



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 696 del 2008, proposto da CPL Concordia Società Cooperativa, in persona del presidente e legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Massimo Massa e Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso lo studio legale dei medesimi in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

contro

l'Organismo di Bacino n. 31 per lo sviluppo della rete di distribuzione del metano in Sardegna, in persona del legale rappresentante Sindaco del Comune di Siliqua, rappresentato e difeso dall'avv. Piero Franceschi, con domicilio eletto presso lo studio legale del medesimo in Cagliari, via Sonnino n. 33;
Comune di Siliqua, Comune di Decimoputzu, Comune di Musei, Comune di Villamassargia, Comune di Villasor, Comune di Vallermosa, non costituiti in giudizio;

nei confronti di

AIMAG S.p.A., con sede in Mirandola (MO), in persona del presidente e legale rappresentante, in proprio e nella qualità di capogruppo e mandataria della costituenda A.T.I. con AMSC S.p.a. e COSEAM S.p.a.;
AMSC S.p.A., con sede in Gallarate, in persona del presidente e legale rappresentante;

COSEAM S.p.A., in persona del presidente e legale rappresentante, società tutte ai fini del presente giudizio rappresentate e difese dagli avv.ti Corrado Orienti e Alessandra Pradella, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Enrico Salone in Cagliari, via Maddalena n. 40; Fiamma 2000 S.p.A., in persona del presidente e legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Eulo e Paolo Cotza, con domicilio eletto presso lo studio legale dei medesimi in Cagliari, piazza Michelangelo n. 14;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

con il ricorso introduttivo:

- della deliberazione dell'assemblea dei sindaci n. 5 del 26/6/2008 recante "presa d'atto dei verbali della Commissione valutatrice delle proposte di project financing; dichiarazione pubblico interesse, nomina soggetto promotore e approvazione progetto preliminare;

- del verbale di deliberazione dell'assemblea dei sindaci del Bacino n. 31 n. 3 dell'8/5/2007 e dell'avviso pubblico indicativo per l'individuazione del promotore finanziario ad esso allegato, nella parte in cui ammettono a partecipare alla procedura anche i soggetti privi dei requisiti;

per quanto occorrer possa, della deliberazione n. 1 del 20/4/2007 dell'assemblea dei sindaci del Bacino 31 e dell'avviso pubblico indicativo per l'individuazione del promotore finanziario ad esso allegato – poi integralmente sostituito dall'avviso pubblico approvato l'8/5/2007 – nella stessa parte di cui al punto precedente;

- delle deliberazioni n. 2 e n. 4 del 21/4/2008 e 20/5/2008 dell'Assemblea dei sindaci del Bacino 31;

- delle determinazioni del direttore del Bacino 31 nn. 1 e 3 rispettivamente del 23/5/2008 e 25/6/2008;

- dei 24 verbali della commissione di esperti per la valutazione delle proposte;

- della nota prot. 6693 del 3/7/2008 con la quale il direttore del Bacino ha comunicato l'approvazione degli atti di gara e la nomina del promotore;

con i motivi aggiunti notificati il 10 ottobre 2008 e depositati il successivo 21 ottobre 2008:

- del bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 13 agosto 2008 avente ad oggetto la "concessione di progettazione, costruzione e gestione rete e impianti per la distribuzione del gas metano-compatibile dei centri abitati e degli insediamenti extra urbani a destinazione produttiva e commerciale dei Comuni di Decimoputzu, Musei, Siliqua, Vallermosa, Villamassargia, Villasor, costituenti l'associazione tra i comuni denominata Bacino n. 31";

- del provvedimento che ha approvato detto bando di gara e quello che ha approvato il progetto preliminare presentato dalla AIMAG ed ha disposto l'autorizzazione a contrarre con il promoter ATI AIMAG;

con i motivi aggiunti notificati il 27 gennaio 2009 e depositati il 4 febbraio 2009:

- della deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci del Bacino n. 31, n. 6/2008 del 20.11.2008;

- della determinazione del R.U.P. e direttore del Bacino n. 31, n. 14 del 26 novembre 2008;

- del verbale della Commissione di valutazione del 25 novembre 2008 e tutti i provvedimenti adottati in tale seduta;

- della deliberazione della Giunta Comunale di Siliqua, n. 177 del 3 dicembre 2008;

- della deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci dell'Organismo di Bacino n. 31, n. 7/2008 del 10 dicembre 2008;

- della determinazione del direttore del Bacino, n. 31 del 16.12.2008;

- per quanto occorra, della nota del direttore del Bacino n. 31, prot. n. 13619 del 17 dicembre 2008;

- della deliberazione della G.C. di Siliqua n. 193 del 23 dicembre 2008.

Visto il ricorso e i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Organismo di Bacino n. 31;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della AIMAG Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fiamma 2000 Spa;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29/04/2009 il primo referendario Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. - La società cooperativa CPL Concordia, quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con le mandanti PEA s.r.l. e Sarda Reti Costruzioni s.r.l. (d'ora in avanti: ATI CPL Concordia), 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. 31 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 e degli impianti per la distribuzione del gas metano-compatibile dei centri abitati e degli insediamenti extraurbani a destinazione produttiva e commerciale dei Comuni del Bacino n. 31. Hanno partecipato alla procedura anche la società FIAMMA 2000 s.p.a., 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: ATI AIMAG) e l'A.T.I. costituenda tra Imprese Bonatti S.p.A e Consorzio ITAL.ME.CO. Al termine delle operazioni di esame e valutazione delle proposte presentate, la graduatoria finale stilata dalla Commissione valutatrice ha collocato al primo posto la proposta della ATI AIMAG (con punti 60,70), al secondo la proposta della Fiamma 2000 (punti 47,88), al terzo la proposta A.T.I. CPL Concordia (punti 34,17)

Con deliberazione n. 5 del 26 giugno 2008, l'assemblea dei Sindaci dell'Organismo di Bacino n. 31 ha individuato la proposta di project financing dell'ATI AIMAG come di pubblico interesse ai sensi dell'art. 154 del d.lgs 163/2006 e ha nominato il predetto raggruppamento temporaneo quale "Promotore".

2. – Con ricorso consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 18 agosto 2008 e depositato il successivo 28 agosto, la CPL Concordia impugna il provvedimento di individuazione del promotore finanziario, nonché gli altri atti meglio indicati in epigrafe, domandandone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi.

A) Sulla mancata esclusione dalla procedura della proposta della ATI AIMAG:

1° Violazione dell'art. 13, comma 1, del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito nella legge n. 248 del 2006, in quanto l'AIMAG S.p.A. e l'AMSC S.p.A non avrebbero come oggetto sociale esclusivo la gestione di servizi pubblici locali.

2° Violazione dell'art. 13, commi 2, 3 e 4, del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito nella legge n. 248 del 2006, in quanto per le società AIMAG e AMSC deve ritenersi esclusa la possibilità di partecipare alle gare bandite da soggetti terzi fino a quando non avranno modificato il loro oggetto sociale rinunciando alle attività strumentali in affidamento diretto.

3° Violazione dell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito nella legge n. 248 del 2006, in quanto le società controinteressate avrebbero dovuto essere escluse anche perché l'oggetto della procedura non era costituito dal servizio pubblico locale ma dalla costruzione della rete del gas metano.

4° Violazione dell'art. 14 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, poiché l'AIMAG e l'AMSC avrebbero in corso l'affidamento diretto di servizi pubblici locali, acquisiti anche dopo il giugno 2000.

5° Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto l'amministrazione avrebbe dovuto verificare la sussistenza delle condizioni per lo svolgimento di attività extraterritoriale da parte delle società AIMAG e AMSC.

B) Sulla mancata esclusione dalla procedura della proposta di Fiamma 2000:

1° Difetto di procura in capo al sig. Ciambella, procuratore speciale di FIAMMA 2000, ai fini della sottoscrizione della proposta di project financing, nonché sotto altri diversi profili.

2° Violazione dell'art. 153 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 99 del DPR n. 554/1999, in quanto la società FIAMMA 2000 risulterebbe carente dei requisiti richiesti per partecipare ad una procedura di project financing.

3° Illegittimità dell'avviso pubblico indicativo, nella parte in cui consente di presentare proposte anche a soggetti che non hanno i requisiti di cui all'art. 99 del DPR n. 554/1999, chiedendo solo un impegno ad acquisirli in futuro.

4° Violazione dell'art. 38 del Codice dei Contratti, per la mancata dichiarazione sostitutiva di amministratori della società Fiamma 2000.

3. – Con i motivi aggiunti depositati il 21 ottobre 2008, la CPL Concordia impugna, altresì, il bando di gara per la concessione di progettazione, costruzione e gestione della rete per la distribuzione del gas metano, deducendone l'illegittimità in via derivata dai vizi dedotti con il ricorso introduttivo. La domanda cautelare, incidentalmente proposta con i suddetti motivi aggiunti, per la sospensione del bando, è stata accolta con ordinanza di questa Sezione n. 448 del 12 novembre 2008.

4. – In data 3 gennaio 2009, l'Organismo di Bacino n. 31 ha depositato:

- la deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci n. 6 del 20.11.2008, con la quale è stato impartito al responsabile unico del procedimento (R.U.P.) l'indirizzo di procedere alla predisposizione degli atti necessari per annullare in autotutela la deliberazione con la quale l'A.T.I. AIMAG era stata individuata quale soggetto promotore finanziario, escludendo dalla gara le due società AIMAG e AMSC procedendo alla verifica dei requisiti nei confronti della sola COSEAM;

- la determinazione del R.U.P. e direttore del Bacino n. 31, adottata il 26 novembre 2008, con la quale prende atto dell'attività svolta dalla commissione di valutazione, che ha proceduto alla verifica dei requisiti nei confronti della COSEAM, unica impresa proponente dopo la modifica della composizione dell'A.T.I. AIMAG;

- la deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci dell'Organismo di Bacino n. 31, n. 7 del 10.12.2008, con la quale è stata annullata la deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci n. 5 del 26 giugno 2008 nella parte in cui individuava come promotore la costituenda ATI AIMAG, escludendo le due società AIMAG e AMSC; è stato dichiarato di pubblico interesse il progetto di project financing originariamente proposto dall'ATI

AIMAG, individuando come soggetto promotore finanziario la sola COSEAM s.p.a.;

- la determinazione del direttore del Bacino, del 16.12.2008, con la quale si è provveduto alla aggiudicazione provvisoria della concessione.

5. - Con i motivi aggiunti depositati il 4 febbraio 2009, la società ricorrente impugna gli atti sopra citati, deducendo:

1° Violazione del giudicato cautelare formatosi a seguito dell'ordinanza del TAR Sardegna, sez. I, 12 novembre 2008, n. 448, con la quale è stato sospeso il bando di gara impugnato.

2° Violazione dell'art. 37, comma 9, dell'art. 51 e dell'art. 153, comma 21, del d.lgs. n. 163/2006.

3° Violazione degli 98 e 99 del D.P.R. n. 554/1999, dell'art. 152, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, per la mancanza dei requisiti da parte di COSEAM s.p.a. .

4° Violazione dell'art. 107 del T.U.E.L. e incompetenza dell'Assemblea dei Sindaci a deliberare in ordine al procedimento di gara, materia riservata ai dirigenti.

6. – Si è costituito in giudizio l'Organismo di Bacino n. 31, chiedendo che il ricorso sia respinto.

7. – La società FIAMMA 2000, costituitasi in giudizio con atto del 4 settembre 2008, ha comunicato la sopravvenuta carenza di interesse alla lite con memoria depositata il 29 dicembre 2008.

8. – Per resistere al ricorso in esame, si sono costituite in giudizio anche le società componenti la costituenda ATI AIMAG, concludendo per il rigetto.

9. - La controinteressata A.T.I. AIMAG propone, altresì, ricorso incidentale, notificato il 22 ottobre 2008 e depositato il successivo 28 ottobre 2008, con il quale impugna tutti gli atti del procedimento di individuazione del promotore nella parte in cui non escludono la proposta presentata dal raggruppamento costituendo ATI CPL Concordia, domandandone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi:

1° Violazione dell'art. 4 ("documenti essenziali delle proposte"), dell'art. 6 ("criteri di valutazione") e dell'art. 13 ("cause di esclusione") dell'avviso

pubblico. Violazione articoli 153, 154 e 155 del codice dei contratti pubblici. Eccesso di potere per irragionevolezza e disparità di trattamento.

2° Violazione art. 5 ("fattibilità delle proposte") dell'avviso pubblico e dell'art. 154 del D.lgs. n. 163/2006 sulla valutazione della fattibilità della proposta sotto il profilo del valore economico finanziario del piano e dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione; violazione dell'art. 13 ("cause di esclusione") dell'avviso. Eccesso di potere sotto il profilo della irragionevolezza e della disparità di trattamento.

10. – All'udienza del 29 aprile 2009 la causa, su richiesta delle parti è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Prima di esaminare i numerosi motivi del ricorso principale, è necessario precisare quali siano i fatti procedurali rilevanti.

2. – In effetti – sulla base di quanto ampiamente riferito in narrativa – non può non rilevarsi che l'annullamento d'ufficio della iniziale scelta del promotore, con la contestuale esclusione dalla procedura di due delle tre società componenti la costituenda ATI AIMAG (cioè la AIMAG e la AMSC), comporta il venir meno della materia del contendere, quantomeno nella parte in cui con il ricorso introduttivo veniva contestata la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva delle due società.

2.1. - Sotto questo profilo, pertanto, oggetto del giudizio diventano le censure sollevate con i motivi aggiunti depositati il 4 febbraio 2009, nonché dei primi motivi aggiunti depositati il 21 ottobre 2008.

2.2. - La difesa dell'amministrazione resistente, nelle memorie del 7 gennaio e del 23 aprile 2009, sostiene, in primo luogo, l'improcedibilità dei primi motivi aggiunti; e, in secondo luogo, l'improcedibilità dell'intero ricorso per la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere dovuta al fatto che l'ATI CPL Concordia non ha presentato domanda di partecipazione alla gara per l'affidamento della concessione, per cui non sarebbe di alcuna utilità l'eventuale annullamento della procedura di scelta del promotore.

2.3. – Nessuna delle due eccezioni può essere accolta. In realtà, anche se CPL Concordia non ha partecipato alla procedura per l'affidamento della

concessione, ha indubbiamente interesse a conseguire l'annullamento della nomina del promotore, posto che in tal modo provocherebbe non solo il rinnovo della scelta del promotore, scelta che potrebbe cadere sulla proposta della ricorrente (ovvero la indizione di una nuova procedura, cui la stessa potrebbe partecipare), ma anche il conseguente annullamento della gara per il concessionario, con la eventuale riedizione di questa, nell'ambito della quale la CPL Concordia potrebbe assumere il ruolo di promotore con i privilegi connessi al "diritto ad essere preferito", di cui agli artt. 153 e 154 del codice dei contratti (nella versione originaria applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, in quanto l'avviso indicativo è stato pubblicato prima delle modifiche legislative che hanno soppresso la prelazione del promotore).

4. – Permane, altresì, la necessità di valutare la fondatezza delle ragioni di illegittimità dedotte dalla ricorrente nei confronti della mancata esclusione dalla procedura della società FIAMMA 2000 (esposti in fatto al punto 2, sub lettera B), poiché solo nell'ipotesi di accoglimento di uno di tali motivi si radicherebbe, in capo alla CPL Concordia, l'interesse ad impugnare gli atti di scelta del promotore (atteso che, come accennato in fatto, la proposta della ricorrente si è collocata al terzo posto nella graduatoria finale approvata dalla commissione nella seduta del 25 giugno 2008). Tutto ciò indipendentemente dal fatto che la Fiamma 2000 ha dichiarato il *venir meno*, sul piano processuale, del proprio interesse alla lite.

4.1. – Con il primo dei motivi evocati al punto precedente si sostiene che la società Fiamma 2000 avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in quanto la proposta è stata sottoscritta da soggetto sfornito di idonei poteri di rappresentanza.

Il motivo è infondato.

In premessa va precisato che la procura speciale prevede quanto segue: "sottoscriv(ere) e stipula(re) con le amministrazioni competenti i contratti di concessione per la distribuzione del gas ed i contratti d'appalto necessari per la realizzazione della relativa rete. ... al sunnominato procuratore vengono conferiti tutti i più ampi e necessari poteri perché possa fare quanto si rende utile e necessario per l'espletamento del presente mandato, anche se qui non espressamente indicato, senza che al costituito procuratore possa venire eccepita indeterminatezza o carenza alcuna di poteri".

Come affermato dalla Sezione in analoga occasione (cfr. sez. I, 18 settembre 2008, n. 1783), l'ampiezza del conferimento deve essere letta sulla scorta dell'art. 1708, primo comma, del codice civile, ai sensi del quale "il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento". Ciò giustifica il consolidato principio della giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui "tra gli atti necessari al compimento del mandato che, - ai sensi dell'art. 1708 c.c., sono ricompresi nel suo ambito, vanno considerati quelli che si riconnettono all'attività espressamente consentita e ne costituiscono l'ulteriore svolgimento naturale, e non anche quelli che non si pongano come necessari e consequenziali per l'adempimento del mandato, costituendone invece un ulteriore sviluppo, attraverso una dilatazione dell'oggetto ("ex multis", Cass. 6353-81, 1911-73, 3784-71, 2662-68: per lo stesso principio, con riferimento ad ipotesi specifiche, cfr. Cass. 2387-97, 7891-94 e 11650-92). È del tutto evidente, poi, che, al fine di stabilire contenuto ed estensione del mandato conferito per l'espletamento di una determinata attività, non si può non tener conto di atti il cui compimento è reso obbligatorio dalla legge: dovendosi ritenere, anzi, che in tal caso neppure si ponga concretamente un problema di individuazione dei limiti del mandato - comportante un accertamento rimesso, di regola, al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da logica ed adeguata motivazione -, perché il mandante non può comunque ignorare che il mandatario è tenuto al rispetto della legge" (così Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 1999, n. 5932; si veda anche, nello stesso senso, sez. III, 12 dicembre 2005, n. 27335). Il criterio utilizzabile è, quindi, quello della connessione necessaria tra l'atto giuridico indicato esplicitamente quale oggetto del mandato e l'atto compiuto dal mandatario, ossia un criterio che si basa sul rapporto tra gli atti e non prende in considerazione il loro contenuto.

La formula utilizzata nella procura speciale in esame è, pertanto, sufficientemente ampia per ritenere compreso in esso anche il potere di presentare la proposta di project financing, atto che nelle procedure di selezione pubbliche costituisce il necessario antecedente ai fini della (eventuale) stipula del contratto o della concessione.

4.2. – Il secondo e il terzo motivo, riguardando la questione dei requisiti richiesti per la partecipazione alle procedure di individuazione del promotore finanziario, dall'art. 99, commi 1, del D.P.R. n. 554/1999, possono essere esaminati congiuntamente.

Detti motivi sono infondati.

Deve infatti osservarsi, sul piano probatorio, che la ricorrente si limita ad affermazioni generiche circa il mancato possesso da parte di FIAMMA 2000 dei requisiti prescritti, senza assolvere all'onere di allegare quantomeno un principio di prova che possa giustificare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice (in omaggio al noto principio dispositivo con metodo acquisitivo, che governa l'istruttoria nel processo di legittimità). Ne deriva l'infondatezza in fatto del secondo motivo.

Quanto al terzo motivo, con il quale si contesta la legittimità della clausola dell'avviso pubblico che consentiva ai proponenti privi dei requisiti di dichiarare il solo "impegno a qualificarsi", considerato che FIAMMA 2000 ha dichiarato in gara "di essere in possesso dei requisiti ... di cui agli artt. 98 e 99 del DPR 554 del 21 dicembre 1999", è appena il caso di precisare che la doglianza è da qualificare, più che infondata, irrilevante (posto che, nel caso di specie, la clausola non ha trovato applicazione).

4.3. – Il quarto motivo, con il quale si denuncia la violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, è fondato.

L'art. 38 cit., quando si tratti di società di capitali, estende l'obbligo di dichiarare la insussistenza di alcune delle cause di esclusione (si veda, per tutte, la lettera C della disposizione) a tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza. Dalla documentazione in atti, e in specie dalla visura del registro delle imprese presentata in gara dalla FIAMMA 2000, risultano soggetti titolari di cariche sociali che non hanno reso la dichiarazione di cui all'art. 38 (sottoscritta dal solo sig. Ciambella, in qualità di procuratore speciale della società).

La società FIAMMA 2000, pertanto, doveva essere esclusa ai sensi dell'art. 38, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

5. – Il discorso deve, a questo punto, riprendere dall'esame dei motivi aggiunti, depositati il 4 febbraio 2009, con cui l'ATI CPL Concordia impugna gli atti della procedura relativi alla individuazione della società COSEAM s.p.a. come unico soggetto promotore (in luogo dell'ATI AIMAG).

5.1. – In ordine logico, occorre iniziare la trattazione dal quarto dei motivi aggiunti, con il quale si sostiene l'incompetenza dell'Assemblea dei Sindaci, organo politico dell'Organismo di Bacino n. 31, ad adottare le deliberazioni impugnate. La materia, infatti, ai sensi dell'art. 107 del

T.U.E.L rientrerebbe nella competenza gestionale dei dirigenti amministrativi.

5.2. - Il motivo è infondato.

Il vecchio art. 154 del codice dei contratti, abrogato a decorrere dal 17 ottobre 2008 per effetto dell'art. 1, comma 1, lettera ee), del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, sembrava individuare nel responsabile del procedimento l'organo competente ad esprimersi sia sulla fattibilità tecnico economica della proposta sia sulla sua rispondenza al pubblico interesse. In realtà, il responsabile del procedimento (salvo che non rivesta qualifica dirigenziale) non ha alcun potere valutativo proprio, potendo espletare soltanto incombenze istruttorie interne al procedimento, restando, poi, il potere di scelta finale affidato all'autorità attributaria della correlativa potestà; autorità da identificare in base alle disposizioni che regolano, per ciascuna amministrazione, il riparto di competenze tra organi burocratici e organi di direzione politica (si veda T.A.R. Toscana, 21 maggio 2007, n. 763).

Pertanto, non sembra possano sorgere dubbi sul fatto che spetti al dirigente competente per settore pronunciare sulla validità della proposta dal punto di vista tecnico-economico.

5.3. - Problematico appare, invece, riconoscergli il potere di valutarne la rispondenza al pubblico interesse. Infatti, occorre considerare che la proposta di project financing viene ad integrare una scelta, effettuata dall'amministrazione in sede di programmazione, basata unicamente su semplici studi di fattibilità. Gli esatti contorni dell'opera da realizzare vengono delineati, in tutti i suoi aspetti, soltanto nella proposta fatta dal promotore, per cui deve ritenersi che la valutazione sulla conformità dell'intervento al pubblico interesse spetti all'organo competente a fissare, ai più alti livelli, gli orientamenti fondamentali dell'ente (si veda anche Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287). Nell'ordinamento degli enti locali, l'art. 42, comma 2, lettera e), del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, attribuisce alla competenza del Consiglio comunale l'affidamento dei pubblici servizi (nell'ambito dei quali, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 164/2000, rientra anche l'attività di distribuzione di gas naturale).

Alla luce delle considerazioni svolte è da escludere, pertanto, la possibilità di demandare l'attività valutativa circa la rispondenza della proposta all'interesse pubblico agli organi di gestione amministrativa.

5.4. - I principi previsti per l'ordinamento dei comuni e dunque, in primo luogo, il principio di distinzione tra organi di indirizzo politico e organi di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica (di cui all'art. 107 del citato d.lgs. n. 167/2000) trova applicazione anche quando i servizi e le funzioni siano esercitate in forma associata, nell'ambito delle figure disciplinate dal testo unico degli enti locali, come accade, nel caso di specie, per l'Organismo di Bacino n. 31. A tali principi si adeguano pienamente le impugnate deliberazioni dell'Assemblea dei Sindaci, nella parte in cui dispongono sulla scelta della proposta di project financing ritenuta di interesse delle amministrazioni deliberazioni e individuano il promotore.

5.5. – Per quanto concerne gli ulteriori profili di censura, deve rilevarsi che attraverso la determinazione del direttore, n. 14 del 26 novembre 2008, il dirigente ha fatto propri i contenuti delle deliberazioni contestate con i motivi aggiunti in esame. Ne deriva come conseguenza che gli effetti giuridici procedurali non debbono essere fatti risalire a dette deliberazioni ma, appunto, agli atti del dirigente.

6. – Proseguendo nell'esame dei motivi aggiunti, nel rispetto di un ordine logico che sarà chiaro quando si affronterà la doglianza sulla violazione del giudicato cautelare discendente dall'ordinanza di questa Sezione n. 448/2008, occorre soffermarsi sulla dedotta violazione del principio di immodificabilità della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese dopo la presentazione dell'offerta.

6.1. - La censura non è divisibile.

Secondo gli orientamenti ormai prevalenti nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio di Stato, dai quali il Collegio, nel caso di specie, non ravvisa ragioni per discostarsi, il principio sotteso al divieto posto dall'art. 37, comma 9, del codice dei contratti (nonché la ratio dell'art. 51; e dell'art. 116, relativo alla fase di esecuzione del contratto), è quello di evitare che l'amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto con operatori economici i quali non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali, in particolare, non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine economico-finanziario (cfr. sul punto, in senso conforme, Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873; sez. V, 3 agosto 2006, n. 5081; sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101; sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964). Il divieto di variazione soggettiva dei raggruppamenti non opera, conseguentemente, in tutte le ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice verifichi, prima dell'aggiudicazione o della stipulazione del contratto, la sussistenza dei

requisiti nei confronti del nuovo soggetto che si aggiunga ai componenti originari del raggruppamento temporaneo o che ne sostituisca alcuno. Quest'ultima condizione (necessità della verifica dei requisiti) è particolarmente rilevante nel caso delle associazioni temporanee di imprese. Infatti, ove si tenga conto che si tratta di uno strumento giuridico che ha la finalità principale di consentire la partecipazione ai pubblici appalti avvalendosi della somma dei requisiti delle singole imprese associate (o associande), il recesso da parte di una di loro comporta naturalmente la necessità di verificare se le imprese rimanenti abbiano da sole i requisiti prescritti.

6.2. - La ricorrente sostiene che alla fattispecie concreta non si possa applicare l'interpretazione appena esposta in quanto l'offerta dell'ATI AIMAG era inammissibile per la illegittima partecipazione delle due società AIMAG e AMSC. Tuttavia, se si muove dalla premessa che il divieto di apportare modifiche alla composizione dei raggruppamenti è escluso quando l'amministrazione sia posta nelle condizioni di accertare i requisiti dei nuovi soggetti partecipanti, è irrilevante stabilire per quali ragioni tali modifiche si verificano. Così come è irrilevante stabilire se le modifiche siano dovute al recesso (o ad altri strumenti dell'autonomia privata) oppure ad atti di esclusione dalla gara adottati dall'amministrazione appaltante.

Nel caso che occupa il Collegio, inoltre, l'illegittima partecipazione delle due società costituiva il vizio di invalidità derivata, alla luce del quale era stata emessa la citata ordinanza di accoglimento della domanda cautelare di sospensione del bando di gara per la concessione. Ne deriva che il rinnovo del procedimento di scelta del promotore, con l'esclusione delle società citate, costituisce il puntuale adempimento del contenuto conformativo del giudicato cautelare.

6.3. - Con il che si è anche espressa la motivazione per la quale il Collegio non ritiene che si possa ravvisare la violazione o l'elusione del giudicato cautelare, per effetto degli atti impugnati con i motivi aggiunti del 4 febbraio 2009. Pertanto, anche il primo di tali motivi aggiunti risulta infondato.

7. - Rimane da vagliare il terzo mezzo di gravame proposto con i motivi aggiunti depositati il 4 febbraio 2009, con cui si deduce che la COSEAM S.p.A., rimasta unico soggetto promotore dopo l'esclusione di AIMAG e AMSC, non possiederebbe i requisiti di cui agli articoli 98 e 99 del D.P.R. n. 554/1999, e comunque non avrebbe dichiarato in gara di possederli;

infine, l'amministrazione appaltante avrebbe omissis ogni accertamento istruttorio sul punto.

7.1. - La doglianza è fondata nei limiti di quanto segue.

Dal verbale della seduta del 25 novembre 2008 della commissione di valutazione risulta testualmente che "la Commissione procede alla verifica della documentazione constatando che al momento della presentazione della proposta la Ditta COSEAM S.p.A. ha dichiarato il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi così come richiesto dall'avviso pubblico indicativo per l'individuazione del promotore finanziario ..." Dalla documentazione in atti (cfr. la produzione documentale depositata dall'amministrazione resistente il 12 settembre 2008, concernente la "documentazione amministrativa presentata dall'ATI AIMAG"), si riscontra come la sola dichiarazione presentata in gara dalla COSEAM S.p.A. è quella prodotta cumulativamente dalle società componenti l'A.T.I. costituenda. Non risulta, invece, alcuna dichiarazione che riguardi il possesso dei requisiti richiesti dall'avviso pubblico da parte della sola COSEAM.

Nondimeno, la dissoluzione del costituendo raggruppamento temporaneo e la permanenza, quale soggetto partecipante alla procedura, della sola COSEAM avrebbe dovuto comportare l'autonoma verifica, nei confronti di quest'ultima, della sussistenza dei requisiti prescritti. A tali fini, tuttavia, non poteva utilizzarsi una dichiarazione sostitutiva (quale quella del 2 luglio 2007, allegata alla documentazione amministrativa sopra richiamata) nella quale congiuntamente le tre società (AIMAG, AMSC e COSEAM) "dichiarano di essere in possesso di tutti i requisiti ... degli articoli 98 e 99 del D.P.R. 554/99", ma sarebbe stato necessario – da parte della commissione di valutazione - procedere ad acquisire la documentazione concernente la sola COSEAM.

7.2. - E' stato omissis, in conclusione, l'accertamento della condizione cui è subordinata la possibilità di evitare l'applicazione del divieto scolpito nell'art. 37, comma 9, del codice dei contratti, secondo i principi enunciati al punto 6.1.. Ne deriva come conseguenza l'illegittimità dell'ammissione della COSEAM S.p.A. e dei provvedimenti con i quali è stato nominato il promotore.

8. - La riscontrata fondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti, nei limiti delineati, impone di passare all'esame del ricorso incidentale proposto collettivamente dalle società controinteressate.

8.1. - Va immediatamente precisato che il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile per quanto concerne le posizioni di AIMAG e AMSC, per il sopravvenuto difetto di ogni loro interesse a ricorrere. Infatti, come accennato più volte, tali società sono state escluse dalla procedura di scelta del promotore, con provvedimenti che non sono stati tempestivamente impugnati, con la conseguenza che le stesse non potrebbero trarre alcuna utilità giuridica dalla conservazione di atti (in primis, quelli di individuazione del promotore finanziario) i cui effetti non coinvolgono la loro sfera giuridica.

Permane, invece, con tutta evidenza, l'interesse all'impugnazione incidentale da parte di COSEAM S.p.A. .

8.2. – I due motivi del ricorso incidentale contestano, sotto diversi profili, la conformità alle prescrizioni dell'avviso pubblico della proposta di project financing presentata dall'A.T.I. CPL Concordia.

8.3. – In particolare si deduce quanto segue:

- la proposta di CPL non conterrebbe il calcolo delle tariffe secondo le deliberazioni dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG), con ciò determinando anche l'inattendibilità del piano economico-finanziario;

- la proposta dell'A.T.I. CPL sarebbe in contrasto con l'art. 6, punto C4, dell'avviso pubblico, perché non prevedrebbe alcuna garanzia in merito all'intervento;

- il piano economico-finanziario proposto dall'A.T.I. CPL sarebbe inattendibile in diversi elementi essenziali: in ordine al costo di allacciamento a carico dell'utente finale, per la contraddittorietà tra quanto indicato nel P.E.F. (euro 100 per cliente) e quanto previsto nella bozza di convenzione (euro 450); i ricavi di distribuzione non sarebbero stati calcolati ai sensi di legge; mancherebbero le voci di costo relative ai serbatoi di gpl, al cavidotto multi servizi, alle opere per gli allacciamenti, al calcolo degli ammortamenti fiscali e tecnici.

8.4. – I motivi sono complessivamente infondati.

Va precisato, in primo luogo, che gli elementi segnalati dalla ricorrente incidentale attengono ai criteri di valutazione delle proposte di finanza di progetto elencati al punto 6 dell'avviso pubblico, ai fini della individuazione della proposta che si ritenga di pubblico interesse per l'amministrazione procedente. Pertanto, anche se si dovessero ritenere

tali elementi insoddisfacenti, si tratterebbe di un giudizio che potrebbe riflettersi esclusivamente sul piano della attribuzione dei punteggi, ma non sul piano dell'ammissibilità della proposta, considerato che a tali fini non può essere invocato il punto 13 dell'avviso il quale prevede genericamente l'esclusione delle "proposte ... redatte in modo non conforme al presente avviso", con una formula che, secondo giurisprudenza pacifica, integra una mera clausola di stile. Le carenze prospettate non integrano, dunque, una causa di esclusione della proposta ma si riverberano esclusivamente sulla valutazione. E in effetti, dai verbali (n. 23 del 24 giugno 2008 e n. 24 del 25 giugno 2008) della commissione relativi ai punteggi assegnati risulta che, per diversi elementi di valutazione, alla proposta CPL sono stati attribuiti punti zero.

8.5. - Infine, non è superfluo osservare – anche in vista di rinnovo del procedimento di scelta del promotore, dopo il presente giudizio – che la proposta dell'ATI CPL Concordia, come è evidente, non è mai stata qualificata come di pubblico interesse per l'amministrazione. E si è già accennato (conformemente, peraltro, alla più autorevole giurisprudenza: v. Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, ed ivi altre citazioni conformi) come la valutazione della rispondenza al pubblico interesse della proposta di project financing sia espressione di un potere ad alto contenuto discrezionale, con le conseguenti limitazioni del sindacato giurisdizionale di legittimità. Ne deriva che la individuazione della proposta e del promotore deve essere integralmente riservata all'amministrazione procedente, non potendo discendere in via immediata dall'attuazione degli effetti della presente decisione. L'Organismo di Bacino n. 31, pertanto, in sede di della attività amministrativa successiva al giudicato, sarà tenuto esclusivamente a rinnovare il procedimento di scelta del promotore (ovvero a riprenderlo dalla fase di individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse).

9. – In conclusione, devono essere accolti il ricorso e i relativi motivi aggiunti, nei limiti esposti. Va rigettato il ricorso incidentale (previa improcedibilità per le posizioni di AIMAG e AMSC).

Considerata la complessità e la parziale novità delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Prima Sezione, definitivamente pronunciando, così dispone:

- accoglie il ricorso principale e i motivi aggiunti del 21 ottobre 2008 e del 4 febbraio 2009 e per l'effetto annulla i provvedimenti con questi impugnati;

- previa improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse nei confronti dei ricorrenti incidentali AIMAG s.p.a. e AMSC s.p.a., rigetta il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Cagliari nelle camere di consiglio dei giorni 29 aprile 2009 e 24 giugno 2009, con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2009

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

IL SEGRETARIO