, infatti, una semplice proiezione, sui contenuti del contratto d'appalto, dell'obiezione difensiva comunale, insistentemente proposta in prime cure, che si richiamava alla dichiarazione che la TRADECO aveva reso sin dalla propria domanda di partecipazione alla procedura negoziata, che già esprimeva, appunto, la sua piena adesione alle regole tutte della *lex specialis*, ivi incluse quelle del capitolato speciale d'appalto.

Non può condurre a conclusioni diverse, infine, il richiamo della TRADECO alla riserva da essa formulata in ordine all'esito dei giudizi impugnatori da essa stessa instaurati.

Una simile riserva poteva valere a scongiurare la possibilità che l'adesione della TRADECO al regolamento di interessi predisposto dall'Amministrazione venisse intesa come una rinuncia tacita al ricorso da tale società precedentemente proposto.

Tale riserva non potrebbe però incidere altrimenti sull'esito dei giudizi stessi, ossia sul loro merito, impedendo al Giudice di ricollegare ad una simile adesione gli effetti sostanziali che ne discendono, e facendo così deviare la risoluzione della controversia dai binari che secondo diritto le sono propri.

Del resto, *protestatio contra factum non valet*: chi manifesta il suo interesse ad avere l'affidamento di un appalto e per di più stipula il relativo contratto non vanta alcuna posizione giuridicamente rilevante che la legittimi a contestare gli atti che hanno determinato il corrispettivo.

13 In conclusione, mentre l'appello del Comune merita accoglimento, quello della TRADECO deve essere respinto, sicché, in riforma delle statuizioni del TAR, le censure di primo grado vanno complessivamente respinte.

Le spese processuali dei due gradi sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riuniti gli appelli in epigrafe, definitivamente pronunciando su di essi così dispone: respinge l'appello proposto dalla società Tradeco; accoglie l'appello proposto dal Comune di Altamura, e per l'effetto, in riforma della sentenza in epigrafe n. 915/2013, respinge il ricorso di primo grado nella parte in cui dal primo Giudice era stato accolto. Condanna la società Tradeco al rimborso al Comune di Altamura delle spese processuali del doppio grado di giudizio, che si liquidano nella complessiva misura di euro diecimila, oltre gli accessori di legge. Dispone che la società restituisca all'Amministrazione comunale il contributo unificato effettivamente versato. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2015

IL SEGRETARIO

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

