

Nota a TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 16/6/2010 n. 561

Prima applicazione dell'art. 23-bis, c. 9 e società miste

A cura della Prof.ssa Avv. Adriana Vigneri

(già professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, parlamentare e Sottosegretario all'Interno e alla Presidenza del Consiglio, Funzione Pubblica. Attualmente membro del Comitato scientifico della Fondazione ASTRId)

1. Si tratta della prima sentenza che applica il comma 9 dell'art. 23-bis ad una società mista pubblico privato. Trascuriamo qui di considerare i temi dibattuti nel processo e attinenti alla disciplina speciale derivante dalla dichiarazione dello stato di emergenza ambientale (da ultimo, D.P.C.M 18 dicembre 2009) e dalla nomina di Commissari, che peraltro il TAR ha considerato irrilevanti ai fini del giudizio.

Una gara a procedura aperta è stata bandita dal Comune di Reggio Calabria per la gestione del servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani *con la sola modalità differenziata* nel territorio comunale. Aggiudicataria è risultata Leonia s.p.a., società mista di proprietà del Comune di Reggio Calabria (51%) e di Calabria Agenda Ambientale s.r.l., società privata. La società ha nello statuto tra l'altro la raccolta e il trasporto dei RSU. Dal patto parasociale stipulato tra il Comune e la Società (2004), che si può leggere nel sito del Comune, risulta che Calabria Agenda Ambientale è stata selezionata a seguito di procedimento concorsuale ad evidenza pubblica, ma è pacifico che non si è trattato di una gara per gestire il servizio. Non è contestato in giudizio che Leonia s.p.a. sia affidataria diretta del servizio di raccolta e trasporto dei RSU e servizi collaterali, con diritto di privativa, attribuito con contratto 2 agosto 2004 ai sensi dell'art. 113, comma 5, del TUEL.

La gara è stata bandita nel luglio 2009 e si è conclusa nell'aprile 2010.

La società ricorrente ha contestato la partecipazione alla gara della vincitrice Leonia spa, sostenendo, sia nel corso del procedimento, sia in sede di impugnazione dell'esito della gara, che avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi dell'art. 9 dell'art. 23-bis, in quanto affidataria diretta. Segue l'argomento usato dal TAR per respingere il motivo di ricorso:

<<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.>>

La sentenza mostra di non aver inteso, né i caratteri della nuova società mista di cui all'art. 23-bis, comma 2, lett. b), né le ragioni dell'esclusione della società mista conforme alla nuova disciplina dal partecipare a gare. In definitiva, se qualche scetticismo è legittimo nutrirlo sulla possibilità che si faccia un uso “corretto” della nuova società mista, questa sentenza ha tutti i requisiti per alimentarlo.

I giudici fondano la propria interpretazione sulla considerazione - di per sé corretta - che 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. Ma trascura di riflettere sui meccanismi che rendono l'affidamento a società mista *del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara*, e quindi ammissibile sulla base dei principi sia comunitari sia interni, senza che la società così costituita debba sottoporsi ad una ulteriore procedura di gara. Tali meccanismi sono per l'appunto quelli della procedura competitiva ad evidenza pubblica avente ad oggetto *la prestazione del servizio*. Le procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto *la qualità di socio* erano già ben note ed utilizzate, ma non sono mai state sufficienti a convincere la Corte di giustizia che si potesse praticare l'affidamento diretto ad una società mista pubblico privato con socio selezionato mediante gara. Il passo in avanti è stato fatto - e si è esclusa la necessità di una doppia gara - quando si è passati alla selezione dei candidati soci sulla base delle loro offerte per la gestione del servizio (o dei servizi) della cui prestazione si tratta. Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle posizioni espresse dalla Commissione, della giurisprudenza italiana anteriore all'art. 23-bis e ora di quest'ultimo articolo, è

escluso che si possa fare un affidamento diretto della gestione di servizi pubblici ad una società il cui socio sia stato selezionato in base al prezzo offerto per la sottoscrizione delle azioni. Una società mista pubblico privato di questo tipo può legittimamente esistere, può anche partecipare a gare, ma non può ottenere l'affidamento di servizi pubblici ai sensi dell'art. 23-bis, comma 2, lett. b).

L'unica ragione per cui in quest'ultimo caso l'affidamento "diretto" è possibile è che il contenuto della gara deve consistere nelle offerte per la gestione del servizio.

E' utile rileggere a questo proposito quanto osservato dalla Sezione II del Consiglio di Stato nel 1997 (parere n. 456) la quale si è chiesta se dovesse disapplicare, per contrasto con il Trattato CE, il comma 5, lett. b), dell'art. 113 TUEL (affidamento diretto a società mista con socio privato selezionato con gara), ovvero se vi fosse un'interpretazione dello stesso che ne consentisse un'applicazione conforme ai principi del Trattato e alla giurisprudenza della Corte di giustizia. La risposta è stata data nei termini seguenti: <<La compatibilità dell'affidamento diretto a società mista può essere rinvenuta almeno in un caso "quello in cui (omissis) non si possa configurare un "affidamento diretto" ad una società mista ma piuttosto "un affidamento con procedura di evidenza pubblica" dell'attività "operativa" della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'identificazione di quest'ultimo". In altri termini, l'attività che si ritiene affidata senza gara alla società mista è da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto allo stesso tempo l'attribuzione dei suoi compiti operativi e della qualità di socio. La Sezione ha aggiunto che si sarebbero dovute rispettare talune condizioni, logicamente discendenti dal carattere della gara: <<I'amministrazione deve motivare in maniera adeguata perché si avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato; la gara deve mirare non soltanto alla scelta del socio privato ma anche, tramite la definizione dello specifico servizio, all'affidamento dell'attività da svolgere; si preveda un rinnovo della procedura alla scadenza del periodo di affidamento e fin dagli atti della gara siano chiarite le modalità per l'uscita del socio>>.

In definitiva deve esservi "una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio e gara per la scelta del socio"¹.

La successiva sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 1/2008 ha risposto sui quesiti posti dalla Sezione V, attinenti in particolare alle condizioni poste dal parere della Sezione II per ritenere legittimo l'affidamento diretto a società mista. L'Adunanza plenaria ha osservato che la Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico privato di tipo "istituzionalizzato" a quello di tipo "puramente contrattuale" e, perciò, a considerare applicabile

¹ Con successiva sentenza il CdS, VI, n. 1555/09, avente ad oggetto la gara per la selezione del socio privato di SIN srl, vale a dire la stessa questione sulla quale ci si era espressi prima in sede consultiva, ha riesaminato il parere della II sezione n. 456/2007 e ne ha confermato il nucleo fondante, nella parte in cui ha affermato che "è possibile l'affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara". La sentenza ha mosso dalle condizioni legittimanti ivi tratteggiate, per denunciarne la insussistenza nel caso esaminato.

anche al primo tipo di partenariato il “diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”. Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l’affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento. La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell’ordinamento interno.

E comunque l’unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principi, tutti, che trovano cittadinanza all’interno del Trattato dell’U.E.. Anche perché lo stesso “libro verde” precisa che la *partnership* pubblico-privato va senz’altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza.

Ricordate le soluzioni non univoche della giurisprudenza sul punto (ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive), l’Ad. pl. esamina la posizione espressa dalla Sezione seconda del Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, che si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell’appalto. <<*In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del “socio di lavoro”, “socio industriale” o “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), si è affermato che l’attività che si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio*>>.

Conclusivamente l’Ad. Pl. ritiene – in mancanza ancora di indicazioni più chiare di fonte comunitaria – che il modello elaborato dalla sezione seconda del Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, rappresenti una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all’affidamento del servizio alle stesse; nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza. Il modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società.

Le indicazioni di fonte comunitaria che allora mancavano sopraggiungono ben presto. Oltre alla Comunicazione interpretativa della Commissione C-2007/6661 del 5 febbraio 2008 ancora un po’ generica (<<*Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo*

segunte: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto>>) è importante la Corte di giustizia, sentenza 15 ottobre 2009, C-196/2008, che si è pronunciata su rinvio del TAR Sicilia 13 marzo 2008.

Nel caso di specie si trattava dell'affidamento del servizio idrico integrato ad una società mista appositamente costituita a quell'esclusivo scopo. La Corte, premesso che la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulta inconciliabile con gli artt. 43 e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e non discriminazione, ritiene che si possa ovviare ogni qualvolta “*i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata come nella specie l'attività operativa del servizio di cui trattasi e pertanto la gestione di quest'ultimo*”.

Conseguentemente il dispositivo dice:

<<Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine di fornire e gestire il servizio idrico integrato, e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni>>.

Se dunque ciò che legittima l'affidamento diretto alla società è il fatto che il socio sia stato selezionato per gestire un determinato servizio, è evidente l'inammissibilità di estendere l'attività della società ad altre attività. Infatti la Corte di giustizia nella sentenza citata precisa che “*una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale, deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara*”².

Si impone a questo punto un approfondimento.

La sentenza citata della Corte di giustizia nell'ipotizzare ulteriori gare si riferisce verosimilmente all'estensione dei compiti del socio nell'ambito della società. Nel senso che l'ente locale non potrebbe attribuire alla società in via diretta ulteriori servizi da rendere, che consisterebbero in ulteriori attività affidate al socio (con le relative rendite), questa volta senza che il socio si sia guadagnato attraverso una competizione tale affidamento.

² Cita a tale proposito la propria sentenza 19 giugno 2008, C-454/2006.

Lo stesso significato ha ora il regolamento, art. 3, comma 4, dove dice che il bando di gara assicura che:

<< b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2 >>.

L'obbligo di svolgere gli specifici compiti operativi connessi alla gestione significa *quelli e quelli soltanto*. La società ha quindi un carattere del tutto particolare, avendo un assetto idoneo a svolgere soltanto quei specifici compiti. *Non è una società aperta*.

Anche la previsione – suggerita dalla giurisprudenza ed accolta dal legislatore – che *<< siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione >>* fa riferimento evidentemente alla cessazione della gestione di quello specifico servizio, in relazione al suo termine di durata. E ci conferma che la società ha un oggetto esclusivo, quello messo a gara.

Ma la duplicità soggettiva socio/società può condurre a pensare che la società, una volta istituita, essendo un soggetto giuridico distinto da relativi soci, e non essendo qualificabile come affidataria diretta, possa operare liberamente in altri ambiti. Una minima riflessione fa subito comprendere che si tratta di una strada non percorribile.

Il socio può stare in quella società *soltanto* perché vincitore di una gara con la quale gli è stato aggiudicato uno specifico servizio. Non può lucrare sui profitti di ulteriori servizi che il Comune attribuisse alla società, o che la società si aggiudicasse nel mercato, perché costituirebbe un vantaggio ingiustificato. Ma neppure l'ente locale potrebbe concorrere nel mercato con una società costituita ad altro scopo (per avvalersi delle competenze e delle risorse di un privato per un determinato servizio). Se così avvenisse avremmo un palese ed ingiustificato vantaggio per il soggetto privato e lo stravolgimento della figura della società mista affidataria diretta, come disegnata nell'art. 23-bis e nel regolamento.

La situazione è diversa da quella che si avrebbe se l'ente locale avesse deciso di costituire una società *con la quale operare nel mercato, anche, dei servizi pubblici locali*, e avesse *a questo scopo*, selezionato un socio, senza dover rispettare, in questo caso, i caratteri della gara di cui all'art. 3, comma 4, del regolamento.

Veniamo ora alla lettura del testo. Se anche fosse interpretabile, oltre che nel senso qui sostenuto, nel senso privilegiato dai giudici del TAR, avremmo tutte le ragioni sostanziali di cui sopra per ritenere che la società del comma 2, lett. b), non può partecipare a gare: perché è ad oggetto esclusivo, non perché è un'affidataria diretta.

Ma il testo non può essere inteso come il TAR Reggio Calabria vorrebbe. Rileggiamolo:
<< 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 gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente 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 >>>.

E' sufficientemente chiaro che il divieto riguarda coloro che gestiscono 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.*

Ma se vi fossero ancora dubbi, essi sono eliminati dal riferimento al socio selezionato ai sensi della lett. b) del comma 2. E' la società, per le sue particolari caratteristiche, ad essere colpita dal divieto. Non il socio che in quella società svolge una delle sue possibili attività d'impresa, non necessariamente l'unica. Il socio resta un soggetto distinto dalla società. Nulla impedisce che svolga altre attività in altri contesti e in diversi regimi. Può concorrere in altra gara per partecipare come socio ad altra società mista pubblico privato, può partecipare a gare per accedere come gestore terzo ad altri servizi pubblici. Quindi è chiaro che <<ovvero ai sensi del comma 2 lettera b)>> significa proprio che non può competere la società affidataria ai sensi di quell'articolo. Se così non fosse non vi sarebbe stata necessità di chiarire che il divieto si applica alla società, non al socio.

In conclusione, non è né irragionevole, né immotivata – anche alla luce dei principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato – l'applicazione nei confronti di società della specie sopra esaminata del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di *servizi diversi da quelli in esecuzione*, come ritiene invece il TAR Calabria.

Nulla impedisce³ che gli enti locali costituiscano società, anche con soci privati, per competere nel mercato dei servizi. Non si capisce perché a questo scopo dovrebbero utilizzare quella particolare struttura che è la società mista del 23-bis, comma 2, lett. b). Per avvalersi di quali vantaggi?

³ L'unico impedimento potrebbe essere il comma 27 della Finanziaria 2008 (l. 244/2007), che come è noto prescrive agli enti locali di costituire o partecipare a società soltanto se strettamente necessarie. Ma, a parte che trattasi di norma largamente disapplicata, si può ritenere che costituire *utilities* che operino nel mercato e incrementino così i competitors sia una delle funzioni pubbliche che gli enti locali possono legittimamente svolgere.

2. E' di secondaria importanza, a questo punto, che la sentenza abbia affermato che la s.r.l. Calabria Agenda Ambientale era diventata nel 2004 socia di Leonia s.p.a. con le modalità dell'art. 23-bis, comma 2, lett. b)⁴, mentre dalla lettura della sentenza non risulta contestata l'affermazione della ricorrente, che quella gara non si è svolta per la gestione del servizio.

Sembra molto più verosimile che la Leonia s.p.a. sia una società di quelle considerate al comma 8, lett. b) dell'art. 23-bis, le cui gestioni sono destinate a cessare improrogabilmente (per ora) al 31 dicembre 2011. E in ogni caso esaminiamo questa ipotesi: una società mista affidataria diretta il cui socio è stato scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), del comma 2, le quali *non* abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, può nel frattempo partecipare a gare?

Il caso a rigore e testualmente può essere ritenuto non rientrare nella serie di divieti sopra riprodotta. Tuttavia va osservato che l'affidamento a società mista era usualmente considerato, vigente il comma 5 del 113 Tuel, tra gli affidamenti diretti. Tant'è vero che nel testo del DDL n. 112 conv. in legge 133/2008 l'affidamento a società mista pur nella nuova tipologia era ancora considerato affidamento diretto (sbagliando, perché nella nuova configurazione certamente non era tale). Si potrebbe dunque ritenere che la società mista dell'art. 113 rientri tra i casi di affidamento diretto. Da un punto di vista sistematico poi non sembra ammissibile che una società configurata in termini più rigorosi dal punto di vista del rispetto delle regole di concorrenza sia esclusa dal partecipare a gare, e che possa accedere invece una configurata in termini meno rigorosi.

3. Tra i numerosi motivi di gravame, risultati tutti infondati, era stato eccepito anche che il Dirigente del Settore U.O. Servizi esternalizzati del Comune di Reggio Calabria cumulava in sé il ruolo di soggetto preposto alle gestioni esternalizzate e al loro controllo (tra cui la Leonia s.p.a.), di responsabile del procedimento – RUP, e di presidente della commissione di gara.

Era stato anche stigmatizzato, sempre dalla ricorrente, che i patti parasociali stipulati nel 2004 tra il Comune e la Leonia contenessero clausole che impegnavano comportamenti del Comune a favore della società, anche in caso di procedure concorsuali. Merita riportare le clausole relative:

<<Il Comune di Reggio Calabria si adopererà affinché la Società diventi affidataria di altri servizi o attività, di spettanza del Comune stesso, rientranti nell'oggetto sociale, o comunque ad esso affini o connessi>>.

<<Il Comune di Reggio Calabria si adopererà altresì affinché la Società diventi affidataria dei servizi attualmente espletati da soggetti terzi, alla scadenza delle relative convenzioni, ricorrendone i presupposti, agevolando inoltre il subentro, ove possibile e conveniente per la società.>>

⁴ <<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.>>.

<<Salve diverse disposizioni di legge, per l'affidamento di servizi o attività, per i quali occorra obbligatoriamente espletare procedure concorsuali di evidenza pubblica, il Comune riconosce il diritto di prelazione a favore della Società. L'esercizio del diritto di prelazione darà diritto all'aggiudicazione qualora la Società garantisca le medesime condizioni offerte dal vincitore di gara>> (art. 8 dei Patti parasociali).

L'una e l'altra circostanza sono state considerate irrilevanti dai magistrati amministrativi.

Non interessa ora indagare se vi sarebbero stati argomenti che il TAR avrebbe potuto usare per valorizzare un così evidente conflitto di interessi nella gestione della procedura. Ci limitiamo a rilevare che il nuovo regolamento governativo, non ancora definitivamente approvato, ma che ha già per gran parte superato il controllo del Consiglio di Stato (parere n. 2415/2010), prevede all'art. 8, comma 4, che *<< i componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta>>*. E nel successivo comma 8 che *<< Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso>>*.

Disposizioni che in altra sede abbiamo considerato non ancora sufficienti, ma che sarebbero state bastevoli in questo caso a risparmiarci un quadro deplorabile.

Adriana Vigneri

Publicato il 3 luglio 2010