



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 371 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cogeme Gestioni Srl, rappresentata e difesa dall'avv.to Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Elena Pagani in Brescia, Via Gramsci n. 30;

contro

Comune di Pumenengo, rappresentato e difeso dall'avv.to Daniele De Leo, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 42 (Fax=030/2809238);

nei confronti di

Sabb - Servizi Ambientali Bassa Bergamasca Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Sonzogni e Giuliano Sgobbi, con domicilio ex lege la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3;

per l'annullamento

- DELLA DELIBERAZIONE GIUNTALE 22/12/2010 N. 57, RECANTE L’AFFIDAMENTO DIRETTO ALLA CONTROINTERESSATA PER UN SEMESTRE DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA;
 - OVE OCCORRA, DELLA NOTA 20/12/2010, RECANTE LA COMUNICAZIONE DELLA SCADENZA DEL CONTRATTO IN ESSERE CON LA RICORRENTE E DELLA DECISIONE DI NON RINNOVARLO;
 - DI OGNI ALTRO ATTO PREORDINATO, CONSEQUENZIALE O COMUNQUE CONNESSO;
- e per il risarcimento del danno
PROVOCATO DAGLI ATTI IMPUGNATI, IN FORMA SPECIFICA O PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pumenengo e di Sabb - Servizi Ambientali Bassa Bergamasca Spa;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 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

La ricorrente riferisce di aver ricevuto l'affidamento dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani per 10 anni, dall'1/1/2001 al 31/12/2010.

In prossimità al termine di scadenza della convenzione, il Comune manifestava l'intenzione di non rinnovare il rapporto in via di esaurimento. Espone Cogeme Gestioni che soltanto il 18/1/2011 – dopo aver sollecitato l'esibizione degli atti mediante istanza di accesso – veniva resa edotta della qualità di nuovo gestore attribuita alla controinteressata (senza altre indicazioni utili) e in data 11/2/2011, mediante messaggio di posta elettronica, prendeva cognizione della deliberazione impugnata, recante l'affidamento diretto del servizio a S.A.B.B. S.p.a.. Nel provvedimento si premette che il Comune è socio per lo 0,22% del Capitale sociale, e si motiva la scelta dando atto di una procedura sovracomunale già intrapresa ed in corso di perfezionamento, ossia dell'operazione finalizzata alla creazione di un'unica Società mista pubblico-privata alla quale conferire il servizio (cfr. atto impugnato). Nel frattempo si assume un provvedimento transitorio di affidamento (per un semestre) al costo di 48.788 € IVA esclusa, rientrante nella soglia dei 125.000 € fissata dall'art. 125 del D. Lgs. 163/2006. Si sottolinea poi che la Società è partecipata da Enti pubblici e che non opera il divieto di cui all'art. 23-bis comma 9 del D.L. 112/2008.

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 degli artt. 3, 41, 97 e 98 della Costituzione, falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. 241/90, 42 e 28 del D. Lgs. 267/2000, dell'art. 23-bis D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008, violazione dei principi comunitari, eccesso di potere per travisamento dei presupposti, carenza di istruttoria, manifesta ingiustizia, irragionevolezza ed illogicità, in quanto:

- la Giunta è incompetente nella materia dell'organizzazione e dell'affidamento di pubblici servizi, che rientra fra le attribuzioni del Consiglio comunale ai sensi dell'art. 42 comma 1 lett. e) del T.U.E.L.;
- il richiamo all'affidamento "in house" è inconferente, dato che il Comune ha in realtà provveduto ad assumere la deliberazione ai sensi dell'art. 125 del Codice dei contratti; peraltro – non configurandosi la fattispecie dell'amministrazione diretta – il cottimo è ammesso fino ad € 125.000 (193.000 € per le stazioni appaltanti non statali), ma difettano i requisiti dell'affidamento diretto senza la preventiva consultazione di almeno 5 ditte, ammissibile solo fino a 20.000 € (art. 125 comma 11 del Codice e art. 5 del D.P.R. 384/2001);
- l'art. 23-bis comma 9 limita – per i soggetti imprenditoriali che siano già titolari di affidamenti diretti – le gestioni di servizi ulteriori, e S.A.B.B. è colpita dal divieto poiché gestisce il servizio per conto di altri Comuni (sono salve le prime gare ma non vi sono eccezioni per le Società in house).

Cogeme Gestioni chiede il risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, formulando eccezioni in rito e chiedendo nel merito la reiezione del gravame.

Con motivi aggiunti depositati il 28/4/2011 la ricorrente impugna gli stessi atti, muovendo dalla constatazione che medio tempore il Comune ha mutato la veste giuridica dell'affidamento diretto disposto – in dichiarata applicazione dell'art. 125 del D. Lgs. 163/2006 – e qualificandolo negli scritti difensivi come “affidamento in house”. Deduce i seguenti profili di diritto:

b) Violazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 della Costituzione, falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. 241/90, degli artt. 42 e 28 del D. Lgs. 267/2000, dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008, violazione dei principi comunitari, eccesso di potere per travisamento dei presupposti, carenza di istruttoria, manifesta ingiustizia, irragionevolezza ed illogicità, in quanto – oltre all'inammissibilità dell'integrazione motivazionale in corso di giudizio e all'incompetenza della Giunta – il Comune non ha assolto all'onere motivazionale rinforzato richiesto dall'art. 23-bis commi 3 e 4 per la deroga alle modalità ordinarie di affidamento (e quindi non ha argomentato sulle situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e

utile ricorso al mercato).

Con motivi aggiunti depositati il 4/8/2011 parte ricorrente impugna l'ordinanza contingibile ed urgente adottata dal Sindaco di Pumenengo il 23/6/2011, che ha ordinato alla controinteressata di proseguire nella gestione del servizio fino al 31/12/2011, nelle more dell'attivazione del nuovo modulo di gestione mediante Società mista. I motivi dedotti sono i seguenti:

c) Violazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 della Costituzione, falsa applicazione degli artt. 1 e 3 L. 241/90, degli artt. 42 e 48 e 50 del D. Lgs. 267/2000, dell'art. 23-bis D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008, violazione del D.P.R. 168/2010, dei principi comunitari, eccesso di potere per travisamento dei presupposti, carenza di istruttoria, manifesta ingiustizia, irragionevolezza ed illogicità, in quanto si è prorogato un affidamento già di per sé illegittimo, e difettano i requisiti di cui all'art. 50 comma 5 del T.U.E.L.

d) Illegittimità derivata dai vizi degli atti presupposti.

Alla pubblica udienza del 19/10/2011 il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura i due provvedimenti con i quali il servizio di igiene urbana è stato provvisoriamente conferito alla controinteressata per il primo ed il secondo semestre del 2011.

Devono essere esaminate le eccezioni processuali sollevate dalle

amministrazioni intimate.

1. Il Comune e la controinteressata eccepiscono l'irricevibilità del gravame, notificato il 3/3/2011, e sostengono in proposito che il 20/12/2010 Cogeme Gestioni conosceva della restrizione alla propria sfera giuridica (mancato rinnovo) e ne prendeva formalmente atto nella risposta del 24/12/2010, mentre il 18/1/2011 veniva notiziata (nota 6/1/11 - doc. 6 ricorrente) dell'individuazione di S.A.B.B. quale nuovo gestore con decorrenza 1/1/2011: di conseguenza almeno in data 18/1/2011 era integrata la piena conoscenza del contenuto essenziale dell'atto e della sua attitudine lesiva. Precisano poi che nei confronti di un gestore scaduto la notifica individuale non era dovuta, e parte ricorrente poteva prendere visione dell'Albo pretorio in ossequio ai principi di cooperazione e buona fede. Con riferimento all'Albo il Comune puntualizza che dall'1/1/2011 le pubblicazioni sono fatte via web (sull'Albo pretorio on-line ex art. 32 comma 1 della L. 69/2009), hanno valore legale e determinano una presunzione di conoscenza dell'atto: detto adempimento è del 29/12/2010 e la pubblicità si è protratta fino al 12/1/2011, cosicchè la notifica del gravame è intervenuta oltre il termine perentorio di 30 giorni.

L'eccezione è infondata.

1.1 Osserva il Collegio in punto di fatto che la prima comunicazione del 20/12/2010 (doc. 3 ricorrente) evidenzia soltanto l'intenzione di non rinnovare il rapporto in scadenza, senza dare conto delle

procedure per la scelta del nuovo contraente. La nota 7/1/2011 ribadisce la disdetta della convenzione (già scaduta) e rappresenta che ne è stata sottoscritta una nuova con la controinteressata, che assume la qualità di nuovo gestore. Il provvedimento non enuncia la modalità di affidamento e si limita ad indicare il soggetto incaricato.

1.2 L'impresa ricorrente era il gestore uscente del servizio di igiene urbana, e pertanto doveva ritenersi direttamente incisa dalla decisione di optare per un nuovo modello di gestione del servizio che non contempla la gara pubblica per l'individuazione dell'affidatario ma privilegia il conferimento diretto ad una Società in house (ovvero l'aggiudicazione mediante trattativa privata), e doveva prendere cognizione degli atti deliberativi mediante notifica individuale, che è nei fatti mancata (cfr. per ipotesi analoghe, sentenze Sezione II – 11/3/2011 n. 419; 11/1/2010 n. 15).

1.3 In materia di decorrenza del termine di impugnativa questa Sezione (cfr. sentenze 27/5/2009 n. 1073; 27/8/2010 n. 3255) ha aderito ad un orientamento non rigoroso e più attento alle esigenze di tutela del soggetto che si assume leso. Tale indirizzo ritiene che, al fine della decorrenza del termine di impugnazione di un provvedimento, non basti la mera notizia della sua esistenza e del suo carattere sfavorevole per il destinatario ma occorra la conoscenza del suo contenuto, per poter valutare se l'atto, oltre che sfavorevole, è illegittimo: poiché un provvedimento sfavorevole non è necessariamente illegittimo, il suo destinatario – prima di accollarsi

i costi di un'impugnazione – deve poter conoscere se l'atto è o meno affetto da vizi valorizzabili in sede giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. VI – 8/2/2007 n. 522). Si è dunque ritenuto che laddove l'amministrazione comunichi l'esistenza del provvedimento sfavorevole senza esternare la motivazione, il destinatario ha una mera facoltà, ma non un onere, di impugnare subito l'atto per poi articolare i motivi aggiunti, mentre può anche attendere di conoscere la motivazione per valutare se impugnarlo o meno (cfr. sentenza Sezione 19/11/2010 n. 4660 che ha richiamato l'illuminante pronuncia della Corte di Giustizia sez. III – 28/1/2010 – causa C-406/2008).

2. E' infondata anche l'eccezione di improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per carenza di interesse, formulata dalla controinteressata nella memoria finale del 3/10/2011: l'omessa impugnazione della deliberazione consiliare 30/3/2011 n. 14 – di autorizzazione all'operazione di conferimento del servizio alla nuova Società mista – non priva di interesse la ricorrente a contestare il precedente affidamento diretto a S.A.B.B. per un diverso segmento temporale e sulla base di presupposti in tutto o in parte differenti.

3. La controinteressata eccepisce l'inammissibilità del gravame, sottolineando la circostanza che Cogeme Gestioni è interdetta dalla partecipazione alle gare in quanto vanta delle proroghe annuali in corso (nei Comuni di Castegnato ed Erbusco), ed invoca in proposito l'indirizzo di questo Tribunale.

L'eccezione è fondata.

3.1 Il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dalle statuizioni racchiuse nelle proprie recenti pronunce 24/6/2011 n. 939; 10/8/2011 n. 1243; 6/10/2011 n. 1396.

3.2 Deve anzitutto essere sottolineato l'aspetto rilevante rappresentato dalla stessa ricorrente, che assume un peso decisivo nella valutazione della vicenda, ossia il fatto che – alla data del 31/12/2010 – tutti gli affidamenti diretti sono cessati ex lege ai sensi dell'art. 23-bis comma 9 del D.L. 112/2008 per tempo vigente.

Questo Tribunale (sez. II – 3/6/2011 n. 826) ha analizzato l'art. 23-bis del D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008 che disciplinava, nel testo per tempo vigente, “l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale ...” (comma 1), e le cui disposizioni “ ... si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”, salve deroghe per particolari ambiti che però non coinvolgono la materia di cui è causa.

L'art. 23-bis comma 2 individua le modalità di conferimento dei servizi pubblici locali, ossia l'attivazione di una procedura competitiva ad evidenza pubblica (lett. a), la creazione di una società

a partecipazione mista pubblica e privata (a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica – lett. b) e l'affidamento ad una Società in house purchè ricorrano rigorosi presupposti (comma 3).

Il comma 8 disciplina il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 e, salve particolari ipotesi che non ricorrono nella fattispecie, le gestioni affidate cessano comunque entro e non oltre la data del 31/12/2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'Ente affidante. Si tratta dunque di una cessazione automatica, la quale si produce a prescindere dall'emanazione di un atto o di un provvedimento dell'amministrazione coinvolta.

Con riguardo al problema dell'efficacia di un'eventuale deliberazione che stabilisce un termine più ampio in violazione della scadenza prefissata, questa Sezione ha stabilito che la stessa si pone in contrasto con una norma imperativa di legge e a questo proposito ha richiamato le considerazioni sviluppate in una propria precedente sentenza (12/6/2009 n. 1121, il cui appello è stato dichiarato estinto con decreto presidenziale 24/9/2010 n. 7111). La pronuncia è stata resa nella materia della distribuzione del gas naturale, caratterizzata dalla minuziosa disciplina del cd. periodo transitorio delle concessioni in essere (sovente stipulate per una lunga durata, anche di 30-40 anni) in vista dell'apertura al mercato mediante gare pubbliche. In quella fattispecie le parti (Ente locale e impresa privata)

avevano concluso un accordo integrativo che contemplava una scadenza della concessione al 31/12/2012, prescindendo dalla rigida disciplina di legge in vigore al momento della sua stipula, che prevedeva una scadenza massima inferiore, ovvero il 31/12/2010. In altre parole, l'intesa sanciva per l'apertura alla concorrenza della distribuzione del gas nel Comune coinvolto una scansione temporale diversa da quella fissata in via autoritativa dalla legge, la quale introduceva scadenze rigide e ipotesi tassative di proroga: la pattuizione pertanto dava origine ad un contrasto con norme imperative, paralizzando tra l'altro sino alla sua scadenza la possibilità del Comune di indire una pubblica gara per affidare il servizio. Da queste considerazioni il Collegio ha raggiunto la conclusione che l'atto aggiuntivo fosse nullo, così come la delibera che ne aveva autorizzato la stipulazione.

Un primo punto fermo è dunque costituito dalla scadenza al 31/12/2010 – in virtù di una norma cogente (art. 23-bis comma 8) – di tutti gli affidamenti disposti senza gara, nella prospettiva di un'effettiva apertura al mercato del settore dei servizi pubblici locali.

3.3 L'apertura delle commesse pubbliche alla concorrenza mediante l'espletamento di procedure di aggiudicazione è per la verità assai risalente. Al riguardo la giurisprudenza interna è da tempo uniforme nel ritenere illegittima la scelta di procedere a trattativa privata per l'individuazione del concessionario di un servizio, per contrasto con le norme ed i principi desumibili dall'ordinamento comunitario, ed in

particolare con i principi di non discriminazione territoriale e di libera prestazione dei servizi sanciti dal Trattato CEE, aventi diretta applicabilità nel territorio nazionale (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III – 21/6/2007 n. 1683; T.A.R. Molise – 2/7/2008 n. 677).

Anche per i contratti esclusi dal raggio di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, gli Enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, ed il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare (Corte di Giustizia – 7/12/2000, causa C-324/98): si è da tempo affermato cioè il principio per cui in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici, le regole fondamentali dell'ordinamento comunitario ed i principi generali che governano la materia dei contratti impongono all'amministrazione procedente di dare adeguata pubblicità agli affidamenti e di evitare la discriminazione delle imprese, attivando procedure competitive selettive (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 21/9/2010 n. 7024). In buona sostanza, i canoni guida in materia di affidamento delle commesse pubbliche esigono, a fini di trasparenza e di salvaguardia della concorrenza, la diffusione delle informazioni relative ai contratti da stipulare per consentire sia l'eguale possibilità di accesso delle imprese alle gare sia l'obiettiva ed imparziale selezione dei candidati (T.A.R. Sardegna, sez. I – 23/2/2007 n. 109; Consiglio di Stato, sez. VI – 30/1/2007 n. 362).

Sempre sull'argomento rileva il Collegio che, in ossequio ai principi

comunitari, con l'art. 23 della L. 23/2005 è stata eliminata la possibilità – dapprima espressamente contemplata – di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti: alla scelta legislativa è stata riconosciuta una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche di altre disposizioni dell'ordinamento che si potrebbero risolvere, di fatto, nell'elusione del predetto divieto. Per assicurare l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, dunque, l'intervento normativo di cui sopra “dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero – in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici – l'affidamento senza gara degli stessi servizi per ulteriori periodi, dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti” (Consiglio di Stato, sez. IV – 31/10/2006 n. 6462; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III – 22/6/2007 n. 1086; Sentenza sezione 11/3/2011 n. 419).

In definitiva può rinvenirsi anche nel settore dei servizi pubblici la regola consolidata dell'obbligo di gara.

3.4 In quest'ottica va contestualizzata l'evoluzione dell'art. 113 del D. Lgs. 267/2000, afferente alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'art. 113 comma 6 – introdotto dall'art. 35 comma 1 della L.

448/2001 – già statuiva che “Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4”.

L'art. 14 del D.L. 269/2003 conv. in L. 326/2003 ha poi inserito il comma 15-bis, per cui “Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante”. Era fatto salvo un differimento, ai sensi del comma 15-ter e fino ad un massimo di 2 anni, nel caso di operazioni societarie di fusione dirette ad allargare il bacino di utenza. Ad ogni modo il comma 15-bis è stato affiancato pochi mesi più tardi – in virtù dell'art. 4 comma 34 della L. 350/2003 – dal nuovo comma 15-quater, per il quale “A decorrere dal 1° gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa”. Dunque il divieto di prendere parte alle procedure selettive che

colpiva i destinatari di affidamenti diretti ha trovato un temperamento nella possibilità di competere nelle “prime gare” indette presso gli Enti locali di riferimento.

Dopo che il D.L. 223/2006 ha rinvio di 1 anno la scadenza introdotta dal comma 15-bis, ma soltanto per il servizio idrico integrato, con l’art. 23-bis del D.L. 112/2008 conv. in L. 6/8/2008, la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata nuovamente disciplinata e l’art. 113 del D. Lgs. 267/2000 è rimasto in vigore per le sole parti non incompatibili. In particolare il comma 9 dell’art. 23-bis ha statuito che “I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, 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. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l’affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l’affidamento dei servizi si procede

mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.” Il legislatore ha ribadito il divieto di partecipazione alle gare per i soggetti titolari di affidamenti diretti, ha mantenuto la deroga per le “prime gare”, ed ha individuato un nuovo termine (31/12/2010) entro il quale si deve inderogabilmente procedere alla selezione del contraente con gara pubblica. La chiusura del sistema è stata realizzata con l’art. 15 comma 1 del D.L. 135/2009 conv. in L. 20/11/2009 n. 66, che ha introdotto la lett. e) del comma 8 già illustrata (punto 5.3), per cui “le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante”. Il comma 9 è stato modificato (dallo stesso D.L. 135/2009) nella parte finale, con l’eliminazione dell’ultimo inciso e la sostituzione del penultimo per cui “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”.

3.5 Il Collegio ritiene di poter svolgere alcune riflessioni.

La preclusione dell’accesso degli affidatari diretti alle procedure ad evidenza pubblica era sancita fin dal 2002, ed è stata accompagnata dalla previsione di un periodo transitorio – destinato a concludersi il 31/12/2006 – durante il quale i contratti conclusi senza il preventivo esperimento di una gara continuavano a produrre i loro effetti. Detto

termine è stato differito al 31/12/2010, mentre il rigoroso divieto di prendere parte alle competizioni continuava ad essere attenuato dalla disposizione sulle “prime gare”.

Sembra al Collegio evidente che il sistema delineato con la stratificazione normativa descritta ha garantito a sufficienza i soggetti beneficiari di affidamenti diretti, legittimando il prolungamento o comunque il mantenimento dell’efficacia dei contratti in corso fino al 31/12/2010, pur in costanza del sacrificio della logica aspirazione degli operatori del settore al rispetto del principio comunitario della parità di trattamento, attraverso l’assegnazione dei servizi pubblici mediante un confronto comparativo aperto a tutte le imprese interessate.

In proposito la Corte di Giustizia (sez. II – 17/7/2008 proc. C-347/06) è intervenuta sulla questione della legittimità del rinvio biennale (disposto per legge) del termine del periodo transitorio in materia di distribuzione del gas naturale, ed ha statuito che “Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86, n. 1, CE non ostano a che una normativa di uno Stato membro, come quella in questione nella causa principale, preveda il prolungamento, alle condizioni da essa fissate, della durata del periodo transitorio al termine del quale deve cessare anticipatamente una concessione di distribuzione del gas naturale come quella in questione nella causa principale, purché tale prolungamento possa essere considerato necessario al fine di permettere alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti

contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico”. Se quindi una prorogazione è (a determinate condizioni) ammissibile, nella specie è pacifico che l’opzione sia stata esercitata con il rinvio della scadenza dal 31/12/2006 al 31/12/2010.

3.6 Ritiene il Collegio che la data del 31/12/2010 (dopo il differimento di cui si è diffusamente trattato) sancisca la definitiva scadenza del periodo transitorio, oltre la quale nessuna deroga all’apertura alla concorrenza può essere consentita. Il temperamento costituito dalla possibilità di partecipare alle “prime gare” ha esaurito la sua funzione con la conclusione della fase transitoria e non può più essere ritenuto ammissibile, in quanto estenderebbe ulteriormente nel tempo un beneficio già garantito agli affidatari diretti per 8 anni. In buona sostanza in quel congruo arco temporale le imprese affidatarie dirette ben potevano avvalersi di un’opportunità introdotta nell’ottica della gradualità e della proporzionalità, partecipando alla “prima gara” per l’aggiudicazione del servizio, nel significato primitivo (più ristretto) o in quello allargato ai sensi del D.L. 135/2009. Dopo il 31/12/2010 tale opzione – perdurando gli affidamenti diretti – non può più essere esercitata, perché si collegherebbe ad un’illegittima estensione (oltre la durata del periodo transitorio) dei rapporti instaurati senza un previo confronto concorrenziale: Il termine predetto è insomma la barriera ultima che non consente di acquisire o mantenere vantaggi,

diretti o indiretti, neppure avvalendosi di disposizioni derogatorie che hanno esaurito definitivamente la loro giustificazione. Alla data del 31/12/2010 i soggetti titolari di posizioni privilegiate non possono più sfruttarle partecipando alle procedure comparative: si deve al riguardo ribadire che 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, ma l'acquisizione di una o più commesse è avvenuta in maniera anomala senza sottoporsi al meccanismo selettivo capace di individuare l'offerta oggettivamente migliore. Il vantaggio conseguito dalle Società per effetto dell'accesso privilegiato al mercato della pubblica amministrazione è avvenuto a danno di altri operatori privati che viceversa hanno sempre accettato le regole della gara pubblica e non hanno beneficiato di affidamenti diretti.

La ricostruzione esposta è in linea con il dettato normativo. L'art. 113 comma 15-quater del D. Lgs. 267/2000 infatti riaffermava il divieto nei confronti degli affidatari diretti – allo spirare del termine (31/12/2006) – facendo salvo l'espletamento della “prima gara”. Viceversa l'art. 23-bis del D.L. 112/2008 affianca al comma 9 – che reca analogia disposizione di temperamento del divieto – il nuovo comma 8, il quale fissa la soglia temporale oltre la quale non sono in ogni caso più ammessi affidamenti diretti: oltrepassare il termine del (nuovo) periodo transitorio significa fuoruscire dalla dinamica fisiologica delineata dal legislatore, e il rapporto instaurato assume

una connotazione patologica a fronte della quale è ben ragionevole l'automatica perdita di qualunque ulteriore chance di accesso alle commesse pubbliche.

3.7 A questo punto si possono trarre le dovute conseguenze sulla controversa natura degli atti di proroga. Detti provvedimenti temporanei – che garantiscono la continuità dei servizi per il tempo necessario all'espletamento di una gara pubblica – possono essere ammessi entro limiti restrittivi, ossia per un arco temporale rigorosamente delimitato. La dilazione accordata da numerosi Comuni ha determinato un'estensione dei rapporti contrattuali per un anno senza che la gara pubblica sia stata ancora ultimata. Alla luce di quanto ampiamente illustrato risulta del tutto ininfluente l'eventuale giustificazione (complessità della gara, scarsità di risorse umane) sottesa all'emanazione degli atti di proroga, in quanto l'esaurimento del periodo transitorio traccia come già sottolineato il discrimine tra le deroghe ammissibili (prime gare, affidamenti diretti ancora in corso) ed il rigoroso divieto di creare ulteriori distorsioni alla concorrenza avvantaggiando le Società che hanno già fruito dei benefici pluriennali connessi all'affidamento senza gara: in questo contesto la proroga è del tutto assimilabile ad un rinnovo contrattuale, in quanto la prima realizza i medesimi effetti del secondo (cfr. sentenza Sezione 26/11/2008 n. 1689).

Già si è anticipato in sede cautelare che l'estensione del rapporto per un anno intero mal si concilia (di per sé) con i caratteri tradizionali

dell'istituto della proroga, usualmente adoperato dalle amministrazioni per il tempo strettamente necessario ad ultimare o comunque espletare procedure di gara già indette (cfr. sentenza Sezione 11/3/2011 n. 419). Quando il numero di atti di proroga è elevato, sussiste il concreto rischio di un ulteriore slittamento del termine di operatività degli affidamenti diretti, che produrrebbe un risultato inaccettabile. In definitiva ribadisce il Collegio che il termine ultimo del periodo transitorio era fissato al 31/12/2010 e che lo stesso deve essere ritenuto inderogabile, salvo dilazioni contenute nell'arco temporale di pochi mesi. Il semestre può ritenersi la soglia massima ragionevolmente ammissibile, potendo garantire contro eventuali imprevisti nell'espletamento della gara: possono essere poi valutate caso per caso situazioni eccezionali, ma la presenza di plurimi rinvii di un anno preclude una conclusione in tal senso (cfr. sentenze sez. II – 939/2011 e 1243/2011).

3.8 La ricorrente lamenta il paradosso per il gestore uscente di non poter interrompere un servizio di pubblica utilità e per questo trovare un ostacolo alla partecipazione alle gare (in contrasto con l'art. 41 della Costituzione) sopportando l'inerzia delle amministrazioni precedenti.

Il Collegio conviene sulla circostanza che il ritardo nell'indizione delle gare è difficilmente comprensibile, in presenza di un impianto normativo che già aveva introdotto un termine ultimo (31/12/2006), poi prolungato al 31/12/2010. Rispetto a quest'ultima scadenza il

D.L. 112/2008, pubblicato nel mese di agosto di quell'anno, aveva statuito che in ogni caso "... entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.", prima che il D.L. 135/2009 sancisse comunque l'inefficacia dei contratti (conclusi senza gara) oltre tale data. Detta scansione temporale – dettagliatamente riassunta in precedenza – rende inconsistente la censura di sproporzione e di contrasto con il canone di graduale adeguamento di tutte le imprese alle regole del mercato: i tempi per un progressivo adattamento sono stati ampiamente garantiti da una normativa che – se prevedeva l'obbligo di gara fin dagli anni '90 – ha introdotto già nel 2002 il divieto di competere nelle selezioni pubbliche per i beneficiari di affidamenti diretti, accordando poi un termine di 8 anni assolutamente congruo per una piena condivisione delle dinamiche del mercato.

Non è quindi irragionevole per l'operatore attendere l'inesorabile cessazione di tutti gli affidamenti per partecipare ad una gara, poiché lo stesso operatore ha mantenuto per numerosi anni gli affidamenti diretti in pregiudizio delle altre imprese del settore.

Quanto all'impotenza della Società ricorrente principale di fronte all'inerzia delle amministrazioni coinvolte, ben può dirsi che detta condotta da un lato certamente inibisce la possibilità di prendere parte alle selezioni pubbliche, ma dall'altro comunque garantisce ulteriori quote di mercato senza la sottoposizione al confronto

comparativo, anche per importi consistenti.

4. Da ultimo deve darsi atto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale (sentenza 23/12/2009 causa C-305/08) – sulla questione della “possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che ... vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati” – “si deve sottolineare che il quarto ‘considerando’ della direttiva 2004/18 enuncia l’obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico” (punto 32). La Corte ha poi riconosciuto che – nel caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l’offerente ha ottenuto un aiuto di Stato – “in talune circostanze particolari, l’amministrazione aggiudicatrice ha l’obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l’esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano”.

Come ha recentemente sottolineato la giurisprudenza nazionale (cfr. T.A.R. Umbria – 31/5/2011 n. 152) la posizione della giurisprudenza comunitaria è articolata “... in quanto afferma che l’eventualità che sussista una posizione privilegiata di un operatore economico, in ragione di finanziamenti pubblici od aiuti di Stato, non può giustificare la sua esclusione a priori, e senza alcuna specifica analisi,

dalla partecipazione ad una pubblica gara, ammettendo peraltro che in particolari circostanze l'Amministrazione ha l'obbligo od almeno la facoltà di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano. Ciò proprio al fine di evitare una possibile distorsione della concorrenza, secondo quanto prescritto dal quarto "considerando" della direttiva 2004/18/CE, alla cui stregua gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati. E bene può dirsi che questa sia l'esigenza di fondo che ha indotto il legislatore ad intervenire a più riprese sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica".

5. Sulla controversia non incide la soppressione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 disposta con referendum. Infatti il D.P.R. dichiarativo dell'effetto abrogativo (n. 113 del 18/7/2011) è stato pubblicato il 20/7/2011 in Gazzetta Ufficiale (ai sensi dell'art. 37 della L. 352/70) ed è divenuto operativo dal giorno successivo. Pertanto l'articolo suddetto resta applicabile alla vicenda esaminata alla luce del principio *tempus regit actum*, dato che i provvedimenti impugnati sono entrambi stati assunti in data anteriore. Il fatto che l'art. 4 comma 33 D.L. 138/2011 abbia reintrodotta una norma di

analogo contenuto non può che confermare le conclusioni già raggiunte.

6. In conclusione il gravame principale ed i motivi aggiunti sono inammissibili.

La novità e la complessità della questione concreta giustificano la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando dichiara inammissibili il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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 19 ottobre 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 10/11/2011

IL SEGRETARIO

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