

**T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 16 giugno 2010, n. 561**

Contratti della P.A. - Affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal comma 2, lett. b), dell'art. 23 *bis* del D.L. n. 112 del 2008 - Applicazione nei confronti di società del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione – Non sussiste.

N. 00561/2010 REG.SEN.

**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 Calabria**

**Sezione Staccata di Reggio Calabria**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2010, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Fata Morgana s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Demetrio Logoteta, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Fantappiè e Giampaolo Raia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Aurelio Leuzzi in Reggio Calabria, via Cimino n. 22;

***contro***

Comune di Reggio Calabria, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario De Tommasi, con domicilio eletto presso lo studio di questi in Reggio Calabria, via Castello, n. 1;

***nei confronti di***

Commissario delegato per l'emergenza nel settore rifiuti della Regione Calabria, non costituito in giudizio; Leonia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentato e difeso dagli avv.ti Vincenzo Bombardieri, Valerio Menaldi e Attilio Luigi Maria Toscano, con domicilio ex lege presso la Segreteria del T.A.R. in Reggio Calabria, viale Amendola, n. 8/B;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della determinazione n. 1749 del 21/07/2009, con cui il Comune di Reggio Calabria ha indetto una gara a procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - per la gestione del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani con la sola modalità differenziata e connesse attività ed oneri sul territorio del Comune di Reggio Calabria, del bando di gara, del capitolato speciale di appalto e del disciplinare di gara;
- delle successive integrazioni al disciplinare di gara e dunque delle determinazioni di rettifica n. 7 del 7/07/2009, n. 11 del 27/07/2009 e n. 13 del 7/08/2009, pubblicate per stralcio, specie nella parte in cui con cui è stato modificato il comma 5 dell'art. 8 del disciplinare, consentendo così la partecipazione alla gara della società Leonia s.p.a.;
- del provvedimento di nomina della Commissione di gara da parte del Segretario Generale del 14 settembre 2009;
- di tutti i verbali delle sedute della Commissione di gara da 1 a 19 e delle decisioni ivi assunte dalla Commissione di gara ed in specie della aggiudicazione provvisoria disposta dalla Commissione di gara nel verbale n. 19;
- della decisione assunta dal Comune di Reggio Calabria nella lettera del responsabile del procedimento del 2 marzo 2010 (e della dichiarazione ivi

contenuta) di non escludere la società Leonia s.p.a., nonostante l'espressa diffida di Fata Morgana a provvedere in tal senso;

- della comunicazione del Dirigente del Comune di Reggio Calabria U.O. Servizi Esternalizzati ed Organismi Partecipati del 5 marzo 2010 inerente il passaggio di mezzi e attrezzature alla società Leonia s.p.a.;

nonché (atti impugnati con motivi aggiunti):

- della deliberazione della Giunta municipale n. 310 del 02.07.2009;

- della determinazione dirigenziale n. 7 del 09.04.2010, comunicata con nota del responsabile del procedimento prot. n. 77002 del 09 aprile 2010 nella sola parte in cui proroga il servizio alla società Fata Morgana di soli ulteriori trenta giorni consecutivi e solari con decorrenza 10.04.2010 e degli atti ivi richiamati, per quanto possa occorrere, ovvero "nota n. 18734 del 26.01.2010, giusto deliberato di G.C n. 27 del 02.02.2009, iniziata con determina dirigenziale n. 18 del 12 novembre 2009... per come aggiudicata con determina dirigenziale n. 23 del 10.12.2009" e della nota dirigenziale n. 68860 del 26.03.2010;

- della determinazione dirigenziale n. 06 del 08.04.2010, reg. gen. 921 del 21.04.2010, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore di Leonia s.p.a., comunicata con nota del responsabile del procedimento prot. n. 85718 del 22 aprile 2010;

- di ogni atto presupposto, connesso e conseguente ancorché allo stato non conosciuto;

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Reggio di Calabria e della Leonia s.p.a.;

Visti i motivi aggiunti depositati il 29 aprile 2010;

Visto il decreto del Presidente di questo Tribunale n. 60 del 9 marzo 2010, di concessione di misure cautelari provvisorie;

Viste le ordinanze di questo Tribunale n. 89 del 24 marzo 2010, di parziale accoglimento della domanda di sospensione cautelare dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso principale, e n. 141 del 20 maggio 2010, di rigetto della domanda di sospensione cautelare dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2010 il dott. Giuseppe Caruso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con atto notificato l'8 marzo 2010 e depositato il 23 marzo 2010, la Fata Morgana s.p.a. impugna:

- la determinazione n. 1749 del 21/07/2009, con cui il Comune di Reggio Calabria ha indetto una gara a procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - per la gestione del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani con la sola modalità differenziata e connesse attività ed oneri sul territorio del Comune di Reggio Calabria, il bando di gara, il capitolato speciale di appalto e il disciplinare di gara;

- le successive integrazioni al disciplinare di gara e dunque le determinazioni di rettifica n. 7 del 7/07/2009, n. 11 del 27/07/2009 e n. 13 del 7/08/2009, pubblicate per stralcio, specie nella parte in cui con cui è stato modificato il comma 5 dell'art. 8 del disciplinare, consentendo così la partecipazione alla gara della società Leonia s.p.a.;

- il provvedimento di nomina della Commissione di gara da parte del Segretario Generale del 14 settembre 2009;
- tutti i verbali delle sedute della Commissione di gara da 1 a 19 e le decisioni ivi assunte dalla Commissione di gara ed in specie la aggiudicazione provvisoria disposta dalla Commissione di gara nel verbale n. 19;
- la decisione assunta dal Comune di Reggio Calabria nella lettera del responsabile del procedimento del 2 marzo 2010 (e la dichiarazione ivi contenuta) di non escludere la società Leonia s.p.a., nonostante l'espressa diffida di Fata Morgana a provvedere in tal senso;
- la comunicazione del Dirigente del Comune di Reggio Calabria U.O. Servizi Esternalizzati ed Organismi Partecipati del 5 marzo 2010 inerente il passaggio di mezzi e attrezzature alla società Leonia s.p.a.

La ricorrente fa presente di essere l'attuale gestore del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Reggio Calabria, giusta deliberazione n. 10 del 29 giugno 2004, del Commissario ad acta nominato con ordinanza del Commissario delegato per l'emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria n. 2741 del 21 ottobre 2003.

Deduce avverso gli atti impugnati i seguenti motivi:

*1) Incompetenza. Violazione dell'art. 5 della legge n. 225/1992, dell'art. 107 del D.Lg.vo n. 112/1998 e delle ordinanze dichiarative dello stato di emergenza ambientale e di nomina dei Commissari delegati all'emergenza rifiuti. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dei principi costituzionali in tema di buona amministrazione e del principio generale di legalità. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, irrazionalità, falso presupposto in fatto e diritto.*

A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza ambientale (da ultimo prorogato fino al 31 dicembre 2010, seppure solo con D.P.C.M. del 18 dicembre 2009, successivo al bando di gara) e della nomina di Commissari delegati da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, non residuerebbe spazio alcuno per

iniziative comunali in materia di raccolta differenziata, sicché il relativo servizio – nell’assetto individuato dai Commissari - dovrebbe essere svolto dalla ricorrente, nel Sottoambito di Reggio Calabria, fino al termine dell’emergenza rifiuti nella Regione Calabria.

*II) Violazione dell’art. 113 del D.Lg.vo n. 267/2000, dell’art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, conv. con modif. dalla legge n. 133/2008, e succ. modif. Violazione dell’art. 13 del D.L. n. 223/2006. Violazione del principio di buon andamento. Eccesso di potere per sviamento e falso presupposto in fatto e diritto.*

La Leonia s.p.a., in quanto affidataria diretta del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, di quello di pulizia delle aree mercatali e di quello di spazzamento del Comune di Reggio Calabria, non potrebbe partecipare, ai sensi delle disposizioni in epigrafe (art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e succ. modif.), a procedure di gara per l’affidamento di servizi ulteriori. In ogni caso, la Leonia s.p.a. non potrebbe mai gestire il servizio di raccolta differenziata, in quanto il suo socio di minoranza non è stato selezionato per gestire il servizio e meno che mai per la raccolta differenziata, che non figura neppure nell’oggetto sociale di Leonia. Quest’ultimo dovrebbe essere “esclusivo”, cioè limitato ai servizi affidati direttamente. La partecipazione di Leonia s.p.a. alla gara in questione determinerebbe effetti discorsivi della concorrenza, per l’evidente vantaggio sui costi determinato dalla posizione di affidataria dei servizi di raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati.

*III) Violazione degli articoli 11, 12, 86, 87 e 88 del D.Lg.vo n. 163/2006 e dell’art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e succ. modif. Violazione del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 Cost.) e dell’art. 3 della legge n. 241/1990. Violazione del principio della par condicio, dell’imparzialità e della trasparenza dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento, falso presupposto di fatto e di diritto, difetto e carenza di motivazione, illogicità, disparità di trattamento.*

Il disciplinare di gara avrebbe previsto all'art. 15 dei criteri di aggiudicazione illegittimi (parametro 3, criteri 1 e 2, parametro 5, criteri 3 e 4, e punteggio attribuito all'offerta economica). La posizione di gestore del servizio di raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati avrebbe consentito alla Leonia di presentare un'offerta (segnatamente per utenze servite e prezzo) economicamente improponibile per qualsiasi altra azienda, resa possibile solo dalla "sussidiazione incrociata (*cross – subsidization*) tra i servizi di raccolta dei rifiuti indifferenziati e differenziati sullo stesso territorio". Tale vantaggio sarebbe oltre tutto amplificato dalla "correlazione perfetta" che sussisterebbe tra i parametri 3 e 5.

*IV) Violazione dell'art. 113 del D.Lg.vo n. 267/2000 e dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e succ. modif., degli articoli 42, 45 e 70 del D.Lg.vo n. 163/2006 e delle ordinanze commissariali che hanno decretato lo stato di emergenza. Violazione del principio dell'affidamento e della parità di trattamento. Eccesso di potere per sviamento e falso presupposto in fatto e in diritto.*

Sarebbe illegittima l'integrazione del disciplinare di gara che ha consentito alla Leonia s.p.a. di partecipare alla gara, sul presupposto che la crisi nel settore presso la Regione Calabria potesse considerarsi superata. L'integrazione sarebbe stata "ritagliata ad hoc" per consentire la partecipazione della Leonia alla gara. In ogni caso avrebbe dovuto essere accompagnata da un provvedimento di proroga dei termini a favore di eventuali altre imprese interessate.

*V) Violazione dell'art. 202 del D.Lg.vo n. 152/2006. Violazione degli impegni presi in sede di concertazione. Eccesso di potere per sviamento, falsità del presupposto, difetto ed erroneità della motivazione e dell'istruttoria.*

L'art. 9, comma 4, del capitolato speciale (che prevede il transito alle dipendenze dell'aggiudicatario del personale della ditta cessante solo "nei limiti dei lavoratori ex LPU transitati originariamente dal progetto 'RTI Città vivibile' ") sarebbe in contrasto con l'art. 202, in epigrafe e con gli impegni assunti dal Comune sul

mantenimento dei livelli occupazionali, alterando la par condicio tra i concorrenti (solo Fata Morgana avrebbe l'obbligo di mantenere in servizio tutti gli attuali dipendenti).

*VI) Violazione degli articoli 11 e 84 del D.Lg.vo n. 163/2006 e dell'art. 10 del Regolamento per la disciplina dei contratti del Comune di Reggio Calabria. Violazione del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 della Costituzione) e dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Violazione del principio della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento, difetto e carenza di motivazione.*

Non vi sarebbe certezza che il provvedimento di nomina della Commissione sia successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Il provvedimento di nomina avrebbe dovuto essere comunicato agli interessati almeno 5 giorni prima del giorno di celebrazione della gara.

*VII) Violazione degli articoli 11 e 84 del D.Lg.vo n. 163/2006. Violazione del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 della Costituzione) e dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Violazione del principio della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento, difetto e carenza di motivazione.*

Non sussisterebbe garanzia alcuna sul luogo e le modalità di custodia delle buste contenenti le offerte nel periodo in cui si sono svolte le sedute "riservate" della Commissione aggiudicatrice.

*VIII) Violazione degli articoli 11 e 84 del D.Lg.vo n. 163/2006. Violazione del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 della Costituzione) e dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Violazione del principio dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento, difetto e carenza di motivazione, illogicità e disparità di trattamento.*

Si sarebbe stabilito di procedere alla consegna del servizio alla Leonia ancor prima dell'aggiudicazione definitiva. In ogni caso la consegna in via d'urgenza sarebbe



possibile solo per gli appalti di lavori e dovrebbe essere assistita da idonea motivazione.

Con successivi motivi aggiunti, depositati il 29 aprile 2010, la Fata Morgana s.p.a. impugna inoltre:

- la deliberazione della Giunta municipale n. 310 del 02.07.2009;
- la determinazione dirigenziale n. 7 del 09.04.2010, comunicata con nota del responsabile del procedimento prot. n. 77002 del 09 aprile 2010 nella sola parte in cui proroga il servizio alla società Fata Morgana di soli ulteriori trenta giorni consecutivi e solari con decorrenza 10.04.2010 e degli atti ivi richiamati, per quanto possa occorrere, ovvero “nota n. 18734 del 26.01.2010, giusto deliberato di G.C n. 27 del 02.02.2009, iniziata con determina dirigenziale n. 18 del 12 novembre 2009... per come aggiudicata con determina dirigenziale n. 23 del 10.12.2009” e la nota dirigenziale n. 68860 del 26.03.2010;
- la determinazione dirigenziale n. 06 del 08.04.2010, reg. gen. 921 del 21.04.2010, con cui è stata disposta l’aggiudicazione definitiva a favore di Leonia s.p.a., comunicata con nota del responsabile del procedimento prot. n. 85718 del 22 aprile 2010.

Oltre a ribadire integralmente le censure avanzate con il ricorso principale, la ricorrente deduce:

*IX) Invalidità derivata.*

L’illegittimità degli atti impugnati con il ricorso principale si estenderebbe a quelli contestati con i motivi aggiunti.

*X) Violazione degli articoli 11 e 84 del D.Lg.vo n. 163/2006. Violazione del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 della Costituzione) e dell’art. 3 della legge n. 241/1990. Violazione del principio della par condicio, dell’imparzialità e della trasparenza dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento, difetto e carenza di motivazione.*

I commissari di gara non sarebbero stati scelti nel rispetto delle disposizioni di legge che regolano la materia. Due dei tre componenti della Commissione non sarebbero in possesso di adeguate esperienza e professionalità nella materia specifica della raccolta differenziata, né la loro nomina sarebbe motivata sul punto. Il Regolamento di contratti del Comune andrebbe disapplicato in quanto contrastante con la disciplina di legge.

*XI) Violazione degli articoli 10, 11, 12 e 84 del D.Lg.vo n. 163/2006 e dell'art. 107 del D.Lg.vo n. 267/2000. Violazione del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 della Costituzione) e dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Violazione degli articoli 2341 bis e 1418 cod. civ. e dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e succ. modif. Violazione del principio dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento, difetto e carenza di motivazione.*

Il Dirigente de Settore U.O. Servizi esternalizzati del Comune di Reggio Calabria avrebbe assunto nella procedura ruoli incompatibili, per essere il soggetto istituzionalmente preposto alla gestione e al controllo delle partecipazioni comunali (tra le quali quella del 51% nella Leonia s.p.a.) per aver bandito la gara ed essere stato responsabile del procedimento, presidente della Commissione aggiudicatrice e controllore della regolarità dell'aggiudicazione). Inoltre, i patti parasociali della Leonia (art. 8) impegnerebbero illegittimamente il Comune ad adoperarsi per far ottenere a quest'ultima l'affidamento dei servizi comunali.

La ricorrente conclude per l'accoglimento del gravame.

Il Comune di Reggio Calabria si è costituito in giudizio ed ha eccepito la tardività dell'impugnazione degli atti di indizione della procedura ad evidenza pubblica, di ammissione alla gara della Leonia s.p.a. e di rettifica del bando di gara, che sarebbero stati immediatamente lesivi della sfera giuridica della ricorrente, nonché l'inammissibilità della impugnazione dell'indizione della procedura, per mancata contestazione delle deliberazioni del Consiglio comunale n. 41 del 30 luglio 2008 e

della Giunta municipale n. 27 del 2 febbraio 2009 e n. 310 del 2 luglio 2009. In ogni caso, sostiene, con articolate contro deduzioni, l'infondatezza e l'inammissibilità, sotto altri profili, delle censure avanzate con il ricorso principale e i motivi aggiunti, chiedendone la reiezione.

Anche la controinteressata Leonia s.p.a. si è costituita in giudizio ed ha eccepito in via preliminare il difetto di giurisdizione di questo Tribunale in ordine all'impugnazione degli atti di indizione della gara, sostenendo comunque – con specifiche contro deduzioni - la tardività e l'inammissibilità sotto svariati profili, nonché l'infondatezza, del ricorso e dei motivi aggiunti, dei quali chiede il rigetto.

Con successive memorie le parti hanno ribadito ed ampliato le loro argomentazioni, insistendo nelle rispettive conclusioni.

La causa è stata assunta in decisione nella pubblica udienza del 4 giugno 2010.

## DIRITTO

1. Va in primo luogo esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione avanzata dalla controinteressata Leonia s.p.a., secondo la quale la ricorrente Fata Morgana s.p.a. afferma in sostanza di avere diritto a proseguire nel rapporto contrattuale in essere con l'amministrazione comunale fino al perdurare dello stato di emergenza rifiuti in Calabria (al momento: 31 dicembre 2010), sicché avrebbe dovuto rivolgersi all'A.G.O. per contestare l'inadempimento contrattuale del Comune di Reggio Calabria.

L'eccezione non ha pregio.

La ricorrente contesta, infatti, provvedimenti amministrativi - di indizione e aggiudicazione di una gara – che sono sicura espressione di potestà autoritativa, dinanzi alla quale la sua posizione è di interesse legittimo.

2. In ordine all'impugnazione degli atti di indizione della gara e alle censure avanzate nei loro riguardi con il I) motivo, il collegio ritiene di prescindere

dall'esame delle eccezioni di rito sollevate dall'amministrazione comunale e dalla controinteressata, giacché tali doglianze sono, nel merito, infondate.

Secondo la ricorrente, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza ambientale (da ultimo prorogato fino al 31 dicembre 2010, seppure solo con D.P.C.M. del 18 dicembre 2009, successivo al bando di gara) e della nomina di Commissari delegati da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, non residuerebbe spazio alcuno per iniziative comunali in materia di raccolta differenziata, sicché il relativo servizio – nell'assetto individuato dai Commissari - dovrebbe essere svolto dalla ricorrente, nel Sottoambito di Reggio Calabria, fino al termine dell'emergenza rifiuti nella Regione Calabria.

La doglianza è infondata, in quanto non può ritenersi sussistente l'invocato titolo della ricorrente alla prosecuzione del rapporto per tutto il periodo di permanenza dell'emergenza.

Al riguardo occorre rilevare, in primo luogo, che la competenza dell'amministrazione comunale di Reggio Calabria non risulta revocabile in dubbio, dato che lo stesso affidamento del quale la Fata Morgana s.p.a. chiede la prosecuzione già "ab initio" non è stato disposto dal Commissario delegato per il superamento della criticità ambientale nel territorio della Regione Calabria, ma dal Comune di Reggio Calabria (seppure tramite Commissario ad acta, nominato dal predetto Commissario delegato; v. le rispettive deliberazioni n. 2741 del 21 ottobre 2003 e n. 10 del 29 giugno 2004), come pure le successive proroghe, che la ricorrente vorrebbe fossero estese fino al termine dello stato di emergenza.

La rivendicata "prosecuzione" del rapporto per tutta la durata dello stato di emergenza – peraltro prorogato solo dopo l'adozione degli atti oggetto di contestazione nella presente sede - è, poi, testualmente esclusa dall'art. 2 della convenzione di affidamento del servizio, allegata alla deliberazione commissariale n. 10/2004, cit., secondo cui "la convenzione avrà la durata di anni 5 a decorrere

dall'1.7.2004 e, quindi fino al 30.6.2009 e sarà prorogabile solo in seguito ad atto formale del Comune”.

A ciò si aggiunga che la legittimità “originaria” dell'affidamento del servizio di raccolta differenziata a Fata Morgana s.p.a. è stata oggetto di rilievo da parte della Corte dei conti (v. deliberazione sez. contr. Regione Calabria n. 167 del 22 maggio 2008), come pure da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha specificamente raccomandato di evitare proroghe nella gestione dei servizi affidati in assenza di gara (decisione del 3 luglio 2008, pubblicata in bollettino n. 26/2008).

Infine, lo stesso Commissario delegato per il superamento della criticità ambientale nel territorio della Regione Calabria (v. nota n. 17521 dell'11 novembre 2008) afferma che – attesa la disciplina vigente in materia di affidamento di servizi pubblici locali - i contratti stipulati con le società miste sono validi solo fino alla loro naturale scadenza (comunque non oltre la data del 31 dicembre 2010) e che essi non possono “in assoluto” essere prorogati.

3. Con il II) motivo si deduce che la Leonia s.p.a., in quanto affidataria diretta di altri servizi comunali non potrebbe partecipare, ai sensi dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e succ. modif., alla procedura di gara “de qua”. In ogni caso, la Leonia s.p.a. non potrebbe mai gestire il servizio di raccolta differenziata, in quanto il suo socio di minoranza non è stato selezionato per gestire il servizio e meno che mai per la raccolta differenziata, che non figura neppure nell'oggetto sociale di Leonia. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del D.L. n. 223/2006, dovrebbe essere “esclusivo”, cioè limitato ai servizi affidati direttamente. La partecipazione di Leonia s.p.a. alla gara in questione determinerebbe effetti discorsivi della concorrenza, per l'evidente vantaggio sui costi determinato dalla posizione di affidataria dei servizi di raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati.

Anche con riferimento al II) motivo, il collegio ritiene di prescindere dall'esame delle eccezioni di rito sollevate dall'amministrazione comunale e dalla controinteressata, giacché esso si appalesa, nel merito, inaccoglibile.

Il comma 9 dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e succ. modif. (da ultimo introdotte dal D.L. n. 135/2009 e dalla legge n. 166/2009) dispone che *"le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. 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"*.

La ricorrente sostiene che la Leonia s.p.a. incorrerebbe nel divieto, previsto nel primo periodo del predetto comma 9, di partecipare a gare per l'affidamento di servizi ulteriori rispetto a quelli che già gestisce per il Comune di Reggio Calabria, in quanto l'espressione *"ovvero ai sensi del comma 2, lettera b)"* equiparerebbe agli affidamenti diretti e a quelli scaturiti da procedure non ad evidenza pubblica quelli operati a favore di *"società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e*

*l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento” (art. 23 bis, comma 2, lett. b), cit.).*

Tale lettura della disposizione in questione, seppure consentita dalla lettera della stessa, non può essere condivisa, giacché l'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal comma 2, lett. b), dell'art. 23 bis si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato - del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole ed immotivata – anche alla luce dei principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato (v. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.U.E. del 12 aprile 2008) - l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione.

Va dunque preferita l'interpretazione della disposizione – pure consentita dalla sua lettera – nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura *non* ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica (“ovvero”) anche le forme previste dal comma 2, lett. b), dell'art. 23 bis., cit.

Ne discende che detto divieto non risulta applicabile nei confronti della Leonia s.p.a., per l'appunto costituita in conformità del disposto dell'art. 23 bis, comma 2, lett. b), del D.L. n. 112/2008 e succ. modif.

Né ha pregio il rilievo che nell'oggetto sociale della Leonia s.p.a. non sarebbe ricompresa la raccolta differenziata e che comunque tale oggetto dovrebbe essere esclusivo.

Ed invero, l'art. 4 dello statuto della Leonia s.p.a. prevede che la società ha come oggetto sociale le attività di produzione e di fornitura di servizi reali ed intellettuali nel settore della tutela dell'ambiente ed ambientale in genere, tra le quali la raccolta trasporto e trattamento dei rifiuti solidi urbani interni, dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, tossici e nocivi. Poiché la "raccolta differenziata" rientra nel più ampio concetto di "raccolta" dei rifiuti, non può disconoscersi che tale attività rientri nell'oggetto sociale della Leonia s.p.a.

Quanto alla pretesa necessità di esclusiva, prevista dall'art. 13, comma 2, del D.L. n. 223/2006, conv. dalla legge n. 248/2006 e succ. modif., è agevole osservare in contrario che il comma 1 dello stesso art. 13 esclude dall'ambito di applicazione della disposizione le società costituite o partecipate dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali, tra le quali rientra la Leonia s.p.a.

In ordine ai pretesi effetti distorsivi della concorrenza determinati dalla partecipazione della Leonia s.p.a. alla gara in questione, occorre rilevare – a prescindere dall'assenza di prova di simili effetti, contestati sia dal Comune sia dalla controinteressata – che essi sarebbero conseguenti ad una posizione legittimamente acquisita, nel rispetto di modalità concorrenziali, per cui non potrebbero configurare una turbativa dei meccanismi di mercato.

4. Con il III) motivo viene dedotto che il disciplinare di gara avrebbe previsto all'art. 15 dei criteri di aggiudicazione illegittimi (parametro 3, criteri 1 e 2, parametro 5, criteri 3 e 4, e punteggio attribuito all'offerta economica). La posizione di gestore del servizio di raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati avrebbe consentito alla Leonia s.p.a. di presentare un'offerta (segnatamente per utenze servite e prezzo) economicamente improponibile per qualsiasi altra azienda, resa possibile solo dalla "sussidiazione incrociata (cross – subsidization) tra i servizi di raccolta dei rifiuti indifferenziati e differenziati sullo stesso territorio". Tale



vantaggio sarebbe oltre tutto amplificato dalla “correlazione perfetta” che sussisterebbe tra i parametri 3 e 5.

Anche queste lagnanze, peraltro attinenti a valutazioni di merito, in linea di principio precluse al sindacato del giudice amministrativo, non meritano condivisione.

Le contestazioni operate dalla ricorrente, infatti, non attengono tanto ai criteri in sé considerati, bensì al fatto che essi favorirebbero in particolare la Leonia s.p.a. in quanto attuale affidataria del servizio di raccolta indifferenziata.

Esse finiscono dunque per ribadire, sebbene sotto diversa angolazione, le censure avanzate contro l'ammissione della Leonia s.p.a. alla gara e le considerazioni sul preteso effetto discorsivo di essa, già sopra affrontate e disattese.

5. Con il IV) motivo, la ricorrente deduce che sarebbe illegittima l'integrazione del disciplinare di gara che ha consentito alla Leonia s.p.a. di partecipare alla gara, sul presupposto che la crisi nel settore presso la Regione Calabria potesse considerarsi superata. L'integrazione sarebbe stata “ritagliata ad hoc” per favorire la partecipazione della Leonia alla gara. In ogni caso avrebbe dovuto essere accompagnata da un provvedimento di proroga dei termini a favore di eventuali altre imprese interessate.

Sotto quest'ultimo aspetto la censura è inammissibile, per carenza di interesse della ricorrente – che ha regolarmente preso parte alla gara - a farla valere. Il collegio ritiene di prescindere dall'esame degli altri profili di inammissibilità eccepiti, perché la doglianza deve considerarsi infondata.

Ed invero, la rettifica del bando operata dall'amministrazione con determinazione dirigenziale n. 13 del 7 agosto 2009 consegue sì all'istanza avanzata dalla Leonia s.p.a. con nota del 3 agosto 2009, consentendone la partecipazione, ma non risulta assunta sul presupposto (erroneo) dell'intervenuta fine dello stato di emergenza, bensì è ispirata dal legittimo intento di non riproporre, nei fatti, il monopolio

dell'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti nella Regione a favore delle società miste di promanazione commissariale – uniche imprese che negli ultimi anni hanno potuto espletare in Calabria tale attività - in applicazione del principio di massima partecipazione alle procedure di gara e, in definitiva, a tutela del mercato.

6. Con il V) motivo, si deduce che l'art. 9, comma 4, del capitolato speciale (che prevede il transito alle dipendenze dell'aggiudicatario del personale della ditta cessante solo "nei limiti dei lavoratori ex LPU transitati originariamente dal progetto 'RTI Città vivibile' ") sarebbe in contrasto con l'art. 202 del D.Lg.vo n. 152/2006 e con gli impegni assunti dal Comune sul mantenimento dei livelli occupazionali, alterando la par condicio tra i concorrenti (solo Fata Morgana avrebbe l'obbligo di mantenere in servizio tutti gli attuali dipendenti).

Anche con riferimento a dette doglianze, si può prescindere dall'esame delle eccezioni di rito sollevate dalle controparti, giacché le stesse sono, nel merito, infondate.

E' sufficiente osservare, in proposito, che l'art. 202 del D.Lg.vo n. 152/2006 disciplina la gara che deve espletare l'Autorità d'ambito per aggiudicare il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, sicché il suo comma 6 (cui si richiama la ricorrente) - attinente alla sorte del personale in precedenza adibito ai servizi comunali di gestione dei rifiuti – non è evidentemente applicabile alla procedura oggetto del presente giudizio, espletata non dall'Autorità d'ambito ma da un Comune e non relativa alla gestione integrata dei rifiuti, ma solo alla raccolta differenziata.

7. Con il VI motivo si sostiene che non vi sarebbe certezza che il provvedimento di nomina della Commissione sia successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte e che il provvedimento di nomina avrebbe dovuto

essere comunicato agli interessati almeno 5 giorni prima del giorno di celebrazione della gara.

Le censure non meritano favorevole considerazione.

Non sussiste prova della violazione dell'art. 84, comma 10, del D.Lg.vo n. 163/2006, giacché il termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara scadeva alle ore 12 del 14 settembre 2009 e il provvedimento di nomina della Commissione è stato protocollato in pari data, alle ore 13,12. Il mancato rispetto del preavviso di almeno cinque giorni previsto dal regolamento comunale dei contratti per la comunicazione della nomina ai componenti della Commissione aggiudicatrice risulta obbligato dai tempi della procedura scanditi dalla sua *lex specialis*. Si tratta in ogni caso di irregolarità formale, che non può comportare l'annullamento della procedura, ai sensi dei principi affermati dall'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990.

8. Con il VII) motivo, si deduce che non sussisterebbe garanzia alcuna sul luogo e le modalità di custodia delle buste contenenti le offerte nel periodo in cui si sono svolte le sedute "riservate" della Commissione aggiudicatrice.

La censura è infondata.

Il collegio ritiene infatti che l'obbligo di custodia dei documenti di una gara pubblica da parte della stazione appaltante, è da presumersi assolto con l'adozione delle normali garanzie di conservazione degli atti amministrativi, tali da assicurare la genuinità ed integrità dei plichi. Ne consegue che la doglianza secondo la quale le buste contenenti le offerte non sarebbero state adeguatamente custodite è inaccoglibile allorché – come avviene nella fattispecie - non sia stato addotto alcun elemento concreto e specifico, atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei pieghi, la manomissione delle offerte o un altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura (v. T.A.R. Sicilia, Catania, III, 6 febbraio 2007, n. 207; C.S., V, 3 gennaio 2002, n. 5).

9. Le doglianze avanzate dalla ricorrente con l'VIII) motivo e ribadite con i motivi aggiunti sono state rinunciate nella "memoria per il merito" depositata il 28 maggio 2010 (v. pag. 16).

10. Con il X) motivo della narrativa in fatto, si deduce che i commissari di gara non sarebbero stati scelti nel rispetto delle disposizioni di legge che regolano la materia. Due dei tre componenti della Commissione non sarebbero in possesso di adeguate esperienza e professionalità nella materia specifica della raccolta differenziata, né la loro nomina sarebbe motivata sul punto. Il Regolamento di contratti del Comune andrebbe disapplicato in quanto contrastante con la disciplina di legge.

Si può prescindere dalle eccezioni di rito, attesa l'infondatezza del motivo nel merito.

Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, la commissione risulta nominata nel rispetto dell'art. 84, commi 3 e 8, del D.Lg.vo n. 163/2006. Essa comprende infatti, seguendo la prioritaria indicazione della norma in questione, tre funzionari interni dell'amministrazione sicuramente in possesso di adeguata professionalità, avuto riguardo alle delicate e pregnanti funzioni espletate (Dirigenti, rispettivamente, dell'U.O. Servizi esternalizzati e ed organismi partecipati, dell'Ufficio finanze e tributi e dell'Ufficio appalti e contratti).

11. Con l'XI) motivo della narrativa in fatto, la Fata Morgana s.p.a. deduce che il Dirigente del Settore U.O. Servizi esternalizzati del Comune di Reggio Calabria avrebbe assunto nella procedura ruoli incompatibili, per essere il soggetto istituzionalmente preposto alla gestione e al controllo delle partecipazioni comunali (tra le quali quella del 51% nella Leonia s.p.a.) per aver bandito la gara ed essere stato responsabile del procedimento, presidente della Commissione aggiudicatrice e controllore della regolarità dell'aggiudicazione). Inoltre, i patti

parasociali della Leonia (art. 8) impegnerebbero illegittimamente il Comune ad adoperarsi per far ottenere a quest'ultima l'affidamento dei servizi comunali.

Pure queste censure vanno disattese.

Nessuna norma impedisce il cumulo di compiti addebitato al Presidente della Commissione. Anzi il comma 4 dell'art. 84 del D.Lg.vo n. 163/2006 conferma, indirettamente la legittimità di tale cumulo prevedendo limiti solo per i commissari diversi dal presidente. E d'altronde, la giurisprudenza ha avuto anche modo di precisare che non sussiste incompatibilità tra le funzioni di Presidente della Commissione di gara e quella di responsabile del procedimento - RUP, mentre, per altro verso, l'approvazione degli atti della Commissione non può essere ricompresa nella nozione di controllo, risolvendosi in una revisione interna, connessa alla responsabilità unitaria del procedimento (v. T.A.R. Toscana, II, 13 luglio 2007, n. 1273; T.A.R. Lazio, III, 25 marzo 2005, n. 2132).

Risultano – infine - irrilevanti i patti parasociali che la ricorrente stigmatizza, perché estranei alla procedura in contestazione.

12. Sulle base di tutte le argomentazioni sopra svolte, il ricorso in esame appare infondato e va quindi rigettato.

13. Sussistono giuste ragioni per l'integrale compensazione tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO