

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 4346/09 REG.DEC.

N. 6546-6731 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Negli appelli riuniti:

-n.6546/2008 proposto da AIMAG s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. unitamente a AMSC s.p.a. e COSEAM s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, società tutte rappresentate e difese dagli avvocati Corrado Orienti e Corrado Marzullo ed elettivamente domiciliate in Roma presso lo studio del dr. Gian Marco Grez, corso Vittorio Emanuele n. 18;

contro

CPL CONCORDIA, società cooperativa, capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con la PEA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Luciano Filippo Bracci, Massimo Massa e Marcello Vignolo, con domicilio eletto in Roma nello studio del primo in via del Teatro Valle n.6 (appellante incidentale);

e nei confronti

ma

dell'Organismo di Bacino n. 24, con sede in Villacidro, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito;

- Comune di Villacidro in persona del Sindaco pro tempore, n.c.;
- Comune di Di Arbus in persona del Sindaco pro tempore, n.c.;
- Comune di Gonnosfanadiga in persona del Sindaco pro tempore, n.c.;
- Comune di Guspini in persona del Sindaco pro tempore, n.c.;
- Comune di Pabileonis in persona del Sindaco pro tempore; n.c.;
- Comune di Buggerru in persona del Sindaco pro tempore, n.c.;
- Comune di Fluminimaggiore in persona del Sindaco pro tempore, n.c.;

con l'intervento ad adiuvandum

della Confederazione nazionale servizi (Confservizi) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv.to Fabrizio Pietrosanti ed elettivamente domiciliata presso lo studio in Roma via di Santa Teresa 23;

-n. 6731/2008 proposto dall'Organismo di Bacino n. 24, con sede presso il Comune di Villacidro, in persona del legale rappresentante pro-tempore sig. Ignazio Fanni, nella sua qualità di Sindaco del Comune di Villacidro (capofila) e di Presidente della Conferenza dei Sindaci dei Comuni convenzionati rappresentato e difeso, dall' avv. Filippo Lubrano, presso il quale è elettivamente domiciliato in Roma, Via Flaminia 79 (Studio legale Lubrano & Associati);

contro

Società Cooperativa C.P.L. Concordia, nella sua qualità di capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con la Società PEA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentate e difesa dagli avvocati Luciano Filippo Bracci, Massimo Massa e Marcello Vignolo, con domicilio eletto Roma nello studio del primo in via del Teatro Valle n.6;

e nei confronti

di AIMAG s.p.a., Comune di Villacidro; Comune di Di Arbus; Comune di Gonnosfanadiga, Comune di Guspini, Comune di Pabileonis, Comune di Buggerru, Comune di Fluminimaggiore tutti n.c.;

per la riforma

della decisione del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione Prima, 11 luglio 2008, n. 1371;

Visti gli appelli con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della società controinteressata C.P.L. Concordia e l'appello incidentale dalla stessa proposto;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Relatore alla pubblica udienza del 30 gennaio 2009 consigliere Roberto Capuzzi e uditi gli avvocati Orienti, Massa, Vignolo, Pietrosanti e Lubrano;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza appellata il TAR per la Sardegna accolse il ricorso presentato in primo grado dalla società cooperativa CPL Concordia e per l'effetto annullò le determinazioni adottate dall'Organismo di Bacino 24 della Sardegna con le quali l'a.t.i. avente capogruppo AIMAG s.p.a. era stata individuata come promotore per la progettazione, realizzazione e gestione della rete di distribuzione del gas metano e del cavidotto multiservizi nel relativo bacino 24.

Gli antefatti della vicenda contenziosa sono i seguenti.

La società cooperativa CPL Concordia, anche quale capogruppo del costituendo raggruppamento

temporaneo con la mandante PEA s.r.l. (d'ora in avanti: a.t.i. CPL Concordia), partecipo' 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 era 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. Parteciparono alla procedura anche la società FIAMMA 2000 s.p.a. e l'a.t.i. costituenda tra AIMAG s.p.a. (mandataria), AMSC s.p.a. e COSEAM s.p.a. in qualità di imprese mandanti (d'ora in avanti: a.t.i. AIMAG).

Nominato un gruppo di valutazione, al termine dei lavori fu redatta una relazione conclusiva nella quale la proposta dell'a.t.i. AIMAG, odierna appellante, venne 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 individuò la proposta dell'a.t.i. AIMAG come "l'unica

idonea e rispondente (al pubblico interesse) in termini progettuali, economico finanziari, di funzionalità e di fruibilità dell'opera".

Con il ricorso innanzi al TAR Sardegna l'a.t.i. CPL Concordia chiese l'annullamento della deliberazione n. 3 del 21/11/2007 dell'assemblea dei sindaci dell'Organismo di bacino n. 24 della Sardegna, con la quale furono approvati gli atti del gruppo di valutazione che esaminò le proposte per la scelta del promoter per la realizzazione e gestione delle reti di gas metano nel bacino n. 24 e venne individuato come promoter l'a.t.i. guidata dalla AIMAG.

Chiese altresì l'annullamento di tutti gli atti del gruppo di valutazione delle offerte e, segnatamente, del verbale n. 1 dell'11/7/2007, n. 2 del 7/9/2007, n. 3 del 25/9/2007, n. 4 del 3/10/2007, n. 5 del 12/10/2007, n. 6 del 16/10/2007, n. 7 del 18/10/2007, n. 8 del 23/10/2007, n. 9 del 6/11/2007, n. 10 dell'8/11/2007, della scheda di valutazione sintetica che riassumeva i giudizi espressi, allegata al verbale n. 10 e della relazione conclusiva dell'8/11/2007, dell'atto del responsabile del procedimento, privo di data e di numero di protocollo, allegato al verbale del 3/10/2007, con il quale venne stabilito di non escludere dalla procedura l'a.t.i. guidata dalla società AIMAG, della

nota di comunicazione del R.U.P. n. 24749/2007 del 28/11/2007.

La CPL Concordia dedusse articolati motivi di diritto riconducibili a due gruppi fondamentali.

A) Vizi relativi alla mancata esclusione dell'offerta dell'a.t.i. AIMAG:

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 AIMAG 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. Tali norme imponendo alle società a capitale misto pubblico-privato, quale la AIMAG, 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'a.t.i. AIMAG, 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, che prevede 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 AIMAG e la AMSC, 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'a.t.i. AIMAG dell'assenza di un conflitto tra l'impegno connesso alla gara e il vincolo funzionale nei confronti degli enti pubblici che controllano l'AIMAG e la AMSC.

B) Vizi relativi alla procedura di valutazione delle offerte riconducibili a eccesso di potere sotto vari profili.

Si costituirono in primo grado sia l'Organismo di Bacino n. 24, sia l'a.t.i. AIMAG che, con articolate memorie, chiesero la reiezione del ricorso in quanto infondato.

Con la sentenza n.1371/2008 il TAR Sardegna accolse il ricorso presentato dalla società Cooperativa Concordia ritenendo fondati i primi quattro motivi con i quali era stata denunciata la illegittimità della mancata esclusione dell'ATI AIMAG-AMSC-COSEAM dalla procedura ed assorbendo i restanti motivi.

Il primo giudice ha affermato:

“che le società miste che hanno come oggetto sociale le attività indicate nel comma 1 dell'art. 13 del d.l. n223/2006 non possono partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici”

“che anche le società miste che hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici, pur non rientrando in via diretta nell'ambito di

applicazione del secondo comma dell'art. 13 devono avere oggetto sociale esclusivo”;

che le società in questione, "per il fatto della presenza di soggetti pubblici nella struttura della partecipazione societaria, sono ritenute in grado di provocare 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 intendono evitare" e che "sia l'AIMAG che l'AMSC svolgono entrambe le attività ... con la conseguenza che la stazione appaltante ha illegittimamente ammesso la proposta presentata dall'ATI AIMAG”;

che l'art. 14, comma 5, del D.Lgs. n. 164/2000 prevede che alle procedure di affidamento del servizio di distribuzione del gas non possano partecipare le società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica;

che l'art. 15 del medesimo D.Lgs. n. 164/2000 "consente la partecipazione di dette società solo nel corso del periodo transitorio ... che ... si è concluso alla data del 31 dicembre 2005”;

che "dalla documentazione versata in atti deve rilevarsi che la Società AIMAG, al momento dell'indizione della procedura di project financing era titolare di contratti per lo svolgimento di pubblici servizi affidati senza una previa gara pubblica" e che, essendo detti affidamenti "intervenuiti dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 164/2000, non trova applicazione il regime transitorio

cui si è fatto accenno" e, pertanto, "l'ammissione alla procedura di che trattasi dell 'a.t.i. AIMAG è illegittima".

Hanno interposto appello sia l'a.t.i. AIMAG sia l'Organismo di Bacino confutando con vari articolati motivi la interpretazione fornita dal primo giudice alla normativa di riferimento ed in specie dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248. nonché dell'art. 14 comma 5 e dell'art.15 commi 5,7 e 10 del d.lgs 23 maggio 2000 n.164.

Si è costituita la società CPL Concordia chiedendo la conferma della sentenza del primo giudice quanto la esclusione della a.t.i. AIMAG dalla gara e reiterando, nell'atto di appello incidentale, le censure assorbite dal primo giudice, dirette a censurare il giudizio di insufficienza della offerta della CPL esponendo di essere portatrice di un interesse distinto ed autonomo all'accoglimento anche di tali censure il cui accoglimento consentirebbe alla CPL di aspirare alla aggiudicazione.

Si è costituita in giudizio nell'appello n.6546 del 2008, spiegando un intervento ad adiuvandum, la Confeservizi che espone di essere la confederazione che rappresenta, promuove e tutela le aziende e gli enti che gestiscono i servizi pubblici locali associando, tra l'altro, 1600 soggetti gestori di servizi pubblici locali e regionali che operano sia in settori di rilevanza industriale sia in ambiti propriamente riconducibili ai servizi sociali ed alla persona.

Tutte le parti hanno depositato numerose memorie difensive.

Le due cause sono state trattenute dal Collegio per la decisione all'udienza del 30 gennaio 2009.

DIRITTO

1.I due appelli devono essere riuniti in quanto diretti avverso la medesima sentenza.

2.Con avviso pubblico in data 20 aprile 2007, l'Organismo di Bacino n. 24 per lo sviluppo della rete di distribuzione del metano in Sardegna, autorità costituita tra i Comuni di Villacidro (capofila), Arbus, Buggerru, Fluminimaggiore, Gonnosfanadiga, Guspini e Pabillonis, bandì una selezione volta ad individuare il soggetto promotore di una proposta di project financing per la realizzazione della rete di gas metano e del cavidotto multiservizio dei centri abitati, delle aree commerciali e produttive dei Comuni appartenenti al Bacino n. 24, Buggerru, Fluminimaggiore, Gonnosfanadiga, Guspini, Pabillonis e Villacidro di cui al bando regionale per lo sviluppo delle reti di distribuzione del metano, applicativo della Deliberazione della Giunta Regionale n. 54/28 del 22 novembre 2005.

Alla selezione parteciparono tre concorrenti: 1) la costituenda a.t.i. tra la Società Cooperativa Cpl Concordia e e la Società Pea s.r.l., 2) la costituenda a.t.i. tra la Società Aimag s.p.a., la Società Amsc s.p.a. e la Società Coseam s.p.a., e, infine, 3) la Società Fiamma 2000 s.p.a..

L'esame delle proposte presentate venne svolto da un gruppo di valutazione appositamente costituito che scelse la proposta

presentata dalla costituenda a.t.i. tra le Società Aimag, Amsc e Coseam ritenendola "l'unica idonea e rispondente in termini progettuali, economico finanziari, di funzionalità e di fruibilità dell'opera".

La Società Cooperativa Cpl Concordia propose ricorso davanti al TAR della Sardegna con il quale chiese l'annullamento, tra l'altro, della deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci dell'Organismo di bacino del 21 novembre 2007, n. 3 con la quale furono approvati gli atti del gruppo di valutazione ed individuato nella costituenda a.t.i. tra le Società Aimag, Amsc e Coseam il soggetto promotore del project financing e tutti gli atti del gruppo di valutazione (verbali delle singole riunioni, scheda riassuntiva dei giudizi e relazione conclusiva).

La sentenza del TAR accolse il ricorso disponendo che la a.t.i. facente capo ad Aimag andasse esclusa dalla gara.

2. Avverso la sentenza del TAR Sardegna producono appello sia la a.t.i. Aimag, sia l'Organismo di Bacino deducendo profili vari di violazione di legge ed in specie dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248 e degli artt. 14 e 15 del decreto legislativo 164 del 2000.

Si è costituita nel giudizio la società Cpl Concordia chiedendo in parte la conferma della sentenza del primo giudice, in altra parte gravando con appello incidentale la stessa sentenza e riproponendo i motivi dedotti in primo grado ed assorbiti dal primo giudice.

Ha spiegato intervento ad adiuvandum nel ricorso n.6546 del 2008 la Confederazione nazionale dei servizi a favore dell'a.t.i. Aimag.

2.1. Il primo giudice, dopo aver riassunto i termini della controversia, ha preso in considerazione i primi tre motivi di ricorso dedotti dalla ricorrente in primo grado riguardanti la violazione dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006, convertito in legge n.248/2006 ed il quarto motivo di ricorso, riguardante la violazione dell'art. 14, comma 5, del D.lgs. n. 164/2000 ritenendoli fondati con particolare riguardo alla posizione di Aimag s.p.a., qualificata dal primo giudice, come società mista di natura "strumentale" ai sensi del sopracitato art. 13, nonché come società affidataria diretta di servizi pubblici locali e conseguentemente ritenendo che a.t.i. Aimag non potesse essere ammessa al procedimento di selezione concorsuale.

3. Entrambi gli appellanti deducono la erroneità della sentenza del TAR Sardegna per violazione ed erronea interpretazione dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006, quale convertito in legge n. 248/2006 e per violazione dell'art. 14, comma 5, del D.lgs n. 164/2000.

4. Tali doglianze meritano accoglimento.

4.1. Osserva la Sezione che il giudice di prime cure fonda l'accoglimento del ricorso proposto dalla soc. Concordia sulla affermazione che l'Aimag ed Amsc svolgerebbero, oltre alle attività inerenti i servizi pubblici locali, anche quelle di natura "strumentale" che comportano il divieto di partecipazione alla

procedura di selezione del promotore avviata dall'Organismo di Bacino n. 24.

In particolare il TAR Sardegna prende spunto dall'oggetto sociale di Aimag s.p.a., nel quale, accanto ai servizi pubblici locali, sono comprese anche "attività di natura diversa", circostanza questa che, unitamente alla partecipazione pubblica al capitale sociale, configurerebbe secondo il TAR il presupposto di applicazione del divieto prescritto dall'art. 13.

5. Ai fini della migliore intelligenza delle questioni in esame è necessario definire preliminarmente il quadro normativo di riferimento.

L'art. 13 D.L. n. 223/2006 prevede che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di servizi "strumentali" all'attività di tali enti in funzione della loro attività, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipati o affidanti, non possono svolgere prestazioni (lavori, servizi e forniture) a favore di altri soggetti pubblici o privati e non possono partecipare ad altre società o enti.

Tali società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole dianzi specificate.

6. La disposizione in esame è stata esaminata in giurisprudenza che ha chiarito il concetto di "strumentalità" delle società a capitale interamente pubblico o misto rispetto agli enti pubblici

che l'hanno costituita o che ne sono soci, detenendone quote di capitale.

Si è così ritenuto che sussiste tale carattere allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche (nella specie, enti locali territoriali) secondo l'ordinamento amministrativo.

Per l'effetto, le disposizioni dettate dall'art. 13 mirano ad escludere che le società strumentali possano svolgere, in relazione alla loro posizione privilegiata, altre attività a favore di altri soggetti pubblici o privati perché se così fosse si creerebbe un'alterazione o una distorsione della concorrenza o del mercato.

Da qui la imposizione alle stesse di un "oggetto sociale esclusivo", che, però, "non va inteso come divieto delle società così dette multi-utilities, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro (Cons. Stato A.P., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, Sez. 25 settembre 2007, n. 322).

7. Come evidenziato dagli appellanti, la norma dettata dall'art. 13, comma 1 ha carattere eccezionale e deve essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti. La disposizione esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione il

settore dei servizi pubblici locali e pertanto deve essere applicata esclusivamente alle "società costituite o partecipate dalle amministrazioni ... locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività".

8. Il TAR Sardegna, con la decisione in questa sede impugnata ha fornito una interpretazione dell'art. 13 del D.L. n. 223 del 2006 contrastante con i precedenti giurisprudenziali citati.

9. Il TAR infatti ha rilevato che "anche le società miste che hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici, pur non rientrando in via diretta nell'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 13, devono avere oggetto sociale esclusivo"; inoltre che "le società miste, 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 intendono evitare".

10. Contrariamente all'assunto del primo giudice rileva la Sezione che le società che svolgono servizi pubblici locali, partecipate integralmente o in parte dagli enti locali per altri fini, non devono avere un "oggetto sociale esclusivo" e non sono soggette alle limitazioni imposte dall'art. 13 per sua espressa previsione; pertanto non era consentita alcuna differente interpretazione.

Ed invero l'assimilazione fatta dalla sentenza tra le società "strumentali" e quelle miste non trova riscontro nelle norme vigenti.

Le società "strumentali" costituiscono una "longa manus" delle Amministrazioni, tant'è che l'affidamento delle attività "strumentali" avviene in via diretta (ovvero secondo il c.d. "in house providing"): "la situazione di in "house" legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust.CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal; Cons. Stato, A.P. n. 1/2008 cit.).

11.Le società "strumentali" quindi operano in deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea) e l'affidamento diretto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

12.Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali, invece, sono un soggetto imprenditoriale di diritto privato, operante sul mercato in regime di concorrenza.

Il Trattato di Roma (art. 86) e la direttiva CEE 92/50 art. 1, lett. C), prevedono che le Società pubbliche possano agire in regime di parità di trattamento con le imprese private e che tra i prestatori di servizi sono inclusi i soggetti pubblici che forniscono servizi; con il che è esclusa ogni limitazione alla facoltà dei soggetti pubblici fornitori di servizi di partecipare alle gare pubbliche (Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325).

13. La totale diversità delle attività svolte dalle predette società esclude che, come affermato dal TAR Sardegna, esse debbano avere un "oggetto sociale esclusivo". Se questo appare giustificato per le società "strumentali", non altrettanto avviene per le società miste che, oltre ai pubblici servizi, possono svolgere altre attività imprenditoriali, sia pure con limitazioni volte a non snaturarne il loro ruolo istituzionale.

La interpretazione data dal Giudice di primo grado alle disposizioni dettate dai comma 1 e 2 dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006 non trova quindi riscontro né nella lettera della norma, né in norme comunitarie e statali che regolano i contratti pubblici e disciplinano la concorrenza ed il mercato.

14. Né può essere condivisa la affermazione con la quale il TAR ha sostenuto che la presenza di soggetti pubblici nella struttura societaria è in grado, di per sé, di provocare quelle "alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato" che

l'art. 13, primo comma, ha inteso evitare; in realtà si verifica tale distorsione (secondo l'insegnamento della citata A.P. n.1 del 2008), soltanto nel caso di società operanti secondo il criterio del "house providing" e non negli altri casi in cui le società a capitale pubblico o misto operino all'interno del mercato nel rispetto delle regole generali.

15. Il TAR ha poi affermato che "come risulta dagli atti acquisiti al giudizio, sia l'Aimag che l'Amsc svolgono entrambe le attività" (servizi "strumentali" e servizi pubblici locali).

Tale assunto è infondato.

La società Amsc ha dimostrato che, già dal 2005 ha operato lo scorporo dei rami aziendali riguardanti le attività di natura strumentale a favore dei Comuni soci.

La Società scissa (Amsc s.p.a.) ha mantenuto soltanto le attività di svolgimento di servizi pubblici locali, mentre i rami d'azienda e le attività di natura strumentale da svolgere a favore dei Comuni soci sono state integralmente trasferiti alla Società beneficiaria, denominata Amsc Impianti e Servizi s.p.a., soggetto di nuova costituzione, distinto ed autonomo rispetto a Amsc s.p.a..

Per quanto attiene invece alla società Aimag s.p.a., il TAR ha rilevato la presenza di "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 terzi”

16. Rileva tuttavia la Sezione che le "altre attività di natura diversa", alle quali il TAR ha fatto espresso riferimento, non possono essere considerate "strumentali" ai fini dell'applicabilità dell'art. 13 in quanto non sono statutariamente previste per essere esercitate a favore dei soci pubblici di Aimag con affidamento diretto, ma possono essere svolte a favore di chiunque le richieda, sia esso un soggetto pubblico o privato, in regime di piena concorrenza e nel rispetto delle regole delle procedure di evidenza pubblica.

In ogni caso, stante quanto disposto dal comma 3 dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006 (come modificato dal citato D.L. n. 97/2008), Aimag non poteva essere esclusa dalla procedura in questione in quanto essa aveva tempo sino alla fine del 2008 per cedere le attività eventualmente incompatibili con l'oggetto sociale esclusivo; quindi avrebbe potuto partecipare alla selezione e provvedere in seguito alla cessione delle attività che si pretende non essere consentite.

17. Il TAR Sardegna ha accolto anche il quarto motivo proposto da Cpl Concordia con il quale è stata denunciata la violazione degli artt. 14 comma 5 e 15 del D.Lgs. n. 164/2004 in quanto l'Organismo di bacino n. 24 avrebbe ammesso alla

procedura AIMAG nonostante che questa gestisse attività di distribuzione del gas naturale in forza di affidamento diretto. Il TAR ha ritenuto fondato il motivo avendo rilevato che Aimag continuerebbe a gestire detti servizi oltre il termine massimo previsto dalla legge per il periodo transitorio, conclusosi il 31 dicembre 2005.

18. Osserva la Sezione che la selezione indetta dall'Organismo di bacino è regolata, per espressa previsione dell'avviso, dal d.lgs. n. 163/2006, ed in particolare dagli artt. 153 e ss., mentre gli artt. 14 e 15 del d. lgs. n. 164/2000 riguardano le procedure di gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale ed il regime transitorio previsto dal legislatore per attuare la riforma nel settore di attività specificamente considerato.

Orbene le norme dettate dal d.lgs. n. 164/2000 non vengono in rilievo nella fase preliminare della procedura (fase preordinata alla individuazione della proposta ed alla dichiarazione di pubblico interesse della stessa) ma soltanto successivamente, allorquando ai sensi dell'art. 155 del Codice dei contratti, viene svolta la gara al cui termine viene aggiudicata la concessione.

In alcun modo, quindi, il procedimento di finanza di progetto in esame e soprattutto la fase preliminare di scelta della proposta di pubblico interesse oggetto del giudizio può essere assimilato ad

una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, disciplinata dagli artt. 14 e 15 del d.lgs n. 164/2000,

In conclusione, la partecipazione di Aimag alla selezione riguardante il progetto non poteva costituire ragione di alterazione e/o distorsione della concorrenza e del mercato

19. Occorre ora esaminare gli altri motivi assorbiti dal giudice di primo grado e riproposti dalla soc. Concordia nell'appello incidentale

20. Con riguardo al quinto motivo la Cpl. Concordia ha sostenuto in primo grado e reiterato nell'atto di appello incidentale che la commissione valutatrice non avrebbe preso in considerazione il vincolo funzionale esistente tra Aimag ed i comuni da cui è partecipata per verificare la compatibilità della gestione della rete di distribuzione del gas del Bacino 24.

In sostanza la società pubblica avrebbe dovuto dimostrare di poter svolgere attività extra-territoriale senza ledere interessi della comunità di riferimento.

Al riguardo ribadisce la Sezione che per la peculiare natura dei provvedimenti impugnati nel presente giudizio non si verte nell'ambito di un provvedimento di aggiudicazione di una gara di appalto, bensì nell'ambito di una fase del procedimento che attiene alla scelta di una proposta idonea, per contenuti tecnico progettuali ed economici finanziari e meritevole di essere dichiarata di interesse pubblico e di essere posta a base di una

futura gara da bandire per la aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione di una rete di gas.

In sostanza il vincolo in esame e l'ipotetico conflitto tra l'impegno connesso alla gara ed il vincolo funzionale nei confronti degli enti pubblici controllanti potrà avere rilievo, in ipotesi, con riguardo alla fase di gara per la individuazione del concessionario, ma non con riguardo alla individuazione della proposta di pubblico interesse.

Il motivo pertanto deve essere respinto.

21. Con ulteriori articolati motivi, assorbiti dal primo giudice e riproposti con appello incidentale, la società Cpl Concordia contesta in radice i giudizi espressi dal gruppo di valutazione, ("scheda di valutazione sintetica complessiva" allegata al verbale n.10 che riepiloga in un contesto sinottico tutti i giudizi assegnati alle diverse proposte durante le sedute precedenti e "relazione conclusiva") sia per quanto riguarda le valutazioni effettuate dalla Commissione sul progetto dalla stessa presentato, sia per quanto riguarda la scelta del progetto presentato da a.t.i. Aimag.

Le censure riguardano i singoli giudizi e l'esame comparato dei progetti presentati dalle due concorrenti.

22.E' opportuno al riguardo richiamare precedenti specifici della Sezione per i quali: "E' legittima la decisione dell'amministrazione di escludere il progetto presentato da

una società promotrice sulla base della valutazione negativa anche di uno solo dei parametri indicati ..” (Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2008 n.2355).

Ed infatti una valutazione comparativa delle varie proposte, con applicazione di principi che reggono le procedure concorsuali nel caso che si presentino più proposte, non esclude che l'amministrazione possa valutare ogni singola proposta ed eventualmente scartarla, quando ritiene che essa, singolarmente considerata, non sia rispondente ai parametri di valutazione indicati dalla norma ovvero non corrisponda all'interesse pubblico.

Ed invero “nella procedura di project financing, la valutazione comparativa tra più proposte per individuare quella più consona al pubblico interesse è subordinata alla preliminare verifica di ciascuna di esse essendo compito dell'amministrazione di valutare se il progetto proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori non definito nei suoi contenuti progettuali possa avere attuazione” (Cons. St., Sez. V, 10.11.2005 n. 6287).

A quanto sopra occorre anche aggiungere che nel project financing il compito dell'amministrazione o dell'organismo al quale è affidata la gestione delle operazioni è quello di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma è stato concepito.

Siffatta valutazione non può essere espressione della discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici, bensì, costituisce la manifestazione della volontà del titolare della cura dell'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato, analogamente a quanto avviene per le procedure ordinarie con la scelta ovvero l'approvazione del progetto, sul quale interverrà la gara.

Si è, dunque, nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, governata, per quanto non espressamente previsto dalla norma speciale, dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 10 nov. 2005 n.6287).

23.Su tali premesse la Sezione ritiene di concentrare l'esame su due punti, ciascuno idoneo a giustificare da solo la esclusione dalla procedura della proposta della appellante incidentale con l'effetto che la stessa, non ottenendo la rimozione del provvedimento preclusivo alla sua partecipazione e non potendo in alcun modo ottenere la individuazione come soggetto promotore, non ha alcun interesse a coltivare ulteriori censure formulate nei confronti della valutazione della propria proposta o della proposta facente capo ad a.t.i. A.imag..

23.1.Sul piano tecnico progettuale vi è una differenza sostanziale tra le due tipologie di rete adottate dal a.t.i. Aimag e da a.t.i. Cpl Concordia, la prima proponendo una rete di distribuzione in

bassa pressione, la seconda proponendo una rete di distribuzione in media pressione.

Nella relazione conclusiva della commissione di valutazione è stata sottolineata, pure nella sostanziale validità delle varie soluzioni, la netta preferenza per la soluzione a bassa pressione per la minore “vantaggiosità” dal punto di vista gestionale e la maggiore “problematicità” dal punto di vista della sicurezza delle reti a media pressione.

La Cpl Concordia ha affermato la erroneità di una tale valutazione da parte della commissione.

Rileva la Sezione che trattasi di una scelta dell'amministrazione non suscettibile di essere sindacata dal giudice amministrativo se non in limiti esterni, propri di un sindacato debole e cioè per la non manifesta irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità.

Va considerato in fatto che nella rete a bassa pressione, la pressione nelle condotte di distribuzione e negli allacciamenti all'utenza è la medesima che negli apparecchi di utilizzazione finale (fornelli, caldaie, ecc.) e che in tali reti non è necessario alcuno strumento di riduzione della pressione presso l'utenza finale, contrariamente a quanto avviene nel caso di reti di distribuzione in media pressione.

In queste ultime tipologie di reti è necessario interporre apparecchi di riduzione a monte di ogni contatore per ridurre la pressione del gas al valore di funzionamento degli apparecchi di

utilizzazione finale, mentre nella rete a bassa pressione tali apparecchi non sono necessari.

L'affermazione da parte del gruppo di valutazione della maggiore sicurezza della rete a bassa pressione trova riscontro nella deliberazione AEEG n.168 del 2004 e nelle linee guida UNI CIG che disciplinano i vari livelli di attenzione (maggiori nella rete a media pressione) che devono essere considerati dalla società di gestione nel caso di perdite di gas.

La soluzione a media pressione comporta un aumento dei costi di gestione dovuti alle attività di installazione e manutenzione dei riduttori presso l'utenza.

Per i suddetti motivi, la scelta di fondo dell'Organismo di Bacino di preferire una rete a bassa pressione, peraltro molto diffusa in Italia, non è macroscopicamente illogica, arbitraria o travisata nei suoi presupposti, ma appare coerente con regole tecniche e conforme a criteri di ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti.

Siffatta scelta porta ad escludere l'interesse sostanziale della Cpl Concordia all'esame di altre censure contro la valutazione negativa della propria proposta: l'accoglimento di tali censure non potrebbe fornire alcuna utilità alla esponente non potendo venire rimossa in alcun modo la preferenza della amministrazione per una rete di tipo diverso da quella progettata dalla Cpl Concordia.

24. A conclusioni di segno sostanzialmente analogo deve pervenirsi con riferimento al giudizio negativo espresso nei confronti della proposta della Cpl Concordia per carenze, incongruità, inidoneità del piano economico finanziario .

In ordine al piano economico finanziario questa Sezione ha rilevato che “.. la proposta del promotore del project financing non puo’ essere valutata indipendentemente dal piano economico-finanziario con la conseguenza che ove tale piano risulti incongruo, la proposta non puo’ essere accolta (Cons. Stato, Sez. V, 11.7.2002 n.3916).

Ha altresì rilevato che “nella procedura di project financing ... la commissione di gara deve accertare .. la coerenza e sostenibilità economica dell’offerta, procedendo all’esame del piano economico finanziario sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di produzione e gestione (Cons. Stato, Sez. V, 17.11.2006 n.6727).

In sostanza il piano economico finanziario rappresenta il nucleo centrale degli interventi di project financing e della sostenibilità della proposta di iniziativa privata di intervento nella realizzazione e gestione di infrastrutture di rete.

24.1.Quanto al piano economico finanziario (p.e.f.) la relazione conclusiva ha rilevato:

- che il canone proposto da a.t.i. Cpl Concordia non è vincolato alle direttive dell' Autorità di settore e non attendibile;

- il p.e.f. di a.t.i. Cpl Concordia, è inidoneo (mentre quello presentato dall'appellante Aimag completo e congruo, idoneo ad integrare la proposta di project financing ed a qualificarla seria e sostenibile);

- i costi di gestione ed i ricavi riferiti alla rete di distribuzione del gas e all'uso del cavidotto multiservizi della Cpl Concordia sono inattendibili;

- vi è carenza di asseverazione con riferimento alla verifica di congruità tra il piano stesso e la proposta e, più in particolare tra il piano e la bozza di convenzione.

25. Uno dei punti nodali del giudizio negativo relativo al p.e.f. è che il calcolo delle tariffe, secondo il gruppo di valutazione, non sarebbe stato svolto secondo le prescrizioni dell'AEEG e “conseguentemente non è possibile effettuare in maniera certa una ipotesi di ricavi e di congruità del piano economico finanziario nel suo insieme.”

Secondo la a.t.i. Cpl Concordia tale radicale giudizio negativo è fondato su un errore “inspiegabile “ tale da dover pensare ad un “malanimo preconcorso nei confronti della offerta Cpl” .

Ed infatti secondo la società Cpl Concordia nessuno può conoscere con precisione la struttura tariffaria che sarà applicabile nei prossimi dodici anni né l'entità dei ricavi che saranno ammessi dall'AEEG per compensare l'attività di distribuzione del gas.

26. Tali argomentazioni dell'appellante incidentale tuttavia rappresentano una conferma sostanziale del giudizio espresso dalla commissione che appare logico ed esaustivo.

La ricorrente non ha effettuato il calcolo del vrd (c.d. vincolo ricavi di distribuzione fissato dall'AEEG) sulla base dei dati di analisi esistenti, ma ha indicato ricavi sulla base di congetture non sottoposte ad analisi di mercato, legate a risultati gestionali che era possibile solo ipotizzare in via di astratta ipotesi e che divergono dai valori reali calcolati in base al vrd esistente.

Proprio perchè il metodo di calcolo e di aggiornamento del vrd è regolato con riferimento ad un periodo quadriennale e perchè al momento della offerta non era stato pubblicato alcun provvedimento per la definizione dei nuovi criteri di determinazione delle tariffe di distribuzione per il periodo successivo al 30 settembre 2008, né esisteva alcun documento che gli operatori di settore potevano consultare per prevedere le tariffe future, conseguiva che il vrd costituiva l'unico elemento oggettivo e realistico di riferimento da prendere a base per il calcolo dei ricavi massimi del piano.

Il procedimento seguito dalla appellante incidentale per la fissazione di tali ricavi, del tutto ragionevolmente, non ha consentito alla commissione di verificare l'attendibilità dei ricavi di Cpl in termini oggettivi, diversamente dal canone offerto dall'a.t.i. Aimag .

26.1. Si aggiunga ancora che la commissione ha rilevato che i ricavi derivanti dallo sfruttamento del cavidotto sono stati calcolati artificialmente, senza alcuna indagine di mercato, con l'effetto che il piano economico finanziario non ha quantificato il corrispettivo e non è idoneo a sostenere i relativi costi di investimento.

La società Concordia ha infatti fissato in astratto il prezzo del diritto di sfruttamento del cavidotto ad un valore tale da garantire comunque la remuneratività dell'investimento, ma non ha dimostrato in concreto, realisticamente e sulla base di indagini e previsioni di mercato presso i possibili soggetti interessati ad utilizzare il cavidotto, che i ricavi della gestione avrebbero ammortizzato l'investimento per realizzare l'intervento, con l'effetto che, a ben vedere, non ha dimostrato la sostenibilità finanziaria dell'investimento relativo al cavidotto.

Diversamente ha operato la a.t.i. Aimag che non ha considerato nel piano economico finanziario alcun ricavo derivante dallo sfruttamento del cavidotto.

27. Per i motivi sopradetti le suddette valutazioni negative della commissione in ordine alla non congruità del piano economico finanziario del progetto presentato non vengono scalfite dalle censure della appellante incidentale.

Con l'effetto che l'esame e l'ipotetico accoglimento delle altre censure formulate dall'appellante incidentale, anche riferite alla proposta dalla a.t.i. Aimag, non potrebbero rimuovere il

provvedimento preclusivo di non idoneità in ordine al piano economico finanziario e fornire alcuna utilità alla esponente.

L'appello incidentale della Cpl Concordia deve essere pertanto respinto con assorbimento degli altri motivi dedotti.

29. In conclusione:

- gli appelli della a.t.i. Aimag e dell'Organismo di Bacino devono essere accolti;
- l'appello incidentale della Cpl Concordia deve essere respinto;
- il ricorso in primo grado presentato da Cpl Concordia deve essere respinto e la sentenza del primo giudice riformata.

Spese ed onorari del doppio grado di giudizio, tuttavia, in relazione alla complessità delle questioni trattate, possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione, definitivamente decidendo, riuniti i ricorsi n. 6546/08 e 6731/08, accoglie gli appelli principali, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di Consiglio del 30 gennaio 2009 con l'intervento dei signori:

Stefano Baccarini	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere

Roberto Capuzzi rel.est.

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Roberto Capuzzi

F.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....07/07/09.....

(Art. 55,L. 27/4/1982,n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi