



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1882 del 2010, proposto da:
Ditta Colombo Biagio S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio
Boifava, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale

contro

Comune di Biassono, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Mancini, con domicilio
eletto in Milano, Via C. Crivelli, 15/1

nei confronti di

Gelsia Ambiente S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco
Ferrari, con domicilio eletto in Milano, Via Larga n. 16

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 336 dell'8.7.2010 di
aggiudicazione definitiva alla controinteressata della procedura aperta

- per l'affidamento dei "servizi di raccolta e trasporto rifiuti urbani, spezzamento meccanico e gestione piattaforma ecologica";
- dei processi verbali delle operazioni di gara svoltesi nelle sedute del 20.5, 31.5, 7.6 e 14.6, in uno con la determinazione dirigenziale n. 284 del 14.6.2010 di aggiudicazione provvisoria;
 - delle determinazioni dirigenziali nn. 249 del 18.5.2010 e 260 del 26.5.2010 di nomina della commissione;
 - di ogni altro provvedimento o atto amministrativo e per la condanna della stazione appaltante, previa se del caso la declaratoria di inefficacia del contratto;
 - in via principale, all'accoglimento della domanda finalizzata ad ottenere l'aggiudicazione;
 - in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Biassono e di Gelsia Ambiente S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Gelsia Ambiente S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2010 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Biassono, con bando di gara pubblicato sulla GUUE in data 29.3.2010, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, spazzamento meccanico e gestione piattaforma ecologica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determinazione n. 249 del 18.5.2010 è stata nominata la commissione giudicatrice, composta da Mauro Cazzaniga (presidente), Dario Gotti (esperto esterno), Massimiliano Paleari (capo area affari generali).

Con determinazione n. 260 del 26.5.2010 è stata modificata quanto al componente esterno, essendo stato il signor Massimiliano Paleari sostituito dall'ing. Matteo Ghezzi "a causa di improrogabili e urgenti motivi familiari". La procedura si è conclusa con l'aggiudicazione a favore della Gesia Ambiente S.r.l., attuale controinteressata, che ha ottenuto 72,42 punti, rispetto ai 45,45 della ricorrente, risultata seconda classificata.

Con il prodotto ricorso quest'ultima ha impugnato i provvedimenti in epigrafe, deducendo tre motivi in diritto.

Con il primo è stata denunciata l'illegittima ammissione alla procedura *de quo* della controinteressata che sarebbe dovuta essere esclusa, in relazione a quanto disposto nell'art. 23 bis comma 9 della L. n. 133/2008. L'aggiudicataria, all'epoca della presentazione dell'offerta, gestiva, infatti, in affidamento diretto, cosiddetto in

house, i servizi di igiene urbana presso i Comuni di Cesano Maderno, Severo, Lissone, Limbiate, Desio, Varedo e Bovisio Masciago. La controinteressata sarebbe, pertanto, incorsa nel divieto di partecipazione di cui al comma 9 del richiamato art. 23 bis, come già statuito dalla Sezione in vicende analoghe con sentenze 16.6.2010, n. 1882 e 10.9.2009, n. 4571.

Con il secondo, formulato nella subordinata ipotesi di reiezione del primo, è stata contestata la composizione della commissione giudicatrice per violazione dell'art. 84 comma 8 del D.Lgs. n. 163/06, posto che la stazione appaltante sarebbe dovuta essere in possesso di un elenco fornito dall'Ordine degli ingegneri, dal quale individuare il componente esterno in applicazione del criterio di rotazione; il che non sarebbe avvenuto per entrambi i componenti esterni.

Con il terzo ed ultimo motivo, è stato del pari subordinatamente denunciato il difetto di motivazione delle valutazioni espresse dalla commissione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Biassono, insistendo per la reiezione del ricorso e opponendo al riguardo che il primo motivo sarebbe infondato, tornando applicabile alla controinteressata l'ultimo periodo del citato comma 9 dell'art. 23 bis: l'aggiudicataria sarebbe stata, infatti, affidataria diretta dello stesso servizio oggetto della gara in questa sede impugnata (cfr. delibera n. 37 del 7.9.2004). Inoltre, la giurisprudenza invocata dalla ricorrente non sarebbe pertinente, in quanto formatasi su una precedente versione del

menzionato art. 23 bis, successivamente novellato dall'art. 15 comma 1 lett. d) del D.L. 25.9.2009, n. 135.

Anche il secondo motivo sarebbe privo di pregio, non sussistendo la contestata violazione dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163/06, mentre il terzo motivo andrebbe egualmente respinto, attesa la sufficienza del punteggio numerico quando, come nel caso di specie, il disciplinare abbia puntualmente enunciato i criteri di valutazione delle offerte.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata, sollevando una questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 bis comma 9 della L. n. 133/2008, per contrasto con gli artt. 3, 10 e 41, ove il Tribunale dovesse interpretarlo nel senso auspicato dalla ricorrente: in tal caso si costituirebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, lesiva del generale principio della libera iniziativa economica. Contestualmente è stato chiesto di rinviare gli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, con sospensione del giudizio, sempre nell'eventualità che il Tribunale dovesse interpretare il predetto articolo nel senso suggerito dalla ricorrente.

La controinteressata ha proposto, altresì, un ricorso incidentale, articolato in tre motivi, finalizzato a conseguire l'esclusione della ricorrente dalla gara de quo.

Con il primo è stato, a sua volta articolato in tre profili, è stato dedotto che la ricorrente principale, sulla base della lettera k) dell'art. 11.1 del disciplinare di gara e del punto III.2.3 del bando avrebbe

dovuto dichiarare i servizi effettuati nel triennio 2006/2007/2008, precisando, tra l'altro "la percentuale annua di raccolta differenziata": il che avrebbe omesso. Del pari assente sarebbe stata la dimostrazione, sulla base della lettera b) dell'art. 8.2 del disciplinare di gara, di aver gestito nel triennio 2006/2007/2008 almeno una piattaforma ecologica comunale o in associazione di Comuni o consorzi di comuni con popolazione non inferiore a 11.000 abitanti, insufficiente essendo la dichiarazione del Comune di Sovico con popolazione inferiore ad 11.000 abitanti. Altrettanto insufficiente sarebbe la dichiarazione di due istituti bancari, che non avrebbero dato atto della solvibilità e della capacità economico - finanziaria della ricorrente principale.

Con il secondo motivo sono state denunciate numerose carenze dell'offerta tecnica presentata, in difetto dell'impegno alla pulizia meccanizzata e manuale delle piste ciclabili, alla pulizia in occasione di feste e manifestazioni, alla pulizia manuale delle aree a verde pubblico e parco giochi; inoltre, non sarebbero stati considerati i rischi da interferenza sulla sicurezza del lavoro (pag. 22); la formazione del personale in materia di sicurezza sul lavoro sarebbe stata effettuata ai sensi della L. n. 626/94 e non in base alla sopravvenuta L. n. 81/08; insufficiente sarebbe la dotazione delle scorte di magazzino, come previsto dall'art. 31 del capitolato speciale; per la frazione organica porta a porta sarebbero stati utilizzati automezzi ed attrezzature di nuova immatricolazione,

anziché quelli di proprietà: non consterebbe il rispetto delle richieste di scorta; la gestione piattaforma ecologica sarebbe riferita alla piattaforma di Arcore; il compattatore 30/32 mc. sarebbe indicato come di 4 assi, ma nell'immagine ne avrebbe 3; sarebbe stata indicata una spazzatrice da 4 mc., non prevista nel progetto; non sarebbero state indicate le due spazzatrici di 6 mc. e di 2 mc.; la cartografia prodotta non sarebbe stata riprodotta fronte e retro, non potendo essere considerata valida ai fini della valutazione; il piano operativo per la sicurezza non potrebbe essere considerato valido ai fini della valutazione per lo stesso motivo; gli accessi alla piattaforma (sbarre) sarebbero esterni alle 50 pagine previste dal progetto e pertanto non sarebbero valutabili.

Con il terzo motivo è stato rappresentato che il consigliere di amministrazione della ricorrente, Arenella Pietro, avrebbe dichiarato di essere disponibile ad accettare la carica di direttore tecnico, di essere iscritto all'albo dei periti agrari laureati e di essere in possesso di laurea conseguito all'estero; tuttavia, l'Università presso la quale avrebbe conseguito il titolo non sarebbe tra quelle riconosciute in Italia, per cui la dichiarazione dovrebbe considerarsi mendace.

Con ordinanza n. 1022 del 15.9.2010 il Tribunale ha accolto la domanda di sospensione incidentale degli atti impugnati.

Con determinazione n. 576 del 30.11.2010 il Comune di Biassono ha provveduto all'annullamento in via di autotutela delle determinazioni nn. 260/2010 e 336/2010, aventi rispettivamente ad oggetto la

sostituzione di un membro della commissione giudicatrice e l'aggiudicazione dei servizi di igiene ambientale alla controinteressata, ritenendo "che la censura in ordine alla violazione dell'art. 84 comma 8 lett. a) del D.Lgs. n. 163/06 da parte dell'Ente, a seguito di riesame, appare corretta e condivisibile".

Con memoria depositata in data 1.12.2010 la controinteressata ha richiesto che sia dichiarata la cessazione della materia del contendere, alla quale tuttavia si è opposta la ricorrente, che ha insistito affinché il Collegio si pronunci comunque nel merito.

Il Comune ha, tuttavia, replicato che è sua intenzione bandire una nuova gara, alla quale potrà partecipare la ricorrente con conseguente chance di aggiudicazione; ha in proposito soggiunto che la richiesta pronuncia sul primo motivo di ricorso sarebbe inutiliter data, in quanto il risultato sotteso al ricorso sarebbe stato già raggiunto con piena soddisfazione dell'interesse del ricorrente.

DIRITTO

1 - Sulle contrapposte tesi argomentate dalle parti osserva il Collegio che appare nella specie sussistente l'interesse della ricorrente a conseguire una pronuncia sul primo motivo introdotto.

L'interesse della seconda classificata, è, infatti, quello di conseguire l'affidamento dell'appalto, previa esclusione dell'aggiudicataria provvisoria, che l'intervenuto provvedimento in via di autotutela non ha soddisfatto se non in parte, posto che il riconoscimento della fondatezza del primo motivo comporterebbe la rinnovazione della

gara con una diversa Commissione giudicatrice, ma previa esclusione dell'aggiudicataria provvisoria: detto interesse resta, pertanto, attuale e non può essere surrogato da una riedizione della gara alla quale potranno presentare offerte tutte le imprese che lo riterranno: il che, a fronte del totale annullamento della gara esige dunque che sia definito il primo motivo dedotto se non altro a fini risarcitori (art. 34, comma 3 c.p.a.).

L'esame del ricorso principale è, tuttavia, subordinato a quello del ricorso incidentale, che tuttavia non merita accoglimento.

Il primo motivo è infondato, posto che la lettera k) art. 11.1 del disciplinare di gara richiedeva di aver effettuato nel triennio i servizi di igiene ambientale nella misura prevista dal punto 8.2 lett. a) e, cioè, presso Comuni e/o consorzi di Comuni e/o associazioni di Comuni, "per una popolazione complessiva pari o superiore a 35.000 abitanti, di cui almeno un Comune avente popolazione pari o superiore a 12.000 abitanti, che abbia una percentuale annua di raccolta differenziata pari o superiore al 60%" (analogamente richiedeva il punto III.2.3).

La ricorrente principale aveva prodotto attestazione di servizio rilasciata da CEM AMBIENTE S.p.A., (v. doc. n. 4 controinteressata) nella quale figurava aver "svolto in modo continuativo, in applicazione del capitolato d'appalto, per il periodo 01.01.2006 – 31.12.2008, quale mandante e/o mandataria di raggruppamenti temporanei di imprese ed ha attualmente in essere

quale mandante di raggruppamento temporaneo di imprese per una quota generale d'appalto, pari al 31,46% e quindi a circa 130.000 abitanti serviti, per un canone annuo di Euro 5.115.860,53 l'affidamento integrale dei Servizi di Igiene Urbana Appalto Unico dei Comuni Soci CEM AMBIENTE S.p.a.". Dallo stesso documento emergeva, inoltre, "che nei Comuni soci CEM AMBIENTE S.p.a. di cui agli allegati alla presente, nell'anno 2008 si è conseguita una raccolta differenziata media pari al 68%", come dall'allegato "elenco dei servizi prestati dalla Ditta Colombo Biagio S.r.l. nel triennio 2006/2008", nell'ambito dei quali risultavano quattro Comuni con una popolazione superiore ai 12.000 abitanti (Agrate Brianza, Cassina de Pecchi, Gorgonzola e Villasanta).

Alla luce di quanto precede la ricorrente principale risulta in possesso di tutti i requisiti previsti, avendo prestato i servizi richiesti ad una popolazione complessiva ben superiore a 35.000 abitanti, nel cui ambito quattro Comuni avevano una popolazione superiore a 12.000 abitanti, e ove la percentuale annua di raccolta differenziata era superiore al 60%.

La lettera b) art. 8.2 del bando richiedeva ai concorrenti di dimostrare di aver gestito nel triennio 2006/2007/2008 almeno una piattaforma ecologica comunale o di associazione di Comuni o consorzi di comuni, di popolazione non inferiore a 11.000 abitanti.

La ricorrente ha dichiarato di aver gestito la piattaforma del Comune di Sovico e quella relative ai Comuni di Arcore e Merate, aventi

ciascuno una popolazione superiore agli 11.000 abitanti, così comprovando il possesso del requisito.

Gli artt. 11.5 e 8.3 lett. a) del bando richiedevano ai concorrenti di produrre una dichiarazione di due istituti bancari attestante la loro capacità finanziaria ed economica e la loro solvibilità in relazione all'oggetto dell'appalto.

Entrambe le referenze bancarie prodotte dalla ricorrente, dopo aver fatto espresso riferimento all'appalto di che trattasi, hanno affermato che "si ritiene pertanto sia in possesso di mezzi finanziari tali da consentirle di fronteggiare impegni di entità pari all'importo a base d'asta dell'appalto in oggetto".

In assenza di una richiesta più precisa da parte del bando in ordine alle dichiarazioni da rendere da parte degli istituti bancari per attestare la solvibilità dei concorrenti, il requisito deve ritenersi comprovato.

Anche il secondo motivo del ricorso incidentale deve essere respinto, in quanto in parte generico e in parte infondato.

Fatta eccezione, infatti, della censura relativa alle scorte di magazzino, sono stati contestati alcuni aspetti del progetto senza alcuna puntuale indicazione delle disposizioni del bando o del capitolato con le quali contrasterebbe: ne deriva, pertanto, l'inaammissibilità del motivo (cfr. T.A.R. Umbria, 25.2.2010, n. 144; T.A.R., Toscana, Sez. II, 6.11.2009, n. 1586).

La ipotizzata insufficienza delle scorte di magazzino (n. 100 sacchetti

in materbi, anziché 10.000, come invece previsto dall'art. 31 del capitolato speciale), è, poi, infondata, non evincendosi dall'art. 31 del capitolato speciale d'appalto l'esistenza degli obblighi cui il ricorrente si sarebbe sottratto.

Da respingere è, infine anche il terzo motivo.

L'art. 12 del capitolato speciale d'appalto prevedeva che "il direttore tecnico dovrà essere inquadrato nell'organico del personale dipendente dell'appaltatore, dovrà essere in possesso di laurea o diploma in discipline tecnico scientifiche". Il fatto che la laurea conseguita all'estero da parte del sig. Arenella sia o meno riconosciuta in Italia è circostanza irrilevante poiché per la partecipazione alla gara era sufficiente il possesso del diploma. Conseguentemente, è parimenti ininfluenza la veridicità o meno della dichiarazione rilasciata dall'interessato in ordine al possesso della laurea.

Il ricorso incidentale è pertanto infondato.

2 - Passando all'esame del ricorso principale il primo motivo va disatteso.

L'art. 23-bis D.L. n. 112/2008 risponde alla ratio di favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica e, a tal fine, limita i casi di affidamento diretto, consentendo la gestione in house solo ove ricorrano situazioni del tutto eccezionali, che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato (Corte Cost.

26.1.2011 n. 24). Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito nei commi 2 e 3 è articolato in un duplice ordine di previsioni, tra loro correlate, sancendosi, da una parte, la cessazione della gestione (comma 8) entro un termine variabile in relazione alle caratteristiche del singolo affidamento diretto (lett. a, b, c, e d), che in via residuale è individuato nel 31.12.2010 (lett. e), e dall'altra, il divieto di acquisizione di nuovi servizi (comma 9).

In particolare, la versione attuale di detta norma, come modificata dal D.L. n. 135/09, convertito dalla L. n. 166/09, prevede 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".

Tale norma, dopo aver enunciato il principio generale del divieto di partecipazione alle gare per gli affidatari *in house*, nell'ultimo periodo contiene una puntuale deroga, in base alla quale "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".

Secondo il ricorrente, la controinteressata non rientrerebbe nella previsione derogatoria di cui all'ultimo periodo del citato comma 9, tuttora gestendo al momento di presentazione della domanda servizi in via diretta per conto di altri Comuni, il che precluderebbe la deroga al divieto di partecipazione.

La controinteressata argomenta all'opposto che, in quanto precedente affidataria *in house* del servizio da parte della stazione appaltante, dovrebbe considerarsi a tutti gli effetti "cessata", potendo così avvalersi della deroga, non rilevando il fatto che la stessa continui a gestire servizi affidati *in house* da altri Comuni.

All'accoglimento del visto mezzo si oppone, sotto un primo profilo, la lettera del comma 9, che postula ai fini della deroga la sussistenza di una "cessazione del servizio", e di una "prima gara".

Per la ricorrente tale previsione varrebbe soltanto se fossero precedentemente o contestualmente cessati anche tutti gli altri affidamenti diretti da parte di altre amministrazioni.

Detto ordine d'idee non può essere condiviso.

Osserva per questo primo aspetto il Collegio che il Legislatore ha espressamente statuito che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono "comunque", concorrere alle prime gare, il che assume l'implicito significato che ciò possa avvenire anche se persistano affidamenti diretti presso altre Amministrazioni.

Milita a favore di detta lettura il fatto che i "limiti" temporali degli affidamenti diretti sono stabiliti dal precedente comma 8, per cui il comma 9, lungi dall'introdurre un'autorizzazione sine die alla partecipazione per gli affidatari diretti, si limita a precisare che, soltanto nell'ambito dei ridetti margini temporali le imprese affidatarie dirette possono "comunque" partecipare a gare per l'affidamento di servizi pubblici locali.

La Corte costituzionale ha confermato al riguardo che "il margine temporale concesso dalla normativa censurata per la cessazione degli affidamenti diretti esistenti è congruo e proporzionato all'entità ed agli effetti delle modifiche normative introdotte e, dunque ragionevole". (sentenza n. 325 del 17.11.2010).

La lettera del comma 9 è in ogni caso palese, quando autorizza le imprese affidatarie dirette a concorrere alle nuove gare su tutto il territorio nazionale successivamente "alla cessazione del servizio", e non già alla cessazione "dei servizi": da che si evince che alcuna preclusione persiste in dipendenza di affidamenti diretti ancora in essere, posto che essi sono comunque destinati a cessare e a non

essere rinnovati da parte delle Amministrazioni che li avevano conferiti.

Nella vicenda per cui è causa la controinteressata aveva cessato il servizio presso il resistente Comune, per cui la deroga restava rettivamente invocabile, avendo preso parte alla prima gara dallo stesso indetta.

Del tutto coerenti con la vista lettura appaiono le modifiche apportate al comma 9 dal Legislatore con il D.L. n. 135/09 a distanza di circa un anno dall'emanazione del D.L. n. 112/2008.

La precedente versione disponeva, infatti, che "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".

Il raffronto tra le due formulazioni rende manifesta la *ratio* perseguita, posto che, rispetto a quell'unica gara cui l'impresa affidataria poteva partecipare, l'operatività della deroga si amplia in dipendenza del fatto che, successivamente "alla cessazione del servizio", gli affidatari diretti possono concorrere "su tutto il territorio nazionale alla prima gara" da qualsiasi Amministrazione sia stata indetta.

La suddetta interpretazione del comma 9 trova conferma nel rapporto tra ordinamento interno e comunitario.

La Corte costituzionale ha espressamente escluso che l'art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea,

introducendo la norma regole concorrenziali più rigorose di quelle minime prescritte dal diritto comunitario: l'art. 23 bis non costituisce dunque alcuna violazione di quest'ultimo, integrando una disciplina della materia adottabile dal Legislatore nel quadro della sua essenziale autonomia. L'applicazione più estesa della regola comunitaria è, pertanto, conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano (cfr. Corte Cost. 17.11.2010, n. 325).

La Corte di Giustizia ha già affermato nella materia degli affidamenti diretti la compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che prevedeva il prolungamento della durata del periodo transitorio, al termine del quale dovevano cessare anticipatamente le concessioni a suo tempo affidate senza il rispetto dell'evidenza pubblica; e ciò sul rilievo che la necessità di rispettare il principio di certezza di diritto, ben potendo talune circostanze particolari giustificare una limitazione della libera concorrenza (Corte di Giustizia CE, sentenza del 17.7.2008 nel procedimento C-347/06).

A fronte di una normativa nazionale che prorogava il periodo transitorio degli affidamenti diretti la Corte ha invero chiarito che "una normativa come quella in questione nella causa principale, comportando il rinvio dell'assegnazione di una nuova concessione mediante procedura ad evidenza pubblica costituisce, almeno durante il suddetto rinvio, una disparità di trattamento a danno delle imprese aventi sede in uno Stato membro" (punto n. 63), che, tuttavia, "può tuttavia essere giustificata da circostanze oggettive,

quali la necessità di rispettare il principio della certezza del diritto (punto n. 64), che fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario" (punto n. 65): conclusioni queste ultime avvalorate dal rilievo che alcuna norma di diritto comunitario prevedeva espressamente un obbligo di cessazione degli affidamenti diretti (punto n. 67), che la disciplina transitoria "si inserisce in un'ottica di maggior rispetto del diritto comunitario" (punto n. 68), e che una restrizione del periodo transitorio potesse "comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese" (punto n. 69).

Il richiamato indirizzo della Corte di Giustizia torna applicabile anche nel caso di specie, dato che il comma 9 dell'art. 23 bis si inserisce, infatti, in un contesto normativo ampiamente pro-concorrenziale, in cui il divieto di partecipazione alle gare estensivamente inteso comporterebbe quelle "conseguenze sfavorevoli" in capo alle imprese affidatarie dirette.

Nell'interpretazione pur persuasivamente rappresentata dalla ricorrente, sarebbe invece precluso il graduale accesso al mercato, prima della cessazione dell'ultimo affidamento diretto, attesa la posizione di rendita delle gestioni acquisite senza gara ancora in essere, pur a fronte della preclusione ad ogni loro rinnovo.

Su tale ultimo aspetto, tuttavia, la Corte di Giustizia non ha in altre vicende imposto l'esclusione dalle gare di un concorrente per il fatto di essere nel contempo affidatario diretto di un servizio presso altre

amministrazioni. Nella sentenza del 7 dicembre 2000 in C-94/99, la Corte di Giustizia ha, infatti, affermato che "il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficiano di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati".

La vista pronuncia ha trovato conferma in quella 23.12.2009 in C-305/08 a seguito di rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato, che aveva dubitativamente prospettato la questione dell'ammissione delle università alla partecipazione ad appalti pubblici per il fatto che "collocherebbe ingiustamente l'affidatario in una posizione di privilegio che gli garantirebbe una sicurezza economica attraverso finanziamenti pubblici costanti e prevedibili di cui gli altri operatori economici non possono beneficiare". La Corte ha osservato 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", essendo l'apertura alla concorrenza "prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica

interessata" (v. punto n. 37).

Nella giurisprudenza nazionale deve essere precisato che non è nella specie invocabile la pronuncia della Sezione 16.6.2010, n. 1882, riguardando il caso un'Amministrazione che aveva *ab initio* conferito in house servizi pubblici locali, affidando, poi, alla stessa impresa altri servizi sempre in via diretta, senza che vi fossero state una "cessazione del servizio" e l'indizione di una "prima gara".

Altrettanto deve dirsi per le sentenze della Sezione I 10.9.2009, n. 4571 e 16.6.2010 n. 1845, nonché per le decisioni della Sez. V 23.9.2010 n. 7080 e 9.11.2010, n. 7964, che si riferiscono a vicende anteriori alle modifiche introdotte dal D.L. n. 135/2009.

L'ordinanza cautelare n. 267 del 16.3.2011 della Sezione staccata di Brescia conferma, all'opposto, l'interpretazione dell'art. 23 bis, comma 9 accolta nella presente sentenza, riconoscendo la possibilità per l'impresa che gestisca ancora servizi in regime di affidamento diretto di concorrere a tutte le gare indette nell'ambito del territorio nazionale, sebbene "a condizione che si rientri nella fattispecie fisiologica descritta dal legislatore ai commi 8 e 9 dell'art. 23-bis"; ivi si sottolinea, inoltre che "un'interpretazione sistematica del quadro normativo sembra abilitare tali imprese (in regime di affidamento senza gara) a partecipare alle procedure selettive indette nel rispetto della lett. e) del comma 8, ossia in anticipo rispetto alla scadenza del 31/12/2010, in maniera da giungere all'individuazione del nuovo gestore dall'1/1/2011", il che è avvenuto nel caso di specie, in cui

L'aggiudicazione è stata adottata in data 8.7.2010.

La necessità di fornire un'interpretazione estensiva della deroga di cui al citato comma 9 art. 23 bis è stata, poi, fatta propria dal T.A.R. Piemonte, Sez. I con la sentenza 26.11.2010, n. 4212, secondo cui il divieto di cui all'art. 23 bis comma 9 "non è direttamente imposto dal legislatore comunitario, ma frutto di una scelta del legislatore nazionale per limitare gli effetti anticoncorrenziali, anche indiretti, del fenomeno dell'affidamento diretto. Tale divieto non è e non può essere finalizzato ad espellere comunque dal mercato dei soggetti che hanno la potenzialità di operarvi in termini concorrenziali, questo esito sarebbe infatti paradossalmente anti-concorrenziale e quantomeno sproporzionato, ma solo limitare i vantaggi indiretti che un affidamento indiretto può consentire".

3- Deve invece essere dichiarato improcedibile il secondo motivo di ricorso.

Con ordinanza n. 1022 del 15.9.2010 il Tribunale ha accolto la domanda di sospensione incidentale degli atti impugnati, in relazione al *fumus boni iuris* del dedotto motivo, con cui è stata contestata la composizione della commissione giudicatrice.

Con determinazione n. 576 del 30.11.2010 il Comune di Biassono ha provveduto all'annullamento in via di autotutela delle determinazioni nn. 260/2010 e 336/2010, ritenendo "che la censura in ordine alla violazione dell'art. 84 c. 8 lett. a) del D.Lgs. n. 163/06 da parte dell'Ente, a seguito di riesame, appare corretta e condivisibile".

L'Amministrazione resistente non si è quindi limitata a dare esecuzione all'ordinanza cautelare, ma ha avviato un autonomo procedimento di riesame, conclusosi con un provvedimento di autotutela.

Il presente motivo, formulato in via subordinata per il caso di reiezione del primo, ha dunque condotto al travolgimento dell'intera procedura di gara e alla sua ripetizione con soddisfazione dell'interesse allo stesso sotteso.

Il motivo deve pertanto essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, non residuando alcuna utilità al suo accoglimento nel merito neppure a fini risarcitori.

Il terzo motivo è egualmente infondato.

L'art. 14 lett. a) riportava in maniera dettagliata i criteri di valutazione delle offerte, essendo stati i 60 punti attribuibili suddivisi in 9 voci, ciascuna delle quali ulteriormente articolata in numerosi sottocriteri (da due fino a un massimo di 4); inoltre, per ogni criterio era stato precisato il significato generale, a sua volta ulteriormente dettagliato in corrispondenza di ogni sottocriterio. A tale stregua l'iter logico attraverso il quale la Commissione è giunta a suo giudizio deve ritenersi dunque trasparente e come tale percepibile da ogni interessato (Sez. V 1.10.2010, n. 7266).

In conclusione il ricorso va in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di

giudizio, in relazione alla novità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione I definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio del giorno 17 dicembre 2010, 26 gennaio, 23 marzo e 20 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2011

IL SEGRETARIO

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

