

N. 00009/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00535/2013 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 535 del 2013, proposto da:
Pizzamiglio Andrea S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Basile, con
domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, via Morigi, 2/A;

contro

Comune di Sommo, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Asm Pavia S.p.A. e Broni Stradella S.p.A., rappresentate e difese dall'avv.
Francesco Adavastro, presso il cui studio ha eletto domicilio, in in Milano, via
Cerva, 20;

per l'annullamento

della determinazione del responsabile del servizio tecnico del Comune di Sommo
in data 21 dicembre 2012, n.32, conosciuta dalla ricorrente in data 28 gennaio
2013, avente ad oggetto "l'aggiudicazione provvisoria della gara per l'affidamento
del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani dell'ATI ASM
Pavia, nonchè dei verbali della Commissione giudicatrice n. 1 in data 19.11.2012, n.

2 in data 4.12.2012, n. 3 in data 4.12.2012, n. 4 in data 13.12.2012, n. 5 in data 17.12.2012, n. 6 in data 19.12.2012, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alla gara d'appalto ed il relativo contratto, nonchè di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asm Pavia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2013 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Sommo ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, raccolta e trasporto e smaltimento rifiuti, custodia e gestione dell'isola ecologica, della durata di quattro anni.

Il servizio veniva aggiudicato in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata mediante i criteri di valutazione indicati con le modalità di cui all'art 83 d. l.gs. 163/2006.

Partecipavano alla gara la costituenda ATI ASM Pavia e Broni Stradella s.p.a. (da ora anche solo ATI), e la ricorrente, la quale, fin dalla prima seduta della Commissione contestava la partecipazione dell'ATI ASM Broni-Stradella, per violazione dell'art 13 d.l. 223/2006, convertito in L. 248/2006, stante la natura di società a capitale misto pubblico/privato e la circostanza che fosse affidataria diretta di servizi di raccolta e trasporto RSU, in altri comuni.

La commissione ne disponeva l'ammissione, in applicazione al principio del favor participationis.

Al termine della gara, l'ATI risultava aggiudicataria del servizio, con 95 punti, a fronte di 46 punti ottenuti dalla ricorrente.

Avverso gli atti della commissione e il provvedimento di aggiudicazione parte ricorrente ha articolato le seguenti censure:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art 13 comma 1, del d.l. n. 223 del 2006, convertito nella L. 248/2006: l'ATI che ha vinto non poteva partecipare alla gara, in quanto le due società che compongono l'ATI sono enti strumentali delle amministrazioni locali e quindi incorrono nel divieto di cui all'articolo sopra citato;
- 2) violazione dell'art 11 comma 1 del Disciplinare di gara, e dell'art 46 comma 1 bis d. lgs. 163/2006 sotto il profilo della mancata sottoscrizione autografa da parte del legale rappresentante dell'ASM Pavia spa: la domanda di partecipazione presentata dall'ATI non riporta la firma autografa del Direttore Generale;
- 3) violazione dell'art. 86 comma 2 del d. lgs. 163/2006, sotto il profilo della mancata valutazione della congruità dell'offerta proposta dall'ATI: l'offerta ha ottenuto 95 punti, per cui la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare una valutazione di congruità.

Si sono costituite in giudizio ASM Pavia e Broni Stradella, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 423 del 10/04/2013 la domanda cautelare veniva accolta, in considerazione del danno e della necessità di un esame del merito.

Alla pubblica udienza dell'8 ottobre, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

II) Il presente ricorso è proposto avverso l'aggiudicazione del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti del Comune di Sommo.

Il servizio è stato aggiudicato all'ATI ASM-Broni Stradella, società a capitale interamente pubblico la prima, misto pubblico-privato la seconda, costituite per la gestione di servizi pubblici locali, che operano anche in regime di affidamento diretto.

Proprio per questa natura, parte ricorrente afferma che le due società non avrebbero potuto partecipare alla gara, ai sensi dell'art. 13 del d.l. 223/2006, convertito nella L. 248/2006.

Secondo l'articolata tesi di parte ricorrente, la norma porrebbe il divieto per gli enti strumentali delle amministrazioni locali di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, potendo solo svolgere la loro attività a favore di amministrazioni che su di esse esercitano il c.d. controllo analogo.

Il motivo non è fondato.

La questione sollevata nel motivo in esame attiene alla possibilità per una società pubblica di partecipare ad una gara per la gestione di un servizio economico, mentre è estraneo a questo giudizio il differente problema dell'affidamento diretto e della gestione in house dei servizi pubblici locali, normativa incisa dalla decisione della Corte Cost. n. 199/2012.

Nel caso di specie la società Broni Stradella gestisce in house il servizio di vari comune e proprio per tale ragione parte ricorrente ritiene che detta caratteristica sia preclusiva alla facoltà di partecipare alla gara indetta dall'Unione dei Comuni Lombardi Terre Viscontee - Basso Pavese, poiché ciò sarebbe in contrasto con l'art. 13 del d.l. 223/2006.

La norma pone il divieto, per "le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono

operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti” di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

Come si evince da una prima interpretazione letterale della disposizione, il divieto, posto a tutela della concorrenza e del mercato, non investe quelle società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per lo svolgimento di servizi pubblici locali: la struttura sintattica della disposizione è chiara nell'introdurre rispetto al divieto generale di partecipazione alle gare per le società c.d. strumentali, l'eccezione per quelle società il cui oggetto è la gestione dei servizi pubblici locali.

La finalità di evitare che le società pubbliche c.d. strumentali alterino il mercato, è perseguita dal legislatore anche attraverso altre norme (ad esempio l'art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, che ha introdotto il divieto per le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società, con la possibilità però di costituire di società che producono servizi di interesse generale, ovvero l'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 - che pone limitazioni alla costituzione e detenzione di partecipazioni in società, legandole all'estensione demografica degli enti locali (meno di 30.000 abitanti) e obbligando i comuni alla dismissione delle proprie partecipazioni in società a meno che non si verificano determinate condizioni, specificamente indicate, ma sempre con l'eccezione per quelle società che erogano servizi pubblici locali.

Il legislatore ha voluto separare le società a capitale interamente pubblico o misto chiamate dal proprio oggetto sociale a erogare beni o servizi strumentali all'attività

amministrativa, dalle società di analogo modello sociale chiamate ad erogare servizi pubblici locali, intendendo con questa locuzione i servizi rivolti al pubblico, tra cui pacificamente la gestione dei rifiuti, in quanto servizio diretto esclusivamente alla collettività.

Pertanto le società pubbliche costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, per espressa previsione normativa, godono di un regime derogatorio, per cui possono svolgere la loro attività a favore di altri soggetti pubblici o privati, partecipando alle relative procedure concorsuali.

Le ampie argomentazioni di parte ricorrente e l'interpretazione data alla norma contrastano proprio con la chiara esclusione introdotta nell'art 13 del d.l. 223/2006, per cui sarebbe sufficiente affermare in claris non fit interpretatio.

Nel caso di specie entrambe le società sono escluse dal divieto sopra esaminato, in quanto destinate a gestire servizi pubblici locali.

Conclusione sostenuta anche nella decisione dell'Adunanza Plenaria (n. 17/2011), dove è stato precisato che “la qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione di servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa (Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651)”.

Per tali ragioni il motivo va respinto.

III) Nel secondo motivo parte ricorrente lamenta la mancata sottoscrizione autografa della domanda di partecipazione da parte del direttore generale di ASM Pavia.

Va in primo luogo rilevato che la domanda risulta sottoscritta con nome e cognome del legale rappresentante e pertanto presenta tutti gli elementi per identificare il soggetto che ha sottoscritto la domanda.

Non essendovi quindi alcuna incertezza circa la provenienza della domanda di partecipazione, né la richiesta di un disconoscimento da parte dell'interessato, il motivo deve essere respinto.

Anche l'ultimo motivo non è fondato, poiché la stazione appaltante ha eseguito il procedimento di congruità dell'offerta, ai sensi dell'art 86 comma 2 d. lgs. 163/2006, come emerge dalla documentazione prodotta dalla difesa di ASM Pavia (cfr. doc. nn. 8 e 9) e la società aggiudicataria ha reso i chiarimenti in particolare rispetto al fatturato e alla dimensioni dell'ATI, al contratto collettivo applicato e agli investimenti.

IV) Per le ragioni che precedono il ricorso deve essere respinto.

La complessità del quadro normativo di riferimento giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2014

IL SEGRETARIO

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