

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 9886/2007 proposto da IDRA PATRIMONIO SPA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Mario Viviani con domicilio eletto in Roma Lungotevere Flaminio n. 46 pl.IV/B, presso lo studio Grez;

contro

IMPRESA LUIGI GIUDICI SPA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv. Giuliano Bologna e Mario Lavatelli con domicilio eletto in Roma via Merulana n. 234, presso lo studio del primo;

IMPRESA RONZONI SRL, IMPRESA COSTRUZIONI CERRI SRL, ATI - ARTIFONI SRL, ATI - CEIS SRL, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituitesi;

COOPERATIVA SELCIATORI E POSATORI STRADE E CAVE SRL NO ATI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv. Diego Vaiano, Francesco Bellocchio e Giustino Ciampoli con domicilio eletto in Roma Lungotevere Marzio n. 3, presso lo studio del primo;

e nei confronti di

GIAVAZZI SRL, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia sede di Milano Sezione III, n.5849/2007, resa tra le parti,

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'8 luglio 2008 relatore il Consigliere Roberta Vigotti. Uditi gli avv.ti Viviani, Bologna, Ciampoli e Vaiano;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

**FATTO**

Idra Patrimonio s.p.a., società ad integrale capitale pubblico locale, proprietaria delle reti, impianti e dotazioni per lo svolgimento del servizio idrico integrato nel territorio di 37 comuni dell'area milanese, espone di essere impresa di costruzione qualificata per l'esecuzione di lavori per le categorie relative alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle reti e degli impianti e per il completamento degli stessi. Per l'esecuzione di tali lavori lo statuto della società prevede l'esecuzione diretta o tramite controllate, quale Idra s.p.a., il cui capitale è interamente posseduto da Idra Patrimonio, anch'essa qualificata per i lavori in questione. Tali lavori sono finanziati per il 70% dall'ATO (ambito territoriale ottimale) della provincia di Milano con erogazioni annuali la cui entità variabile non consente affidamenti separati con appalti oggetto di specifiche ed autonome procedure; l'unitarietà funzionale dell'intero sistema infrastrutturale e la sua stretta connessione con l'erogazione del servizio idrico integrato rendono necessario che l'intervento per manutenzioni, completamenti ed estensioni sia effettuato dal medesimo operatore, almeno per un consistente arco temporale.

In ragione di tali peculiarità, la società ricorrente ha dato vita ad una procedura finalizzata alla creazione di una entità ad hoc, facendo leva sulla nozione di partenariato pubblico privato e all'istituto dell'accordo quadro: con bando pubblicato sulla GUCE il 4 marzo 2005 e sulla GURI il 10 marzo 2005 ha pertanto indetto una licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 21 secondo comma legge n. 109 del 1994 (da determinarsi in base al prezzo offerto, al piano di gestione aziendale, all'ottimizzazione di ogni aspetto della gestione della società) per la "realizzazione dei lavori di manutenzione straordinaria, potenziamento ed estensione delle infrastrutture di proprietà e/o comunque strumentali al servizio idrico integrato", "mediante selezione di un soggetto imprenditore con il quale costituire una società a responsabilità limitata", specificando che tali lavori avrebbero avuto importo ciascuno inferiore a 3.000.000 euro, un costo complessivo annuale non superiore a 6.000.000 euro e massimo totale di 30.000.000 nel quinquennio. Il medesimo bando richiedeva, per la partecipazione, il possesso della qualificazione all'esecuzione dei lavori pubblici SOA, ai sensi del DPR n. 34 del 2000, per le categorie OG1, OG3, OG6, OG8 e OS24 e precisava che l'istituenda società, con il nome di Costruzion.e s.r.l. avrebbe avuto durata di cinque anni, con restituzione ai soci, all'atto dello scioglimento, della quota parte del capitale residuo versato.

Termini, modalità e contenuti per la presentazione delle offerte sono stati specificati con lettera di invito del 3 maggio 2005; all'incontro indetto per fornire eventuali chiarimenti, che si è tenuto il 18 maggio 2005, hanno partecipato numerose imprese, tra le quali la società Giudici in associazione temporanea con Costruzioni Cerri srl, ricorrente in primo grado; alle richieste di chiarimenti la società appellante ha dato tempestivo riscontro, in particolare precisando che "nei cinque anni di vita societaria Costruzion.e realizzerà tutti quei lavori che l'ATO della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali".

Entro il termine stabilito (27 giugno 2005) sono pervenuti i plichi di quattro associazioni temporanee di imprese, ma le società Luigi Giudici, Ronzoni e Costruzioni Cerri, che non avevano presentato offerta, hanno impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica il bando di gara, il disciplinare e la lettera di invito; il ricorso è stato trasposto davanti al TAR della Lombardia, a seguito dell'opposizione di Idra Patrimonio. Con ordinanza in data 17 novembre 2005 il TAR ha respinto l'istanza cautelare avanzata dalle ricorrenti e la commissione di gara, nella seduta del 7 dicembre 2005, ha proceduto alla valutazione delle offerte pervenute, giudicando la migliore quella dell'ATI con capogruppo Cooperativa Selciatori e Posatori; il verbale della seduta è stato approvato con deliberazione del 16 dicembre 2005 dal consiglio di amministrazione di Idra Patrimonio, la quale, con deliberazione n. 80 del 2005, ha approvato lo schema di statuto della nuova società, indicando quali soci le imprese aggiudicatrici e procedendo quindi alla costituzione della srl Costruzion.e.

In data 12 settembre 2006 Idra Patrimonio è stata informata dal dipartimento per le politiche comunitarie presso la presidenza del consiglio dei ministri dell'esistenza di un reclamo presentato alla commissione europea e relativo alla procedura di cui trattasi ed ha

quindi provveduto ad inviare alla commissione la documentazione richiesta, con i relativi chiarimenti, evidenziando in particolare che la procedura si poneva in linea con il modello di società mista ipotizzato nel libro verde re-relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla commissione eu-roepea a Bruxelles il 30 aprile 2004. La commissione, nella seduta del 21 marzo 2007, ha deciso di archiviare il reclamo.

Con sentenza del 10 ottobre 2007, il TAR ha invece accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati.

Ritenendo errata tale sentenza, Idra Patrimonio la impugna, evidenziando le seguenti censure:

Infondatezza dei motivi primo e quarto del ricorso, accolti dal TAR sul presupposto che l'operazione in esame si ponga in contrasto con il principio di tassatività e nominatività degli istituti e strumenti dell'ordinamento pubblico, anche di derivazione comunitaria e che non possa ammettersi che attraverso la società mista sia possibile dar corso all'esecuzione di lavori pubblici, per il cui affidamento è invece imposto l'espletamento di gare ad evidenza pubblica, non essendo la società a partecipazione mista espressamente contemplata dall'art. 10 legge n. 109 del 2004 tra i soggetti ai quali è possibile l'affidamento diretto di tali lavori, contrariamente a quanto previsto per i servizi pubblici. Nè, secondo il TAR, potrebbe trovare applicazione l'art. 113 comma 5 ter d.lgs. n. 267 del 2000, poiché il modulo operativo di cui trattasi non è riconducibile all'istituto delle concessioni di costruzione (neppure nella forma del partenariato pubblico-privato di tipo istituzionalizzato) o a quello dell'appalto di lavori; infine, neppure potrebbe essere invocato il modello dell'accordo quadro, difettandone i caratteri e la struttura tipici (in particolare, la sottoscrizione di una convenzione di carattere normativo cui conformare i successivi rapporti contrattuali). Tali argomentazioni sono in realtà basate sull'erroneo presupposto che l'amministrazione precedente abbia utilizzato lo schema della costituzione della società mista al fine di operare un affidamento in house alla società stessa dell'esecuzione di lavori pubblici, mentre scopo della procedura era l'affidamento di lavori strumentali al servizio idrico integrato, con l'effetto ulteriore che l'impresa aggiudicataria avrebbe acquisito la posizione di socio della costituenda società, effetto che non vale ad escludere la qualificazione dell'operazione come procedura ad evidenza pubblica diretta anche all'affidamento di un appalto di lavori. Con la gara per la scelta del socio veniva anche definito l'affidamento delle opere al socio operativo, conformemente a quanto richiesto dalla commissione europea per garantire la legittimità dell'affidamento diretto dei lavori alla costituenda società: la documentazione di gara consentiva, infatti, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, l'esatta individuazione dei lavori oggetto della procedura, soprattutto mediante la messa a disposizione del supporto informatico relativo allo stato di fatto della rete fognaria dei Comuni interessati e gli interventi in progetto, con relativi costi in preventivo e progettazione esecutiva. Si tratta, quindi, di un appalto disciplinato secondo lo schema dell'accordo quadro, figura della quale mutua la funzione di semplificazione della aggiudicazione di appalti seriali, secondo la definizione contenuta nella direttiva 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 5; inoltre, mancando

una definizione tassativa a livello europeo delle forme del partenariato pubblico privato, il TAR non ha avvertito che tale strumento può essere utilizzato anche per l'affidamento di un appalto di lavori, come ha chiarito la risoluzione del parlamento europeo n. 2006/2043. In realtà, lo schema operativo utilizzato si pone in linea con il libro verde presentato dalla commissione europea il 30 aprile 2004, essendo soddisfatta la condizione della completezza del bando al fine della non necessità di una ulteriore gara per l'affidamento dei lavori.

Quanto all'eccezione di inammissibilità dell'atto di opposizione ex art. 10 dpr n. 119 del 1971 proposto da Idra Patrimonio spa, sollevata in primo grado dalle ricorrenti, sul presupposto che tale società non sarebbe un ente pubblico: trattasi di eccezione che renderebbe il ricorso inammissibile, posto che comporterebbe la giurisdizione del giudice ordinario, ovvero l'incostituzionalità della norma epigrafata.

Inammissibilità per mancata notifica del ricorso di primo grado ad almeno un controinteressato, non ravvisata dal TAR che ha riconosciuto solo all'aggiudicatario del contratto la posizione di controinteressato nelle controversie inerenti a gara d'appalto pubblico, mentre, in realtà, rivestono tale ruolo tutte quelle imprese che hanno interesse al mantenimento del procedimento, imprese ben note alle ricorrenti in primo grado in quanto, tra l'altro, partecipanti all'incontro del 18 maggio 2005.

Inammissibilità per carenza di interesse, non avendo le ricorrenti presentato offerta e non essendo stati sottratti al mercato i lavori di cui trattasi: anzi, pur possedendo i requisiti necessari per eseguire i lavori, Idra Patrimonio ha offerto agli operatori del mercato la possibilità di realizzarli per il prossimo quinquennio. Di conseguenza, l'eventuale annullamento degli atti impugnati non comporterebbe l'obbligo di affidare mediante gara l'appalto dei lavori.

Inammissibilità della domanda subordinata di disapplicazione del bando di gara, che è atto non regolamentare.

In subordine: infondatezza del ricorso secondo quanto esposto sub 1) per quanto riguarda il primo e il quarto motivo. Inoltre

sul secondo, terzo, quinto, sesto, settimo, ottavo, nono, decimo, undicesimo, dodicesimo motivo: il modulo adottato rispetta l'art. 2 legge reg. n. 26 del 2003; l'art. 113 legge n. 267 del 2000 non trova applicazione, perchè riguarda la gestione delle reti o l'erogazione di servizi, mentre il comma 5 ter non limita i tipi contrattuali utilizzabili, ma conferma la necessità di esperire gare ad evidenza pubblica, come nella specie è avvenuto.

Le ragioni dell'iniziativa in discorso, che ha aperto e non chiuso il mercato, sono state compiutamente esternate; il 20% degli utili riservato al socio operativo rappresenta una remunerazione ulteriore rispetto al pagamento dei lavori secondo il prezzo offerto in gara; l'operazione presenta aspetti convenienti anche per l'amministrazione; l'esecuzione ad opera del socio di parte degli interventi che formano l'oggetto sociale risponde al modello del partenariato pubblico privato; la possibilità che l'atto costitutivo stabilisca l'obbligo dei soci di una società per azioni di eseguire prestazioni accessorie deriva dall'art. 2345 cod. civ.; dall'attestazione SOA di Idra Patrimonio spa e di Idra

spa e dal contratto di servizio tra le due si evince che sono sufficienti le iscrizioni delle società per far fronte alla qualificazione necessaria a realizzare i lavori in questione; i criteri definiti negli atti di gara garantiscono l'obiettività della scelta.

La società appellante conclude per la riforma della sentenza impugnata, con consequenziale rigetto del ricorso di primo grado. Hanno proposto appello anche le imprese che, riunite in ATI, sono risultate aggiudicatrici della gara, e che solo dalla notificazione del ricorso in appello hanno appreso dell'esistenza del ricorso di primo grado, deciso con la sentenza impugnata. Poiché tale decisione arreca un grave pregiudizio agli interessi delle vincitrici, esse, anche se non parti del giudizio di primo grado, la impugnano, sostenendone l'erroneità sotto profili sostanzialmente analoghi a quelli sopra illustrati.

Con ordinanza in data 22 gennaio 2008 l'istanza di sospensione della sentenza, proposta con entrambi gli appelli, è stata accolta.

All'odierna pubblica udienza l'appello è stato trattenuto in decisione.

#### **DIRITTO**

La questione posta all'attenzione di questo Consiglio riguarda la legittimità della procedura con la quale Idra Patrimonio s.p.a., società ad integrale capitale pubblico locale, proprietaria delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniali per lo svolgimento del servizio idrico integrato nel territorio di trentasette comuni dell'area del nord-est milanese, ha indetto gara ristretta per reperire, a livello europeo e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il socio privato di minoranza con il quale costituire una società a responsabilità limitata alla quale affidare, senza ulteriore gara, la realizzazione dei lavori di manutenzione straordinaria, potenziamento ed estensione delle infrastrutture di proprietà o comunque strumentali al servizio stesso.

I) Gli atti di tale procedura, ad iniziare dal bando di gara, sono stati impugnati da alcune imprese del settore che, pur non avendo presentato offerta benché invitate, ritengono di avere interesse a contestare il modulo stesso scelto dall'amministrazione aggiudicatrice per affidare l'esecuzione dei lavori, che li renderebbe indisponibili per il mercato e alla concorrenza per un quinquennio. L'amministrazione resistente, sia in primo grado che in appello, eccepisce invece l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, dal momento che essa stessa potrebbe eseguire i lavori direttamente, possedendo i requisiti necessari.

L'eccezione non può essere condivisa: l'interesse delle ricorrenti interseca precisamente l'atto di indizione della gara, perché è al modulo prescelto dall'amministrazione che esse riferiscono l'esclusione lamentata, e che esse rifiutano, ritenendolo lesivo: ne deriva che, come hanno rilevato i primi Giudici, il ricorso è stato esattamente indirizzato avverso il bando, inteso come manifestazione della scelta e a prescindere dalla sua concreta espansione procedurale, senza che assumano rilevanza la mancata presentazione di offerta e la possibilità, per Idra Patrimonio, di eseguire direttamente le opere di cui trattasi.

Ulteriore conseguenza dell'esatta individuazione dell'interesse fatto valere e dell'oggetto del giudizio è l'infondatezza anche dell'eccezione di inammissibilità per

mancata notificazione ad almeno un controinteressato, e di quella, sostenuta dalle ditte che, in raggruppamento temporaneo, hanno vinto la gara, di improcedibilità per omessa impugnazione dell'aggiudicazione. Una volta chiarito che il senso del ricorso è da ricondurre alla contestazione dello stesso schema operativo con il quale l'amministrazione intende assolvere i propri compiti, l'emergere di posizioni di controinteresse e l'esito della procedura si situano in un momento successivo ed eventuale, necessariamente ininfluenza sull'interesse tempestivamente azionato.

Per esaurire l'ambito delle eccezioni preliminari, il Collegio deve ancora esaminare quella relativa alla pretesa inammissibilità dell'atto di opposizione ex art. 10 dpr n. 1199 del 1971 proposto da Idra Patrimonio, eccezione svolta dalle ricorrenti in primo grado e respinta dal TAR.

L'eccezione è palesemente infondata ed è smentita dallo stesso comportamento processuale delle parti ricorrenti, che hanno proposto il gravame proprio sul presupposto della qualità di ente pubblico della amministrazione procedente, della quale, del resto, è indubitabile la funzione di amministrazione aggiudicatrice e la natura di organismo di diritto pubblico. Ad Idra Patrimonio, pertanto, nello specifico settore di competenza, appartengono tutte le facoltà e i diritti propri delle pubbliche amministrazioni procedenti, ivi compresi quelli inerenti il diritto di difesa in giudizio, tra i quali quello previsto dalla norma richiamata.

II) Le eccezioni di rito, proposte in primo grado e riproposte in appello da entrambe le parti, sono quindi infondate, e può passarsi, pertanto, all'esame del merito del ricorso.

L'argomento della possibilità, per l'amministrazione pubblica, di avvalersi del modello organizzativo della società mista per l'espletamento dei compiti di istituto è stato oggetto, negli ultimi tempi, di elaborazione giurisprudenziale in sede sia comunitaria che nazionale.

In particolare, con il parere della seconda Sezione di questo Consiglio di Stato n. 456 del 18 aprile 2007 e con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008, sono state indagate le condizioni alle quali è subordinata la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società.

A tale proposito, è stata posta in luce la differenza tra la società in house e la società mista, laddove la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione "dal punto di vista sostantivo" (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, in cui il socio privato sia scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.

III) Il caso di specie, nel quale una amministrazione aggiudicatrice indice una gara per reperire il socio privato (operativo) di minoranza, si inserisce nel paradigma della creazione di una società mista: irrilevanti, pertanto, sono gli accenni, contenuti negli atti di causa, a forme diverse quali o più generali, quali il partenariato pubblico privato (che è figura ampia, nella quale rientra qualsiasi collaborazione tra ente pubblico e soggetto privato, anche

sotto forma di concessione) ovvero l'accordo quadro, di cui alla direttiva 93/38 CE, che postula la fissazione di regole generali di realizzazione di un programma e le modalità di determinazione di successivi rapporti negoziali, ma non la creazione di una specifica e apposita società.

Come si è detto, la giurisprudenza che si è formata sul tema che ci occupa ha riferimento a casi di affidamento della gestione di un servizio pubblico: nel caso in esame, sia pure nella non sufficiente chiarezza circa l'attività oggetto della gara, pare che la costituenda società debba essere affidataria non del servizio o di parte di esso, ma del compito inerente la manutenzione e l'adeguamento della rete idrica (secondo quanto si legge nella documentazione di gara).

Comunque, come rileva il citato parere della seconda Sezione, il modello delle società miste è previsto in via generale dall'art. 113 comma 5 lett. b) d.lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269 del 2003 e dalla relativa legge di conversione, n. 326 del 2003, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. E che tale modello valga anche al di fuori del settore dei servizi, lo si evince dall'art. 1 comma 2 e dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica.

IV) Condizione perché possa essere ritenuto legittimo il ricorso alla scelta del socio, al fine della costituzione di una società che divenga affidataria dell'esecuzione dell'opera senza necessità di gara, è, secondo il predetto parere, che attraverso la procedura non si realizzi un affidamento diretto alla società mista, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo. Il modello, in altre parole, trae la propria legittimità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio.

La illegittimità della procedura esperita da Idra Patrimonio nel caso di specie, allora, non risiede, come ha ritenuto il Tar nella sentenza impugnata, nel "contrasto della forma di società delineata con il principio di nominatività e tassatività degli istituti e degli strumenti dell'ordinamento pubblico, anche di derivazione comunitaria", che, invece, conosce da tempo tale modulo operativo, ma nella indeterminatezza dei compiti che la nuova società sarà chiamata ad assolvere, in definitiva nella mancata identificazione dei concreti compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio. Come si è già accennato, infatti, gli atti di gara non identificano con sufficiente precisione le opere oggetto dell'appalto, limitandosi la stazione appaltante a indicare gli importi e i costi in termini di massima e a precisare che la società avrebbe dovuto realizzare "tutti quei lavori ...che l'ATO della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali". La scelta del socio, ancorché selezionato con gara, non avviene dunque per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di lavori non ancora identificati al

momento della scelta stessa: tale circostanza rende di per sé illegittimo l'affidamento diretto dell'esecuzione dei lavori, secondo il modulo delineato con i contestati provvedimenti.

Sul piano sostanziale, può essere ancora aggiunto che la riscontrata illegittimità non riposa solamente su un motivo formale, ma trova corrispondenza sulla distorsione della concorrenza che concretamente ne deriva: è infatti evidente che la scelta di assumere l'incarico operativo per l'esecuzione di lavori indeterminati ma di rilevanti importi, e per la durata di un quinquennio, è di per sé discriminante in danno delle imprese di piccole dimensioni, che ben potrebbero, invece, concorrere per singoli lavori, di portata più limitata e ben precisata.

L'appello principale e quello proposto sotto forma incidentale dalle imprese sostanzialmente controinteressate in primo grado devono dunque essere respinti, mentre la sentenza impugnata deve essere confermata, sia pure con diversa motivazione.

Le spese del grado possono essere compensate tra le parti in causa, in ragione della complessità e della novità delle questioni trattate.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge gli appelli e, per l'effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza appellata.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, l'8 luglio 2008 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Domenico Cafini	Consigliere
Roberto Garofoli	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere
Roberta Vigotti	Consigliere est.

**Presidente**

**GIUSEPPE BARBAGALLO**

**Consigliere**

**ROBERTA VIGOTTI**

**Segretario**

**ALESSANDRA LENTI**