

**00943/2014REG.PROV.COLL.**

**N. 04579/2013 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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4579 del 2013, proposto da:

Team Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

***contro***

Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

***nei confronti di***

Zanetti Arturo e C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZIONE STACCATA DI BRESCIA, SEZIONE II, n. 214/2013, resa tra le parti, concernente proroga servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali sanitari pericolosi e non pericolosi – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e udito per la parte appellante l'avvocato Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. - Con delibera n. 351 del 31.3.2010, l'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate indiceva gara per l'affidamento del servizio quinquennale di trasporto e smaltimento rifiuti sanitari per un importo complessivo di euro 2.000.000,00.

La gara veniva aggiudicata all'impresa Zanetti e la Team Ambiente si classificava al secondo posto.

2. - A seguito di ricorso proposto da quest'ultima, l'aggiudicazione veniva annullata con sentenza n. 583 del 20.4.2011, confermata in appello con sentenza del C.d.S. n. 6380 del 2.12.2011.

Tuttavia, anziché procedere all'aggiudicazione in favore di Team Ambiente, l'unica rimasta in gara, l'Azienda prorogava il contratto in essere con l'impresa Zanetti per ben quattro volte, nelle more della verifica circa la convenienza di contratti già stipulati da altra Azienda sanitaria e contenenti la

c.d. clausola di estensione; quindi, valutava la convenienza di rinegoziare il rapporto contrattuale che avrebbe dovuto instaurare con Team Ambiente.

Era stata, in precedenza, individuata la soluzione contrattuale confacente cui aderire (contratto stipulato dagli Istituti Ospedalieri di Cremona).

La lettera di adesione del 28.7.2011 veniva impugnata da Team Ambiente e il relativo ricorso definito con sentenza n. 1727 del 23.10.2012, dichiarativa della carenza di interesse per sopravvenuta adozione della delibera n. 72 del 31.1.2012, impugnata nella causa in esame.

3. - Il servizio veniva ulteriormente prorogato in favore della ditta Zanetti (la settima proroga è del 31.1.2012), mentre l'Azienda chiedeva chiarimenti sulla esecuzione della sentenza n. 583/2011 al TAR, che con sentenza del 20.1.2012 n. 92 ribadiva "il già inequivocabile significato della sentenza di primo grado, con la quale si era inteso accogliere la domanda caducatoria e, quindi, disporre l'annullamento dell'impugnata aggiudicazione a favore della controinteressata e respingere la domanda volta ad ottenere il risarcimento in forma specifica mediante il riconoscimento del diritto all'aggiudicazione, ritenendo preclusa al giudice tale possibilità".

4. - Con la delibera n. 72 del 31 gennaio 2012, l'Amministrazione disponeva l'ottava proroga in favore di Zanetti, decideva di non aderire al contratto stipulato dall'Azienda di Cremona (stante la pendenza del ricorso) e di non affidare a Team Ambiente il servizio, per l'impossibilità giuridica di ammettere offerte migliorative dopo la conclusione della gara ed in considerazione dell'esistenza di proposte più convenienti sul mercato, preannunciando una nuova gara.

5. - Proponeva ricorso Team Ambiente, denunciando l'illegittimità delle proroghe, l'elusione del giudicato, l'illegittimità della mancata aggiudicazione in proprio favore, nonché la carenza di istruttoria ed il travisamento dei fatti per la mancata accettazione della proposta migliorativa formulata, la contraddittorietà e irragionevolezza del comportamento dell'Azienda, che ha portato ad un maggior esborso; chiedeva, quindi, il risarcimento dei danni a vario titolo.

Con due atti per motivi aggiunti censurava l'indizione della nuova gara, e altresì, per illegittimità derivata, la determinazione dell'Azienda n. 863 del 23.11.2012 di aggiudicazione della nuova gara alla Zanetti, ad un prezzo superiore a quello proposto da Team Ambiente nel 2010.

6. - Con la sentenza appellata il ricorso introduttivo veniva accolto limitatamente all'illegittimità dell'ultima proroga, mentre si confermava il divieto di rinegoziazione delle offerte economiche, sottolineando il risparmio effettivo di spesa che l'Azienda ha conseguito nell'arco temporale delle proroghe (come emerge dalle fatture emesse nel periodo che evidenziano un risparmio di euro 66.790,17 rispetto al prezzo praticato da Team Ambiente).

Venivano rigettati i motivi aggiunti e la domanda risarcitoria.

7. - Con l'appello in esame, Team Ambiente censura la sentenza per errores in iudicando e ripropone i motivi disattesi.

8. - All'udienza del 21 novembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. - L'appello è fondato.

1.1. – Va premesso che legittimamente il primo giudice ha ritenuto che dal giudicato formatosi sulla sentenza del TAR Lombardia, Sezione di Brescia n. 583 del 2011 non discendesse l'obbligo per l'Azienda di aggiudicare la gara a Team Ambiente, avendo la sentenza espressamente escluso tale obbligo, attesa la riserva di cui all'art. 2 del capitolato speciale di gara che consentiva alla stazione appaltante di non procedere all'attuazione della procedura di gara e di privilegiare la scelta di aderire a contratti aggiudicati da altra Azienda sanitaria o di addivenire ad altra soluzione più vantaggiosa.

1.2. - Fondato è il motivo col quale Team Ambiente lamenta che illegittimamente l'Azienda ha deciso di non aggiudicarle la gara sul presupposto erroneo della non praticabilità sotto il profilo giuridico dell'offerta "migliorativa" proposta da Team.

Invero, su invito della stazione appaltante, successivamente all'esclusione dalla gara di Zanetti per effetto della citata sentenza n. 583 del 20.4.2011, Team Ambiente sottoponeva all'Azienda, con nota del 21 giugno 2011, una offerta con miglioria pari all' 8% rispetto a talune tipologie di rifiuti (confrontati i prezzi offerti con quelli praticati presso l'Azienda ospedaliera di Treviglio).

Con l'impugnata delibera n. 72/2012, l'Azienda, richiamando genericamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato che nega la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio sia prima che dopo l'aggiudicazione, ha ritenuto, in ogni caso, non conveniente l'offerta dell'appellante, tenuto conto della possibilità "di ottenere sul mercato il medesimo servizio a condizioni decisamente più vantaggiose rispetto a quelle offerte in gara da Team Ambiente".

Il Giudice di primo grado, richiamando una recente sentenza del TAR Lazio, Sez. III - quater, n. 6868 del 24/7/2012, ha escluso la rinegoziabilità dell'offerta con scarna motivazione, ritenendo sostanzialmente che il divieto di rinegoziazione delle offerte non può essere messo in discussione con considerazioni che si diffondano sulla misura ridotta dello sconto praticato posteriormente allo svolgimento della selezione.

L'appellante invoca, invece, un diverso indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato, più risalente, (Cfr. C.d.S., Sez. VI, 23 aprile 2007, n. 1827; V, 23.8.2004, n. 5583; VI, 14.5.2002, n. 60004), che il Collegio condivide, secondo cui la stazione appaltante può concordare con l'aggiudicatario uno sconto maggiore rispetto a quello offerto in gara, senza che ciò costituisca una nuova aggiudicazione o una distorsione della concorrenza, a condizione che l'adeguamento sia minimo e, pertanto, non sfoci in un "nuovo appalto".

Tali presupposti risultano rispettati nella fattispecie; trattandosi di minimo sconto non risultano modificate le condizioni essenziali dell'appalto e, pertanto, nessun ostacolo dal punto di vista giuridico sussisteva alla valutazione di convenienza dell'offerta "migliorata" di Team Ambiente, a seguito dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione alla Società Zanetti.

Una volta effettuata la comparazione tra i partecipanti alla gara ed individuata l'offerta migliore, non vi sono ragioni logico-giuridiche che impediscano all'amministrazione di avviare un'ulteriore trattativa con il vincitore che ha presentato l'offerta migliore al fine di ottenere un risultato ancora più conveniente; tale non è neppure la tutela della par condicio (Cons. St., V 23 agosto 2004, n. 5583; Consiglio di Stato, sez. VI, 23/04/2007, n.1827).

Poiché il ragionamento svolto nel provvedimento prende le mosse dall'impossibilità giuridica di concludere il contratto avente ad oggetto l'offerta migliorata, se ne desume l'illegittimità nella parte in cui ritiene di non accedere all'offerta dell'appellante solo in funzione di tale errato presupposto.

Va aggiunto che il comportamento dell'Azienda sanitaria appare del tutto contraddittorio e incoerente: per un verso, è la stessa Azienda ad avviare le trattative, creando il legittimo affidamento nell'esperibilità della soluzione migliorativa; per altro verso, solo pochi mesi dopo, cambia avviso sulla utilizzabilità dal punto di vista giuridico e astratto della rinegoziazione del prezzo.

Ben avrebbe potuto, invece, l'Azienda prudentemente verificare la praticabilità giuridica della soluzione prima di avviare le trattative.

Pertanto, è illegittima la delibera impugnata in parte qua, con conseguente obbligo per l'Amministrazione di rinnovare gli atti del procedimento a partire dalla valutazione di convenienza dell'offerta "migliorata" di Team Ambiente.

1.3. - Rimane così acclarato anche l'elemento soggettivo della colpa che, unitamente al danno per la mancata conclusione delle trattative avviate con la valutazione in concreto della convenienza dell'offerta migliorata, induce il Collegio a ritenere sussistente la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per avere ingenerato nella controparte affidamento nella utilità delle trattative, in violazione del principio costituzionale di buon andamento e dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c. (giurisprudenza costante, Consiglio di Stato, sez. V,

15 luglio 2013 n. 3831; sez. IV, 14/01/2013, n. 156; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008 nn. 1666 e 1667; sez. IV, 7 luglio 2008 n. 3380).

Il danno va risarcito nei limiti del c.d. “interesse negativo”, consistente innanzi tutto nelle spese inutilmente sostenute e, inoltre, nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali, cioè di ulteriori possibilità vantaggiose sfuggite al contraente a causa della trattativa inutilmente intercorsa.

1.4. - Non può, invece, riconoscersi il diritto al risarcimento in forma specifica, come richiesto dall'appellante.

L'interesse della ricorrente a conseguire l'affidamento dell'appalto non può prescindere, difatti, dall'esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà, prevista dall'art. 2 del capitolato speciale, con cui l'Amministrazione si è riservata, a suo insindacabile giudizio, di non procedere all'attuazione della procedura di gara, per la scelta di aderire al Consorzio delle Aziende Sanitarie della Regione Lombardia o per l'adesione a contratti stipulati da altra Azienda sanitaria o a procedure telematiche o per altri motivi, purché più vantaggiosi dal punto di vista economico.

1.5. -Va accolta la domanda di risarcimento del danno da ritardo.

Il giudice di primo grado ha ritenuto di non riconoscere tale voce di danno per mancanza dell'imputabilità del mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento.

Invece, secondo l'appellante, tale danno è risarcibile per il fatto che il provvedimento di non aggiudicazione è intervenuto dopo un anno dall'avvio del procedimento e ciò è dipeso unicamente dalla stazione appaltante.

Sul punto il Collegio rileva che effettivamente dal momento in cui la sentenza n. 583 del 20 aprile 2011 del TAR Lombardia - Brescia ha dichiarato l'esclusione da gara della Zanetti e il momento in cui l'amministrazione ha ritenuto di non avvalersi della gara, provvedendo poi con la delibera n. 72 del 31 gennaio 2012 alla non aggiudicazione, è decorso un lasso di tempo giustificato solo in parte

dalla ricerca di una soluzione più economica, in esercizio della riserva di cui all'art. 2 del capitolato speciale.

Pur non essendovi nel caso di specie un termine fissato per la conclusione del procedimento, tuttavia il tempo intercorso dalla formulazione dell'offerta migliorata sino alla delibera di non aggiudicazione (circa sette mesi) sembra poco ragionevole ed eccessivo.

In applicazione dell'art. 28, comma 1, della Legge 9 agosto 2013, n. 98, l'indennizzo per il mero ritardo (pari ad una somma di 30 euro per ogni giorno di ritardo) comunque complessivamente non può essere superiore a 2.000 euro.

1.6 - L'accoglimento dell'appello, nei sensi sopra specificati, non comporta l'automatico travolgimento della 2° gara per l'affidamento del servizio, che si è svolta sul presupposto della non negoziabilità dell'offerta migliorata e sulla considerazione della necessità di contenere la spesa pubblica, in esercizio della facoltà di cui all'art. 2 del capitolato speciale.

Difatti, finché non verrà formulato il giudizio cieca l'adeguatezza o meno dell'offerta economica migliorata, non essendo individuabile in Team Ambiente il soggetto avente titolo alla stipula del contratto, non può non riconoscersi come legittimo l'esercizio della discrezionalità dell'azienda nella ricerca della soluzione economicamente più conveniente, e quindi anche la legittimità di indizione di nuova gara.

1.7 - L'aggiudicazione, in esito a detta gara, impugnata con motivi aggiunti, è esente dai vizi denunciati.

In primis, non è ammissibile la censura con cui si chiede al Collegio un giudizio di irragionevolezza della nuova gara, per l'aumento del prezzo a base d'asta operato rispetto alla precedente gara del 2010, a fronte di un quantitativo di rifiuti da smaltire pressoché dimezzato, in quanto l'importo viceversa avrebbe dovuto essere diminuito.



L'operazione avrebbe portato a ritenere non conveniente l'originaria offerta di Team Ambiente di euro 1.830.972,50, per poi ritenere conveniente la nuova offerta di Zanetti di euro 1.903.932,50 euro.

La censura è generica: le due gare e le due offerte non sono confrontabili, perché le gare sono state bandite in tempi diversi e le offerte hanno diversi oggetti, come ammette la stessa appellante, la quale avrebbe dovuto indicare partitamente il costo di smaltimento dei singoli rifiuti, distinti per categoria, praticato da ciascuna impresa.

1.8. - Inoltre, secondo l'appellante erroneamente non sarebbe stata ritenuta fondata dal primo giudice la censura svolta col nono motivo di appello, secondo cui violerebbe la par condicio tra i concorrenti la scelta dell'Amministrazione di richiedere che il servizio venga svolto a mezzo di contenitori monouso, escludendo la possibilità di presentare contenitori "riutilizzabili", ritenuti però equivalenti dal legislatore.

Il Collegio osserva che l'art. 8 del D.P.R. n. 254 del 2003, per quanto riguarda l'imballaggio rigido esterno dei rifiuti sanitari pericolosi, consente entrambe le soluzioni e lascia arbitra l'amministrazione di scegliere; pertanto, nessuna violazione della concorrenza può rinvenirsi nella scelta pienamente consentita dalla norma.

2. - In conclusione, l'appello va accolto, nei sensi di cui in motivazione.

3. - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in euro 2.000,00, oltre iva e cpa, a carico dell'Azienda intimata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Condanna l'Amministrazione al risarcimento dei danni in favore dell'appellante, nei limiti e sensi di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione alle spese di giudizio che liquida in euro 2.000, oltre iva e cpa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2014

IL SEGRETARIO

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

