



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1272 del 2010, proposto da:
Bi.Co. Due Srl, rappresentata e difesa dall'avv.to Davide Santoro,
con domicilio ex lege presso la Segreteria della Sezione in Brescia,
Via Carlo Zima n. 3;

contro

Comune di Orzivecchi, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Cogeme Gestioni Srl, rappresentata e difesa dall'avv.to Francesco
Ferrari, con domicilio ex lege presso la Segreteria della Sezione in
Brescia, Via Carlo Zima n. 3;

per l'annullamento

- DELL'INVITO RIVOLTO ALLA CONTROINTERESSATA A
PARTECIPARE ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL

SERVIZIO DI IGIENE AMBIENTALE;

- DELL'AMMISSIONE ALLA GARA DELLA CONTROINTERESSATA E DELL'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA, DISPOSTE CON VERBALE DEL 15/9/2010;
- DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cogeme Gestioni Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2011 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Dopo una gara pubblica andata deserta, la ricorrente partecipava alla procedura negoziata per l'affidamento triennale del servizio di igiene ambientale, con importo a base d'asta di 150.000 € annui.

Al termine del confronto comparativo la Commissione aggiudicava provvisoriamente il servizio alla controinteressata, in ragione dello sconto del 27,59%, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto con il 14,53%.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in

epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione dell'art. 23-bis comma 9 del D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008 e dei principi di libera concorrenza, poiché la controinteressata – Società che gestisce in virtù di affidamento diretto servizi pubblici locali in numerosi Comuni – non poteva essere ammessa alla trattativa, non configurandosi la “prima gara” per l'apertura al mercato dell'attività in questione;

b) Violazione dell'art. 86 comma 3 del D. Lgs. 163/2006, difetto di istruttoria, poiché l'amministrazione doveva attivare la verifica di anomalia a fronte di una percentuale di sconto eccessiva, pari al doppio di quella praticata dalla ricorrente.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 845, adottata nella Camera di consiglio del 25/11/2010, questo Tribunale ha motivatamente accolto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 24/2/2011 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il gravame è fondato e deve essere accolto, per le ragioni di seguito precisate.

1. Con il primo motivo parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 23-bis comma 9 del D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008 e dei principi di libera concorrenza, poiché la controinteressata – Società

che gestisce in virtù di affidamento diretto servizi pubblici locali in numerosi Comuni – non poteva essere ammessa alla trattativa, non configurandosi la “prima gara” per l’apertura al mercato dell’attività in questione. Sostiene Bi.Co. Due che non può essere utilmente invocata da parte della controinteressata la novella legislativa del 2009 – la quale permette di partecipare alle prime gare attivate dai Comuni che si affacciano per la prima volta alla concorrenza – poiché il Comune di Orzivecchi aveva già indetto una selezione pubblica nel 2003, conclusa con l’aggiudicazione alla ricorrente (cfr. bando doc. 7).

La censura è fondata.

Il thema decidendum verte sulla portata della locuzione “prime gare” per l’aggiudicazione del servizio di cui all’art. 23-bis comma 9 del D.L. 112/2008.

1.1 La controinteressata sostiene che la novella del 2009 consente alle imprese di partecipare alla prima gara svolta da ciascun Comune, dopo la scadenza del precedente affidamento, pure nel caso in cui le stesse risultino ancora beneficiarie di affidamenti diretti da parte di altri Enti locali.

L’art. 23-bis del D.L. 25/6/2008 n. 112 conv. in L. 6/8/2008 n. 133, come modificato dal D.L. 25/9/2009 n. 135 conv. in L. 20/11/2009 n. 166, dispone al comma 9 che “Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell’Unione europea, che, in Italia o

all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare". Nella parte finale la disposizione puntualizza che "I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti".

1.2 La finalità della norma è in via generale quella di limitare il vantaggio competitivo di dette Società che godono dell'accesso privilegiato al mercato della pubblica amministrazione (cfr. sentenza T.A.R. Brescia 26/11/2008 n. 1689): esse – fruendo dei vantaggi inerenti alla stretta contiguità con gli Enti pubblici che affidano i servizi – parteciperebbero alle gare sfruttando posizioni acquisite senza un preventivo confronto concorrenziale (sentenza T.A.R. Brescia 20/6/2008 n. 729). Questo Tribunale ha anche sottolineato

(pronuncia 22/6/2009 n. 1248) che l'art. 113 comma 6 inibisce l'ammissione alle selezioni (per l'affidamento di servizi pubblici) a quelle imprese che gestiscono, a qualunque titolo, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto e che la preclusione si applica anche alle Società che gestiscono servizi per effetto di rinnovi di contratti scaduti.

L'effetto inibitorio colpisce le imprese per le quali la quota di mercato detenuta non è stata il frutto di una sana conquista, ottenuta all'esito di una competizione paritaria con gli altri operatori economici: l'acquisizione di una o più commesse è in buona sostanza avvenuta in maniera anomala, senza sottoporsi al meccanismo selettivo capace di individuare l'offerta oggettivamente migliore, e l'evidente ratio della norma è quella di limitare il vantaggio conseguito da tali Società a danno di altri operatori privati, che viceversa hanno accettato le regole della gara pubblica e non beneficiano di affidamenti diretti.

Se la prospettiva delineata dal legislatore è chiara, ogni deroga eventualmente introdotta soggiace ad interpretazione letterale e restrittiva, attenuando la portata di un principio generale di rango comunitario (sentenza Sezione 28/8/2009 n. 1577, confermata in appello dal Consiglio di Stato, sez. V – 9/11/2010 n. 7964).

1.3 L'inciso riferito alla prima gara cui è legittimato a partecipare anche l'affidatario diretto – nel testo riformulato nel 2009 – ha lo scopo di abilitare il gestore uscente a partecipare alle procedure

selettive espletate dalle stazioni appaltanti (su tutto il territorio nazionale) per l'affidamento del medesimo servizio mediante il ricorso al mercato, superando l'ostacolo derivante dal fatto che in quel momento l'impresa che intende concorrere risulta essere ancora affidataria diretta (sentenza Sezione 17/12/2010 n. 4860).

Se è pacifico che Cogeme è destinataria di affidamenti diretti da parte di una pluralità di Enti locali, è altrettanto evidente che nel caso esaminato non si tratta di "prima gara", la quale è stata indetta nel 2003 ed aggiudicata alla ricorrente. Con tale previsione infatti si intende riservare ai soggetti beneficiari di vantaggi indiretti – i quali hanno comunque intrapreso investimenti per creare e mantenere la struttura societaria – una via di transito verso il mercato (T.A.R. Piemonte, sez. I – 26/11/2010 n. 4214) concedendo loro l'opportunità di prendere parte alle procedure selettive che imprimono la svolta concorrenziale, ossia che assoggettano per la prima volta l'individuazione del gestore alle dinamiche competitive. Detto regime di "franchigia" è tuttavia circoscritto a quel preciso momento di apertura al confronto comparativo, poiché in seguito quelle Società – ove intendano accettare le sfide concorrenziali – debbono perdere i privilegi di cui godono per eliminare l'obiettivo disparità con gli altri operatori economici che sono privi di affidamenti diretti.

Il Comune di Orzivecchi ha espletato la "prima gara" nel 2003 e dunque non può essere invocata la deroga introdotta all'art. 23-bis

comma 9.

1.4 La controinteressata sostiene che nella fattispecie l'affidamento non è avvenuto in esito ad una gara (che era andata deserta) ma è il risultato di una procedura negoziata, che deroga e prescinde dalle regole formali che governano la materia dei contratti pubblici ed è caratterizzata dall'assoluta assenza di qualsiasi procedimentalizzazione, salva l'osservanza dei principi generali di cui all'art. 57 del Codice dei contratti. Di conseguenza non sarebbe applicabile l'art. 23-bis comma 9.

Detto ordine di idee non merita condivisione.

1.5 La previsione di cui all'art. 23-bis preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, che si condensano nei principi comunitari di tutela della concorrenza, e, segnatamente, nei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI – 16/2/2010 n. 850, che ha equiparato l'affidamento senza una procedura competitiva ad un regime di proroga che non trovi fondamento nel diritto comunitario).

La partecipazione alle “prime gare” trae fondamento da una statuizione derogatoria la quale, come già sottolineato al precedente punto 1.2, soggiace ad interpretazione letterale e restrittiva. Ciò

significa che non può applicarsi oltre al caso da essa contemplato, per cui deve trattarsi della “prima” selezione pubblica (nel senso già diffusamente illustrato al punto 1.3) e di una “gara” in senso proprio, connotata da un confronto comparativo nell’ambito di un procedimento governato da prescrizioni minuziose e tassative. La procedura negoziata esula senz’altro dalla definizione legislativa che tipicizza la deroga, ma detto argomento non depone a favore di un’ulteriore estensione di quest’ultima, ma al contrario ne impedisce l’applicazione. Del resto l’occasione di prendere parte alla selezione con la quale il Comune di Orzivecchi ha consegnato il servizio al mercato è stata già garantita nel 2003, mentre dell’ulteriore successiva opportunità (gara del 2010) Cogeme non ha ritenuto di avvalersi, rispondendo soltanto all’invito a partecipare alla trattativa privata.

1.6 L’art. 23-bis del resto delinea una fattispecie ostativa ampia per i beneficiari di affidamenti diretti, in quanto impedisce di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, sia direttamente sia partecipando a gare. Le regole peculiari della trattativa privata, se allontanano quest’ultima dallo schema tipico della gara pubblica, l’avvicinano comunque al modello dell’affidamento diretto, in ogni caso precluso dalla norma. In altri termini, al di là dell’ipotesi eccezionale già esaminata (la prima gara), ogni altro tipo di conferimento è vietato e dunque anche quello che scaturisce all’esito di una procedura negoziata.

1.7 Le considerazioni sviluppate avvalorano la manifesta

infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23-bis comma 9 per contrasto con gli artt. 3, 10 e 41 della Costituzione, per cui l'ingiustificata disparità di trattamento tra imprese lederebbe il principio di libera iniziativa economica. La disposizione preclusiva persegue l'obiettivo di riequilibrare le posizioni delle imprese avvantaggiate dagli affidamenti diretti, le quali subiscono una compressione nella propria libertà di iniziativa economica che compensa il privilegio ottenuto (fino a quando lo stesso si perpetua). Pertanto il principio invocato è in realtà salvaguardato proprio dalla previsione di cui si controverte.

Quanto alla richiesta di remissione alla Corte di Giustizia, la stessa non può essere accolta, tenuto conto che l'Unione Europea ha reiteratamente previsto la necessità che gli Stati membri provvedano alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti da parte di organismi di proprietà o partecipati da Enti pubblici, evitando distorsioni della concorrenza nei confronti dei soggetti privati (quarto considerando della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi). La finalità della norma è pertanto quella di bilanciare il vantaggio competitivo conquistato da dette Società a scapito di altri operatori privati (cfr. T.A.R. Brescia – 17/3/2008 n. 387).

In conclusione il gravame è fondato e deve essere accolto, restando assorbito l'ulteriore profilo dedotto.

La novità della questione giustifica la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese di lite compensate.

Condanna l'amministrazione soccombente a rifondere alla Società ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2011

IL SEGRETARIO

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