



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1703 del 2011, proposto da:
Padova Territorio Rifiuti ed Ecologia - Padova T.R.E. S.r.l.,
rappresentato e difeso dagli avv. Federico Pagetta, Marcello M.
Fracanzani, con domicilio eletto presso Carla Gobetto in Mestre,
via Fiume, 11; Savi Servizi Srl, rappresentato e difeso dall'avv.
Marcello M. Fracanzani, con domicilio eletto presso Carla Gobetto
in Mestre, via Fiume, 11;

contro

Comune di Sossano;

nei confronti di

Societa' Igiene Territorio Spa, rappresentato e difeso dagli avv.
Nicola Creuso, Stefania Lago, con domicilio eletto presso Dora

Venturi in Venezia, San Marco, 941;

per l'annullamento

della raccomandata a/r dd 14.7.2011, a firma del Presidente della Commissione di gara, ad oggetto la procedura aperta per l'appalto del servizio di raccolta e trasporto rifiuti urbani e assimilati del Comune di Sossano, Orgiano e Campiglia dei Berici; del verbale della seduta della commissione di gara dd. 13.7.2011; del diniego formatosi a seguito del silenzio della P.A. resistente sul preavviso di ricorso; dell'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata della gara d'appalto per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Societa' Igiene Territorio Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Società Igiene Territorio Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Stefania Lago, Nicola Creuso, con domicilio eletto presso Dora Venturi in Venezia, San Marco, 941;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato

- quanto al ricorso incidentale:

1.- che, premesso che ai sensi dell'art. 49, IV comma del DLgs n. 263/2006 la responsabilità dell'impresa ausiliaria è limitata "alle prestazioni oggetto del contratto", nel caso di specie – ove, diversamente dal caso esaminato da TAR Catania n. 2029/2011, Padova Tre Ambiente srl (impresa ausiliaria) aveva messo a disposizione di Padova Tre srl (impresa avvalente) non già risorse aziendali, ma unicamente la propria esperienza pregressa, quale requisito di partecipazione alla gara (in particolare, l'avvenuto svolgimento "negli ultimi tre anni di servizi analoghi a quelli del presente bando per ammontare di € 1.182.010,14": cfr. il doc. 2 della ricorrente incidentale) – l'avvalimento (consistente, come si è detto, nel "prestito" del requisito inerente all'attività precedentemente svolta in specifici settori) non comportava a carico dell'ausiliaria alcuna responsabilità economico-finanziaria nei confronti della stazione appaltante collegata con l'esecuzione dell'appalto, sicchè, per ciò stesso, non poteva comportare alcun rischio di una diminuzione del patrimonio aziendale o un'alterazione dell'organizzazione sociale: con la conseguenza che la prestazione dell'avvalimento si configurava, nella fattispecie, come attività di ordinaria amministrazione, rientrante nella competenza del presidente-legale rappresentante anche sotto il profilo del valore;

2.- diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente incidentale, nel rendere la dichiarazione ai fini del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice degli appalti l'impresa ausiliaria non era tenuta ad indicare l'amministratore di una società che la stessa impresa aveva incorporato nel 2010: mentre, infatti, l'art. 38 del codice cit. afferma espressamente che la dichiarazione del concorrente in gara deve riguardare anche i soggetti "cessati dalla carica nel triennio (ora, nell'anno) antecedente la data di pubblicazione del bando di gara", analogo obbligo non è rinvenibile nel successivo art. 49, II comma, lett. "c" (e nell'art. 14 del bando di gara) ove si prevede soltanto che il concorrente che si avvale di altra impresa allega "una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38". Il coinvolgimento, ai fini della dichiarazione ex art. 38, degli amministratori cessati nel precedente triennio riguarda, dunque, soltanto il soggetto che, partecipando alla gara, eseguirà il servizio, non anche l'impresa ausiliaria che nel contesto della procedura concorsuale svolge un ruolo affatto secondario e marginale;

3.- quanto alla successiva censura del ricorso incidentale (con cui si afferma la necessità dell'esclusione dalla gara della ricorrente per non aver indicato, in sede di dichiarazione ex art. 38, il titolare di un'impresa ceduta a Padova Tre nel 2008), il collegio ritiene di dissentire da CdS, III, n. 4354/2011, in quanto ivi si è sottaciuto riguardo al principio di tassatività delle cause di esclusione in ordine

alle dichiarazioni cui è tenuta l'impresa partecipante: come, invero, si recentemente sottolineato (TAR Veneto, I, n. 456/2011), manca nel codice degli appalti una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione d'azienda (che comporta non già una successione a titolo universale, ma solo una successione nelle posizioni attive e passive tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica) antecedente alla partecipazione alla gara un obbligo specifico di dichiarazione relativamente ai requisiti soggettivi della cedente, in quanto l'art. 38 richiede il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali di partecipazione solo in capo al soggetto concorrente. In assenza di tale norma, pertanto, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente;

4.- analoghe considerazioni valgono anche in relazione al quarto motivo, ove la ricorrente incidentale evidenzia la mancata inclusione della ditta ausiliaria tra i soggetti garantiti dalla cauzione: nessuna disposizione della legge o del bando prevedeva l'obbligo di estendere la cauzione provvisoria ricomprendendo le imprese ausiliarie, né tale obbligo discende dall'art. 49 del DLgs n. 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori: ma allora, se lo stesso legislatore individua nell'impresa avvalente l'unico soggetto

titolare del contratto di appalto, risulta del tutto illogico affermare che l'onere cauzionale deve gravare (anche) su di un soggetto ulteriore e diverso, in ordine al quale rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo (ferma restando, come si è detto, la responsabilità solidale dell'ausiliario nei confronti dell'Amministrazione appaltante) (cfr. TAR Veneto, 10.1.2011 n. 12);

5.- l'ultima censura, infine, è infondata in fatto, come diffusamente argomentato nella (e documentato in allegato alla) memoria 29.10.2011 di Padova Tre srl, a cui si rinvia;

6.- che, dunque, per le considerazioni che precedono il ricorso incidentale è infondato e va respinto;

- quanto al ricorso principale:

che con sentenza 10.10.2011 n. 1509 questa sezione si è già occupata della questione relativa alla partecipazione di Società Igiene Territorio spa a procedure concorsuali per l'acquisizione di un servizio di raccolta e smaltimento rifiuti affermandone l'irritualità, in quanto la predetta società è espressione del Comune di Vicenza e gerente servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto e, quindi, incompatibile con la partecipazione a gare pubbliche per l'acquisizione di ulteriori servizi, ancorchè in ambiti diversi;

che ivi s'è osservato, né qui sussistono motivi per discostarsi dalle predette argomentazioni, come l'art. 23 bis, IX comma del DL n. 112/2008 – applicabile “ratione temporis” alla gara di cui si controverte (che peraltro, ancorchè abrogato con decorrenza dal

21.7.2011, è stato integralmente riproposto con l'art. 4, XXXIII comma del DL n. 138/2011, entrato in vigore il 13.8.2011 - vieta, nella sostanza, l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, in concessione o in appalto, alle società che già gestiscono servizi pubblici locali ad esse affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, anche per il tramite di società controllanti o da essa controllate;

che la "ratio" della predetta disposizione va ravvisata nell'esigenza di impedire alterazioni del mercato concorrenziale che deriverebbero dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di ulteriori servizi pubblici locali a quei soggetti che, in quanto già affidatari diretti di tali servizi, si trovano in una posizione di privilegio acquisita al di fuori dei meccanismi dell'evidenza pubblica;

che, in tale contesto, è affatto irrilevante la modalità di affidamento prescelta dalla stazione appaltante (appalto o concessione), atteso che il divieto posto dal legislatore riguarda genericamente "l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori";

che, peraltro, non v'è motivo per ritenere che le modalità di remunerazione delle attività, la bilateralità del rapporto e la mancanza dell'alea, pur idonee a far ascrivere la gara nella categoria dell'appalto anziché in quella della concessione, possano influire sulla natura delle prestazioni da svolgere: è evidente che anche in tal caso le attività affidate continuano a configurarsi quale servizio pubblico locale, essendo del tutto irragionevole ritenere che esse possano, al

contrario, perdere detta qualità in dipendenza della tipologia dell'affidamento (concessione o appalto);

che SIT spa, che svolge attualmente il servizio di raccolta dei rifiuti nella zona nord del bacino TV1 (servizio ottenuto senza l'espletamento di alcuna procedura concorsuale), è interamente controllata da AIM Vicenza spa, società a socio unico costituita dal Comune di Vicenza, a sua volta affidataria diretta di servizi pubblici locali da parte del Comune di Vicenza: circostanze, queste, che confermano come essa incorra nel divieto di cui all'art. 23-bis, IX comma del DL n. 112/2008;

che, ciò stante, il ricorso principale è fondato e va accolto, le spese potendo essere compensate in ragione della particolarità della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa reiezione del ricorso incidentale, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF, Estensore

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2011

IL SEGRETARIO

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