



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 659 del 2010, proposto da:
Ased Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Orlando, con domicilio eletto presso Giuseppe De Luca, Avv in Reggio Calabria, via Sbarre Sup. n. 6/B;

contro

Comune di Bova Marina, rappresentato e difeso dall'avv. Santo Asaro, con domicilio eletto presso Santo Asaro, via Castello n.9, Reggio Calabria;

nei confronti di

Locrine Ambiente Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Bevilacqua e Alessandra Stalteri, con domicilio eletto presso Rosario M. Giuffrè, Avv. in Reggio Calabria, via D.Tripepi, n.57/C;

per l'annullamento, previa sospensiva

1) del verbale di gara del 29.09.2010 con il quale l'ASED srl è stata esclusa dall'appalto indetto con determina del responsabile del settore tecnico n. 155/2010 e la sua offerta non ammessa in quanto difforme a quanto previsto dal disciplinare,

mentre la società Locride Ambiente è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara;

2) di tutti gli altri atti ed operazioni di gara presupposti, collegati, connessi e consequenziali, ivi compresi l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, ove intervenuti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bova Marina e di Locride Ambiente Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Desirée Zonno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Bova, con deliberazione di G.M. n. 56 del 6.5.2010 ha demandato al Responsabile del Servizio competente di indire una gara ad evidenza pubblica per l'appalto del servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei RSU ed assimilati, raccolta differenziata e raccolta ingombranti, per la durata di anni 1.

Con determinazione n. 155 dell'8.7.2010 emessa dal Responsabile del Settore Tecnico, ing. Letizia Panella, ha determinato di appaltare i lavori mediante procedura aperta ex art. 54 D.Lgs. 163/2006 con il criterio del prezzo più basso, ai sensi degli artt. 81 e 82 del predetto decreto, mediante ribasso sull'importo posto a base d'asta e fissato in € 310.000,00, oltre € 6.000,00 per oneri di sicurezza (non riducibili) ed IVA 10%.

Con bando di gara, pubblicato sulla G.U. n. 81 del 16.7.2010, è stata indetta la gara, indicandosi quale responsabile del procedimento il geom. Pasquale Tuscano

(vedi punto V.1) e, in merito alle modalità di presentazione delle offerte, di partecipazione alla gara e alle caratteristiche dell'appalto, rinviandosi espressamente al disciplinare di gara e al capitolato speciale d'appalto disponibili, con il resto della documentazione complementare, oltre che presso la sede del Comune di Bova Marina, sul sito internet dell'Ente.

Allegando che sul predetto sito non risultava inserito nessuno dei documenti richiamati dal bando, la società ricorrente ha richiesto copia del disciplinare di gara, del CSA, del computo metrico (o altro documento utile adottato in merito alla determinazione dell'importo a base d'asta), nonché del DUVRI.

Il 21.7.2010 la stazione appaltante ha inviato, a mezzo e-mail, il CSA e il bando, come risulta dagli allegati alla nota prot. 6903 del 23.9.2010 del Responsabile Servizio Tecnico e, successivamente, in data 6.9.2010, dopo ripetuti solleciti, ha trasmesso (sempre a mezzo e-mail) il disciplinare di gara, senza fornire gli altri documenti richiesti dall'Ased srl.

Presa visione degli atti di gara, l'Ased in data 8.9.2010 ha inoltrato, a mezzo fax ed e-mail, la nota prot. n. 1516, contenente richieste di chiarimenti e di informazioni complementari in merito ad una serie di clausole contenute nel CSA e nel disciplinare di gara, senza ottenere, tuttavia, riscontro.

Il 29.9.2010, previo avviso alle due ditte partecipanti, il Responsabile del settore Ambiente, geom. Mauro, ha proceduto all'apertura delle buste e, dopo aver escluso l'offerta presentata dall'Ased srl (in quanto difforme da quanto previsto nel disciplinare di gara perché non contemplava il costo degli oneri di conferimento dei rifiuti), ha proclamato aggiudicataria provvisoria dell'appalto la società Locride Ambiente spa.

Della legittimità dell'intero procedimento di gara si duole la ricorrente, chiedendone l'annullamento per i tre motivi di seguito indicati.

Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata.

La Locride Ambiente adduce, infatti, il difetto di interesse al gravame, non essendo dimostrato che la ricorrente riuscirebbe a superare la prova di resistenza.

Ad avviso del Tribunale, l'interesse sussiste.

Le censure dedotte con il primo e terzo motivo, mirando ad invalidare l'intera procedura, soddisfano l'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Allo stesso risultato si giungerebbe in caso di accoglimento del secondo motivo (attinente la partecipazione dell'aggiudicataria), in quanto, essendo solo due le imprese partecipanti, in caso di esclusione della Locride Ambiente e restando ferma l'esclusione della Ased, la gara andrebbe reiterata.

Con il primo motivo la ricorrente denuncia l'illegittimità della propria esclusione dalla gara - violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di obblighi di evidenza pubblica a tutela della concorrenza – violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 70 e 71 d.lgs. 12/4/2006 n° 163 – eccesso di potere - violazione della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa.

La censura può essere così riassunta.

Sul sito dell'ente non erano presenti i documenti di gara, diversamente da quanto indicato nel bando.

Dopo ripetuti solleciti il Comune ha fornito tutto, tranne DUVRI, Computo metrico e chiarimenti chiesti con nota dell'8.9.2010 (il termine per la presentazione delle offerte scadeva il 15.9.2010).

I chiarimenti richiesti riguardavano l'individuazione del soggetto su cui gravassero i costi derivanti dagli oneri di conferimento dei rifiuti (Comune o aggiudicatario).

Non avendo ricevuto i chiarimenti richiesti, l'Ased ha formulato un'offerta non comprensiva dei suddetti costi ed è stata per questo esclusa.

Lamenta l'illegittimità dell'esclusione per violazione degli art. 70, co 9, e 71 cod. appalti che prescrivono:

l'invio del capitolato d'oneri e della documentazione complementare, entro 6 giorni dalla richiesta, se tali documenti non sono disponibili in via telematica;
la comunicazione delle informazioni complementari, purché richieste in tempo utile, almeno 6 giorni prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

La censura è infondata.

Essa è in primo luogo indimostrata in punto di fatto.

Il Comune ha dichiarato nella propria memoria di costituzione che gli atti erano disponibili sul sito, ammettendo in via solo ipotetica che vi potessero essere state delle temporanee disfunzioni.

In presenza di specifica contestazione inerente le allegazioni in fatto di parte ricorrente, incombeva su quest'ultima, in base al principio di ripartizione dell'onere probatorio, dimostrare le disfunzioni riscontrate.

In ogni caso, posto che è discutibile l'obbligatorietà di risposta ai chiarimenti richiesti, l'effetto dell'omessa risposta deve essere rinvenuto nella possibilità di chiedere un differimento del termine di presentazione dell'offerta.

Infatti, la norma non stabilisce uno specifico effetto sanzionatorio per la mancata risposta, ma espressamente prevede (art. 70 co 10) la dilazione del termine.

Pertanto, la partecipante che eventualmente si dolga di tali disfunzioni non può pretendere di invalidare la gara, ma può richiedere alla stazione appaltante la proroga del termine di presentazione delle offerte e, solo laddove questa sia stata illegittimamente negata, può censurare la legittimità della procedura.

La conseguenza è, peraltro, conforme al principio di buona fede da un lato e di conservazione degli atti giuridici dall'altro.

La buona fede, nell'imporre la salvezza della posizione giuridica altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, avrebbe imposto al partecipante di chiedere alla stazione appaltante di tenere il comportamento che avrebbe tutelato sufficientemente il proprio interesse (a conoscere gli atti e i chiarimenti), senza però invalidare l'intera procedura.

Tale comportamento sarebbe stato rappresentato dal differimento del termine di presentazione delle offerte.

Parimenti deve dirsi per il principio di salvezza, poiché la richiesta formulata nei termini anzidetti avrebbe consentito di ottenere il risultato utile idoneo a tutelare la posizione del ricorrente, salvaguardando l'interesse a non invalidare l'intera procedura.

Al contrario la ricorrente non ha neppure allegato di aver richiesto una proroga, ritenendo, invece, più opportuno presentare un'offerta non comprensiva degli oneri di conferimento.

A ciò si aggiungono delle ulteriori considerazioni.

il bando contemplava una modalità di accesso agli atti altrettanto idonea a garantirne la conoscibilità piena. Esso prevedeva, infatti, la loro disponibilità presso gli uffici comunali (puntualmente indicati). La modalità non comportava neppure particolari oneri per il ricorrente (impresa locale).

Tale modalità può ritenersi, data la facilità di reperimento dei documenti e la facilità di accesso agli uffici, del tutto analoga all'accesso per via elettronica.

i chiarimenti sono stati richiesti solo l'8.9.2010, cioè 7 giorni prima della scadenza del termine. Se si considera che, in base a quanto previsto dall'art. 71 co 2, cod. app., la risposta deve pervenire almeno 6 giorni prima della scadenza, si comprende bene che le informazioni complementari non sono state richieste in tempo utile, sicché non può assumersi la violazione della disposizioni contenute nella norma citata.

i chiarimenti richiesti erano in realtà superflui in quanto, come indicato dal Comune nella propria memoria di costituzione, il CSA già indicava che l'appalto era "a corpo" e come tale comprensivo di tutte le attività indicate nell'oggetto, tra cui rientrava anche il conferimento.

La conoscenza del DUVRI e del computo metrico non erano in realtà necessari per la formulazione dell'offerta. Infatti gli oneri di sicurezza non erano soggetti a ribasso (sicché la conoscenza del DUVRI non poteva rilevare ai fini dedotti dalla ricorrente) ed il computo metrico poteva rilevare, al più, ai fini della valutazione di congruità della determinazione della base d'asta da parte della stazione appaltante (tanto è vero che la Ased Srl nel ricorso non chiarisce per quali motivi il computo metrico fosse necessario per la formulazione dell'offerta).

Con il secondo motivo di ricorso la società esclusa denuncia l'illegittimità della partecipazione della controinteressata e la successiva aggiudicazione in suo favore per violazione dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008; eccesso di potere per sviamento e falso presupposto in fatto e diritto.

Data la natura della Locride Ambiente spa, l'art. 23 bis, co 9 d.l. n. 112/2008 non le consentirebbe di partecipare alla gara in questione.

In primo luogo perché già affidataria diretta del servizio di raccolta differenziata da parte dello stesso Comune di Bova (rispetto al quale l'odierno appalto risulta avere oggetto più esteso, comprendendo anche la raccolta di RSU e rifiuti ingombranti).

Tale prima parte della censura non è fondata.

La controinteressata ha negato di essere allo stato affidataria diretta di qualunque servizio pubblico locale, atteso che sono tutti cessati gli originari affidamenti determinati dallo stato di emergenza ambientale (che comunque la Locride Ambiente spa contesta possano qualificarsi come affidamenti diretti, essendo stati preceduti da gara per la scelta del socio).

In presenza di tale contestazione, secondo il criterio di riparto dell'onere probatorio sarebbe spettato alla ricorrente dimostrare la perdurante qualità di affidataria diretta che, alla luce delle difese dell'aggiudicataria, non può certo desumersi dalla deliberazione n. 16 del 25.2.2005 del Consiglio Comunale del Comune di Bova Marina, avente per oggetto l'approvazione della convenzione con la società mista "Locride Ambiente", attesa la sua risalenza nel tempo e la compatibilità con una successiva cessazione dell'affidamento.

La Ased srl contesta poi la possibilità di partecipazione per l'aggiudicataria, in quanto società mista.

Secondo l'interpretazione propugnata dalla ricorrente, il tenore letterale dell'art. 23 bis, co 9 d.l. n. 112/2008 escluderebbe dalla possibilità di acquisire ulteriori servizi pubblici le società miste costituite con socio scelto con gara tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio (fattispecie di cui all'art. 23 bis, comma 2, lett. b). In tale ipotesi rientrerebbe la Locride Ambiente spa.

Tale tesi non è accoglibile per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo perché non è condivisibile l'interpretazione della norma data dalla ricorrente.

Questo Tar con sentenza n. 561/2010 (confermata in appello con decisione, la cui motivazione non risulta ancora depositata) ha già chiarito di aderire a diversa opzione interpretativa.

Il comma 9 dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 e succ. modif. (da ultimo introdotte dal D.L. n. 135/2009 e dalla legge n. 166/2009) dispone che "le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti

cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”.

La ricorrente sostiene che la Locride Ambiente s.p.a. incorrerebbe nel divieto, previsto nel primo periodo del predetto comma 9, di partecipare a gare per l'affidamento di servizi pubblici locali ulteriori rispetto a quelli che già gestisce, 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 di tale 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 – secondo cui 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.

In ogni caso, qualunque sia l'interpretazione della norma in questione, in punto di fatto la controinteressata non rientrerebbe, comunque, nella previsione dell'art. 23 bis, comma 2, lett. b) e per ciò nel divieto, ai sensi del comma 9, di partecipazione a gare.

Infatti, è la stessa ricorrente ad allegare, nel corpo della stessa doglianza, che la Locride Ambiente spa è società costituita con un socio scelto con procedura ad evidenza pubblica, ma senza determinazione, nell'ambito della gara, dei compiti operativi (v. pagg 9 e 10 ricorso), sicchè essa non integra l'ambito soggettivo previsto.

La ricorrente sostiene poi che, anche a ritenere non applicabile il divieto di cui al co 9 dell'art. 23 bis, desumibile dall'essere società mista costituita con socio scelto con gara tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio (ipotesi di cui all'art. 23 bis, comma 2, lett. b), in ogni caso la controinteressata incorrerebbe nel divieto di partecipazione, sancito dall'art. 23 bis, comma 9, per

essere essa società mista non rispondente alle caratteristiche di cui al predetto comma 2 lett. b).

In altri termini la Locride Ambiente Spa non avrebbe potuto partecipare alla gara oggetto della presente impugnativa, in quanto soggetta al divieto di cui al comma 9 dell'art. 23 bis D.l. 25/6/2008 n° 112 e successive modificazioni o perché incorrono in detto divieto le società miste costituite ai sensi del comma 2 lett. b del predetto articolo o perché, comunque, aderendo alla tesi interpretativa seguita da questo Tar, il divieto colpirebbe quantomeno le società miste non rispondenti alle caratteristiche di cui al predetto comma 2 lett. b).

Anche tale tesi è infondata.

Essa muove dall'assunto che il co 9 cit. contenga un divieto di acquisizione di ulteriori servizi rispetto a quelli già gestiti per:

le società che gestiscono un servizio pubblico locale in virtù di affidamento diretto;

le società che gestiscono un servizio pubblico locale in virtù di una procedura non ad evidenza pubblica;

le società che gestiscono un servizio pubblico locale in virtù di una procedura non ai sensi del co 2 lett. b), cioè le società con socio scelto con gara che non sia tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio, ovverosia società miste con socio scelto a seguito di procedura, per così dire, generica;

soggetti gestori delle reti degli impianti etc.

Logico corollario di tale tesi interpretativa sarebbe che le società miste con socio scelto con gara che non sia tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio che gestiscono un qualsiasi servizio pubblico locale, anche se affidato a seguito di gara ad evidenza pubblica, non potrebbero, per tale connotazione soggettiva, acquisire la gestione di ulteriori servizi, neppure partecipando a gare ad evidenza pubblica.

Il divieto pertanto, si risolverebbe in una preclusione soggettiva, connessa alla tipologia della società.

La tesi non è condivisibile in primo luogo perché essa condurrebbe all'assurda conclusione che le società miste del tipo indicato, se già affidatarie di un servizio (anche se acquisito a seguito di gara) non potrebbero partecipare mai ad altra gara ad evidenza pubblica, tesa all'affidamento di un servizio pubblico.

In secondo luogo perché, se così interpretata, la norma di cui all'art. 23 bis, co 9, cit. difetterebbe di coordinamento con la disposizione contenuta nell' art. 13 D.L. 4/7/2006 n. 223 - Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza- .

Il co 1 di tale ultimo articolo così recita “Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare [esclusivamente] con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.”

Tale norma, nel prevedere specifiche preclusioni alla partecipazione alle gare delle società miste (dunque anche quelle miste costituite con socio scelto con gara che non sia tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio), espressamente esclude dall'ambito oggettivo del divieto i servizi pubblici locali, con ciò consentendo alle società miste (anche se la gara per la scelta del socio non abbia contemplato le modalità operative del servizio), la partecipazione alle gare tese all'affidamento di tali servizi.

Della norma in esame va, invece, preferita una diversa (e possibile) interpretazione. Essa va letta nel senso che preclude l'acquisizione della gestione di ulteriori servizi:

- alle società affidatarie dirette di un servizio;
- alle società che abbiano ottenuto la gestione di un servizio senza gara (potendo l'evidenza pubblica estrinsecarsi o in una gara tesa alla scelta del gestore – partenariato contrattuale - o del socio c.d. operativo – partenariato istituzionale-).

Dunque, il divieto in parola va interpretato nel senso che esso non colpisce “sic et simpliciter” le società miste costituite con socio scelto con gara che non sia tesa a definire anche le modalità operative di gestione del servizio (preclusione soggettiva), ma nel senso che esso si rivolge alle società che gestiscono un servizio non affidato mediante gara, sicchè le società miste, anche se non rientranti nell'ipotesi di cui all'art. 23, co 2 lett. b, possono senz'altro ottenere la gestione di ulteriori servizi, partecipando alle relative gare, purchè risultino affidatarie di altri servizi conferiti a seguito di procedure ad evidenza pubblica.

Tale approccio ermeneutico è il più coerente con la ratio della norma, che mira a colpire ogni effetto distorsivo della concorrenza derivante dall'affidamento di un servizio pubblico locale al di fuori delle regole dell'evidenza pubblica.

La seconda doglianza è, pertanto, infondata.

Con l'ultima censura la Ased s.r.l. denuncia l'irregolarità del procedimento di appalto- violazione dell'art. 10 d.lgs. n. 163/2006 – violazione degli artt. 4, 5 e 6

della l. n. 241/1990 – violazione degli artt. 12 csa e v.1 bando di gara - eccesso di potere – incompetenza – violazione dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Espone in fatto che:

1) La deliberazione di G.M. n. 56/2010 ha demandato al Responsabile del Servizio competente (che, a detta della ricorrente, visto l'oggetto della gara, dovrebbe essere il responsabile del settore ambiente) di indire una gara ad evidenza pubblica per l'appalto del servizio di raccolta, trasporto e conferimento in discarica dei rifiuti solidi urbani ed assimilati;

2) Il Responsabile del Settore Tecnico (ing. L. Panella), con determinazione n. 155 dell'8.07. 2010, ha statuito di appaltare i lavori mediante procedura aperta, nominando responsabile del procedimento il geom. P. Tuscano, come risulta dall'art. 12 del CSA e dal punto V.1 del bando, il quale ha svolto tutti i compiti attinenti alla procedura, ivi compreso il sopralluogo della ditta Ased effettuato in data 14.9.2010.

3) l'apertura delle offerte e le relative operazioni è stata svolta, invece, dal Responsabile del settore ambiente.

Deduce da un lato l'illegittimità delle operazioni di gara, in quanto il RUP non sarebbe un dipendente dell'ente ma un collaboratore esterno; dall'altro l'incompetenza dell'organo che ha indetto la gara (Responsabile servizio tecnico), in quanto questa rientrerebbe nelle competenze del Settore Ambiente, come dimostrerebbe la gestione delle operazioni di gara da parte del Responsabile del relativo settore.

La censura è infondata.

In primo luogo è erroneo l'assunto che il RUP sia un collaboratore esterno. Il decreto sindacale n. 9/2010 è l'atto con cui il geom. Tuscano (RUP della presente procedura) è stato nominato in servizio.

Il tenore del decreto è chiaro nel determinare l'assunzione a titolo di lavoro subordinato ed a tempo determinato del soggetto in questione (v. quarto punto del dispositivo del decreto in cui si approva lo schema di contratto di lavoro subordinato), con costituzione dell'Ufficio di Staff ed inserimento del dipendente nel medesimo ufficio.

Si potrebbe discutere della legittimità di una nomina fiduciaria, come tale non preceduta da alcuna selezione pubblica, tuttavia, al di là di tale questione, che non viene in rilievo in questa sede, è indubbio che il geom. Tuscano fosse un dipendente pubblico.

Anche la dedotta censura di incompetenza del Responsabile del Settore tecnico non può trovare accoglimento.

Deve rilevarsi, infatti, che la ripartizione interna tra i vari Settori è demandata al regolamento o allo statuto comunale o, comunque, ad un atto organizzativo espressione di autonomia dell'ente locale.

Dunque, nulla esclude che l'organizzazione dell'ente preveda che l'indizione delle procedure di gara ed i relativi bandi siano affidati per competenza al Responsabile del Settore tecnico, mentre il concreto svolgimento della procedura sia demandato al Responsabile del Servizio competente per materia.

In assenza di una specifica allegazione in senso opposto (che avrebbe richiesto, quantomeno, l'indicazione della norma di regolamento violata), la censura non può che essere giudicata generica e, comunque, indimostrata.

Il ricorso va, pertanto, respinto.

Le spese possono essere integralmente compensate, vertendo la controversia essenzialmente su questioni (quali quelle relative all'interpretazione dell'art. 23 bis D.L.112/2008) su cui la giurisprudenza non è consolidata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Desirée Zonno, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2011

IL SEGRETARIO

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