N. 02222/2011REG.PROV.COLL.

N. 06118/2010 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso r.g.n. 6118/2010, proposto dalla:
Fata Morgana s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Bianchi, Giampaolo Raia e Marco Selvaggi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Nomentana, 76;

contro

il Comune di Reggio di Calabria, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Mario De Tommasi, con domicilio eletto presso lo studio legale Alfredo e Giuseppe Placidi, in Roma, via Cosseria, 2;
la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

la Leonia s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Barone, Vincenzo Bombardieri e Valerio Menaldi, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, via Barberini, 3;

Commissario delegato per l'emergenza nel settore rifiuti della Regione Calabria, n.n.;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, n. 00561/2010, resa tra le parti e concernente *una gara per la gestione del servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani*.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;
visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Calabria, della Leonia s.p.a. e della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
visti tutti gli atti e documenti di causa;
relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2011, il Consigliere di Stato Aldo SCOLA ed uditi, per le parti, gli avvocati Raia, Selvaggi, Buccellato, per delega di De Tommasi, Barone, Bombardieri e l'avvocato dello stato Marina Russo;
ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

A) - Con atto notificato l'8 marzo 2010 e depositato il 23 marzo 2010, la Fata Morgana s.p.a. impugnava:
- la determinazione n. 1749 del 21/07/2009, con cui il Comune di Reggio Calabria aveva 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 stesso, il bando di gara, il capitolato speciale di appalto ed 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 con cui era 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 stessa e, in particolare, l'aggiudicazione provvisoria di cui al verbale n. 19;

- la decisione assunta dal Comune 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 dell'impresa Fata Morgana a provvedere in tal senso;

- la comunicazione del dirigente comunale u.o. servizi esternalizzati ed organismi partecipati del 5 marzo 2010, inerente al passaggio di mezzi ed attrezzature alla società Leonia s.p.a..

L'originaria ricorrente Fata Morgana gestiva il 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.

B) - Essa deduceva:

I) incompetenza e violazione dell'art. 5, legge n. 225/1992, dell'art. 107, d.lgs. n. 112/1998, e delle ordinanze dichiarative dello stato di emergenza ambientale e di nomina dei commissari delegati all'emergenza rifiuti; dell'art. 97, Cost., 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. 18 dicembre 2009, successivo al bando di gara) e della nomina di commissari delegati da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, non avrebbe dovuto rimanere spazio alcuno per iniziative comunali in materia di raccolta differenziata, sicché il relativo servizio – nell'assetto individuato dai commissari – avrebbe dovuto essere svolto dalla ricorrente, nel sottoambito di Reggio Calabria, fino al termine dell'emergenza rifiuti nella regione Calabria;

II) violazione dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, conv. con modif. nella legge n. 133/2008, e s.m.i.; dell'art. 13, d.l. n. 223/2006, e del principio di buon andamento dell'attività amministrativa; 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 mercantili e di quello di spazzamento del comune di Reggio Calabria, non avrebbe potuto partecipare, ai sensi delle disposizioni in epigrafe (art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, e s.m.i.), a procedure di gara per l'affidamento di servizi ulteriori né gestire il servizio di raccolta differenziata, avendo un socio di minoranza non selezionato per gestire il servizio, e meno che mai quello della raccolta differenziata, neppure inserito nell'oggetto sociale di Leonia, "esclusivo", in quanto limitato ai servizi affidati direttamente.

La partecipazione della Leonia s.p.a. alla gara in questione avrebbe determinato effetti distorsivi della concorrenza, per l'evidente vantaggio sui costi, determinato dalla posizione di affidataria dei servizi di raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati;

III) violazione degli artt. 11, 12, 86, 87 e 88, d.lgs. n. 163/2006, e dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, e s.m.i.; del principio costituzionale di buon andamento (art. 97, Cost.) e dell'art. 3, legge n. 241/1990; dei principi di *par condicio*, imparzialità e

trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento, falso presupposto di fatto e diritto, difetto di motivazione, illogicità e 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 …… tra i servizi di raccolta dei rifiuti indifferenziati e differenziati sullo stesso territorio": vantaggio oltre tutto amplificato dalla "correlazione perfetta" sussistente tra i parametri 3 e 5;

IV) violazione dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, e dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 (salvaguardato dalla Corte cost., con sent. n. 325/2010), e s.m.i.; degli artt. 42, 45 e 70, d.lgs. n. 163/2006, e delle ordinanze commissariali decretanti lo stato di emergenza; del principio dell'affidamento e della parità di trattamento; eccesso di potere per sviamento e falso presupposto in fatto e diritto, per l'illegittima integrazione del disciplinare, che avrebbe consentito alla Leonia s.p.a. di partecipare alla gara, sul presupposto che la crisi nel settore presso la Regione Calabria potesse considerarsi superata: integrazione "ritagliata ad hoc" per consentire la partecipazione della Leonia, senza nemmeno un provvedimento di proroga dei termini a favore di eventuali altre imprese interessate;

V) violazione dell'art. 202, d.lgs. n. 152/2006, e 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 (contemplante il transito alle dipendenze dell'aggiudicatario del personale della ditta cessante solo "nei limiti dei lavoratori *ex*

l.p.u. transitati originariamente dal progetto r.t.i. Città vivibile) sarebbe stato in contrasto con l'art. 202, cit., e con gli impegni assunti dal Comune sul mantenimento dei livelli occupazionali, alterando la *par condicio* tra i concorrenti (solo Fata Morgana avrebbe dovuto mantenere in servizio tutti gli attuali dipendenti);

VI) violazione degli artt. 11 e 84, d.lgs. n. 163/2006, e dell'art. 10 del regolamento per la disciplina dei contratti comunali; del principio costituzionale di buon andamento (art. 97, Cost.) e dell'art. 3, legge n. 241/1990; dei principi di *par condicio,* imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento e difetto di motivazione, essendo incerto se il provvedimento di nomina della commissione (da comunicarsi agli interessati almeno 5 giorni prima del giorno di celebrazione della gara) fosse stato successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

VII) violazione degli artt. 11 e 84, d.lgs. n. 163/2006, del principio costituzionale di buon andamento (art. 97, Cost.), dell'art. 3, legge n. 241/1990, dei principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento e carenza di motivazione, in assenza di garanzie circa il luogo e le modalità di custodia delle buste contenenti le offerte nel periodo delle sedute "riservate" della Commissione aggiudicatrice;

VIII) violazione degli artt. 11 e 84, d.lgs. n. 163/2006, del principio costituzionale di buon andamento (art. 97, Cost.) e dell'art. 3, legge n. 241/1990; del principio dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento, carenza di motivazione, illogicità e disparità di trattamento.

Si sarebbe stabilito di procedere alla consegna del servizio alla Leonia ancor prima dell'aggiudicazione definitiva, mentre la consegna urgente sarebbe stata possibile solo per gli appalti di lavori e con idonea motivazione.

C) - Con successivi *motivi aggiunti*, depositati il 29 aprile 2010, la Fata Morgana s.p.a. impugnava, poi:

- la deliberazione G.m. 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 prorogante il servizio alla società Fata Morgana di soli ulteriori trenta giorni consecutivi e solari, con decorrenza 10.04.2010, ed atti ivi richiamati, per quanto di ragione, 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 era stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della 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, la ricorrente deduceva:

IX) invalidità derivata da quella degli atti già gravati con il ricorso originario;

X) violazione degli artt. 11 e 84, d.lgs. n. 163/2006, del principio costituzionale di buon andamento (art. 97, Cost.) e dell'art. 3, legge n. 241/1990; dei principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento e carenza di motivazione.

I commissari di gara non sarebbero stati scelti nel rispetto delle disposizioni di legge disciplinanti la materia. Due dei suoi tre componenti non sarebbero stati in possesso di adeguate esperienza e professionalità, nella materia specifica della raccolta differenziata, né la loro nomina sarebbe stata motivata sul punto, mentre il regolamento dei contratti comunali avrebbe dovuto essere disapplicato per contrasto con la legge;

XI) violazione degli artt. 10, 11, 12 e 84, d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 107, d.lgs. n. 267/2000, del principio costituzionale di buon andamento (art. 97, Cost.); dell'art. 3, legge n. 241/1990, degli artt. 2341-bis e 1418, c.c., e dell'art. 23-*bis*, d.l.. n. 112/2008, e s.m.i.; del principio dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento e difrtto di motivazione, il dirigente del settore u.o. servizi esternalizzati avendo assunto nella procedura ruoli incompatibili, quale soggetto istituzionalmente preposto alla gestione ed 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, tanto più che i patti parasociali della Leonia (art. 8) avrebbero illegittimamente impegnato il comune a farle ottenere l'affidamento dei suoi servizi.

D) - Il comune si costituiva in giudizio ed eccepiva 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, pur immediatamente lesivi della sfera giuridica della ricorrente, nonché l'inammissibilità della impugnazione dell'indizione della procedura, per mancata contestazione delle delib. C.c. n. 41 del 30 luglio 2008 e delle delibb. G.c. n. 27 del 2 febbraio 2009 e n. 310 del 2 luglio 2009.

Anche la controinteressata Leonia s.p.a. si costituiva in giudizio ed eccepiva, in via preliminare, *il difetto di giurisdizione amministrativa* in ordine all'impugnazione degli atti di indizione della gara, sostenendo comunque la tardività e l'inammissibilità, nonché l'infondatezza, del ricorso e dei motivi aggiunti.

E) - Il Tribunale di prima istanza *respingeva il ricorso con sentenza poi impugnata*, dalla Fata Morgana soccombente in prime cure, per vizio di motivazione circa alcune delle censure esposte, avendo la Fata Morgana chiesto l'annullamento degli atti di

gara e non una proroga giudiziale del proprio servizio; violazione dell'art. 12, preleggi, c.c., ed ancora vizio di motivazione in rapporto ad altre doglianze dedotte, la Leonia svolgendo direttamente il servizio affidatole e non tramite il suo socio privato (alla luce anche dei lavori parlamentari in materia di disciplina della tutela della concorrenza: cfr. C.S., sezione V, dec. n. 1651/2010); ulteriore difetto di motivazione quanto all'esigenza di rispettare l'obbligo di trasparenza e di pari trattamento, in relazione alla generalizzata applicabilità dell'art. 202, codice dell'ambiente, ed agli indebiti vantaggi fruiti da Leonia per la sua partecipazione, dato che un'eventuale proroga avrebbe permesso a Fata Morgana di presentare una nuova e diversa proposta, fermi restando i violati impegni di mantenimento dei livelli di occupazione da parte di Leonia, per avere reingaggiato solo i lavoratori già dipendenti dal suo socio privato; mancato rispetto del termine di cinque giorni, non idoneo ad essere configurato come mera irregolarità né ad essere sanato *ex* art. 21-*octies*, legge n. 241/1990 e s.m.i., applicabile solo agli atti vincolati (come non sarebbe la nomina dei commissari di gara); carenza delle comprovate capacità tecniche in almeno alcuni dei componenti la commissione; omessa separazione delle funzioni di approvazione degli atti presidenziali e di controllo istituzionale delle partecipazioni comunali all'impresa Leonia (cfr. C.S., sezione V, dec. n. 4080/2008), in cui non potrebbero non rilevare pure i discussi patti parasociali; la lunga durata della gara e l'omessa menzione nei verbali delle misure di sicurezza per la custodia del materiale (cfr. C.S., sezione V, dec. n. 3203/2010, dec. n. 1296/2008 e dec. n. 1068/2006).

F) - La Leonia (con atto di costituzione e due memorie illustrative) ed il Comune di Reggio Calabria (con controricorso e memoria difensiva) si costituivano in giudizio ed eccepivano quanto preliminarmente già esposto in prime cure e, quindi: l'irricevibilità e/o inammissibilità del ricorso introduttivo quanto all'impugnazione della determinazione n. 174972009, del bando di gara e s.m.i., del capitolato e del

disciplinare, tutti atti immediatamente lesivi e da gravarsi senza indugio; l'inammissibilità del gravame originario per carenza d'interesse, dovuta all'omessa impugnativa di atti presupposti, e la sua infondatezza nel merito.

L'appellante Fata Morgana (come l'appellata Leonia, società mista a capitale pubbico-privato), con propria memoria, comunicava di essersi posta *in stato di liquidazione* e come tale si costituiva in giudizio, ribadendo le sue argomentazioni difensive ed anticipando una sicura richiesta risarcitoria nel caso di rigetto del presente appello.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri si costituiva in giudizio con la difesa erariale, dichiarandosi priva di interesse al riguardo e depositando una nota del commissario delegato.

Abbandonata un'istanza cautelare, all'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, *con immediata pubblicazione del dispositivo r.g.n. 998/2011*, come richiesto espressamente dall'impresa appellante.

DIRITTO

L'appello è *infondato* e va *respinto*.

I) - L'eccezione preliminare di *difetto di giurisdizione amministrativa* veniva correttamente disattesa dai primi giudici, trattandosi di provvedimenti espressione di potestà autoritativa, concernenti situazioni d'interesse legittimo, mentre nessun dubbio poteva sussistere circa la competenza dell'amministrazione comunale di Reggio Calabria, dato che lo stesso affidamento, del quale la Fata Morgana s.p.a. aveva chiesto la prosecuzione, fin dal principio non era stato disposto dal commissario delegato ma dal Comune di Reggio Calabria (seppure mediante commissario *ad acta*, nominato dal predetto commissario delegato), come pure le successive proroghe, che la ricorrente avrebbe voluto fossero estese fino al termine dello stato di emergenza.

La rivendicata prosecuzione del rapporto per tutta la durata dello stato di emergenza era stata, poi, testualmente esclusa dall'art. 2 della convenzione di affidamento del servizio, allegata alla deliberazione commissariale n. 10/2004.

Per di più, la legittimità "originaria" dell'affidamento del servizio di raccolta differenziata alla Fata Morgana era stata oggetto di rilievo da parte della Corte dei conti (v. deliberazione sez. contr. regione Calabria n. 167/2008), come pure da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che aveva specificamente raccomandato di evitare proroghe nella gestione dei servizi affidati in assenza di gara (v. decisione del 3 luglio 2008).

Infine, lo stesso commissario delegato (v. nota n. 17521 dell'11 novembre 2008) aveva affermato che i contratti stipulati con le società miste erano validi solo fino alla loro naturale scadenza (comunque, non oltre il 31 dicembre 2010) e non potevano "in assoluto" essere prorogati.

II) - D'altro canto, il comma 9 dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 e s.m.i. (da ultimo introdotte con d.l. n. 135/2009 e 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".

La Fata Morgana sosteneva che la Leonia s.p.a. sarebbe incappata nel divieto di partecipare a gare per l'affidamento di servizi ulteriori rispetto a quelli già gestiti per il Comune, in quanto l'espressione "ovvero ai sensi del comma 2, lettera *b)*" avrebbe equiparato agli affidamenti diretti ed 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 non poteva essere condivisa, giacché detto affidamento a società mista costituita riusciva, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, per cui sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi dettati dall'U.e. in materia [v. comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici (p.p.p.i.) 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 atto.

Dunque, il divieto operava solo per le società che già gestissero servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o, comunque, a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, rientrando nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le forme previste dal comma 2, lett. *b)*, dell'art. 23-*bis*: divieto non applicabile nei confronti della Leonia s.p.a., per l'appunto costituita ai sensi dell'art. 23-*bis*, comma 2, lett. *b)*, d.l. n. 112/2008, e s.m.i..

III) - Veniva pure correttamente disatteso il rilievo che nell'oggetto sociale della Leonia s.p.a. non si sarebbe ricompresa la raccolta differenziata e che comunque tale oggetto avrebbe dovuto essere esclusivo, poiché l'art. 4 dello statuto della Leonia s.p.a. prevedeva che la stessa avesse come oggetto sociale le attività di produzione e fornitura di servizi reali ed intellettuali nel settore della tutela ambientale in genere, come raccolta, trasporto e trattamento dei rifiuti solidi urbani interni, dei rifiuti speciali pericolosi e non pericolosi, tossici e nocivi, e dato che la "raccolta differenziata" rientrava nel più ampio concetto di "raccolta" dei rifiuti, non poteva negarsi che tale attività rientrasse nel suo oggetto sociale.

Quanto alla pretesa necessità di *esclusiva*, prevista dall'art. 13, comma 2, d.l. n. 223/2006, conv. legge n. 248/2006 e s.m.i., il comma 1 dello stesso art. 13 escludeva dall'ambito di applicazione della disposizione le società costituite o partecipate dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa la Leonia, la cui partecipazione alla gara in questione non avrebbe potuto provocare effetti distorsivi conseguenti ad una legittima posizione acquisita, nel rispetto di modalità concorrenziali: donde le già disattese considerazioni su detto preteso effetto *inquinante*.

IV) - Ulteriori motivi di ricorso risultavano poi inammissibili, per originaria carenza d'interesse della ricorrente (che aveva regolarmente preso parte alla gara), prima che infondati, dato che la rettifica del bando, operata dalla p.a. con determinazione dirigenziale n. 13 del 7 agosto 2009, conseguiva all'istanza avanzata dalla Leonia con nota 3 agosto 2009, consentendone la partecipazione, ma non risultava assunta sul presupposto (errato) dell'intervenuta fine dello stato di emergenza, essendo piuttosto 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 provenienza commissariale (uniche

imprese negli ultimi anni espletanti in Calabria tale attività), in applicazione dei principi di massima partecipazione alle procedure di gara e di tutela del mercato.

D'altra parte, l'art. 202, d.lgs. n. 152/2006, disciplina la gara che deve espletare l'Autorità d'ambito (per aggiudicare il servizio), onde il suo comma 6 - attinente alla sorte del personale in precedenza adibito ai servizi comunali di gestione dei rifiuti - non poteva applicarsi alla procedura in esame, espletata non dall'Autorità d'ambito, ma da un Comune, e non relativa alla gestione integrata dei rifiuti, ma solo alla raccolta differenziata.

Né sussisteva prova della violazione dell'art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163/2006, giacché il termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara scadeva alle ore 12 del 14 settembre 2009 ed il provvedimento di nomina della commissione era 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, risultava obbligato dai tempi della procedura scanditi dalla relativa *lex specialis*: mera irregolarità formale, non implicante l'annullamento della procedura, *ex* art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241/1990.

V) - Il T.a.r. Calabria riteneva, poi, che l'obbligo di custodia dei documenti di una gara pubblica potesse credersi assolto con l'adozione delle normali garanzie di conservazione degli atti amministrativi, tali da assicurare la genuinità ed integrità dei plichi: donde l'inattendibilità della censura, per non essere stato addotto alcun elemento concreto e specifico, atto a far ritenere adombrabile la sottrazione o la sostituzione dei pieghi, la manomissione delle offerte o altro fatto rilevante ai fini in esame (v. C.S., sezione V, dec. n. 5/2002).

In ogni caso, la commissione risultava nominata nel rispetto dell'art. 84, commi 3 e 8, d.lgs. n. 163/2006, comprendendo essa tre funzionari amministrativi interni, sicuramente in possesso di adeguata professionalità, avuto riguardo alle rilevanti

funzioni espletate (dirigenti, rispettivamente, dell'u.o. servizi esternalizzati e ed organismi partecipati, dell'ufficio finanze e tributi e dell'ufficio appalti e contratti).

Infine, condivisibilmente, i primi giudici (tralasciato il vaglio delle doglianze espressamente *rinunciate* dalla ricorrente), ritenevano che nessuna norma impedisse il cumulo di compiti addebitato al presidente della commissione ed anzi il comma 4 dell'art. 84, d.lgs. n. 163/2006, indirettamente, ne conferma la legittimità, prevedendo limiti solo per i commissari diversi dal presidente, non sussistendo incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, mentre, per altro verso, l'approvazione degli atti della commissione mai avrebbe potuto essere ricompresa nella nozione di controllo, risolvendosi in una revisione interna e coesa del procedimento, a nulla rilevando, d'altro canto, i patti parasociali, anch'essi invano stigmatizzati, perché estranei alla procedura in contestazione.

VI) – Da ultimo, e *riassuntivamente*, si rammenta: che il commissario delegato svolgeva solo attività concernenti la gestione delle discariche e di altri impianti di smaltimento, esclusa quella dei rifiuti; l'impossibilità di procedere senza l'uso di pubbliche contrattazioni (improrogabili), dopo i rilievi della Corte dei conti (v. sopra); la mancata impugnazione della disposta ammissione alla gara della Leonia (v. verbale 15 settembre 2009), costituita previa procedura pubblica, sia per la scelta del socio privato che per l'affidamento del servizio pubblico, nel doveroso rispetto delle esigenze di concorrenzialità, economicità, imparzialità, trasparenza, proporzionalità e pari trattamento, essendo irrilevante la carenza, in capo a Leonia, di un oggetto sociale esclusivo corrispondente alla c.d. raccolta differenziata; l'inammissibilità della tardiva consulenza prodotta dalla Fata Morgana (soltanto in appello) per provare gli effetti asseritamente distorsivi dei prescelti criteri di aggiudicazione, potendo la p.a. legittimamente accentuare il rilievo dell'elemento tecnico rispetto a quello economico (cfr. C.S., sezione V, dec. n. 1154/2010);

l'inammissibilità delle doglianze (semplicemente *devolute al giudice d'appello*) attinenti a situazioni solo teoricamente ostative alla partecipazione della Fata Morgana alla gara, di fatto regolarmente verificatasi; la neppure parzialmente provata ma solo asserita violazione dell'art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163/2006, scadendo il termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara alle ore 12,00 del 14 settembre 2009, mentre il provvedimento di nomina dei componenti la commissione (conosciuto dalla Fata Morgana attuale appellante almeno dal 18 febbraio 2010, data del suo accesso documentale e della connessa diffida al comune a non aggiudicare nemmeno provvisoriamente la gara alla Leonia: donde il non osservato obbligo di articolare senza ritardo tutte le censure pertinenti alla prontamente esperita impugnativa di tale aggiudicazione) risultava documentalmente provato come protocollato alle ore 13,12 dello stesso giorno; l'insussistente necessità di motivare dettagliatamente circa la professionalità dei funzionari scelti tutti all'interno dell'ente per presiedere (eventualmente cumulando più funzioni) e/o comporre la discussa commissione di gara (cfr. C.S., sezione VI, dec. n. 6297/2009); la mancata prova di una qualsiasi conseguenza ricollegabile ad una solo presunta carenza di garanzie di custodia della documentazione di gara.

Conclusivamente, alla luce di quanto sopra esposto, l'appello va *respinto*, con *salvezza* dell'impugnata sentenza e spese ed onorari del presente grado di giudizio *liquidati* come in motivazione, secondo il principio della *soccombenza*.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V, *respinge l'appello* e condanna l'appellante Fata Morgana a rifondere al Comune di Reggio Calabria, alla Leonia s.p.a. ed alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (in ragione di un terzo per ciascuno) le spese e gli onorari del secondo grado di giudizio, *liquidati in complessivi euro seimila/00*, oltre ai dovuti accessori di legge.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2011, con l'intervento dei giudici:

Marzio Branca, Presidente

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2011

IL SEGRETARIO

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