

ORIGINAL



5496 REG. SENT. 2008
1850 REG. SENT. 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – prima sezione -
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1850/2007 proposto da

[REDACTED]

rappresentata e difesa dall'avv. [REDACTED] ed ex lege domiciliata
presso la segreteria del Tribunale in Milano, via Conservatorio n. 13;

contro

COMUNE DI [REDACTED],

costitutosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Simone Lazzarini
ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Milano, via Ippolito
Rossellini n. 12;

e nei confronti di

[REDACTED],

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti [REDACTED],
[REDACTED] e [REDACTED] ed elettivamente domiciliata presso
il loro studio in Milano, via Morigi n. 2/A;


per l'annullamento

del bando di gara datato 19 marzo 2007 – nonché del disciplinare e del
capitolato speciale di pari data, che ne costituiscono “parte integrante e

sostanziale' - con il quale il Comune di [REDACTED] ha bandito la gara per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani; con primo ricorso per motivi aggiunti - proposto anche nei confronti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avvocatura dello Stato ed elettivamente domiciliata presso la sua sede in Milano, via Freguglia n. 1 - oltre che dei provvedimenti impugnati in precedenza, del provvedimento assunto dalla Commissione di gara nella seduta del 15 ottobre 2007, con il quale, per un verso [REDACTED] è stata esclusa dalla gara e, per altro verso, il servizio è stato aggiudicato a [REDACTED], nonché degli atti presupposti (ivi compresa, per quanto occorra, la nota del Dirigente del Servizio ispettivo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 26 luglio 2007, prot. n. 43250/07/ISP);

con secondo ricorso per motivi aggiunti - proposto anche nei confronti di [REDACTED], non costituitasi in giudizio - oltre che dei provvedimenti impugnati in precedenza, della determinazione 7 dicembre 2007, n. 97, con cui il Responsabile del settore Servizi generali del Comune di Siziano ha approvato le risultanze di gara e ha disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio a favore di [REDACTED], nonché degli atti presupposti (ivi comprese le decisioni assunte dalla Commissione di gara sulla domanda di [REDACTED] nelle sedute del 24 maggio 2007, del 15 ottobre 2007 e del 3 dicembre 2007);

con terzo ricorso per motivi aggiunti, degli stessi provvedimenti impugnati in precedenza.



Visto il ricorso amministrativo allegato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della società controinteressata [REDACTED];

Visti i ricorsi per motivi aggiunti;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Udito il primo ref. Elena Quadri, designato relatore per l'udienza del 19.11.2008;

Uditi i difensori delle parti;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con il presente ricorso trasposto e con i ricorsi per motivi aggiunti la ricorrente impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali l'amministrazione appaltante, dopo aver bandito la gara per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed aver disposto l'esclusione dalla procedura della ricorrente medesima, ha aggiudicato il servizio alla [REDACTED].

A sostegno del proprio gravame parte ricorrente, con il ricorso principale, deduce il seguente motivo di diritto:

1. Illegittimità dell'art. 45 del capitolato speciale per violazione del principio di non discriminazione tra imprese, atteso che la previsione secondo cui l'impresa aggiudicataria del servizio deve mettere a disposizione del comune un'area attrezzata reperita sul territorio comunale per lo stoccaggio dei rifiuti si risolverebbe in una clausola discriminatoria a favore dell'impresa [REDACTED], che possiede tale



area, e a vantaggio di tutte le altre imprese.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti, proposto, oltre che contro i provvedimenti impugnati in precedenza, avverso il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara e l'aggiudicazione della stessa alla controinteressata, nonché della nota del Dirigente del Servizio ispettivo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 26 luglio 2007, deduce:

2. Violazione di legge per errata applicazione dell'art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248 (che non si applicherebbe all'appalto oggetto della presente controversia), anche in correlazione con l'art. 49 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; errata applicazione dell'art. 10, comma 1, lett. b, l. 7 agosto 1990, n. 241 e violazione del correlato obbligo di motivazione, in quanto la società ausiliaria di cui si è avvalsa la ricorrente (██████████) non potrebbe essere qualificata come partecipante alla gara;
3. Illegittimità del bando di gara datato 19 marzo 2007 (nonché del disciplinare e del capitolato speciale di pari data, che ne costituiscono "parte integrante e sostanziale") per violazione del principio di non discriminazione tra imprese; illegittimità del provvedimento della Commissione di gara 15 ottobre 2007 di aggiudicazione provvisoria a ██████████, derivata dall'illegittimità dell'art. 45 del capitolato speciale.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, proposto, oltre che contro i provvedimenti impugnati in precedenza, avverso la determinazione con cui il Responsabile del settore Servizi generali del Comune di ██████████ ha

approvato la risultanza di gara e ha disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio a favore di [REDACTED], nonché delle decisioni assunte dalla Commissione di gara sulla domanda di [REDACTED] nelle sedute del 24 maggio 2007, del 15 ottobre 2007 e del 3 dicembre 2007, deduce:

4. Illegittimità del bando di gara datato 19 marzo 2007 (nonché del disciplinare e del capitolato speciale di pari data, che ne costituiscono "parte integrante e sostanziale") per violazione del principio di non discriminazione tra imprese; illegittimità della determinazione 7 dicembre 2007, n. 97 di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva alla [REDACTED], derivata dall'illegittimità dell'art. 45 del capitolato speciale.
5. Illegittimità della determinazione 7 dicembre 2007, n. 97; violazione di legge per errata applicazione dell'art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, anche in correlazione con l'art. 49 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; errata applicazione dell'art. 10, comma 1, lett. b, l. 7 agosto 1990, n. 241 e violazione del correlato obbligo di motivazione;
6. Illegittimità della determinazione 7 dicembre 2007, n. 97; violazione di legge per errata applicazione del punto 6 del disciplinare di gara in correlazione con l'art. 16, ultimo comma, del capitolato speciale di appalto, atteso che nell'offerta della controinteressata non sarebbe contenuta la dettagliata indicazione dei mezzi e delle attrezzature necessarie per l'esecuzione dell'appalto;
7. Illegittimità della determinazione 7 dicembre 2007, n. 97; eccesso di

potere per carenza di motivazione sulle ragioni di insussistenza dell'anomalia dell'offerta di [REDACTED];

8. Illegittimità della determinazione 7 dicembre 2007, n. 97; violazione di legge per errata applicazione dell'art. 87, comma 3-bis e 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 167; eccesso di potere per erroneità della motivazione.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti, proposto contro i provvedimenti già impugnati in precedenza, deduce:

9. Illegittimità della determinazione 7 dicembre 2007, n. 97; eccesso di potere per insufficienza dell'istruttoria sull'anomalia dell'offerta di [REDACTED] (anche in violazione dell'art. 88, comma 3, d.lgs. n. 167/2006) e per carenza di motivazione sulle ragioni di insussistenza dell'anomalia.

Si è costituito in giudizio il comune di [REDACTED], che ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, in quanto la società [REDACTED], odierna ricorrente, per assolvere alle prescrizioni della *lex specialis* di gara, aveva dichiarato nella domanda di partecipazione alla procedura di avvalersi dei requisiti, degli strumenti, dei mezzi ed unità di personale della società [REDACTED], società a capitale interamente pubblico – partecipata in via principale dal comune di [REDACTED] e per il resto da vari comuni della provincia di [REDACTED] - già affidataria diretta del servizio di raccolta e trasporto di RSU da parte di diversi comuni della provincia di [REDACTED]. Tale avvalimento risulterebbe in contrasto con l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248. In ogni caso, il ricorso dovrebbe essere respinto per infondatezza nel merito.

Si è costituita in giudizio la società controinteressata, che ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, chiedendo, comunque, la reiezione del gravame per infondatezza nel merito.

Si è costituita in giudizio l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso, chiedendo, comunque, la reiezione del gravame per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti costituite hanno presentato memorie finali a sostegno delle rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 19.11.2008, il gravame è stato, quindi, trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso all'esame ha per oggetto l'impugnazione degli atti di gara, del provvedimento di esclusione della ricorrente, nonché dell'aggiudicazione intervenuta in favore della controinteressata della procedura indetta dal comune di ██████ per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani.

Parte ricorrente denuncia, sostanzialmente, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione intimata, che avrebbe prima inserito nella *lex specialis* una clausola discriminatoria e poi illegittimamente escluso la ricorrente medesima dalla gara per errata applicazione dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, nonché, infine, aggiudicato illegittimamente la procedura alla controinteressata, che avrebbe presentato un'offerta inammissibile ed anomala.

L'amministrazione comunale intimata, la società controinteressata

F
F
F

aggiudicataria della procedura e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo aver eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso, hanno controdedotto alle specifiche doglianze nel merito, assumendone la totale infondatezza.

Il collegio ritiene di accogliere l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sollevata dalle parti avverse.

In proposito, deve premettersi che la società [REDACTED], odierna ricorrente, per assolvere alle prescrizioni della *lex specialis* di gara, dichiarava nella domanda di partecipazione alla procedura di avvalersi dei requisiti, degli strumenti, dei mezzi ed unità di personale della società [REDACTED] [REDACTED], società a capitale interamente pubblico - partecipata in via principale dal comune di [REDACTED] e per il resto da vari comuni della provincia di [REDACTED] - già affidataria diretta del servizio di raccolta e trasporto di RSU da parte di diversi comuni della provincia di [REDACTED]

La commissione di gara decideva, quindi, di sospendere la procedura per sottoporre all'attenzione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture la legittimità delle modalità di partecipazione della succitata società, con particolare riferimento al suddetto avvalimento.

Con nota prot. n. 43250/07/1SP in data 26 luglio 2007 l'Autorità rispondeva, ritenendo inammissibile l'avvalimento intercorrente tra la [REDACTED] e la [REDACTED] in quanto ricompreso nel divieto di cui all'art. 13, comma 1, della legge n. 248/2006, ai sensi delle cui disposizioni: "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche

regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti ...".

Di conseguenza, la commissione si determinava nel senso dell'esclusione della [REDACTED], dalla gara e dell'aggiudicazione della procedura alla [REDACTED], approvando gli atti di gara successivamente al riscontro da parte della stessa della richiesta di precisazioni integrative relative agli elementi della propria offerta.

Il collegio ritiene che, effettivamente, in virtù delle suddette premesse in fatto e specificamente in ragione del succitato avvalimento, la ricorrente non potesse in ogni caso risultare affidataria della procedura di specie.

Deve ricordarsi, innanzitutto, che il divieto prescritto dall'art. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006, per le imprese a partecipazione pubblica che comprendono nell'oggetto sociale anche attività diverse dallo svolgimento dei servizi pubblici locali - come [REDACTED] - di svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi da quelli che le costituiscono, né in affidamento diretto né con gara, mira a tutelare il principio di libera concorrenza nel mercato, in considerazione della potenzialità di alterazione della *par condicio* con gli altri operatori da parte di tali imprese (cfr. Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 326).

Possono qualificarsi come strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite esclusivamente per la gestione dei servizi pubblici locali (escluse dal divieto) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività (cfr. TAR Lombardia, sez. I, 19 ottobre 2007, n. 6137; TAR Puglia, sez. II, 6 settembre 2002, n. 4306).

Tali società strumentali, infatti, pur esercitando attività di natura imprenditoriale, sono state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione si ritiene anche possibile sacrificare l'interesse privato imprenditoriale (cfr. TAR Lazio, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192).

L'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, dunque, lungi dal violare l'art. 41 della Costituzione, ne costituisce immediata applicazione, mirando dichiaratamente a preservare il mercato da alterazioni e fenomeni distorsivi delle regole della concorrenza. Detta norma persegue il fine di permettere agli operatori di poter agire in posizione di uguaglianza, evitando che alcune imprese possano avvantaggiarsi, nel confronto concorrenziale, della struttura della propria compagine societaria per la presenza di soci pubblici (TAR Lazio, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192).

Tanto premesso, risulta palese che [redacted] rientra nell'ambito delle previsioni della norma richiamata e, in particolare, rientra nell'ambito delle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività.

Ai fini dell'accertamento della ricomprensione nel divieto anche della fattispecie in questione, nella quale la ricorrente si è avvalsa totalmente dei requisiti di partecipazione della [redacted] medesima, è indispensabile, a parere del collegio, far riferimento alla succitata *ratio legis* dell'art. 13, che non solo è volta a tutelare il principio di concorrenza e di trasparenza, ma anche - e soprattutto - quello di libertà di iniziativa economica che risulterebbe gravemente turbato dalla presenza (e dalla operatività sul mercato) di soggetti che proprio per la presenza (diretta o mediata) della mano pubblica finiscono in sostanza con l'eludere il rischio di impresa (cfr. TAR Lombardia, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140).

Di conseguenza, mediante l'istituto dell'avvalimento, [redacted] e [redacted] hanno, in realtà, tentato di eludere il più volte citato divieto.

Ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, il concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto, allegando, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

a) ...

b)....

c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Ai sensi del comma 4 della stessa disposizione normativa, inoltre, il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Da ciò si deduce che, mediante tale meccanismo di partecipazione indiretta della società ausiliaria, la prestazione oggetto del servizio è, in realtà, riconducibile ad entrambi i soggetti dell'avvalimento, che possono, dunque configurarsi ambedue come contraenti necessari.

Pertanto, ne deriva l'applicabilità delle prescrizioni dell'art. 13 anche in tale ipotesi.

Tanto premesso, il collegio ritiene che la fattispecie in questione, nella quale, come risulta dalla documentazione versata in atti, la ██████████ ha dichiarato, al fine della partecipazione alla procedura, di avvalersi della qualificazione all'albo delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti e di tutte le altre risorse possedute dalla ██████████, sia da ricomprendere pienamente nel divieto prescritto dal più volte citato art. 13, come del resto asserito dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Per le suesposte considerazioni il ricorso principale ed i ricorsi per motivi

aggiunti vanno dichiarati inammissibili per carezza di interesse, in quanto la ricorrente, in ragione del suddetto avvalimento, non avrebbe potuto in ogni caso risultare affidataria della procedura di specie.

In considerazione della complessità delle questioni trattate sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – prima sezione - dichiara inammissibile il ricorso principale in epigrafe ed i ricorsi per motivi aggiunti, come in motivazione.

Spese compensate.

Così deciso, in Milano, il 19.11.2008, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Elena Quadri	Presidente est.
Hadrian Simonetti	Giudice
Mauro Gatti	Giudice