



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 263 del 2008, proposto da:
Broni Stradella S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Morganti, con
domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R.

contro

Comune di Miradolo Terme, non costituito in giudizio

nei confronti di

Pizzamiglio Andrea s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI
costituita con la Bassanetti s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Mantini
e Francesco Basile, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Via Morigi,
2/A

per l'annullamento

del provvedimento del 21.11.2007, con cui è stata disposta l'esclusione della società
ricorrente dalla procedura di gara indetta dal Comune di Miradolo Terme per
l'affidamento del servizio di gestione della raccolta e recapito al centro trattamento
finale dei rifiuti urbani, nonché dei verbali n. 1 del 9.11.2007 (relativo all'apertura

delle operazioni di gara ed alla verifica della documentazione dei concorrenti) e n. 2 del 19.11.2007 (relativo al completamento delle operazioni di gara ed alla conclusione delle stesse), oltre che di ogni atto connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pizzamiglio Andrea s.r.l. ed il ricorso incidentale da questa proposto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2012 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto la società Broni Stradella S.p.A. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento del 21.11.2007, con cui è stata disposta l'esclusione dalla procedura di gara indetta dal Comune di Miradolo Terme per l'affidamento del servizio di gestione della raccolta e recapito al centro trattamento finale dei rifiuti urbani, nonché i verbali n. 1 del 9.11.2007 (relativo all'apertura delle operazioni di gara ed alla verifica della documentazione dei concorrenti) e n. 2 del 19.11.2007 (relativo al completamento delle operazioni di gara ed alla conclusione delle stesse), oltre ad ogni atto connesso.

Si trattava, nella specie, di una procedura aperta indetta in data 19.9.2007, avente ad oggetto un appalto triennale, di importo complessivo a base d'asta di €. 534.300,00 oltre Iva, regolato dal criterio del prezzo più basso con previsione di aggiudicazione anche in caso di offerta singola.

L'esclusione della società ricorrente è stata motivata sul presupposto che la stessa sarebbe assoggettata al "*divieto di cui all'art. 13, comma 1 della legge 248/2006, laddove la*

norma stessa prevede che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali – 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?.

Con il medesimo provvedimento di esclusione la stazione appaltante ha dato inoltre comunicazione dell'affidamento disposto in favore dell'ATI capeggiata dalla società Pizzamiglio Andrea s.r.l.

A fondamento dell'impugnazione è stato dedotto il seguente motivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 1 del D.L. 223/2006, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto e sviamento anche in riferimento all'art. 41 della Costituzione.

L'Amministrazione comunale non si è costituita in giudizio.

Si è, invece, costituita la società Pizzamiglio Andrea s.r.l., la quale ha proposto ricorso incidentale deducendo, in disparte dall'infondatezza del ricorso principale, che l'esclusione sarebbe comunque legittima per violazione dell'art. 113, comma 6 del d.lgs. 267/2000, applicabile al tempo della procedura di gara.

In vista dell'udienza di discussione del merito, la società ricorrente ha depositato una memoria finalizzata a replicare al motivo proposto con il ricorso incidentale.

All'udienza del 27.6.2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso incidentale è fondato, ciò determinando l'improcedibilità del ricorso principale per carenza sopravvenuta di interesse.

L'art. 113, comma 6 del d.lgs. 267/2000 (testo unico degli enti locali) – norma entrata in vigore in data 1.1.2007 ed abrogata in data 7.1.2010, quindi applicabile alla procedura in questione, indetta in data 19.9.2007 – prevede(va) che “*non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a*

qualunque titolo, servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime”.

Nella specie la Broni Stradella S.p.A. rientra nel novero delle “*società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche*”, previste dall’art. 113, comma 5 del d.lgs. 267/2000 e risulta affidataria di servizi analoghi o identici nei comuni che hanno partecipato alla sua costituzione.

Nel caso delle società per azioni a capitale pubblico maggioritario – che ad avviso della dottrina costituiscono un modello alternativo, o, secondo altri autori, un’evoluzione, delle aziende speciali costituite dagli enti locali – la concessione di pubblici servizi non richiede il previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica, tale concessione risolvendosi, piuttosto, in un affidamento diretto.

Si tratta di una disciplina legittima, in quanto tali società vengono costituite dagli enti locali al precipuo scopo di affidare loro i servizi pubblici di propria competenza, vanificandosi, nell’ipotesi di un’obbligatoria indizione di una procedura di affidamento, la ragione stessa della loro costituzione.

L’unico profilo di selezione informata ai criteri di trasparenza e concorrenza è rappresentato dalla scelta del partner privato, come del resto è avvenuto nel caso della società ricorrente per sua espressa ammissione (cfr. pag. 9 della memoria dell’11.6.2012).

A conferma dell’esposto quadro legislativo, la giurisprudenza ha rilevato che “*la società a capitale misto con capitale pubblico maggioritario è costituita attraverso procedura ad evidenza pubblica e allo specifico scopo di affidarle i servizi pubblici dell’Ente locale che la ha costituita*”, sicché “*è immediatamente conseguenziale che il relativo affidamento debba avvenire*

in modo diretto. Altrimenti opinando, la costituzione di tali società miste non avrebbe alcuna pratica utilità, mentre la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei singoli servizi costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento già esperito" (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2005 n. 272).

È pertanto applicabile alla società ricorrente il divieto previsto dall'art. 113, comma 6 del T.U.E.L., che giustifica la disposta esclusione.

Divieto che è stato temperato – si ripete, prima della sua abrogazione con DPR n. 168/2010 – dalla disposizione, parzialmente derogatoria, di cui al comma 15 quater del medesimo art. 113, in cui si prevedeva che *“a decorrere dal 1° gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa”*.

Una deroga, tuttavia, inapplicabile al caso della società Broni Stradella s.r.l., in quanto il precedente gestore del servizio presso il Comune di Miradolo Terme era una diversa società.

In conclusione, il ricorso incidentale va accolto e, di conseguenza, il ricorso principale è improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse.

Atteso che la controversia ha riguardato profili peculiari di applicazione normativa, si ritengono sussistenti le ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie il ricorso incidentale;
- dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso principale.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2012

IL SEGRETARIO

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