



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 il Lazio
sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 674 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Agesp Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Calugi, Luca Maria Pietrosanti, con domicilio eletto presso Luca Maria Adv. Pietrosanti in Latina, piazza Mercato,11;

contro

Comune di Alatri, rappresentato e difeso dall'avv. Francesca Petulla', con domicilio Ex Lege presso Tar Lazio Sez. Di Latina in Latina, via A. Doria, 4;

nei confronti di

Soc. De Vizia Transfer Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Contieri, Gennaro Macri, con domicilio eletto presso Michele Adv. Iazzetta in Latina, viale dello Statuto,19;

Cosp Tecno Service Soc. Coop.;

per l'annullamento, previa sospensiva

del provvedimento adottato dalla Commissione Giudicatrice nella seduta del 16 giugno 2010 verbale n.21, dell'atto prot.n.22656 del 16 giugno 2010 di comunicazione di esclusione dalla gara dell'atto prot.n.25073 del 6 luglio 2010 di conferma esclusione dalla gara per l'affidamento dei servizi di nettezza urbana e raccolte differenziate; per il risarcimento dei danni;

con ricorso per motivi aggiunti, depositati il 9 settembre 2010, per l'annullamento, previa sospensiva

del provvedimento recante l'aggiudicazione provvisoria della gara a favore della Soc. De Vizia Transfer Spa, adottato dalla commissione di gara nella seduta del 14 luglio 2010, verbale di gara n.22; della determinazione n. 1688 del 18 agosto 2010 con cui sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara a favore della contro interessata;

con ricorso incidentale depositato il 14 settembre 2010 della Soc. De Vizia Transfer Spa, per l'annullamento,

degli atti di gara nella parte in cui non tengono conto dell'esistenza di ulteriori ragioni di esclusione della ricorrente e, segnatamente, della decisione della commissione di cui al verbale 20 dell'8 giugno 2010 con la quale sono state accolte le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta presentate dalla ricorrente, e di quelli di cui ai precedenti verbali da 16 a 19 con le quali sono state reiteratamente chieste ulteriori giustificazioni, nonché del verbale di esclusione della stessa

ricorrente 21 del 16 giugno 2010, nella parte in cui non ha tenuto conto dell'esistenza di un ulteriore profilo di esclusione ai sensi dell'articolo 23 bis del decreto legge 112/2008 costituito dalla partecipazione della Agesp alla società Terrasini s.p.a. affidataria diretta di servizi pubblici.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Alatri e di Soc. De Vizia Transfer Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 il dott. Maria Grazia Vivarelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso principale e successivi motivi aggiunti Agesp s.p.a. ha impugnato dinanzi a questo Tribunale, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, gli atti del procedimento di gara avviato dal Comune di Alatri, per l'affidamento dei *"Servizi di nettezza urbana e, raccolta differenziale, comprensivi degli oneri, di trasporto e smaltimento della frazione residui* ed in particolare:

il provvedimento di esclusione di Agesp spa dalla predetta procedura di gara, adottato dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 16

giugno 2010 (verbale di gara n. 21);

l'atto prot. n. 22656 del 16 giugno 2010, con cui il Presidente della Commissione ha comunicato ad Agesp spa la decisione di esclusione; l'atto prot n. 25073 del 6 luglio 2010, con cui il Presidente della Commissione ha confermato l'esclusione di Agesp spa dalla gara; della determinazione del Segretario comunale prot. n. 2551 del. 21 gennaio 2010;

il verbale di gara n. 1 redatto il 22 gennaio 2010; dell'atto prot. n. 2895 del 25 gennaio 2010, con cui il Presidente della Commissione di gara ha invitato Agesp spa a trasmettere specifica dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di contrasto alle disposizioni di cui all'art. 23bis, comma 9 della legge 133/2008, così come modificata dalla legge 166/2009;

il bando di gara datato 27 novembre 2009, approvato con la determinazione del Responsabile di Comune di Alatri, n. 2278 del 24 novembre 2009;

il provvedimento recante l'aggiudicazione provvisoria della gara a favore della Soc. De Vizia Transfer Spa, adottato dalla commissione di gara nella seduta del 14 luglio 2010, verbale di gara n.22; la determinazione n. 1688 del 18 agosto 2010 con cui sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara a favore della contro interessata.

Con ricorso incidentale del 15 settembre 2010 la controinteressata De Vizia ha impugnato gli atti di gara nella parte in cui non terrebbero conto di ulteriori motivi di esclusione della ricorrente AGESP tra cui

la decisione della commissione di gara di cui al verbale n. 20 del 8 giugno 2010 con la quale sono state accolte le giustificazioni prodotte ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta, la decisione di cui ai verbali n. 16 e 19 con i quali si procedeva a richiedere chiarimenti sulle giustificazioni e il verbale del 16 giugno 2010 nella parte in cui non si è tenuto conto che Agesp risulta partecipare ad una società in house Terrasini spa, affidataria diretta di servizi pubblici da parte del Comune medesimo.

All'udienza del 7 ottobre 2010 il Collegio, con ordinanza cautelare R.O. 415/2010, respingeva l'istanza cautelare ritenendo che il ricorso non fosse assistito dal prescritto fumus boni juris alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 23 bis d.l. 112/2008 conv. in L. 133/2008.

In data 13 dicembre 2010 il comune ha sottoscritto con l'aggiudicatario il contratto per l'esecuzione del servizio.

Nella pubblica udienza odierna la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso principale, Agesp impugna la sua esclusione dalla gara per l'affidamento dei *"Servizi di nettezza urbana e, raccolta differenziale, comprensivi degli oneri, di trasporto e smaltimento della frazione residui"*, disposta in quanto *"è partecipata da Selene, che è a sua volta posseduta al 100% (e, quindi controllata) da Publiambiente spa, la quale è affidataria diretta di pubblici servizi?"* (cfr. verbale della commissione di gara del 16 giugno 2010).

Con il primo motivo di ricorso, deduce la ricorrente violazione e falsa

applicazione dell'art. 23 bis del decreto legge 112/2008, violazione falsa e applicazione dell'articolo 3 della legge 241/1990; travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, difetto e contraddittorietà della motivazione.

Sostiene il ricorrente che “In materia di gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il vecchio testo dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 stabiliva che *“non sono ammesse a partecipare alle gare ... 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”*”.

Il comma 15 *quater* dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 prevedeva che *“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”*”.

L'originario testo del comma 9 dell'art. 23bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 era il seguente: *“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 e 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 nei mercati regolamentari. 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”.

Come è noto, l'art. 15, comma 1, lett. d) del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 ha modificato il comma 9 dell'art. 23bis del d.l. n. 112 del 2008 e, in particolare, ha stabilito la seguente disciplina transitoria: *“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”.*

Al caso in esame deve essere applicato l'ultimo testo del comma 9 dell'art. 23bis, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009.

Quest'ultima previsione normativa deve essere interpretata alla luce del contenuto delle norme previgenti.

Infatti, il comma 15^{quater}, dell'art. 113 del Testo Unico degli enti locali, si incentrava sull'enunciato: *“le prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara”*, dunque non genericamente *“servizi identici”* o *“analoghi”*.

Ciò lasciava intendere *“che i servizi messi a gara, devono essere, perché operi la deroga, proprio quelli che le Società fornivano all'Amministrazione che ha indetto la gara. Inoltre, l'enunciato normativo collega implicitamente in un unico ‘insieme’ i concetti di ‘prime gare’, ‘servizi forniti’ e ‘società partecipanti alla gara’* (Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7401).

Il testo originario del comma 9 dell'art. 23bis era ancora più chiaro:

specificava, infatti, che gli affidatari diretti potessero concorrere alla prima gara relativa allo “*specifico servizio già a loro affidato*”, non discostandosi dal significato normativo dell’art. 113 comma 15^{quater} del T.u.e.l., che presentava, quindi, un “*costrutto ben diverso da quello successivamente esibito dal comma 9 dell’art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 convertito dalla legge n. 133/2008, modificato dall’art. 15 comma 1 lett. d) del d.l. n. 135 del 2009 convertito dalla legge n. 166 del 2009*” (cfr. Cons. Stato, n. 7401/10, cit.; cfr. nello stesso senso anche Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651).

Secondo l’interpretazione del Consiglio di Stato, il riferimento a “*tutto il territorio nazionale*” e alla “*prima gara successiva alla cessazione del servizio ... designa un diverso punto di rilevanza ermeneutica: quello dell’impresa affidataria*”. La nuova versione del comma 9 non parla più di “*specifico servizio già loro affidato*”, ma genericamente di “*servizi da essi forniti*”.

In sostanza, l’attuale testo del comma 9 muta la prospettiva della disciplina transitoria rispetto alle norme precedenti: è superata la regola dell’esclusione degli affidatari diretti dalle prime gare (salve quelle riguardanti i servizi specifici già ad essi affidati); si prevede adesso la generale possibilità di accedere alle gare purchè si tratti delle prime procedure competitive successive all’entrata in vigore della riforma e cioè di quelle bandite, ovunque sul territorio nazionale, durante il c.d. periodo transitorio.

Ciò conferma gli argomenti contenuti nella prima censura del ricorso e cioè che l’ultimo periodo del testo vigente del comma 9 dell’art. 23bis consente ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali la

partecipazione alla prima gara indetta da qualunque pubblica amministrazione “*su tutto il territorio nazionale*”.

In sintesi, l’art. 23bis comma 9 consente all’affidatario diretto di partecipare ad una procedura competitiva purché:

- si tratti della prima gara indetta in quel settore successivamente all’entrata in vigore della normativa di riforma (la nuova norma non è retroattiva);
- la gara abbia ad oggetto servizi già forniti dall’affidatario diretto: ad es., se si tratta di un operatore che opera nel settore dei rifiuti, egli potrà accedere unicamente alle gare indette in quel settore, non in altri;
- la gara può essere bandita ovunque sul territorio nazionale, quindi anche da enti locali diversi da quelli che a suo tempo disposero gli affidamenti diretti.

In definitiva, in base all’art. 23 bis comma 9, attualmente vigente, gli affidatari diretti dei servizi pubblici locali possono aggiudicarsi le prime gare, indette da qualsiasi amministrazione, ovunque sul territorio nazionale; non potranno invece partecipare alla seconda tornata di gare, se in quel momento non avranno cessato di essere titolari di affidamenti diretti.

Questa interpretazione è confermata da una lettura sistematica della disciplina:

- come è noto, il legislatore impedisce nuovi affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, in quanto l’art. 23 bis, comma 2, consente unicamente affidamenti tramite gara;

- tuttavia il legislatore, prendendo atto che esistono gestioni in corso, ne consente la transitoria prosecuzione per un ulteriore, breve, periodo di tempo (cfr. art. 23 bis comma 8);

- anche il comma 9 rappresenta norma di carattere transitorio, con la funzione di consentire l'accesso - soltanto alle prime gare - a tutti i soggetti (affidatari diretti o meno di servizi pubblici locali) durante il periodo di prosecuzione delle gestioni intervenute nel passato.

Il legislatore, quindi, introducendo l'attuale testo del comma 9 dell'art. 23bis, ha voluto innovare rispetto al testo originario, che legittimava gli affidatari diretti ad accedere unicamente alla gara indetta per la gestione *“dello specifico servizio già a loro affidato”*, e cioè da essi già materialmente espletato.

La nuova norma è ragionevole e proporzionata: un'interpretazione diversa comporterebbe l'esclusione dal mercato dei servizi pubblici proprio di quegli operatori dotati di maggiore esperienza e capacità.

Il legislatore vuole superare gli affidamenti diretti, non eliminare le imprese affidatarie dirette.

D'altra parte, questo obiettivo sarebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha evidenziato come le disposizioni di diritto transitorio hanno una funzione essenziale nell'ambito delle normative di riforma, permettendo il reinserimento e la sopravvivenza nel mercato *“di categorie di imprese esistenti ... tenendo conto, nel regolare il passaggio delle situazioni preesistenti in base ad un regime all'epoca valido in Italia, delle esigenze dello stesso principio di libertà di iniziativa economica e della libertà di concorrenza”* (Corte costituzionale, 31 luglio

2002, n. 413).

L'art. 23bis comma 9 è inoltre coerente con il diritto comunitario della concorrenza che, alla luce delle direttive sugli appalti, non considera la titolarità di affidamenti diretti elemento tale da giustificare l'esclusione dalla gara di un operatore economico (sentenza 7 dicembre 2000, n. C-94/99, p.to 32).

A questo riguardo, la Corte di Giustizia Europea (sez. IV, 23 dicembre 2009, n. C-305/08) ha rilevato che *“l'eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico in ragione di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione a priori e senza ulteriori analisi di enti, quali il ricorrente nella causa principale, dalla partecipazione ad un appalto pubblico”* (p.to 34).

Il collegio ritiene di non poter condividere l'orientamento esposto da parte ricorrente. Infatti, l'articolo 23 bis comma 9 d.l. 112/2008 stabilisce chiaramente che *“I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”*.

Poiché in *claris non fit interpretatio*, non si vede la ragione per la quale, a fronte di un effetto che si determina automaticamente *ex lege* e cioè per volontà dello stesso legislatore, si dovrebbe indagare oltre, rispetto al chiaro dato normativo, come se non fosse sufficiente l'intrinseca imperatività del comando normativo. Del resto, se il legislatore ha inteso introdurre il principio secondo 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, non si vede la ragione per la quale esso debba essere compreso dall'Amministrazione oltre i confini stabiliti dalla stessa legge. Pertanto, gli affidatari diretti possono partecipare alla prima gara successiva alla cessazione del servizio nel pieno rispetto del principio di concorrenza, da intendersi come possibilità per tutti gli operatori economici interessati di competere in condizioni di parità.

Con il secondo, il terzo, il quarto e il quinto motivo di ricorso, deduce il ricorrente violazione e falsa applicazione dell'art. 23 bis d.l. 112/2008; violazione falsa applicazione dell'art. 3 L. 241/1990; travisamento dei fatti, difetto di presupposti, difetto e contraddittorietà della motivazione.

Sostiene Agesp che "... il divieto di cui al comma 9 dell'art. 23 bis coinvolge *"le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante"*, che siano titolari di affidamenti diretti.

E' pacifico (anche secondo l'Amministrazione) che Agesp non rientra in questa definizione, in quanto soltanto *'partecipata'* da Selene, a sua volta controllata da Publiambiente.

I soggetti destinatari del divieto di cui al comma 9 (e cioè *"le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante"*, che abbiano ottenuto affidamenti diretti) *"non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività"*

per altri enti pubblici o privati?:

- 1) né direttamente;
- 2) né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate;
- 3) né partecipando a gare.

La previsione di cui al precedente punto 3 (“*né partecipando a gare*”) si può riferire esclusivamente al soggetto della frase principale, ovvero “*le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante*”, di cui all’*incipit* del comma 9.

Se il legislatore avesse voluto escludere dalla partecipazione alle gare anche i soggetti indicati nel punto 2 (“*controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate*”), sarebbe stata inutile la precisazione di cui al punto 3: le società di cui alla parte iniziale del comma 9, infatti, non avrebbero potuto acquisire o svolgere altri servizi - “*né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate*” - qualunque fosse stato il metodo di acquisizione del servizio (affidamento diretto, trattativa privata, gara).

Per questa ragione la precisazione di cui al punto 3 ha efficacia normativa soltanto se è riferita esclusivamente alle imprese indicate nella prima parte del comma 9 dell’art. 23 bis; il divieto di partecipazione alle gare, quindi, colpisce soltanto le società indicate nella prima parte della norma e non anche quelle di cui al precedente punto 2 (tra cui le “*partecipate*”, categoria nella quale rientrerebbe anche Agesp).

Anche questa censura deve essere respinta. Risulta dalle visure in atti

che Agesp è partecipata pubblica.

La società ricorrente ha visto nel corso degli anni le seguenti partecipazioni pubbliche:

a) HELIOS (100% pubblica) nel 2002 acquista il 40% di AGESP.

HELIOS è proprietà di Publiambiente (44,45%), Quadrifoglio spa (Comune di Firenze, Campi Bisenzio, Calenzano Sesto fiorentino e Signa) (44,45%) e ASM di Prato (11,10%); PUBLIAMBIENTE è una Spa partecipata al 100% da PUBLISERVIZI spa a sua volta partecipata da 28 Comuni Toscani ed effettua il servizio di igiene urbana.

b) PUBLISERVIZI, possiede il 100% di SELENE ex CONSORZIO GEIE tra enti locali, società che però svolge esclusivamente attività finanziaria. SELENE nel 2009 acquista da HELIOS il 40% di Agesp.

In altri termini, AGESP vede una partecipazione del 60% dei due soci privati e del 40% del socio pubblico, socio qualificato, perché socio finanziatore.

Orbene, le preclusioni, rispetto alla formulazione del comma 9 dell'articolo 23 – bis, si estendono a tutta la catena verticale del controllo societario, andando a colpire anche le società partecipate da una società controllata dall'affidatario diretto.

Infatti l'art. 23 bis comma 9 del d.l.cit. stabilisce 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 virtu' di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonche' i soggetti cui e' affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attivita' di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, ne' svolgere servizi o attivita' per altri enti pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre societa' che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle societa' quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2”.

La norma non reca alcuna distinzione tra società partecipate di primo, di secondo o di terzo livello, ma sancisce il generale divieto, per le amministrazioni pubbliche, di affidare servizi pubblici ulteriori o in ambiti territoriali diversi a società già affidatarie dirette di servizi pubblici, le quali non ne possono assumere la gestione né in forma diretta, né in forma indiretta attraverso società controllate o partecipate. Nella controversia qui in esame, Agesp è stata legittimamente esclusa dalla procedura di gara in quanto società partecipata al 40% da Selene posseduta al 100% da PUBLISERVIZI spa a sua volta partecipata da 28 Comuni Toscani e affidataria diretta del servizio pubblico di igiene urbana.

Quindi l'esclusione della ricorrente, in pieno adempimento del divieto

sancito l'art. 23 bis comma 9 del d.l.cit., mira ad escludere l'affidataria diretta Publiservizi s.p.a., attraverso l'esclusione della sua partecipata. Se così non fosse, si potrebbe agevolmente eludere il divieto normativo consentendo a società affidatarie dirette di partecipare alle gare pubbliche attraverso le partecipate.

Conseguentemente il ricorso va respinto in quanto infondato e del pari va respinta la domanda risarcitoria per difetto dell'an debeatur.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in € 1000 a favore del comune resistente, € 1000 a favore della contro interessata Soc. De Vizia Transfer Spa e poste a carico della società ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite secondo motivazione.

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Maria Grazia Vivarelli, Primo Referendario, Estensore

Santino Scudeller, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/03/2011

IL SEGRETARIO

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