

N. 01542/2009 REG.SEN.

N. 00518/2008 REG.RIC.



**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 518 del 2008, proposto da Società Irpina Distribuzione Gas – S.I.DI.Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dal prof. avv. Paolo Tesauro e dagli avv.ti Giovanna De Santis, Piero Franceschi, Paolo Tesauro, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Piero Franceschi in Cagliari, via Sonnino n. 33;

***contro***

Organismo di Bacino n.13, in persona del Sindaco del Comune di Orani, Comune capofila dell'Associazione costituita con convenzione del 5 aprile 2006 tra i comuni di Birori, Bolotana, Borore, Bortigali, Dualchi, Lei, Macomer, Oniferi, Orotelli, Ottana, Noragugume, Sarule, Sedilo, Silanus, Sindia, Bono, Bottida, Burgos, Esportatu e di Illorai, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Avino Murgia, con

domicilio eletto presso il suo studio legale in Cagliari, via Ariosto N.11;

***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;

***per l'annullamento,***

con il ricorso introduttivo, notificato il 13 giugno 2008 e depositato il successivo 26 giugno 2008:

- della nota prot. n. 2710 del 16 aprile 2008, con la quale è stato comunicato alla SI.DI.Gas che "il procedimento relativo all'esame e valutazione delle proposte presentate per la scelta del promotore finanziario ... finalizzata alla realizzazione e gestione delle reti del gas metano nel Bacino n. 13, si è conclusa con la individuazione del promotore nella Società AIMAG ... in qualità di capogruppo della costituenda ATI composta da AIMAGS.p.a., AMSC S.p.A., COSEAM S.p.a. ";

- del verbale della Conferenza dei Sindaci dei Comuni appartenenti all'Organismo di Bacino n. 13 del 4 marzo 2008, di presa d'atto delle risultanze della procedura;

- della deliberazione della Giunta Comunale di Orani n. 37 dell'11 marzo 2008, avente ad oggetto "Intervento A.P.Q. Metanizzazione della Sardegna. Realizzazione Reti comunali del metano bacino n. 13 – Presa d'atto, in qualità capofila dell'Organismo, della individuazione del promotore finanziario per la progettazione, realizzazione e gestione delle reti del gas metano e Dichiarazione di pubblico interesse della proposta";

con i motivi aggiunti, notificati il 17 novembre 2008 e depositati il successivo 21 novembre:

- del bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 26 settembre 2008 con il quale è stata indetta la "Procedura aperta ... per la concessione di lavori di Progettazione, realizzazione e gestione delle reti del gas ..." nei comuni appartenenti al Bacino n. 13;

con i motivi aggiunti, notificati il 23 dicembre 2008 e depositati il 7 gennaio 2009:

- della nota dell'Organismo di Bacino n. 6900 del 19 settembre 2008, con la quale l'Amministrazione resistente ha comunicato all'A.T.I. AIMAG che la proposta di modifica dell'ATI stessa e la prosecuzione della procedura con la sola COSEAM S.p.A. "non trova alcun motivo ostativo da parte dell'amministrazione".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Organismo di Bacino N.13;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aimag Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Amsc Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Coseam Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27/05/2009 il dott. 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 ricorrente 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. 13 costituito per lo sviluppo della rete di distribuzione del metano in Sardegna ai sensi della delibera di Giunta Regionale n. 54/28 del 22 novembre 2005. Oggetto dell'intervento è la realizzazione della rete gas metano e del cavidotto multiservizi nei centri abitati, nelle aree commerciali e nelle aree produttive dei comuni facenti parte del bacino n. 13. Hanno partecipato 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: ATI AIMAG).

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

Con deliberazione del 4 marzo 2008, l'assemblea dei Sindaci dell'Organismo di Bacino n. 13 ha individuato la proposta dell'ATI AIMAG come "l'unica idonea e rispondente (al pubblico interesse) in termini progettuali, economico finanziari, di funzionalità e di fruibilità dell'opera".

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

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 il raggruppamento temporaneo individuato come promotore finanziario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, posto che sia la società AIMAG sia la società AMSC sono società a capitale prevalentemente pubblico, costituite e partecipate da amministrazione comunali anche per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti.

2° Violazione e falsa applicazione dell'art. 14, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 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.

3° Violazione e falsa applicazione dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, difetto di istruttoria, eccesso di potere per la violazione dei principi di par condicio e di concorrenza, poiché stante la natura di società a prevalente capitale pubblico rivestito dalle società AIMAG e AMSC e la titolarità di affidamenti in house di servizi

pubblici locali in altri enti locali, la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare se la loro partecipazione alla procedura di cui trattasi non comportasse la distrazione di mezzi e risorse dall'espletamento dei servizi nei confronti degli enti pubblici proprietari. Tale verifica sarebbe stata, tuttavia, omessa.

3. – Alla camera di consiglio del 9 luglio 2008, fissata per l'esame della domanda cautelare, parte ricorrente ha chiesto il rinvio al merito.

4. – In data 17 settembre 2008 la ricorrente S.I.DI.Gas diffidava l'amministrazione appaltante a revocare il provvedimento di individuazione dell'A.T.I. AIMAG quale promotore finanziario. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 26 settembre 2008, l'Organismo di Bacino n. 13 indiceva la "Procedura aperta ... per la concessione di lavori", sulla base della proposta presentata dall'ATI AIMAG.

Con i motivi aggiunti, notificati il 17 novembre 2008 e depositati il successivo 21 novembre, la SIDIGAS impugnava anche il suddetto bando di gara, chiedendone l'annullamento per illegittimità derivata dai vizi (dedotti con il ricorso introduttivo) che inficiano la individuazione dell'ATI AIMAG quale promotore finanziario.

5. – Con ordinanza di questa Sezione n. 462 del 26 novembre 2008, è stata accolta la domanda cautelare, proposta incidentalmente con i motivi aggiunti sopra richiamati, per la sospensione del bando di gara, considerato che "anche alla luce di quanto stabilito dalla Sezione con la sentenza n. 1371/2008, sussiste il fumus boni juris in ordine alla richiesta misura cautelare".

6. – Con ulteriori motivi aggiunti, la società ricorrente ha esteso l'oggetto del giudizio ad ulteriori atti, depositati dall'amministrazione resistente nel corso della camera di consiglio del 26 novembre 2008. In particolare, della nota prot. 6900 del 19 settembre 2008, con la quale l'Organismo di Bacino n. 13, a fronte della nota del 18 settembre 2008 con cui l'A.T.I. AIMAG comunicava l'intenzione di modificare la composizione del raggruppamento attraverso il recesso delle società AIMAG e AMSC, proseguendo la procedura di cui trattasi con la sola COSEAM S.p.A., faceva presente alle suddette società che "la scelta da voi operata non trova alcun motivo ostativo da parte dell'Amministrazione ...".

La domanda aggiuntiva è sorretta dai seguenti motivi: violazione degli artt. 37, 154 e 155 del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 98 e 99 del D.P.R. n. 554/1999, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e sviamento dal fine.

7. – Con atto depositato il 7 luglio 2008, si sono costituite in giudizio le società AIMAG s.p.a., AMSC s.p.a e COSEAM s.r.l., appartenenti alla costituenda associazione di imprese, indicata dall'Organismo di Bacino n. 13 quale soggetto promotore finanziario. Con memorie del 3 luglio 2008 e del 18 maggio 2009, chiedono che il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti siano respinti.

8. – Si è costituito anche l'Organismo di Bacino n. 13, concludendo per l'infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.

9. – All'udienza del 27 maggio 2009 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. – Preliminarmente deve essere dichiarata l'inammissibilità, per difetto di interesse, dei motivi aggiunti notificati il 23 dicembre 2008 e depositati il 7 gennaio 2009. Con essi, come si è riferito in fatto, vengono impugnati gli atti con i quali l'amministrazione, a fronte della nota del 18 settembre 2008 con cui l'A.T.I. AIMAG comunicava l'intenzione di modificare la composizione del raggruppamento attraverso il recesso delle società AIMAG e AMSC, proseguendo la procedura di cui trattasi con la sola COSEAM S.p.A., faceva presente alle suddette società che "la scelta da voi operata non trova alcun motivo ostativo da parte dell'Amministrazione ...". Tuttavia, l'iniziativa volta a individuare il nuovo promotore finanziario in sostituzione del raggruppamento temporaneo capeggiato da AIMAG, non si è conclusa con l'emanazione di un nuovo provvedimento (sostitutivo o modificativo della deliberazione dell'Assemblea dei Sindaci dell'Organismo di Bacino n. 13 del 4 marzo 2008, concernente l'individuazione del promotore finanziario). Pertanto, gli atti impugnati debbono essere qualificati come atti preparatori o meramente endoprocedimentali e, in quanto tali, non idonei a produrre effetti lesivi per la società ricorrente e non impugnabili.

Ne deriva, come anticipato, l'inammissibilità dei suddetti motivi aggiunti.

2. – L'esame della controversia rimane quindi circoscritto ai motivi del ricorso introduttivo e, in via di illegittimità derivata, ai primi motivi aggiunti.



3. – Con la prima censura, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, interpretato nel senso che il divieto posto dal comma 1 della disposizione citata si applica anche alle società interamente pubbliche o miste che nel loro oggetto sociale prevedano lo svolgimento sia di attività dirette alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività amministrativa degli enti pubblici costituenti o partecipanti sia di attività dirette alla gestione di servizi pubblici locali.

4. – Il motivo è infondato.

4.1. – Come si è accennato in narrativa, in sede cautelare la soluzione interpretativa prospettata con il motivo in esame fu accolta dalla Sezione, rilevando come ciò derivasse dalla piana applicazione dei principi affermati con la sentenza T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371. Tuttavia, il Collegio non può non riconsiderare la questione alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, che in sede di appello ha riformato la sentenza citata di questo Tribunale. Nella pronuncia i giudici d'appello osservano, in primo luogo, che la giurisprudenza ha ormai chiarito il concetto di strumentalità delle società in questione, identificandolo solo "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'al-terazione 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 multiutilities, 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). (...) 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."

Pertanto, rileva ulteriormente il Consiglio di Stato, "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 ...".

4.2. – Sulla scorta delle predette considerazioni, condivise dal Collegio, la doglianza in esame deve essere respinta.

5. – Con il secondo motivo la ricorrente si lamenta della violazione dell'art. 14 del decreto legislativo n. 164/2000.

5.1. – Il motivo non è fondato.

La medesima decisione del Consiglio di Stato, sopra citata, ha affermato – con argomenti dai quali il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi nel caso di specie – che “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”.

6. – Con il terzo motivo, la ricorrente deduce la violazione dei principi che governano lo svolgimento di attività extraterritoriali da parte delle società pubbliche o miste.

Anche questo motivo è infondato, per le ragioni indicate nella pronuncia del Consiglio di Stato più volte richiamata, nella quale si ribadisce che “per la peculiare natura dei provvedimenti impugnati (...) 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.

7. – In conclusione, devono essere rigettati il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti; e dichiarati inammissibili i secondi motivi aggiunti.

8. - Considerata la peculiarità della vicenda, anche sotto il profilo processuale, si ravvisano giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Sardegna, Sezione Prima, pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe, così dispone:

- rigetta il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti depositati il 21 novembre 2008;

- dichiara inammissibili i motivi aggiunti depositati il 7 gennaio 2009.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del 27 maggio 2009 e del 29 luglio 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 16/10/2009

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

IL SEGRETARIO