



REPUBBLICA ITALIANA

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 777 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Pizzamiglio Andrea Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Basile, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, via Morigi, 2/A;

contro

Unione dei Comuni Lombardi Terre Viscontee - Basso Pavese;

nei confronti di

Broni Stradella S.p.A. rappresentata e difesa dall'Avv. Sebastiano Filippo Zaffarana con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, viale Regina Margherita 30;

per l'annullamento

I) quanto al ricorso principale :

- della determinazione del Responsabile del Settore lavori pubblici ed ecologia dell'Unione di Comuni Lombarda Terre Viscontee Basso Pavese del 12 febbraio 2013, n. 34, conosciuta dalla ricorrente in data 21 febbraio 2013, avente ad oggetto "affidamento del servizio di gestione, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani. Approvazione verbali di gara ed aggiudicazione provvisoria";
- dei verbali della Commissione aggiudicatrice n. 1 del 9.1.2013, n. 2 del 21.1.2013, n. 3 del 30.01.2013, n. 4 del 5.2.2013, n. 5 del 5.2.2013;
- del conseguente provvedimento di aggiudicazione della gara in questione;
- degli atti presupposti e/o connessi;

con declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara d'appalto e a stipulare il relativo contratto previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altro soggetto; in subordine, per la condanna dell'intimata amministrazione al risarcimento danni.

II) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato il 25 giugno 2013:

- della determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici ed Ecologia dell'Unione di Comuni Lombarda Terre Viscontee -Basso Pavese del 12 giugno 2013, n.170, mai comunicata direttamente alla ricorrente, avente ad oggetto "procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani. Approvazione verbali di gara";
- dei verbali della Commissione giudicatrice, mai comunicati alla ricorrente né altrimenti conosciuti n. 6 del

27.05.2013, n. 7 del 04.06.2013, n.8 del 12.06.2013;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ad oggi sconosciuto alla ricorrente, e di ogni altro atto preordinato, conseguente e/o comunque connesso;

con declaratoria del diritto della ricorrente società a conseguire l'aggiudicazione della gara d'appalto e a stipulare il relativo contratto previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altro soggetto;

in subordine, per la condanna dell'intimata amministrazione al risarcimento danni;

III) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositati in data 9 luglio 2013:

della determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici ed Ecologia dell'Unione di Comuni Lombarda Terre Viscontee -Basso Pavese del 12 giugno 2013, n.170, dei verbali della Commissione giudicatrice, n. 6 del 27.05.2013, n. 7 del 04.06.2013, n.8 del 12.06.2013; mai comunicata direttamente alla ricorrente, nonché del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione del responsabile del Settore Lavori Pubblici ed Ecologia dell'Unione di Comuni Lombarda Terre Viscontee -Basso Pavese;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ad oggi sconosciuto alla ricorrente, e di ogni altro atto preordinato, conseguente e/o comunque connesso;

con declaratoria del diritto della ricorrente società a conseguire l'aggiudicazione della gara d'appalto e a stipulare il relativo contratto previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altro soggetto;

in subordine, per la condanna dell'intimata amministrazione al risarcimento danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

L'Unione dei Comuni Lombardi Terre Viscontee - Basso Pavese ha indetto una gara a procedura aperta per l'individuazione dell'operatore economico a cui affidare "la gestione del servizio di gestione, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani ed assimilati, con raccolta differenziata, pulizia pozzetti stradali, spazzamento meccanizzato e manuale delle strade comunali, trattamento rifiuti cimiteriali, gestione piazzole ecologiche e altri servizi accessori e trasporto ad impianto".

La gestione del servizio riguardava il territorio dei Comuni di Belgioioso, Torre dè Negri, Filighera e Linarolo.

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.

La Commissione nella prima seduta del 9 gennaio 2013 verificava l'integrità dei plichi pervenuti dalle due società partecipanti, la Pizzamiglio e la società Broni Stradella e disponeva la loro ammissione.

In detta sede la rappresentante della ricorrente chiedeva l'esclusione della società Broni Stradella, in applicazione all'art 13 del d.l. n. 233/2006, stante la natura di società a capitale misto pubblico/privato e la circostanza che fosse affidataria diretta di servizi di raccolta e trasporto RSU.

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

Al termine della gara, la società Broni Stradella risultava aggiudicataria del servizio, con un punteggio di 43/55 per

l'offerta tecnica e di 45/45 per quella economica (con un ribasso di 8,11%), mentre la società Pizzamiglio otteneva il punteggio di 37/55 per l'offerta tecnica e di 42,706/45 per quella economica (ribasso del 3,1745%).

Avverso gli atti della commissione aggiudicatrice e l'atto 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: la società Broni Stradella non poteva partecipare alla gara, in quanto ente strumentale delle amministrazioni locali;
- 2) violazione dell'art 8.9 del Disciplinare di gara, del punto III 2.1.3 del bando di gara e dell'art 42 comma 1, lett. h) del d. lgs. 163/2006 sotto il profilo della mancata disponibilità delle attrezzature tecniche richieste: il disciplinare richiedeva la "disponibilità almeno di una spazzatrice da 3 mc ed almeno di un mezzo per auto spurgo superiore a 10 tons", pena la esclusione; la aggiudicataria ha allegato un contratto di noleggio a caldo del mezzo autospurgo con la ditta Franzosi Ambiente s.r.l., contratto non idoneo a dimostrare il possesso del requisito richiesto;
- 3) violazione dell'art. 118 del d. lgs. 163/2006, nonché dell'art 25/A del Capitolato Speciale d'appalto sotto il profilo della illegittima qualificazione del contratto di noleggio a caldo tra Broni Stradella e Franzosi, essendo detto contratto riconducibile ad un subappalto;
- 4) violazione degli artt. 86 commi 3 bis e 3 ter e 87 comma 4 del d. lgs. 163/2006 sotto il profilo della mancata indicazione degli oneri relativi alla sicurezza: nell'offerta della società Broni Stradella non sono stati indicati gli oneri della sicurezza, ma sono stati considerati complessivamente, ai fini dell'applicazione del ribasso sul prezzo a base d'asta;
- 5) violazione degli artt. 86 commi 3 bis e 3 ter e 87 comma 4 del d. lgs. 163/2006, del bando, del disciplinare di gara e del capitolato generale, nonché dei principi in materia di sub procedimento di verifica dell'anomalia; violazione dell'art 3 L. 241/90; eccesso di potere per carenza dei presupposti e travisamento di fatto: l'offerta è stata ritenuta congrua, pur in assenza di alcune voci fondamentali.

Si è costituita in giudizio la società Broni Stradella S.p.A., chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ricorso incidentale, ha impugnato i verbali della commissione di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla gara, per i seguenti motivi:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art 8 punto 9 del disciplinare di gara, dell'art 212 del D. lgs. N. 152/2006 e degli artt. 11 e 12 D.M. n. 406/1998, artt. 42 e 48 comma 2 d. lgs. N. 163/2006, eccesso di potere per carenza istruttoria: la società Pizzamiglio non ha provato il possesso del prescritto requisito di avere nella disponibilità un mezzo per auto spurgo superiore a 10 tons;
- 2) violazione e falsa applicazione degli artt. 9.b.2 e c del disciplinare di gara, dell'art 32/a del capitolato speciale di appalto, degli artt. 86 e segg. del D. lgs. N. 163/2006, violazione della par condicio, eccesso di potere per carenza istruttoria e carenza dei presupposti, in quanto nell'offerta economica la Pizzamiglio ha indicato la restituzione del contributo CONAI al Comune di Torre dè Negri pari al 100%.

Con ordinanza n. 1499 del 31 ottobre 2012, la domanda cautelare veniva accolta, ritenendo non fondato il ricorso incidentale e fondato il motivo relativo alla mancata indicazione dei costi della sicurezza.

A seguito della richiesta di chiarimenti alla società Broni Stradella, la stazione appaltante, dopo aver esaminato la documentazione presentata, ha confermato l'aggiudicazione provvisoria a favore della odierna controinteressata.

Avverso i verbali della commissione e l'atto di aggiudicazione provvisoria, parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti, articolando le seguenti ulteriori censure:

- 6) illegittimità per violazione dell'ordinanza cautelare TAR Lombardia n. 5000/2013, la Commissione non si è limitata a compiere la valutazione richiesta, ma ha formulato una richiesta di integrazione dell'offerta, non ammissibile;

7) violazione del principio della par condicio, sotto il profilo della modifica dell'offerta economica: la stazione appaltante ha permesso una modifica dell'offerta;

8) violazione dell'art 87 comma 4, del d. lgs. 163/2006 sotto il profilo della inammissibilità di giustificazioni in merito agli oneri della sicurezza;

9) violazione dell'art 86 comma 3 ter del d. lgs. 163/2006, in quanto la norma non permette giustificazioni in merito agli oneri della sicurezza.

Con secondi motivi aggiunti, depositati in data 9 luglio 2013, parte ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, per i seguenti motivi:

10) illegittimità derivata dal procedimento di aggiudicazione definitiva in conseguenza della illegittimità della esclusione dalla gara della società ricorrente.

Anche rispetto ai motivi aggiunti si è costituita la società contro interessata, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza dell'8 ottobre 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) Oggetto del ricorso in esame è la gara di aggiudicazione del servizio di gestione, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani indetta dall'Unione dei Comuni Lombardi Terre Viscontee - Basso Pavese.

Il servizio è stato aggiudicato alla società Broni Stradella s.p.a., la quale ha presentato ricorso incidentale di natura paralizzante, che deve quindi essere esaminato con priorità, in quanto diretto ad evidenziare l'illegittimità degli atti di gara in ragione della mancata esclusione della società ricorrente e, pertanto, teso a porre in luce la carenza di interesse all'impugnazione in capo alla medesima, con conseguente carenza in radice dei presupposti per conseguire l'aggiudicazione dell'appalto (cfr. in argomento Consiglio Stato, Ad. Plen., 07 aprile 2011, n. 4).

Nel ricorso incidentale vengono articolate due censure, avverso l'ammissione alla gara della società ricorrente.

Nel primo motivo la ricorrente incidentale lamenta la violazione del disciplinare di gara (art 8 punto 9) nella parte in cui richiedeva, a pena di esclusione, la disponibilità di almeno un mezzo per auto spurgo superiore a 10 tons.

Secondo la ricorrente incidentale il parco mezzi indicato per l'espletamento del servizio non comprende un mezzo per auto spurgo con portata superiore a 10 tons né autorizzato al trasporto dei reflui prelevati.

Il motivo non è fondato.

Dall'esame della produzione documentale emerge infatti che la società Pizzamiglio ha provato in sede di gara di essere in possesso di un auto spurgo (mezzo targato EN957DP), dotato di un dispositivo di "scarramento e ribaltamento" di portata pari a 14,2 tonnellate, quindi superiore a quanto richiesto.

Sul dispositivo può essere installato alternativamente, una cisterna per raccolta di liquami ovvero un cassone con braccio meccanico per la raccolta rifiuti solidi urbani.

L'autocarro è idoneo quindi a svolgere il servizio di spurgo delle fosse biologiche, come confermato anche dal certificato dell'Albo nazionale dei gestori ambientali del 6 novembre 2013, da cui emerge l'abilitazione del mezzo alla raccolta di rifiuti identificati con codici 20.03.04 e 20.03.06 (fanghi delle fosse settiche e rifiuti della pulizia fognature).

La seconda censura verte invece sulla violazione delle disposizioni della lex specialis, (in particolare gli artt. 9.b.2 e c del disciplinare di gara e l'art 32/a del capitolato speciale), che stabiliscono che i corrispettivi erogati dal CONAI vengano trattenuti dalla ditta esecutrice dell'appalto a fronte dell'esecuzione di servizi accessori, indicati nel contratto.

La lex specialis prevede la possibilità che la ditta partecipante indichi la disponibilità alla restituzione del contributo al Comune nella misura del 20% a fronte della riduzione di voci di sconto o prestate gratuitamente al Comune.

La società Pizzamiglio ha manifestato la disponibilità a restituire il contributo CONAI al Comune di Torre dè Negri nella misura del 100%: questo violerebbe, secondo la ricorrente incidentale, le regole di gara, con conseguente inammissibilità dell'offerta.

Anche questo motivo non è fondato, per le ragioni rappresentate già in sede cautelare.

Si tratta, come già evidenziato, di una pattuizione secondaria, la cui assenza o non regolarità non è riconducibile ad una causa tipica di esclusione, fermo restando che l'amministrazione, in esercizio del dovere di soccorso, avrebbe potuto chiedere un chiarimento, dal momento che detta voce di offerta, proprio per la sua natura complementare, non incide in alcun modo sull'assetto ordinario dei rapporti.

Le ragioni sopra esposte portano a respingere il ricorso incidentale.

2) Si può quindi passare ad esaminare il ricorso principale e i motivi aggiunti.

2.1 Nel primo motivo del ricorso principale si prospetta un profilo di illegittimità della procedura di gara, nella parte in cui è stata ammessa alla gara la società Broni-Stradella; i successivi motivi sono invece articolati avverso l'offerta della aggiudicataria.

Come emerge dalla narrativa in fatto, in sede cautelare è stato ritenuto fondato il motivo relativo alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza (censura rubricata al n.4).

La Commissione si è riunita e ha integrato le operazioni di gara, esaminando le giustificazioni della società Broni Stradella e confermando quindi l'aggiudicazione.

Anche dopo l'attività integrativa della commissione, effettuata in ottemperanza all'ordinanza cautelare, sussiste l'interesse al ricorso principale, dal momento che il primo motivo è finalizzato ad ottenere l'esclusione dalla gara della società aggiudicatrice, mentre dall'accoglimento dei motivi successivi può discendere l'esclusione dell'offerta presentata.

La ricorrente può quindi ottenere la riedizione della gara ovvero, dopo, le dovute verifiche sulla sua offerta, l'aggiudicazione del servizio.

2.2 Il primo motivo del ricorso principale è finalizzato a fare valere la mancata esclusione della società Broni Stradella, in quanto detta società non avrebbe 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 la società Broni Stradella è società mista a prevalente capitale pubblico locale, destinata a gestire servizi pubblici locali, per cui è esclusa dal divieto sopra indicato.

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.

2.3 Nel secondo e nel terzo motivo parte ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'offerta, in quanto la società Broni-Stradella al fine di dimostrare il possesso del requisito della disponibilità di una spazzatrice da 3 mc e di un mezzo auto spurgo superiore a 10 tons ha prodotto un contratto di noleggio a caldo del mezzo.

L'art 8.9 del Disciplinare di gara richiede tra i requisiti di ammissione alla gara che le ditte attestino “di avere nella

disponibilità almeno una spazzatrice da 3 mc ed almeno un mezzo di spurgo superiore a 10 tons”, a pena di esclusione.

La ditta Broni Stradella, al fine di provare il possesso del requisito, ha allegato il contratto di noleggio a caldo del mezzo per auto spurgo con la ditta Franzosi.

In sede di gara la Commissione ha ritenuto che “trattandosi di nolo a caldo non costituisce subappalto e pertanto non viola l’art 25/A del capitolato Speciale d’appalto”, che precisa “non si considera subappalto la presa a noleggio di mezzi ed attrezzature, purchè l’uso venga effettuato da personale della ditta e sotto la piena responsabilità della ditta stessa”.

Parte ricorrente fa valere due profili di illegittimità: la disponibilità del mezzo è un requisito di capacità tecnica, per la cui dimostrazione è ammissibile ricorrere ad altro operatore, ma sempre nel rispetto delle regole di cui all’art 49 del d. lgs. 163/2006, cioè attraverso l’avvalimento.

Evidenzia poi la ricorrente che la stazione appaltante ha ritenuto che il contratto non rientrasse nella categoria del subappalto, richiamando l’art 25/A del capitolato speciale, ma la disposizione si riferisce al nolo a freddo, mentre nel caso di specie l’uso viene effettuato da personale della ditta proprietaria del mezzo noleggiato, per cui si realizza sostanzialmente un subappalto.

Il motivo è fondato.

La ricorrente ha ben posto due questioni e due profili conseguenti di illegittimità: la prima questione è se il nolo a caldo possa essere utilizzato per dimostrare il requisito di partecipazione, la seconda, se il nolo a caldo violi l’art 25/A del Capitolato.

Il contratto di "nolo a caldo" è caratterizzato dal fatto che il locatore mette a disposizione dell'utilizzatore non solo un macchinario (come nel "nolo a freddo"), ma anche un proprio dipendente con una specifica competenza nel suo utilizzo.

Il nolo, sia a caldo sia a freddo, ha trovato un’ampia applicazione negli appalti, per la convenienza degli imprenditori a disinvestire in macchinari di cui non fanno uso continuativo, ma solo saltuario.

Nel nostro ordinamento tuttavia non esiste la figura del noleggio come contratto tipico, (ad esclusione dell’art. 348 cod. nav., che disciplina il noleggio di una nave da parte di un armatore), per cui il nolo a caldo, così come quello a freddo, vengono ricondotti nell’alveo del contratto di locazione disciplinato dagli artt. 1571 c.c.

Nel caso di specie il bando richiede, quale requisito di ammissione alla gara (punto 8.9), la disponibilità di una spazzatrice da 3 mc e di un mezzo per auto spurghi superiore a 10 tons.

Richiedere la disponibilità del mezzo non implica che la società partecipante abbia la proprietà del mezzo, ma trattandosi di un requisito di ammissione, a riprova della capacità tecnica, il concorrente deve dimostrare di poter avere in dotazione il mezzo, per lo svolgimento del servizio e di svolgere direttamente, con proprio personale, detto servizio.

Come ha correttamente rilevato parte ricorrente, per la riprova del possesso del requisito, la partecipante poteva ricorrere all’istituto dell’avvalimento, mentre è ricorsa al nolo a caldo, sistema tuttavia che non comprova il possesso del requisito di partecipazione, cioè della capacità tecnica di svolgere il servizio di spurgo.

Anche il secondo profilo di illegittimità sollevato, circa la violazione del disciplinare, è fondata: la disposizione della lex specialis ammette il nolo a freddo, a riprova del requisito di partecipazione. Nel caso di specie la Commissione cade in una contraddizione laddove configura il contratto de quo come nolo a caldo, ma non ravvisa la violazione del disciplinare, che equipara il nolo a caldo al subappalto: come correttamente rilevato dalla ricorrente, il ricorso al nolo a caldo per partecipare alla gara comportava l’applicazione della disciplina del subappalto, anche nella fase della presentazione dell’offerta, pena l’impossibilità di ricorrere questo strumento nella

fase della esecuzione.

Va quindi accolto il motivo, con conseguente annullamento della determinazione del Responsabile del Settore lavori pubblici ed ecologia dell'Unione di Comuni Lombarda Terre Viscontee Basso Pavese del 12 febbraio 2013, n. 34, avente ad oggetto "affidamento del servizio di gestione, raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani. Approvazione verbali di gara ed aggiudicazione provvisoria", nella parte in cui non ha escluso dalla gara la società Broni-Stradella.

3) La fondatezza del motivo ora esaminato e la sua portata sostanziale, nonché la sua precedenza logica rispetto alle altre censure formulate, conducono, a ritenere assorbiti gli altri profili di illegittimità articolati con il ricorso principale.

La ricorrente ha chiesto la declaratoria del diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara d'appalto e a stipulare il relativo contratto previa dichiarazione di inefficacia del contratto.

La domanda di declaratoria non può essere accolta, in quanto l'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione non esaurisce, nel caso concreto, la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, che dovrà verificare la sussistenza dei requisiti per l'attribuzione del servizio in capo alla ricorrente.

Infine, deve essere dichiarata inammissibile la domanda volta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto, atteso che dalla documentazione prodotta dalle parti non risulta che il contratto di appalto sia stato stipulato, sicché essa risulta priva di un concreto oggetto e, quindi, non supportata da un attuale interesse.

4) L'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria ha effetto caducante rispetto agli atti successivi, quali gli atti di gara e l'aggiudicazione definitiva a favore della società Broni-Stradella, con la conseguenza che viene meno l'interesse all'esame dei motivi aggiunti, che vanno dichiarati improcedibili.

5) In definitiva, il ricorso incidentale è infondato e deve essere respinto, mentre la domanda di annullamento formulata nel ricorso principale è fondata e merita accoglimento, secondo quanto precisato in motivazione.

Va altresì respinta la domanda di accertamento del diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara, mentre la domanda volta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto va dichiarata inammissibile.

La particolare complessità delle questioni fattuali e giuridiche sottese ai ricorsi esaminati consente di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla la determinazione del Responsabile del Settore lavori pubblici ed ecologia dell'Unione di Comuni Lombarda Terre Viscontee Basso Pavese del 12 febbraio 2013, n. 34.

Respinge il ricorso incidentale.

Respinge la domanda di accertamento del diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara.

Dichiara inammissibile la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Dichiara improcedibili i motivi aggiunti.

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 e del 2 dicembre 2013, con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2014

IL SEGRETARIO

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