



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 781 del 2014, proposto da:
Acsm-Agam S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Gianni,
con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Monforte
21;

contro

Comune di Grandate, in Persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Carpani, con domicilio
eletto in Milano, presso la Segreteria del Tribunale;

nei confronti di

Silea S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Annamaria Monetti, con
domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del Tribunale;

per l'annullamento

del provvedimento recante la “comunicazione di aggiudicazione
definitiva relativa alla procedura servizio smaltimento rifiuti solidi
urbani indifferenziati (codice CER 200301), periodo 1.1.2014 -

31.12.2016 (ID 57252493)”, dell’aggiudicazione definitiva della gara bandita dal Comune di Grandate per l'affidamento, tramite procedura di cottimo fiduciario, del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani indifferenziati, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale quali, in particolare, l'ammissione alla procedura di gara di Silea S.p.a, l'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore, tutti gli atti ed i verbali di gara, ivi comprese le verifiche istruttorie, ove poste in essere, e le decisioni, eventualmente adottate, ai sensi degli artt. 86, 87 e 88, D.Lgs. n. 163/2006, in relazione all'offerta anomala dell'aggiudicataria, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, e del diritto della ricorrente, a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto;

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica e la conseguente condanna della stazione appaltante a farla subentrare nel contratto ovvero, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Grandate e di Silea S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2014 il dott.

Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso, ritualmente notificato e depositato, l'istante impugna gli atti della procedura in epigrafe indicata, deducendo la mancata esclusione dell'aggiudicataria.

La controinteressata e la stazione appaltante si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Nelle more del giudizio è stato stipulato il contratto.

All'udienza pubblica del 12.11.2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

I) Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione del divieto di cui all'art. 13 D.L. 4.7.2006 n. 223 da parte della controinteressata, che in quanto società a capitale interamente pubblico, partecipata da vari enti locali, avente quale oggetto sociale lo svolgimento di attività strumentale in favore dei medesimi, sarebbe impossibilitata ad eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto di che trattasi, e conseguentemente, a partecipare alla relativa procedura di affidamento.

Osserva il Collegio che, secondo la disposizione che si assume violata, 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, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare 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 aventi sede nel territorio nazionale.

Quanto alla portata della vista eccezione all'applicazione di tale norma ("con esclusione dei servizi pubblici locali"), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17/2011, richiamando peraltro i principi già espressi dalla Corte Costituzionale (n. 326/2008) ha chiarito che "il divieto di fornire prestazioni ad enti terzi colpisce le società pubbliche strumentali che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività di impresa di enti pubblici". In particolare, la qualificazione differenziale tra attività strumentali e quelle attinenti la gestione di servizi pubblici non deve riferirsi all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa (C.S, Sez. V, 22.3.2010 n. 1651).

Conseguentemente, ai fini del decidere, risulta determinante valutare se le attività prestate dalla controinteressata siano o meno riconducibili all'ambito dei servizi pubblici locali.

I.1) Secondo la ricorrente, “dall’esame del profilo istituzionale della società e del suo statuto sociale, non sembra ricavarsi che l’aggiudicataria operi come società di produzione di beni e servizi per il pubblico”, ed in particolare, nell’ambito della gestione dell’intero ciclo dei rifiuti urbani e speciali.

Ritiene tuttavia il Collegio che la semplice lettura dello statuto societario dell’aggiudicataria evidenzia chiaramente l’infondatezza delle predette argomentazioni, laddove afferma che “la società ha per oggetto sociale le seguenti attività: la gestione del ciclo integrato di rifiuti, così come disciplinato dal D.Lgs. n. 152/2006 e dalla L.R. n. 26/2003, nonché dalla normativa comunitaria, statale, regionale e provinciale che regola la materia, istituendone i servizi e realizzando gli impianti relativi, l’esecuzione di tutti i lavori, l’assunzione e la gestione dei servizi inerenti tutti gli aspetti dell’igiene urbana, e la produzione di energia elettrica e di energia termica, derivante dalla gestione degli impianti di trattamento rifiuti”.

I.2) Anche le ulteriori affermazioni della ricorrente, secondo cui l’aggiudicataria opererebbe, nei confronti dei comuni partecipanti, quale semplice esecutore di una singola prestazione (smaltimento attraverso la termovalorizzazione), sono conseguentemente infondate atteso che, come visto, detta produzione di energia termica derivante dalla gestione degli impianti di trattamento rifiuti, in realtà, si aggiunge, completandola, alla gestione complessiva del ciclo integrato di rifiuti.

I.3) Infine, risulta infondato anche il rilievo secondo cui l'aggiudicataria non sarebbe assimilabile ad una concessionaria di pubblico servizio, non svolgendo prestazioni dirette in favore dei consumatori, quanto invece a vantaggio dei soli Comuni soci.

Come infatti correttamente evidenziato dalla difesa della stazione appaltante, malgrado siano gli enti locali a corrispondere il compenso all'affidatario del servizio di raccolta dei rifiuti, il medesimo è in realtà, nella sostanza, finanziato dai cittadini, i quali pagano all'Ente Locale le tariffe nella misura prefissata, e dipendente da parametri direttamente riferiti ai medesimi (superficie dell'unità abitativa, numero dei componenti del nucleo familiare), quali effettivi destinatari del servizio.

In conclusione, la controinteressata, in quanto società operativa nell'ambito dei servizi pubblici locali, non rientra nel divieto di partecipazione alla gare di cui al citato art. 13, che non è pertanto stato violato nel caso di specie.

II) Con il secondo motivo, in via subordinata, la ricorrente evidenzia che, anche nel caso in cui l'attività della controinteressata dovesse essere qualificata nell'ambito dei servizi pubblici locali, l'eccezione prevista dal citato art. 13 non potrebbe comunque trovare applicazione nella fattispecie per cui è causa. La controinteressata non avrebbe infatti un oggetto sociale esclusivo, operando, oltre che nel settore dei servizi pubblici locali, anche in ambiti strettamente commerciali, ciò che, in base ai principi affermati da TAR

Lombardia, Milano, Sez. I, 11.1.2010 n. 8, precluderebbe la possibilità di invocare l'eccezione al divieto generale di partecipazione alla gare di cui al visto art. 13.

II.1) Osserva in contrario il Collegio che detta sentenza, secondo cui “le società miste che hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali, pur non rientrando in via diretta nell'ambito di applicazione del comma 2 dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006, devono avere oggetto sociale esclusivo, vale a dire la gestione dei servizi pubblici locali”, è stata tuttavia riformata in sede di appello, proprio con riferimento al predetto principio (C.S., Sez. V, 11.1.2011 n. 77).

L'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, a cui il Collegio aderisce, ritiene invece che le società che svolgono servizi pubblici locali, partecipate integralmente o in parte degli enti locali per altri fini, essendo soggetti di diritto privato che operano sul mercato in regime di concorrenza, non devono avere un oggetto sociale esclusivo, e non sono soggette alle limitazioni imposte dal citato art. 13, trattandosi di norma oggetto di interpretazione restrittiva (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 19.10.2012 n. 864), dovendosi pertanto respingere il presente motivo.

III) Con il terzo ed il quarto motivo si deduce, sostanzialmente, la violazione del principio di imparzialità da parte della stazione appaltante, che avrebbe consentito alla controinteressata di divenire aggiudicataria della procedura di che trattasi, malgrado la stessa avesse beneficiato per decenni di affidamenti diretti da parte di

numerosi enti locali, potendo così formulare un prezzo particolarmente competitivo nella procedura impugnata.

III.1) In primo luogo, evidenzia il Collegio che il ribasso offerto dalla controinteressata, pari a solo il 3,16% sull'importo posto a base di gara, *prima facie*, non sembra particolarmente esorbitante, e come tale indice rilevatore della paventata illegittima situazione favorevole, ciò che, di per sé, indebolisce inevitabilmente le censure della ricorrente.

In ogni caso, in base alla giurisprudenza comunitaria, i soggetti che beneficiano di sovvenzioni pubbliche, e quindi anche i soggetti in *house*, possono certamente partecipare alle gare, come del resto possono partecipare in qualità di imprenditori gli stessi enti pubblici (C.Giust. Sez. IV, 23.12.2009 C-305/08, punto 40, C.Giust., Sez., VI, 7.12.2000 C-94/99, punti 28-32), non essendovi neppure nell'ordinamento interno un preciso referente normativo in grado di fondare l'invocato divieto di partecipazione alle pubbliche gare a carico delle imprese che abbiano goduto di affidamenti diretti (A.V.C.P., parere n. 42 del 27.3.2013).

IV) Con il quinto motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 34 c. 21 del D.L. 18.10.2013, n. 179, convertito con L. 17.12.2012 n. 221, secondo cui, alla data di entrata in vigore di tale disposizione, gli affidamenti non conformi ai requisiti richiesti dalla normativa europea, tra cui rientrerebbero quelli disposti in favore dell'attuale controinteressata, devono essere adeguati entro il termine del 31.12.2013.

IV.1) Ritiene il Collegio che il presente motivo sia infondato atteso che, come del resto evidenziato dalla stessa ricorrente, il predetto termine è stato prorogato al 31.12.2014 dall'art. 13 del D.L. 30.12.2013 n. 150, ed è tutt'ora pendente, non essendovi pertanto, allo stato, alcuna violazione del predetto art. 34.

Sotto altro profilo, la censura è altresì inammissibile per genericità, nella parte in cui la ricorrente sostiene che la controinteressata “non ha dimostrato che potrà dar seguito agli affidamenti disposti in suo favore”, atteso che l'onere di allegare i fatti a supporto del motivo di impugnazione è posto a carico del ricorrente, dovendo la controinteressata, eventualmente, controdedurre sugli stessi, che non sono invece stati puntualmente evidenziati.

V) Con l'ultimo motivo la ricorrente sostiene che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale.

In primo luogo, non risulterebbe firmato digitalmente il modulo Allegato A1, contenente le dichiarazioni sostitutive attinenti ai requisiti di moralità professionale, da parte del Direttore Generale, del Direttore Tecnico e del Responsabile Esercizio Impianti; parimenti, difetterebbe la sottoscrizione digitale sulla referenza bancaria. Inoltre, tutte le dichiarazioni sostitutive rese mediante l'utilizzo del predetto modulo Allegato A1 non sarebbero corredate dalla copia della carta d'identità dei soggetti sottoscrittori.

Anche dette censure sono tuttavia infondate.

V.1) In via preliminare, osserva il Collegio che la ricorrente non supporta in alcun modo le predette affermazioni, che non possono pertanto essere apprezzate dal Collegio, non producendo alcuna evidenza, cartacea od informatica, che documenti la fondatezza della censura, né altrimenti indicando ulteriori fonti di prova, da acquisire eventualmente in via istruttoria, ciò che, di per sé, dà luogo all'inammissibilità della stessa per genericità.

V.2) In ogni caso, il motivo è infondato nel merito, atteso che, come affermato dalla controinteressata e dalla stazione appaltante, senza che la ricorrente abbia ulteriormente contestato tali argomenti, le predette dichiarazioni di cui al citato Allegato A1, per quanto non specificatamente sottoscritte dai titolari delle predette cariche con firma digitale, sono comunque state correttamente rese dall'Amministratore Unico, soggetto abilitato ad impegnare la concorrente, con riferimento alla situazione soggettiva di tutti gli interessati, ciò che dà luogo all'infondatezza della censura. Infatti, per giurisprudenza pacifica, ove le dichiarazioni attinenti ai requisiti di partecipazione di cui all'art. 38 D.Lgs. 12.4.2006 n. 163, siano state rese da uno dei legali rappresentanti della società dotato di poteri di amministrazione ed abilitato ad impegnare la stessa, la mancata sottoscrizione da parte di altri soggetti non integra alcun vizio, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante ad una gara pubblica di rendere le prescritte dichiarazioni può infatti essere

legittimamente assolto dal suo rappresentante legale anche avuto riguardo ai terzi (C.S., Sez. V, 27.5.2011 n. 3200).

V.3) Infine, neppure la paventata mancanza del documento di identità dei sottoscrittori doveva dare luogo all'esclusione della controinteressata.

In primo luogo, il Collegio prende atto che la controinteressata afferma, senza essere smentita sul punto dalla ricorrente, che le dichiarazioni rese dal predetto Amministratore Unico sono state corredate dal documento di identità del medesimo, ciò che, di per sé, dà luogo all'infondatezza della doglianza, in relazione a quanto già affermato nel precedente punto della presente sentenza.

In ogni caso, per giurisprudenza pacifica, la mancanza del documento di identità del sottoscrittore di una dichiarazione di partecipazione ad un appalto pubblico, non costituisce causa di esclusione dalla stessa, dovendosi invece darsi luogo alla regolarizzazione degli atti di gara, ex art. 46 D.Lgs. n. 163/06 (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 16.4.2013 n. 824, T.A.R. Liguria, sez. II, 13.10.2010 n. 9201).

In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della stazione appaltante e della controinteressata, equitativamente e complessivamente liquidate in euro 4.000,00, e dunque nella misura di Euro 2.000,00 per ogni parte, oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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