

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 02829/2010 REG. DEC.
N. 05394/2009 REG. RIC.

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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5394 del 2009, proposto da:
Solidarieta' Provagliese Cooperativa Sociale Onlus, Soleco - Societa' Cooperativa Sociale
Onlus rappresentate e difese dagli avv. Franco Dalla Mura, Nicolo' Paoletti, con domicilio
eletto presso l'avv.Nicolo' Paoletti in Roma, via B. Tortolini, 34;

contro

Aprica Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Pafundi, Vito Salvadori, Alberto
Salvadori, con domicilio eletto presso l'avv.Gabriele Pafundi in Roma, V. Giulio Cesare, 14
Sc A/4;

nei confronti di

Comune di Corte Franca, rappresentato e difeso dagli avv. Fiorenzo Bertuzzi, Giuseppe
Ramadori, Silvano Venturi, con domicilio eletto presso l'avv.Giuseppe Ramadori in Roma,
via Prestinari, 13; Cooperativa Sociale il Sandalo;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE I n.
00719/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI IGIENE
URBANA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aprica Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Corte Franca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2010 il cons. Francesca Quadri e uditi per
le parti gli avvocati Dalla Mura, Pafundi, Sina, su delega dell'avv. Bertuzzi, e Buccellato, su
delega dell' avv. Ramadori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La Solidarietà Provagliese Cooperativa sociale Onlus e la SOLECO società cooperativa
sociale Onlus propongono appello avverso la sentenza del TAR Lombardia – Sez. di Brescia
in epigrafe indicata con cui , in accoglimento del ricorso della società Aprica s.p.a., sono state
annullate le delibere della Giunta Comunale del Comune di Corte Franca in data 27.1.2009 n.
19, con cui veniva affidato senza gara, ai sensi dell'art. 5 L. 8.11.1991, n. 381, il servizio di
igiene urbana alle due cooperative Solidarietà Provagliese e Il sandalo Cooperativa sociale, e
in data 10.2.2009 n. 28 , con cui si provvedeva alla sostituzione della seconda cooperativa, a
causa di rinuncia, con la Cooperativa Sol.Eco.

Il Tar ha accolto il ricorso, rilevando che la deroga alle garanzie della gara pubblica prevista
dall'art. 5 L. 8.11.1991, n. 381 – che attribuisce agli enti pubblici la possibilità di stipulare
convenzioni, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti, con cooperative che

svolgono attività di promozione umana ed integrazione dei cittadini, per la “fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi”- opererebbe nel solo caso in cui l’ente pubblico debba acquistare beni e servizi in proprio favore e non anche affidare a soggetti diversi lo svolgimento di servizi destinati ai terzi. Inoltre , sarebbe stato operato un artificioso frazionamento del servizio al fine di poter accedere all’affidamento a trattativa diretta, non avendo l’amministrazione dimostrato la funzionalità e la rispondenza al pubblico interesse della suddivisione del servizio. Ha ritenuto pertanto illegittimo l’affidamento per falsa applicazione dell’art. 5 L. n. 381/1991, violazione dell’art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e violazione del principio della libera concorrenza.

L’appello è affidato ai seguenti motivi:

- avrebbe errato il Tar nel considerare la deroga di cui all’art. 5 L. n. 381/1991 non applicabile nel caso di appalto di servizi destinati non all’ente pubblico , ma alla collettività;
- erroneo sarebbe altresì il giudizio di artificioso frazionamento del servizio, formulato prendendo a riferimento l’unico servizio precedentemente appaltato all’ATI ASM Brescia s.p.a. – Aprica S.P.A., avendo esso subito radicali modifiche tali da determinare due “gruppi” di servizi distinti.

Ha altresì provveduto a controdedurre ai motivi di ricorso in primo grado non esaminati perché giudicati assorbiti (violazione dell’art. 117 della Costituzione e della L.R. della Lombardia n. 26/2003; incompetenza della Giunta comunale e violazione degli artt 42 e 48 D.Lgs. n. 267/2000).

Si è costituita in giudizio la controinteressata , sostenendo in via preliminare l’improcedibilità dell’appello a causa dell’avvenuta pubblicazione in data 23 giugno 2009 della procedura aperta per l’assegnazione dei servizi di igiene urbana del Comune di Corte Franca. Nel merito, ha controdedotto all’appello, riproponendo altresì i motivi giudicati assorbiti dal primo giudice.

Si è costituito altresì il Comune di Corte Franca sostenendo le ragioni delle appellanti.

Con ordinanza n. 3981/2009 in data 30.7.2009, è stata respinta l’istanza di sospensione dell’esecuzione della sentenza di primo grado.

In prossimità dell’udienza di discussione, le parti hanno depositato memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie difese.

All’udienza del 9 febbraio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, occorre esaminare l’eccezione di inammissibilità/improcedibilità dell’appello sollevata dalla appellata alla luce della sopravvenuta indizione della procedura aperta per l’affidamento dell’appalto per i servizi di igiene urbana nel territorio del Comune di Corte Franca.

Secondo il Collegio, la decisione del Comune di bandire la gara, in esecuzione della sentenza di primo grado, non priva l’appellante dell’interesse ad ottenere una decisione sul proprio gravame, trattandosi di atto destinato a venire meno in virtù del c.d. effetto espansivo esterno , in caso di riforma della sentenza, ai sensi dell’art. 336 c.p.c. (Cons.St. 6.4.2006, n. 1791).

2. Nel merito, con il primo motivo le appellanti lamentano una erronea interpretazione da parte del Tar dell’art. 5 della legge 8.11.1991, n. 381, recante disciplina delle cooperative sociali, ritenuto inapplicabile alla fattispecie di affidamento di servizi in favore della collettività, quale quello di igiene urbana.

3. Il motivo è infondato e deve essere respinto.

L’affidamento diretto dei servizi, rispettivamente, di raccolta differenziata dei rifiuti destinati al recupero e trasporto all’isola ecologica e di raccolta di rifiuti indifferenziati destinati allo smaltimento ed il trasporto presso i centri di raccolta autorizzati in favore delle due cooperative sociali aventi i requisiti di cui alla L. n. 381/1991, avvenuto in esecuzione della

deliberazione di giunta comunale 27.1.2009 n. 19, non può essere ricondotto alla previsione di cui all'art. 5 , comma 1 della L. 381 cit. sull'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate.

Invero, come correttamente ritenuto dal Tar, la richiamata disposizione , nel riferirsi alla “fornitura di beni e servizi”, offre agli enti pubblici e alle società di capitali a partecipazione pubblica la possibilità di stipulare, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, con le cooperative che svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, convenzioni aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi e di importo inferiore a quello preso in considerazione dalle direttive comunitarie in materia di appalti – in favore dell'amministrazione richiedente e non già l'affidamento di servizi pubblici locali.

Non vi è dubbio che i servizi di igiene urbana attinenti la raccolta ed il trasporto di rifiuti rientrino nella qualificazione dell'art. 112 T.U.E.L., ai sensi del quale “gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” e che ai sensi dell'art. 198 D.Lgs. 3.4.2006, n. 152 spettano ai Comuni la gestione dei rifiuti urbani, compresa la disciplina delle modalità del servizio di raccolta e di trasporto .

Sia , quindi, sul piano soggettivo, quale riconduzione diretta alla competenza del Comune, sia sul piano oggettivo, dell'assoggettamento dell'attività sussumibile come servizio pubblico alla disciplina settoriale che assicura costantemente il conseguimento di fini sociali per l'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti di cui si controverte deve essere ricompreso nella delineata definizione di servizio pubblico (Cons. St. Sez. V, 12.10.2004, n. 6574; 13.12.2006, n. 7369;). Ciò che connota in modo decisivo la natura di servizio pubblico non è , quindi, “il conferimento della titolarità del servizio”, che parte ricorrente esclude sia avvenuto in favore delle cooperative, bensì il conseguimento di fini sociali a favore della collettività dell'attività svolta.

I tratti descritti caratterizzano il servizio pubblico rispetto alla fornitura di servizi , diretta a soddisfare esigenze dell'amministrazione pubblica, presa in considerazione dall'art. 5 , c. 1 L.381/91 , che l'amministrazione ha facoltà di procurarsi, tramite convenzione diretta, in deroga alle norme in materia di contratti della pubblica amministrazione, da parte di cooperative sociali allo scopo di creare opportunità di lavoro per persone svantaggiate (cfr. in senso conforme ord. Cons. St. Sez. VI, 30.7.2004, n.3729).

Peraltro, la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata anche dal Comune (Cons. St. , Sez. V, n. 4580/2001; n.794/03) riguarda il diverso profilo della riserva in favore di cooperative sociali della partecipazione a gare per l'affidamento di appalti per la fornitura di servizi, evidentemente diverso da quello, di cui si discute nella presente controversia, della legittimità dell'affidamento diretto del servizio.

4. Non assume inoltre rilievo, ai fini qui considerati, la salvezza operata dall'art. 52 D.Lgs. n.163/2006 delle norme vigenti in materia di cooperative sociali, la cui operatività – come è evidente – resta limitata al campo originariamente regolato e fatto salvo dalla normativa sopravvenuta.

Per il resto, l'art. 52 , di recepimento dell'art. 19 della Direttiva 2004/18 , appresta strumenti di tutela a particolari istanze sociali, autorizzando , nell'ambito delle procedure di selezione per l'aggiudicazione di taluni appalti, una riserva nella partecipazione a particolari categorie meritevoli di protezione sociale, senza tuttavia escludere in radice l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica.

5. Alla luce di tali considerazioni, resta assorbito il motivo attinente alla erroneità della sentenza per essere stato, inoltre, giudicato illegittimo il frazionamento dell'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani in due servizi, ciascuno di importo inferiore alla soglia comunitaria.

6. L'appello va quindi respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare le spese di 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 nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2010