

N. 00939/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00289/2011 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 289 del 2011, proposto da:
Bi.Co. Due Srl, rappresentata e difesa dall'avv.to Alberto Salvadori,
con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via XX
Settembre n. 8;

contro

Comune di Coccaglio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Fiorenzo
Bertuzzi e Gianluca Trombadore, con domicilio eletto presso il loro
studio in Brescia, Via Diaz n. 9;

nei confronti di

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;

per l'annullamento

- DEI VERBALI N. 1 E 2 IN DATA 30/12/2010 E 11/1/2011, NELLA PARTE IN CUI DISPONGONO L'AMMISSIONE DELLA CONTROINTERESSATA ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI GESTIONE INTEGRATA RIFIUTI E IGIENE AMBIENTALE;
- DEL VERBALE N. 3 DEL 12/1/2011, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA;
- DELLA DETERMINAZIONE 24/1/2011 N. 11, DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DEL SERVIZIO ALLA CONTROINTERESSATA;
- DEL VERBALE N. 2 DELL'11/1/2011, NELLA PARTE IN CUI LA COMMISSIONE NON HA RICONOSCIUTO 10 PUNTI ULTERIORI ALLA RICORRENTE;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Coccaglio e di Cogeme Gestioni Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 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 partecipava, con altre 3 imprese, alla gara per l'affidamento quadriennale (con opzione per un ulteriore periodo di pari durata) dei servizi di gestione integrata rifiuti e igiene ambientale, da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un valore stimato di 2.823.007,20 € (IVA esclusa).

Al termine del confronto comparativo la Commissione aggiudicava il servizio alla controinteressata, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto.

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. 13 del D.L. 223/2006 (decreto Bersani) e del principio di libera concorrenza, poiché Cogeme Gestioni doveva essere esclusa dalla gara in quanto partecipata, seppur indirettamente, da 5 Società patrimoniali controllate al 100% da Enti locali e create per soddisfare bisogni istituzionali di questi ultimi;
- b) Violazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006 (decreto Bersani) e del principio di libera concorrenza sotto altro profilo, dato che Cogeme Gestioni non poteva prendere parte alla selezione in ragione del suo statuto che le consente di operare non soltanto nel settore dei servizi pubblici ma anche in altri ambiti non riconducibili a tale categoria;
- c) Violazione dell'art. 8 della L. 287/90, in quanto le Società che gestiscono servizi in regime di monopolio non possono competere in settori che non coincidono con i servizi pubblici, e lo statuto della

- controinteressata le consente di esercitare una serie ampia di attività;
- d) Violazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, poiché la controinteressata gestisce in assenza di gara servizi pubblici in diversi Comuni (doc. 8), e con tale privilegio è avvantaggiata al momento della presentazione delle offerte;
- e) Eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta ingiustizia, in quanto il bando di gara chiedeva di indicare la percentuale media di rifiuti riciclabili gestiti con il sistema porta-porta nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando (4/11/2010): mentre la vincitrice ha erroneamente presentato una dichiarazione per il 2007, 2008 e 2009, omettendo il 2010 (e per questo non ha ottenuto alcun punteggio), la ricorrente ha correttamente aggiunto ulteriori giornate per dimostrare la costanza nella gestione dei rifiuti riciclabili (per 1947 giorni invece di 1096);
- f) Violazione del disciplinare di gara, poichè per comprovare la capacità professionale era richiesta una dichiarazione – non fornita da Cogeme Gestioni – attestante il possesso di una sede amministrativa già operativa nel raggio di 30 chilometri;
- g) Eccesso di potere per incongruità dell'offerta, in quanto la ricorrente ha offerto giustificazioni le quali dimostrano che la sua vera forza risiede nei privilegi economici di cui gode.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ricorso incidentale depositato il 10/3/2011 la controinteressata

impugna l'ammissione della ricorrente alla gara, deducendo i seguenti profili di diritto:

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 della Costituzione, del C.C.N.L. del settore servizi ambientali del 5/4/2008, della lex specialis, eccesso di potere per sviamento e contraddittorietà, in quanto l'offerta di Bi.Co Due racchiudeva previsioni difformi rispetto al contenuto dei contratti collettivi vigenti, con riguardo ai profili di inquadramento del personale impiegato;
- Eccesso di potere per illogicità nell'attribuzione del punteggio per la percentuale media dei rifiuti nel triennio.

Con ordinanza n. 268, adottata nella Camera di consiglio del 16/3/2011, questo Tribunale ha motivatamente accolto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 9/6/2011 il ricorso introduttivo ed il gravame incidentale venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura l'aggiudicazione alla controinteressata della gara indetta dal Comune di Coccaglio per l'affidamento dei servizi di gestione integrata rifiuti e igiene ambientale. Con ricorso incidentale l'impresa dichiarata vincitrice lamenta a sua volta la mancata esclusione di Bi.Co. Due dalla procedura competitiva.

0) Non può essere ammessa agli atti della causa la documentazione

depositata dalla ricorrente il 20/5/2011 (doc. 24, 25 e 26 della numerazione) in quanto – come eccepito dalla controinteressata nella memoria di replica del 27/5/2011 – è tardiva rispetto al termine dimidiato di 20 giorni liberi (da calcolare a ritroso dalla data dell'udienza di discussione), ai sensi degli artt. 73, 119 e 120 del Codice del processo amministrativo. L'uniforme giurisprudenza propende per l'espunzione dagli atti del giudizio delle memorie depositate oltre il termine perentorio fissato dall'art. 73 comma 1 del Codice del processo amministrativo (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II – 22/1/2011 n. 80; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 12/1/2011 n. 12; si veda anche T.A.R. Lazio Roma, sez. I – 7/2/2011 n. 1139), e detta linea di pensiero è in continuità con l'orientamento formatosi sull'art. 23 comma 4 della L. 1034/71 (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VI – 14/7/2010 n. 16724; T.A.R. Trentino Alto Adige – 25/3/2010 n. 90; Consiglio di Stato, sez. IV – 21/5/2010 n. 3236, ai sensi del quale detto termine non può subire deroghe nemmeno con il consenso delle parti essendo esso previsto non solo a tutela del contraddittorio ma anche a garanzia del corretto svolgimento del processo e dell'adeguata e tempestiva conoscenza degli atti di causa da parte del collegio giudicante).

Va però segnalato che la memoria finale di parte ricorrente, tempestivamente depositata, espone il contenuto essenziale di tali documenti, cosicchè l'informazione (nella forma della prospettazione) può ritenersi comunque acquisita.

1. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7/4/2011 n. 4 – dopo una revisione critica del dictum precedente (cfr. Ad. plen. 10/11/2008 n. 11) – ha affermato il differente principio di diritto secondo cui:

- il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura;
- detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente;
- l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, soltanto qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

Il Collegio deve quindi esaminare anzitutto il gravame incidentale, anche alla luce della duplice circostanza per cui Bi.Co Due non ha sollevato censure dirette alla caducazione dell'intera procedura selettiva e il numero di imprese collocate in graduatoria è comunque superiore a 2.

2. La controinteressata censura anzitutto l'ammissione della ricorrente, deducendo la violazione e la falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 98 della Costituzione, del C.C.N.L. del settore servizi

ambientali del 5/4/2008, della lex specialis, e l'eccesso di potere per sviamento e contraddittorietà, in quanto l'offerta di Bi.Co Due racchiudeva previsioni difformi rispetto al contenuto dei contratti collettivi vigenti, con riguardo ai profili di inquadramento del personale impiegato, ed in particolare:

- era previsto un autista lift-car inquadrato nel III° livello (doc. 12 pag. 37), quando ai sensi dell'art. 15 del C.C.N.L. 5/4/2008 (doc. 11) il profilo corretto per un automezzo munito di dispositivo per la movimentazione meccanica di cassoni a mezzo gancio è il IV°;
- identica violazione è stata commessa per l'uso della spazzatrice, che ha una massa trasportabile a terra superiore a 100 quintali mentre per la guida dei lavoratori di III° livello vi è un limite massimo di 60 q.li, ed oltre i 100 q.li devono essere adibiti lavoratori di IV° livello.

La censura è priva di pregio.

2.1 La declaratoria del 3° livello professionale (pag. 58 del C.C.N.L.) contempla, nell'ambito del servizio di raccolta, "il conducente di autocompattatore addetto al servizio di carico, scarico e attività accessorie in qualità di operatore unico ovvero in concorso con altro operatore". L'attività dell'operatore unico è peraltro limitata alla raccolta di sacchi, contenitori di capacità massima di 30 litri e bidoni con capienza non superiore a 360 litri, mentre per i rimanenti servizi è richiesta la compresenza di 2 unità. L'operatore inquadrato nel 4° livello professionale effettua (sempre nell'ambito del servizio di raccolta) "attività di carico, scarico e accessorie come operatore

unico, manovrando da bordo i comandi e gli apparati in dotazione ai veicoli utilizzati (ad esempio autocompattatore assistito da dispositivi di caricamento video, autolavacassonetti, etc).

Il criterio distintivo tra le due qualifiche è il tipo di mezzo utilizzato, che per il 4° livello deve consentire lo svolgimento dell'attività all'unico operatore presente e quindi deve essere dotato dei sistemi automatizzati indispensabili per effettuare tutte le manovre senza spostarsi dal posto di guida. L'operatore di qualifica inferiore non dispone viceversa di apparati che permettono di gestire a bordo del mezzo tutte le fasi di caricamento, spostamento e rilascio, e pertanto non è richiesta una sua specifica qualificazione e competenza professionale.

2.2 Non è accettabile l'asserzione di parte ricorrente, che fa riferimento alla descrizione – meramente esemplificativa – dei profili propri del 4° livello ed estrapola l'ipotesi del conducente di “automezzi che effettuano la movimentazione di cassoni a mezzo di funi, bracci, ganci, catene, polipi e benne azionate meccanicamente e/o idraulicamente”. Si tratta appunto di un'elencazione non esaustiva che va inquadrata nella cornice definita puntualmente dalla declaratoria già richiamata, tenendo conto che tra i conducenti di 4° livello è enucleato colui che guida “l'autocompattatore con dispositivo automatizzato di caricamento assistito da apparecchiature video computerizzate”; per il 3° livello la declaratoria rinvia a sistemi di raccolta “manuale e/o meccanizzata”, per cui non si può

certamente escludere la presenza di funi, bracci o ganci anche sugli automezzi condotti dal personale in possesso di tale qualifica.

Per il resto parte ricorrente ha chiarito – nella propria difesa – che i propri mezzi prevedono l'utilizzo di operatori di 3° livello essendo privi di sistemi automatizzati a bordo, e detta asserzione può essere in questa fase considerata sufficiente.

2.3 L'ulteriore contestazione investe la guida del tipo di spazzatrice proposta dalla ricorrente, e al riguardo quest'ultima ha puntualizzato che i furgoncini che ospitano l'attrezzo – di limitate dimensioni – si conducono con la patente di categoria B. Anche detta delucidazione appare esaustiva poiché – contrariamente a quanto opina la controinteressata – il possesso della patente C (o superiore) è individuato dalla declaratoria come presupposto per l'individuazione dei mezzi associati ai lavoratori inquadrati nel 4° livello professionale, ed in effetti è logico ritenere che le autospazzatrici utilizzabili con il titolo abilitativo di categoria B siano caratterizzate da minore complessità negli spostamenti ed in generale nella movimentazione.

Peraltro il Collegio non può fare a meno di osservare che gli aspetti evidenziati dalla controinteressata devono (eventualmente) trovare ulteriore approfondimento nella procedura di verifica dell'anomalia, finalizzata a verificare nel dettaglio la correttezza e la sostenibilità dell'offerta presentata sotto il profilo tecnico ed economico. I chiarimenti acquisiti possono considerarsi sufficienti in questa fase,

assimilabile ad una preliminare verifica di correttezza dell'offerta, mentre dovranno poi trovare riscontro nella (eventuale) sede esecutiva.

3. L'ulteriore profilo di censura dedotto – eccesso di potere per illogicità sul punto della dichiarazione della percentuale media dei rifiuti nel triennio – afferisce al contenuto dell'offerta presentata ed è finalizzato al riconoscimento a favore di Cogeme Gestioni di un maggiore punteggio (per conseguire un più cospicuo distacco in graduatoria). Detta doglianza deve essere logicamente affrontata in un momento successivo all'esame delle censure mosse da parte ricorrente con la finalità di far dichiarare l'illegittimità dell'ammissione di Cogeme Gestioni alla gara. Infatti, se queste ultime fossero fondate le prime perderebbero del tutto rilevanza.

4. Passando dunque all'esame del gravame principale, con le prime articolate censure – tra loro collegate – parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006 (decreto Bersani) e del principio di libera concorrenza, poiché Cogeme Gestioni doveva essere esclusa dalla gara in quanto partecipata, seppur indirettamente, da 5 Società patrimoniali controllate al 100% da Enti locali e create per soddisfare bisogni istituzionali di questi ultimi; lamenta altresì la violazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006 (decreto Bersani) e del principio di libera concorrenza sotto altro profilo, dato che Cogeme Gestioni non poteva prendere parte alla selezione in ragione del suo statuto che le consente di operare non soltanto nel settore dei servizi

pubblici ma anche in altri ambiti non riconducibili a tale categoria.

Espone Bi.Co. 2 che:

I. diversi Comuni detengono la totalità delle quote di Aem Cremona, Asm Pavia, Cogeme Spa, Astem spa, SCS/SCRIP Spa, le quali erogano servizi a favore degli Enti locali soci;

II. dette Società strumentali controllano il 100% di LGH holding, che non è attiva sul mercato ma pianifica, controlla e coordina altre 15 Società operative, tra le quali rientra la controinteressata Cogeme gestioni;

III. chi gode di privilegi può agire soltanto con gli Enti locali soci, e le Società strumentali non possono svolgere la loro attività sia in mercati protetti che in quelli aperti alla concorrenza (come i servizi pubblici): tale assunto è avvalorato dai commi 2 e 3 del predetto art. 13, che impongono alle Società di avere un oggetto sociale esclusivo e di cedere le attività vietate;

IV. devono essere considerate “partecipate” da amministrazioni anche le Società intermedie, come affermato da questo Tribunale con la sentenza n. 2164/2010;

V. le Società patrimoniali sono proprietarie di strutture e reti, le quali sono poi messe a disposizione delle Società operative;

VI. il ruolo di Cogeme informatica è indicativo, poiché produce un cospicuo reddito che confluisce nelle casse di LGH, la quale lo ridistribuisce alle Società partecipate anche sotto forma di prestito finanziario;

VII. quanto al secondo profilo, lo Statuto di Cogeme gestioni contempla in particolare progettazione e realizzazione di impianti di trattamento acque, progettazione e realizzazione di servizi integrati di circolazione e sosta, rimozione forzata di veicoli, reti stradali, impianti e strutture, gestione calore.

Detta impostazione merita condivisione nei termini che seguono.

4.1 Sulla norma invocata ha statuito il Consiglio di Stato (sez. V – 25/8/2008 n. 4080), richiamando la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2008, che il divieto sancito dalla norma in questione rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento del servizio la Società possa andare a fare altro. Esso "... rimarca la differenza tra concorrenza «per» il mercato e concorrenza «nel» mercato disvelando le sue plurime rationes essendi: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica. Tale norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento ...".

La norma trova in definitiva fondamento nel fatto che l'Unione Europea ha reiteratamente previsto la necessità che gli Stati membri provvedano alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da

Enti pubblici (quarto considerando della Direttiva 2004/18/CE del 31/3/2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi). Lo scopo del divieto è quello di evitare le distorsioni alla concorrenza provocate dalle Società che fruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento senza gara: esse potrebbero partecipare alle procedure comparative sfruttando le posizioni privilegiate acquisite senza il previo confronto concorrenziale (cfr. sentenze T.A.R. Brescia 20/6/2008 n. 729; 26/11/2008 n. 1689; sez. II – 22/6/2009 n. 1248; sez. II – 9/12/2009 n. 2511). Anche la Corte costituzionale (sentenza 1/8/2008 n. 326) ha statuito che le citate disposizioni mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati (par. 8.5), e per le ragioni esplicitate questo Tribunale ha più volte ritenuto che l'art. 13 non sia senz'altro qualificabile come norma di tipo eccezionale.

4.2 Se dunque la ratio è quella di tutelare i principi di concorrenza e di trasparenza nonché quello di libertà di iniziativa economica – che risulterebbero turbati dalla presenza (diretta o indiretta) della mano pubblica la quale provoca un'elusione del rischio d'impresa – devono considerarsi partecipate da amministrazioni pubbliche regionali o locali anche le Società partecipate da Società intermedie controllate da dette amministrazioni: il divieto previsto dall'art. 13, in altri termini, deve ritenersi applicabile ad un'impresa partecipata da

un'altra impresa, che a sua volta è controllata da amministrazioni pubbliche locali (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. I – 31/1/2007 n. 140; T.A.R. Puglia Lecce, sez. I – 6/5/2009 n. 908).

4.3 Le parti resistenti, dal canto loro, hanno messo in luce che la norma invocata circoscrive il divieto alle sole Società strumentali ad oggetto sociale esclusivo, costituite per svolgere attività rivolte all'amministrazione e non nei confronti del pubblico: il dato letterale evoca chiaramente la necessità – non riscontrabile nella fattispecie – che l'Ente locale sia socio della Società colpita dal divieto (diversamente da altri casi non è stato fatto riferimento al controllo e collegamento societario ex art. 2359 del c.c. per comprendere le Società cd. di terza generazione) e l'art. 41 della Costituzione rende preferibile un'interpretazione restrittiva. Aggiungono che l'art. 13 comma 3 del D.L. 223/2006 prevede la cessazione delle attività non consentite e questa costituisce una sufficiente garanzia di “non distorsione”. Precisano che nel caso di Aem Cremona, Asm Pavia, Cogeme Spa, Astem spa, SCS/SCRIP Spa l'oggetto sociale è rivolto prioritariamente alla gestione di servizi pubblici locali (servizio idrico integrato, servizi energetici, distribuzione del gas, igiene urbana, illuminazione pubblica, cimiteri) mentre le ulteriori attività sono dirette all'utenza ovvero sono comunque accessorie rispetto alle prime, e di recente le reti sono state trasferite a LGH eliminando i residui rapporti tra soci e Società operative. Quanto al secondo aspetto (situazione di Cogeme Gestioni), le amministrazioni regionali

e locali devono essere in prima persona socie e tali non sono (partecipazione al 100% di LGH), ed inoltre occorre la funzionalizzazione alla produzione di beni e servizi strumentali alle amministrazioni costituenti o partecipanti in via esclusiva, quando invece la Società ha la mission rivolta al mercato ossia eroga servizi pubblici (cfr. statuto doc. 16) i quali costituiscono espressa materia di deroga dall'ambito di applicazione della norma.

4.4 Il Collegio deve dare atto che questa impostazione è accolta dalla più recente giurisprudenza, la quale ha statuito che la disposizione di cui si controverte (art. 13 del D.L. 223/2006) ha carattere eccezionale e deve, quindi, essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti (cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. V – 16/11/2010 n. 8069; Consiglio di Stato, sez. V – 23/3/2009 n. 1756). In proposito dovrebbero essere valorizzati l'assenza di Enti pubblici nel capitale sociale di Cogeme Gestioni e la mancata indicazione di attività strumentali da prestarsi in favore di un'amministrazione specifica, senza che rilevi in contrario la circostanza che il suo oggetto sociale contempli – oltre all'erogazione di servizi pubblici – anche attività diverse: quando una Società (come appunto la controinteressata) è statutariamente deputata ad operare nel mercato e non già in favore di alcun Ente pubblico specificatamente individuato, non è ad essa applicabile il divieto di partecipazione di cui al citato art. 13, che riguarda le sole Società costituite o

partecipate dalle amministrazioni locali per la produzione di servizi strumentali alla loro attività e, quindi, in funzione e a supporto della stessa (Consiglio di Stato, sez. V – 1/4/2011 n. 2012; si veda anche Consiglio di Stato, sez. V – 22/3/2010 n. 2351).

I divieti e gli obblighi imposti dal predetto art. 13 commi 1 e 2 trovano dunque una ben ragionevole giustificazione per le Società c.d. strumentali ma non per le Società le quali – pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto alla sola operatività con gli Enti costituenti o partecipanti o affidanti (e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti nonché a favore di altri Enti o loro società o aziende pubbliche e private) – operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato prendendo parte alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (Consiglio di Stato, sez. V – 11/1/2011 n. 77).

4.5 Detto orientamento ha trovato un'applicazione anche presso questa Sezione (cfr. sentenza 27/5/2010 n. 2164 confermata dal Consiglio di Stato, sez. III – 12/4/2011 n. 2262, anche se per la parte di interesse in questa causa l'appello è stato dichiarato improcedibile). Tuttavia rispetto alla soluzione così delineata il Collegio mantiene le proprie perplessità, peraltro evidenziate dal Consiglio di Stato nell'ordinanza della sez. V – 26/11/2010 n. 425, che ha deferito all'Adunanza Plenaria le seguenti questioni:

- se il divieto contenuto nell'art. 13 del decreto legge n. 223 del

4/7/2006, poi convertito con modificazioni, volto a tutelare i principi di concorrenza, di trasparenza e di libertà di iniziativa economica, si estenda ad un'impresa partecipata da un'altra impresa, sua volta, controllata da un'amministrazione pubblica;

- se la norma suddetta si applichi o meno all'ipotesi in cui la società a capitale misto, con scopo statutario non esclusivo e che intenda operare, mediante una società interamente partecipata, a favore di enti locali non soci, possa legittimamente concorrere a gare per gli stessi servizi, rispetto ai quali ha già affidamenti diretti da parte dei soci pubblici.

Ha puntualizzato la sez. V nella predetta ordinanza che, se la ratio della norma è quella di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e di assicurare la parità degli operatori in applicazione dei noti principi comunitari, "il divieto ivi contenuto sembra doversi estendere a tutte quelle forme di collegamenti societari, non necessariamente simulatorie, che in concreto alterano la genuinità del mercato nella fase nevralgica della partecipazione concorrenziale".

Il giudice d'appello afferma di non condividere il riferimento all'eccezionalità della norma – che non consentirebbe l'estensione a fattispecie non espressamente contemplate – poiché non si tratterebbe di estenderne l'applicazione a fattispecie diverse, quanto piuttosto di applicare il divieto a fattispecie che in concreto ottengono lo stesso risultato che si vuole evitare, poichè ritenuto non meritevole di protezione da parte dell'ordinamento.

In altro passaggio la sez. V ritiene insoddisfacente l'indirizzo seguito dalla stessa sezione in una precedente sentenza (cfr. n. 1282 del 5/5/2010), laddove considera legittima la partecipazione alla gara della Società a capitale prevalentemente pubblico nel caso in cui lo statuto di detta Società preveda uno scopo sociale non esclusivamente diretto all'espletamento di servizi a favore degli Enti detentori della quasi totalità delle azioni: tale lettura conferisce all'autonomia negoziale l'inammissibile potere di sfuggire agli effetti del divieto posto dalla norma imperativa di legge, laddove, invece, essa è chiaramente diretta proprio a limitarne l'ambito.

4.6 Nella fattispecie esaminata, gli ultimi affidamenti diretti a favore di Cogeme S.p.a. (riguardanti il servizio idrico integrato e il servizio energia e teleriscaldamento) – dei quali ha dato conto parte ricorrente nella memoria del 24/5/2011 e che non risultano smentiti dalla controinteressata – consolidano i dubbi sugli effetti anti-concorrenziali: detta Società (con scopo sociale non esclusivo, al pari delle altre 4 compagini) compete, mediante una Società indirettamente partecipata (Cogeme Gestioni, di terzo livello) in gare per l'aggiudicazione di servizi pubblici, pur essendo destinataria di affidamenti diretti da parte dei propri soci pubblici (oltre 70 Enti – doc. 8 ricorrente).

Ad avviso del Collegio la locuzione “oggetto esclusivo” contemplata all'art. 13 del D.L. 223/2006 va riferita al rapporto con l'Ente territoriale di riferimento in senso rafforzativo del legame con lo

stesso, che non consente proiezioni “extra ambito”: diversamente opinando si perviene ad un’interpretazione sostanzialmente abrogatrice della disposizione, in quanto è sufficiente contemplare nello Statuto un oggetto sociale plurimo – peraltro consueto nell’odierna realtà delle Società partecipate – per scongiurare la sua applicazione, in contrasto con la ratio già diffusamente descritta.

5. Dunque già ai sensi dell’art. 13 esaminato è individuabile – nel panorama societario che coinvolge la controinteressata – un effettivo ostacolo alla piena esplicazione della concorrenza, con la produzione di evidenti effetti distorsivi. Tuttavia è necessario affrontare, in combinazione, il motivo di cui alla lett. d) dell’esposizione in fatto, con il quale la ricorrente lamenta la violazione dell’art. 23-bis del D.L. 112/2008, poiché la controinteressata gestisce senza gara servizi pubblici in diversi Comuni (doc. 8), e grazie a tale privilegio è avvantaggiata al momento della presentazione delle offerte.

5.1 Cogeme Gestioni in proposito obietta – anche in replica all’ordinanza cautelare di accoglimento n. 268/2011 – che:

- contrariamente a quanto asserisce Bi.Co. Due, nella realtà opera in un numero limitato di Comuni (doc. 17) in virtù di provvedimenti extra ordinem temporanei, che garantiscono la continuità dei servizi per il tempo strettamente necessario all’espletamento di una gara pubblica;
- gli affidamenti diretti sono definitivamente cessati il 31/12/2010 ai sensi di una norma imperativa di legge (l’art. 23-bis comma 8) mentre

dall'1/1/2011 sussiste un regime di semplice proroga: l'assimilazione tra due istituti completamente differenti come proroga e affidamento diretto procura un ingiusto pregiudizio al gestore rispetto a condotte che non sono a lui imputabili;

- nessuna norma o principio fissa in 6 mesi il limite temporale oltre il quale la proroga muta qualificazione giuridica;
- è paradossale per il gestore uscente non poter interrompere un servizio di pubblica utilità e per questo incontrare un ostacolo alla partecipazione alle gare (in contrasto con l'art. 41 della Costituzione) sopportando l'inerzia delle amministrazioni precedenti;
- sarebbe irragionevole per l'operatore economico attendere l'inesorabile cessazione di tutti gli affidamenti diretti per partecipare ad una gara, con l'effetto sproporzionato di escludere radicalmente dal mercato dei servizi pubblici le imprese con maggiore esperienza: l'ottica corretta è quella del graduale adeguamento di tutti i soggetti abilitati alle regole della concorrenza;
- in ogni caso opera il beneficio delle "prime gare", tenuto conto che Cogeme Gestioni è gestore uscente e il Comune di Coccaglio ha bandito la prima gara dopo l'affidamento diretto.

Detto ordine di idee non merita condivisione.

5.2 In punto di fatto Cogeme Gestioni ha dato conto (cfr. suo doc. 17) di 41 affidamenti diretti in proroga susseguenti alla scadenza ex lege (31/12/2010), 16 dei quali interessati da un prolungamento disposto sino al 31/12/2011.

5.3 Deve preliminarmente essere sottolineato un aspetto rilevante rappresentato dalla stessa controinteressata, 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.

Questo Tribunale (sez. II – 3/6/2011 n. 826) ha recentemente analizzato l'art. 23-bis del D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008 che disciplina, 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.

5.4 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.

5.5 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 rinvitato 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".

5.6 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 protrazione 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.

5.7 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 analogo 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.

5.8 A questo punto si possono trarre le dovute conseguenze sulla controversa natura degli atti riassunti nel doc. 17 della

controinteressata. I provvedimenti temporanei di proroga – 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 influente 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). Peraltro il numero di atti di proroga è

talmente elevato che – ancorchè il difensore di Cogeme Gestioni abbia dichiarato in sede di discussione pubblica della causa che i bandi risultano pubblicati – 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 accettabile, potendo garantire contro eventuali imprevisti nell'espletamento della gara: possono essere poi valutate caso per caso situazioni eccezionali, ma la presenza di ben 16 rinvii di un anno preclude una conclusione in tal senso.

5.9 La controinteressata 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 al punto 5.5 – 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 controinteressata 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.

6. 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 (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”.

7. In conclusione il gravame introduttivo è fondato e deve essere accolto, con assorbimento delle ulteriori questioni dedotte da Bi.Co. Due, poiché Cogeme Gestioni doveva essere esclusa dalla gara. Rispetto all'ulteriore profilo del gravame incidentale non residua alcun interesse in capo a Cogeme Gestioni.

La novità della questione concreta giustifica 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:

- respinge il gravame incidentale proposto dalla controinteressata.
- accoglie il ricorso introduttivo, e per l'effetto annulla i

provvedimenti impugnati dalla ricorrente.

- dichiara la sopravvenuta carenza di interesse all'esame dell'ulteriore motivo del gravame incidentale.

Spese di lite compensate.

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 9 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/06/2011

IL SEGRETARIO

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