Consiglio di Stato, Sez. V, 1 febbraio 2010 n. 417

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale(Sezione Quinta)ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 408 del 2009, proposto da:
A. S.p.A. in P. e Q. Mandataria Ati, rappresentato e difeso dagli avv. C. M., C. O., con domicilio eletto presso G, M, G, in Roma, c.so V. Emanuele II N. 18; Ati – A, S.p.A. e in Proprio, Ati – C, S.p.A. e in Proprio, Ati – S. S.p.A. e in Proprio;

contro

F. 2000 S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. E. C., con domicilio eletto presso A. De A. in Roma, via Portuense 104;
nei confronti di
O. di B. N. 2, Comune di A., Comune di B., Comune di C., Comune di L.; Comune di T., rappresentato e difeso dagli avv. R. P., S. S., con domicilio eletto presso A. De A. in Roma, via Portuense N. 104;
Sul ricorso numero di registro generale 530 del 2009, proposto da:
F. 2000 S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. E. C., con domicilio eletto presso A. Studio De A. in Roma, via Portuense, 104;

contro

Organismo di Bacino N. 2, Settore Tecnico del Comune di T. P., Comune di B., Comune di A., Comune di C., Comune di L.; Comune di T. P., rappresentato e difeso dagli avv. R. P., S. S., con domicilio eletto presso A. De A. in Roma, via Portuense N. 104;

nei confronti di

Ati A. Spa – A. Spa – C. Spa – S. Spa, S. Spa, Respons. Uff. Tecnico Com. di A. (Geom. Pasquale Brundu); A. Spa, A. (A. M. C.) Spa, C. Spa, rappresentati e difesi dagli avv. C. M., C. O., con domicilio eletto presso G. M. G. in Roma, corso V. Emanuele II, N.18;

per la riforma

quanto al ricorso n. 408 del 2009:
della sentenza del Tar Sardegna - Cagliari - 1^ Sezione n. 01781/2008, resa tra le parti, concernente PROCEDURA PROJECT FINANCING PER GESTIONE DISTRIBUZIONE GAS.
quanto al ricorso n. 530 del 2009:
della sentenza del Tar Sardegna - Cagliari - 1^ Sezione n. 01781/2008, resa tra le parti, concernente PROCEDURA PROJECT FINANCING PER GESTIONE DISTRIBUZIONE GAS.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2009 il Consigliere Marco Lipari e uditi i difensori delle parti come da verbale di udienza;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I due ricorsi, proposti contro la stessa sentenza devono essere riuniti.
È opportuno riassumere i tratti essenziali della vicenda sostanziale e processuale all'origine del presente giudizio di appello.
Con avviso pubblicato in data 30 ottobre 2006, l'O. di B. n. 2 ha avviato la procedura per la presentazione di proposte dirette alla progettazione, realizzazione e gestione distribuzione del gas, con il sistema del project financing di cui agli articoli 152 ss. del D.lgs. N. 163/2006, nei comuni appartenenti all'O.. La ricorrente in primo grado F. 2000 S.p.A. ha partecipato alla procedura presentando una propria proposta di project financing.
L'amministrazione appaltante ha nominato una Commissione Tecnica, che nella seduta del 12 giugno 2007 ha indicato nella proposta presentata dalla costituenda A.T.I. tra le società A. (capogruppo) e C. s.p.a. – A. s.p.a. – S. s.p.a. (mandanti), quella più rispondente al pubblico interesse. L'indicazione è stata successivamente fatta propria dalla Conferenza di Bacino n. 2 (verbale della seduta del 20 giugno 2007, n. 4) e dal dirigente del Settore Tecnico del Comune di T. P. con l'impugnata determinazione n. 560 del 25 giugno 2007.
2. - Con il ricorso notificato il 9 ottobre 2007 e depositato il successivo 15 ottobre, avverso gli atti impugnati la ricorrente F. 2000 s.p.a. deduce i seguenti motivi:
1° Violazione di legge ed eccesso di potere per erroneo presupposto di fatto e di diritto, in quanto nell'impugnato avviso pubblico si prevede che "l'Organismo di Bacino … individuerà, a suo insindacabile giudizio, la proposta da mettere in gara", previsione sicuramente in contrasto con gli artt. 24 e 113 Costituzione.
2° Violazione di legge ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, ed erroneo presupposto di fatto e di diritto. Ad avviso della ricorrente, la Commissione, prima di ammettere alla procedura la società mista A. s.p.a., capogruppo della costituenda A.T.I. controinteressata, avrebbe dovuto verificare il rispetto dei principi in materia di attività extraterritoriale consentita alle società pubbliche o miste. da ciò il lamentato difetto di istruttoria. Inoltre deduce la violazione dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164 del 2000, che preclude la partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione gas "delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, 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", in quanto sia l'A. s.p.a. che l'A. s.p.a. sarebbero affidatarie di servizi pubblici locali, affidamento non preceduto da gara ad evidenza pubblica.
3° Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, erronea ponderazione di interessi, con riferimento alle valutazioni tecniche della commissione giudicatrice in merito al progetto presentato da F. 2000.
4° Violazione di legge. Contraddittorietà tra atti del procedimento. Violazione dei principi comunitari e nazionali in tema di trasparenza amministrativa e di partecipazione delle ditte concorrenti ai procedimenti ad evidenza pubblica. Violazione dell'art. 97 della Costituzione e del canone del giusto procedimento. Eccesso di potere. Sviamento. Illegittimità derivata.
La società ricorrente premette, in linea di fatto, di non avere ricevuto alcuna notizia sugli sviluppi del procedimento, dopo la presentazione della proposta. Da tale circostanza induce che la

stazione appaltante non abbia effettuato in seduta pubblica l'apertura dei plichi degli offerenti contenenti la documentazione, in violazione dei principi di trasparenza e pubblicità della gara che, con riferimento alla fase di verifica della ammissibilità delle offerte, riguarda ogni tipo di gara.
5° Violazione di legge. Disparità di trattamento. Eccesso di potere per erroneo presupposto di fatto e diritto. Difetto di istruttoria. carenza di ponderazione d'interessi e di motivazione. Illogicità manifesta. Con riguardo ai componenti della commissione tecnica nominata per l'esame delle proposte, la società ricorrente sostiene che, tranne un commissario in possesso della qualifica di ingegnere, gli altri "non vantano titoli di studio e/o l'acquisizione di apposita professionalità nello specifico settore".
3. - Con atto depositato il 7 maggio 2008, si sono costituiti in giudizio l'O. di B. n. 2 e il Comune di T. P., che, con articolate memorie, hanno chiesto che il ricorso sia respinto in quanto infondato.
4. - Per resistere al ricorso si sono costituite anche le società controinteressate, chiedendo che il ricorso sia respinto in quanto infondato. Hanno, inoltre, proposto ricorso incidentale per l'annullamento degli atti della procedura selettiva nella parte in cui non prevedono l'esclusione della società F. 2000 s.p.a. e dell'offerta da essa presentata, con particola riferimento:
- al verbale della commissione tecnica in data 11 gennaio 2007 (nella parte in cui viene disposta la richiesta di documentazione integrativa alla società F. 2000 s.p.a.);
- alla comunicazione del responsabile del procedimento prot. n. 607 del 12 gennaio 2007 (con cui viene assegnato il termine di 15 giorni per "eventuali integrazioni" della proposta);
- al verbale della commissione tecnica del 12 giugno 2007 (nella parte in cui viene sottoposta a valutazione l'offerta di F. 2000 s.p.a. integrata fuori termine);
- al verbale della Conferenza di Bacino del 20 giugno 2007, n. 4 (nella parte in cui non viene disposta l'esclusione di F. 2000 s.p.a. dal procedimento di selezione).
Nei confronti di tali atti vengono dedotti i seguenti motivi:
I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 74 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 81 del R.D. n. 827/1924; eccesso di potere per erronea supposizione, in quanto l'offerta della F. 2000 risulta presentata da soggetto privo dei relativi poteri rappresentativi. La procura notarile conferita dal legale rappresentante al sig. C. non conferisce il potere di esprimere la volontà negoziale di partecipare alla procedura di selezione e di formulare la relativa proposta.
II) Violazione delle prescrizioni della lex specialis inerenti ai soggetti che possono partecipare alla procedura; violazione degli artt. 153 e 40 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 99 del DPR n. 554/1999 e del DPR n. 34/2000 in tema di partecipazione, di requisiti del promotore e di qualificazione per eseguire i lavori pubblici; violazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 90 del d.lgs. n. 163/2006 sulla progettazione e dell'art. 53 del DPR n. 554/1999 in relazione ai requisiti delle società di ingegneria. Sostengono le società controinteressate che la società Fiamma 2000 s.p.a. non poteva partecipare alla procedura di selezione del promotore finanziario in quanto non rientra tra i soggetti indicati negli articoli 34 e 90 del codice dei contratti, applicabili al project financing e richiamati dalla lex specialis, in relazione a quanto previsto dall'art. 40 del codice che impone il possesso di adeguata qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici. Qualificazione non posseduta da F. 2000 s.p.a.; né possiede i

requisiti prescritti dall'art. 99, commi 1 e 2, del D.P.R. n. 554/1999 (in specie: l'aver partecipato, negli ultimi tre anni, "alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta");
III) Violazione e falsa applicazione delle prescrizioni della lex specialis e dell'art. 153 del D.lgs. n. 163/2006 sul contenuto essenziale della proposta; lesione della par condicio; violazione degli artt. 154 e 155 del Codice, in quanto l'amministrazione appaltante ha consentito a F. 2000 s.p.a. la integrazione di parti essenziali della proposta successivamente allo scadere del termine perentorio fissato per la presentazione delle offerte.
IV) Violazione e falsa applicazione della lex specialis e dell'art. 154 del Codice sulla valutazione della fattibilità della proposta sotto il profilo del valore economico finanziario del piano e dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione; eccesso di potere per irragionevolezza e contrasto tra atti del procedimento. Dal verbale della commissione del 12 giugno 2007, concernente la valutazione della proposta di F. 2000 s.p.a. emerge che gli elementi costitutivi del piano finanziario sono carenti delle necessarie giustificazioni e del conforto di dati certi ed oggettivi. Conseguentemente la Commissione avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la proposta.
All'udienza pubblica del 28 maggio 2008 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.
La sentenza appellata ha accolto sia il ricorso principale che il ricorso incidentale, svolgendo la seguente motivazione.
"1. - In relazione alle pretese fatte valere dalla società ricorrente, interessata in primo luogo ad escludere dalla procedura selettiva in oggetto la proposta di project financing presentata dalla costituenda A.T.I. composta dalle società controinteressate (in prosieguo: ATI A.), nell'esame dei motivi del ricorso principale assume un rilievo preponderante quello (il secondo) con il quale si deduce la violazione dell'art. 14, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164.
1.1. - Il motivo è fondato.
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 europea, 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.
1.2. - Applicando le regole appena esposte alla fattispecie concreta, di cui al ricorso in esame, in linea di fatto deve rilevarsi che l'A.T.I. A. non contesta le affermazioni della ricorrente (essere la A. e la A. società che - al momento della indizione della procedura di project financing da parte dell'O. di B. n. 2 - erano titolari di contratti per lo svolgimento di servizi pubblici locali affidati senza

una previa gara pubblica, e dunque per affidamento diretto). Pertanto, le stesse si possono considerare provate (sul punto si veda Cassazione civile, sez. III, 28 ottobre 2004, n. 20916, secondo cui: «I fatti allegati da una parte, in tanto possono considerarsi pacifici, in quanto siano stati esplicitamente ammessi dall'altra parte, ovvero quando quest'ultima abbia impostato le proprie difese su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti stessi, oppure si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificamente taluni soltanto, evidenziando in tal modo il proprio disinteresse ad un accertamento degli altri e ciò perché nel vigente ordinamento non sussiste un principio che vincoli alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto dichiarata dalla controparte»).

1.3. - La difesa dell'ATI A., con la memoria depositata il 22 maggio 2008, contesta sotto il profilo giuridico le doglianze di F. 2000 s.p.a., 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.

1.4. - 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. ha come finalità la tutela della concorrenza 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 (articolata nella fase di selezione della proposta e nella successiva procedura negoziata di cui all'art. 155 del codice) 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.

Quanto alla applicabilità nel caso di specie dell'art. 15, commi 5 e 10, del d.lgs. n. 164/2000, si è già rilevato che il regime transitorio ivi disposto risulta scaduto il 31.12.2005, mentre la gara in oggetto è stata indetta nell'ottobre 2006. D'altro canto l'ATI A. controinteressata non dimostra, né fa alcun cenno, all'ottenimento delle ulteriori proroghe di cui al comma 7 dell'art. 15 cit..

Nemmeno è condivisibile l'osservazione che, nel caso di specie, la procedura si concluderebbe (a seguito della procedura negoziata di cui all'art. 155 del codice) non con l'affidamento del servizio di distribuzione del gas ma dei lavori di costruzione e gestione della

rete. Risulta, infatti, chiaramente dall'oggetto dell'avviso pubblico che la concessione riguarderà il servizio di distribuzione del gas, rispetto al quale i lavori per la costruzione della rete hanno natura strumentale.
2. - La riscontrata fondatezza del ricorso principale impone di passare all'esame del ricorso incidentale.
2.1. - Il ricorso incidentale è fondato nella parte in cui deduce che la ricorrente principale non possiede i requisiti prescritti, per la partecipazione alle procedure di individuazione del promotore finanziario, dall'art. 99, commi 1, del D.P.R. n. 554/1999. La disposizione citata, applicabile ai sensi dell'art. 253, comma 3, del Codice, in attesa della emanazione del regolamento di cui all'art. 5 del Codice, prevede che «possono presentare le proposte … soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta».
Dalla documentazione acquisita al giudizio, risulta che l'investimento oggetto della proposta di F. 2000 s.p.a. corrisponde all'importo di euro 13.700.000,00. Come dimostra la documentazione contabile e di bilancio relativa alla società ricorrente (prodotta in giudizio dalla difesa dell'ATI A., ma non contrastata da elementi probatori introdotti dalla ricorrente principale), quest'ultima - negli anni 2003, 2004 e 2005 - ha partecipato ad investimenti per progetti della medesima natura per un importo complessivo pari a euro 8.689.296,00. Pertanto, non risulta integrato il requisito di capacità di cui al citato art. 99, comma 1. Con la conseguenza che la società F. 2000 doveva essere esclusa dalla procedura in questione.
3. - Dichiarati assorbiti i motivi non esaminati del ricorso principale e di quello incidentale, si pone a questo punto la questione della incidenza dell'accoglimento del ricorso incidentale sulle sorti del ricorso principale (anch'esso accolto). Nel caso di specie deve trovare applicazione quell'indirizzo (invocato anche dalla ricorrente principale), formatosi in relazione a procedure di gara cui hanno partecipato solo due concorrenti, e accolto da questa Sezione in diverse e recenti occasioni (per tutte si veda T.A.R. Sardegna, sez. I, 29 giugno 2007, n. 1433; id., 29 dicembre 2006, n. 2819), secondo cui l'accoglimento del ricorso incidentale non determina l'improcedibilità, per la sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso principale, quando il ricorrente principale deduce motivi il cui accoglimento comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara, poiché - in queste ipotesi – residuerebbe in capo al ricorrente principale un interesse strumentale volto a conseguire la chance di poter partecipare alla successiva gara indetta dall'amministrazione.
4. - In definitiva, debbono essere accolti sia il ricorso principale che quello incidentale, con il conseguente annullamento degli atti rispettivamente impugnati.
Considerata la reciproca soccombenza, si giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti costituite."
Le due società A. S.p.A. e F.2000 S.p.A. propongono due separati appelli, censurando la sentenza di primo grado da contrapposti punti di vista.
Le amministrazioni si sono costituite in giudizio.
Con il proprio appello, F. 2000 sostiene di essere in possesso di tutti requisiti necessari per partecipare alla gara, contestando l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado, proposto da A..

Sotto un primo profilo, l'appellante contesta l'assunto della pronuncia del TAR, secondo cui "la ricorrente principale non possiede i requisiti prescritti, per la partecipazione alle procedure di individuazione del promotore finanziario, dall'art. 99, commi 1, del D.P.R. n. 554/1999".
L'appellante critica la sentenza, tanto sotto il profilo "giuridico", quanto sotto quello "fattuale".
A suo dire, il codice dei contratti distinguerebbe nettamente due categorie di soggetti abilitati ad assumere la veste di promotore. Da un lato si collocherebbero i soggetti di cui agli articoli 153 e 34 del codice, dall'altro i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici organizzativi finanziari e gestionali, specificati nel regolamento.
I primi sarebbero, in quanto tali, giudicati in possesso di sufficienti requisiti di affidabilità. Per i secondi, invece, bisognerebbe verificare il concreto possesso dei necessari requisiti, definiti dettagliatamente dal regolamento.
La premessa argomentativa indicata dall'appellante è astrattamente condivisibile. In linea generale, infatti, risulta coerente con il quadro sistematico di insieme richiedere una valutazione di idoneità specifica e rigorosa solo per i soggetti cha aspirano ad assumere la veste di promotori senza essere operatori del settore dei lavori o della progettazione.
Senonché, nel caso concreto, la società F. 2000 non risulta essere in possesso della qualificazione richiesta nell'ambito del settore dei lavori, ancorché sia indiscussa la sua qualifica di soggetto gestore di reti. Tale ultima caratteristica soggettiva potrebbe rilevare allo scopo di affermare la sua piena capacità di svolgere il ruolo di concessionario e di gestore del servizio, ma, evidentemente, non potrebbe considerarsi sufficiente per dimostrare le capacità di realizzazione degli interventi in oggetto.
Non sembra dubitabile, infatti, che il riferimento compiuto all'articolo 34 dall'articolo 153, comma 2, non riguarda la mera forma giuridica del soggetto abilitato ad ottenere l'affidamento dei contratti, ma concerne i soggetti in possesso della necessaria qualificazione nel settore considerato .
In questa prospettiva, quindi, la società F. 2000 avrebbe dovuto dimostrare, alternativamente, o di essere soggetto pienamente abilitato ad operare nel settore dei contratti pubblici di lavori (o in quello della progettazione), oppure di essere in possesso dei requisiti specifici fissati dal regolamento.
Sotto un secondo profilo, la società F. deduce che, in concreto, era comunque in possesso di tutti i prescritti requisiti indicati dal regolamento.
Anche questo profilo dell'appello è destituito di fondamento.
Si può convenire sulla affermazione secondo cui la "partecipazione significativa", nel triennio precedente, alla realizzazione di interventi per un importo corrispondente a quello dei lavori da realizzare, esprima un concetto sufficientemente elastico, per cui non è necessario dimostrare che il soggetto interessato abbia sostenuto, da solo, l'intero costo dell'investimento. Tuttavia, anche sulla base di questi parametri, risulta corretta la conclusione cui è pervenuto il TAR, secondo cui F. 2000 difetta dei prescritti requisiti di ordine finanziario.
A tale proposito, infatti, non sembrano pertinenti le affermazioni dell'appellante, la quale insiste particolarmente sul valore delle "immobilizzazioni" desumibili dai bilanci degli ultimi tre anni. Si tratta di elementi di estremo interesse, ma inidonei ad assumere la fisionomia di "interventi di natura pari a quello oggetto della proposta".

Inoltre, non può condividersi l'opinione della parte appellante, secondo la quale bisognerebbe prendere in considerazione i bilanci del 2004, 2005 e del 2006. Infatti, poiché l'avviso è stato pubblicato nell'ottobre 2006, i tre anni a cui fare riferimento dovevano essere, necessariamente, quelli degli anni 2003, 2004 e 2005.
In linea di fatto, quindi, la società F. risulta carente dei necessari requisiti soggettivi per assumere la qualità di promotore dell'intervento da realizzare con lo strumento del project finance.
Con il proprio appello, A. s.p.a. sostiene che la sentenza di primo grado, una volta accolto il ricorso incidentale, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso principale proposto da F. 2000, perché questa dovrebbe considerarsi priva di legittimazione, non possedendo i prescritti requisiti di partecipazione alla gara.
In linea preliminare, la società F. eccepisce l'improcedibilità dell'appello, poiché è mutata la composizione dell'originaria ATI composta dalle imprese A. e A.. La circostanza non è però idonea a far venir meno l'interesse alla definizione, nel merito, del ricorso proposto in primo grado dalla società F.. Pertanto, l'eccezione di improcedibilità deve essere disattesa.
Nel merito, la tesi dell'appellante non è condivisibile.
Trovano applicazione, nella presente vicenda, i principi elaborati dall'Adunanza Plenaria (decisione 10 novembre 2008, n. 11), in relazione al dovere di esaminare tanto il ricorso principale quanto il ricorso incidentale nelle gare in cui siano presenti due soli concorrenti.
In base a tale pronuncia, "qualora le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice a) può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale); b) non può, in base ai principi di parità delle parti e di imparzialità, determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni. Ed invero, qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato, deve tener conto dell'interesse minore e strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e, conseguentemente, deve esaminare anche l'altro, tenuto conto che la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, con conseguente obbligo della p.a. di indirne una ulteriore".
Alla luce di tale principio, deve osservarsi che, nel caso di specie, anche dopo la riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale di primo grado, resta intatto l'interesse strumentale dalla società F. 2000 a vedere reiterata la procedura selettiva illegittima, emendata dai riscontrati vizi, eventualmente mediante la fissazione di requisiti di partecipazione diversi e più ampi, alla quale potrebbe, in ogni caso concorrere munendosi dei requisiti mancanti attraverso gli strumenti giuridici previsti dall'ordinamento (avvalimento, associazione con altri soggetti idonei, creazione di apposito soggetto, ecc.).
Nel merito, l'appello della società A. contesta l'accoglimento del ricorso principale.
Questa parte dell'appello si articola in quattro diversi profili.
In primo luogo, l'AIMAG deduce che la procedura selettiva in oggetto riguarda la costruzione ex novo di un'opera, a cui la gestione del servizio è meramente strumentale.
Pertanto, nel caso di specie, la procedura di gara deve ritenersi disciplinata dal solo codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture, senza alcuna rilevanza delle discipline di settore in

materia di affidamento dei servizi pubblici locali. In particolare non potrebbe trovare applicazione la speciale normativa volta a dettare limitazioni in tema di partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.
La tesi, benché argomentata in modo approfondito, non è persuasiva.
È esatto sostenere che la disciplina del project finance abbia una portata generale e sia applicabile in relazione a tutti i servizi pubblici connessi alla realizzazione di un'opera pubblica. Ma questo non significa che la relativa disciplina impedisca l'applicazione di regole tipiche del settore considerato, tanto più quando si tratta di disposizioni correlate all'attuazione di principi essenziali in tema di tutela della concorrenza e di apertura del settore al mercato.
In altri termini, il divieto di partecipazione alla gara resta fermo, ancorché la gestione del servizio possa essere configurata quale corrispettivo dell'esecuzione delle opere necessarie per lo svolgimento dell'attività di pubblico interesse.
In secondo luogo, nell'appello si sostiene che il divieto di partecipazione alla gara non si applichi alle procedure di project finance. In questa prospettiva, si dice, "la fase di scelta del promotore, pur articolandosi come un confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta alle regole rigorose di una vera e propria gara pubblica.
Questa impostazione, seppure esatta nelle premesse sistematiche, non è persuasiva nelle sue conclusioni.
Infatti, l'indiscutibile "peculiarità" della procedura di project finance impone di verificare con attenzione quali norme riferite alle procedure di affidamento siano effettivamente estensibili a tale modulo di scelta del titolare del servizio.
In quest'ottica, non vi sono ragioni logiche convincenti per affermare l'inapplicabilità del divieto di partecipazione dei soggetti titolari di affidamenti diretti. È palese, sotto questo aspetto, l'identità sostanziale con le altre procedure di affidamento.
Entrambe le situazioni risultano caratterizzate dall'esigenza di tutelare la massima concorrenza tra le imprese, compensando i concreti vantaggi ottenuti dai soggetti affidataria di servizi pubblici ottenuti senza alcun preventivo confronto concorrenziale, realizzato attraverso una gara pubblica.
Il Collegio, pertanto, ritiene di discostarsi dal proprio precedente indirizzo, in forza del quale il divieto in oggetto non opera nella fase attinente alla selezione del progetto (decisione 7 luglio 2009, n. 4346), ma solo nella fase successiva in cui si svolge la gara per l'affidamento della concessione.
Al riguardo, va rilevato che proprio la definizione del quadro progettuale dell'intervento rappresenta un elemento di assoluta rilevanza nella dinamica delle scelte economiche dei soggetti che potrebbero aspirare ad ottenere la concessione, anche prescindendo dalla titolarità del diritto di prelazione in capo al promotore.
Questa conclusione non è smentita dalla circostanza che la procedura di scelta del promotore possa essere caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi, come pure affermato, esattamente, dalla giurisprudenza.
Né può trascurarsi che, sul piano letterale, il divieto riguarda la "partecipazione" alla procedura e non solo l'affidamento. Risulta palese, al proposito, la finalità perseguita dal legislatore nell'intento di assicurare determinate condizioni di concorrenzialità del settore. La mera partecipazione di determinati soggetti, titolari di precedenti affidamenti diretti, in grado di presentare offerte o progetti di un determinato contenuto, è considerata idonea ad alterare

in radice la procedura di gara, indipendentemente dalla circostanza che essi ottengano l'aggiudicazione del contratto o della concessione.
Si afferma, ancora, che A. sia titolare di affidamenti conseguiti all'esito di gare pubbliche, contestando analiticamente le avversarie deduzioni del ricorso di primo grado e le conclusioni cui è pervenuto il TAR (che ha reputato "non contestate" le circostanze indicate da F. 2000).
A tale riguardo, l'appello evidenzia che alcuni dei contestati affidamenti diretti (servizio idrico integrato, raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani), da parte dell'ATO M. riguardano ipotesi in cui la scelta del socio operativo era stata regolarmente preceduta da un'apposita gara. In tal modo, quindi, risulterebbe pienamente rispettato il criterio imposto dalla normativa, volto ad assicurare una effettiva tutela della concorrenza.
Neanche questo aspetto dell'appello merita condivisione.
La circostanza che gli affidamenti diretti operati a favore della società siano stati preceduti da una gara per la scelta del socio assume rilevanza allo scopo di giustificare la legittimità di tali affidamenti, ma non costituisce ragione sufficiente per l'applicazione del divieto, che ha portata generalmente riferita a tutti i soggetti che siano titolari di un affidamento diretto.
Per le stesse ragioni, non giova alla parte appellante la considerazione che si tratti di affidamenti diretti "legittimamente mantenuti in regime transitorio". Infatti, il divieto di partecipazione è correlato ala fatto obiettivo della titolarità di affidamenti diretti, indipendentemente da ogni considerazione sulla loro legittimità.
Pertanto, la società A. non era in possesso dei requisiti necessari per partecipare alla gara in contestazione.
A nulla rileva che, in relazione agli affidamenti diretti concernenti il servizio di distribuzione del gas, A. potesse godere del periodo di moratoria previsto dall'articolo 15, comma 7, del decreto legislativo n. 164/2000.
In definitiva, quindi, entrambi gli appelli devono essere respinti.
Le spese possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi e li respinge entrambi, compensando le spese.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:
Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF
Filoreto D'Agostino, Consigliere
Marco Lipari, Consigliere, Estensore
Aniello Cerreto, Consigliere
Nicola Russo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 01/02/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
Il Dirigente della Sezione