

Le concessioni: affidamento diretto oppure no? Questo è il dilemma.

di Gabriele Odino

Data di pubblicazione: 17-9-2024

La c.d. proroga tecnica è ipotizzabile solo in via del tutto eccezionale, poiché costituisce una violazione dei principi eurounitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, sicché è configurabile solo per esigenze di continuità dell'azione amministrativa, qualora, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare provvisoriamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 24 marzo 2022, n. 3344). Secondo il consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale, poi, la c.d. proroga tecnica non può essere considerata un diritto dell'operatore uscente, né comunque un'opzione che l'Amministrazione è tenuta a reputare preferibile rispetto all'affidamento in via di urgenza al nuovo operatore (v. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 16 ottobre 2023 n. 281; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 15 febbraio 2022 n. 467; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2019 n. 11594).

La procedura di affidamento delle concessioni sotto la soglia di rilevanza europea potrà avvenire secondo le modalità delineate dal citato art. 187, ovvero mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, ferma restando l'opzione dell'ente concedente di utilizzare le procedure di gara disciplinate, per le concessioni, dalle altre disposizioni del Titolo II, della Parte II del Libro IV del Codice.

La disposizione di cui all'art. 187 citato risponde, da un lato, alle stesse finalità di flessibilità e semplificazione cui è ispirato l'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 (peraltro ulteriormente ribadite dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza); dall'altro sembra valorizzare in maniera più spiccatamente garantista le esigenze pro-concorrenziali, intendendo coinvolgere il maggior numero possibile degli operatori economici (dieci), anche con evidenti asimmetrie rispetto a quanto previsto dall'art. 50 che per i lavori di importo pari o superiore a 150.000,00 euro e inferiore a 1 milione di euro prevede una procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno cinque operatori economici (art. 50, comma 1, lett. c), per l'affidamento di servizi e forniture da 140.000,00 euro sino alle soglie europee, prevede la consultazione di almeno cinque operatori economici (art. 50, comma 1, lett. e) e solo per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14 impone la previa consultazione di almeno dieci operatori economici.

N. 00155/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00028/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 28 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Autofficina Corradini S.r.l. e Consorzio Italiano Strade e Ambiente (Cisa), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG A0434034C7, rappresentati e difesi dagli Avvocati Daniele Turco e Annamaria Sgroi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Reggio Emilia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Eliana Benvegna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

M.P.M. S.r.l. e La Nuova Reggio S.r.l.s., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

“Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determina Dirigenziale del Comune di Reggio Emilia, R.U.A.D. n. 2248 del 27.12.2023, avente ad oggetto “Affidamento diretto ex art. 50, comma 1 lett. b) ed art. 187, comma 1, D. Lgs. 36/2023 di Concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, periodo 01 gennaio 2024 – 30 settembre 2024” CIG n. A0434034C7”;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della nota del Comandante della Polizia Locale del Comune di Reggio Emilia PG n. 2023/280206 del 27.11.2023, non cognita e per la quale si fa riserva di motivi aggiunti;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della richiesta di proposta contrattuale, formulata il 5.12.2023 dal Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia su istanza della Polizia Locale alla società M.P.M. s.r.l., non cognita e per la quale si fa riserva di motivi

aggiunti;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della Deliberazione di Consiglio Comunale n. 188 del 20/12/2022 di approvazione del Bilancio di Previsione 2023 – 2025 e dei i relativi allegati, tra cui la nota di aggiornamento al D.U.P. (Documento Unico di Programmazione), nella parte in cui non ha previsto nella programmazione il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della delibera di Giunta Comunale n. 2 del 12/01/2023 con cui è stato approvato il Piano Esecutivo di Gestione 2023-2025 – Assegnazione risorse finanziarie per Macro obiettivi ai sensi dell'art. 169, comma 1 e 2, nella parte in cui non ha previsto nella programmazione il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della delibera di Giunta Comunale n. 13 del 31/1/2023, con cui è stato approvato il Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO) 2023/2025 e contestuale aggiornamento del Piano Esecutivo di Gestione approvato con G.C. n. 2023/2 del 12/1/2023, nella parte in cui non ha previsto nella programmazione il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della delibera di Consiglio Comunale n. 74 del 17/04/2023, di approvazione della prima Variazione al Bilancio di Previsione Finanziario 2023-2025 e relativi allegati, nella parte in cui non ha previsto nella programmazione il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della delibera di Consiglio Comunale n. 136 del 25/7/2023, di approvazione della variazione di assestamento al Previsione Finanziario 2023-2025 e relativi allegati con verifica degli equilibri di bilancio ai sensi dell'art. 193 D. Lgs. 267/2000, nella parte in cui non ha previsto nella programmazione il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali;

- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della delibera di Consiglio Comunale n.178 del 28/11/2023, di “Variazione al Bilancio 2023/2025, al D.U.P. ed ai relativi Allegati. Ultimo assestamento”, nella parte in cui non ha previsto nella programmazione il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali;

- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte o valutazioni;

... e per la declaratoria ...

di inefficacia del contratto stipulato e subentro nel servizio del Consorzio Italiano Strade e Ambiente e di Autofficina Corradini in regime di proroga tecnica e di risarcimento dei danni patiti e patienti derivanti dalle illegittime condotte dell'amministrazione.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 15 marzo 2024:

- della nota del Comandante della Polizia Locale del Comune di Reggio Emilia PG n. 023/280206 del 27.11.2023;
- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della relazione di servizio relativa al ripristino e alla pulizia strade conseguenti a sinistri stradali;
- della richiesta di proposta contrattuale, formulata il 5.12.2023 dal Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia alla società M.P.M. s.r.l., su istanza della Polizia Locale;
- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della comunicazione del 28.12.2023 del Comune di Reggio Emilia di affidamento in favore di M.P.M. s.r.l. del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali;
- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della nota del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia prot. n. 28832 del 30.01.2024, indirizzata al Comando della Polizia Locale;
- per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, della nota del Comune di Reggio Emilia prot. n. 2024/53667 del giorno 01.03.2024, mediante la quale è stato negato parzialmente l'accesso agli atti;
- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte o valutazioni;

...per la declaratoria...

di inefficacia del contratto stipulato e subentro nel servizio del Consorzio Italiano Strade e Ambiente e di Autofficina Corradini in regime di proroga tecnica e di risarcimento dei danni patiti e patienti derivanti dalle illegittime condotte dell'amministrazione;

... per l'accertamento e la declaratoria ...

del diritto di accesso agli atti con ordine all'amministrazione di esibizione dei documenti ex art. 116, comma 4, cod. proc. amm.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 18 aprile 2024:

- di tutti gli atti del procedimento già impugnati mediante il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti depositati in data 15 marzo 2024;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 4 maggio 2024:

- di tutti gli atti del procedimento già impugnati mediante il ricorso introduttivo, con gli atti per motivi aggiunti depositati in data 15 marzo 2024 e 18 aprile 2024, con particolare riferimento

alla «Relazione di servizio del Comando della Polizia Municipale del Comune di Reggio Emilia del 27.11.2023, relativa al ripristino e alla pulizia strade conseguenti a sinistri stradali»;

- per quanto possa occorrere e nei limiti del ricorso della nota del Comune di Reggio Emilia – Servizio Appalti e contratti prot. n. 111102/2024 del 22.04.2024;

- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte o valutazioni;

... e per la declaratoria...

di inefficacia del contratto stipulato e per il subentro nel servizio del Consorzio Italiano Strade e Ambiente e di Autofficina Corradini in regime di proroga tecnica e per il risarcimento dei danni patiti e patienti derivanti dalle illegittime condotte dell'amministrazione;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Emilia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2024 la dott.ssa Caterina Luperto e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione del Dirigente del Servizio Appalti, Contratti e Semplificazione Amministrativa del Comune di Reggio Emilia del 5 maggio 2017 è stata bandita una procedura aperta ex art. 60, comma 1, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50 per la «concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, periodo luglio 2017 – giugno 2020» (CIG 7057205DC9).

Ad esito delle operazioni di gara, il Consorzio Italiano Strade e Ambiente, di cui fa parte la società Autofficina Corradini s.r.l., è risultato aggiudicatario della concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, per il periodo dal luglio 2017 al giugno 2020 (rinnovato per l'ulteriore triennio 2020-2023, con scadenza al 31 dicembre 2023), per la quale Autofficina Corradini s.r.l. ha operato in qualità di consorziata esecutrice.

Con determinazione del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia del 25 gennaio 2023 è stato approvato il progetto esecutivo per l'affidamento della «concessione del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle

aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia», da aggiudicarsi mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 95, comma 2 del medesimo decreto (CIG 9617181CD0).

In data 27 gennaio 2023 è stata pubblicata, sulla piattaforma telematica di gara «Sater - Intercenter», la procedura aperta di che trattasi, con scadenza della presentazione delle offerte per il giorno 28 febbraio 2023.

Ad esito delle operazioni di gara, con provvedimento del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia del 31 maggio 2023, la concessione del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia (nei casi previsti dal codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia), è stata affidata all'operatore economico Autofficina Corradini s.r.l., qualificatosi come primo classificato, per la durata di due anni rinnovabile per ulteriori due anni.

Il Capitolato di gara, tra le prestazioni affidate all'operatore economico Autofficina Corradini s.r.l., ha previsto, all'art. 7, lettera B), l'esecuzione di «interventi di rimozione, traino, custodia e restituzione di veicoli coinvolti in incidenti stradali richiesti dal Comando Polizia Locale, quando il proprietario, o chi per lui, non provveda o ne sia impossibilitato (...)».

Consorzio Italiano Strade e Ambiente e Autofficina Corradini s.r.l., odierne ricorrenti, agiscono in giudizio segnalando che, a decorrere dal giorno 1 gennaio 2024, non sono più state poste nelle condizioni di svolgere i servizi affidati con le succitate concessioni.

In particolare, Autofficina Corradini s.r.l. espone di non aver più potuto eseguire il servizio di rimozione dei veicoli incidentati affidatole in virtù della «concessione del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia», di cui alla determinazione del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia del 25 gennaio 2023, in ragione del fatto che le autorità competenti, nei casi di necessità di intervento su arterie stradali interessate da sinistri, si erano sempre rivolte all'impresa La Nuova Reggio s.r.l.s.

Consorzio Italiano Strade e Ambiente e Autofficina Corradini s.r.l. lamentano, poi, quanto alla «concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, periodo luglio 2017 – giugno 2020», che la stessa sarebbe scaduta in data 31 dicembre 2023 e che il Comune, in luogo di disporre il rinnovo della concessione o la proroga tecnica per il tempo strettamente necessario all'espletamento di una nuova procedura di gara, avrebbe proceduto all'affidamento diretto del servizio ex art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 in favore dell'operatore economico M.P.M. s.r.l., per una durata di nove mesi, dal giorno 1 gennaio 2024 al 30 settembre 2024.

Ed infatti, con determinazione del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di

Reggio Emilia n. 2248 del 27 dicembre 2023, preso atto della «nota del Comandante della Polizia Locale del Comune di Reggio Emilia a PG n. 2023/280206 del 27/11/2023 ricevuta in data 28.11.2023» e rilevato che «la ditta M.P.M. s.r.l. (...), a riscontro della relativa richiesta inoltrata in data 05.12.2023 dal Servizio Appalti e Contratti su richiesta del Servizio Polizia Locale, in data 11.12.2023 (a PG n.2023/306635) ha presentato la propria migliore proposta gestionale per l'esecuzione della concessione di servizio di ripristino strade comunali a seguito incidenti stradali sulle strade comunali di Reggio Emilia per il periodo 01.01.2024-30.09.2024 (...)\», è stato disposto l'affidamento diretto ex art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 della «concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, periodo 01 gennaio 2024 – 30 settembre 2024» alla società M.P.M. s.r.l.

Con il ricorso introduttivo del giudizio, Autofficina Corradini s.r.l. e Consorzio Italiano Strade e Ambiente hanno impugnato, con richiesta di misure cautelari sospensive, la determinazione del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia n. 2248 del 27 dicembre 2023, nonché gli ulteriori atti indicati in epigrafe, relativi all'affidamento diretto disposto dal Comune di Reggio Emilia, ex art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, alla società M.P.M. s.r.l. della «concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali», per il periodo compreso tra il 1° gennaio e il 30 settembre 2024 (CIG n. A0434034C7), instando per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato, per il subentro nel servizio in regime di proroga tecnica e per il risarcimento dei danni.

Si è costituito in giudizio il Comune di Reggio Emilia, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 15 marzo 2024, le ricorrenti hanno impugnato, con richiesta di misure cautelari sospensive, la nota del Comandante della Polizia Locale di Reggio Emilia PG n. 2023/280206 del 27 novembre 2023, la relazione di servizio del Responsabile del Reparto Infortunistica e Pronto Intervento del Comando Polizia Locale di Reggio Emilia, la richiesta di proposta contrattuale formulata, il 5 dicembre 2023, dal Responsabile del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia alla società M.P.M. s.r.l., la comunicazione del 28 dicembre 2023 del Comune di Reggio Emilia di affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali in favore di M.P.M. s.r.l., la nota del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia prot. n. 28832 del 30 gennaio 2024 e la nota del Comune di Reggio Emilia prot. n. 2024/53667 del giorno 1 marzo 2024, con cui è stato parzialmente negato alle deducenti l'accesso agli atti.

Hanno, altresì, formulato domanda ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm., al fine di ottenere l'accesso a tutta la documentazione richiesta con le precedenti istanze del 18 gennaio 2024, 23 gennaio 2024 e 15 febbraio 2024, invero riscontrate solo in parte dalla resistente Amministrazione, insistendo, in particolare, per ottenere l'ostensione della versione integrale, priva di dati oscurati, della «relazione di servizio relativa al ripristino e alla pulizia strade conseguenti a sinistri stradali» prodotta al Comandante della Polizia Locale di Reggio Emilia dal Responsabile del Reparto Infortunistica e Pronto Intervento in data 27 novembre 2023, di tutti i verbali degli incidenti (di cui alla citata relazione) con relativi esposti e segnalazioni e dei

verbali relativi a tutti gli interventi eseguiti dal nuovo gestore del servizio M.P.M. s.r.l.

Alla camera di consiglio del 10 aprile 2024, le ricorrenti hanno rinunciato alla domanda cautelare.

Con ordinanza n. 74 del 10 aprile 2024, questo Tribunale, preso atto della rinuncia alle istanze cautelari, ha fissato la discussione del merito alla pubblica udienza del giorno 12 giugno 2024.

Con ordinanza n. 83 del 12 aprile 2024, questo Tribunale ha accolto l'istanza di accesso incidentale ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm., ordinando al Comune di Reggio Emilia di «ostendere alla società richiedente entro dieci giorni dalla notificazione o, se antecedente, dalla comunicazione della presente ordinanza: a) la versione integrale della “relazione di servizio relativa al ripristino e alla pulizia strade conseguenti a sinistri stradali” prodotta al Comandante della Polizia Locale di Reggio Emilia dal Responsabile del Reparto Infortunistica e Pronto Intervento in data 27 novembre 2023, con il solo oscuramento dei dati relativi ai soggetti coinvolti nel sinistro; b) i verbali degli incidenti nonché, ove sussistenti, i relativi esposti e segnalazioni; c) i verbali relativi a tutti gli interventi eseguiti dal nuovo gestore del servizio M.P.M. s.r.l.», con la precisazione che «anche per la documentazione sub b) e sub c), il Comune è autorizzato all'oscuramento dei dati relativi all'identificazione dei soggetti coinvolti nei sinistri stradali».

Con ulteriore atto per motivi aggiunti depositato in data 18 aprile 2024, le ricorrenti hanno proposto ulteriori profili di illegittimità dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo ed il primo atto per motivi aggiunti, emersi dai documenti depositati in giudizio dal Comune di Reggio Emilia in data 18 marzo 2024.

Con ennesimo atto per motivi aggiunti depositato in data 4 maggio 2024, le ricorrenti hanno formulato ulteriori censure avverso gli atti impugnati con il ricorso introduttivo e il primo atto per motivi aggiunti, per come emerse ad esito dell'esame della documentazione prodotta dal Comune in ottemperanza all'ordinanza del T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 12 aprile 2024 n. 83.

Il Comune di Reggio Emilia, con più memorie difensive, ha sostenuto l'infondatezza del ricorso e degli atti per motivi aggiunti, chiedendone la reiezione.

Alla pubblica udienza del giorno 12 giugno 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso introduttivo del giudizio è affidato a due ordini di censure.

I. “Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 177 e 178 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 14, 50 e 187 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del D.Lgs. 36/2023. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto dei presupposti. Sviamento di potere”.

Con il primo motivo di ricorso, le deducenti lamentano che l'Amministrazione avrebbe indebitamente utilizzato lo strumento dell'affidamento diretto della concessione del servizio, a mente dell'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, in difetto dei presupposti applicativi.

Premettono che la scelta di procedere ad affidamento diretto sarebbe fondata sulla nota prot. n. 2023/280206 del 27 novembre 2023 del Comandante della Polizia Locale di Reggio Emilia, soggetto peraltro privo di qualsivoglia competenza in materia di affidamento di concessioni e di modalità di scelta del contraente.

Precisano, peraltro, come il Comune fosse perfettamente a conoscenza della naturale scadenza della concessione disposta a favore del Consorzio CISA in data 31 dicembre 2023 e della necessità di garantire la continuità del servizio, ma che, cionondimeno, non avesse inserito l'affidamento della concessione di che trattasi nella programmazione economica relativa al biennio 2023 - 2025.

scorta di tali presupposti e per garantire la continuità del servizio, l'Amministrazione avrebbe ritenuto di procedere all'affidamento diretto del servizio a mente dell'art. 50 citato, in luogo di provvedere, come invece necessario, alla tempestiva indizione di una procedura ad evidenza pubblica, piuttosto che, nelle more, ad una proroga tecnica al concessionario uscente.

Lamentano, in particolare, che la possibilità di optare per una proroga tecnica fosse espressamente contemplata, conformemente al disposto di cui all'art. 106 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, dall'art. 2.2 del bando di gara, a mente del quale «l'Amministrazione comunale potrà, altresì, chiedere alla ditta aggiudicataria di prorogare la durata del contratto ai sensi dell'art. 106 co. 11 del D. Lgs. 50/2016 alle medesime condizioni tecniche, economiche e giuridiche, nelle more di istruzione delle procedure concorsuali della nuova gara di appalto, per un periodo non superiore a mesi 6 (sei) previo avviso da comunicarsi all'aggiudicataria (in forma scritta) almeno 30 giorni prima della scadenza contrattuale»; ma che, ciononostante, il Comune non si sia avvalso della proroga tecnica al fine precipuo di estromettere l'operatore uscente.

Lamentano che, in ogni caso, l'Amministrazione comunale avrebbe eluso le regole concorrenziali, non indicando tempestivamente una procedura ad evidenza pubblica né manifestando alcuna intenzione in tal senso, ma anzi manipolando la durata della concessione del servizio (ridotta a soli nove mesi) in modo tale da rientrare negli affidamenti sotto la soglia europea.

Precisano che, trattandosi di concessione di servizi (e non di appalto), la durata della stessa debba essere tale da consentire, a mente dell'art. 177, comma 5, del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, all'operatore economico affidatario, su cui grava il rischio di gestione, l'equilibrio economico-finanziario e, per l'effetto, il recupero degli investimenti iniziali; condizioni queste non garantite dalla breve durata della concessione di che trattasi (nove mesi), anche in ragione delle precedenti previsioni di durata della concessione affidata all'operatore uscente (tre anni, rinnovati per un ulteriore triennio).

Ribadiscono, quindi, che la scelta di prevedere la durata della concessione per soli nove mesi disvelerebbe la finalità elusiva dei principi concorrenziali perseguita dall'Amministrazione comunale, poiché tale durata avrebbe permesso di limitarne il valore entro la soglia di € 140.000,00 sì da consentirne l'affidamento diretto ai sensi dell'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

In siffatto modo, l'Amministrazione avrebbe violato il disposto di cui all'art. 14, comma 6, del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, secondo cui «la scelta del metodo per il calcolo dell'importo stimato di un appalto o concessione non può essere fatta per evitare l'applicazione delle disposizioni del codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano».

Rilevano, in ogni caso, l'inapplicabilità alle concessioni del disposto di cui all'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, trattandosi di disposizione prevista espressamente per gli appalti, precisando che nel caso di specie l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare l'art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, rubricato «contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea», che, al comma 1, prevede che «per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente Titolo».

In definitiva ritengono che, in ragione del valore della concessione per come frazionata dall'Amministrazione, in ogni caso non si sarebbe potuto procedere ad affidamento diretto, avendo dovuto invece l'Amministrazione utilizzare la procedura negoziata senza bando con la previa consultazione di almeno dieci operatori economici, in alternativa alla facoltà di utilizzare le procedure ad evidenza pubblica.

Prospettano un ulteriore profilo di illegittimità del disposto affidamento diretto, per violazione dell'art. 17 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, che, al comma 1, prevede che «prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte» e, al comma 2, che «in caso di affidamento diretto, l'atto di cui al comma 1 individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale».

Lamentano che la determinazione dirigenziale con cui è stato disposto l'affidamento diretto si è limitata a prendere atto della proposta dell'operatore economico, per altro sollecitata dalla stessa Stazione appaltante, senza ottemperare a quanto disposto dall'art. 17 citato.

Aggiungono un'ulteriore questione (che sarà invero approfondita nei successivi atti per motivi aggiunti) relativa al fatto che il servizio oggetto di concessione non risulta svolto dall'affidataria M.P.M. s.r.l., ma da un'altra impresa (La Nuova Reggio s.r.l.s.), non iscritta all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, iscrizione necessaria ai fini del servizio di che trattasi, che implica il trattamento ed il trasporto di rifiuti pericolosi e non pericolosi.

II. "Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 165 del D.Lgs. 50/2016 per l'illegittima alterazione dell'equilibrio economico finanziario assunto dalla ricorrente nell'espletamento del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal Codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto dei presupposti".

Con il secondo motivo del ricorso introduttivo viene proposto, in via gradata, un ulteriore profilo di illegittimità della determinazione di affidamento diretto, che sarebbe lesiva degli interessi dell'operatore economico Autofficina Corradini s.r.l.

Le ricorrenti premettono che Autofficina Corradini s.r.l. è concessionaria per il Comune di Reggio Emilia del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico per qualunque ragione legata alla sicurezza stradale nonché alla tutela dell'ambiente e del decoro del territorio nel Comune di Reggio Emilia, per la durata di due anni rinnovabile per ulteriori due anni.

Specificano trattarsi non di appalto, ma di concessione di servizi, di guisa che il rischio operativo della gestione del servizio grava sull'operatore economico affidatario.

Precisano, che l'art. 4, comma 4, del Capitolato relativo alla concessione di che trattasi prevede che «ai sensi di quanto disposto dell'art. 165 comma 1 del Decreto Legislativo 50/2016, ovvero in ragione dell'assenza di oneri economici in capo alla Pubblica Amministrazione, il corrispettivo della concessione sarà costituito unicamente dalla vendita dei servizi resi al mercato ovvero dal diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio per mezzo del trasferimento al concessionario del rischio operativo, con la sola eccezione dei servizi di cui all'art.7 lett. E)».

Ne inferiscono che, al fine di garantire la sostenibilità del servizio e l'equilibrio economico e finanziario degli investimenti del concessionario, non è ammissibile che le medesime prestazioni per l'identico ambito territoriale vengano contemporaneamente affidate in tutto od in parte ad altri soggetti.

Espongono che siffatta circostanza si sarebbe verificata nel caso di specie ove, in ragione dell'affidamento diretto impugnato, si sarebbe realizzata una illegittima sovrapposizione tra le prestazioni affidate rispettivamente ad Autofficina Corradini s.r.l. e a M.P.M. s.r.l.

Soggiungono, infatti, che, a far data dal giorno 1 gennaio 2024, Autofficina Corradini s.r.l. non sarebbe più stata chiamata ad intervenire per le operazioni di rimozione dei veicoli incidentati,

dal momento che le autorità si sarebbero rivolte ad altro operatore economico.

Precisano che il Capitolato speciale del servizio affidato ad Autofficina Corradini s.r.l. prevede, all'art. 7, lettera B), tra i servizi oggetto della concessione anche «interventi di rimozione, traino, custodia e restituzione di veicoli coinvolti in incidenti stradali richiesti dal Comando Polizia Locale, quando il proprietario, o chi per lui, non provveda o ne sia impossibilitato»; e che, nell'offerta tecnica ed economica di Autofficina Corradini s.r.l. fosse previsto, tra i servizi aggiuntivi al netto dei costi per l'amministrazione, anche «l'attività di pulizia della sede stradale e sue pertinenze qualora sia presente un sinistro stradale, in cui è stato possibile individuare il responsabile civile del danno, ripristino quo-ante delle infrastrutture stradali (cartellonistica verticale, ecc..) danneggiate a seguito di incidenti stradali in cui è stato possibile individuare il responsabile civile del danno, attività di M.I.S.E. (Messa in sicurezza di Emergenza) dell'area interessata provvedendo al contenimento e limitazione del danno ambientale attuando in maniera urgente le attività necessarie, in cui è stato possibile individuare il responsabile civile del danno, di eventuali successive bonifiche dei siti contaminati oltre che di recupero in caso di sversamento di carichi, di trattamento di gravi sversamenti o dispersioni di merci/materie pericolose, in cui è stato possibile individuare il responsabile civile del danno».

Orbene, secondo la prospettazione di parte ricorrente, in violazione degli obblighi negoziali assunti con Autofficina Corradini s.r.l., l'Amministrazione comunale avrebbe affidato le medesime prestazioni ad altro operatore economico, M.P.M. s.r.l. che, secondo quanto precisato nella determinazione di affidamento diretto, «garantirà i ripristini a seguito di sinistro senza costi per l'Amministrazione».

Elencano una serie di interventi che, benché di competenza di Autofficina Corradini s.r.l., sarebbero stati effettuati, su richiesta della Polizia Locale di Reggio Emilia, da M.P.M. s.r.l., peraltro mediante il ricorso ad altro operatore economico (La Nuova Reggio s.r.l.s.).

In definitiva, le ricorrenti chiedono l'annullamento degli atti gravati, la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dal Comune con M.P.M. s.r.l., il subentro nel servizio in regime di proroga tecnica e il risarcimento dei danni subiti, ivi compresi quelli per perdita di chance.

Il primo ricorso per motivi aggiunti è affidato a tre ordini di censure.

I. "Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 177 e 178 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 14, 50 e 187 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 119 e 188 del D.Lgs. 36/2023. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto dei presupposti. Sviamento di potere".

Con un primo ordine di censure, le ricorrenti lamentano che il presupposto fondante la scelta di procedere ad affidamento diretto a favore di M.P.M. s.r.l. sarebbe il presunto inadempimento da parte di Autofficina Corradini s.r.l. (e, dunque, del Consorzio CISA) degli obblighi contrattuali derivanti dalla concessione del servizio, come peraltro confermato

dall'Amministrazione nella difesa dispiegata in giudizio.

Prospettano come, in realtà, nessun addebito sia mai stato mosso dal Comune al concessionario (e alla consorziata esecutrice) durante la fase esecutiva del contratto di concessione; e che, pertanto, il riferimento ad inadempienze contrattuali sia utilizzato in via pretestuosa dall'Amministrazione comunale per giustificare la mancata proroga tecnica del servizio e l'affidamento diretto ad un nuovo operatore.

Contestano, peraltro, le modalità con cui l'Amministrazione avrebbe condotto l'attività istruttoria relativa all'invocato inadempimento contrattuale, fondata su segnalazioni di cittadini invero mai riscontrate.

Prospettano che, nella nota del Comandante della Polizia Locale relativa alla «segnalazione comportamento consorzio C.I.S.A. in riferimento all'affidamento del Servizio di "Ripristino e pulizia strade conseguenti a sinistri stradali"» e nella allegata relazione di servizio del 27 novembre 2023, non risultino circostanziati alcun disservizio né alcuna mancanza o inesattezza degli interventi effettuati dall'operatore uscente, ma il semplice addebito del costo del servizio ai responsabili dei sinistri stradali.

Precisano che, in disparte l'attendibilità delle risultanze della relazione di servizio, ove il Comune avesse rilevato un inadempimento, avrebbe dovuto procedere alla relativa contestazione, al fine di consentire al concessionario l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute; ovvero, nelle ipotesi più gravi, l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto utilizzare lo strumento caducatorio della risoluzione contrattuale.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, la condotta del Comune, che strumentalizza presunti e non comprovati inadempimenti contrattuali al solo fine di procedere all'affidamento diretto della concessione, escludendo l'operatore economico uscente, si porrebbe in netto contrasto con il principio della fiducia e disvelerebbe uno sviamento di potere da parte dell'Amministrazione.

A sostegno dell'invocato sviamento di potere, le ricorrenti ribadiscono alcuni profili di censura già articolati nel ricorso introduttivo, con specifico riferimento alla breve durata della concessione affidata a M.P.M. s.r.l., all'impossibilità di ricorrere all'affidamento diretto per le concessioni sottosoglia per le quali troverebbe applicazione l'art. 187 (e non l'art. 50) del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e all'assoluta carenza di motivazione in relazione alla scelta del contraente affidatario, in contrasto con l'art. 17 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Con un secondo ordine di censure, le deducenti lamentano la carenza degli standard minimi di qualità del servizio offerto dalla controinteressata M.P.M. s.r.l., che avrebbe sede legale ed operativa ad Osimo (AN) e sedi secondarie lontane dal Comune di Reggio Emilia, non proverebbe la disponibilità di mezzi ed operatori nell'ambito del territorio comunale, limitandosi, nella proposta gestionale, a fare un non meglio precisato riferimento a una «Squadra CLO», senza alcuna indicazione relativa alla composizione e alla collocazione territoriale della stessa.

Prospettano, poi, come il servizio affidato in concessione a M.P.M. s.r.l. sarebbe in realtà gestito dalla società La Nuova Reggio s.r.l.s., a cui evidentemente l'affidataria avrebbe subappaltato l'integrale esecuzione delle prestazioni, in violazione di quanto previsto dagli articoli 119 e 188 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Aggiungono che La Nuova Reggio s.r.l.s., materiale esecutrice del servizio, al momento dell'affidamento non risultava iscritta all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, iscrizione necessaria ai fini del servizio di che trattasi (che implica il trattamento ed il trasporto di rifiuti pericolosi e non pericolosi), avendo la stessa conseguito l'iscrizione al suddetto albo solo in data 29 febbraio 2024 e per la sola categoria 2bis, non sufficiente all'espletamento del servizio.

Con un terzo ordine di censure, le ricorrenti deducono la disparità di trattamento, in ragione delle condizioni più vantaggiose della concessione affidata a M.P.M. s.r.l. rispetto a quella dell'operatore uscente, specificando che, mentre secondo il Disciplinare della gara aggiudicata al consorzio CISA il concessionario era obbligato ad eseguire tutti gli interventi ricompresi nel servizio, sia che fosse stato individuato il responsabile sia che non fosse stato possibile individuarlo, l'art. 1 dello schema di contratto con M.P.M. s.r.l. prevede, invece, che le prestazioni della concessionaria «dovranno essere rese solo nel caso in cui sia possibile individuare i veicoli responsabili e/o interessati dall'evento dannoso, con ciò consentendo alla concessionaria di recuperare direttamente da questi soggetti il costo dell'intervento eseguito», con ciò ritenendo la concessionaria M.P.M. s.r.l. contrattualmente vincolata all'esecuzione delle sole prestazioni per le quali siano individuati i responsabili, su cui evidentemente l'impresa potrà rivalersi economicamente.

Aggiungono che quanto contestato ad Autofficina Corradini s.r.l. come presunto inadempimento, vale a dire la richiesta del pagamento delle prestazioni direttamente ai danneggiati, sarebbe invece pacificamente consentito a M.P.M. s.r.l., che, ai sensi dell'art. 4 del contratto, «richiederà ai soggetti coinvolti nei sinistri stradali, corresponsabili ex lege del relativo evento, il pagamento della prestazione resa sulla base del prezzario aziendale, che l'Ente danneggiato/concedente riconosce come assorbente di ogni voce di danno subito».

Ne inferiscono ulteriori profili di illegittimità degli atti gravati, dei quali chiedono l'annullamento.

II. "Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 165 del D.Lgs. 50/2016 per l'illegittima alterazione dell'equilibrio economico finanziario assunto dalla ricorrente nell'espletamento del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia nei casi previsti dal Codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto dei presupposti".

Con il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti depositato in data 15 marzo 2024, le ricorrenti prospettano che la documentazione fornita dal Comune in data 13 febbraio 2024, in risposta (parziale) all'istanza di accesso agli atti, confermerebbe quanto dedotto nel ricorso introduttivo con riferimento all'illegittima sovrapposizione tra le prestazioni affidate ad

Autofficina Corradini s.r.l., quale attuale concessionaria del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico del territorio nel Comune di Reggio Emilia, e quelle affidate alla controinteressata M.P.M. s.r.l., quale concessionaria del servizio di ripristino delle strade a seguito incidenti stradali.

Precisano, infatti, che nella proposta gestionale di M.P.M. s.r.l. (considerata, a mente dell'art. 9 del contratto di gestione, parte integrante della convenzione di concessione) sono indicati, quali servizi aggiuntivi, «12. Interventi a seguito di incendi di veicoli. MPM si impegna a garantire l'esecuzione di interventi di pulizia del manto stradale e di asportazione dei veicoli a seguito di incendi di veicoli - di natura non dolosa - occorsi sulle strade della Stazione Appaltante. 13. La rimozione delle auto abbandonate. Attività di rimozione, trasporto, custodia, radiazione e cancellazione dal Pubblico Registro Automobilistico (P.R.A.) di veicoli a motore rinvenuti in sosta su carreggiate stradali di competenza comunale o loro pertinenze, in evidente stato di abbandono (...)»; e che l'art. 9 della convenzione di concessione prevede che «(...) per quanto attiene al servizio gratuito di rimozione, trasporto, custodia, demolizione, radiazione e cancellazione dal P.R.A. dei veicoli a motore o non, rinvenuti dalle Forze dell'Ordine competenti territorialmente, su aree pubbliche e proprie pertinenze e nelle aree private di uso pubblico, quando siano in evidente stato di abbandono, si specifica quanto segue. Per tutta la durata dell'affidamento, il servizio sarà svolto, ove legittimamente richiesto, secondo il disposto dell'art. 1 del D. M. 460/1999. La ditta M.P.M. S.r.l. si impegna a svolgere tale attività senza limitazioni del numero dei veicoli da rimuovere o rimossi (...)».

Sempre illegittimamente il Comune avrebbe affidato alla controinteressata il servizio di ripristino delle infrastrutture danneggiate negli ultimi due anni e la gestione delle pratiche di recupero assicurativo, di spettanza del Consorzio CISA in qualità di concessionario del servizio di ripristino della sicurezza stradale fino al 31 dicembre 2023.

III. "Violazione e falsa applicazione degli art. 22 e ss della L. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 35 del D.Lgs. 36/2023".

Con il terzo motivo dell'atto per motivi aggiunti del 15 marzo 2024, le ricorrenti formulano specifiche doglianze tese a contestare il parziale diniego di accesso agli atti opposto dall'Amministrazione.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esposizione delle stesse, in quanto già oggetto dello scrutinio che ha condotto all'adozione dell'ordinanza n. 83 del 12 aprile 2024 con cui questo Tribunale ha accolto l'istanza di accesso incidentale ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm., ordinando al Comune di Reggio Emilia di «ostendere alla società richiedente entro dieci giorni dalla notificazione o, se antecedente, dalla comunicazione della presente ordinanza: a) la versione integrale della "relazione di servizio relativa al ripristino e alla pulizia strade conseguenti a sinistri stradali" prodotta al Comandante della Polizia Locale di Reggio Emilia dal Responsabile del Reparto Infortunistica e Pronto Intervento in data 27 novembre 2023, con il solo oscuramento dei dati relativi ai soggetti coinvolti nel sinistro; b) i verbali degli incidenti nonché, ove sussistenti, i relativi esposti e segnalazioni; c) i verbali relativi a tutti gli interventi eseguiti dal nuovo gestore del servizio M.P.M. s.r.l.», con la precisazione che «anche per la documentazione sub b) e sub c), il Comune è autorizzato all'oscuramento dei dati relativi

all'identificazione dei soggetti coinvolti nei sinistri stradali».

Con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 18 aprile 2024, le ricorrenti hanno dedotto ulteriori profili di illegittimità dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo ed il primo atto per motivi aggiunti, emersi dai documenti depositati in giudizio dal Comune di Reggio Emilia in data 18 marzo 2024, denunciando: «Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 119 e 188 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 del D.Lgs. 36/2023. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto assoluto di istruttoria. Disparità di trattamento. Difetto dei presupposti. Sviamento di potere».

Con un primo ordine di censure, le ricorrenti deducono che la conoscenza della proposta gestionale di M.P.M. s.r.l. confermerebbe l'inadeguatezza e l'indeterminatezza dell'offerta tecnica dell'operatore economico, già paventata con il primo atto per motivi aggiunti.

Ribadiscono lo sviamento del potere da parte dell'Amministrazione comunale, che avrebbe utilizzato lo strumento dell'affidamento diretto al solo fine di escludere dal servizio il concessionario uscente.

Lamentano il difetto di istruttoria, per non avere l'Amministrazione comunale adeguatamente vagliato la regolarità ed ammissibilità dell'offerta di M.P.M. s.r.l.

Contestano le tesi della difesa comunale, nella parte in cui chiariscono che la ditta esecutrice del servizio sarebbe La Nuova Reggio s.r.l.s. e non l'affidataria M.P.M. s.r.l.; e che il servizio sarebbe stato svolto da M.P.M. s.r.l. (mediante l'assunzione di dipendenti della citata ditta esecutrice) fino alla data del conseguimento da parte della società La Nuova Reggio s.r.l.s. dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali.

Sostengono che, se l'intenzione fosse stata quella di affidare il servizio ad un operatore economico in grado di svolgerlo correttamente (e non quella di escludere il concessionario uscente), il Comune avrebbe dovuto evidentemente ritenere non sufficiente la proposta gestionale formulata dalla controinteressata, peraltro carente sotto il profilo dell'indicazione dei mezzi e delle dotazioni a disposizione per lo svolgimento del servizio.

Soggiungono che M.P.M. s.r.l., affidataria del servizio, lo avrebbe concesso in subappalto totale a La Nuova Reggio s.r.l.s., senza alcuna indicazione di tale opzione nella proposta di gestione e, peraltro, in violazione del disposto di cui all'art. 119, comma 4, del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Né potrebbe ritenersi, secondo la prospettazione di parte ricorrente, che l'esecuzione del servizio da parte di La Nuova Reggio s.r.l.s., per come definita nel contratto di governance, sia riconducibile ad una categoria di servizi non sussumibile nel subappalto a mente dell'art. 119, comma 3, del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, non sussistendo alcuna prova dell'antiorità del contratto di governance rispetto all'affidamento del servizio e trattandosi di prestazioni non secondarie né accessorie.

Assumono che, in ogni caso, lo svolgimento del servizio da parte della società La Nuova Reggio s.r.l.s. sarebbe illegittimo, in quanto trattasi di soggetto non abilitato per mancata iscrizione, fino al 29 febbraio 2024, all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, e successivamente iscritto per la sola categoria 2 bis, che coprirebbe in misura alquanto limitata il trattamento dei rifiuti pericolosi.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, la mancata verifica dei requisiti minimi e della serietà dell'offerta tecnica di M.P.M. s.r.l. avrebbe configurato una evidente disparità di trattamento rispetto agli altri operatori economici del settore, avendo in concreto attribuito un indebito vantaggio a detto operatore economico in difetto delle condizioni essenziali per la sostenibilità del servizio.

Con ennesimo atto per motivi aggiunti depositato in data 4 maggio 2024, le ricorrenti hanno formulato ulteriori censure avverso gli atti impugnati con il ricorso introduttivo e il primo atto per motivi aggiunti, per come emerse dall'esame della documentazione prodotta dal Comune in ottemperanza all'ordinanza del T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 12 aprile 2024 n. 83.

L'ultimo atto per motivi aggiunti è affidato a tre motivi di ricorso.

I. "Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto assoluto di istruttoria. Difetto dei presupposti. Violazione del giusto procedimento. Sviamento di potere".

Con un primo ordine di censure, le ricorrenti deducono l'elusione di quanto disposto da questo Tribunale con l'ordinanza n. 83 del 12 aprile 2024, avendo il Comune dato seguito all'ordine di esibizione documentale con parti ancora una volta oscurate.

Con un secondo ordine di censure, evidenziano che dall'esame della documentazione acquisita, ancorché parziale, emergerebbe la conferma dell'illegittimità dell'operato dell'ente per le ragioni già dedotte nel ricorso introduttivo e nei precedenti atti per motivi aggiunti.

Tale illegittimità riguarderebbe preliminarmente il fatto che presupposto dell'affidamento diretto in favore di M.P.M. s.r.l. sarebbe l'invocato inadempimento contrattuale del concessionario uscente, dettagliatamente descritto nella relazione di servizio prodotta dal Responsabile del Reparto Infortunistica e Pronto Intervento al Comandante della Polizia Locale di Reggio Emilia, che darebbe atto di tre interventi nel corso dei quali il gestore avrebbe preteso il corrispettivo del servizio direttamente dall'utente danneggiante e non dalle compagnie assicurative.

Ribadiscono come tale relazione non disveli alcun inadempimento contrattuale, peraltro mai contestato dal Comune nel corso dell'esecuzione del servizio di gestione, né mai confluito nell'applicazione di penali piuttosto che nell'opzione per il rimedio caducatorio della risoluzione contrattuale.

Ed infatti, secondo la prospettazione attorea, la pretesa dei corrispettivi da parte dell'utenza

non atterrebbe al rapporto concessorio tra Comune e gestore del servizio, ma al rapporto tra il concessionario e l'utenza privata, attraverso cui il gestore, su cui grava il rischio operativo della gestione, ne recupera i costi mirando evidentemente a conseguire anche un guadagno; in definitiva, il concessionario, sostituendosi all'Ente proprietario della strada (danneggiato) ed utilizzando i medesimi poteri ad esso attribuiti ex lege, ben può chiedere (ed ottenere) il risarcimento dei danni cagionati dal sinistro alla strada tanto direttamente al danneggiante, quanto alla compagnia assicuratrice.

Insistono, in ogni caso, per la non configurabilità come inadempimento contrattuale della pretesa di pagamento direttamente rivolta all'utente danneggiante.

Passano, poi, ad analizzare i singoli interventi, compendiate nella relazione di servizio citata, deducendo come in nessuna delle circostanze ivi verbalizzate sarebbe riscontrabile un inadempimento della convenzione di concessione da parte dell'operatore economico.

Ribadiscono, poi, quanto già dedotto nel ricorso introduttivo e nei precedenti atti per motivi aggiunti, con riferimento al palese intento dell'Amministrazione comunale di evocare un inadempimento contrattuale non solo al fine di precludere la proroga tecnica del servizio, ma anche per estromettere il gestore uscente da ulteriori procedure di affidamento del servizio.

II. "Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 165 del D.Lgs. 50/2016 per l'illegittima alterazione dell'equilibrio economico finanziario assunto dalla ricorrente nell'espletamento del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal Codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto dei presupposti".

Con il secondo motivo dell'ultimo atto per motivi aggiunti sono ulteriormente ribadite le argomentazioni volte a censurare l'illegittima sovrapposizione tra la concessione del servizio affidata a M.P.M. s.r.l. e quella precedentemente assegnata ad Autofficina Corradini s.r.l., relativamente a talune prestazioni.

Le ricorrenti prospettano infatti che, dall'acquisizione dei verbali di intervento del nuovo gestore M.P.M. s.r.l. per il mese di gennaio 2024, prodotti dal Comune in ottemperanza dell'ordinanza del T.A.R. Parma n. 83/2024, sarebbe emersa in maniera inconfutabile detta sovrapposizione, avendo l'operatore economico M.P.M. s.r.l. effettuato più interventi di rimozione dei veicoli a seguito di incidente stradale che avrebbero dovuto essere eseguiti da Autofficina Corradini s.r.l.

Evidenziano, peraltro, come le risultanze dei verbali di intervento sconfesserebbero quanto sostenuto dalla difesa comunale, che avrebbe minimizzato l'evocata sovrapposizione (affermando trattarsi di soli quattro interventi), segnalando invece come Autofficina Corradini s.r.l., per il solo mese di gennaio 2024, avrebbe perso l'utilità economica derivante da ben dodici interventi effettuati dalla controinteressata.

Rilevano come sussista la concreta possibilità che l'illegittima sovrapposizione sia stata perpetrata anche per i mesi successivi a gennaio e che possa verificarsi per l'intera durata della concessione affidata alla controinteressata, non potendo tale eventualità essere scongiurata, come sostenuto dal Comune, dalla nota con cui il Dirigente del Servizio Appalti e Contratti avrebbe sensibilizzato il Comando della Polizia Municipale a garantire l'esatta esecuzione dei contratti stipulati.

Soggiungono che l'illegittima sovrapposizione determinatasi sarebbe suscettibile di correzione solo mediante un provvedimento di annullamento in autotutela della concessione affidata a M.P.M. s.r.l.

III. "Violazione e falsa applicazione dei principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 119 e 188 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 del D.Lgs. 36/2023. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Difetto assoluto di istruttoria. Disparità di trattamento. Difetto dei presupposti. Sviamento di potere".

Con il terzo motivo dell'ultimo atto per motivi aggiunti, le ricorrenti ripropongono le censure, già articolate nel ricorso introduttivo e negli atti per motivi aggiunti, in relazione alla inidoneità ed insufficienza della proposta contrattuale di M.P.M. s.r.l., corroborate da quanto emerso dalla acquisizione documentale ottenuta ad esito dell'accesso.

Prospettano, infatti, come dai verbali di intervento acquisiti emergerebbe che gli interventi sarebbero stati eseguiti ab origine dall'operatore La Nuova Reggio s.r.l.s., in difetto dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, e non - come sostenuto dalla difesa comunale - da M.P.M. s.r.l. mediante l'assunzione (part time per cinque ore settimanali), a far data dal 5 gennaio 2024, di due dipendenti della società La Nuova Reggio s.r.l.s. e con l'utilizzo di un mezzo speciale per gli interventi.

Precisano, infatti, come l'unico verbale in cui risulta quale operatore M.P.M. s.r.l. sarebbe quello relativo all'incidente n. 0043 del 12 gennaio 2024, nel quale tuttavia non sarebbe indicata la sede della controinteressata quale luogo presso il quale i veicoli incidentati sarebbero stati trasportati e custoditi.

Le ricorrenti concludono con la richiesta di annullamento degli atti impugnati, di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con M.P.M. s.r.l. e di accertamento del diritto al subentro nello stesso in regime di proroga tecnica, nonché con la richiesta di risarcimento del danno subito, sia per quanto attiene al profilo del danno da perdita di chance per mancata partecipazione alla procedura di affidamento, sia con riferimento ai danni derivanti dalla illegittima sovrapposizione delle concessioni affidate ad Autofficina Corradini s.r.l. e alla controinteressata.

La complessità con cui le questioni dedotte sono state articolate dalle ricorrenti nel presente giudizio, attraverso il susseguirsi di atti per motivi aggiunti che, invero, ripropongono in buona parte le questioni prospettate con il ricorso introduttivo del giudizio, induce il Collegio, per ragioni di organicità espositiva, alla trattazione delle censure proposte per macro-aree

argomentative, con la precisazione che, in virtù del principio di economia processuale della c.d. ragione più liquida, la fondatezza di alcune delle doglianze formulate dalle deducenti determinerà l'assorbimento delle ulteriori questioni prospettate.

1. Sull'affidamento diretto della concessione del servizio.

La prima questione posta all'attenzione del Collegio attiene alle modalità con cui il Comune di Reggio Emilia ha provveduto all'affidamento della concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali.

La parte ricorrente censura la decisione dell'Amministrazione comunale valorizzando tre diversi profili: a) contesta a monte la scelta di procedere all'immediata individuazione di un nuovo contraente, ritenendo che il Comune, nelle more dell'indizione di una procedura ad evidenza pubblica, avrebbe dovuto accordare all'operatore economico uscente la c.d. proroga tecnica prevista dall'art. 2.2 del bando di gara del 2017, a mente del quale «l'Amministrazione comunale potrà, altresì, chiedere alla ditta aggiudicataria di prorogare la durata del contratto ai sensi dell'art. 106 co. 11 del D. Lgs. 50/2016 alle medesime condizioni tecniche, economiche e giuridiche, nelle more di istruzione delle procedure concorsuali della nuova gara di appalto, per un periodo non superiore a mesi 6 (sei) previo avviso da comunicarsi all'aggiudicataria (in forma scritta) almeno 30 giorni prima della scadenza contrattuale»; b) contesta, poi, la determinazione dell'ente di ridurre la durata della nuova concessione che, secondo la tesi di parte ricorrente, sarebbe stata artatamente finalizzata ad eludere le procedure ad evidenza pubblica, consentendo di diminuire il valore della concessione per poter rientrare nell'ambito dei contratti sotto la soglia europea di € 140.000,00; c) contesta, infine, la determinazione di procedere ad affidamento diretto della concessione di servizi a mente dell'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, ritenendo che la fattispecie in esame, in quanto concessione e non appalto, sarebbe regolata dal disposto di cui all'art. 187 del medesimo decreto, che prevede la procedura negoziata senza bando con la consultazione di almeno dieci operatori economici in alternativa alla indizione di una procedura ad evidenza pubblica.

Riassunti i termini della questione, il Collegio osserva quanto segue.

1.1 Sulla mancata concessione della proroga tecnica.

L'art. 106 del Decreto Legislativo 18 aprile 2006 n. 50 prevede, in tema di «modifica di contratti durante il periodo di efficacia», al comma 11, che «La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».

Analoga disposizione, con una parziale diversa portata, è stata introdotta dal Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 che, in tema di «modifica dei contratti in corso di esecuzione», all'art. 120, comma 10, prevede che «nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali

sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante», e al successivo comma 11 prevede che «in casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto, è consentito, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura, prorogare il contratto con l'appaltatore uscente qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, oppure per l'igiene pubblica, oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto».

Orbene, la distinzione introdotta dall'art. 120 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 tra la c.d. proroga tecnica già prevista nel bando e nei documenti di gara (comma 10) e quella disposta dalla Stazione Appaltante anche a prescindere da una espressa previsione da parte della lex specialis (comma 11) non oblitera la necessità che, trattandosi di strumento derogatorio ai principi eurounitari posti a fondamento delle procedure ad evidenza pubblica, il ricorso alla medesima sia consentito solo in casi eccezionali.

Ed infatti, sul piano giuridico, in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal Legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espressa previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa europea, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, indire una nuova gara pubblica, all'esito della quale individuerà il nuovo aggiudicatario.

In tale ottica, nel quadro delineato dal Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, sostanzialmente confermato dal Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, la c.d. proroga tecnica è ipotizzabile solo in via del tutto eccezionale, poiché costituisce una violazione dei principi eurounitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, sicché è configurabile solo per esigenze di continuità dell'azione amministrativa, qualora, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare provvisoriamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 24 marzo 2022, n. 3344).

Secondo il consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale, poi, la c.d. proroga tecnica non può essere considerata un diritto dell'operatore uscente, né comunque un'opzione che l'Amministrazione è tenuta a reputare preferibile rispetto all'affidamento in via di urgenza al nuovo operatore (v. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 16 ottobre 2023 n. 281; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 15 febbraio 2022 n. 467; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2019 n. 11594).

Di talchè devono essere disattese le censure prospettate dalla parte ricorrente per contestare il mancato ricorso, da parte del Comune di Reggio Emilia, all'istituto della c.d. proroga tecnica, non sussistendo in tal senso né alcun diritto in capo all'operatore economico uscente né alcun

obbligo per l'Amministrazione procedente che, invero, nell'esercizio di una scelta latamente discrezionale ben può considerare preferibile l'opzione di affidamento del servizio ad un nuovo operatore economico, secondo le regole dettate dalla normativa in materia.

1.2 Sul mancato ricorso alla procedura ad evidenza pubblica e sull'illegittimità dell'affidamento diretto ex art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Con censura articolata nel ricorso introduttivo e riproposta in vari passaggi argomentativi degli atti per motivi aggiunti, la parte ricorrente contesta che l'Amministrazione procedente avrebbe strumentalizzato la riduzione temporale della concessione di servizi affidata a M.P.M. s.r.l., per eludere la procedura ad evidenza pubblica e procedere ad affidamento diretto ex art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, e ciò al solo fine di escludere la partecipazione dell'operatore uscente Autofficina Corradini s.r.l.

Con ulteriore censura, le ricorrenti contestano l'applicazione dell'affidamento diretto ex art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, invocando l'applicabilità al caso di specie del disposto di cui all'art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

In disparte qualsiasi valutazione relativa alla durata della concessione affidata a M.P.M. s.r.l. e alle evocate finalità elusive del favor participationis, tese, in ultima analisi, all'esclusione dalla procedura concorsuale dell'operatore uscente, il Collegio ritiene di poter valorizzare i rilievi afferenti all'inapplicabilità alla concessione del servizio di che trattasi dell'affidamento diretto di cui all'art. 50 citato, la cui fondatezza consente di superare e assorbire le ulteriori censure articolate per contestare le modalità di scelta del nuovo operatore economico affidatario.

Il Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, nel Libro II «Dell'Appalto», all'art. 50 «Procedure per l'affidamento» prevede, al comma 1, che «Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro; d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui

alla Parte IV del presente Libro; e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14».

A mente dell'art. 50 citato, pertanto, l'affidamento diretto riguarda i soli contratti di appalto di lavori di importo inferiore a €. 150.000 e i contratti di forniture e servizi (inclusi quelli di ingegneria, architettura e progettazione) di importo inferiore ad €. 140.000,00. In tali casi l'affidamento dell'appalto potrà avvenire anche senza previa consultazione e ad operatori eventualmente tratti da elenchi della stazione appaltante, ma previa verifica di esperienze documentate.

Il Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, al Libro IV «Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni», Parte II «Dei contratti di concessione», detta la disciplina applicabile al partenariato pubblico-privato e, in particolare, alle concessioni.

L'art. 174 «Disposizioni generali», prevede al comma 3 che «il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179».

In particolare, il Titolo II «L'aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali», prevede (dall'art. 182 all'art. 185) la procedura ordinaria di affidamento delle concessioni secondo la procedura ad evidenza pubblica, regolata attraverso la sequenza del bando (art. 182), del procedimento (art. 183), dei termini e delle comunicazioni (art. 184) e dei criteri di aggiudicazione (art. 185).

L'art. 187, poi, detta la disciplina dei «contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea», con la previsione, al comma 1, che «per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente Titolo»; al comma 2 che «ai contratti di importo inferiore alla soglia europea si applicano le norme sull'esecuzione di cui al Titolo III della presente Parte».

La scelta del legislatore del nuovo codice dei contratti pubblici è stata, dunque, quella di regolamentare in via autonoma le concessioni, quali species del genus del partenariato

pubblico-privato di tipo contrattuale, riconoscendone l'autonomia rispetto ai contratti di appalto non solo per quanto attiene agli aspetti sostanziali, ma anche per quanto di specifica attinenza ai profili procedurali.

Si assiste, infatti, ad una autonoma regolamentazione delle procedure di affidamento delle concessioni, senza alcun rinvio alla disciplina riguardante il settore degli appalti, al fine, evidentemente ritenuto essenziale, di attribuire autonoma dignità ad una porzione ormai rilevante dei contratti pubblici.

Per quanto di specifica attinenza, poi, alle concessioni di importo inferiore alla soglia europea, la scelta del legislatore del 2023 è stata quella di operare una radicale inversione di rotta rispetto alla previgente disciplina, regolamentando autonomamente l'affidamento di tali contratti senza alcun rinvio alle disposizioni dettate per i contratti di appalto e, in particolare, senza alcun richiamo all'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Pertanto, la procedura di affidamento delle concessioni sotto la soglia di rilevanza europea potrà avvenire secondo le modalità delineate dal citato art. 187, ovvero mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, ferma restando l'opzione dell'ente concedente di utilizzare le procedure di gara disciplinate, per le concessioni, dalle altre disposizioni del Titolo II, della Parte II del Libro IV del Codice.

La disposizione di cui all'art. 187 citato risponde, da un lato, alle stesse finalità di flessibilità e semplificazione cui è ispirato l'art. 50 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 (peraltro ulteriormente ribadite dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza); dall'altro sembra valorizzare in maniera più spiccatamente garantista le esigenze pro-concorrenziali, intendendo coinvolgere il maggior numero possibile degli operatori economici (dieci), anche con evidenti asimmetrie rispetto a quanto previsto dall'art. 50 che per i lavori di importo pari o superiore a 150.000,00 euro e inferiore a 1 milione di euro prevede una procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno cinque operatori economici (art. 50, comma 1, lett. c), per l'affidamento di servizi e forniture da 140.000,00 euro sino alle soglie europee, prevede la consultazione di almeno cinque operatori economici (art. 50, comma 1, lett. e) e solo per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14 impone la previa consultazione di almeno dieci operatori economici.

Orbene, sulla scorta delle suddette considerazioni, sono fondate le censure della parte ricorrente in ordine alla procedura prescelta dal Comune di Reggio Emilia per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, atteso che, nel caso di specie, trattandosi di concessione di servizi di importo inferiore alla soglia europea, la disciplina applicabile è quella dettata dall'art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, che prevede la procedura negoziata senza bando con la previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, ferma restando la possibilità per l'ente concedente di optare per le procedure ad evidenza pubblica dettate specificamente per le concessioni dal Titolo II, della Parte II del Libro IV del Codice.

Deve, pertanto, ritenersi illegittimo l'affidamento diretto a M.P.M. s.r.l., in quanto disposto in

violazione delle disposizioni di cui al Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, che non contengono alcuna previsione di ultrattività dell'art. 50 nel settore autonomamente disciplinato del partenariato pubblico-privato contrattuale e, in particolare, in quello delle concessioni.

2. Sulla illegittima sovrapposizione delle concessioni.

Con censura articolata, in via subordinata, nel secondo motivo del ricorso introduttivo e riproposta in più passaggi argomentativi negli atti per motivi aggiunti, la parte ricorrente evidenzia come la concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali affidata a M.P.M. s.r.l. avrebbe determinato una sovrapposizione rispetto alla «concessione del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia», affidata all'operatore economico Autofficina Corradini s.r.l. con provvedimento del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Reggio Emilia del 31 maggio 2023.

Osserva il Collegio che le deduzioni formulate dalla parte ricorrente sono fondate, per come risulta non solo in via teorica dalla regolamentazione delle due concessioni di servizi, ma anche dalle proiezioni della stessa sul piano pragmatico, che ha fatto registrare delle oggettive sovrapposizioni degli interventi.

Quanto al primo aspetto, il Capitolato per la «concessione del servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia» affidata ad Autofficina Corradini s.r.l. prevede, all'art. 7, l'affidamento dei seguenti servizi:

a) lettera A) «Servizio per violazioni del Codice della Strada»: «1. Interventi di rimozione, ai sensi dell'art. 354 del Reg. di Esecuzione al C.d.S., con traino, custodia e restituzione veicoli ai sensi degli articoli 159 e 215 C.d.S. Il costo di tali interventi è posto interamente a carico del cittadino sulla base delle tariffe di cui al successivo art. 16 del presente Capitolato Speciale d'appalto. 2. Interventi per il blocco di veicoli ai sensi degli articoli 159, 3° comma C.d.S e 355 Reg. di Esecuzione al CdS. Il costo di tali interventi è posto interamente a carico del cittadino sulla base delle tariffe di cui al successivo art. 16 del presente capitolato Speciale d'appalto»;

b) lettera B) «Veicoli incidentati»: «Interventi di rimozione, traino, custodia e restituzione di veicoli coinvolti in incidenti stradali richiesti dal Comando Polizia Locale, quando il proprietario, o chi per lui, non provveda o ne sia impossibilitato. Il costo di tali interventi è posto a carico del cittadino sulla base delle tariffe di cui al successivo art. 16 del presente Capitolato Speciale d'appalto»;

c) lettera C) «Veicoli oggetto di furto»: «Interventi di rimozione, traino, custodia e restituzione di veicolo oggetto di furto, richiesti dalla Polizia Locale, allorché il proprietario, o chi per lui, non provveda o ne sia impossibilitato. Il costo di tali interventi è posto interamente a carico del cittadino sulla base delle tariffe di cui al successivo art. 16 del presente capitolato Speciale

d'appalto»;

d) lettera D) «Veicoli in stato di abbandono»: «Interventi di rimozione, traino, custodia e restituzione e/o rottamazione di veicoli abbandonati ai sensi del DM 460/1999. Il Concessionario, su richiesta del Comando Polizia Locale dovrà procedere alla rimozione e custodia fino alla riconsegna/alienazione di veicoli rinvenuti su area pubblica che sulla base della vigente normativa, possano ritenersi in presunto stato di abbandono. In tale servizio è ricompreso il trasporto presso il centro di raccolta, per la successiva demolizione, qualora il concessionario non sia autorizzato egli stesso, ad effettuare tali operazioni (...);»;

e) lettera E) «Interventi per motivi di sicurezza, ordine ed interesse pubblico a carico del Comune»: «Interventi di rimozione, traino o spostamento di veicoli ed eventuale custodia e restituzione in assenza di violazioni del C.d.S. nonché gli interventi effettuati nei casi previsti dall'articolo 354 comma 4° del Regolamento di Esecuzione D.P.R. 16 dicembre 1992 n. 495. È attivato a richiesta degli organi di Polizia Locale per motivi di sicurezza, ordine ed interesse pubblico, per casi contingibili ed urgenti, manifestazioni, calamità, avvenimenti, attività manutentive del suolo, sottosuolo e similari, che comportino esigenze indifferibili (...).».

Il contratto di concessione del servizio di che trattasi prevede, poi, all'art. 3 che «la concessione in oggetto viene dall'ente appaltante conferita e dall'appaltatore assunto sotto l'osservanza assoluta ed inscindibile di norme, patti e condizioni contenuti nei documenti posti a base di gara, tra cui il Capitolato Speciale d'oneri, nella completezza dell'articolato che lo costituisce (38 articoli), che qui si intende integralmente riportato e trascritto, nonché nell'offerta economica e tecnico-qualitativa, documenti tutti che l'appaltatore dichiara di ben conoscere e di accettare, qui integralmente richiamati anche se non materialmente allegati».

La proposta gestionale di M.P.M. s.r.l., relativa alla concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali, prevede, tra i servizi aggiuntivi gratuiti, al punto n. 12 «Interventi a seguito di incendi di veicoli» che «MPM si impegna a garantire l'esecuzione di interventi di pulizia del manto stradale e di asportazione dei veicoli a seguito di incendi di veicoli - di natura non dolosa - occorsi sulle strade della Stazione Appaltante»; al punto n. 13 «la rimozione delle auto abbandonate» l'esecuzione di «attività di rimozione, trasporto, custodia, radiazione e cancellazione dal Pubblico Registro Automobilistico (P.R.A.) di veicoli a motore rinvenuti in sosta su carreggiate stradali di competenza comunale o loro pertinenze, in evidente stato di abbandono (...);» al punto n. 14 «servizio di soccorso stradale gratuito per le auto della PA» che «MPM garantirà il servizio di soccorso stradale gratuito per tutte le automobili del parco auto dell'Amministrazione appaltante a seguito di incidente, avaria o guasto. In caso di necessità il servizio sarà estendibile anche alle auto coinvolte nei sinistri in cui la MPM è stata attivata per la pulizia (...).».

La convenzione di concessione tra il Comune di Reggio Emilia e M.P.M. s.r.l. stabilisce, poi, all'art. 9 «Varie» che «(...) per quanto attiene al servizio gratuito di rimozione, trasporto, custodia, demolizione, radiazione e cancellazione dal P.R.A. dei veicoli a motore o non, rinvenuti dalle Forze dell'Ordine competenti territorialmente, su aree pubbliche e proprie pertinenze e nelle aree private di uso pubblico, quando siano in evidente stato di abbandono,

si specifica quanto segue. Per tutta la durata dell'affidamento, il servizio sarà svolto, ove legittimamente richiesto, secondo il disposto dell'art. 1 del D. M. 460/1999. La ditta M.P.M. S.r.l. si impegna a svolgere tale attività senza limitazioni del numero dei veicoli da rimuovere o rimossi (...)».

Orbene, dalla piana lettura della suddetta regolamentazione dei rapporti concessori emerge ictu oculi la sovrapposizione, ancorché parziale, delle prestazioni gravanti sui due operatori economici, con il potenziale rischio di indebita ingerenza da parte di M.P.M. s.r.l. nell'ambito dell'attività di rimozione dei veicoli espressamente affidata ad Autofficina Corradini s.r.l.

In particolare, il servizio affidato a M.P.M. s.r.l. interferisce con le prestazioni oggetto della concessione affidata ad Autofficina Corradini s.r.l., dal momento che l'attività di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali è idonea, in astratto, a comprendere anche il servizio di rimozione, traino, custodia e restituzione di veicoli incidentati, posto che la condizione di sicurezza stradale può ritenersi ripristinata solo ove il campo del sinistro sia totalmente liberato da qualsiasi ingombro, ivi compreso, evidentemente, quello creato dai veicoli coinvolti nell'evento infortunistico stradale.

A ciò aggiungasi il rilievo che, per come espressamente previsto nella proposta gestionale di M.P.M. s.r.l. recepita nella convenzione di concessione, il servizio offerto dall'operatore economico include anche la rimozione dei veicoli a seguito di incendi, dei veicoli abbandonati e il servizio di soccorso stradale gratuito per tutte le automobili del parco auto dell'Amministrazione, con espressa previsione di estensibilità alla rimozione delle auto coinvolte nei sinistri per i quali M.P.M. s.r.l. è intervenuta per il ripristino delle condizioni di sicurezza stradale.

Tale configurazione della portata delle prestazioni eseguibili dalla controinteressata realizza una sovrapposizione tra le due concessioni non meramente eventuale e ipotetica, ma reale e concreta, per come poi dimostratasi nella realtà fattuale degli interventi effettuati da M.P.M. s.r.l. nel mese di gennaio 2024 (unico periodo temporale che, sulla scorta della produzione documentale acquisita in giudizio, è sottoponibile al vaglio del Collegio).

Orbene, nella concessione di servizi il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire il servizio da cui trarre l'utilità economica, di talché la sostenibilità del servizio e la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni per l'intera durata della concessione dipendono dal mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario di investimenti e connessa gestione, equilibrio irrimediabilmente compromesso quando al concessionario non sia permesso di svolgere per intero le prestazioni affidategli perché l'Amministrazione, con proprio atto autoritativo, decide di affidarle anche parzialmente a terzi (cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 12 maggio 2023 n. 165).

Deve, pertanto, ritenersi fondata la doglianza articolata dalla parte ricorrente, con riferimento alla lesione della posizione di Autofficina Corradini s.r.l. per effetto dell'assegnazione a M.P.M. s.r.l. di prerogative che, attenendo anche alla rimozione dei veicoli, finiscono per coincidere con quelle già assegnate al citato operatore economico, con conseguente sacrificio della sua sfera di azione ed irrimediabile compromissione dell'equilibrio economico-finanziario alla base

della concessione di servizio a suo tempo conferitagli.

Alla luce delle suesposte considerazioni, deve concludersi per l'illegittimità e il conseguente annullamento del provvedimento di affidamento diretto a M.P.M. s.r.l. del servizio di ripristino delle strade comunali a seguito incidenti stradali.

3. Sulla sorte del contratto stipulato con M.P.M. s.r.l.

A giudizio del Collegio l'illegittimità ed il conseguente annullamento del provvedimento di affidamento diretto a M.P.M. s.r.l. del servizio di ripristino delle strade comunali a seguito incidenti stradali non può incidere, tuttavia, sull'efficacia del contratto stipulato tra il Comune di Reggio Emilia e il citato operatore economico.

Preliminarmente occorre rilevare che l'illegittimità di che trattasi rientra nell'ambito delle c.d. violazioni residuali di cui all'art. 122 cod. proc. amm., e non nel novero delle c.d. violazioni gravi di cui all'art. 121 cod. proc. amm., dal momento che, nel caso di specie, l'ente concedente ha illegittimamente disposto l'affidamento diretto della concessione anziché attivare la procedura negoziata senza bando, con la consultazione di almeno dieci operatori economici, prevista dall'art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e compatibile, come si è visto, con il valore del contratto di concessione in questione. Proprio la possibilità di avvalersi di tale strumento di aggiudicazione del contratto, senza bando, esclude trattarsi del caso del «(...) affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022» (così l'art. 121, comma 1, lett. b), cod. proc. amm.).

Nell'ambito dell'inefficacia a geometrie variabili delineata dal codice del processo amministrativo, l'art. 122 prevede che «fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta».

A mente della citata disposizione normativa, la declaratoria di inefficacia del contratto è soggetta ad una valutazione evidentemente discrezionale da parte del giudice amministrativo, che dovrà tener conto di una pluralità di elementi dai quali inferire l'opportunità della cessazione di efficacia del contratto piuttosto che quella della perduranza degli effetti negoziali nonostante la caducazione dell'aggiudicazione.

Orbene, ad esito di una ponderata valutazione, il Collegio ritiene che il contratto tra il Comune di Reggio Emilia e l'operatore economico M.P.M. s.r.l. non debba essere dichiarato inefficace, in considerazione dell'assetto complessivo degli interessi, della natura del servizio, della durata del contratto e della tutela della posizione giuridica della parte ricorrente.

Preliminarmente deve darsi atto che la concessione di che trattasi ha per oggetto il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse a seguito del verificarsi di incidenti stradali. Trattasi evidente di un servizio di rilevanza generale per tutta la collettività, in considerazione del prioritario interesse alla sicurezza stradale che ben può essere compromesso dalle conseguenze dei sinistri stradali anche in termini di ingombro della carreggiata e di mancata pulizia della sede stradale. Di talchè, la declaratoria di inefficacia del contratto determinerebbe, nelle more dell'indizione della procedura per l'affidamento della concessione, un vuoto nella gestione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromessa da eventi infortunistici, determinando così un evidente vulnus per la tutela della sicurezza stradale e, con essa, di quella della pubblica incolumità.

Deve, inoltre, considerarsi che il contratto di concessione tra il Comune e M.P.M. s.r.l. ha scadenza in data 30 settembre 2024, ragion per cui l'interesse della parte ricorrente a concorrere al nuovo affidamento del servizio in questione può, in tesi, trovare riconoscimento attraverso l'indizione, entro breve termine, della corretta procedura per la sua aggiudicazione, con ricorso alle procedure di gara previste a mente degli articoli 182-185 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, nelle ipotesi in cui il valore della concessione risulti superiore alla soglia europea, o con l'alternativa della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 187 del citato decreto, nell'ipotesi di valore del contratto inferiore alla soglia europea. Naturalmente, per quanto detto, il servizio dovrà essere affidato escludendo le prestazioni sovrappoventisi all'attività di rimozione dei veicoli attualmente svolta da Autofficina Corradini s.r.l.

Per le suddette ragioni, il Collegio ritiene di non dover dichiarare inefficace il contratto tra il Comune di Reggio Emilia e la controinteressata M.P.M. s.r.l., che resterà in vigore fino alla data del 30 settembre 2024, fermo restando l'obbligo del Comune, prima della decorrenza della citata data, di attivare la corretta procedura per l'affidamento del servizio di che trattasi.

4. Sui profili risarcitori.

4.1 Sul risarcimento del danno per perdita di chance.

Quanto alle deduzioni di parte ricorrente relative ai profili risarcitori per danno da perdita di chance, derivante dall'impossibilità di concorrere per ottenere l'aggiudicazione del servizio, la richiesta risarcitoria deve essere disattesa.

La risarcibilità della chance di aggiudicazione è ammissibile solo allorché il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la chance di ottenere l'utilità perduta resti nel novero della mera possibilità. Per ottenere il risarcimento del danno anche per perdita di una «chance» è, comunque, necessario che il danneggiato dimostri, seppur presuntivamente ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza

immediata e diretta (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 06 novembre 2019, n. 12735).

Secondo il consolidato e condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa, in particolare, il risarcimento del danno cagionato dalla lesione della chance è riconosciuto quando la chance abbia raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata come probabilità seria e concreta o anche elevata probabilità di conseguire il bene della vita sperato, che sicuramente può essere integrata dalla prova che il danneggiato avesse una probabilità pari (almeno) al 50 per cento di aggiudicarsi l'utilità cui aspira (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2024 n. 3911).

Orbene, la chance di cui è invocata la lesione consiste nella situazione giuridica soggettiva, tutelabile anche con lo strumento del risarcimento per equivalente, il cui contenuto è rappresentato non dal diritto al bene della vita ma dalla concreta probabilità di acquisire il bene della vita, che nel caso di specie è l'aggiudicazione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse da sinistri, probabilità compromessa o pregiudicata dalla scelta dell'Amministrazione di procedere ad affidamento diretto a favore della controinteressata M.P.M. s.r.l.

Pur sussistendo, nella fattispecie, una condotta illegittima dell'Amministrazione nella scelta della modalità dell'affidamento diretto, in palese violazione del disposto di cui all'art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, non risultano tuttavia sussistenti i presupposti per il riconoscimento del danno da perdita di chance, dal momento che parte ricorrente non ha fornito alcuna prova o principio di prova circa l'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule «probabilità seria e concreta» o «elevata probabilità» o anche «probabilità pari ad almeno il 50%», di conseguire il bene della vita sperato, limitandosi ad una prospettazione meramente ipotetica dell'affidamento del servizio di che trattasi, senza per esempio fornire elementi attendibili circa l'eventualità di un numero particolarmente basso di imprese che avrebbero potuto partecipare alla selezione.

4.2 Sul risarcimento del danno per illegittima sovrapposizione delle concessioni di Autofficina Corradini s.r.l. e M.P.M. s.r.l.

Nel ricorso introduttivo e negli atti per motivi aggiunti, parte ricorrente formula istanza risarcitoria per i danni subiti a decorrere dal giorno 1 gennaio 2024, data in cui è divenuta efficace la concessione a favore della controinteressata.

Con deposito del 22 maggio 2024, la parte Autofficina Corradini s.r.l. produce agli atti del giudizio relazione estimativa del danno subito, chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione degli interventi di rimozione dei veicoli a seguito di incidente «affidati indebitamente ad altre Società» e «dalla perdita di opportunità di fatturato legata ad eventuali lavori da effettuare sui veicoli incidentati rimossi», oltre a quelli «derivanti dalle spese per l'attività di assistenza legale da parte di avvocati e commercialisti necessitata dalla condotta illegittima del Comune di Reggio Emilia».

In particolare, richiede il risarcimento del danno per gli interventi di rimozione dei veicoli che, nel corso del mese di gennaio 2024, sono stati indebitamente affidati ad altre società, per un

importo complessivo pari a € 4.664,99.

Chiede, poi, in un'ottica prospettica, il risarcimento dei danni per tutti gli interventi di rimozione dei veicoli affidati ad altre società fino al 30 settembre 2024, cui si aggiunge la potenziale perdita di fatturato legata ad eventuali lavori da effettuare sui veicoli incidentati rimossi, giungendo così complessivamente a valutare l'ammontare complessivo del danno subito, per mancata esecuzione degli interventi di rimozione affidati indebitamente ad altre società e per perdita di opportunità di fatturato legata ad eventuali lavori da effettuare sui veicoli incidentati rimossi, per un importo pari a € 261.050,00.

Osserva il Collegio come il danno effettivamente comprovato dalla parte ricorrente attenga al solo mese di gennaio 2024, per il quale sono documentati dodici interventi di rimozione dei veicoli dalla sede stradale effettuati da società diversa dal concessionario Autofficina Corradini s.r.l.

Quanto invece all'invocato danno per interventi effettuati dopo il 30 gennaio 2024 e fino al termine della concessione a favore di M.P.M. s.r.l., trattasi invero di una mera proiezione ipotetica, non supportata da elementi di prova circa la sussistenza di ulteriori interventi da parte di società diverse dal concessionario affidatario; come ipotetica e meramente prospettica deve ritenersi la pretesa risarcitoria relativa ad eventuali interventi di riparazione sui veicoli incidentati, non supportata da alcun elemento che ne consenta la sostenibilità.

Di talchè il Collegio ritiene che la formulata istanza risarcitoria debba essere in parte accolta, con riferimento al mancato introito di € 4.664,99 per i dodici interventi di rimozione dei veicoli che, nel mese di gennaio 2024, sono stati affidati ad altre società; deve essere in parte respinta, per quanto attiene alle ulteriori descritte pretese.

Quanto al risarcimento dei danni per le spese subite per l'assistenza legale da parte di avvocati e commercialisti, la stessa sarà vagliata in sede di liquidazione delle spese di lite.

5. Sugli effetti del giudicato quanto alla illegittima sovrapposizione.

Gli effetti del giudicato della presente pronuncia devono intendersi nel senso del riconoscimento dell'illegittimità della sovrapposizione, ancorché parziale, del servizio affidato a M.P.M. s.r.l. con quello aggiudicato ad Autofficina Corradini s.r.l., per lesione dell'interesse del concessionario del «servizio di rimozione, trasporto, deposito e custodia dei veicoli rimossi dalle aree pubbliche o private ad uso pubblico, sul territorio del Comune di Reggio Emilia, nei casi previsti dal codice della strada e da ogni altra norma di riferimento che disciplina la materia» a poter mantenere l'equilibrio economico-finanziario della gestione, evidentemente compromesso nei casi di indebita ingerenza nelle prestazioni ad esso affidate da parte di altro operatore economico.

Di talchè una perdurante condotta da parte dell'ente concedente che consenta o tolleri siffatta sovrapposizione sarà adeguatamente tutelabile in sede di ottemperanza, con azione di risarcimento dei danni per violazione o elusione del giudicato, a mente dell'art. 112, comma 3, cod. proc. amm.

In conclusione, il Collegio ritiene che, quanto alle domande caducatorie, il ricorso introduttivo e gli atti per motivi aggiunti siano in parte infondati, per il solo aspetto attinente all'obbligo dell'ente comunale di concedere all'operatore uscente la c.d. proroga tecnica; in parte fondati con riferimento all'illegittimità dell'affidamento diretto disposto a favore di M.P.M. s.r.l. a norma dell'art. 187 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e all'illegittimità della sovrapposizione del servizio affidato a M.P.M. s.r.l. con quello precedentemente aggiudicato a favore di Autofficina Corradini s.r.l., con conseguente annullamento del provvedimento di affidamento gravato.

Il Collegio ritiene inoltre che, alla luce del complessivo assetto degli interessi, il contratto stipulato tra il Comune di Reggio Emilia e M.P.M. s.r.l. debba mantenere la propria efficacia fino alla data del 30 settembre 2024 – con conseguente rigetto della domanda giudiziale in tal senso proposta –, fermo restando l'obbligo per l'Amministrazione comunale di indire idonea procedura per l'affidamento del servizio di che trattasi, nel rispetto delle disposizioni previste in tema di concessioni dal Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36.

Deve essere disattesa la richiesta di risarcimento del danno da perdita di chance e da mancata ammissione della proroga tecnica, come anche la pretesa risarcitoria per illegittima sovrapposizione delle concessioni per il periodo successivo al 30 gennaio 2024. Il Collegio condanna, invece, il Comune di Reggio Emilia al risarcimento dei danni subiti dall'operatore Autofficina Corradini s.r.l. in ragione dei dodici interventi di rimozione dei veicoli effettuati nel corso del mese di gennaio 2024 da altra società, per una somma corrispondente a € 4.664,99, oltre a rivalutazione ed interessi legali.

Precisa che l'effetto del giudicato deve intendersi nel senso della perdurante illegittimità di una siffatta sovrapposizione che, ove in tesi perpetrata nel periodo residuo, legittima l'operatore economico Autofficina Corradini s.r.l. ad agire in ottemperanza per ulteriori richieste risarcitorie a norma dell'art. 112, comma 3, cod. proc. amm.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione staccata di Parma (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sugli atti per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così dispone:

- li rigetta, in parte, per quanto attiene alla invocata obbligatorietà della c.d. proroga tecnica;
- li accoglie, in parte, secondo quanto precisato in parte motiva, con conseguente annullamento dell'affidamento diretto del servizio alla controinteressata M.P.M. s.r.l.;
- dichiara la perdurante efficacia del contratto tra il Comune di Reggio Emilia e M.P.M. s.r.l. fino al 30 settembre 2024, con conseguente rigetto della relativa domanda giudiziale;
- condanna il Comune di Reggio Emilia al risarcimento del danno in favore di Autofficina

Corradini s.r.l. nei termini precisati in parte motiva, con rigetto delle restanti domande risarcitorie;

- condanna il Comune di Reggio Emilia al pagamento delle spese di lite, liquidate in complessivi € 6.000,00 (seimila/00), da corrispondere a Consorzio CISA e Autofficina Corradini s.r.l., oltre ad accessori di legge e refusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2024.

Guida alla lettura

Con la sentenza n. **155/2024** il TAR Parma, Sezione I, si è pronunciato su una vicenda particolarmente “aggrovigliata” dal punto di vista processuale, in considerazione delle numerose censure proposte dalla ricorrente con l’atto introduttivo del giudizio e con due successivi atti di motivi aggiunti.

La vicenda da cui origina il giudizio riguarda l’affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale da parte del Comune di Reggio Emilia. Il concessionario uscente del servizio ha impugnato gli atti con cui il Comune – nelle more dell’indizione della nuova gara – ha affidato direttamente il servizio stesso a norma dell’art. 50 del d.lgs. n. 36/2023.

Nel decidere la controversia i Giudici si sono soffermati in particolare su **tre** aspetti:

- la possibilità per la stazione appaltante di concedere la **proroga tecnica** del servizio;
- la legittimità dell’**affidamento diretto di una concessione**;
- (e) **la sorte del contratto di concessione**.

Vediamoli qui di seguito.

In primo luogo, la società ricorrente ha affermato che, a suo avviso, il Comune di Reggio Emilia – in attesa di avviare la nuova procedura di affidamento del servizio di cui si discute – avrebbe avuto l’obbligo di concederle la c.d. proroga tecnica del servizio in qualità di gestore uscente del servizio.

Al riguardo il TAR ha osservato che – anche nella disciplina dettata dal nuovo codice dei contratti – l’istituto della **proroga tecnica** riveste carattere del tutto **eccezionale**, in quanto (estendendo l’originaria durata del contratto) costituisce una **violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza**. Pertanto, la proroga di un appalto o di una concessione non costituisce né un diritto dell’operatore

economico uscente né un obbligo per l'Amministrazione, in quanto quest'ultima può (e, anzi, deve) ritenere preferibile affidare il servizio ad un nuovo operatore economico seguendo le regole dell'evidenza pubblica.

Di conseguenza, il TAR ha dichiarato infondata la doglianza della ricorrente che riteneva sussistente un obbligo della stazione appaltante di concedere la proroga tecnica del servizio.

In secondo luogo, la ricorrente ha contestato la scelta della stazione appaltante di ricorrere all'**affidamento diretto** di cui all'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 per "coprire" i mesi di servizio necessari a consentire l'espletamento della procedura di gara.

Questa seconda censura è stata individuata dal TAR come il cuore delle doglianze formulate dalla ricorrente e ha dato così modo ai Giudici di evidenziare alcuni importanti aspetti della normativa di riferimento, in particolare le disposizioni dettate dall'art. 50 e dall'art. 187 del d.lgs. n. 36/2023.

Innanzitutto, i Giudici hanno evidenziato che l'**art. 50**, cit. è inserito nel libro II del nuovo codice, intitolato "*Dell'appalto*" e prevede l'**affidamento diretto dei soli contratti di appalto relativi a lavori, servizi e forniture che siano di importo limitato**.

Per contro, secondo il TAR, è nel libro IV del codice, intitolato "*Del partenariato pubblico privato e delle concessioni*", che deve essere ricercata la specifica disposizione per l'**affidamento delle concessioni c.d. "sott-soglia"**. Si tratta dell'**art. 187**, il quale prevede che: "*Per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*". Secondo la Corte questa norma, da un lato, risponde alle **medesime finalità cui è ispirato l'art. 50 sull'affidamento diretto dei contratti di appalto** e, dall'altro lato, **valorizza maggiormente le esigenze concorrenziali** imponendo la **consultazione di almeno 10 operatori economici**, con evidenti asimmetrie rispetto alla procedura di affidamento diretto.

Pertanto, secondo il TAR, dal tenore letterale delle norme in questione (e dalla loro collocazione all'interno del codice) pare evidente come il legislatore – pur con l'intento di "contrattualizzare le concessioni", allineando ove possibile la normativa riguardante le concessioni a quella degli appalti – ha dettato una **disciplina procedurale autonoma per l'affidamento delle concessioni di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, senza alcun rinvio alle disposizioni dettate per i contratti di appalto** e, in particolare, senza alcun richiamo all'art. 50 che disciplina l'affidamento diretto.

Dopo aver affermato l'illegittimità della procedura di affidamento diretto del contratto di concessione seguita dal Comune di Reggio Emilia, il TAR si è pronunciato in merito al terzo aspetto della questione, consistente nell'individuazione degli **effetti dell'illegittimità della procedura di affidamento sul contratto di concessione**.

Le norme che disciplinano la sorte del contratto di appalto (o di concessione) a seguito della declaratoria di illegittimità degli atti di gara presupposti sono contenute negli **artt. 121 e 122 del d.lgs. n. 104/2010** (codice del processo amministrativo). In particolare, l'**art. 121** individua le **violazioni più gravi** delle norme in materia di appalti e concessioni cui consegue l'inefficacia del contratto di appalto/concessione. Tra queste violazioni gravi, che comportano la caducazione del contratto, rientra anche il caso in cui **l'aggiudicazione sia avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o dell'avviso con cui si indice la gara.**

Quest'ultima ipotesi, invero, non corrisponde alla fattispecie posta all'attenzione del TAR. Infatti nel nostro caso è vero che il Comune di Reggio Emilia ha (illegittimamente) proceduto all'affidamento diretto del contratto di concessione, ma è altrettanto vero che l'art. 187 del codice prevedeva la possibilità di affidare il servizio mediante una procedura negoziata senza pubblicazione del bando. Sicché l'affidamento diretto in questione (utilizzato in luogo della procedura negoziata senza bando) non ha provocato alcuna *"omissione della pubblicità del bando o dell'avviso con cui si indice la gara"*.

Non essendo applicabile l'art. 121, cit., la Sezione ha quindi deciso la sorte del contratto in base a quanto previsto dall'art. 122 del medesimo d.lgs. n. 104/2010, secondo cui: *"Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione [definitiva] stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta"*.

I Giudici, in esito alla valutazione prevista dal citato art. 122, hanno stabilito che nel caso di specie il contratto non dovesse essere dichiarato inefficace, in quanto:

- tale declaratoria di inefficacia avrebbe determinato un vuoto nella gestione del servizio di ripristino delle condizioni stradali, lasciando così priva l'Amministrazione di un servizio di rilevanza generale;
- (e) l'interesse della parte ricorrente avrebbe potuto trovare riconoscimento mediante l'indizione (entro breve termine) della corretta procedura di gara per l'affidamento del servizio in questione.