TAR Sardegna, Sezione I, 11 luglio 2008 n. 1371

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA - SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

OMISSIS

FATTO

1. – La società cooperativa C. C., anche quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con la mandante P. s.r.l. (d'ora in avanti: ATI C. C.), ha partecipato alla procedura per l'individuazione del soggetto promotore di una proposta di project financing, indetta ai sensi dell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), dall'Organismo di Bacino n. 24 costituito per lo sviluppo della rete di distribuzione del metano in Sardegna, ai sensi della delibera di Giunta Regionale n. 54/28 del 22 novembre 2005. Oggetto dell'intervento è la realizzazione della rete gas metano e del cavidotto multiservizi nei centri abitati, nelle aree commerciali e nelle aree produttive di sei dei sette comuni facenti parte del bacino n. 24. Hanno partecipato alla procedura anche la società F. 2000 s.p.a. e l'A.T.I. costituenda tra A. s.p.a. (mandataria), A. s.p.a. e C. s.p.a. in qualità di imprese mandanti (d'ora in avanti: ATI A.).

Nominato un gruppo di valutazione, al termine dei lavori è stata redatta una relazione conclusiva nella quale la proposta dell'ATI A. è stata indicata come la più idonea e rispondente al pubblico interesse.

Con deliberazione n. 3 del 21 novembre 2007, l'assemblea dei Sindaci dell'Organismo di Bacino n. 24 ha individuato la proposta dell'ATI A. come «l'unica idonea e rispondente (al pubblico interesse) in termini progettuali, economico finanziari, di funzionalità e di fruibilità dell'opera».

2. - Con il ricorso, regolarmente notificato e depositato, l'ATI C. C. chiede l'annullamento degli atti indicati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto.

A) Vizi relativi alla mancata esclusione dell'offerta dell'ATI A.:

1° Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, in base al quale la società A. doveva essere esclusa dalla procedura in quanto società a capitale prevalentemente pubblico, costituita e partecipata da amministrazione comunali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti.

2° Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, commi 2, 3 e 4, del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto

2006, n. 248; norme che, imponendo alle società a capitale misto pubblico-privato, quale la A., di avere oggetto sociale esclusivo (comma 2) e prevedendo che i contratti conclusi dalle predette società «dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli», mentre «restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data» (comma 4), comportano l'esclusione dalle gare delle società componenti l'ATI A., aventi oggetto sociale promiscuo, fino alla modifica di tale oggetto, in quanto i contratti eventualmente conclusi sarebbero nulli.

3° Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, interpretato nel senso (accolto da TAR Lombardia n. 1373/2007) che il divieto di partecipare alle gare, riguardante le società miste, opera anche nei confronti dell'oggetto della gara, che deve essere limitato ai servizi pubblici locali, mentre nel caso di specie il promotore finanziario deve eseguire anche i lavori di costruzione della rete gas.

4° Violazione dell'art. 14, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 e falsa applicazione dell'art. 15, commi 5, 7 e 10, del medesimo d.lgs., il quale esclude dalla partecipazione alle gare per l'individuazione del soggetto gestore del servizio di distribuzione del gas le società, come la A. e la A., che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica.

5° Eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, in quanto il gruppo di valutazione non ha motivato in ordine alla dovuta dimostrazione da parte dell'ATI A. dell'assenza di un conflitto tra l'impegno connesso alla gara e il vincolo funzionale nei confronti degli enti pubblici che controllano l'A. e la A..

B) Vizi relativi alla procedura di valutazione delle offerte:

6° Difetto di motivazione e contraddittorietà tra giudizi.

7° Eccesso di potere sotto diversi profili.

3. - Per resistere al ricorso si sono costituiti sia l'Organismo di Bacino n. 24 sia l'ATI A. che, con articolate memorie, hanno chiesto che il ricorso sia respinto in quanto infondato.

4. - Con ordinanza di questa Sezione n. 126 del 12 marzo 2008, è stata fissata, ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034/1971, l'udienza di discussione del merito.

5. - In vista dell'udienza di discussione, le controparti hanno depositato ulteriori scritti difensivi con i quali hanno illustrato le rispettive posizioni.

6. - All'udienza pubblica del 14 maggio 2008 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Con i primi tre motivi, la ricorrente ATI C. C. deduce la violazione dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, sotto diversi profili. Si giustifica, pertanto, una loro trattazione comune che muova dai contenuti normativi ricavabili dalla lettura della disposizione in questione.

1.1. – Secondo il comma 1 dell'art. 13 cit. «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 (…) devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara (…)». Il divieto trova un completamento, sul piano della disciplina, nel comma 2 dell'art. 13, che impone alle medesime società di prevedere un oggetto sociale esclusivo; e una sanzione specifica nella previsione del comma 4 dell'art. 13, che qualifica nulli i contratti conclusi dalle società di cui trattasi in violazione delle norme appena riassunte (facendo salvi solo quei «contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto … in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data»).

Da una lettura congiunta delle disposizioni dell'art. 13 cit., sembra sufficientemente chiaro che le società miste che hanno come oggetto sociale le attività indicate nel comma 1 dell'art. 13 non possono partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Si deve inoltre ritenere che anche le società miste che hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali, pur non rientrando in via diretta nell'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 13, devono avere oggetto sociale esclusivo. Se, infatti, sono assoggettate a tale prescrizione le società di cui al comma 1, ossia le società che svolgono (attività di produzione di beni e) servizi strumentali, le quali pertanto non possono comprendere nel loro oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici locali, ne deriva come conseguenza che anche le società miste, le quali intendano dedicarsi alla gestione di questi ultimi, devono prevedere quale loro oggetto sociale esclusivo la gestione dei servizi pubblici locali.

Del resto, ove non si ritenga condivisibile tale soluzione interpretativa, occorrerebbe ammettere che il divieto introdotto dal comma 1 dell'art. 13 sarebbe inapplicabile in tutte le ipotesi di società miste che nel loro oggetto sociale abbiano incluso sia servizi strumentali che servizi pubblici locali. In tale prospettiva, la semplice presenza di tale ultima attività renderebbe operante l'eccezione al divieto (di cui all'inciso «con esclusione dei servizi pubblici locali»).

Ma questa appare una lettura inaccettabile poiché priva la disposizione in esame di qualsiasi significato normativo, mentre un noto principio in tema di interpretazione delle leggi impone all'interprete, prima di giungere ad una tale soluzione, di ricercare (anche attraverso gli argomenti dell'interpretazione secondo le

intenzioni del legislatore, dell'interpretazione teleologica e dell'interpretazione sistematica) un significato dell'enunciato che gli attribuisca un contenuto normativo. In tal senso, l'interpretazione secondo la quale alle procedure di gara pubbliche (indette da soggetti diversi da «gli enti costituenti o partecipanti o affidanti») non possono partecipare né le società miste che hanno come oggetto sociale (esclusivo) i servizi strumentali (sulla cui nozione si condivide quanto precisato in T.A.R. Lazio, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192) né le società miste che hanno come oggetto sociale sia servizi strumentali che servizi pubblici locali, trova sostegno nell'argomento teleologico (ossia dei fini che la disposizione legislativa intende perseguire, e che la medesima disposizione espressamente indica). Le società in questione, in effetti, per il fatto della presenza di soggetti pubblici nella struttura della partecipazione societaria, sono ritenute in grado di provocare quelle «alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di (alterare) la parità degli operatori», che le norme di cui all'art. 13, commi 1 e 2, citt., intendono evitare.

1.2. - Nel caso di specie, come risulta dagli atti acquisiti al giudizio, sia l'A. che l'A. svolgono entrambe le attività. Limitandosi all'esame dell'oggetto sociale della A., emerge come in esso siano previste – accanto allo svolgimento di servizi pubblici locali (quale quello della distribuzione del gas) – anche altre attività che hanno natura diversa: i "servizi informatici, con particolare riferimento alla informatica territoriale"; le " attività di consulenza tecnica, amministrativa, gestionale, progettazioni e studi di fattibilità, direzione lavori connesse al profilo delle competenze aziendali"; le "fasi di progettazione, costruzione ed esercizio degli impianti sia propri che di terzi".

Inoltre, sussiste l'altro elemento richiesto dall'art. 13, vale a dire la partecipazione pubblica al capitale sociale, che nel caso della A. si concreta nella titolarità delle azioni, in misura maggioritaria, da parte di numerose amministrazioni locali.

In conclusione, la situazione societaria della A. rientra nell'ambito di applicazione del divieto previsto dal più volte citato art. 13, con la conseguenza che la stazione appaltante ha illegittimamente ammesso la proposta presentata dall'ATI A..

2. - Con il quarto motivo si censurano i provvedimenti impugnati per la violazione dell'art. 14, comma 5, e dell'art. 15, commi 5, 7 e 10, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164.

Il motivo è fondato.

2.1. - L'art. 14, dopo aver stabilito (al comma 1) che «L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni» , al comma 5 prevede che alle procedure di affidamento del servizio non possano partecipare le «società (…) che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione euroP., gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica». L'art. 15, comma 10, del d.lgs. n. 164/2000, consente la partecipazione alle gare delle predette

società solo nel corso del periodo transitorio disciplinato dai commi 5 e 7, del citato art. 15. Periodo che, salve le ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), del comma 7 dell'art. 15 cit., si è concluso alla data del 31 dicembre 2005.

Pertanto, scaduto il periodo transitorio, la prescrizione contenuta nel comma 5 dell'art. 14 riprende interamente la sua estensione, imponendo l'esclusione dalle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas delle società che gestiscono servizi pubblici locali affidati con procedure non ad evidenza pubblica.

2.2. - Applicando le regole appena esposte alla fattispecie concreta, di cui al ricorso in esame, dalla documentazione versata in atti deve rilevarsi che la società A., al momento della indizione della procedura di project financing da parte dell'Organismo di Bacino n. 24, era titolare di contratti per lo svolgimento di servizi pubblici locali affidati senza una previa gara pubblica, e dunque per affidamento diretto. In particolare, la società risultava affidataria del servizio di distribuzione del gas e del servizio idrico integrato del Comune di Carpi (cfr. deliberazioni del Consiglio Comunale di Carpi, n. 373 e 374 del 6 dicembre 2000, nonché la deliberazione della Giunta Comunale di Carpi del 27 novembre 2003, n. 248). Trattandosi di affidamenti diretti di servizi pubblici locali intervenuti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 164/2000, non trova applicazione il regime transitorio cui si è fatto cenno sopra.

Pertanto, l'ammissione alla procedura di che trattasi dell'ATI A. è illegittima anche sotto il profilo della violazione del divieto di partecipazione previsto dall'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000.

2.3. - La difesa dell'ATI A., con la memoria depositata il 6 maggio 2008, contesta tali conclusioni sotto due profili. In primo luogo, il divieto di cui all'art. 14, comma 5, sarebbe riferibile esclusivamente alle gare in senso proprio e non anche alle procedure di selezione della proposta del promotore finanziario, quale quella oggetto del ricorso in esame. In secondo luogo, il divieto di partecipazione riguarderebbe solo le gare di affidamento dei servizi pubblici, non le procedure di concessione e gestione, in cui la gestione del servizio costituisce il corrispettivo per la realizzazione delle opere necessarie alla erogazione delle prestazioni ma non è l'oggetto del contratto.

Gli argomenti esposti non sono condivisibili. Per quanto concerne il primo di essi, deve osservarsi che anche il sistema del project financing ha come esito finale la individuazione del contraente, e, sotto questo profilo, non si differenzia dagli altri sistemi di selezione e di affidamento di contratti pubblici.

Inoltre, l'art. 14, comma 5, cit. – al pari dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006 - ha come finalità la tutela della concorrenza, segnatamente nel settore di mercato della distribuzione del gas. Non detta semplicemente una regola di disciplina del procedimento di aggiudicazione del servizio, ma - attraverso il divieto di partecipazione, il quale è solo lo specifico mezzo formale tipicamente idoneo ad assicurare il risultato finale perseguito - vuole conseguire l'effetto di evitare la costituzione di posizioni dominanti da parte di società che, beneficiando di affidamenti senza gara, partono da una

indubbia posizione di vantaggio rispetto agli altri soggetti economici.

Quest'ultima considerazione vale anche nei confronti dell'altro rilievo sollevato dalla difesa della controinteressata. La circostanza che, nel caso di specie, si tratti di una procedura che si conclude con la stipula di una concessione che ha per oggetto sia la costruzione che la gestione, non è decisiva poiché il risultato finale cui si perviene è rappresentato dall'affidamento del servizio a società che gestisce servizi pubblici locali in virtù di affidamenti diretti. Il che, come già rilevato, è in contrasto con l'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000.

3. - L'accoglimento delle censure sinora esaminate, tenuto conto di quanto precisato dalla ricorrente ATI C. C., sull'interesse precipuo della stessa all'esclusione dell'unica offerta risultata idonea (quella della controinteressata ATI A.), giustifica il conseguente assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso.

4. – Il ricorso, in definitiva, è fondato, con il conseguente annullamento degli atti impugnati. Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Per Questi Motivi

Il Tribunale Amministrativo per la Sardegna, Sezione Prima, pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Organismo di Bacino n. 24 e le società A. s.p.a., A. s.p.a. e C. s.p.a. al pagamento, a favore della società ricorrente, delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 10.000,00 (eurodiecimila), di cui € 5.000,00 a carico dell'Organismo e € 5.000,00 a carico delle società controinteressate.

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

Così deciso in Cagliari, nella camera di consiglio del 14 maggio 2008, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, con l'intervento dei signori:

Paolo Numerico Presidente

Silvio Ignazio Silvestri consigliere

Giorgio Manca Referendario – estensore.