

## Gruppo di lavoro "legislazione e regole comunitarie" Roma, 2 marzo 2005

Si riportano di seguito i materiali relativi ad alcuni punti all'ordine del giorno della riunione:

<b>Novità in tema di società miste e di società "in house":</b> .....	<b><u>2</u></b>
<b>MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO</b> .....	<b><u>2</u></b>
<b>MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO</b> .....	<b><u>4</u></b>
<b>SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione) 11 gennaio 2005</b> .....	<b><u>6</u></b>
<b>Consiglio di Stato, Sez. V, 3/2/2005 n. 272</b> .....	<b><u>16</u></b>
<b>Consiglio di Stato, Sez. V, 27/9/2004 n. 6325</b> .....	<b><u>21</u></b>
<b>Consiglio di Stato, Sez. V, 30/8/2004 n. 5643</b> .....	<b><u>27</u></b>
<b>Consiglio di Stato, Sez. VI, 7/9/2004 n. 5845</b> .....	<b><u>30</u></b>
<b>TAR Puglia, Bari, sez. I, 5/1/2005 n. 4</b> .....	<b><u>37</u></b>
<b>TAR Lazio, sez. II bis, 19/4/2004 n. 3377</b> .....	<b><u>40</u></b>
<b>Novità della Legge Finanziaria del 2005 (legge 30 dicembre 2004, n. 311) in materia di appalti pubblici:</b> .....	<b><u>46</u></b>
<b>Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, 15/2/2005 n. 6/CONTR/05</b> .....	<b><u>46</u></b>
<b>Recenti pronunce giurisprudenziali relative al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di servizi pubblici locali e di appalti (sentenze C.d.S. nn. 145/2005, 8220/2004; TAR Abruzzo n. 58/2005; TAR Lazio n. 16604/2004; Corte di Cassazione, SS.UU.,n 23645/2004);</b> .....	<b><u>52</u></b>
<b>Consiglio di Stato, Sez. V, 25/1/2005 n. 145</b> .....	<b><u>52</u></b>
<b>Consiglio di Stato, Sez. IV, 27/12/2004 n. 8220</b> .....	<b><u>57</u></b>
<b>TAR Abruzzo, Sez. L'Aquila, 4/2/2005 n. 58</b> .....	<b><u>67</u></b>
<b>TAR Lazio, Sez. III, 20/12/2004 n. 16604</b> .....	<b><u>70</u></b>
<b>Corte di Cassazione, SS.UU., 21/12/2004 n. 23645</b> .....	<b><u>77</u></b>

## **Novità in tema di società miste e di società "in house":**

- Circolari del Ministero dell'Ambiente del 6 dicembre 2004;
- Giurisprudenza comunitaria: Corte di Giustizia, sentenza dell' 11 gennaio 2005;
- Giurisprudenza nazionale: sentenze C.d.S. n.n. 272/2005, 6325/2004, 5643/2004, 5845/2004; sentenze TAR Puglia n. 4/2005; TAR Lazio n.n. 7763/2004 e. 16254/2004);

## **MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO**

### **CIRCOLARE 6 dicembre 2004**

#### **Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato. (GU n. 291 del 13-12-2004)**

Alle regioni, province e comuni  
Alle autorità d'ambito  
Ai gestori del servizio idrico  
integrato

L'affidamento del servizio idrico integrato a società mista a capitale pubblico-privato è disciplinato dal comma 5, lettera b), dell'art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, così come modificato dall'art. 14 del decreto-legge del 30 settembre 2003, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326. Come già affermato anche nella precedente circolare del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio n. 11559 del 17 ottobre 2001, la particolare configurazione di questa società comporta fin dal momento della sua costituzione la necessaria presenza di un partner privato all'interno della compagine societaria. La presenza del socio privato è dunque requisito indispensabile per l'inquadramento della società nella fattispecie delle società a capitale pubblico-privato, secondo quanto previsto dal novato art. 113 del testo unico n. 267/2000. Le questioni centrali in merito alla scelta del socio privato sono essenzialmente tre: le modalità con cui selezionare il partner privato (scelta intuitus personae o selezione concorrenziale; criteri per la scelta del socio); in quale fase del procedimento di costituzione debba avvenire la selezione; il quantum di capitale sociale da attribuire. Per quanto concerne la prima questione, attinente alle modalità di selezione del partner privato, appare pacifico ai sensi della normativa vigente in Italia - decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533 - il necessario ricorso ad una gara ad evidenza pubblica. Qualora l'ente d'ambito non opti per una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla concessione del servizio idrico integrato e scelga invece l'affidamento diretto ad una società mista, il momento di confronto concorrenziale deve essere comunque riservato alla fase antecedente all'affidamento stesso, ovvero al momento della selezione del socio o dei soci privati che faranno parte del capitale sociale. Queste disposizioni, confermate dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza ormai consolidata, si fondano sull'ineludibile necessità di un previo confronto con altri soggetti operanti sul mercato. Nessun margine di interpretazione è lasciato in relazione a questo aspetto: risulterebbe quindi elusivo della normativa non ricorrere alla preventiva procedura concorsuale per la scelta del socio privato nella costituenda società affidataria del servizio. La scelta non può dunque basarsi sul mero intuitus personae pena l'elusione di principi di buon andamento ed imparzialità. Per quanto poi attiene alla natura del soggetto privato da selezionare, si ritiene che nella suddetta tipologia di società mista, il privato debba avere determinati requisiti di capacità tecnico-

gestionale oltreche' finanziaria. Contrariamente, verrebbe meno il rispetto dell'intendimento del legislatore e non risulterebbero perseguiti gli obiettivi che il medesimo si era prefisso quando ha configurato l'utilizzo del modello societario anche per la gestione dei servizi pubblici locali. La finalita' era e resta la configurazione di un contenitore all'interno del quale gli enti locali, titolari del servizio, possano operare in termini piu' strettamente imprenditoriali, avvalendosi dell'apporto fattivo di know-how proveniente da soggetti imprenditoriali esterni. Gli obiettivi erano e restano quelli del perseguimento di una gestione efficiente, efficace ed economica. Per quanto concerne i criteri di ammissione alla gara e di valutazione delle offerte, pertanto, stante, per le ragioni sopra evidenziate, l'evidente ed assoluta assimilabilita' della procedura di selezione del socio privato nelle societa' miste con quella di individuazione del concessionario nella procedura ex art. 20 della legge n. 36/1994, gli enti locali dovranno fare riferimento, anche in via analogica, al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 22 novembre 2001 e successive modifiche ed integrazioni. Diversamente pero' da quanto stabilito nel predetto decreto per la concessione a terzi, la gara per la individuazione del socio privato nella societa' mista sara' efficace anche in presenza di un'unica offerta valida. In stretta aderenza con quanto sopra, in riferimento all'aspetto che attiene al momento in cui scegliere il partner, occorre chiarire in via definitiva che la scelta del socio privato deve avvenire prima, o comunque contestualmente alla costituzione della societa' cui affidare il servizio. Come gia' affermato in precedenza, la configurazione della societa' cosiddetta mista, nonche' il beneficio di ricevere l'affidamento diretto del servizio, trova il suo presupposto ed il suo fondamento di legittimita' nel fatto che il confronto concorrenziale e la procedura ad evidenza pubblica sia comunque avvenuta, ancorche' non nella fase di affidamento del servizio ma in quella antecedente di selezione del partner privato. In altri termini, poiche' la societa' risultera' costituita con il soggetto che sara' selezionato, e' necessario che la relativa procedura di selezione avvenga antecedentemente alla costituzione della societa' ed al conseguente affidamento del servizio. Nel caso contrario, risulterebbe esserci una violazione dei principi comunitari derivanti dai trattati in tema di parita' di trattamento e di tutela della concorrenza. Qualora tale procedura non sia stata rispettata in passato o non lo sia in futuro, la societa' non puo' considerarsi avente i requisiti della fattispecie di cui all'oggetto, ed e' pertanto soggetta alla decadenza prevista alla data del 31 dicembre 2006, come disposto dal comma 15-bis dell'art. 113 del testo n. 267/2000, cosi' come modificato dall'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326. Infine, sulla questione relativa al quantum di partecipazione del socio privato al capitale della societa', la scelta e' a totale discrezione degli enti locali, fermo restando che una partecipazione minimale andrebbe ad eludere il dettato normativo - come statuito anche dalla giurisprudenza - e sarebbe in palese contraddizione con la *ratio legis* volta a garantire che il privato rappresenti un valore aggiunto a vantaggio della funzionalita' della societa' di gestione e quindi, auspicabilmente, degli utenti destinatari finali del servizio. Ne deriva che la presenza del privato deve avere un rilievo «sostanziale» anche in termini quantitativi e non solo qualitativi, per evitare che vi sia il formale rispetto della norma, senza che se ne perseguano, realmente, le finalita'.

Roma, 6 dicembre 2004

Il Ministro dell'ambiente  
e della tutela del territorio  
Matteoli

## MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO

CIRCOLARE 6 dicembre 2004

Affidamento in house del servizio idrico integrato.

*(GU n. 291 del 13-12-2004)*

Alle regioni, province e comuni  
Alle autorità d'ambito  
Ai gestori del servizio idrico  
integrato

La società di gestione a capitale interamente pubblico, introdotta con l'art. 14 del decreto-legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e contemplata alla lettera c) del comma 5 del novato art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, rappresenta una forma gestionale innovativa le cui modalità di costituzione, operatività e funzionalità, in adeguamento alla cornice normativa esistente in materia societaria, sono disciplinate dalla presente circolare, nella quale sono definite le condizioni essenziali e non eludibili per ricorrere all'affidamento con le suddette modalità e per rispettare i principi di diritto comunitario. La principale peculiarità che caratterizza la suddetta società e che la distingue rispetto alle altre società di diritto privato regolate dal codice civile, risiede nella legittimazione a diventare soggetto affidatario del servizio idrico integrato senza propedeutica gara europea ad evidenza pubblica idonea all'individuazione del concessionario ai sensi dell'art. 20 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, e del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 22 novembre 2001. La società di cui all'oggetto, rappresentando un contenitore atipico sotto diversi aspetti che nel prosieguo si evidenzieranno, determina il concretizzarsi di un rapporto, tra l'amministrazione concedente e la società stessa, non riconducibile ad un rapporto contrattuale tra due soggetti autonomi e distinti, bensì ad una ipotesi di delegazione interorganica. Infatti, come esplicitato nella norma sopra richiamata, «l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi». In tal caso, dunque, non si configura un contratto tra l'amministrazione che conferisce la titolarità del servizio ed un soggetto sostanzialmente distinto da essa e autonomo sul piano decisionale; si realizza, invece, un rapporto riconducibile nella forma e nella sostanza a quello che l'amministrazione ha nei confronti dei propri servizi, seppur nella peculiarità del modello societario in cui tali servizi sono organizzati. Tale modalità gestionale (peraltro menzionata anche dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie del 19 ottobre 2001, n. 12727), notoriamente definita in house, a seguito della sentenza Teckal del 18 novembre 1999, nella quale la Corte di giustizia configuro' questa ipotesi di delegazione interorganica, sancendone l'esclusione dall'applicabilità della normativa europea in materia di appalti pubblici, ovvero della necessaria messa in concorrenza, rappresenta un'ulteriore opportunità, per la gestione dei servizi pubblici locali, che si aggiunge ai modelli tradizionali. Ad essa tuttavia si dovrà ricorrere soltanto in casi eccezionali e residuali, venendosi contrariamente ad eludere i principi derivanti dai trattati, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi, nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento, che disciplinano il mercato dei servizi. Si ricordi a tale riguardo che la stessa Commissione europea ritiene che l'inosservanza dei menzionati principi del trattato costituisca un impedimento al corretto funzionamento del mercato interno ed alla liberalizzazione degli appalti e dei servizi in cui sono in gioco importanti interessi economici. I medesimi concetti sono ribaditi ed esplicitati nella comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Comunità europea del 29 aprile 2000, laddove si afferma che, mentre le concessioni di lavori sono disciplinate specificatamente dalla direttiva comunitaria n. 93/37, art. 1, lettera d), le altre forme di concessioni, nella misura in cui risultino essere atti dello Stato (da intendersi come atti adottati dalle autorità pubbliche che fanno parte dell'organizzazione dello Stato, nonché quelli adottati da qualsiasi altro organismo che, se pur dotato di personalità giuridica autonoma, sia collegato allo Stato da vincoli così stretti da poter essere considerato come facente parte dell'organizzazione di questo ...), sebbene non siano coperti dalle direttive sugli appalti pubblici, sono ugualmente soggette alle disposizioni generali del trattato ed ai principi che la Corte ha elaborato in

materia di appalti (principio di parita' di trattamento, trasparenza, proporzionalita', e mutuo riconoscimento. Quanto sopra conferma il carattere strettamente residuale del modello societario in house, il quale deve configurarsi come un'opportunita' residuale per gli enti locali: malgrado la configurazione societaria che tale modello possiede, infatti, esso non rappresenta una reale esternalizzazione della gestione rispetto alla originaria competenza degli enti locali, bensì costituisce un modello organizzativo per migliorare l'efficienza e l'economicita' dell'attivita' di gestione che gli stessi enti locali sono chiamati a svolgere. L'affidamento diretto del servizio a tale societa' e la contestuale esclusione dell'obbligo di gara, trova la propria giustificazione nel fatto che il conferimento del servizio, a causa di una motivata e comprovata ragione di interesse pubblico che obiettivamente escluda la possibilita' di ricorrere alla gara, non avviene nei confronti di un soggetto giuridico sostanzialmente autonomo, bensì nei confronti di un soggetto gerarchicamente subordinato, assoggettato obbligatoriamente ad un controllo funzionale, gestionale e finanziario stringente. La durata della societa' in house, precisata nell'atto di affidamento, dovra' essere motivata e obbligatoriamente limitata al tempo necessario per il superamento degli impedimenti all'effettiva messa in concorrenza del servizio, da attuarsi mediante la concessione a terzi, ovvero all'affidamento diretto a societa' a capitale misto pubblico-privato previa individuazione del socio privato mediante procedimento di gara europea. In virtu' di cio', e' obbligatorio che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la societa' sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare, le deliberazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attivita' sociale, quali il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti, dovranno essere approvati dagli enti locali partecipanti alla societa'. Gli amministratori ed il direttore della S.p.a. saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari, conformemente, del resto, alle previsioni in materia dettate dagli articoli del codice civile. Alla societa' in house dovranno partecipare esclusivamente enti locali, trattandosi di una societa' di scopo con peculiari caratteristiche. Essa non potra' essere partecipata da societa' a partecipazione pubblica, neppure totale, così come da consorzi intercomunali o, qualora ancora esistenti, da aziende speciali. Non risulta, infatti, che la partecipazione indiretta degli enti locali sia ammissibile in base ai principi comunitari, ne' che sia funzionale allo scopo della gestione in house. Come affermato nel dettato normativo, dovendo la societa' realizzare la parte piu' importante della propria attivita' con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, la societa' dovra' essere partecipata da tutti gli enti locali facenti parte dell'ambito territoriale ottimale. La societa' a totale capitale pubblico che riceve l'affidamento del servizio in house e' una societa' di scopo strettamente interdipendente dall'ambito territoriale nel quale svolge il proprio servizio. La societa' non potra' quindi operare al di fuori del proprio ambito territoriale ottimale, perche' finalizzata unicamente alla gestione del servizio idrico integrato in quel determinato territorio. Cio' dovra' essere espressamente previsto dallo statuto. Nelle ipotesi in cui sia stata scelta la modalita' di affidamento prevista dal comma 5 dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, essa in luogo della cessazione entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente d'ambito, stabilita nel comma 15-bis del novato art. 113 del testo unico n. 267/2000 - puo' considerarsi assimilata all'ipotesi di gestione in house solo nel caso in cui tale societa' presenti rigorosamente i requisiti e le caratteristiche formali e sostanziali sopra elencati.

Roma, 6 dicembre 2004

Il Ministro dell'ambiente e  
della tutela del territorio  
Matteoli

**SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)**  
**11 gennaio 2005**

«Direttiva 92/50/CEE – Appalti pubblici di servizi – Affidamento senza pubblica gara d'appalto –  
Affidamento dell'appalto ad una società mista pubblico-privata – Tutela giurisdizionale – Direttiva  
89/665/CEE»

Nel procedimento C-26/03, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberlandesgericht Naumburg (Germania) con ordinanza in data 8 gennaio 2003, pervenuta in cancelleria il 23 gennaio 2003, nella causa tra:

**Stadt Halle,**  
**RPL Recyclingpark Lochau GmbH,**

e

**Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA**  
**Leuna,**

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, e dai sigg. J.N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (relatore), M. Ilešič e E. Levits, giudici,  
avvocato generale: sig.ra C. Stix-Hackl,  
cancelliere: sig. R. Grass,  
vista la fase scritta del procedimento,  
preso atto delle osservazioni presentate:

–  
per la Stadt Halle, dalla sig.ra U. Jasper, Rechtsanwältin;  
–  
per la Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, dal sig. K. Heuvels, Rechtsanwalt;  
–  
per il governo francese, dai sigg. G. de Bergues e D. Petrausch, in qualità di agenti;  
–  
per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;  
–  
per il governo finlandese, dalla sig.ra T. Pynnä, in qualità di agente;  
–  
per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. K. Wiedner, in qualità di agente, sentite le conclusioni presentate dall'avvocato generale all'udienza del 23 settembre 2004, ha pronunciato la seguente

## Sentenza

1

La presente domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»). La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda altresì l'interpretazione degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE (GU L 101, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/38»).

2

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone la Stadt Halle (Città di Halle) (Germania) e la società RPL Recyclingpark Lochau GmbH (in prosieguo: la «RPL Lochau») alla società Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (in prosieguo: la «TREA Leuna»), in merito alla regolarità, rispetto alle norme comunitarie, dell'affidamento senza pubblica gara di un appalto di servizi relativo al trattamento dei rifiuti, effettuato dalla Stadt Halle a favore della RPL Lochau, società questa il cui capitale è detenuto dalla Stadt Halle, socio di maggioranza, e da una società privata, titolare di una quota minoritaria.

### **Contesto giuridico-normativo**

#### *Normativa comunitaria*

3

Ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52 (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), gli «appalti pubblici di servizi» sono «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». A norma dell'art. 1, lett. b), di tale direttiva, per «amministrazioni aggiudicatrici» si intendono «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico». Infine, l'art. 1, lett. c), della medesima direttiva definisce i «prestatori di servizi» come «le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici[,] che forniscono servizi».

4

A mente dell'art. 8 della direttiva 92/50, «[g]li appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI». Tali disposizioni contengono in sostanza regole in materia di messa in concorrenza e di pubblicità. L'art. 11, n. 1, della medesima direttiva dispone che nell'attribuire gli appalti pubblici di servizi «le amministrazioni applicano le procedure definite nell'articolo 1, lettere d), e) e f), adattate ai fini della presente direttiva». Le procedure alle quali fa riferimento tale disposizione sono, rispettivamente, le «procedure aperte», le «procedure ristrette» e le «procedure negoziate».

5

La categoria n. 16 dell'allegato I A della detta direttiva menziona i servizi consistenti in «[e]liminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi».

6

L'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 92/50 prevede che questa si applichi agli appalti pubblici di servizi il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto «sia pari o superiore a 200 000 ECU».

7

Dal secondo e dal terzo 'considerando' della direttiva 89/665 risulta che la finalità di quest'ultima è di garantire l'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici attraverso mezzi di ricorso efficaci e rapidi, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette, tenuto conto del fatto che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione.

8

A tal fine, l'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico (...) e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

9

L'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

a)

prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

b)

annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c)

accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

(...))»

10

L'art. 1 della direttiva 93/38 è così formulato:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2)

"Imprese pubbliche": le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa:

–

detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, oppure

–

controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa, oppure

–

hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza.

3)

“Impresa collegata”: (...) qualsiasi impresa sulla quale l’ente aggiudicatore eserciti, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo (...). (...))»

11

L’art. 13 della direttiva 93/38 prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi:

a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un’impresa collegata;

(...)

sempreché almeno l’80% della cifra d’affari media realizzata nella Comunità dall’impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata.

(...))»

*Normativa nazionale*

12

Dalla decisione di rinvio risulta che nell’ordinamento tedesco i ricorsi in materia di appalti pubblici sono disciplinati dal Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le restrizioni della concorrenza). In conformità dell’art. 102 di tale legge, «gli affidamenti di appalti pubblici» possono costituire l’oggetto di un ricorso. L’offerente o candidato ha un diritto soggettivo a che vengano rispettate «le disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento degli appalti», il quale gli consente di azionare nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice le pretese giuridicamente riconosciutegli dall’art. 97, n. 7, della legge suddetta «intese ad ottenere che venga compiuto od omesso un determinato atto nell’ambito di una procedura di affidamento di appalto (...))».

13

La decisione di rinvio precisa che, in base alle dette disposizioni, secondo un’opinione seguita da una parte della giurisprudenza e della dottrina in Germania, la proposizione di un ricorso in materia di affidamento di appalto è possibile soltanto se il ricorrente mira a costringere l’amministrazione aggiudicatrice a comportarsi in un certo modo nell’ambito di una formale procedura di affidamento in corso di svolgimento, ciò che significa che la proposizione di un ricorso è impossibile qualora l’amministrazione aggiudicatrice abbia deciso di non indire una pubblica gara d’appalto e di non avviare formalmente una procedura di affidamento. Tuttavia, tale opinione viene contrastata da un’altra parte della giurisprudenza e della dottrina.

#### **Causa principale e questioni pregiudiziali**

14

Dalla decisione di rinvio risulta che la Stadt Halle, con delibera del consiglio comunale in data 12 dicembre 2001, ha affidato alla RPL Lochau l’elaborazione di un progetto per il trattamento preliminare, il recupero e lo smaltimento dei propri rifiuti, senza avviare una formale procedura di affidamento di appalto. Allo stesso tempo, la Stadt Halle ha deciso, anche in tal caso senza fare appello alla concorrenza, di avviare negoziati con la RPL Lochau, al fine di concludere con quest’ultima un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti urbani residuali a partire dal 1° giugno 2005. La detta società si sarebbe assunta gli oneri di investimento relativi alla costruzione dell’impianto termico di smaltimento e recupero dei rifiuti.

15

La RPL Lochau è una società a responsabilità limitata creata nel 1996. Il suo capitale è detenuto, da un lato, per una quota del 75,1%, dalla Stadtwerke Halle GmbH, società il cui socio unico è la Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, a sua volta appartenente al 100 % alla Stadt Halle, e, dall’altro, per una quota del 24,9 %, da una società privata a responsabilità limitata. Il giudice del rinvio designa la RPL Lochau come «società mista a prevalente capitale pubblico» e rileva come la ripartizione del capitale di quest’ultima sia stata concordata nell’ambito di un contratto di società soltanto alla fine del 2001, quando è stato previsto l’affidamento della realizzazione del progetto in questione.

16

Il giudice del rinvio fa altresì osservare come l’attività della RPL Lochau abbia ad oggetto la gestione di impianti di riciclaggio e di smaltimento dei rifiuti. Secondo il detto giudice, le deliberazioni dell’assemblea generale dei soci vengono adottate a maggioranza semplice ovvero con una maggioranza del 75 % dei voti. Attualmente la direzione commerciale e tecnica di tale società sarebbe attribuita ad un’impresa terza, mentre alla Stadt Halle spetterebbe in particolare il potere di procedere alla verifica dei conti.

17

Avendo avuto notizia dell’affidamento dell’appalto al di fuori della procedura prevista dalle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, la TREA Leuna, anch’essa interessata a fornire i detti servizi, si è opposta alla decisione della Stadt Halle ed ha presentato dinanzi alla Sezione camerale per gli appalti pubblici del Regierungspräsidium Halle un ricorso volto ad obbligare la detta amministrazione ad indire una pubblica gara d’appalto.

18

La Stadt Halle si è difesa sostenendo che, ai sensi delle norme nazionali menzionate ai punti 12 e 13 della presente sentenza, il ricorso era inammissibile, a motivo del fatto che essa, quale amministrazione aggiudicatrice, non aveva formalmente avviato una procedura di affidamento di appalto. Inoltre, la RPL Lochau sarebbe piuttosto un'emanazione della Stadt Halle, essendo controllata da quest'ultima. Si tratterebbe dunque di un'«operazione di "in house providing"», alla quale non si applicherebbero le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

19

L'organo adito ha accolto la domanda della TREA Leuna, ritenendo che, anche in assenza di procedura di affidamento, le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice dovessero poter essere oggetto di un ricorso. Esso ha altresì giudicato che, nel caso di specie, non poteva parlarsi di «operazione di "in house providing"», per il fatto che la partecipazione minoritaria del socio privato superava la soglia del 10% a partire dalla quale, ai sensi della normativa tedesca sulle società a responsabilità limitata, si è in presenza di una minoranza che gode di taluni diritti particolari. Il detto organo ha inoltre affermato che era lecito attendersi con ragionevole certezza che le attività svolte dalla RPL Lochau per la Stadt Halle avrebbero comportato uno sfruttamento pari soltanto al 61,25% della capacità del previsto impianto di trattamento dei rifiuti, sicché, per l'utilizzazione della capacità residua, l'impresa sarebbe stata obbligata a reperire incarichi sul suo mercato di azione.

20

L'Oberlandesgericht Naumburg, a seguito dell'appello dinanzi ad esso proposto dalla Stadt Halle, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) a) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico mediante un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici.
- b) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga altresì agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici preliminarmente alla formale indizione di una gara d'appalto, in particolare avverso la decisione sulle questioni, di carattere preliminare, se un determinato procedimento di acquisizione di beni o servizi rientri o meno nell'ambito d'applicazione ratione personae o ratione materiae delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, ovvero se eccezionalmente resti esclusa l'applicazione della normativa sugli appalti.
- c) In caso di risposta affermativa alla questione [1), sub a),] e di risposta negativa alla questione [1), sub b)]:  
se uno Stato membro adempia all'obbligo di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico nell'ambito di un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, nel caso in cui l'accesso alla procedura di ricorso sia subordinato al raggiungimento di una determinata fase formale del procedimento di acquisizione di beni o servizi, quale ad esempio l'avvio di trattative contrattuali verbali o scritte con un terzo.
- 2) a) Presupponendo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente territoriale, intenda stipulare con un organismo formalmente distinto da essa (in prosieguo: l'"organismo controparte") un contratto scritto a titolo oneroso relativo alla fornitura di servizi, il quale rientrerebbe nell'ambito d'applicazione della direttiva [92/50], e ipotizzando inoltre che tale contratto eccezionalmente non costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della detta direttiva qualora l'organismo controparte debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come un organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice (in prosieguo: l'"affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti"), se debba sempre escludersi la possibilità di qualificare un tale contratto come affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti, nel caso in cui un'impresa privata detenga una semplice partecipazione societaria nel detto organismo controparte.
- b) In caso di risposta negativa alla questione [2), sub a)]:  
in presenza di quali condizioni un organismo controparte in cui vi sia la partecipazione societaria di privati (in prosieguo: la "società mista a prevalente capitale pubblico") debba considerarsi come facente parte della pubblica

amministrazione ovvero come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice.

Più precisamente:

- se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento alle modalità e all'intensità del controllo, sia sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla detta società un'"influenza dominante", ad esempio ai sensi degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva 93/38 (...), modificata dall'Atto [relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 1994, C 241, pag. 21, e GU 1995, L 1, pag. 1)], nonché dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio [16 febbraio 1998,] 98/4/CE [, che modifica la direttiva 93/38 (GU L 101, pag. 1)];
- se la possibilità, giuridicamente riconosciuta al socio privato della società mista a prevalente capitale pubblico, di influire in qualche modo sull'individuazione degli obiettivi strategici dell'organismo controparte e/o sulle singole decisioni relative alla conduzione dell'impresa, impedisca di considerare tale entità come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice;
- se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, sotto il profilo delle modalità e dell'intensità del controllo, sia sufficiente un ampio potere direttivo unicamente in ordine alle decisioni relative alla conclusione del contratto e alla fornitura dei servizi, con riferimento ad una specifica procedura di acquisizione;
- se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dello svolgimento della parte più importante della sua attività in favore di tale amministrazione, sia sufficiente che almeno l'80% del fatturato medio realizzato nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni nel settore dei servizi derivi dalla fornitura di detti servizi all'autorità aggiudicatrice ovvero alle imprese a questa collegate o a questa riconducibili, ovvero, qualora la società mista pubblico-privata non abbia ancora maturato un'attività triennale, sia sufficiente che possa prevedersi il rispetto della citata "regola dell'80%"».

### **Sulle questioni pregiudiziali**

21

Al fine di poter fornire una risposta utile e coerente al giudice del rinvio, occorre suddividere ed esaminare le questioni sollevate in due gruppi, secondo il loro contenuto e la loro finalità.

*Quanto alla prima questione, sub a), b) e c)*

22

Con questa prima serie di questioni il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di ricorsi efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* o *ratione materiae* della direttiva 92/50, nonché a partire da quale momento nell'ambito di un'operazione di acquisizione di beni o servizi gli Stati membri siano tenuti a consentire ad un offerente, ad un candidato o ad un interessato l'accesso ad una procedura di ricorso.

23

Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che la direttiva 92/50 è stata adottata, a mente del suo primo e secondo 'considerando', nell'ambito delle misure necessarie per la realizzazione del mercato interno, ossia di uno spazio senza frontiere interne nel quale è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Risulta dal quarto e dal quinto 'considerando' della medesima direttiva che, essendo l'obiettivo di quest'ultima la realizzazione dell'apertura dei mercati degli appalti pubblici nel settore dei servizi, a condizioni di parità di trattamento e di trasparenza, essa deve essere applicata da tutte le amministrazioni aggiudicatrici.

24

Occorre poi sottolineare che le disposizioni della direttiva 92/50 indicano chiaramente i presupposti che rendono obbligatoria l'applicazione delle norme dei titoli III-VI della medesima da parte di tutte le amministrazioni aggiudicatrici, laddove le eccezioni all'applicazione di tali norme vengono tassativamente elencate nella direttiva stessa.

25

Di conseguenza, qualora risultino soddisfatti tali presupposti, ossia, in altri termini, qualora un'operazione ricada nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae della direttiva 92/50, gli appalti pubblici in questione debbono essere attribuiti – a norma dell'art. 8 di tale direttiva, letto in combinato disposto con il successivo art. 11, n. 1 – nel rispetto delle disposizioni di cui ai titoli III-VI della direttiva stessa, e precisamente debbono essere affidati previo esperimento di una pubblica gara e costituire l'oggetto di una pubblicità adeguata.

26

Tale obbligo vincola le amministrazioni aggiudicatrici senza che vi siano distinzioni tra gli appalti pubblici da queste attribuiti per adempiere il loro compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito (v., in tal senso, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., Racc. pag. I-73, punto 32).

27

Al fine di rispondere al giudice di rinvio, occorre esaminare la nozione di «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici» di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665. Posto che la detta nozione non viene espressamente definita in tale direttiva, occorre delimitarne la portata sulla base del tenore letterale delle pertinenti disposizioni della direttiva stessa e in rapporto alla finalità di una tutela giurisdizionale efficace e rapida da questa perseguita.

28

Il tenore letterale dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 presuppone, visto l'impiego dell'espressione «per quanto riguarda le procedure», che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme comunitarie in materia di appalti pubblici e sia idonea a violarle sia assoggettata al controllo giurisdizionale previsto dall'art. 2, n. 1, lett. a) e b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, Racc. pag. I-1091, punto 68). La detta disposizione si riferisce dunque in maniera generale alle decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice, senza operare all'interno di queste ultime alcuna distinzione a seconda del loro contenuto o del momento della loro adozione.

29

L'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 prevede inoltre la possibilità di annullare le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici in rapporto alle specifiche tecniche e ad altre figuranti non soltanto nei documenti di gara, ma anche in qualsiasi altro documento connesso con la procedura di affidamento dell'appalto in questione. Pertanto, la detta disposizione può ricomprendere anche documenti recanti decisioni adottate in una fase situata a monte dell'appello alla concorrenza.

30

Tale estesa accezione della nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice è confermata dalla giurisprudenza della Corte. Quest'ultima ha già statuito che la disposizione di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna limitazione quanto alla natura e al contenuto delle decisioni da essa contemplate (sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria e a., Racc. pag. I-7671, punto 35). Una limitazione siffatta non può desumersi neppure dal tenore letterale dell'art. 2, n. 1, lett. b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenza Alcatel Austria e a., cit., punto 32). Peraltro, un'interpretazione restrittiva della nozione di decisione impugnabile con un ricorso sarebbe incompatibile con il disposto dell'art. 2, n. 1, lett. a), della medesima direttiva, che impone agli Stati membri di prevedere procedure d'urgenza per l'adozione di provvedimenti provvisori in relazione a qualsiasi decisione adottata dalle autorità aggiudicatrici (sentenza HI, cit., punto 49).

31

In tale ottica di interpretazione in senso ampio della nozione di decisione impugnabile con un ricorso, la Corte ha statuito che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, precedente la conclusione del contratto, con la quale la detta autorità sceglie l'offerente al quale sarà attribuito l'appalto, deve in ogni caso poter essere impugnata con un ricorso, indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni qualora il contratto sia stato concluso (sentenza Alcatel Austria e a., cit., punto 43).

32

Riferendosi all'obiettivo della soppressione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi perseguito dalla direttiva 92/50, nonché alle finalità, alla formulazione letterale ed alla ratio sistematica della direttiva 89/665, la Corte ha del pari statuito che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara relativo ad un appalto pubblico di servizi deve poter costituire oggetto di ricorso, in conformità dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (v., in tal senso, sentenza HI, cit., punto 55).

33

A questo proposito, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 23 delle sue conclusioni, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una procedura di aggiudicazione può considerarsi il simmetrico corrispondente della decisione della detta autorità di porre fine ad una tale procedura. Qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non avviare una procedura di

aggiudicazione per il fatto che, a suo avviso, l'appalto in questione non ricade nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie pertinenti, una decisione siffatta costituisce in assoluto la prima decisione suscettibile di controllo giurisdizionale.

34

Alla luce di tale giurisprudenza, nonché degli obiettivi, della ratio sistematica e della formulazione letterale della direttiva 89/665, ed al fine di preservare l'effetto utile di quest'ultima, occorre concludere che costituisce una decisione impugnabile con un ricorso, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della detta direttiva, qualsiasi atto di un'amministrazione aggiudicatrice, adottato in relazione ad un appalto pubblico di servizi rientrante nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 ed idoneo a produrre effetti giuridici, indipendentemente dal fatto che esso sia stato adottato al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto oppure nell'ambito di una procedura siffatta.

35

Non sono impugnabili con un ricorso i comportamenti che costituiscano un semplice studio preliminare di mercato o che abbiano carattere meramente preparatorio e si inseriscano nella fase di riflessione interna dell'amministrazione aggiudicatrice in vista dell'affidamento di un appalto pubblico.

36

Sulla scorta di tali considerazioni, occorre disattendere la tesi sostenuta dalla Stadt Halle, secondo cui la direttiva 89/665 non imporrebbe alcuna tutela giurisdizionale al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una tale procedura non potrebbe essere impugnata con un ricorso, come del resto neppure la decisione sulla questione se un appalto pubblico rientri nell'ambito di applicazione delle pertinenti norme comunitarie.

37

Tale tesi avrebbe infatti come risultato di rendere facoltativa, a discrezione di ciascuna amministrazione aggiudicatrice, l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie, quando invece tale applicazione è vincolata ove sussistano i presupposti da esse previsti. Una facoltà di questo tipo potrebbe portare alla più grave violazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice. Essa diminuirebbe sensibilmente la tutela giurisdizionale efficace e rapida voluta dalla direttiva 89/665 e pregiudicherebbe gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 92/50, vale a dire quelli della libera circolazione dei servizi e di una concorrenza aperta e non falsata in tale settore in tutti gli Stati membri.

38

Quanto al momento a partire dal quale è possibile proporre un ricorso, occorre rilevare come esso non sia formalmente previsto dalla direttiva 89/665. Tuttavia, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da tale direttiva di una tutela giurisdizionale efficace e rapida, da ottenersi segnatamente attraverso provvedimenti provvisori, bisogna concludere che l'art. 1, n. 1, della direttiva stessa non autorizza gli Stati membri a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

39

Sulla scorta della considerazione secondo cui, in conformità del secondo 'considerando' della detta direttiva, il rispetto delle norme comunitarie deve essere garantito in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette, occorre concludere che può essere impugnata con un ricorso la manifestazione della volontà dell'amministrazione aggiudicatrice in ordine ad un determinato appalto, la quale giunga in qualsiasi modo a conoscenza dei soggetti interessati, qualora essa abbia superato la fase indicata al punto 35 della presente sentenza e sia idonea a produrre effetti giuridici. L'avvio di concrete trattative contrattuali con un interessato costituisce una manifestazione di volontà di questo tipo. Al riguardo va evidenziato l'obbligo di trasparenza che incombe all'amministrazione aggiudicatrice al fine di consentire di accertare il rispetto delle norme comunitarie (sentenza HI, cit., punto 45).

40

Quanto ai soggetti ai quali è consentito proporre ricorso, è sufficiente constatare come, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri debbano garantire l'accesso alle procedure di ricorso per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'affidamento di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata (v., in tal senso, sentenza 24 giugno 2004, causa C-212/02, Commissione/Austria, non pubblicata nella Raccolta, punto 24). Pertanto, la formale qualità di offerente o candidato non è necessaria.

41

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione, sub a), b) e c), dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di

fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* della direttiva 92/50. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

*Quanto alla seconda questione, sub a) e b)*

42

Con questa seconda serie di questioni, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con una società di diritto privato da essa giuridicamente distinta, nella quale detiene una partecipazione maggioritaria e sulla quale esercita un certo controllo, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, la detta amministrazione sia sempre tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica previste da tale direttiva per il semplice fatto che un'impresa privata detiene una partecipazione, anche minoritaria, nel capitale della detta società controparte. In caso di soluzione negativa di tale questione, il giudice del rinvio chiede sulla base di quali criteri debba ritenersi che l'amministrazione aggiudicatrice non sia assoggettata ad un obbligo siffatto.

43

Tale questione fa riferimento alla situazione particolare di una società cosiddetta «mista pubblico-privata», costituita e funzionante in base alle norme privatistiche, alla luce dell'obbligo incombente all'amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici qualora sussistano i presupposti da esse contemplati.

44

Al riguardo, va ricordato in primo luogo l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, quale evidenziato nell'ambito della risposta alla prima questione, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Ciò implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie pertinenti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati.

45

L'obbligo di applicare in tal caso le norme comunitarie risulta confermato dal fatto che, all'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50, la nozione di prestatore di servizi, ossia di offerente ai fini dell'applicazione di tale direttiva, include anche «gli enti pubblici che forniscono servizi» (v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc. pag. I-11037, punto 28).

46

Qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente. Pronunciandosi sulla scelta di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di appalto, la Corte ha così statuito che l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, che contempla questo tipo di procedura, deve – in quanto disposizione derogatoria alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi – essere interpretato restrittivamente, e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga grava su colui che intenda avvalersene (sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, Racc. pag. I-3609, punto 58).

47

Nell'ottica di un'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, quale voluta dalle norme comunitarie, la Corte ha statuito, in riferimento alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), che tale direttiva è applicabile qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere, con un'entità giuridicamente distinta, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale entità sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno (sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punti 50 e 51). È opportuno constatare che la controparte contrattuale in quel caso era un consorzio costituito da più amministrazioni aggiudicatrici, al quale partecipava anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione.

48

Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

49

In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

50

Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente.

51

In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

52

Pertanto, occorre risolvere la seconda questione, sub a) e b), dichiarando che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

53

In considerazione di tale risposta, non occorre risolvere le altre questioni sollevate dal giudice nazionale.

#### **Sulle spese**

54

Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

**1)**

**L'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata.**

2)

**Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.**

Firme

### **Consiglio di Stato, Sez. V, 3/2/2005 n. 272**

#### REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

#### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 5909 del 2004, proposto dal Comune di Mentana, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Brunello Mileto, presso il cui studio, in Roma, via G.B. Tiepolo, n. 21, è elettivamente domiciliato, giusto mandato in calce al ricorso;

#### **contro**

la Soc. Coop Centro servizi e ristorazione a r.l., in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Lo Mastro, presso il cui studio, in Roma, via Lucrezio Caro, n. 38, è elettivamente domiciliata, giusto mandato in calce al ricorso di primo grado;

#### **e nei confronti**

della Ge.Se. Pu. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituitosi in giudizio;  
per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma – Sez. II bis n. 3377 del 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata Soc. Coop Centro servizi e Ristorazione a r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo della decisione, nel senso dell'accoglimento del ricorso in appello con compensazione delle spese di giudizio, pubblicato a norma dell'art. 4 della L. 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2004, nominata relatrice cons. Rosalia Maria Pietronilla Bellavia e uditi per le parti gli avv.ti Mileto e Lo Mastro.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO e DIRITTO**

I°- Il Consiglio comunale di Mentana, con la delibera 20 settembre 2003, n. 50, affidò direttamente il servizio di mensa scolastica alla Ge.Se.Pu. s.p.a., società a prevalente capitale pubblico, costituita dallo stesso Comune.

La Soc. Coop Centro servizi e Ristorazione a r.l., precedente affidataria del detto servizio, con ricorso proposto davanti al T.A.R. Lazio-Roma, impugnò la citata delibera nonché gli atti presupposti, fra i quali, in particolare, gli atti relativi alla costituzione della società a capitale misto Ge.Se.Pu. s.p.a., e chiese, nel contempo, il risarcimento dei danni subiti.

La Sez. II bis dell'adito T.A.R., con la sentenza n. 3377 del 19 febbraio 2004, pubblicata il 19 aprile 2004, ha accolto il detto ricorso per la sola parte in cui era stato rivolto contro la citata delibera consiliare, avendo ritenuto necessaria, per l'individuazione del concessionario di un pubblico servizio, la procedura ad evidenza pubblica.

Contro tale sentenza è diretto il presente ricorso in appello, proposto dal soccombente Comune di Mentana.

L'appellata Soc. Coop. Centro servizi e Ristorazione a r.l. si è, a sua volta, costituita, controdeducendo in ordine ai motivi di appello.

II°- L'appellante, con il primo mezzo di gravame, censura l'impugnata sentenza in quanto emessa in applicazione della normativa e delle Circolari ministeriali concernenti gli appalti di pubblici servizi, mentre, nel caso, si tratta di concessione di un pubblico servizio.

La censura è fondata.

Tanto la normativa comunitaria quanto la normativa dello Stato italiano impongono la scelta dell'affidatario di servizi pubblici previa procedura ad evidenza pubblica quando tale affidamento avvenga attraverso un appalto, caratterizzato da una prestazione resa dall'appaltatore, cui corrisponde una controprestazione da parte dell'Amministrazione appaltante.

Nel caso, come anche riconosciuto dal primo Giudice, non si verte in tema di appalto di un pubblico servizio, bensì di concessione di siffatto servizio.

Infatti, il Comune appellante, anziché esplicitare il servizio di mensa scolastica direttamente o attraverso una propria azienda specializzata, lo ha affidato alla società a capitale misto, con capitale maggioritario pubblico, da esso Comune costituita, tenuta ad esplicitarlo a favore degli utenti, dietro corrispettivo dagli stessi utenti versato direttamente alla medesima società.

Essendo le società per azioni a capitale pubblico maggioritario alternative alle aziende specializzate costituite dagli Enti locali, la concessione di pubblici servizi a tali società non richiede il previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica e, quindi, viene legittimamente affidata in via diretta, così come viene affidata in via diretta alle dette aziende specializzate.

Il che è ovvio, se appena si considera che le società per azioni a capitale misto sono costituite dagli Enti locali al precipuo scopo di affidare loro i servizi pubblici di propria competenza.

La costituzione di una società mista a capitale pubblico maggioritario non avrebbe, invero, alcuna utilità per l'Ente locale che la ha costituita, ove, poi, lo stesso Ente non potesse affidarle direttamente i servizi pubblici di propria competenza.

Né è a dire che tale affidamento diretto a siffatte società a capitale misto contrasti con il sistema garantistico dell'ordinamento, che richiede i procedimenti ad evidenza pubblica nella scelta degli affidatari di pubblici servizi.

La scelta del partner privato di una società a capitale misto avviene, infatti, attraverso procedura ad evidenza pubblica, così come nel caso è avvenuto.

Considerato che la società a capitale misto con capitale pubblico maggioritario è costituita attraverso procedura ad evidenza pubblica e allo specifico scopo di affidarle i servizi pubblici dell'Ente locale che la ha costituita, è immediatamente conseguenziale che il relativo affidamento debba avvenire in modo diretto.

Altrimenti opinando, la costituzione di tali società miste non avrebbe alcuna pratica utilità, mentre la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei singoli servizi costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento già esperito.

Nella specie, l'affidamento del servizio di mensa solastica è stato affidato dal Comune di Mentana in via dietista alla Ge.Se.Pu. s.p.a. a capitale pubblico maggioritario, costituita e controllata dallo stesso Comune.

Ciò stante ed atteso che lo statuto della detta società prevede anche lo svolgimento del servizio di mensa, la delibera consiliare di affidamento diretto di tale servizio non contrasta, di contro a quanto ritenuto dal T.A.R., con le disposizioni in tema di concessioni di pubblici servizi contenute nell'art. 267 del R.D. 14 settembre 1931, n. 1175, e negli artt. 112, 113 e 113 bis del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267.

Tali norme, sulle quali il T.A.R. ha fondato la propria decisione, riguardano, infatti, l'affidamento dei servizi industriali e, quindi, fattispecie diverse da quella in esame, nella quale non si ha alcuna gestione d'impianti, ma unicamente la fornitura di pasti agli alunni delle scuole pubbliche, preparati fuori dalle scuole.

Il primo mezzo di appello va, pertanto, accolto.

III°- Il Comune deducente, con il secondo mezzo di appello, sostiene l'inammissibilità ("rectius"irricevibilità) del ricorso di primo grado per la parte concernente l'impugnativa della delibera consiliare 2 luglio 1999, n. 53, concernente la costituzione della società a capitale misto Ge.Se.Pu. s.p.a..

L'assunto è fondato.

Il T.A.R. in ordine a tale delibera si è limitato a rilevare la mancanza di un interesse attuale alla relativa impugnativa in capo alla ricorrente, stante l'accoglimento dell'impugnativa principale.

Tale primo Giudice non ha, quindi, rilevato che l'impugnativa della citata delibera era tardiva e, pertanto, irricevibile, in quanto proposta dopo circa quattro anni dalla data della sua adozione.

Nel caso, costituendo la delibera consiliare 2 luglio 1999, n. 53, presupposto della delibera consiliare 20 settembre 2003, n. 50, impugnata in via principale dall'appellata Soc. Coop. Centro servizi e Ristorazione a r.l. davanti al T.A.R., il Collegio deve rilevare la tardività della relativa impugnativa e, quindi, l'irricevibilità "in parte qua" del ricorso di primo grado.

La costituzione della società mista Ge.Se.Pu. s.p.a., cui affidare direttamente la gestione dei servizi di competenza comunale, ha, infatti, immediatamente leso gli interessi della Soc. Coop. Centro servizi e Ristorazione a r.l., in quanto preclusiva della possibilità per la stessa di ottenere l'appalto di tali servizi.

Né, da altra parte, può ritenersi esperibile l'impugnativa dell'atto di costituzione di una società mista solo allorché alla stessa sia direttamente affidato un pubblico servizio, risultando ciò incompatibile con la certezza dell'ordinamento.

Ove fosse dato impugnare la costituzione di una società a capitale misto in un qualunque successivo momento, sia pure in concomitanza all'affidamento diretto a tale società di un servizio pubblico, l'Ente locale che ha provveduto alla costituzione della società, con evidente impegno economico, resterebbe in perpetuo esposto all'annullamento del relativo atto costitutivo, con ovvia compromissione negativa della propria azione organizzativa dei servizi che è tenuto ad assicurare alla collettività.

Così come sostenuto dall'appellante, il ricorso di primo grado va, pertanto, dichiarato irricevibile per la parte in cui è stato rivolto contro la delibera consiliare 2 luglio 1999, n. 53.

IV°- Il Comune deducente, con il terzo mezzo di appello, censura l'impugnata sentenza per erroneità della motivazione, essendovi stato ritenuto il servizio di mensa scolastica a rilevanza industriale, senza tener conto della motivazione contenuta nella delibera impugnata in via principale.

Il gravame è fondato.

Come già prima notato, il servizio di mensa offerto agli alunni delle scuole pubbliche non è un servizio industriale, non dando luogo ad alcun vantaggio economico per l'Amministrazione che lo assicura e non essendo svolto in situazione di competizione con altri operatori dello stesso settore.

Per altro, il carattere non industriale del detto servizio risultava, nel caso, espressamente indicato nella delibera con la quale esso è stato direttamente affidato alla Ge.Se.Pu. s.p.a..

Nel contesto di tale delibera è stata, infatti, evidenziata la necessità di assicurare il servizio in oggetto attraverso una più attenta gestione, comprensiva dei compiti di controllo e di riscossione dei pagamenti, necessità che poteva essere soddisfatta affidandolo alla detta società a capitale misto, soggetta a controllo da parte del Comune, avente con tale società una relazione interorganica, competendogli la nomina della maggioranza del Consiglio di amministrazione e del Collegio sindacale.

Il primo Giudice, nonostante nella delibera "de qua" fosse stato evidenziato il carattere non industriale del servizio, lo ha, invece, ravvisato industriale, senza motivare circa le ragioni del suo diverso avviso, rispetto a quanto emergente dalla delibera sottoposta al suo sindacato di legittimità.

Donde il difetto di motivazione rilevato sul punto dall'appellante a carico dell'impugnata sentenza e, per conseguenza, l'erronea applicazione al caso dell'art. 35 della L. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha sostituito l'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, riguardante i servizi pubblici locali di rilevanza industriale.

Sostanzialmente, il primo Giudice ha erroneamente nonché immotivatamente ravvisato il servizio in oggetto come industriale ed ha, poi, in via consequenziale, erroneamente ritenuto applicabile al caso la norma riguardante i servizi locali di rilevanza industriale (art. 113 del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267, come sostituito dall'art. 35 della L. 28 dicembre 2001, n. 448), anziché ravvisare la fattispecie soggetta alla disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, posta con l'art. 113 bis del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267, introdotto dall'art. 35 della L. 28 dicembre 2001, n. 448.

Anche il terzo mezzo di gravame merita, quindi, accoglimento.

V°- Il Comune deducente, con il quarto motivo di appello censura l'impugnata sentenza per omessa applicazione al caso del comma 15 bis dell'art. 113 del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267, introdotto dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269.

La censura non ha pregio.

Con il detto comma 15 bis è stata stabilita, in mancanza di esplicite norme disciplinanti un congruo periodo di transizione, la cessazione, entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, delle concessioni di servizi di rilevanza industriale rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica.

Lo stesso comma 15 bis ha, poi, escluso dalla disposta cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto per le quali il socio privato sia stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica.

Le disposizioni "de quibus" riguardano esclusivamente i servizi pubblici locali di rilevanza industriale.

Il che è ovvio, atteso che per i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, non operando alcuna limitazione circa l'affidamento diretto alle società con capitale misto, non occorre procedere ad alcuna cessazione "ex lege" dei disposti affidamenti in via diretta a tali società.

Nella fattispecie, non vertendosi in tema di servizio a rilevanza industriale, il comma 15 bis dell'art. 113 del D.Lgs 28 dicembre 2001, n. 448, non poteva, né può, trovare, quindi, applicazione.

Il quarto ed ultimo mezzo di appello deve, conseguentemente, essere disatteso.

VI°- Circa le tesi difensive svolte dall'appellata Soc. Coop. Centro servizi e Ristorazione a r.l., si osserva che esse, salvo quella concernente l'ultimo mezzo di appello, mancano di fondamento, giusto quanto prima osservato.

In particolare, va escluso che il Comune di Mentana sarebbe incorso nella violazione del principio della libera concorrenza, atteso che l'affidamento diretto del servizio di mensa scolastica è privo di rilevanza industriale ed è stato disposto in piena conformità alla normativa operante in materia di servizi non aventi rilevanza industriale (art. 113 bis del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267).

Né la Società appellata può trarre giovamento dai rilievi mossi alle modalità di costituzione della società a capitale misto Ge.Se.Pu. s.p.a., attesa la già rilevata tardiva impugnazione in primo grado della delibera consiliare del Comune di Mentana 2 luglio 1999, n. 53, con la quale tale società mista è stata costituita.

Quanto all'assunto, per altro indimostrato, che la Ge.Se.Pu. s.p.a. avrebbe subappaltato il servizio di mensa scolastica, va osservato che trattasi di circostanza di fatto, ancorchè sussistente, riguardante lo svolgimento del servizio e non già l'affidamento dello stesso, su cui verte l'impugnativa, legittimamente affidato, in via diretta, alla Ge.Se.Pu. s.p.a..

Né, di contro a quanto assunto dall'appellata, il Comune nella delibera di affidamento in via diretta alla Ge.Se.Pu. s.p.a. del servizio di cui trattasi sarebbe stato tenuto a motivare circa la scelta di tale modulo organizzativo.

La detta scelta è stata, infatti, operata allorchè è stata costituita la detta società mista, per assicurare in un primo momento taluni servizi e successivamente gli altri, tutti quanti previsti nel relativo statuto.

Essendo stata la scelta di affidare i vari servizi alla società a capitale misto, appositamente costituita, già operata con la delibera 2 luglio 1999, n. 53, non occorre, certo, che in sede di affidamento diretto del servizio di mensa scolastica alla Ge.Se.Pu. s.p.a. si dovesse nuovamente motivare circa tale determinazione.

Parimenti, l'appellata Società non ha ragione nel dedurre la violazione dei principi e delle regole, anche comunitari, operanti in materia di scelta del contraente, atteso che, giusto quanto prima osservato, il Comune ha proceduto all'affidamento diretto del servizio in argomento in base alla normativa prevedente tale possibilità.

Quanto, infine, alla dedotta inapplicabilità alla fattispecie in esame del comma 15 bis dell'art. 113 del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267, si osserva che il Collegio "sub" V ne ha già rilevato l'inapplicabilità a tale fattispecie, in quanto la detta norma non riguarda i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, nel cui ambito si verte.

Stante tale rilievo, ogni altro profilo d'inapplicabilità della norma "de qua" prospettato dall'appellata ne resta, ovviamente, assorbito.

Le tesi difensive dell'appellata debbono, pertanto, essere disattese.

VIII°- Sulla scorta di tutto quanto considerato, stante la fondatezza dei tre primi mezzi di gravame dedotti, il presente ricorso in appello va accolto e, conseguentemente, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso di primo grado va respinto per la parte in cui è stato diretto contro la delibera consiliare del Comune di Mentana 20 settembre 2003, n. 50, mentre va dichiarato irricevibile per la parte in cui è stato diretto contro la delibera consiliare del prefato Comune 2 luglio 1999, n. 53.

Sussistono, tuttavia giusti motivi per compensare interamente, tra le parti, le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

#### **P.Q.M.**

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quinta) definitivamente pronunciando:

1°)- accoglie il ricorso in appello specificato in epigrafe e, per l'effetto, in totale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado per la parte in cui è stato rivolto contro la delibera consiliare del Comune di Mentana 20 settembre 2003, n. 50, mentre dichiara irricevibile lo stesso ricorso di primo grado per la parte in cui è stato diretto avverso la delibera consiliare del prefato Comune 2 luglio 1999, n. 53;

2°)- compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, addì 26 ottobre 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quinta), riunito in camera di consiglio, con l'intervento dei seguenti magistrati:

Emidio Frascione	Presidente
Rosalia Maria Pietronilla Bellavia	Consigliere estensore
Corrado Allegretta	Consigliere

Cesare Lamberti  
Marzio Branca

Consigliere  
Consigliere

L'ESTENSORE  
f.to Rosalia Maria Pietronilla Bellavia

IL PRESIDENTE  
f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO  
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 3 febbraio 2005  
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE  
f.to Antonio Natale

**Consiglio di Stato, Sez. V, 27/9/2004 n. 6325**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

- sul ricorso in appello nr. 11141/2003 R.G., proposto dal Comune di Como, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliato nel studio di questi in Roma, Via Confalonieri n. 5;

**CONTRO**

Ambrogio Moro S.p.A. nonché SIRAM S.p.A. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Sergio Carpinelli e Claudio Benucci ed elettivamente domiciliate nel studio di quest'ultimo in Roma, Via Cassiodoro n. 19;

**e nei confronti di**

ACSM S.p.A., nella sua qualità di mandataria di Centrogas La Spezia S.p.A. e Manutencoop Coop. a r. l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;  
per l'annullamento  
della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano – Sez. III - n. 3088/2003 depositata in data 11 giugno 2003.

- sul ricorso in appello nr. 11192/2003 R.G., proposto dal di ACSM S.p.A., in proprio e nella sua qualità di mandataria di Centrogas La Spezia S.p.A. e Manutencoop Coop. a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Sciumè e Luigi Manzi ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, Via Confalonieri n. 5;

**CONTRO**

Ambrogio Moro S.p.A. nonché SIRAM S.p.A. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Sergio Carpinelli e Claudio Benucci ed elettivamente domiciliate nel studio di quest'ultimo in Roma, Via Cassiodoro n. 19;  
e nei confronti di

Comune di Como, interveniente ad adiuvandum, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliato nel studio di questi in Roma, Via Confalonieri n. 5 ;

#### **per l'annullamento**

della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano – Sez. III - n. 3088/2003 depositata in data 11 giugno 2003.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visto l'atto di intervento ad adiuvandum;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2004, relatore il consigliere Michele Corradino;

Uditi gli avv.ti Manzi, Benucci e Sciumè come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### **FATTO**

Con la sentenza appellata il TAR Lombardia ha accolto il ricorso (iscritto al nr. 1591/2002) con cui la Ambrogio Moro S.p.A. e la SIRAM S.p.A. avevano gravato la determinazione 9.5.2002 della Commissione giudicatrice del Comune di Como per l'appalto indetto con bando di gara pubblicato in G.U. il 4.2.2002 ed in G.U.C.E. il 16.2.2002 di "fornitura di energia, gestione, manutenzione, ordinaria e straordinaria, adeguamento normativo e riqualificazione tecnologica degli impianti termici a servizio degli edifici dell'Amministrazione comunale con prezzo base d'asta di Euro 35.437.5000,00 e con aggiudicazione in favore dell'offerta più vantaggiosa, indicando a tal fine pubblico incanto ai sensi dell'art. 9, comma 1, lettera a) e 19, comma 1, lettera b) del D.Lgs. n. 358/1992, così come modificato dal D.Lgs. n. 402/1998" che ha ammesso alla gara le società raggruppate in ATI ACSM S.p.A., Centrogas La Spezia S.p.A. e Manutencoop Coop. a r. l., a scioglimento della riserva di ammissione presa nella seduta del 18.3.2002; la determinazione 13.5.2002 di aggiudicazione provvisoria all'ATI ACSM S.p.A. dell'appalto; i provvedimenti successivi, nonché, con motivi aggiunti la determina 20.6.2002 Reg. gen. 1393 del Dirigente del Settore Tecnologico del Comune di Como con cui è stato aggiudicato in via definitiva l'appalto; la determina 15.10.2002 Reg. gen. 1861 del dirigente del Centro di responsabilità Settore Reti-impianti tecnologici-protezione civile, con cui è stato integrato in via di autotutela il precedente provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La sentenza è stata appellata dal Comune di Como (il quale ha spiegato intervento ad adiuvandum nel ricorso nr. 11192 R.G.) e dalla ACSM S.p.A., in proprio e nella sua qualità di mandataria di Centrogas La Spezia S.p.A. e Manutencoop Coop. a r. l., che contrastano le argomentazioni del TAR Lombardia.

La Ambrogio Moro S.p.A. e la SIRAM S.p.A. si sono costituite per resistere all'appello.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2004, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

#### **DIRITTO**

Gli appelli sono fondati, e conseguentemente va annullata la pronuncia gravata.

1. In primo luogo, va disposta la riunione dei ricorsi attesa l'evidente connessione oggettiva e soggettiva.

2. Per una migliore intelligenza dei motivi prospettati con i due ricorsi in appello appare opportuno richiamare, sommariamente, la vicenda per cui è causa.

Il Comune di Como, con bando di gara pubblicato in G.U. il 4.2.2002 ed in G.U.C.E. il 16.2.2002, ha indetto un appalto per l'aggiudicazione, all'offerta più vantaggiosa ai sensi del D.Lgs. n. 358/1992 e successive modifiche, del contratto per la fornitura di energia, nonché per la gestione, la manutenzione, ordinaria e straordinaria, l'adeguamento normativo e la riqualificazione tecnologica, degli impianti termici a servizio degli edifici dell'Amministrazione comunale. Il prezzo base d'asta fissato per l'appalto in esame, avente oggetto misto di fornitura di combustibile (parte economicamente prevalente), di gestione del servizio di riscaldamento e di effettuazione di opere di adeguamento degli impianti, è stato fissato in Euro 35.437.5000,00. La Ambrogio Moro s.p.a. e la Siram s.p.a. hanno partecipato alla gara formulando, in seduta, ampie riserve circa l'ammissibilità dell'offerta della ATI capeggiata dalla ACSM s.p.a., che è stata, quindi, prima ammessa con riserva, e poi definitivamente ammessa in conformità al parere dell'Ufficio legale del Comune, conseguendo l'aggiudicazione dell'appalto. Le ricorrenti hanno quindi impugnato gli atti di gara davanti al TAR Lombardia, deducendo numerose censure, avverso la mancata esclusione della controinteressata, ritenuta doverosa in relazione sia ai suoi vincoli di soggetto a partecipazione pubblica preposto alla gestione di servizi pubblici locali, sia all'incompatibilità discendente dalla sua prevalente partecipazione da parte dello stesso Comune appaltante, sia infine alla mancanza dei prescritti requisiti. Successivamente alla proposizione del ricorso, l'amministrazione ha chiesto dalla controinteressata di giustificare la anomalia della propria offerta e di comprovare il possesso dei prescritti requisiti, aggiudicando poi definitivamente in suo favore. L'aggiudicazione definitiva è stata a sua volta impugnata con motivi aggiunti, richiamando le precedenti censure e proponendone di nuove, attinenti in particolare alla predetta verifica di anomalia, ritenuta del tutto inadeguata, ed alla contraddittorietà e mancanza di motivazione del provvedimento finale. A seguito della notifica dei predetti motivi aggiunti l'amministrazione comunale ha adottato la nuova determina 15.10.2002 Reg. gen. 1861, questa volta a firma del dirigente del Centro di responsabilità Settore Reti-impianti tecnologici-protezione civile, integrando in via di autotutela il precedente provvedimento di aggiudicazione definitiva. Anche tale ulteriore atto è stato impugnato con nuovi motivi aggiunti dalla ricorrente, che ha in particolare affermato la sua non consentita natura di integrazione postuma del provvedimento precedentemente impugnato. Nel giudizio di primo grado, nel merito, il Comune ha affermato che non vi sarebbe alcun ostacolo né normativo né contrattuale alla partecipazione di ACSM S.p.A. alla gara ed alla sua aggiudicazione dell'appalto, confutando ampiamente la ricostruzione giuridica di parte ricorrente. Anche la controinteressata ACSM s.p.a., intervenuta in giudizio, ha argomentato l'assenza di limiti all'attività delle società miste con partecipazione pubblica, in conformità alla scelta legislativa di consentire agli enti locali di creare o partecipare società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, servizi che peraltro non potrebbero esaurire l'autonomia e capacità imprenditoriale di tali soggetti, secondo la disciplina privatistica che, in mancanza di diversa previsione, dovrebbe trovare applicazione in tale fattispecie. Come rilevato sopra, il Giudice di primo grado ha accolto il ricorso con cui la Ambrogio Moro S.p.A. e la SIRAM S.p.A. avevano gravato i richiamati provvedimenti amministrativi.

3. Per un preciso inquadramento giuridico della esposta vicenda appare opportuno richiamare la giurisprudenza di questa Sezione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515) sull'attività extraterritoriale delle aziende speciali, perché, nonostante l'apparente estraneità alla questione giuridica sottoposta all'esame di questo Collegio, essa si rivela foriera di interessanti precipitati sul tema in oggetto. Nella citata decisione venne affermato che «il Comune può legittimamente avvalersi dell'azienda speciale di altro Comune per la gestione di un proprio servizio, a seguito di convenzione stipulata nel contesto della citata normativa, giungendosi ad affermare che, sulla base del combinato disposto dell'art.5 DPR 902/86 e dell'art.24 l.142/90, può delinearsi un modello procedimentale tipizzato (conclusione di un'intesa disciplinante aspetti predeterminati, deliberazione con maggioranza qualificata dell'estensione dell'attività dell'azienda speciale al territorio dell'altro ente locale) per l'adozione di una formula organizzativa alternativa alla conclusione di contratti con imprese in concorrenza tra loro; un modello rispetto al quale l'applicazione della disciplina comunitaria in tema di procedure di appalto, posta a tutela del

mercato e della concorrenza, può rimanere interdetta (Cons. Stato, V, 23 aprile 1998, nn. 475 e 477). E' parimenti condivisibile la precisazione per cui l'azienda speciale del Comune non può partecipare ad una gara (oppure stipulare un contratto a trattativa privata) per l'affidamento della gestione di un servizio pubblico al di fuori del proprio territorio, salva proprio l'ipotesi di cui all'art. 5 D.P.R. 4 ottobre 1986 n. 902 (e quindi la possibilità di stipulare apposite convenzioni), in quanto essa è configurata come strumento attraverso il quale l'Ente locale svolge sì un'attività (pubblica) di carattere industriale ed economico, ma pur sempre nell'ambito dei fini predeterminati dalla legge (Cons. Stato, V, 20 marzo 2000, n. 1520). L'estensione dell'attività delle aziende speciali comunali al di fuori del territorio dell'Ente che le ha costituite, oltre a richiedere il rispetto delle regole procedurali e dei limiti sostanziali posti da norme positive, presuppone, nondimeno, un collegamento funzionale tra il servizio eccedente l'ambito locale e le necessità della collettività locale. L'azienda speciale di un Comune può anche estendere il proprio servizio in un altro Comune, ma a patto che ciò realizzi un'integrazione funzionale della propria attività con quella del Comune vicino, sicché vengano in tal modo soddisfatte anche le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'Ente che l'ha costituita. Il Comune, pertanto, non può semplicemente "spogliarsi" di un servizio in favore di un'azienda istituita da un Comune viciniore (cfr. Cons. Stato, VI, 25 settembre 2000, n. 5011). [...] Questa Sezione si è di recente soffermata circa le peculiarità dell'azienda speciale, come ente avvinto da un forte legame di strumentalità con l'ente locale istitutore, con le relative conseguenze anche sotto il profilo dell'interpretazione del nesso di funzionalità con la collettività di riferimento. Elementi di peculiarità che costituiscono un decisivo ostacolo al pur tentato processo di assimilazione delle società miste locali alle menzionate aziende speciali, anche ai fini dell'individuazione degli stringenti limiti da imporre all'attività extraterritoriale (cfr. amplius Cons. Stato, V, 3 settembre 2001, n. 4586). I suddetti limiti, nel caso delle aziende speciali, in effetti conseguono all'elemento della strumentalità, e sono le stesse norme, come osservato, ad indicare che il nesso eziologico che necessariamente deve sussistere tra le funzioni che è chiamata ad assolvere l'azienda speciale, quale ente strumentale del Comune che l'ha costituita, e la tutela degli interessi di cui sono portatori i cittadini residenti nel Comune stesso, può essere proteso verso l'esterno della stretta dimensione locale solo nei casi e con le modalità particolari normativamente previste dalle speciali disposizioni in tema di convenzioni (ed eventualmente di consorzi), ai sensi degli artt. 24 e 25 l.142/90 e del più volte menzionato art. 5 del DPR 902/86.

Le aziende speciali, al di fuori degli speciali moduli convenzionali e consorziali tra Enti locali previsti dalle norme di legge e regolamentari, non sono dunque legittimate a partecipare, in concorrenza con altri soggetti privati ed alla stregua di una qualsiasi impresa operante sul mercato, alle gare per l'appalto di pubblici servizi da svolgersi presso altri Enti locali>>.

La tesi è stata più di recente ribadita da Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3448 del 25 giugno 2002, secondo cui <<né, ancora, possono evidenziarsi particolari problemi anche per quanto attiene alla dimensione territoriale di riferimento, relativamente alla quale la Sezione, con un ordito argomentativo che non è necessario ribadire in questa sede, ha in precedente occasione diffusamente discettato, rappresentando la necessità che per le società miste a maggioranza pubblica costituite appositamente per lo svolgimento di servizi pubblici si addivenga, a differenza del modello delle aziende speciali, ad una maggiore flessibilità nel dimensionare il vincolo funzionale, nel senso di valutarne gli effetti secondo i connotati del caso concreto, ammettendo così l'impegno extraterritoriale ove questo comporti apprezzabili ritorni di utilità e soprattutto non distolga in maniera rilevante risorse e mezzi dalla collettività di riferimento>>.

Invero, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza 3 settembre 2001, n. 4586), ha ritenuto insussistente - alla luce della natura delle società miste - i limiti all'attività extraterritoriale delle stesse, esigendo soltanto che detta attività non incida negativamente sulla gestione del servizio affidato dal Comune. Questa interpretazione è stata corroborata dal comma 2 dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002), nella parte in cui prevede che a far tempo dalla scadenza del periodo

transitorio <<è comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50 per cento, se ancora affidatarie, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio terreno>>; il che significherebbe, a contrario, che prima di tale disposizione non vi era alcun divieto di attività extra moenia da parte delle s.p.a. a partecipazione maggioritaria pubblica.

Dai richiamati arresti giurisprudenziali concernenti limitazioni territoriali all'attività delle aziende speciali e delle società miste, si evince (trasponendo le considerazioni svolte sul piano territoriale a quello funzionale) che mentre l'azienda speciale è configurabile quale ente strumentale del Comune, nell'apparato organizzativo di questo compiutamente integrata, la società mista pubblico-privata è, innanzitutto, un soggetto imprenditoriale, rientrando nello schema organizzativo gestionale proprio delle società di capitali e, pertanto, non sottoposto alle limitazioni di attività cui soggiacciono le aziende speciali. Alla luce di tale ricostruzione, è possibile affermare che l'ordinamento giuridico non pone, in linea di principio, alcun limite all'assunzione, da parte delle società miste, di compiti ultranei alla mission istituzionale assegnata dall'ente locale.

4. Il decisum del Giudice di primo grado si incentra nella valorizzazione dello stato giuridico differenziato delle società de quibus, stato giuridico asseritamente idoneo a favorirle nel confronto con le imprese private, sì da escludere in radice la possibilità stessa di partecipare alle gare pubbliche, in considerazione della natura del rapporto che lega le prefate società alla stazione appaltante.

Va tuttavia osservato che il Trattato di Roma (art. 86) e la direttiva CEE 92/50 art. 1, lett. C), prevedono però 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. Correttamente gli appellanti citano una recente pronuncia della Corte di Giustizia secondo cui gli organismi che beneficiano di sovvenzioni (per quel che qui può interessare sotto forma di sottoscrizione del capitale) sono ammessi al confronto concorrenziale secondo le regole comunitarie senza che vi sia alterazione della regola della parità di trattamento. In particolare nella prefata decisione comunitaria, veniva sostenuto da una parte che <<le direttive comunitarie che si applicano nel settore degli appalti pubblici partono dal principio che la concorrenza tra offerenti deve avvenire in condizioni normali di mercato, cioè senza che questo sia falsato, in particolare, dall'intervento dello Stato membro interessato. E' quanto risulterebbe dal Trattato, che vieta in via di principio le restrizioni della concorrenza imputabili sia alle imprese private sia agli Stati membri. Questo risulterebbe anche dalle direttive stesse: in applicazione degli artt. 37 della direttiva 92/50 e 34, n. 5, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU. L 199, pag. 84), l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe innanzi tutto esaminare più in particolare le offerte anormalmente basse, che si sospetta siano state rese possibili a causa della concessione di un aiuto. Secondo l'ARGE, se il legislatore avesse ritenuto che la partecipazione di imprese e di organismi sovvenzionati a procedure di aggiudicazione fosse ammissibile, tali disposizioni sarebbero state superflue. Secondo l'ARGE, la partecipazione di offerenti che beneficiano di sovvenzioni pubbliche comporta necessariamente una disparità di trattamento e una discriminazione dell'offerente non sovvenzionato nell'ambito della determinazione del migliore offerente. In definitiva, l'illegittimità di una tale partecipazione risulterebbe dalla finalità della direttiva 92/50, espressa dal ventesimo considerando, cioè l'eliminazione delle pratiche che restringono la concorrenza in generale e limitano in particolare la partecipazione di cittadini di altri Stati membri agli appalti>>.

Nel citato procedimento, i governi austriaco e francese, nonché la Commissione, hanno sostenuto che il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficiano di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati: <<infatti, se il

legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente indicato [...] E' sufficiente quindi risolvere la prima questione pregiudiziale nel senso che il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50 non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni>> (Corte Giustizia CE, 7 dicembre 2000, Arge Gewasserschutz c. Bundesministerium fur Land und Forstwirtschaft).

Il Collegio condivide, altresì, l'orientamento del Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana, espresso nella decisione n. 692/2002, secondo cui la circostanza che una delle imprese associate al raggruppamento (escluso dalla gara, nella vicenda esaminata dal C.G.A.R.S.) è partecipata in ragione del 51% del capitale sociale dalla stessa amministrazione appaltante è irrilevante non essendo contemplata da alcuna norma come elemento ostativo alla partecipazione ad una pubblica gara d'appalto indetta dall'ente titolare della partecipazione di maggioranza; né, in difetto, a tale risultato può pervenirsi in diretta applicazione dei principi costituzionali di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa nonché dei principi generali di concorrenzialità e par condicio nelle procedure ad evidenza pubblica, o ancora in base ad una pretesa applicazione (estensiva o analogica) di principi di diritto -in particolare quello relativo al divieto di partecipazione contemporanea ad una medesima gara di imprese legate fra loro da un rapporto di collegamento o di controllo ex art. 2359 c.c.- pertinenti a fattispecie del tutto eterogenee rispetto a quella oggetto di giudizio, e volti a tutelare interessi qualitativamente diversi da quello posto a fondamento dall'impugnato provvedimento di esclusione (tale, in particolare, l'esigenza di garantire la segretezza delle offerte e di evitare la presentazione di offerte tra loro concordate). Al fine di confutare tale impostazione logica, è sufficiente constatare come, in presenza della costituzione di una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, l'esperimento di una procedura di gara ai fini dell'aggiudicazione di un servizio inerente all'oggetto sociale rappresenta già di per sé una garanzia aggiuntiva rispetto alla possibilità, espressamente riconosciuta dall'ordinamento e del resto logicamente sottesa alla scelta dell'amministrazione relativa alle modalità di organizzazione e gestione del servizio di cui trattasi, di affidamento diretto del medesimo alla società all'uopo costituita>> (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 24 dicembre 2002, n. 692).

5. Va, altresì, segnalato, nell'ottica della parificazione delle società in esame ai privati operatori, che l'Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, con deliberazione n. 325 del 20 novembre 2002, ribaltando il proprio orientamento espresso nel comunicato alle SOA del 28 settembre 2001, n. 14 (con cui formulava l'indicazione secondo cui le società miste, costituite da comuni e province per la gestione dei servizi pubblici locali, non potessero conseguire l'attestazione di qualificazione), ha ritenuto che a <<decorrere dalla data di entrata in vigore (18 agosto 2002) della legge 166/2002 che ha soppresso l'obbligo cosiddetto di "esternalizzazione" dei lavori, anche tali società miste costituite ai sensi degli artt. 113, 113-bis e 116 del T.U. di cui al D.Lgs. 267/2000, in quanto organizzate in forma di impresa, possono conseguire l'attestazione di qualificazione>> (anche in base all'ulteriore presupposto per il quale <<il nuovo art. 113 del T.U. sull'ordinamento degli enti locali di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, quale modificato dall'art. 35 della legge 20 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002), prevede una equiparazione, da attivare progressivamente nel tempo, delle società miste che gestiscono servizi locali di rilevanza industriale, ai privati operatori>>).

Per le ragioni esposte, assorbito quant'altro, l'appello va accolto.

Sussistono giuste ragioni per compensare le spese di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunisce i ricorsi.

Accoglie i ricorsi e per l'effetto annulla la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 24 Febbraio 2004 con l'intervento dei Sigg.ri:

Presidente Emidio Frascione  
Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani  
Consigliere Paolo Buonvino  
Consigliere Cesare Lamberti  
Consigliere Michele Corradino Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE  
f.to Michele Corradino f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO  
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 27 settembre 2004  
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE  
f.to Antonio Natale  
**Consiglio di Stato, Sez. V, 30/8/2004 n. 5643**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

#### **decisione**

sul ricorso in appello n. 5469/2000 proposto da Ciampa Antonino, s.r.l., rappresentato e difeso dall'Avv. Antonio Palma con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, Circonvallazione Clodia, n. 167, c/o Italo Lino Natale,

#### **CONTRO**

Il Comune di Sorrento, in persona del Sindaco p.t., rappresentato difeso dall'Avv. Gherardo Marone, con domicilio eletto in Roma, Viale Angelico, n. 38, c/o Avv. Luigi Napoletano, A.M.I.- Azienda Multiservizi Intercomunale di Imola, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Enrico Angelone, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Barberini, n. 12, c/o Claudia De Curtis,  
per la riforma della sentenza del T.A.R. della Campania, I Sezione, del 20.1.2000, n. 136;

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione del Comune di Sorrento e dell'AMI - Azienda Multiservizi Intercomunale di Imola;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 16.4.2004, il Consigliere Claudio Marchitello;

Uditi l'avv. Verrusio, in sostituzione dell'avv. Palma, l'avv. Marone e l'avv. Angelone, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

**FATTO**

La Società Ciampa Antonino, s.r.l., impresa esercente l'attività di smaltimento dei rifiuti, impugnava al T.A.R. della Campania la deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Sorrento del 23.12.1998, n. 83.

Con tale deliberazione, il Comune di Sorrento aveva approvato la costituzione di una Società mista ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e), della legge n. 142 del 1990, per l'espletamento di una pluralità di servizi, tra cui anche quello di smaltimento dei rifiuti, e aveva individuato nell'A.M.I.-Azienda Multiservizi Intercomunale di Imola - il partner di minoranza per una quota del 48 per cento.

Il Comune di Sorrento e l'A.M.I. si costituivano in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Il T.A.R. della Campania, I Sezione, con la sentenza del 20.1.2000, n. 136, dichiarava il ricorso inammissibile.

La Società Ciampa Antonino appella la sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

Il Comune di Sorrento e l'A.M.I. resistono all'appello chiedendo la conferma della sentenza appellata.

All'udienza del 16.4.2004, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

### **DIRITTO**

La Società Ciampa Antonino, s.r.l., appella la sentenza della 1<sup>a</sup> Sezione del T.A.R. della Campania del 20.1.2000, n. 136.

Con tale sentenza, il T.A.R. ha dichiarato inammissibile per difetto d'interesse il ricorso proposto dalla predetta Società per l'annullamento della deliberazione consiliare del 23.12.1998, n. 83, con la quale il Comune di Sorrento aveva approvato la costituzione, ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e), della legge n. 241 del 1990, di una Società mista per l'espletamento di vari servizi pubblici, tra cui anche quello relativo allo smaltimento dei rifiuti, e aveva individuato nell'A.M.I. il socio di minoranza per una quota del 48 per cento.

L'appello è infondato.

L'interesse alla impugnativa prospettato dalla Società appellante in primo grado è fondato essenzialmente sulla sua qualità di impresa agente nel settore dello smaltimento dei rifiuti.

In tale veste, la Società Ciampa Antonino sarebbe stata legittimata a contestare sia la costituzione della Società mista, in quanto, con l'affidamento diretto, si sarebbe tolto il servizio dal mercato e dall'assegnazione mediante gara ad imprese del settore, sia la contestuale determinazione di scegliere il socio della società mista intuitu personae, in contrasto, quindi, con i principi informativi della materia che impongono di operare tale scelta con il ricorso ad una procedura di evidenza pubblica.

L'appellante avrebbe un interesse specifico e diretto, ancorché strumentale, ad ottenere l'annullamento della deliberazione impugnata, nella prospettiva, una volta annullati gli atti impugnati, di una sua partecipazione come concorrente alla eventuale gara indetta dal Comune di Sorrento per l'affidamento a terzi della gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti, mediante contratto di appalto o di concessione amministrativa.

La Società appellante, inoltre, avrebbe interesse all'annullamento, anche se il Comune di Sorrento, una volta annullati gli atti impugnati, optasse di gestire i servizi pubblici di cui trattasi tramite la costituzione di una società mista con un'impresa privata giacché, in tale ipotesi, potrebbe prendere parte, sempre come concorrente, alla diversa gara da indire per la scelta del privato.

La Sezione ritiene che la sentenza appellata, che ha dichiarato la inammissibilità del ricorso originario, sia meritevole di essere confermata, con alcune puntualizzazioni.

La Società Ciampa Antonino, invero, ad avviso della Sezione, non è legittimata alla impugnativa della deliberazione del 23.12.1998, n. 83, nel profilo in cui questa ha stabilito di scegliere, tra le forme di gestione dei servizi pubblici comunali indicate dall'art. 22, comma 3, della legge 8.6.1990, n. 142, il modulo organizzativo della società mista.

Si tratta di una scelta in funzione dell'organizzazione dei servizi pubblici di competenza comunale, riservata esclusivamente all'autonomia e alla responsabilità del Comune.

Il Comune stabilisce l'assetto e il conseguente regime dei servizi pubblici di propria competenza, scegliendo tra gli strumenti operativi prefigurati dalla legge, con valutazioni che attengono, alla efficienza, alla economicità e alla efficacia dei servizi stessi, quello ritenuto più idoneo in relazione alle esigenze proprie della collettività che solo il Comune, quale ente rappresentativo della comunità locale e titolare del compito di soddisfare di tali esigenze, può concretamente stimare. Si tratta, quindi, di valutazioni che agiscono sul piano del merito dell'azione amministrativa, nei cui confronti non sono configurabili posizioni giuridiche soggettive tutelabili dei privati, anche se titolari di imprese che esercitano attività potenzialmente idonee a svolgere detti servizi.

D'altronde, non vi è una norma che riservi al mercato e pertanto alle imprese private l'esercizio di servizi pubblici.

Ragionamento diverso deve farsi in relazione al profilo della deliberazione impugnata che riguarda la scelta della società mista.

Per tale profilo, la Sezione conviene con le argomentazioni del T.A.R. in ordine alla inammissibilità del ricorso originario.

La Società Ciampa Antonino, infatti, come hanno rilevato i primi giudici, non ha i requisiti per concorrere alla eventuale gara per la scelta del socio privato e, per la mancanza di tali requisiti, non potrebbe neppure concorrere ad un'eventuale gara per l'affidamento di detti servizi in appalto o in concessione, verosimilmente raggruppati dal Comune di Sorrento ai fini di un'unica gestione quale prefigurata nel modulo societario, in appalto o in concessione.

La Società appellante, invero, non potrebbe occuparsi, tra i compiti attribuiti alla Società mista, della costruzione e della gestione di impianti per il trattamento dei rifiuti, della bonifica dei siti contaminati e non potrebbe, inoltre, procedere all'accertamento, alla liquidazione e alla riscossione delle tariffe.

Tali attività non figurano nell'oggetto sociale della Società appellante e non sono inserite nemmeno nell'ambito della sua attività, quale indicata dalle iscrizioni operate presso gli organi amministrativi competenti, secondo quanto risulta dal certificato della Camera di Commercio di Napoli del 1.4.1999 e dalle categorie di iscrizione all'Albo nazionale smaltitori dichiarate dalla stessa Società appellante nel ricorso originario.

La Società appellante oppone che, con tale analitico raffronto tra le attività da essa esercitate e quelle previste dallo statuto della società mista, il T.A.R. avrebbe introdotto elementi estranei alle finalità attuali della costituenda società mista che sarebbero limitate unicamente, come risulta dalla deliberazione impugnata, alla attività di gestione e di smaltimento dei rifiuti.

Il rilievo non è concludente, essendo evidente che la società mista è destinata a svolgere tutta una gamma di servizi, di cui quelli indicati nella deliberazione impugnata costituiscono solo la parte di immediata attuazione, e che per potere impedirne la costituzione, proponendosi come socio del Comune, è necessario possedere i requisiti per l'esercizio di tutta la complessiva attività della società mista fin dall'inizio.

Ciò comporta, ad avviso della Sezione, che per configurare l'esistenza di un interesse ad ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, non sarebbe stato sufficiente neppure che la società interessata avesse avuto nel suo oggetto sociale le voci di attività corrispondenti a quelle della società mista ma sarebbe stato indispensabile che essa avesse provato di avere già svolto analoghi servizi in tutta la loro gamma ovvero avesse dimostrato di essere concretamente in grado di farlo per essere provvista della necessaria potenzialità, per disponibilità di mezzi, di personale e di capacità organizzative.

Per tutte le considerazioni che precedono la sentenza appellata deve essere confermata.

L'appello, in conclusione, deve essere respinto.

Le spese del secondo grado del giudizio, tuttavia, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate fra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, respinge l'appello.  
Compensa le spese del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 16.4.2004, con l'intervento dei signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Claudio Marchitielli	Consigliere Est.

L'ESTENSORE  
Claudio Marchitiello

IL PRESIDENTE  
Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO  
Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
IL 30 AGOSTO 2004

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

p. IL DIRIGENTE  
Livia Patroni Griffi

**Consiglio di Stato, Sez. VI, 7/9/2004 n. 5845**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

#### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 11773/2003, proposto da ENEL SOLE s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Diego Corapi e dall'avv. Vittorio Cappuccilli, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dei medesimi, in Roma, via Flaminia, n. 318;

#### **contro**

EUROSOA – Organismo di attestazione s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in appello;

#### **e nei confronti di**

Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, e per legge domiciliata presso gli uffici di quest'ultima, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, cointeressata all'accoglimento dell'appello principale e appellante incidentale;

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

ACEA s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in appello;

#### **per la riforma**

della sentenza del T.A.R. per il Lazio – Roma, sez. III, 30 giugno 2003, n. 5717, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cointeressata all'accoglimento dell'appello principale;

visto l'appello incidentale dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici;  
viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;  
visti tutti gli atti della causa;  
relatore alla pubblica udienza dell'11 giugno 2004 il consigliere Rosanna De Nictolis e uditi l'avvocato V. Cappuccilli per l'appellante, e l'avvocato dello Stato M. L. Spina per l'appellante incidentale;  
ritenuto e considerato quanto segue.

### **FATTO E DIRITTO**

1. ACEA s.p.a. (società mista a partecipazione maggioritaria del Comune di Roma) conseguiva, su sua richiesta ai sensi del d.p.r. n. 34/2000, attestazione di qualificazione n. 837/1/00 in data 31 luglio 2002, rilasciata da EUROSUA – organismo di attestazione, per una serie di categorie e classifiche.

1.1. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, riscontrato l'avvenuto inserimento di tale attestazione nel casellario informatico delle imprese qualificate, comunicava sia ad EUROSUA che ad ACEA, che della questione della regolarità o meno del rilascio di detta attestazione si sarebbe occupato il Consiglio dell'Autorità nella riunione del 14 novembre 2002, tenuto conto del contenuto del comunicato della medesima Autorità 28 settembre 2001, n. 14.

Con delibera 20 novembre 2002, n. 325/02, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici disponeva che in calce all'attestazione n. 837/1/00 conseguita da ACEA s.p.a. venisse aggiunta la seguente annotazione: <<l'attestazione non è utilizzabile in quanto rilasciata in contrasto con le indicazioni interpretative dell'Autorità comunicate alla SOA>>.

In particolare, secondo la tesi dell'Autorità:

- le società miste costituite da Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali non possono conseguire l'attestazione di qualificazione di cui all'art. 8, l. n. 109/1994 (comunicato dell'Autorità 28 settembre 2001, n. 14);

- atteso che l'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994, nel testo introdotto dalla Merloni ter, e vigente all'epoca del rilascio dell'attestazione ad ACEA da parte di EUROSUA, sanciva il principio dell'obbligo di esternalizzazione dei lavori pubblici degli enti aggiudicatori, sicché le stazioni appaltanti potevano eseguirli solo mediante appalto o concessione, ne deriverebbe che le stazioni appaltanti, non potendo eseguire direttamente lavori pubblici, non potrebbero conseguire l'attestato di qualificazione.

Sebbene alla data di adozione del provvedimento impugnato (20 novembre 2002), tali considerazioni dovevano ritenersi superate per effetto dell'abrogazione dell'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994, ad opera della l. n. 166/2002 (c.d. Merloni quater), e per effetto della modifica dell'art. 113, t.u. enti locali, ad opera dell'art. 35, l. n. 448/2001, tuttavia, osservava l'Autorità, essendo stata l'attestazione SOA rilasciata prima dell'entrata in vigore della l. n. 166/2002, la stessa deve ritenersi non utilizzabile perché rilasciata in contrasto con le norme vigenti alla data del rilascio.

1.2. Con ricorso al T.a.r. per il Lazio – Roma, EUROSUA s.p.a. ha impugnato la delibera dell'Autorità 20 novembre 2002, n. 325/02 e gli atti presupposti tra cui, in particolare, il comunicato 28 settembre 2001, n. 14.

1.3. Il T.a.r. adito, con la sentenza in epigrafe, ha respinto talune eccezioni preliminari e ha accolto il ricorso, osservando che:

- le determinazioni di carattere generale adottate dall'Autorità, siano esse interpretative di norme o prescrittive di comportamenti per i destinatari, assumono rilevanza autonoma, anche a fini processuali, solo se collegate a effettivi poteri provvedimentali spettanti all'Autorità: in particolare, il comunicato alle SOA del 28 settembre 2001, n. 14, sarebbe privo di autonoma portata lesiva e correttamente sarebbe stato impugnato solo unitamente all'atto puntuale applicativo; stesso ragionamento varrebbe per la delibera dell'Autorità 2 ottobre 2002, consistente solo in un parere;

- l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici non avrebbe il potere di incidere direttamente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA, e di annullarle in tutto o in parte: sicché sarebbe illegittimo il provvedimento impugnato, con cui l'Autorità ha direttamente invalidato una attestazione SOA;

- nel merito, poi, sarebbe erronea la interpretazione accolta dall'Autorità in relazione all'art. 2, co 5 bis, l. n. 109/1994, e la conclusione, che l'Autorità ne trae, della impossibilità, per gli enti aggiudicatori, di conseguire l'attestazione SOA;

- in particolare: le società costituite da enti locali potrebbero partecipare a gare di appalto indette da soggetti terzi; l'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994, nel testo introdotto dalla l. n. 415/1998 (c.d. Merloni ter) andrebbe interpretato nel senso che è vietato ad un ente aggiudicatore di eseguire direttamente i propri lavori pubblici, dovendovi provvedere con appalto o concessione, ma non anche nel senso che un soggetto (rientrante nelle categorie di enti aggiudicatori) non possa essere esecutore di lavori pubblici di pertinenza di altri enti.

2. Contro tale sentenza hanno proposto, rispettivamente, appello principale e appello incidentale ENEL SOLE s.p.a. (interveniante in primo grado, quale controinteressata in relazione ad una gara di appalto cui ha partecipato ACEA) e l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

2.1. L'appello principale e quello incidentale possono essere esaminati congiuntamente, in quanto propongono medesime questioni.

3. Si lamenta, anzitutto, che il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per mancata tempestiva impugnazione del comunicato dell'Autorità 28 settembre 2001, n. 14, e della delibera 2 ottobre 2002 (primo motivo dell'appello principale).

3.1. Tale mezzo è infondato.

Il comunicato 28 settembre 2001, n. 14, è destinato alle SOA, al fine di fornire ad esse indicazioni sull'attività di attestazione; tra le altre molteplici questioni, tale comunicato contiene la posizione dell'Autorità circa la impossibilità, per le società miste degli enti locali, di conseguire l'attestazione SOA.

Si tratta, all'evidenza, di un atto a contenuto generale, diretto alle SOA, e come tale, privo di autonoma portata lesiva.

L'interesse ad impugnare tale comunicato è sorto, per l'organismo di attestazione, solo quando l'Autorità ha fatto concreta applicazione della propria precedente opzione interpretativa, invalidando, in applicazione della stessa, l'attestazione rilasciata ad ACEA.

3.2. Lo stesso ragionamento deve essere esteso al parere dell'Autorità 2 ottobre 2002, che è atto endoprocedimentale.

4. Si lamenta, poi, che erroneamente il T.a.r. ha negato la sussistenza del potere, in capo all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, di invalidare le attestazioni rilasciate dalle SOA. Si assume che, al contrario, dal tessuto normativo vigente si desumerebbe la sussistenza di tale potere (primo motivo dell'appello principale).

4.1. La censura è fondata.

Questa Sezione, con svariate decisioni (tra cui Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004, nn. 991 e 993), che il Collegio condivide e da cui non c'è ragione di discostarsi nel caso di specie, ha ritenuto sussistente il potere dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di intervenire in via diretta sulle attestazioni SOA, invalidandole in tutto o in parte, dopo aver segnalato la illegittimità alla SOA, e nell'inerzia di quest'ultima.

Hanno osservato le citate decisioni:

<<Posto che, in base alla l. n. 109/1994 e al d.p.r. n. 34/2000:

- le SOA esercitano una pubblica funzione di certificazione;
- le attestazioni sono atti pubblici di certificazione;
- l'Autorità esercita un controllo sia sulle SOA che sulle attestazioni che esse rilasciano;
- l'Autorità può indicare in modo vincolante il contenuto delle attestazioni;
- l'Autorità può escludere dal mercato le SOA inadempienti;
- l'Autorità vigila sull'intero sistema di qualificazione, e dunque ne garantisce l'efficienza e l'efficacia, a tutela della concorrenza e della pubblica fiducia;

da tale complesso di poteri attribuiti all'Autorità si evince anche quello, strettamente strumentale, di intervento diretto sulle attestazioni, mediante annullamento delle stesse>>.

<< In chiave ricostruttiva, va evidenziato che il potere di annullamento delle attestazioni va esercitato dall'Autorità solo in caso di inerzia della SOA:

- sicché, in prima battuta, l'Autorità dovrà indicare alla SOA il contenuto dell'atto che questa deve adottare (rilascio, modifica, ritiro, dell'attestazione);
- in caso di inerzia della SOA, l'Autorità interverrà in via diretta ad adottare l'atto omesso dalla SOA;
- la necessità che il sistema di qualificazione sia efficiente ed efficace, comporta che vi sia una urgenza in re ipsa nell'adozione degli interventi prescritti, per cui l'Autorità, nell'indicare alle SOA il contenuto degli atti, potrà assegnare un termine molto breve, decorso il quale potrà intervenire in via diretta.

E' appena il caso di aggiungere che l'atto con cui l'Autorità <<indica>> alla SOA il contenuto dell'atto da adottare, deve rispettare le garanzie di partecipazione, sicché contestualmente l'Autorità darà avviso di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990, all'impresa interessata>>.

4.2. Il che è quanto si è verificato nel caso di specie, perché l'Autorità è intervenuta di ufficio a dichiarare la non utilizzabilità dell'attestazione dopo aver previamente informato la EUROSUA dei vizi riscontrati, e nella perdurante inerzia di quest'ultima.

5. Ritenuto, in astratto, sussistente il potere dell'Autorità di invalidare in via diretta le attestazioni di qualità rilasciate dalle SOA, occorre verificare se tale potere sia stato, nel caso concreto, correttamente esercitato.

5.1. Occorre pertanto passare all'esame degli ulteriori motivi di gravame.

Sia l'appellante principale che l'appellante incidentale censurano la sentenza del T.a.r., nella parte in cui ritiene erronea l'interpretazione dell'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994, seguita dall'Autorità (secondo motivo dell'appello principale; unico motivo dell'appello incidentale).

5.2. Assumono le appellanti che:

- l'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994 (nel testo introdotto dalla c.d. Merloni ter) imponeva ai soggetti di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 109/1994, l'obbligo di esternalizzazione dei propri lavori, e dunque il divieto di eseguire in proprio lavori pubblici; tale norma non farebbe alcuna distinzione, al contrario di quanto affermato dal T.a.r., tra lavori pubblici di pertinenza della stazione appaltante, e lavori pubblici di pertinenza di altre stazioni appaltanti;
- il divieto di cui all'art. 2, co. 5 bis, sarebbe di per sé impeditivo dell'iscrizione delle stazioni appaltanti all'albo nazionale costruttori, ancora vigente alla data di introduzione dell'art. 2, co. 5 bis;
- le società miste costituite dagli enti locali, in considerazione degli interessi territoriali per cui sono costituite, non potrebbero svolgere attività estranee agli scopi per cui sono create; tali limitazioni non sarebbero venute meno a seguito della modifica dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, ad opera, dapprima, della l. n. 448/2001, e successivamente del d.l. n. 269/2003;
- il regime della qualificazione riguarderebbe le <<imprese>> ossia i soggetti di cui all'art. 10, l. n. 109/1994, e non i soggetti aggiudicatori di cui all'art. 2, medesima legge (così l'appello incidentale).

5.3. Le censure sono infondate.

5.3.1. La questione di diritto è se ACEA s.p.a., società mista a prevalente partecipazione del Comune di Roma, potesse o meno conseguire, all'epoca dei fatti (luglio 2002) l'attestazione di qualità di cui all'art. 8, l. n. 109/1994.

5.3.2. La soluzione negativa accolta dall'Autorità si basa su due ordini di considerazioni:

- le società miste costituite dagli enti locali, ai sensi del relativo t.u. (d.lgs. n. 267/2000), non potrebbero svolgere attività economico – imprenditoriali al di fuori del servizio per la cui gestione sono state costituite;

- l'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994, nel testo introdotto dalla l. n. 415/1998, vieterebbe agli enti aggiudicatori di eseguire in via diretta lavori pubblici, imponendo ad essi un obbligo di esternalizzazione.

5.3.4. Entrambe gli argomenti non possono essere condivisi.

Va anzitutto premesso che la questione oggetto del presente giudizio è superata, per stessa ammissione degli appellanti, a far data dalla entrata in vigore della l. n. 166/2002 (c.d. Merloni quater) che ha abrogato il testo dell'art. 2, co. 5 bis, introdotto dalla l. n. 415/1998.

Ciò posto, anche nel sistema normativo anteriore alla l. n. 166/2002 (c.d. Merloni quater) (che ha abrogato l'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994), si doveva ritenere che né il t.u. enti locali (d.lgs. n. 267/2000), né l'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994, nel testo introdotto dalla l. n. 415/1998 (cd. Merloni ter), precludessero agli enti aggiudicatori, e, segnatamente, alle società miste costituite dagli enti locali, di operare sul mercato in veste di esecutori di lavori pubblici per conto di stazioni appaltanti terze. Conseguentemente, non era precluso a detti soggetti il conseguimento dell'attestazione di qualità di cui all'art. 8, l. n. 109/1994.

5.3.5. Per quanto riguarda la questione della possibilità, per le società miste costituite da enti locali, di svolgere attività imprenditoriali c.d. extraterritoriali, assumendo il ruolo di esecutori di appalti pubblici indetti da altre stazioni appaltanti pubbliche (diverse dagli enti locali che hanno dato vita alle società miste), tale questione era stata risolta in senso affermativo dalla giurisprudenza, sia pure con paletti e limitazioni volti a non snaturare il ruolo istituzionale delle società miste.

Questo Consesso ha infatti ritenuto, già nel vigore dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, nel testo anteriore alle innovazioni introdotte con la l. n. 448/2001, con il d.l. n. 269/2003, e con la l. n. 350/2003, che

<<l'attività extraterritoriale, per tutte le figure per le quali esiste un vincolo teleologico al soddisfacimento dei bisogni della collettività locale, si appalesa subordinata alla dimostrazione che in tal guisa viene soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività, che non si traduca in un mero ritorno di carattere imprenditoriale, e va ritenuta non ammissibile se vi sia una concreta incompatibilità con gli interessi della collettività di riferimento, determinata da una distrazione di risorse e mezzi effettivamente apprezzabile e realisticamente in grado di arrecare pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale>> (C. Stato, V, 3 settembre 2001, n. 4586).

Tale soluzione il Collegio ritiene pienamente condivisibile, in quanto, partendo dal principio basilare secondo cui la società mista costituita da enti locali è strumentale al perseguimento degli interessi della collettività locale, non si può a priori escludere la possibilità di svolgimento di attività c.d. extraterritoriali, ma occorre, caso per caso, verificare, con specifiche indagini e studi, che l'espletamento di tali attività, da un lato contribuisca al migliore perseguimento dell'interesse della collettività locale, e, dall'altro lato, non si traduca in un aumento di costi per tale collettività, in termini di aumento di tasse o tariffe, o peggioramento del servizio.

Solo a tali condizioni, infatti, si soddisfa la duplice esigenza che, da un lato, le attività extraterritoriali della società mista non si traducano in pregiudizio e aumento di costi della collettività territoriale, in contrasto con i principi di efficienza e di equa misura di tasse e tariffe, e che, dall'altro lato, la società mista, una volta immessa sul mercato, vi operi in condizioni di effettiva concorrenza e parità con gli imprenditori privati, senza costituzione di una posizione di privilegio derivante dalla possibilità di usufruire, in violazione delle norme comunitarie e nazionali sugli aiuti pubblici alle imprese, di una dote economico – finanziaria costituita da denaro pubblico e, dunque, in definitiva, a carico della collettività.

Le innovazioni introdotte con l'art. 35, l. n. 448/2001 e con il d.l. n. 269/2003, militano, del pari, nel senso della possibilità, entro certi limiti, che la società mista assuma appalti pubblici anche affidati da soggetti terzi rispetto a quelli che le hanno dato vita.

In particolare:

- l'art. 35, l. n. 448/2001, aveva vietato la c.d. extraterritorialità, ma solo al termine di un periodo transitorio (così statuendo: <<A far data dal termine di cui al primo periodo, è comunque vietato

alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50 per cento, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio>>);  
- tale divieto è stato abrogato dall'art. 14, l. n. 326/2003 (recante conversione del d.l. n. 269/2003);  
- la l. n. 350/2003 ha introdotto il divieto di extraterritorialità solo alla fine di un periodo transitorio (art. 113, commi 6 e 15 quater, d.lgs. n. 267/2000).

5.3.6. Per quanto attiene alla corretta interpretazione dell'art. 2, co. 5 bis, l. n. 109/1994, giova ricordare che tale norma, nel testo introdotto dalla c.d. Merloni ter (l. n. 415/1998), così disponeva:  
<<I soggetti di cui al comma 2 provvedono all'esecuzione dei lavori di cui alla presente legge, esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 (...)>>.

La norma è stata letta dall'Autorità nel senso di un divieto assoluto di esecuzione diretta dei lavori pubblici da parte dei soggetti di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 109/1994, che hanno veste di amministrazioni e enti aggiudicatori.

Tuttavia, tale interpretazione non può essere condivisa alla luce di molteplici considerazioni.

Anzitutto, nell'ambito del medesimo articolo 2, il comma 4, sempre nel testo introdotto dalla l. n. 415/1998, così dispone:

<<I concessionari di lavori pubblici di cui al comma 2, lettera b), sono obbligati ad appaltare a terzi attraverso pubblico incanto o licitazione privata i lavori pubblici non realizzati direttamente o tramite imprese controllate che devono essere espressamente indicate in sede di candidatura, con la specificazione anche delle rispettive quote dei lavori da eseguire; l'elenco delle imprese controllate viene successivamente aggiornato secondo le modifiche che intervengono nei rapporti tra le imprese. I requisiti di qualificazione previsti dalla presente legge per gli esecutori sono richiesti al concessionario ed alle imprese controllate, nei limiti dei lavori oggetto della concessione eseguiti direttamente. Le amministrazioni aggiudicatrici devono prevedere nel bando l'obbligo per il concessionario di appaltare a terzi una percentuale minima del 40 per cento dei lavori oggetto della concessione. (...)>>.

Se ne desume che, tra i soggetti di cui all'art. 2, co. 2, per i concessionari già la stessa l. n. 415/1998 consentiva una deroga al divieto assoluto di in – house construction. Infatti i concessionari possono eseguire in via diretta una percentuale dei lavori, e dunque non hanno un obbligo assoluto di esternalizzazione.

Quando i concessionari eseguono i lavori direttamente, devono possedere i requisiti di qualificazione, e dunque hanno titolo a conseguire l'attestazione di qualità.

La coesistenza, nell'articolo 2, del comma 4 e del comma 5 bis, induce a ritenere che il comma 5 bis non sancisca affatto un divieto assoluto, per i soggetti aggiudicatori, di assumere anche la veste di soggetti esecutori di lavori pubblici.

Invero, l'obbligo di eseguire i lavori di propria competenza mediante appalto, concessione, ovvero lavori in economia, non è un obbligo inderogabile, perché, si è visto, i concessionari potevano, già prima della Merloni quater, eseguire in parte, i lavori, in via diretta.

In secondo luogo, l'obbligo di esternalizzazione sancito dal citato art. 2, co. 5 bis, assume il significato di impedire il cumulo in uno stesso soggetto, del ruolo di stazione appaltante e di soggetto esecutore dei lavori, ma tale divieto di cumulo non può che riferirsi ai lavori di pertinenza del soggetto di cui si tratta.

Solo per specifici lavori di competenza di un dato soggetto (rientrante nel novero di quelli di cui all'art. 2, co. 2, l. n. 109/1994) ha un significato logico l'obbligo di esternalizzazione e il divieto di in house construction.

La norma di cui all'art. 2, co. 5 bis, non impediva, invece, che un soggetto fosse ente aggiudicatore per un dato appalto e soggetto affidatario in un altro appalto.

E, invero, nel caso in cui un soggetto di cui all'art. 2, co. 2, operi, non già in veste di stazione appaltante, bensì in veste di esecutore dei lavori pubblici appaltati da altro soggetto (sempre rientrante nell'art. 2, co. 2), non si ricade nel divieto di in house construction.

La opposta lettura, propugnata dalle parti appellanti, conduce all'illogico risultato che un soggetto che rientra nel novero dei soggetti aggiudicatori non potrebbe mai essere esecutore di un appalto indetto da altri soggetti aggiudicatori.

Il che si traduce in una incapacità giuridica a contrarre, in contrasto con la generale capacità di diritto privato, che va riconosciuta sia ai soggetti privati, sia ai soggetti solo formalmente privati (società a capitale pubblico), sia alle pubbliche amministrazioni.

6. In conclusione, l'appello principale e quello incidentale vanno respinti, nei sensi suesposti.

E, invero, pur dovendosi riconoscere, in astratto, la sussistenza del potere dell'Autorità di intervenire in via diretta, con effetti invalidanti, sulle attestazioni SOA, tuttavia, nel caso di specie, tale potere di invalidazione, di cui l'Autorità è titolare, è stato mal esercitato, sicché rimane fermo l'annullamento, disposto dal T.a.r., della delibera dell'Autorità 20 novembre 2002, n. 325/02.

7. La novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale in epigrafe, li respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del con la partecipazione di:

Mario Egidio Schinaia - Presidente

Carminé Volpe - Consigliere

Francesco D'Ottavi - Consigliere

Lanfranco Balucani - Consigliere

Rosanna De Nictolis - Cons. rel. ed est.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 7 settembre 2004

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

**TAR Puglia, Bari, sez. I, 5/1/2005 n. 4**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA Sede di Bari - Sezione  
Prima  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 246 del 2000, proposto BANCA MEDITERRANEA S.p.a., in persona del suo vice presidente e legale rappresentante, sig. Vito Giuzio, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele De Bonis e Giuseppe Chiaia Noya ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Bari alla via Putignani n. 152, in virtù di mandato a margine del ricorso;

**CONTRO**

AZIENDA SANITARIA LOCALE FOGGIA 3, in persona del Commissario straordinario e legale rappresentante dott. Egidio Mele, rappresentata e difesa, per mandato in calce alla copia notificata del ricorso introduttivo, dall'avv. Gianfranco Di Mattia, insieme al quale è elettivamente domiciliata in Bari alla via D. Signorile n. 53, presso l'avv. Donato Giuratrabocchetta;

**E NEI CONFRONTI DI**

BANCA CARIME S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t. avv. Riccardo Di Renzo, nella sua qualità di Capo del Servizio Legale e Contenzioso (in virtù di procura generale conferitagli per atto Notar Francesco Giglio in data 29.12.1997 rep. N. 16304 racc. 5800 reg. Cosenza n. 5541), rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Bagnoli, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliata in Bari alla via Dante Alighieri n. 25, giusta procura a margine del presente atto;

### **per l'annullamento**

previa sospensiva, della delibera n. 413 dell'11 novembre 1999, con la quale l'Azienda Sanitaria Locale Foggia 3 ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di tesoreria, da esercitare nel triennio 1.2.2000 – 31.12.2002;

- della lettera di invito a gara dell'11 novembre 1999;
- della nota del Commissario Straordinario datata 22 dicembre 2002;
- dei verbali di gara della Commissione nominata per la valutazione delle offerte;
- della delibera commissariale n. 742 del 29 dicembre 1999, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione del suddetto servizio alla CARIME S.p.a., Filiale di Foggia;
- di tutti gli atti presupposti, connessi o consequenziali eventualmente ostativi all'accoglimento del presente ricorso.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.S.L. Foggia 3 e della Banca CARIME S.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Relatore, alla pubblica udienza del 15 dicembre 2004, il dott. Roberto M. Bucchi.

Uditi, altresì, l'avv. Garofalo, in sostituzione degli avvocati Chiaia Noya e De Bonis, per la ricorrente, l'avv. Ruotolo, in sostituzione dell'avv. Di Mattia, per l'Azienda U.S.L. FG/3 e l'avv. Bagnoli per la Banca Carime.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **FATTO E DIRITTO**

1) Con atto notificato l'11 gennaio 2000 e depositato il successivo 2 febbraio, la Banca Mediterranea S.p.a. impugnava gli atti in epigrafe meglio specificati, relativi alla gara indetta dalla Azienda Unità Sanitaria Locale Foggia 3 per l'affidamento del servizio di tesoreria nel triennio 1.1.2000 – 31.12.2002.

2) Esponeva di avere ricevuto, dall'Azienda resistente, lettera datata 11 novembre 2002 contenente l'invito a partecipare alla gara per l'affidamento del Servizio di Tesoreria per il periodo 1.1.2000 – 31.12.2002 e di avere, entro il termine stabilito, inoltrato la propria offerta, redatta secondo i parametri indicati dallo schema di convenzione allegato alla lettera di invito.

Successivamente, a seguito della richiesta di conoscere la data di apertura dei plichi contenenti le offerte per poter presenziare allo svolgimento delle operazioni di gara, l'Azienda U.S.L. FG/3 precisava che "la procedura di gara prescelta per l'affidamento del servizio era quello della trattativa privata, per la quale non è prevista, in fase di apertura delle offerte, la presenza dei partecipanti.

In seguito il servizio veniva aggiudicato alla Banca Carime.

3) A sostegno del gravame deduceva in unica censura la violazione degli articoli 1, 3, 5 e 7 del D.L.vo 17.3.1995 n. 157 e il difetto di motivazione.

Sostiene che l'Amministrazione appaltante non aveva la facoltà di affidare il servizio di tesoreria con il metodo della trattativa privata, in quanto il D.L.vo 157/95, applicabile alla fattispecie in esame, consente di ricorrere alla procedura negoziata solo nei casi tassativamente indicati dalla stessa norma.

4) Con atto depositato il 2 febbraio 2000 si costituiva in giudizio la Azienda Unità Sanitaria Locale Foggia 3 la quale, con successiva memoria del 22 febbraio 2000, eccepiva l'inammissibilità del ricorso sotto il duplice profilo dell'avvenuta acquiescenza al metodo selettivo prescelto dall'Amministrazione e del difetto di interesse.

5) Con atto depositato il 7 febbraio 2000 si costituiva in giudizio la controinteressata Banca CARIME S.p.a. la quale, con memoria del 22 febbraio 2000, eccepiva anch'essa l'inammissibilità del ricorso per intervenuta acquiescenza e con note difensive depositate all'udienza del 15 dicembre 2004 eccepiva l'improcedibilità del ricorso medesimo per sopravvenuto difetto di interesse, in quanto, nelle more del giudizio, gli effetti degli atti impugnati con il presente ricorso sono cessati

alla data del 31.12.2002, allorquando è scaduto il termine di durata triennale della convenzione di tesoreria stipulata dalla U.S.L. FG/3 con la Banca Carime S.p.a. per il periodo 1.1.2000 – 31.12.2002.

6) In via preliminare il Collegio rileva l'inammissibilità del ricorso per acquiescenza al provvedimento gravato.

7) È infatti consolidato in giurisprudenza il principio per cui inammissibili, per acquiescenza, devono ritenersi le censure proposte con il ricorso giurisdizionale da un partecipante ad una gara a trattativa privata ove siano dirette a contestare l'utilizzo di siffatto strumento di scelta del contraente per difetto di condizioni legittimanti la scelta del tipo di gara (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 29 agosto 2001, n. 899; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 26 ottobre 2000, n. 852).

8) Ciò premesso, nel caso che ci occupa, la ricorrente ha dichiarato di avere presentato domanda di partecipazione alla gara e pertanto in tal modo, secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato che il Collegio condivide, ha evidenziato in modo chiaro ed univoco la volontà di accettare implicitamente la tipologia di gara scelta dall'Amministrazione resistente.

9) Il ricorso deve pertanto essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

10) Le spese seguono la soccombenza.

#### **P.Q.M.**

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE per la PUGLIA Sede di Bari - Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente alle spese del giudizio, che liquida in complessivi € 2.000 (duemila) a favore di ciascuna parte costituita.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del 15 dicembre 2004, con l'intervento dei signori:

Dott. Gennaro Ferrari	Presidente
Dott. Leonardo Spagnoletti	Componente
Dott. Roberto M. Bucchi	Componente Rel.

Depositata in segreteria  
il 4 gennaio 2005

**TAR Lazio, sez. II bis, 19/4/2004 n. 3377**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio Sez.II Bis ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 10223/03 proposto dalla società COOPERATIVA CENTRO SERVIZI E RISTORAZIONE s.r.l. – rappresentata e difesa dall’Avv. G. Lo Mastro ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Roma, via Lucrezio Caro, 38;

**contro**

IL COMUNE DI MENTANA, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall’Avv. M.G. Del Pretaro del Foro di Pescara ed elettivamente domiciliato presso l’Avv. P.Toppeta in Roma, via Imera, 16;

**e nei confronti**

della società Ge.Se.Pu. s.p.a., in persona del legale rappresentante, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall’Avv. M. Gentile e domiciliata

**per l'annullamento**

della delibera consiliare in data 20.9.2003, con la quale è stato affidato il servizio di mensa scolastica alla società Ge.Se.Pu. s.p.a., nonché avverso gli atti presupposti indicati nella premessa della medesima delibera ed in particolare avverso gli atti adottati per la costituzione della citata società Ge.Se.Pu., con relativi atti connessi e consequenziali;

### **e per il risarcimento**

dei danni subiti e subendi dalla società ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimato;

Viste le memorie depositate dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza in data 19 febbraio 2004, il Consigliere G. De Michele e uditi i difensori delle parti come da verbale di udienza in data odierna;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Attraverso il ricorso in esame, notificato il 13.10.2003, si impugnano gli atti, attraverso cui il Comune di Mentana è pervenuto all'affidamento diretto del servizio di mensa negli istituti scolastici comunali – servizio svolto in precedenza dall'attuale ricorrente – alla società Ge.Se.Pu. s.p.a., a suo tempo costituita dal medesimo Comune (socio maggioritario, con 102 quote su 200) e da altro soggetto giuridico, operante nel settore della raccolta dei rifiuti urbani (Neturbà s.r.l.).

La costituzione della predetta società mista risultava deliberata in data 1.2.1999, per la gestione dei seguenti servizi pubblici locali: igiene urbana, verde pubblico, tutela ambientale, sorveglianza ed assistenza nelle scuole, pulizia degli edifici comunali e scolastici, pubbliche affissioni e raccolte differenziate, con prevista compartecipazione del Comune come socio di maggioranza e di un socio privato, successivamente scelto senza alcuna procedura di gara. Con delibera consiliare n. 53 del 2.7.1999 – pure oggetto di impugnativa – veniva quindi approvato lo statuto della nuova società e con successive delibere (fra cui quella, già in precedenza citata, che è oggetto principale del presente giudizio) il Comune provvedeva all'affidamento diretto alla stessa di una serie di servizi, compreso – da ultimo – quello di mensa scolastica, precludendo all'attuale ricorrente qualsiasi possibilità di proporsi per la prosecuzione del servizio, fino a quel momento svolto senza alcuna contestazione.

Avverso gli atti costitutivi della società Ge.Se.Pu., nonché avverso l'affidamento diretto alla stessa del servizio di cui trattasi, nell'impugnativa vengono prospettati i seguenti motivi di gravame:

1) violazione delle norme e dei principi in tema di libertà del mercato dei servizi e concorrenzialità tra le imprese; violazione o falsa applicazione degli articoli 10, 11 e 97 della Costituzione; violazione degli articoli 81, 84 e 86 del Trattato dell'Unione Europea; violazione o falsa applicazione dell'art. 35 della legge n. 448/2001 (art. 113 bis del D. Lgs. N. 267/2000); violazione delle norme in tema di libertà e concorrenzialità nell'espletamento di servizi pubblici, nonché dell'art. 35, comma 15 della legge n. 448/2001 e dei principi in tema di trasparenza dell'azione amministrativa (legge n. 241/90); omessa comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 L. n. 241/90); violazione di norme e principi del T.U.E.L. ed in particolare dell'art. 147; eccesso di potere sotto vari profili, con particolare riguardo alla problematica della distinzione operata dal legislatore, fra servizi che abbiano o meno rilevanza industriale: una rilevanza che, ad avviso della parte ricorrente, sussisterebbe per il servizio affidato nel caso di specie, in funzione delle caratteristiche economiche e della rilevanza dell'attività;

2) violazione delle norme e dei principi giuridici, nonché dei profili di eccesso di potere, enunciati nel primo motivo; violazione delle norme sui rapporti fra soci nelle società di capitali e dei principi in tema di autonomia tra enti pubblici e società private di capitali; eccesso di potere per omesso esame e motivazione, circa i reali rapporti esistenti tra il comune di Mentana e la società Ge.Se.Pu.; eccesso di potere per falsità dei presupposti e sviamento, in quanto si potrebbe fare a meno della procedura di gara solo in presenza di un rapporto organico fra l'ente pubblico ed il gestore del servizio, rapporto implicante subordinazione gerarchica, ovvero controllo tale da escludere un'effettiva diversità soggettiva fra società ed ente pubblico, mentre nel caso di specie – dopo il distacco di alcune frazioni – il Comune di Mentana non avrebbe più nemmeno una partecipazione

azionaria di maggioranza nella società di cui trattasi, né comunque sotto svariati profili appare configurabile un rapporto para-gerarchico fra detto Comune e la società stessa.

3) ancora violazione o falsa applicazione di norme e principi ed eccesso di potere, nei termini già dedotti nei primi due motivi di gravame, ma sotto altro profilo; erronea applicazione dell'art. 113 bis del T.U.E.L.; eccesso di potere per sviamento; omesso esame e motivazione sui presupposti di fatto e di diritto, utilizzati per l'esercizio del potere discrezionale; omesso esame degli interessi dei ricorrenti, falsità dei presupposti e travisamento, non essendo stata considerata la enunciata disponibilità della ricorrente alla prosecuzione del servizio, con modalità più convenienti sotto il profilo sia economico che gestionale, con ulteriore obbligo di trasparenza, in considerazione della ricaduta sugli utenti del costo del servizio;

4) violazione delle norme e dei principi in tema di libertà del mercato e concorrenzialità tra imprese; violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli articoli 81 e 84 del Trattato CE, nonché delle norme e dei principi sul diritto delle imprese a partecipare alla gara, per la scelta del socio privato di una società a partecipazione pubblica; violazione del principio di trasparenza della p.a.; eccesso di potere sotto vari profili, con riferimento – in via subordinata – ai provvedimenti che costituiscono presupposto della delibera di affidamento diretto del servizio di mensa, ed in particolare dell'atto costitutivo della società Ge.Se.Pu. e dell'approvazione dei patti parasociali, senza individuazione del socio privato con pubblica gara.

In via ulteriormente subordinata, si chiede la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte di Giustizia della Comunità Europea per la soluzione del quesito sulla conformità agli articoli 81 e seguenti del Trattato dell'art. 35, comma 15, della legge n. 428/2001, ove ritenuto legittimante dell'affidamento diretto dei pubblici servizi.

Nella medesima impugnativa, si formula infine istanza risarcitoria, con quantificazione dei danni "subiti e subendi dalla società ricorrente", in misura "pari almeno al 10% del valore della commessa", ovvero ad una "maggiore o minore somma", secondo giustizia.

Entrambe le parti intimare, costituite in giudizio, si oppongono all'accoglimento dell'impugnativa, contestando in via preliminare la legittimazione attiva della ricorrente e nel merito sottolineando, in particolare, la possibilità per gli enti pubblici territoriali di affidare in via diretta – a norma dell'art. 35 della legge n. 448/2001 – servizi non di rilevanza industriale (rilevanza, che dovrebbe escludersi per il servizio di mensa di cui trattasi, in considerazione "del carattere solidaristico" del servizio stesso e della impossibilità di individuare il requisito della rilevanza industriale, in assenza del previsto regolamento attuativo).

## **DIRITTO**

Il Collegio è chiamato a valutare, in via preliminare, la legittimazione attiva della società ricorrente, titolare del servizio di mensa presso gli istituti scolastici del Comune di Mentana, fino all'affidamento dell'attività in questione ad altro soggetto (società mista Ge.Se.Pu.) senza le procedure ad evidenza pubblica, di cui la ricorrente stessa prospetta la illegittima omissione. Detta legittimazione attiva è contestata da entrambe le parti resistenti, secondo le quali, una volta scaduti i termini contrattuali del precedente servizio, residuerebbe un interesse di mero fatto dell'ex gestore, in ordine alle modalità di riaffidamento del servizio stesso.

L'eccezione non può trovare accoglimento.

L'interesse a ricorrere, infatti, è pacificamente individuato sia in corrispondenza dell'utilità pratica concreta, che il ricorrente può ottenere con la pronuncia, sia in rapporto all'utilità strumentale, connessa anche alla mera rimessa in discussione del rapporto controverso, con riconosciuto obbligo dell'Amministrazione di adottare nuovi atti, idonei a salvaguardare l'interesse pretensivo della parte ricorrente: un interesse, quest'ultimo, da intendere finalizzato ad un corretto comportamento dell'Amministrazione, in vista di una possibile utilità concreta (cfr. per il principio, fra le tante, Cons. St., sez. IV, 10.11.1999, n. 1671; TAR Veneto, 6.9.2000, n. 1526).

Altrettanto pacifica in giurisprudenza è l'individuazione dell'interesse strumentale a ricorrere, in soggetti rimasti estranei ad una contrattazione svolta da autorità amministrative, e interessati

all'osservanza delle modalità di gara, cosiddette "ad evidenza pubblica": tale interesse protetto sussiste, in base ad un primo indirizzo più restrittivo (Cons. St., sez. V, 4.8.1986, n. 394; TAR Molise, 24.4.1987, n. 74; TAR Piemonte, 18.4.1984, n. 130) solo quando la decisione dell'Amministrazione di stipulare un contratto a trattativa privata incida su aspettative create dalla stessa p.a. o su rapporti obbligatori in corso di svolgimento, ma – secondo la giurisprudenza più recente, ispirata anche ai parametri comunitari e, ad avviso del Collegio, preferibile – si tratta di interesse ravvisabile in capo a qualsiasi imprenditore di settore e potenziale concorrente, che contesti il modulo organizzativo di gestione di un appalto o di individuazione di un partner in società miste, in assenza di gara.

Quanto sopra, tenuto conto dei precetti normativi sia comunitari che interni, prescrittivi della procedura concorsuale in questione, nonché del vasto ambito di interessi di portata costituzionale coinvolti: dal buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione alle regole sulla libertà di iniziativa economica e sulla concorrenza (cfr. per il principio, fra le tante, Cons. St., sez. V, 27.1.1986, n. 62, 19.7.1989, n. 423 e 10.4.2000, n. 2079; TAR Liguria, 11.6.1997, n. 259 e 8.5.1997, n. 134; TAR Friuli V.G., 21.8.1992, n. 388).

Sulla base di quanto sopra, appare innegabile la legittimazione attiva della società ricorrente, non solo quale operatore qualificato del settore in questione, ma anche come precedente affidataria del servizio e presentatrice di specifica offerta per la prosecuzione del medesimo.

Nel merito, il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto, con riferimento alla assorbente censura di violazione di legge riferita, nei primi tre motivi di gravame, agli articoli art. 35 L. n. 448/2001, 113 e 113 bis D.Lgs. n. 267/2000, questi ultimi come modificati dalla medesima L. n. 448 ed interpretati alla luce della normativa comunitaria.

Le ragioni dell'affidamento diretto del servizio di cui si discute, infatti, sono ricondotte dall'Amministrazione all'art. 35 della legge 28.12.2001, n. 448, destinato a regolare i servizi pubblici locali di rilevanza industriale, anche sulla base di un regolamento non ancora emanato. Il secondo comma della predetta norma, in effetti, prevede che un regolamento – da emanare ai sensi del comma 16 del medesimo articolo – fissi termini di scadenza o anticipata cessazione delle concessioni, rilasciate "con procedura diversa dall'evidenza pubblica" e prevede, ulteriormente, che solo "a valere da tale data" (quella, dovrebbe logicamente intendersi – nonostante una certa ambiguità nella formulazione letterale della disposizione in esame – di compiuta definizione regolamentare del sistema) si applichi il divieto, di cui al comma 6 del novellato art. 113 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, che reitera per tutti i servizi pubblici di rilevanza industriale, nell'ambito di tali enti, il divieto di partecipazione alle gare delle società che, "in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi".

La stessa individuazione dei servizi, di cui alla predetta norma e in definitiva l'operatività della medesima, tuttavia, sono demandate al regolamento in questione, da emanare ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23.8.88, n. 400, "sentite le Autorità indipendenti di settore e la Conferenza unificata, di cui all'art. 8 del D.-Lgs. 28.8.97, n. 281".

In tale situazione, è stato presumibilmente ritenuto che la nuova disciplina non fosse ancora applicabile, o che non sussistessero in ogni caso ostacoli normativi, perché si procedesse ad affidamento diretto del servizio di cui trattasi, in quanto non di rilevanza industriale (ipotesi, quest'ultima, che come più avanti specificato non cambia, in realtà, i termini della questione).

Per una più corretta impostazione della problematica, posta dalla disciplina sopra richiamata, appare in primo luogo necessario richiamare i principi comunitari, che ne costituiscono il presupposto, principi contenuti, in particolare, nella Direttiva n. 92/50/CEE del 18.6.1992, recepita con D.Lgs. 17.3.1995, n. 157, come modificata dalla direttiva n. 97/52/CE, recepita con D.Lgs. 25.2.2000, n. 65.

Detti principi riconoscono come espressione dell'autonomia degli enti pubblici locali la scelta circa le modalità di svolgimento dei servizi pubblici, riferibili a tali enti, potendo questi ultimi gestire direttamente i servizi stessi o affidarli a terzi.

Nella seconda ipotesi, alle garanzie sugli standards qualitativi dei servizi in questione si affiancano le garanzie di tutela della concorrenza, quale mezzo per raggiungere il maggior benessere dei consociati attraverso un meccanismo di selezione, tale da consentire il perseguimento del migliore possibile rapporto fra costi e risultati.

Anche prima della emanazione della citata legge n. 448/2001, la Commissione Europea aveva contestato – mediante procedura di infrazione – la prassi italiana di affidare a società miste la gestione dei servizi pubblici locali attraverso forme di affidamento diretto.

La normativa interna, al riguardo applicabile, era stata dunque chiarita con circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento delle Politiche Comunitarie) n. 12727 del 19.10.2001, nella quale si ribadisce come l'affidamento dei servizi di cui trattasi debba avere luogo tramite procedure ad evidenza pubblica.

Lo stesso articolo 113 del D.Lgs. n. 267/2000 (nel testo sostituito ex art. 35 L. n. 448/2001), a sua volta, dispone che restino “ferme le disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie”.

La nuova disciplina, riconducibile al medesimo art. 113, poi, avvia un più ampio progetto di revisione, in primo luogo operando una distinzione fra gestione delle reti e degli impianti ed erogazione del servizio pubblico (quanto sopra, poiché alla privatizzazione e liberalizzazione in atto debbono affiancarsi idonee misure, atte ad evitare distorsioni alla concorrenza, per effetto dei vantaggi riconducibili alla disponibilità delle reti ed ai diritti di esclusiva, di cui avevano usufruito i monopolisti: in altre parole, affinché ai monopoli pubblici non subentrino monopoli privati, si comincia con l'imporre una separazione, fra soggetti che svolgono attività, già suscettibili di essere svolte in regime di concorrenza e soggetti, che ancora si trovino in una posizione di monopolio naturale).

Solo per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali – ove separata dall'attività di erogazione dei servizi – è previsto nel quarto comma, lettera a) del novellato art. 113 D.Lgs. n. 267/2000 che gli enti locali possano avvalersi “di soggetti allo scopo costituiti”, nella forma di società di capitali con partecipazione pubblica maggioritaria, con affidamento anche diretto a tali soggetti dell'attività gestionale in questione.

Altra ipotesi di affidamento diretto è individuata dal successivo art. 113 bis del medesimo D.Lgs., con riferimento ai “servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale”, da individuare in via residuale, dopo l'individuazione dei servizi pubblici di rilevanza industriale, in base al regolamento di cui all'art. 35, comma 16, della più volte citata legge n. 448/2001.

Entrambe le fattispecie di affidamento sopra indicate, dunque, non solo risultano subordinate alla emanazione di apposito regolamento – circa la tipologia di servizi pubblici di riferimento – ma debbono considerarsi circoscritte a forme di gestione diretta dell'ente pubblico o all'apposita costituzione di società miste, per le quali l'individuazione del socio privato deve avvenire con procedura concorsuale (cfr. sul punto artt. 22 L. 8.6.1990, n. 142 e 12 L. 23.12.1992, n. 498, D.Lgs. 17.3.1995, n. 157, attuativo della direttiva CEE n. 92/1950, nonché, per il principio, Cons. St., Ad. Gen. 16.5.1996, n. 90; Cons. St., sez. V, 19.9.2000, n. 4850, 22.5.2001, n. 2835 e 15.2.2002, n. 917). Per quanto sopra, le ricordate ipotesi di affidamento diretto non potrebbero essere ritenute conformi alla normativa comunitaria – e le norme che le prevedono dovrebbero pertanto essere disapplicate – se non fossero intese come autorizzative dell'affidamento stesso, nei soli casi in cui il servizio venga assegnato ad una società comunale, appositamente costituita, ferma restando l'applicazione delle regole, per l'individuazione con procedura concorsuale del socio imprenditore (Cfr. in tal senso Cons. St., sez. V, 30.4.2002, n. 2297).

Nella situazione in esame, sembra comunque al Collegio che si possa prescindere da una valutazione, circa l'immediata applicabilità delle norme in questione (in considerazione sia del necessario regolamento attuativo, sia delle ulteriori scelte, che debbono essere operate al riguardo dagli enti locali), così come non sembrano rilevanti i dubbi di compatibilità con le norme comunitarie, che le norme stesse pongono: nel caso di specie, infatti, si discute di affidamento di

servizi, senza distinzione fra gestione degli impianti ed erogazione dei servizi stessi, né si enunciano criteri, per l'identificazione del carattere industriale o meno del servizio.

Alla data di emanazione delle delibere, concernenti la costituzione della società mista di cui si discute, risultava ampiamente diffusa – in effetti – la prassi di individuare senza procedure concorsuali ad evidenza pubblica i soggetti partecipanti a società miste, cui affidare la gestione di determinati servizi pubblici: tale prassi, tuttavia, era come già ricordato oggetto di procedura di infrazione a livello comunitario, ed appare ormai contrastante con le norme ed i principi in precedenza richiamati.

Alla successiva data di emanazione dell'atto di affidamento del servizio, pure in questa sede impugnato, era poi già stata emanata la ricordata circolare interpretativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 12727/2001, che sottolineava l'obbligatorietà della scelta del contraente o del socio privato tramite gara.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene peraltro che non debba parlarsi di appalto, ma di concessione di servizi, non richiedendo l'Amministrazione una prestazione dietro compenso, ma configurandosi un rapporto trilaterale, tra Amministrazione stessa, concessionario e utente del servizio (in tal senso Cons.St., sez. V, 30.4.2002, n. 2294).

Non solo per l'appalto tuttavia, ma anche per i servizi pubblici locali di qualsiasi tipologia, ove gestiti da soggetti terzi, è prevista l'individuazione del concessionario con procedure ad evidenza pubblica, ovvero con ordinarie procedure di gara, a norma dell'art. 267 del R.D. 14.9.1931, n. 1175 – Testo Unico per la Finanza Locale – nonché degli articoli 112, 113 e 113 bis del D.Lgs.

18.8.2000, n. 267, nella ricordata interpretazione che può ritenersi conforme alla normativa comunitaria (in omaggio alla quale, peraltro, il citato art. 35, comma 2, L. n. 448/01, prevede anche "l'anticipata cessazione della concessione, rilasciata con procedure diverse dall'evidenza pubblica"; cfr. anche, per il principio, Cons. St., sez. V, 30.4.2002, n. 2294; TAR Lombardia, Milano, 29.6.1999, n. 2523).

Sulla base di quanto sopra, l'atto di affidamento diretto del servizio di mensa scolastica, che è oggetto principale del presente giudizio, appare illegittimo e deve essere annullato; non sembra corrispondere ad un interesse attuale della ricorrente, invece, l'annullamento degli atti costitutivi della società mista, non finalizzata in via originaria alla gestione del servizio di cui si discute ed i cui profili di illegittimità sono stati esaminati - con accoglimento di alcune argomentazioni difensive, contenute nel quarto motivo di gravame - nell'ottica esclusiva di valutare la validità dei presupposti dell'affidamento del servizio di mensa scolastica (il cui annullamento, tuttavia, può prescindere dalla caducazione dei presupposti stessi).

Nei termini sopra precisati il ricorso è pertanto accolto, con assorbimento delle ragioni difensive non esaminate e con le conseguenze specificate in dispositivo; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio ne ritiene equa la compensazione, in considerazione dei dubbi interpretativi suscitati, ancora in epoca recente, dalla disciplina in questione.

Non può invece trovare accoglimento, allo stato degli atti, l'istanza risarcitoria, tenuto conto del carattere strumentale dell'interesse a ricorrere, riconosciuto nel caso di specie e della possibile quantificazione di un eventuale pregiudizio, riconducibile a perdita di "chance", o ad altro profilo di danno emergente e lucro cessante, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., solo in rapporto ed in esito alla fase di riaffidamento del servizio, che costituiva oggetto dell'interesse protetto di cui è stata accertata la violazione.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, (Sez. II bis), ACCOGLIE il ricorso n. 102223/03, specificato in epigrafe e, per l'effetto, ANNULLA la delibera consiliare di affidamento del servizio di mensa scolastica in data 20.9.2003; RESPINGE allo stato l'istanza risarcitoria; COMPENSA le spese.

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

Così deciso in Roma, nelle Camere di Consiglio in data 19 febbraio 2004, con l'intervento dei Magistrati:

Presidente Patrizio Giulia

Consigliere est. Gabriella De Michele

Consigliere Renzo Conti

Depositata in segreteria il  
19 aprile 2004

**Novità della Legge Finanziaria del 2005 (legge 30 dicembre 2004, n. 311) in materia di appalti pubblici:**

- revisione prezzi (art. 1, comma 554);
- incarichi e consulenze negli enti locali (art. 1, comma 42)

**Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, 15/2/2005 n. 6/CONTR/05**

CORTE DEI CONTI  
LE SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO  
nell'adunanza del 15 febbraio 2005

composte dai magistrati:

Presidente: Francesco STADERINI

Presidenti di Sezione:

Tullio LAZZARO

Danilo DELFINI

Luigi SCHIAVELLO

Fulvio BALSAMO

Rosario Elio BALDANZA

Giuseppe S. LAROSA

Enrico GUSTAPANE (relatore)

Massimo VARI

Consiglieri: Maurizio MELONI

Franco TURINA  
Claudio IAFOLLA  
Giorgio PUTTI  
Adolfo DE GIROLAMO  
Gaetano D'AURIA  
Renzo LIBERATI  
Maurizio PALA  
Giovanni COPPOLA  
Fabio VIOLA  
Aldo CAROSI (relatore)  
Stefano SIRAGUSA  
Vincenzo PALOMBA  
I Referendari:  
Cinzia BARISANO  
Maria Luisa ROMANO  
Referendari:  
Elena BRANDOLINI

Con l'intervento, in qualità di Segretario verbalizzante, del funzionario dott.ssa Angela Maria Giuliani;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n.20 e successive modificazioni;  
Vista la legge 20 dicembre 1996, n.639;  
Visto l'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286;  
Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo, approvato dalle Sezioni Riunite con deliberazione n. 14/DEL/2000 del 16 giugno 2000 (G. U. n. 156 del 6 luglio 2000), modificato con le deliberazioni delle Sezioni Riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;  
Visto l'articolo 7 della legge 5 giugno 2003, n. 131;  
Vista la nota del 28 gennaio 2005 con la quale, d'ordine del Presidente della Corte dei conti, le Sezioni riunite in sede di controllo sono state convocate per la seduta odierna;  
Uditi i relatori presidente Enrico Gustapane e consigliere Aldo Carosi;

### HANNO DELIBERATO

di approvare il documento allegato, che è parte integrante della presente deliberazione, riguardante:

**“Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11 e 42)”.**

I RELATORI

IL PRESIDENTE

Presidente Enrico Gustatane  
Consigliere Aldo Carosi

Francesco Staderini

Depositata in Segreteria il

Il Dirigente

Relazione

## SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO

Adunanza del 15 febbraio 2005

### **“Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d’incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11 e 42)”**

Le amministrazioni pubbliche, comprese le regioni, le province e i comuni, possono conferire, ai sensi dell’articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, corrispondente all’articolo 7 d. lgs. n. 29/1993 e successive modificazioni, incarichi individuali ad esperti di “provata competenza” per “esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio”.

Le regole per il conferimento degli incarichi da parte dei ministri, sono state definite con il regolamento approvato con D. P. R. 18 aprile 1994, n. 338, che circoscrive l’oggetto degli incarichi alla “necessità di compiere studi e di risolvere problemi”. Gli incaricati devono consegnare una relazione scritta sui risultati dello studio e sulle soluzioni proposte. L’attività svolta è soggetta alla valutazione di un apposito comitato.

Allo scopo di garantire la trasparenza e il rispetto delle regole sull’affidamento degli incarichi, l’articolo 1, comma 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 ha disposto che le pubbliche amministrazioni che si avvalgono “di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza” retribuiti, devono pubblicare gli elenchi sui conferimenti, da inviare semestralmente al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. La disposizione è stata inserita nell’articolo 53, commi 14, 15 e 16, d. lgs. n. 165/2001 che ha previsto anche una relazione annuale al Parlamento nella quale il Dipartimento deve riferire sui dati raccolti e formulare proposte “per il contenimento della spesa per gli incarichi e per la razionalizzazione dei criteri di attribuzione degli incarichi stessi”[1].

L’articolo 110, comma 6, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce, infine, che le province e i comuni possono inserire, nei propri regolamenti sull’ordinamento degli uffici e dei servizi, disposizioni che prevedano “per obiettivi determinati e con convenzioni a termine” il ricorso a collaborazioni esterne “ad alto contenuto di professionalità”. Gli enti locali perciò, oltre al conferimento degli incarichi esterni ai sensi dell’articolo 7, comma 6, d. lgs. n. 165/2001, possono ricorrere a collaborazioni esterne, nei casi in cui sia necessario avvalersi di un contributo d’alta professionalità, a condizione che la facoltà sia stata prevista nei loro regolamenti.

Oltre le disposizioni di carattere generale, diverse leggi consentono, alle amministrazioni dello Stato, di ricorrere ad incarichi esterni in casi determinati[2]; anche le regioni hanno emanato leggi per disciplinare gli incarichi e le consulenze.

Sulla base delle disposizioni citate, la giurisprudenza della Corte dei conti, in sede di controllo e in sede giurisdizionale, ha elaborato i seguenti criteri per valutare la legittimità degli incarichi e delle consulenze esterni:

- a) rispondenza dell’incarico agli obiettivi dell’amministrazione;
- b) inesistenza, all’interno della propria organizzazione, della figura professionale idonea allo svolgimento dell’incarico, da accertare per mezzo di una reale ricognizione;
- c) indicazione specifica dei contenuti e dei criteri per lo svolgimento dell’incarico;
- d) indicazione della durata dell’incarico;
- e) proporzione fra il compenso corrisposto all’incaricato e l’utilità conseguita dall’amministrazione.

Allo scopo di contenere la spesa delle amministrazioni pubbliche, aumentata anche per il ricorso, frequente e ingiustificato, agli incarichi esterni, con il duplice effetto di una spesa aggiuntiva e della mancata utilizzazione delle ordinarie strutture amministrative, l’articolo 1, commi 9 e 11, del d. l. 12 luglio 2004, n. 168, convertito con legge 30 luglio 2004, n. 191, ha posto un limite alla spesa per

gli incarichi. Il limite è posto per le regioni, le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti “a tutela dell’unità economica della Repubblica”.

Oltre il limite della spesa, la norma citata ha individuato tre categorie d’incarichi: di studio, di ricerca o di consulenza, per le quali ha prescritto un’adeguata motivazione e la possibilità di ricorrervi “solo nei casi previsti dalla legge o nell’ipotesi di eventi straordinari”. Gli atti di conferimento dell’incarico devono poi essere trasmessi agli organi di controllo interno degli enti.

L’affidamento d’incarichi, in assenza dei presupposti stabiliti dall’articolo 1, comma 9, “costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale”.

Le disposizioni dei commi 9 e 11 dell’articolo 1 della legge n. 191/2004 hanno cessato di essere in vigore il 31 dicembre 2004 e sono state sostituite, a decorrere dal 1 gennaio 2005, dall’articolo 1, commi 11 e 42, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005).

I commi 11 e 42 confermano il limite della spesa per il conferimento degli incarichi esterni, determinandolo, per tutte le amministrazioni pubbliche, comprese le regioni, le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, escluse le università e gli enti di ricerca, nell’importo erogato per lo stesso oggetto nel 2004. Gli atti di affidamento degli incarichi dovranno recare perciò una certificazione dell’Ufficio centrale del bilancio, per le amministrazioni centrali dello Stato, e dei competenti servizi di ragioneria per gli enti pubblici nazionali, per le regioni, le province e i comuni, sul rispetto del limite di spesa stabilito dalla legge n. 311/2004. Per gli enti che adottano la contabilità economica, l’attestazione è rimessa all’organo che esercita il controllo contabile.

Il comma 11 disciplina, poi, il conferimento degli incarichi esterni da parte delle amministrazioni dello Stato, delle Regioni e degli enti pubblici non economici nazionali; il comma 42 riguarda, invece, l’affidamento degli incarichi da parte delle province e dei comuni, comunità montane e unioni di comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti.

Le norme attuali hanno per oggetto le tre categorie già individuate dal d. l. n. 168/2004: incarichi di studio, di ricerca, di consulenza. I due commi differiscono, invece, nella motivazione prescritta per il conferimento.

Le differenze fra i due commi saranno esaminate successivamente, poiché è necessario definire, in via preliminare, il contenuto degli incarichi ai quali si applica la legge.

Gli incarichi di studio possono essere individuati con riferimento ai parametri indicati dal D. P. R. n. 338/1994 che, all’articolo 5, determina il contenuto dell’incarico nello svolgimento di un’attività di studio, nell’interesse dell’amministrazione. Requisito essenziale, per il corretto svolgimento di questo tipo d’incarichi, è la consegna di una relazione scritta finale, nella quale saranno illustrati i risultati dello studio e le soluzioni proposte.

Gli incarichi di ricerca, invece, presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell’amministrazione.

Le consulenze, infine, riguardano le richieste di pareri ad esperti.

Il contenuto degli incarichi, cui fanno riferimento i commi 11 e 42, coincide quindi con il contratto di prestazione d’opera intellettuale, regolato dagli articoli 2229 – 2238 del codice civile.

Per valutare se un incarico rientra in una delle categorie previste dai commi 11 e 42, occorre considerare il contenuto dell’atto di conferimento, piuttosto che la qualificazione formale adoperata nel medesimo.

A titolo esemplificativo, si elencano alcuni tipi di prestazione che rientrano nella previsione normativa:

studio e soluzione di questioni inerenti all’attività dell’amministrazione committente;  
prestazioni professionali finalizzate alla resa di pareri, valutazioni, espressione di giudizi;  
consulenze legali, al di fuori della rappresentanza processuale e del patrocinio dell’amministrazione;

studi per l’elaborazione di schemi di atti amministrativi o normativi.

Non rientrano, invece, nella previsione dei commi 11 e 42:

le prestazioni professionali consistenti nella resa di servizi o adempimenti obbligatori per legge, qualora non vi siano uffici o strutture a ciò deputati;

la rappresentanza in giudizio ed il patrocinio dell'amministrazione; gli appalti e le "esternalizzazioni" di servizi, necessari per raggiungere gli scopi dell'amministrazione.

Non rientrano, in sostanza, nella previsione gli incarichi conferiti per gli adempimenti obbligatori per legge, mancando, in tali ipotesi, qualsiasi facoltà discrezionale dell'amministrazione. L'esclusione di questo tipo di incarichi è, del resto, convalidata dallo stesso comma 42 che esclude dall'ambito della sua applicazione gli incarichi conferiti ai sensi della legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109.

Restano fuori dell'oggetto dei commi 11 e 42 anche i "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa", che rappresentano una posizione intermedia fra il lavoro autonomo, proprio dell'incarico professionale, e il lavoro subordinato (art. 409, n. 3 del codice di procedura civile; art. 61 d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

L'esclusione di questo tipo di rapporti si ricava, del resto, dalla stessa legge n. 311/2004 la quale, al comma 116 dell'articolo 1, prevede che le pubbliche amministrazioni, comprese regioni, province e comuni, possono avvalersi, nel 2005, di personale a tempo determinato, esclusa la nomina del direttore generale dei Comuni (art. 108 d. lgs. n. 267/2000), "con contratti di collaborazione coordinata e continuativa". I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa sono quindi utilizzabili per le esigenze ordinarie proprie del funzionamento delle strutture amministrative e non riguardano perciò il ricorso agli incarichi esterni.

Gli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa, infatti, per la loro stessa natura che prevede la continuità della prestazione e un potere di direzione dell'amministrazione, appaiono distinti dalla categoria degli incarichi esterni, caratterizzata dalla temporaneità e dall'autonomia della prestazione. Resta fermo, peraltro, che, qualora un atto rechi il nome di collaborazione coordinata e continuativa, ma, per il suo contenuto, rientri nella categoria degli incarichi di studio o di ricerca o di consulenza, il medesimo sarà soggetto al limite di spesa, alla motivazione e all'invio alla Corte dei conti, secondo le previsioni dei commi 11 e 42.

Dopo avere precisato il contenuto degli incarichi, si può passare a considerare le differenze fra il comma 11 e il comma 42, per quanto riguarda la motivazione prescritta.

Il comma 11, che si applica alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, d. lgs. n. 165/2001, comprese le regioni, dispone che il conferimento dell'incarico deve essere adeguatamente motivato ed "è possibile soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero nelle ipotesi di eventi straordinari". Le amministrazioni statali, gli enti pubblici nazionali non economici e le regioni potranno quindi conferire incarichi esterni soltanto nei casi previsti dalla legge nazionale, o dalle leggi regionali, salvi gli eventi straordinari. Le università, gli enti di ricerca e gli organismi equiparati, benché esclusi dal rispetto del limite di spesa stabilito dal comma 11, sono assoggettati alle altre disposizioni dello stesso comma, limitatamente però agli incarichi di studio, di ricerca o di consulenza, conferiti in materie e per oggetti rientranti nella competenza della struttura burocratica dell'ente.

Il comma 42, che riguarda le province e i comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti, stabilisce che il conferimento degli incarichi "deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi". L'affidamento dell'incarico deve essere preceduto perciò da un accertamento reale, che coinvolge la responsabilità del dirigente competente, sull'assenza di servizi o di professionalità, interne all'ente, che siano in grado di adempiere l'incarico.

Il comma 42 dispone poi che l'atto di conferimento deve essere sottoposto all'esame del collegio dei revisori dei conti, che valuterà, ai sensi dell'articolo 239 lettera b) T. U. n. 267/2000, la regolarità contabile, finanziaria ed economica dell'atto, con particolare riguardo all'osservanza del limite di spesa posto dalla legge n. 311/2004.

I commi 11 e 42 stabiliscono, infine, la trasmissione alla Corte dei conti degli atti di conferimento degli incarichi e prevedono che l'affidamento dei medesimi, senza il rispetto delle previsioni della legge, "costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale".

La legge impone l'invio degli atti alla Corte dei conti, senza altra specificazione. Poiché la Corte svolge funzioni di controllo e giurisdizionali, è necessario individuare se gli atti debbano essere trasmessi alle Sezioni centrali e regionali di controllo o alle Procure regionali, restando, in ogni caso, escluse le sezioni giurisdizionali della Corte che, per la natura delle loro funzioni, non possono ricevere atti al di fuori dell'esercizio della giurisdizione.

Le Sezioni Riunite in sede di controllo hanno già riconosciuto, con la deliberazione n. 7/2003 del 27 febbraio 2003, la competenza delle Sezioni del controllo nel caso dell'invio alla Corte dei conti dei contratti conclusi a trattativa privata. Le Sezioni Riunite ritennero, infatti, che la competenza a ricevere gli atti spettasse alle Sezioni del controllo, trattandosi di atti utilizzabili ai fini del controllo sulla gestione.

Occorre aggiungere che l'eventuale attribuzione della competenza alle Procure regionali, contrasterebbe con la funzione istituzionale degli organi requirenti, che hanno il compito di esercitare l'azione per l'accertamento della responsabilità amministrativa o contabile e che possono ricevere, perciò, soltanto gli atti dai quali emergano elementi di danno per l'erario. La Corte costituzionale ha affermato (sentenza 22 febbraio 1989 n. 104), del resto, che il Procuratore della Corte dei conti non può chiedere una serie di atti amministrativi, al di fuori di "elementi concreti e specifici" d'ipotesi di danno erariale, poiché, in tal modo, l'organo requirente si attribuirebbe compiti di controllo, estranei alla sua funzione istituzionale.

Conferma, ex adverso, tale assunto l'articolo 23, comma 5, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) che fa oggetto di espressa previsione l'invio alle Procure regionali della Corte dei conti degli atti di riconoscimento del debito, sintomatici di danno erariale.

Corroborata ulteriormente il riconoscimento della competenza delle Sezioni del controllo la considerazione che le disposizioni dei commi 11 e 42 sono dirette, soprattutto, al contenimento della spesa nel settore degli incarichi. La competenza delle Sezioni del controllo deriva, perciò, dallo scopo delle norme, poiché l'accertamento degli equilibri finanziari delle amministrazioni pubbliche e della "sana gestione finanziaria" degli enti locali, non può che spettare alla sede del controllo.

Occorre precisare, ora, secondo le competenze stabilite dalla legge e dal regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato con la deliberazione delle Sezioni riunite n. 14 del 16 giugno 2000 e successive modificazioni, le Sezioni del controllo alle quali dovranno essere inviati gli atti:

Sezione centrale del controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato

Amministrazioni centrali dello Stato

Sezione del controllo sugli enti

Enti controllati

Sezioni regionali di controllo

Amministrazioni decentralizzate dello Stato

Regioni

Province

Comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti

Comunità montane, con popolazione superiore a 5.000 abitanti

Unioni di Comuni, con popolazione superiore a 5.000 abitanti

Aziende sanitarie locali

Camere di commercio, industria e agricoltura

Enti pubblici regionali non economici.

Le Sezioni del controllo, ricevuti gli atti, li utilizzeranno secondo i principi e i procedimenti del controllo successivo sulla gestione, previsti dall'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 richiamato, per quanto riguarda i comuni e le province, dall'articolo 148 T. U. n. 267/2000, e dall'articolo 7, comma 7, della legge 5 giugno 2003, n. 131. Rientra, poi, nella competenza delle Sezioni l'approvazione dei criteri organizzativi interni per l'esame degli atti.

Qualora, in tale sede, si dovesse venire a conoscenza di ipotesi d'illecito contabile si procederà alla segnalazione alla competente Procura regionale della Corte dei conti, secondo le indicazioni della Corte costituzionale (sentenza n. 29 del 12 – 27 gennaio 1995) che, nell'affermare la netta distinzione fra il controllo sulla gestione e la giurisdizione di responsabilità amministrativa, ha confermato, tuttavia, che il Procuratore della Corte dei conti può promuovere l'azione di responsabilità sulla base di una segnalazione acquisita "attraverso l'esercizio dei poteri istruttori inerenti al controllo sulla gestione", arrestandosi alla segnalazione il rapporto fra attività giurisdizionale e controllo sulla gestione. Resta fermo, peraltro, l'obbligo di denuncia alla Procura della Corte dei conti, posto dalla legge a carico degli organi amministrativi e di controllo interni.

[1] Il Dipartimento della funzione pubblica ha pubblicato recentemente i risultati del monitoraggio sugli incarichi e le consulenze esterne, conferiti dalle amministrazioni pubbliche, compresi regioni ed enti locali, utilizzando gli elenchi trasmessi ai sensi delle disposizioni citate.

[2] Le leggi speciali che prevedono tale facoltà sono elencate in Corte dei conti, Sezione del controllo (2° Collegio), deliberazione n. 101 del 20 maggio 1997 che approva la "Relazione sull'attuazione del d. legislativo 3 febbraio 1993, n. 29".

**Recenti pronunce giurisprudenziali relative al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di servizi pubblici locali e di appalti**

(sentenze C.d.S. nn. 145/2005, 8220/2004; TAR Abruzzo n. 58/2005; TAR Lazio n. 16604/2004; Corte di Cassazione, SS.UU., n. 23645/2004);

**Consiglio di Stato, Sez. V, 25/1/2005 n. 145**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

**decisione**

sul ricorso in appello n. 9721 del 2003 proposto da S.A.T.E.S. S.A.S. DI MARIA TELESE & C. (già S.A.T.E.S. S.A.S. DI GENNARO LANGIA & C.), in persona del l.r. p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaello Capunzo, con il quale elettivamente domicilia in Roma, al Lungotevere Flaminio n. 46, presso il dott. Gian Marco Grez;

**contro**

CONSORZIO DEI COMUNI DEL BACINO NAPOLI 1, in persona del l.r. p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Sasso, con il quale elettivamente domicilia in Roma, al Lungotevere Flaminio n. 46, presso il dott. Gian Marco Grez;

### **per l'annullamento**

previa sospensione dell'efficacia,  
della sentenza n. 6791 del 3.4.2002/30.10.2002, pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, sez. I;  
visto il ricorso con i relativi allegati;  
vista l'ordinanza n. 5011 del 18.11.2003, con la quale è stata accolta l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della decisione impugnata, proposta dalla società appellante;  
visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio appellato;  
viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;  
visti gli atti tutti della causa;  
designato relatore il cons. Gabriele Carlotti;  
uditi alla pubblica udienza del 29.10.2004 l'avv. Cecinato, su delega dell'avv. Capunzo, per la Società appellante e l'avv. Pafundi, delegato dall'avv. Sasso, per il Consorzio resistente;  
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### **FATTO E DIRITTO**

1. Con la sentenza impugnata, indicata in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sedente in Napoli, ha accolto il ricorso, proposto dal Consorzio dei Comuni del Bacino NA 1 (di seguito, "Consorzio"), e, per l'effetto, ha condannato la Sates s.a.s. (d'ora innanzi, "Sates"), concessionaria del servizio di raccolta, di trasporto e di smaltimento dei rifiuti nel Comune di Acerra, al pagamento, in favore del Consorzio sunnominato, di €. 331.880,17, oltre agli interessi legali, a titolo di corrispettivi tariffari, per l'avvenuto smaltimento di r.s.u. - prodotti in Acerra dal 18.7.1996 al 18.2.1997 – conferiti dalla Società appellante nella discarica sita in quel Giugliano, in località "Schiavi", gestita dal ridetto Consorzio (istituito con decreti commissariali, nell'ambito dell'emergenza socio-economico-ambientale campana).
2. In dettaglio, è a dirsi che il T.a.r. partenopeo ha ritenuto la propria giurisdizione esclusiva sulla controversia testé succintamente ricostruita, giusta l'art. 33, commi 1 e 2, lett. b), del D.Lgs. n. 80/1998, avendo qualificato lo specifico contenzioso alla stregua di una lite tra amministrazioni pubbliche e gestori, comunque denominati, di pubblici servizi.
3. Avverso la decisione ha interposto appello la Sates contestando sia la sussistenza della giurisdizione amministrativa ravvisata dal primo giudice sia la propria legittimazione passiva al giudizio, assumendo che l'unico soggetto obbligato al pagamento preteso dal Consorzio fosse l'amministrazione civica di Acerra.
4. Nel giudizio d'appello così promosso si è costituito il Consorzio contestando tutto quanto ex adverso dedotto e chiedendo, previa reiezione dell'impugnazione, l'integrale conferma della sentenza gravata.
5. Con ordinanza del 18.11.2003 la Sezione ha accolto l'istanza, promossa in via cautelare dalla Sates, di sospensione dell'efficacia della decisione in parola, avendo sommariamente delibato la fondatezza dell'appello.
6. All'udienza del 29.10.2004 il ricorso emarginato è stato chiamato per la discussione e, quindi, parti e causa sono state assegnate in decisione.
7. L'appello è fondato e merita accoglimento.
  - 7.1. Ai fini della migliore intelligenza delle ragioni del decidere, deve tuttavia premettersi, in fatto, che:
    - il Consorzio di servizi appellato, siccome previsto dal suo stesso statuto (artt. 1 e 2), è un ente strumentale dei Comuni contraenti, con personalità giuridica distinta da quella degli enti civici ad esso aderenti, istituito ai sensi dell'art. 6 della L.R. Campania n. 10/1993, recante «Norme e procedure per lo smaltimento dei rifiuti in Campania» per la gestione in forma associata degli impianti di smaltimento dei bacini individuati dall'omologo Piano di cui all'art. 1 L.R. cit.;
    - al centro del contendere vi sono le pretese patrimoniali, avanzate dal Consorzio ridetto nei confronti della Sates: in particolare, l'appellante reclama il pagamento di un residuo credito

tariffario asseritamente maturato a fronte dell'avvenuto conferimento, da parte della seconda, di r.s.u. ed assimilati prodotti in quel di Acerra, nell'impianto di smaltimento di Giugliano, per il periodo compreso nell'arco temporale che va dal 18.7.1996 al 18.2.1997.

7.2. Tanto premesso, valgono le seguenti considerazioni.

7.2.1. Lo stesso giudice di prime cure ha accertato il carattere prettamente civilistico delle pretese dedotte in contenzioso (così a pag. 3 della motivazione della sentenza gravata).

Siffatta qualificazione è pienamente condivisibile, giacché il profilo della fissazione autoritativa (nella specie attuata mediante provvedimenti prefettizi), della misura della tariffa in parola non ne muta la natura di vero e proprio "corrispettivo" (quantunque sottratto alla libera contrattazione di mercato).

7.2.2. Invero la tariffa, sebbene "imposta", è a tutti gli effetti un "prezzo" richiesto agli utenti del servizio e non può esser confusa (sul punto, *amplius*, *infra*, nei successivi §§. 7.4., 7.5. e 7.6.) con gli ulteriori contributi pubblici - eventualmente erogati al gestore della discarica, ai fini di integrarne la provvista finanziaria necessaria all'esercizio dell'impianto - che consistono piuttosto in prestazioni patrimoniali incombenti alla sola p.a. concedente (e, quindi, non gravanti sull'utenza) e che geneticamente si innestano nel rapporto intercorrente tra la stessa amministrazione ed il concessionario, al precipuo scopo di indennizzare quest'ultimo per i costi sostenuti a fronte della prestazione del servizio.

7.2.3. Non inficia le osservazioni appena esposte il rilievo che la Sates fosse obbligata, in forza di distinti provvedimenti, a riversare i rifiuti da essa raccolti in Acerra presso l'impianto gestito dal Consorzio, poiché le ricordate prescrizioni, sebbene effettivamente vincolanti in punto alla concreta individuazione dell'impianto di smaltimento, non alteravano però la ridetta natura tariffaria del corrispettivo dovuto.

7.2.4. Merita, quindi, convinta adesione l'insegnamento delle Sezioni Unite civili della Corte suprema di cassazione (n. 27 del 1°12.2000/26.1.2001), adita in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, puntualmente richiamato dall'appellante.

La prefata pronuncia (resa tra l'altro anche nei confronti del Consorzio appellante), seppur concernente la lett. f) della precedente versione dell'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998 (prima cioè della sostituzione delle veste formale della disposizione operata dall'art. 7 L. n. 205/2000), resta comunque valida, stante l'ininfluenza delle sopravvenienze normative rispetto al *thema decidendum*, nella parte in cui accredita la tesi della natura esclusivamente privatistica del rapporto giuridico obbligatorio che si instaura tra il concessionario del pubblico servizio (segnatamente, di quello di gestione dell'impianto di smaltimento) ed il singolo utente (nella specie, la Sates), tale da sottrarre le relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, a nulla rilevando quale sia la regolamentazione pubblicistica del servizio medesimo.

7.3. Siffatta conclusione trova, del resto, piena conferma alla luce del portato precettivo della recente sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, di parziale accoglimento della q.l.c. dell'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998 e pubblicata nelle more della decisione.

È indubbio infatti che la pronuncia interferisca sensibilmente sullo specifico profilo del riparto della giurisdizione, in relazione alla descritta vicenda processuale.

7.3.1. Una volta premesso che le statuizioni costitutive recate da siffatta decisione manipolativa del Giudice delle leggi sono destinate a prevalere, anche con riguardo ai processi in corso (attenendo questi a rapporti non ancora esauriti), sul principio della *perpetuatio jurisdictionis* sancito dall'art. 5 c.p.c., è sufficiente osservare che la "nuova" versione del primo comma dell'art. 33 esclude espressamente dall'ambito della giurisdizione amministrativa sui servizi pubblici le controversie concernenti «indennità, canoni ed altri corrispettivi».

7.4. Non convince, del resto, la tesi patrocinata dal Consorzio appellante il quale, onde negare rilevanza alla ridetta sopravvenienza, argomenta in punto alla perdurante sussistenza della giurisdizione dell'a.g.a. in materia, richiamando all'uopo i principi recentemente affermati dalla Quarta Sezione di questo Consiglio, con la decisione n. 6489/2004: in particolare, il Consorzio valorizza, da un lato, il preteso nesso di strumentalità tra la prestazione patrimoniale richiesta e

l'espletamento del servizio pubblico in questione e, dall'altro, insiste sui connotati autoritativi della potestà di determinazione della tariffa succitata (esercitata mediante gli atti prefettizi sopra ricordati).

7.5. Ad avviso della Sezione, il Consorzio ricorrente fa malgoverno dei principi giurisprudenziali invocati. Ed invero la decisione della Quarta Sezione, peraltro pienamente condivisibile, non si attaglia alla fattispecie concreta sottoposta al sindacato del Collegio.

Nel caso deciso con l'arresto n. 6489 del 2004 litiganti erano due amministrazioni pubbliche territoriali, ossia la Provincia di Venezia e la Regione Veneto, e si controverteva della legittimità di una determinazione con la quale la seconda aveva negato l'erogazione dei mezzi finanziari necessari a coprire i costi, sopportati l'anno precedente dall'amministrazione provinciale, per l'effettuazione del servizio di trasporto pubblico locale.

Nel contesto litigioso, così sinteticamente tratteggiato, la Quarta Sezione ha statuito che la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 non comporta alcuna spoliazione della giurisdizione del giudice amministrativo in ordine ai precitati atti di dotazione della provvista, giacché questi ultimi sono direttamente ed inscindibilmente finalizzati allo svolgimento del servizio pubblico, costituendone lo stesso presupposto di esistenza.

Tale prima parte della pronuncia, nell'economia del ragionamento decisorio seguito dalla Quarta Sezione, mira a chiarire che le ridette "obbligazioni pubbliche" di finanziamento rientrano a tutti gli effetti nella materia dei pubblici servizi.

Quel che più interessa è tuttavia la seconda parte della suddetta motivazione, laddove si afferma che gli atti con i quali la Regione incide sulla misura della contribuzione spettante alla Provincia, presentano caratteri di autoritatività.

7.6. Ebbene è di immediata percezione che i principi affermati dalla Quarta Sezione non possono essere calati nella presente controversia.

In primo luogo perché le obbligazioni pubbliche surrichiamate nulla hanno a che spartire con le prestazioni a tariffa delle quali qui si discute.

Inoltre il Consorzio omltera una circostanza assai significativa ai fini del decidere, ossia che la Sates non ha affatto contestato la misura della tariffa (che, si ribadisce, non può essere confusa con la prefata provvista, dacché la prima è corrisposta dagli utenti del servizio e non presenta le caratteristiche di un contributo posto a carico della mano pubblica) e tanto meno la legittimità dei provvedimenti autoritativi di determinazione della stessa; la Società appellante si limita semplicemente a negare la sussistenza della giurisdizione amministrativa in relazione alle pretese di pagamento così calcolate.

7.7. Nemmeno convince la ricostruzione patrocinata dal Consorzio secondo cui anche la gestione della discarica di Giugliano perterrebbe, oggettivamente e funzionalmente, all'unico servizio pubblico rappresentato dalla raccolta, dal trasporto e dallo smaltimento di rifiuti effettuato dalla Sates per conto del Comune di Acerra.

Se, invero, tale prospettazione ha l'indubbio pregio di illuminare la relazione di complementarietà intercorrente tra il servizio espletato dalla società appellante e quello gestito dal Consorzio, è altrettanto vero che siffatto profilo non può trasmodare dal piano descrittivo a quello spiccatamente prescrittivo, giacché dal punto di vista giuridico i rapporti inerenti le due attività, seppur tecnicamente embricate ed interconnesse, appaiono chiaramente distinti e non sovrapponibili.

8. La rilevata carenza di giurisdizione esonera il Collegio dallo scrutinio dell'altra eccezione sollevata dalla Sates in ordine al dedotto difetto della propria legittimazione passiva rispetto alle pretese avanzate dal Consorzio, giacché essa involge questioni che postulerebbero l'ipotetico rigetto della pregiudiziale accolta.

9. In conclusione la sentenza appellata va annullata senza rinvio, a norma dell'art. 34 L. n. 1034/1971, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, spettando la relativa cognizione al giudice ordinario.

10. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla senza rinvio la sentenza appellata, difettando in materia la giurisdizione del giudice amministrativo.

Compensate le spese del doppio giudizio.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 29.10.2004, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Farina	- Presidente f.f.
Chiarenza Millemaggi Cogliani	- Consigliere
Goffredo Zaccardi	- Consigliere
Aldo Fera	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere rel. est.

L'ESTENSORE  
f.to Gabriele Carlotti

IL PRESIDENTE f.f.  
f.to Giuseppe Farina

IL SEGRETARIO  
f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25 gennaio 2005

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 27/12/2004 n. 8220**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello iscritto al NRG 2999 dell'anno 2004 proposto da SOCOME S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

**contro**

PROVINCIA DI VARESE, in persona del presidente della giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Locati e Antonella Giglio, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via A. Gramsci n. 14 (presso lo studio della seconda);

**e nei confronti di**

SOCIETA' CIVELLI COSTRUZIONI, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, n. 695 del 13 febbraio 2004;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Varese;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 403/04;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza dell'8 luglio 2004 il consigliere Carlo Saltelli;  
Uditi gli avvocati Abbamonte per la So.co.me S.r.l. e l'avv. Giglio per la Provincia di Varese;  
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### FATTO

Con determinazione n. 2572, prot. 84136, del 26 giugno 2003 del dirigente del Settore Viabilità e Trasporti della Provincia di Varese la SO.CO.ME. S.r.l. veniva dichiarata aggiudicataria della gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione e sistemazione stradale delle SS.PP. 1<sup>a</sup> zona, per l'importo di €. 2.058.626,79, al netto del ribasso d'asta del 3,310%, oltre agli oneri per la sicurezza pari a €. 11.950,00 oltre I.V.A. al 20%, in conformità dei verbali di gara del 10 e del 17 giugno 2003.

Con successiva determinazione n. 2578, prot. 84193, del 26 giugno 2003, veniva dichiarata l'immediata efficacia del contratto, sotto riserva di legge, ai sensi dell'articolo 13, primo capoverso, del capitolato speciale d'appalto.

Per addivenire all'immediata consegna dei lavori, anche nelle more della formale stipula del contratto di appalto, intercorrevano tra le parti una serie di riunioni (in data 18 e 19 giugno 2003) cui seguiva una nota in data 19 giugno 2003 con cui l'amministrazione provinciale di Varese indicava all'impresa aggiudicataria la documentazione necessaria da produrre per procedere alla consegna dei lavori e gli oneri facenti carico ad essa aggiudicataria; con successiva comunicazione del 23 giugno 2003 venivano specificati gli importi della polizza CAR e della cauzione, mentre con ulteriore comunicazione del 26 giugno 2003, anticipata a mezzo fax, l'amministrazione provinciale di Varese fissava per il giorno 7 luglio 2003 per la consegna dei lavori, elencando puntualmente gli obblighi e le prescrizioni a carico della SO.CO.ME. S.r.l..

Sul presupposto che quest'ultima non avesse provveduto a produrre alcuno dei documenti richiesti e non si fosse presentata per la consegna dei lavori, l'amministrazione appaltante fissava successive convocazioni per i giorni 9, 10 e 15 luglio 2003, tutte andate deserte, malgrado l'atto di diffida e messa in mora dell'11 luglio 2003 (con cui si era provveduto alla nuova convocazione per il 15 luglio 2003): di conseguenza, con determinazione n. 2966, prot. n. 93755, del 18 luglio 2003, del dirigente del Servizio Viabilità e Trasporti l'Amministrazione provinciale di Varese disponeva la decadenza della predetta SO.CO.ME. S.r.l. dall'aggiudicazione dei lavori in questione, nonché l'incameramento della garanzia provvisoria, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, della legge n. 109 del 1994, e successive modificazioni ed integrazioni, e dell'articolo 129, comma 7, del D.P.R. n. 554 del 1999.

Di tale determinazione la SO.CO.ME S.r.l. chiedeva l'annullamento al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, deducendone l'illegittimità alla stregua di otto articolati motivi di censura, con i quali lamentava:

1) "Violazione del giusto procedimento di legge – Violazione dell'art. 7 e ss. L. 241/90 – Difetto dei presupposti in punto di fatto e di diritto a sostegno del provvedimento adottato – Sviamento", in quanto nell'adottare il grave provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione, l'amministrazione appaltante aveva violato ripetutamente il principio del contraddittorio, non avendo neppure consentito la possibilità di rappresentare le ragioni del mancato rispetto delle scadenze ripetutamente fissate per la consegna anticipata dei lavori; circostanza tanto più grave se si teneva conto che per l'adempimento degli incombeni richiesti (successivamente all'aggiudicazione) per la anticipata consegna dei lavori la stessa amministrazione non era stato giammai fissato (prima della ricordata nota del 26 giugno 2003) alcun termine, né quest'ultimo poteva desumersi dalle prescrizioni contenute nel capitolato speciale di appalto;

2) "Violazione del giusto procedimento di legge – violazione dell'art. 7 e ss. l. 241/90 – Sviamento – difetto di motivazione e di istruttoria – carenza di pubblico interesse – violazione del principio di affidamento", in quanto, pur non sussistendo il potere dell'amministrazione di procedere all'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione, nel caso di specie, esso era stato esercitato in modo distorto, senza tener conto né delle obiettive ragioni di salute che avevano impedito al

legale rappresentante dell'impresa di partecipare alle riunioni indette dall'amministrazione appaltante per la consegna dei lavori, né dell'avvenuta attivazione da parte dell'impresa stessa di tutte le opportune e necessarie iniziative per adempiere alle prescrizioni e alle richieste dell'amministrazione appaltante; ciò senza contare, sempre secondo l'avviso dell'impresa ricorrente, che l'asserito parziale inadempimento era da considerare di scarso rilievo, sia in relazione all'attività già concretamente posta in essere da essa aggiudicataria, sia in relazione ai ristrettissimi tempi concessi dall'amministrazione appaltante per gli adempimenti richiesti;

3) “Violazione del giusto procedimento di legge – manifesta ingiustizia – sproporzione tra la decisione assunta e la effettiva rilevanza del preteso inadempimento – violazione art. 42 Cost. – Violazione art. 1 legge 241/90 – difetto di congrua istruttoria e motivazione – perplessità dell'azione amministrativa – sviamento”, in quanto, posto che l'unico reale inadempimento posto in essere dalla SO.CO.ME. S.r.l., era da collegare alla mancata individuazione nei termini concessi dall'amministrazione appaltante di un'area di cantiere recintato, da adibire ad uso esclusivo della Provincia di Varese, quale sede logistica per i cantonieri provinciali, esso era tuttavia di scarso rilievo in relazione all'oggetto dell'appalto, concernente i lavori di manutenzione stradale rispetto ai quali l'impresa aggiudicataria aveva già provato di essere in possesso di tutti i mezzi e le attrezzature necessarie al suo corretto ed adeguato espletamento, ivi compresa la sede logistica provvisoria ove ricevere le richieste di interventi, anche urgenti, di manutenzione, così che non vi poteva essere alcun dubbio circa l'effettiva eseguibilità dell'appalto;

4) “Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 13 del C.S.A. (singolarmente ed in combinato disposto) – Eccesso di potere per sproporzione tra provvedimento adottato e comportamento SO.CO.ME. – Illogicità azione amministrativa”, in quanto, sulla base delle previsioni del capitolato speciale di appalto, sia il preteso inadempimento relativo alla mancata fornitura di cartelli (che peraltro erano stati tempestivamente ordinati e la cui mancata installazione era dipesa dal fatto che l'amministrazione appaltante non aveva fornito le dovute indicazioni circa i luoghi in cui dovevano essere collocati), sia la mancata predisposizione del cantiere attrezzato e della connessa area di cantiere recintata avrebbero potuto comportare solo l'applicazione di una penale, ma non la decadenza dall'aggiudicazione (neppure prevista dal capitolato speciale di appalto), che avrebbe potuto seguire solo all'esito di reiterate e gravi inadempienze, dopo la infruttuosa applicazione delle penali, e ciò anche in considerazione dei tempi ristrettissimi concessi dall'amministrazione appaltante per il reperimento delle aree occorrenti e del mancato avvio del procedimento di irrogazione delle penali, circostanze che evidenziavano la macroscopica violazione del principio di gradualità della sanzione;

5) “Violazione e falsa applicazione art. 129 e 130 D.P.R. 554/99 – Violazione del giusto procedimento di legge – sviamento – violazione art. 1337 C.C.”, in quanto, anche a voler prescindere dal fatto che la mancata presa in consegna dei lavori si fondava su obiettive situazioni (precario stato di salute del legale rappresentante legale dell'impresa, puntualmente certificato dall'Azienda Ospedaliera Cardarelli di Napoli), di cui l'amministrazione appaltante non aveva tenuto minimamente conto, essa non comportava automaticamente, ai sensi dell'articolo 129 del D.P.R. 554 del 1999, la pronuncia di decadenza dall'aggiudicazione, come frettolosamente ritenuto dall'amministrazione provinciale di Varese che, senza alcun danno per l'interesse pubblico, ben avrebbe potuto attendere i tempi fisiologici per il reperimento da parte dell'impresa aggiudicataria dell'area attrezzata, tanto più che si era nella fase della consegna anticipata dei lavori, nelle more della stipula del contratto;

6) “Violazione e falsa applicazione delle previsioni di cui all'art. 129 D.P.R. 554/99 – violazione artt. 7 e 13 capitolato speciale d'appalto – violazione dei principi in materia di correttezza pre – contrattuale – violazione dei principi civilistici in tema di gravità dell'inadempimento contrattuale e gradualità della sanzione da applicare in ipotesi di inadempimento – manifesta ingiustizia”, in quanto, poiché nel caso di specie vi era stato un parziale adempimento degli obblighi posti a carico dell'impresa aggiudicataria, l'amministrazione appaltante non avrebbe potuto procedere alla risoluzione contrattuale ovvero alla decadenza dall'aggiudicazione per un presunto inadempimento

non particolarmente grave e rilevante, in relazione alla fase di consegna anticipata dei lavori, per la quale non era ragionevole ipotizzare che l'impresa aggiudicataria fosse già immediatamente in grado di eseguire, ad horas, tutte le prescrizioni e gli obblighi imposti dalla stazione appaltante;

7) "Violazione e falsa applicazione delle previsioni di cui all'art. 129 D.P.R. 554/99 – Violazione artt. 7 e 13 capitolato speciale d'appalto – violazione dei principi in materia di correttezza pre – contrattuale e contrattuale", in quanto le norme richiamate non potevano essere interpretate, così come erroneamente ed illegittimamente sostenuto dall'amministrazione appaltante, nel senso di onerare l'impresa aggiudicataria di ottemperare a tutte le richieste della stazione appaltante nella fase di consegna anticipata dei lavori, obbligo non previsto nel capitolato speciale di appalto, con conseguente violazione dei doveri di comportamento leale e di buona fede (non essendo stati peraltro in alcun modo onerati di un siffatto obbligo le imprese partecipanti alla gara): circostanze tutte che militavano, secondo la società ricorrente, nel senso della piena ammissibilità ed utilità nel caso di specie dell'adempimento parziale e della assoluta illegittimità del provvedimento di decadenza dall'assegnazione;

8) "Violazione art. 30 legge 109/94 – violazione del giusto procedimento di legge – sviamento", con riferimento al provvedimento di incameramento della cauzione, in quanto tale sanzione poteva ricollegarsi esclusivamente alla mancanza di serietà dell'offerta dell'aggiudicataria, circostanza che non ricorreva nel caso di specie.

La SO.CO.ME. S.r.l. avanzava contestualmente anche domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento dell'illegittimo provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione.

L'adito Tribunale, sez. III, nella resistenza dell'intimata amministrazione provinciale di Varese, con la sentenza n. 695 del 13 febbraio 2004, respingeva il ricorso ritenendo legittimo, in quanto adeguatamente motivato e supportato da idonea istruttoria, il ricordato provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione; ad avviso del Tribunale, infatti, le inadempienze di cui si era resa responsabile la società ricorrente erano tali da non garantire neppure l'inizio del rapporto contrattuale, così che correttamente l'amministrazione provinciale di Varese, con propria adeguata e motivata valutazione discrezionale, aveva ritenuto di procedere alla decadenza dell'aggiudicazione piuttosto che limitarsi ad irrogare penali, non potendosi in ciò riscontrare alcuna violazione dei principi di buona fede e correttezza; a ciò conseguiva, poi, anche la legittimità dell'incameramento della garanzia.

Con atto di appello notificato il 27 marzo 2004 la SO.CO.ME. S.r.l. ha chiesto la riforma di tale statuizione, sostenendone l'erroneità alla stregua di quattro motivi di gravame, con cui sono state sostanzialmente riproposte tutte le doglianze sollevate in primo grado, a suo avviso superficialmente esaminate e inopinatamente respinte, con motivazione lacunosa ed insufficiente; è stata altresì riproposta anche la domanda risarcitoria, in relazione alla quale la società appellante ha richiamato la perizia di stima già versata agli atti di primo grado, salva la eventuale valutazione equitativa del giudice, con espressa richiesta, se necessario, di disporre sul punto apposita consulenza tecnica d'ufficio.

L'Amministrazione provinciale di Varese, costituitasi in giudizio, ha – per contro - dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, di cui ha chiesto il rigetto, eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di questione attinente alla fase di esecuzione di un contratto di appalto e quindi di adempimento contrattuale, riservati, pertanto, alla giurisdizione del giudice ordinario.

Con ordinanza n. 2154 dell'11 maggio 1994 la IV<sup>^</sup> Sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

## **DIRITTO**

I. E' controversa la legittimità della determinazione n. 2966, prot. 93755, del 18 luglio 2003, con cui il dirigente del Servizio Viabilità e Trasporti della Provincia di Varese ha dichiarato la Socome S.r.l. decaduta dall'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione e sistemazione delle SS.P.. 1<sup>^</sup> zona, di cui ai verbali di gara del 10 e del 17 giugno 2003, in

considerazione dell'inottemperanza della predetta impresa alla anticipata consegna dei lavori, nelle more della stipulazione del contratto di appalto.

La Socome S.r.l. ha chiesto la riforma della sentenza n. 695 del 13 febbraio 2004, con cui il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, ha ritenuto pienamente legittimo l'impugnato provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione, riproponendo sostanzialmente tutte le censure svolte in prime cure, a suo avviso, erroneamente ed inopinatamente respinte, con motivazione lacunosa e insufficiente, frutto di un superficiale esame del materiale probatorio in atti. Ha resistito al gravame l'appellata amministrazione provinciale di Varese, che ne chiesto il rigetto, deducendone l'inammissibilità, anche sotto il profilo del difetto di giurisdizione, e l'infondatezza.

II. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

II.1. Deve essere innanzitutto esaminata la eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sollevata in limine litis dall'amministrazione appellata, sul rilievo che la questione controversa sarebbe riferita alla fase di esecuzione del contratto, rientrando, perciò, nella potestas iudicandi del giudice ordinario.

L'assunto non è meritevole di accoglimento.

Invero, come ha già avuto modo di precisare diffusamente questa stessa Sezione con la decisione n. 4895 del 25 settembre 2002 (dalle cui conclusioni non vi è ragione per discostarsi), anche alla luce di un approfondito esame degli articoli 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle "procedure di affidamento dei lavori", sebbene debba ritenersi pacificamente esclusa ogni potestas iudicandi del giudice amministrativo per la fase del procedimento immediatamente successiva alla individuazione del contraente (così che la stipula del contratto, che non attiene alla fase di scelta, né a quella di instaurazione del rapporto obbligatorio fra le parti, rappresenta lo spartiacque tra la fase pubblicistica del rapporto, attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo, e quella paritetica di esecuzione, riservata alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria), tuttavia ciò non esclude che prima della stipula non siano configurabili, a carico delle parti, obblighi di varia natura (prestazione della garanzia fidejussoria, ricezione della consegna dei lavori in via d'urgenza, stipulazione e approvazione del contratto nei termini di legge, etc.), nascenti direttamente dai provvedimenti di aggiudicazione definitiva dell'appalto e che risentono, quindi, anche sul piano ed agli effetti dell'attribuzione della giurisdizione, dell'incardinamento nel procedimento pubblicistico in cui trovano origine.

E' sulla scorta di tale puntualizzazione che deve essere verificata a chi appartenga nel caso di specie la giurisdizione.

A tal fine deve essere innanzitutto individuata l'esatta natura e l'effettiva portata del provvedimento impugnato e cioè della determinazione dirigenziale di decadenza dell'aggiudicazione in danno della Socome S.r.l..

Osserva al riguardo la Sezione che essa non può essere qualificato come "risoluzione" del contratto per grave inadempimento, atteso che, com'è del resto pacifico tra le parti, il contratto non era stato neppure stipulato (tant'è che le inadempienze contestate dall'amministrazione provinciale di Varese alla predetta Socome S.r.l. hanno riguardato in realtà attività e obblighi propedeutici alla consegna anticipata dei lavori, proprio nelle more della stipulazione del contratto).

Se è vero, tuttavia, che l'Amministrazione appaltante ha inteso sciogliersi dagli obblighi derivanti dall'aggiudicazione dell'appalto proprio in ragione del comportamento, asseritamente inadempiente, della Socome S.r.l., è altrettanto indubitabile che tale finalità è stata conseguita, esercitando la propria potestà di autotutela rispetto all'aggiudicazione, fondata sul principio costituzionale di buon andamento, che impegna l'Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondente ai fini da conseguire ed autorizza, quindi, anche la revisione degli atti adottati, ove reso opportuno da esigenze sopravvenute ovvero con un diverso apprezzamento della situazione preesistente (C.d.S., sez. V, 26 luglio 1999, n. 508; 29 maggio 1998, n. 900; 25 novembre 1999, n. 1986; purchè non si tratti dell'esigenza di mero ripristino della legalità, sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1316; sez. V, 20 settembre 2001, n. 4966): tanto più che non solo il contratto non è mai stato

stipulato, per quanto, com'è altrettanto noto, l'aggiudicazione vincola solo l'impresa, ma non l'Amministrazione fino alla stipula del contratto.

Poiché, dunque, come puntualmente prospettato dalla parte appellante, il petitum sostanziale concerne invero la correttezza del potere di autotutela esercitato dall'amministrazione provinciale, in relazione agli obblighi delle parti originati direttamente (ed esclusivamente) dal provvedimento di aggiudicazione (non essendo neppure intervenuta la stipula del contratto), ad avviso della Sezione la controversia oggetto di esame rientra nella giurisdizione del amministrativo.

II. 2. Passando all'esame delle articolate censure su cui è imperniato il gravame introdotto dalla Socome S.r.l., la Sezione osserva che, poiché esse – attraverso la denuncia di errores in iudicando in cui sarebbero incorsi i primi giudici - sono tutte incentrate a contestare la sussistenza ovvero la irrilevanza dell'asserita inottemperanza che ha determinato la dichiarazione di decadenza dell'aggiudicazione, possono essere trattate congiuntamente, stante la loro intima connessione.

II. 2.1. In punto di fatto, deve rilevarsi che, come si evince dall'esame della documentazione versata in atti, l'Amministrazione provinciale di Varese, dopo aver dichiarato, giusta determinazione n. 2572, prot. 84136, del 26 giugno 2003, la Socome S.r.l. aggiudicataria della gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione e sistemazione stradale delle SS.PP. della 1<sup>a</sup> zona, per il periodo 2003 – 2006, con altra determinazione in pari data (n. 2578, prot. 84193) dichiarava l'immediata efficacia del contratto sotto riserva di legge, ai sensi dell'articolo 13, primo capoverso, del Capitolato speciale d'appalto e con ulteriore nota (prot. 84584, pure del 26 giugno 2003, a firma del direttore dei lavori oggetto dell'appalto e del dirigente del Settore Viabilità e Trasporti), invitava la Socome S.r.l. a presentarsi il successivo 7 luglio 2003 per procedere alla consegna dei lavori.

Nella predetta nota erano puntualmente elencati gli obblighi e le prescrizioni, già riportate nel Capitolato speciale d'appalto, che dovevano essere puntualmente rispettate; esse consistevano: a) nella consegna entro il 6 luglio 2003 dei nominativi e delle qualifiche del personale preposto all'assistenza e direzione del cantiere; b) nella consegna del piano operativo della sicurezza; c) dell'apposizione di n. 4 cartelli (di cui all'articolo 7, sezione 1, punto 4 del Capitolato speciale di appalto), rispettivamente nel Comune di Castelveccana; nel Comune di Luino, Valico Fornasette; nel Comune di Maccagno e nel Comune di Cremenaga; d) nella produzione della polizza C.A.R., con massimali non inferiori a Euro 2.783.365,00 ed euro 500.000 per la R.C.T.; e) nella predisposizione e segnalazione di un "proprio cantiere attrezzato", dotato di ufficio con telefono e telefax, presidiato 24 ore su 24, ed un'area di cantiere recintata con mezzi d'opera per operazioni per pronto intervento, giusta la previsione di cui all'art. 7, sezione 1, punto 8, lett. a); f) nella messa a disposizione di un'area di cantiere recintata, all'interno della zona di esecuzione, di almeno 500 metri quadrati, di cui un minimo di 200 metri quadrati costituito da un capannone – edificio chiuso, dotato di energia elettrica, acqua ed idonei servizi igienici, ad uso esclusivo della Provincia di Varese, come previsto dall'art. 7, sezione 1, punto 8, lett. b); g) nella messa a disposizione dei mezzi necessari alle operazioni di taglio erba e ramaglie, come specificato nell'articolo 4, sezione IV, del Capitolato speciale d'Appalto.

Con verbale del 7 luglio 2003 il Direttore dei Lavori dava atto che l'Impresa So.co.me. S.r.l., di cui nessun rappresentante era stato presente per la prevista consegna anticipata dei lavori, non aveva ottemperato ad alcuna delle richieste formulate con la ricordata nota: veniva pertanto fissata un accesso per il giorno 9 luglio 2003.

Con nuovo verbale del 9 luglio 2003, il Direttore dei Lavori oggetto dell'appalto in questione, rilevava che, benché ritualmente evocato, anche in tale occasione nessun rappresentante della So.co.me S.r.l. si era presentato per la anticipata consegna dei lavori e dava atto che la predetta società non aveva ottemperato ad alcuna delle richieste indicate nella predetta nota del 26 giugno 2003; con nuova nota n. 89900 del 9 luglio 2003, prendendo atto del certificato prodotto dal legale rappresentante della impresa aggiudicataria, attestante l'impossibilità di essere presente per la consegna dei lavori fissata per il 7 luglio 2003, l'Amministrazione provinciale di Varese reiterava l'invito alla So.co.me S.r.l. a presentarsi per la anticipata consegna dei lavori, disposta per il 10

luglio 2003, giustificando l'urgenza di procedere alla consegna dei lavori con l'esigenza di assicurare la pubblica incolumità delle strade provinciali.

A seguito della nota del 10 luglio 2003, con cui il legale rappresentante della So.co.me S.r.l., contestava l'asserito inadempimento contenuto nel verbale del 9 luglio 2003, evidenziando tutte le attività effettivamente poste in essere per ottemperare alle puntuali richieste avanzate dall'amministrazione appaltante, e lamentava l'assoluta incongruità dei nuovi termini fissati per la consegna dei lavori, anche in ragione della provata impossibilità di presenziare anche alla nuova data fissati per il 10 luglio 2003 (giusta certificato ospedaliero dell'8 luglio 2003, attestante una patologia guaribile in dieci giorni), l'amministrazione provinciale di Varese prorogava per l'ultima volta la convocazione per l'anticipata consegna dei lavori al 15 luglio 2003.

In tale data, con apposito verbale, il Direttore dei Lavori, pur dando atto che la aggiudicataria aveva prodotto tutta la documentazione richiesta, evidenziava che la So.co.me S.r.l. non aveva provveduto: a) alla posa in opera dei 4 cartelli, previsti all'articolo 7, sezione I, punto 4 del Capitolato Speciale d'Appalto; b) alla predisposizione di un cantiere attrezzato dotato di ufficio con telefono e fax, presidiato 24 ore su 24, area cantiere recintata e mezzi d'opera per operazioni di pronto intervento, così come previsto all'articolo 7, sezione I, punto 8, lett. a), del Capitolato speciale di appalto; c) a mettere a disposizione della Provincia di Varese un'area di cantiere recintata, all'interno della zona di esecuzione dei lavori, di almeno 500 metri quadrato, di cui un minimo di 200 metri quadrati costituito da capannone – edificio chiuso, dotato di energia elettrica, acqua ed idonei servizi igienici, così come previsto all'articolo 7, sezione I, punto 8, lett. b), del Capitolato speciale di appalto; così che non si procedeva alla consegna dei lavori, considerando tali inadempienze preclusive della corretta esecuzione dell'appalto.

A ciò faceva poi seguito la impugnata determinazione di decadenza dall'aggiudicazione dell'appalto.

II.2.2. Sulla base di tali dati di fatto, la Sezione è dell'avviso che l'appello sia meritevole di accoglimento, in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dai primi giudici, risultano fondate le censure sollevate dalla ricorrente So.co.me. S.r.l. con il ricorso introduttivo del giudizio di prime cure.

II. 2.2.1. Deve innanzitutto rilevarsi che, sebbene l'articolo 13 del Capitolato Speciale d'Appalto prevedeva che l'amministrazione appaltante poteva procedere alla consegna immediata dei lavori, anche nelle more della stipulazione del contratto di appalto, e che, qualora l'appaltatore non si fosse presentato nel giorno stabilito per la consegna dei lavori e fosse altresì trascorso inutilmente l'ulteriore termine perentorio a tal fine fissato, l'amministrazione poteva risolvere il contratto, gli obblighi previsti dal predetto Capitolato speciale d'appalto a carico dell'appaltatore dall'articolo 7, la cui asserita violazione ha determinato la dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione della cui legittimità si controverte, riguardavano esclusivamente la fase di esecuzione del contratto, trattandosi di adempimenti complementari e funzionali alla effettiva e corretta esecuzione dei lavori oggetto di appalto.

Le imprese partecipanti alla gara di appalto non avevano alcun obbligo di attivarsi prima dell'aggiudicazione e della formale stipula del relativo contratto per porre in essere le attività propedeutiche necessarie ad assicurare l'esatto adempimento dei predetti obblighi.

D'altra parte, come risulta dalla stessa lettura dell'articolo 7 del predetto Capitolato Speciale di Appalto, non era stato previsto neppure un determinato termine entro cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto eseguire compiutamente agli adempimenti ivi fissati, così che, non solo la fissazione del termine per tali adempimenti era rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione appaltante, per quanto la stessa congruità del termine effettivamente concesso per i predetti adempimenti e la diligenza occorrente in capo all'appaltatore per il loro effettivo rispetto devono essere valutati secondo il principio di buona fede (nella esecuzione del contratto).

E', pertanto, evidente che si imponeva una approfondita valutazione di tali elementi, tanto più nel caso di specie, caratterizzato – come si è visto – addirittura dalla richiesta da parte dell'amministrazione appaltante della anticipata esecuzione del contratto nelle more della stipula

del contratto, così che la dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione non poteva essere adottata sulla base del mero accertamento dell'inottemperanza ai predetti obblighi, senza alcuna indagine sulle ragioni che l'avevano determinato e sulla sua rilevanza, sia in ordine all'effettiva esecuzione del contratto, sia circa l'affidabilità della ditta aggiudicataria.

Per completezza, sul punto deve ulteriormente sottolinearsi che, sebbene nel disciplinare di gara (paragrafo 2, punto 8) era previsto che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto far pervenire all'amministrazione entro 21 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione di avvenuta aggiudicazione, la documentazione necessaria per la stipula del contratto, nulla era previsto (neppure implicitamente e tanto meno nelle dichiarazioni e/o nei documenti richiesti, a pena di esclusione, per la stessa partecipazione alla gara di appalto) in relazione alle specifiche attività (predisposizione cartelli, approntamento ufficio, cantiere, etc.), rispetto alle quali l'Amministrazione provinciale ha ritenuto di riscontrare l'inadempimento dell'impresa appellante, trattandosi evidentemente di attività rientranti nella vera e propria fase di esecuzione del contratto.

II. 2.2.2. Ciò precisato, occorre rilevare, sotto il profilo dell'effettività dell'inadempimento e della sua effettiva imputabilità alla So.co.me. S.r.l., che, come peraltro si ricava dalla documentazione versata in atti, già con nota del 10 luglio 2003 la predetta impresa aggiudicataria, aveva espressamente rappresentato all'Amministrazione Provinciale di Varese di: 1) aver effettivamente ordinato alla Ditta Panareon 2000 di Rana O, con sede di Gazzada Schianno, la realizzazione dei 4 cartelli stradali previsti nel Capitolato Speciale di Appalto e di aver stipulato con la stessa ditta contratto per la relativa installazione e manutenzione degli stesso, la cui effettiva installazione era già incorso; 2) di aver attrezzato un ufficio provvisorio presso l'Hotel Plaza in via S. Vito Silvestro 107 di Varese, con recapito telefonico e fax, indicando anche i nominativi degli operai facenti parte della squadra di pronto intervento; 3) di aver conferito sin dal 30 giugno 2003 mandato all'Agenzia Immobiliare Tecnocasa Studio Varese 2 ed allo Studio Immobiliare Gianni Refolo & C. s.a.s. di Varese, per il reperimento dell'immobile da adibire a sede.

Tali elementi (per altro giammai contestati dall'amministrazione appaltante), in considerazione, per un verso, dei tempi ristrettissimi assegnati per l'esecuzione dei predetti adempimenti (tempi fissati in soli 10 giorni liberi dal 27 giugno 2003, giorno successivo alla comunicazione prot. 84584 del 26 giugno 2003, al 6 luglio 2003, giorno precedente la data fissata originariamente per la presa in consegna dei lavori), e, per altro verso, del fatto che fino al 26 giugno 2003 la So.co.me. S.r.l. non aveva alcun obbligo di attivarsi per preparare l'esecuzione di detti adempimenti, escludono ragionevolmente, ad avviso della Sezione, che possa configurarsi in capo alla So.co.me. S.r.l. un comportamento negligente, fonte di responsabilità per inadempimento, idoneo o adeguato a far venire meno nei suoi confronti le garanzie sulla sua affidabilità nella esatta esecuzione dei lavori di cui si era resa aggiudicataria (motivo addotto a giustificazione del provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione).

D'altra parte, il comportamento tenuto dalla Amministrazione appaltante in tale delicata fase dei rapporti con So.co.me. S.r.l., fase finalizzata non solo alla stipula del contratto, ma anche alla sua stessa anticipata esecuzione, non è risultato improntato a buona fede, non solo (e non tanto) per non aver mai consentito effettivamente all'impresa aggiudicataria di rappresentare adeguatamente le ragioni del suo preteso inadempimento e per non aver neppure valutato le giustificazioni informalmente addotte, ma soprattutto per aver ulteriormente fissato nuove date per la consegna dei lavori così ravvicinate rispetto alla prima, in maniera del tutto inidonea a permettere all'aggiudicataria di perfezionare effettivamente gli adempimenti richiesti: è sufficiente, al riguardo segnalare, che tra la originaria data fissata per la consegna dei lavori (7 luglio 2003) e l'ultima, dichiarata perentoria (15 luglio 2003), cui ha fatto seguito il provvedimento impugnato, intercorrono solo otto giorni, del tutto insufficienti, secondo l'id quod plerumque accidit, al reperimento ed all'approntamento da parte della So.co.me. S.r.l. dei quanto stabilito dal Capitolato speciale di appalto.

Ad ulteriore conferma del comportamento non conforme a buona fede tenuto dall'Amministrazione provinciale milanese, ad avviso della Sezione, almeno altre due circostanze: a) innanzitutto, il non

aver tenuto conto della certificazione medica, proveniente da una struttura ospedaliera pubblica, da cui emergeva effettivamente l'impossibilità del legale rappresentante della So.co.me. S.r.l. di potersi recare a Varese per la anticipata consegna dei lavori almeno fino al 18 luglio 2003; b) la mancata contestazione delle circostanze addotte dalla So.co.me. S.r.l. a giustificazione dell'impossibilità temporanea a far fronte agli adempimenti richiesti secondo le scadenze imposte.

Né è sufficiente, a giustificare il comportamento dell'Amministrazione, il richiamo alla necessità dell'urgenza dei lavori, per la asserita pericolosità delle strade provinciali, in relazione alle quali dovevano eseguirsi gli interventi di manutenzione oggetto dell'appalto: tale giustificazione, infatti, slegata da qualsiasi riferimento ad una concreta, effettiva ed attuale situazione di pericolo, rappresenta una mera clausola di stile; a tal fine appare sintomatico che l'amministrazione appaltante non ha neppure chiarito perché la struttura provvisoria, dichiaratamente approntata dall'aggiudicataria, non sarebbe stata idonea ad assicurare l'inizio dei lavori oggetto di appalto, proprio con riguardo all'asserita urgenza dei lavori di manutenzione.

Alla luce di tali osservazioni, devono in conclusioni ritenersi fondate le censure relative alla violazione e falsa applicazione degli articoli 7 e 13 del Capitolato Speciale di Appalto e di difetto di istruttoria e di motivazione formulate nei confronti del provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione in favore della So.co.me S.r.l., n. 2966, prot. 93755, del 18 luglio 2003, che deve essere pertanto annullato.

II. 3. La illegittimità dell'impugnato provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di cui si discute impone alla Sezione di procedere anche all'esame della domanda risarcitoria, pure ritualmente, proposta dalla So.co.me S.r.l. sin dal primo grado.

Essa, ad avviso della Sezione, è – quanto al caso di specie – ammissibile e fondata.

Quanto al primo profilo, sebbene – come è noto – il vincolo contrattuale per l'Amministrazione appaltante sorge soltanto con la effettiva stipula del contratto, non vi è dubbio che incombe sull'Amministrazione l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tanto più quando, come nel caso specifico, è stata richiesta addirittura la anticipata esecuzione del contratto, così che sussiste sicuramente in capo all'aggiudicataria il legittimo affidamento all'effettiva stipulazione del contratto.

Nel caso di specie, come è stato delineato in precedenza, il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione è affetto da illegittimità, non essendosi l'Amministrazione conformata al dovere di comportarsi secondo buona fede nella valutazione del presunto inadempimento posto in essere dall'aggiudicataria in relazione agli obblighi propedeutici e funzionali all'effettiva esecuzione dei lavori oggetto di appalto.

La tutela risarcitoria, pertanto, nel caso in esame, se appare consequenziale all'annullamento dell'atto impugnato, affonda, quanto alla sua natura, le radici nel comportamento non conforme a buona fede tenuto dall'amministrazione appaltante, comportamento che ha determinato l'illegittimità della dichiarata decadenza dall'aggiudicazione.

La responsabilità dell'Amministrazione appaltante, in mancanza della formale stipula del contratto, deve essere correttamente ricondotta nell'alveo della responsabilità precontrattuale, con la conseguenza che il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo, rappresentato – com'è noto – sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto, Cass. Civ., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632).

In ordine alla quantificazione del danno, la Sezione osserva che la società appellante, fin dal giudizio di prime cure, ha depositato una perizia di stima dei danni subiti, determinati in complessivi € 333.447,58, di cui € 22.861,07 per spese sostenute; € 103.528,84 per pregiudizio e € 207.057,67 per lucro cessante.

Pur non essendo stata svolta dall'amministrazione appellata alcuna specifica contestazione alla predetta perizia, la Sezione ritiene che essa, seppur non interamente condivisibile, costituisce un sufficiente ed idoneo elemento per l'effettiva liquidazione del danno subito.

In particolare:

vanno riconosciute tutte le spese asseritamente effettivamente sostenute, eccetto quelle di cui al punto 6), che riguardano voci del tutto generiche ed indimostrate, per un complessivo importo di €. 20.221,07 (ventimiladuecentoventuno euro e 7 centesimi);

a titolo di pregiudizio per la perdita di chance (legata all'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori) può essere riconosciuto in via equitativa il 4% dell'utile complessivo di impresa (pari al 10% dell'importo di aggiudicazione ammontante a €. 2.070.576,79), per complessivi €. 8.282 (ottomiladuecentottantadue euro);

nulla è dovuto a titolo di lucro cessante.

Complessivamente alla So.co.me. è dovuta a titolo di risarcimento danni la somma complessiva di €. 28.503,07 (ventottomilacinquecentotré euro e sette centesimi), oltre agli interessi legali dalla data della presente pronuncia.

III. In conclusione l'appello proposto dalla Socome S.r.l. deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, deve essere accolto il ricorso in primo grado e deve essere annullato l'impugnato provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione dell'appalto; la Provincia di Varese deve essere altresì condannata al risarcimento dei danni subiti dalla So.co.me. S.r.l., liquidati, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, in complessivi €. 28.503,07 (ventottomilacinquecentotré euro e sette centesimi), oltre agli interessi legali dalla data della presente pronuncia.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Socome S.r.l. avverso la sentenza n. 695 del 13 febbraio 2004 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, così provvede:

Accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla Socome S.r.l. e annulla il provvedimento impugnato;

Condanna la Provincia di Varese al risarcimento dei danni (in favore della So.co.me. S.r.l.) nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;

Condanna la Provincia di Varese al pagamento in favore della So.co.me S.r.l. delle spese del doppio grado di giudizio che si liquida in complessivi €. 7.500,00 (settemilacinquecento).

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'8 luglio 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

FILIPPO PATRONI GRIFFI - Presidente f.f.

ANTONINO ANASTASI - Consigliere

ANNA LEONI - Consigliere

CARLO SALTELLI - Consigliere est.

CARLO DEODATO - Consigliere

L'ESTENSORE      IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli    Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO

Marta Belloni

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

27 dicembre 2004  
(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)  
Il Dirigente  
Antonio Serrao

**TAR Abruzzo, Sez. L'Aquila, 4/2/2005 n. 58**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo-L'Aquila  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso (n. 578/2002) proposto dal Comune di Ovindoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fernando Piccone ed Antonio Milo ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato Pierluigi Pezzopane, in L'Aquila, Via Strinella, n. 35

**CONTRO**

- la sig.ra Loreta Fedele, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Bafile e Pasquale Bafile, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in L'Aquila;
- la Società Servizi Municipali p.A., in liquidazione, in persona del legale rappresentante pro tempore, n.c.;

**per la declaratoria della nullità**

- della Società Servizi Municipali S.p.A. ai sensi dell'art. 2332, n. 4, cod. civ., e,

**per l'annullamento**

- dell'atto costitutivo e dello statuto della citata Società.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sig.ra Loreta Fedele.

Visto l'atto di intervento ad opponendum del sig. Arcangelo Fedele, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Bafile e Pasquale Bafile presso il cui studio legale in L'Aquila è elettivamente domiciliato.

Viste le memorie depositate dalle parti in causa a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Relatore, alla Camera di consiglio del 12.01.2005, il dott. Fabio Mattei.

Uditi i difensori come da verbale d'udienza.

#### **Ritenuto in fatto e considerato in diritto:**

- che con l'atto (n.578/2002) il Comune di Ovindoli, in persona del Sindaco pro tempore, ha adito questo Tribunale per sentir dichiarare la nullità della Società Servizi Municipalizzati S.p.A., ai sensi dell'art. 2332, n. 4, cod. civ., partecipata con quota maggioritaria dal Comune, previa deliberazione consiliare del 20.10.1990, e costituita con la Veda s.r.l. di Arcangelo Fedele, per la declaratoria della nullità della Società ;
- che la difesa del Comune riferisce che, in sede di costituzione della citata Società Servizi Municipali le parti hanno provveduto ad approvare uno schema di statuto che prevedeva al punto n. 4 un oggetto sociale il quale è stato censurato in sede di controllo dal CO.RE.CO. in data 15.11.1990 poichè ritenuto assolutamente generico e tale nella relativa formulazione da "comportare l'affidamento alla costituenda società di tutti i servizi e le attività dell'Ente locale";
- che, a seguito di detto rilievo, il Consiglio comunale in data 6.12.1990 ha provveduto a delimitare e precisare il contenuto dell'oggetto sociale della costituenda Società, e che tale modifica è stata oggetto di approvazione da parte del citato Organo regionale di controllo con atto n. 42006 del 4 gennaio 1991;
- che i legali rappresentanti del Comune di Ovindoli e della Veda s.r.l. in data 28 febbraio 1991 hanno sottoscritto innanzi a Notaio di Avezzano l'atto costitutivo della Società Servizi Municipali s.r.l. con allegato lo statuto debitamente modificato a seguito dei rilievi formulati dal CO.RE.CO. ;
- che il Tribunale di Avezzano non ha proceduto all'omologazione della Società, atteso che il nuovo soggetto avrebbe dovuto essere costituita sotto forma di S.p.A. e non di S.r.l. ai sensi delle disposizioni di cui alla legge n. 142 del 1990;
- che, susseguentemente, il Consiglio comunale in data 31.3.1993 ha deliberato di costituire la Società Servizi Municipali sotto forma di società per azioni, avente il medesimo oggetto sociale approvato dal CO.RE.CO;
- che con successivo atto notarile del 6.6.1994 le parti hanno provveduto alla trasformazione della Società Servizi Municipali in società per azioni e che erroneamente è stato allegato all'atto costitutivo lo statuto riportante l'oggetto sociale nella versione censurata dal CO.RE.CO;
- che il socio privato (Veda s.r.l.) della Società Servizi Municipali S.p.A., in ragione dello statuto allegato all'atto costitutivo e specificamente dell'oggetto sociale originario, ha iniziato a richiedere all'Amministrazione comunale ricorrente l'affidamento della quasi totalità di tutti i servizi facenti capo all'Ente locale ricorrente;
- che il Comune di Ovindoli ha adito l'intestato Tribunale per la declaratoria della nullità della costituita Società Servizi Municipali S.p.A. ai sensi dell'art. 2332, n. 4 cod.civ., nonché per l'annullamento dell'atto costitutivo e dell'allegato statuto;
- che la parte resistente, nonché l'interveniente ad opponendum si sono costituiti in giudizio preliminarmente eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo;
- che il Collegio, ritiene dover pregiudizialmente esaminare la questione della giurisdizione;
- che dall'atto introduttivo del giudizio è dato rilevare che il petitum sostanziale della controversia attiene alla declaratoria di nullità della società per "illiceità o contrarietà all'ordine pubblico dell'oggetto sociale", ex art. 2332 n. 4 cod. civ., pretesa dall'Amministrazione comunale di Ovindoli in considerazione dell'avvenuta erronea allegazione all'atto costitutivo della Società Servizi Municipali S.p.A. dello statuto contenente la formulazione dell'oggetto sociale nella

versione già censurata dal CO.RE.CO. e non in quella approvata da tale Organo con atto n. 42006 del 4 gennaio 1991;

- che il Collegio non può che ritenere fondata l'opposta eccezione pregiudiziale richiamando primariamente la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 dichiarativa, tra l'altro, dell'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 2 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera a) della legge 21 luglio 2000, n. 205, ovverosia della disposizione normativa che riservava alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie " a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali, anche di trasformazione urbana...", nonché ritenendo, in disparte dalla pronuncia del Giudice delle leggi sopra citata, che la disposizione di cui all'art. 33, comma 2, lett. a) del decreto legislativo n. 80 del 1998, allorquando ha previsto la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie concernenti l'istituzione, la modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le società di capitali, si doveva riferire alle sole procedure pubblicistiche, dovendosi escludere ogni interferenza del giudice amministrativo in questioni di stretta attinenza, come peraltro nel caso di specie, al diritto societario;
- che il Collegio ritiene, attinendo la controversia de qua a vicende relative alla esclusiva validità del contratto sociale, dover dichiarare l'inammissibilità del ricorso, in epigrafe indicato, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo;
- che sussistono, tuttavia, giustificati motivi per disporre, fra le parti in causa, l'integrale compensazione delle spese e degli onorari di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sede de L'Aquila, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe indicato per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Compensa, fra le parti in causa, le spese e gli onorari di giudizio.

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

Così deciso in L'Aquila, nella Camera di consiglio del 12.01.2005, con l'intervento dei signori:

Dott. Santo Balba	Presidente
Dott. Rolando Speca	Consigliere
Dott. Fabio Mattei	Referendario est.

Depositata in segreteria il  
4 febbraio 2005

**TAR Lazio, Sez. III, 20/12/2004 n. 16604**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio Sezione Terza  
Composto dai Signori Magistrati:  
Stefano BACCARINI Presidente  
Roberto PROIETTI Componente  
Alessandro TOMASSETTI Componente-Relatore  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 1482/2004 proposto dalla ASTALDI S.p.a., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituita con Pianini Lavori S.p.a. e Gruppo Dragados S.A., in persona del Direttore Generale, elett.te dom.to in Roma, via Udine n. 6, presso lo studio dell'avv. Andrea Segato che la rappresenta e difende

**CONTRO**

- l'ANAS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore;  
- l'A.T.I. Gefip Holding S.A., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con Bechtel International inc. e Silec S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Katia Bonsignore, Luca Mazzeo e Publio Fiori ed elett.te dom.ta presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Monte Zebio n. 32.

### **PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE**

- della nota prot. n. 8705 in data 2 dicembre 2003, successivamente ricevuta, con cui l'ANAS S.p.a. ha erroneamente quantificato le somme spettando all'ATI con mandataria la Gefip Holding S.A. ed all'ATI con mandataria l'Astaldi S.p.a. ai sensi del quinto comma dell'art. 37-quater della L. n. 109/1994 e successive modifiche, nella misura, rispettivamente, del 60% (pari ad Euro 1.232.212,14) e del 40% (pari ad Euro 821.474,76) del costo sostenuto dal promotore A.T.I. Brebemi ed altre per la presentazione della proposta ex art. 37-bis della L. n. 109/1994 per la concessione di costruzione e gestione del collegamento autostradale di connessione tra le città di Brescia e Milano; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi atti.

Vista la memoria di costituzione della Gefip Holding S.A. e della Silec S.p.a.

Visti gli atti tutti di causa.

Designato Relatore il Referendario Alessandro Tomassetti. Udite le parti alla pubblica udienza del 13 ottobre 2004.

### **FATTO**

Con ricorso n. 1482/2004 notificato il 6 febbraio 2004 e depositato il 12 febbraio 2004, la ricorrente impugnava il provvedimento in epigrafe deducendo i seguenti fatti:

Con bando di gara pubblicato sulla G.U. in data 27 dicembre 2001, l'allora ANAS – Ente Nazionale per le Strade – oggi ANAS S.p.a., ha indetto una licitazione privata ai sensi dell'art. 37-quater, lett. a) della L. n. 109/1994 e successive modifiche ed integrazioni, per l'individuazione dei soggetti con cui svolgere la procedura negoziata di cui alla lettera b) del medesimo articolo 37-quater, per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del collegamento autostradale di connessione tra le città di Brescia e Milano, oggetto della proposta ex art. 37-bis della legge n. 109/1994 presentata dal promotore Brebemi S.p.a. (diventata poi ATI Brebemi S.p.a. ed altre).

Alla gara di che trattasi hanno formulato offerta sia l'ATI con mandataria l'Astaldi S.p.a., sia la costituenda ATI con capogruppo la Gefip Holding S.A.

Come si evince dalle premesse della lettera di invito alla successiva procedura negoziata, l'Astaldi si è classificata "prima graduata" nella gara ex art. 37-quater, primo comma, lett. a) davanti alla Gefip.

Ne consegue che in caso di aggiudicazione della procedura negoziata al promotore – come, poi, effettivamente avvenuto – ai sensi del quinto comma dell'art. 37-quater della legge n. 109/1994, nel testo vigente all'epoca della gara, l'Astaldi avrebbe avuto diritto al rimborso di una somma pari al 60% dell'importo delle spese sostenute dall'ATI Brebemi per la presentazione della proposta di cui all'art. 37-bis, comma 1, ult. periodo, L. n. 109/1994, mentre alla Gefip sarebbe spettato il 40% di tale importo.

Dopo una serie di rinvii del termine di presentazione delle offerte alla procedura negoziata, motivati dalla necessità da parte dell'ANAS "di un complessivo approfondimento dei contenuti del bando alla luce della normativa della legge n. 166/2002 medio tempore intervenuta" e "di introdurre una modifica alle regole della procedura negoziata, mediante uno o più rilanci, volta ad assicurare un miglior perseguimento dell'interesse pubblico", la stazione appaltante ha dato avvio alla procedura negoziata, senza l'applicazione delle modifiche introdotte dall'art. 7 della L. n. 166/2002 ivi compresa, quindi, quella relativa al quinto comma dell'art. 37-quater della L. n. 109/1994, in virtù della quale la ripartizione della somma di cui all'art. 37-bis, comma 1, lett. a) L. n. 109/1994 sia esperita mediante appalto-concorso e con riferimento alle spese sostenute e documentate dai soggetti che abbiano partecipato alla procedura negoziata, nei limiti dell'importo del 2,5 del valore dell'investimento di cui all'art. 37-bis, comma 1, quinto periodo della L. n. 109/1994.

Con nota prot. n. 1864 in data 22 aprile 2003, l'ANAS ha comunicato che nella seduta pubblica del 18 aprile 2003 la Commissione di gara aveva dichiarato prima nella graduatoria della procedura

negoziata e, quindi, aggiudicataria provvisoria della concessione l'ATI Brebemi, seconda graduata la Gefip e terza graduata l'Astaldi.

Con nota in data 4 luglio 2003 l'Astaldi, essendosi classificata prima nella gara di cui all'art. 37-quater, comma 1, lett. a) L. n. 109/1994 ed avendo quindi diritto al pagamento di una somma pari al 60% dell'importo delle spese sostenute dall'ATI Brebemi per la presentazione della proposta, ha invitato l'ANAS ad effettuare il pagamento della somma di Euro 1.232.212,14.

Essendo tale richiesta rimasta priva di seguito ed avendo l'ANAS provveduto in data 24 luglio 2003 alla sottoscrizione della convenzione di concessione con l'ATI Brebemi, l'Astaldi, con nota in data 23 settembre 2003, ha messo in mora la stazione appaltante per il pagamento di tale somma.

Per tutta risposta l'ANAS, con nota prot. n. 6817 del 7 ottobre 2003, ha informato tutti i partecipanti alla procedura negoziata che "l'efficacia della convenzione è subordinata alla emanazione del Decreto Interministeriale di approvazione ai sensi di legge e di regolamento" e che, quindi, avrebbe provveduto "tempestivamente" al pagamento delle somme spettanti alla Astaldi ed alla Gefip non appena pervenuta la registrazione della Corte dei Conti del Decreto Interministeriale.

In seguito, a fronte dei solleciti sia della Astaldi sia della Gefip per ottenere il pagamento delle somme dovute ai sensi del quinto comma dell'art. 37 L. n. 109/1994, l'ANAS, con la nota prot. n. 8705 in data 2 dicembre 2003 impugnata con il presente ricorso, ha comunicato che non appena pervenuta la registrazione della Corte dei Conti avrebbe proceduto al pagamento delle somme spettanti ai concorrenti nella misura che segue:

- Gefip "seconda graduata, il 60% della somma sostenuta dal promotore, equivalente ad Euro 1.232.212,14";
- Astaldi "terza graduata, il 40% della somma sostenuta dal promotore, equivalente ad Euro 821.474,76".

A fronte di tale illegittima determinazione l'Astaldi, con nota in data 9 dicembre 2003, ha ritenuto doveroso rappresentare all'ANAS che la ripartizione della somma indicata dal promotore ai sensi dell'art. 37-bis, comma 1, ult. periodo, L. n. 109/1994 andava effettuata in base alla graduatoria della gara di cui al comma 1, lett. a) dell'art. 37-quater – in cui l'Astaldi si era classificata prima davanti a Gefip – e non in base alla graduatoria della successiva procedura negoziata, come invece erroneamente affermato dall'ANAS nella nota prot. n. 8705 del 2 dicembre 2003.

In considerazione di ciò la ricorrente ha invitato l'ANAS a rettificare il contenuto della nota in data 2 dicembre 2003 nella parte in cui affermava che la Gefip avrebbe avuto diritto al pagamento della somma di Euro 1.232.212,14, pari al 60% del costo della proposta sostenuto dal promotore e l'Astaldi avrebbe invece avuto diritto al pagamento della somma di Euro 821.474,76, pari al 40% di tale costo.

Deduce il ricorrente la illegittimità del provvedimento impugnato sotto i seguenti profili:

- violazione e falsa applicazione del comma 5 dell'art. 37-quater L. 11 febbraio 1994, n. 109, introdotto dall'art. 11 L. 18 novembre 1998, n. 415; eccesso di potere per falso presupposto, travisamento dei fatti, illogicità manifesta e sviamento.

Si costituivano in giudizio sia la Gefip Holding S.A. che la Silec S.p.a. deducendo in via pregiudiziale la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo oltre che, in via preliminare, la carenza di interesse attuale al ricorso da parte della Astaldi e la inammissibilità del ricorso per mancata notificazione, entro il termine di decadenza, a tutte le società della costituenda ATI tra la Gefip Holding S.A., la Bechtel International Inc. e la Silec S.p.a. e, quindi, per la mancata notifica del ricorso ad almeno uno dei controinteressati. Nel merito deducevano la infondatezza del ricorso e ne chiedevano il rigetto.

L'ANAS non si costituiva in giudizio.

Alla pubblica udienza del 13 ottobre 2004, il ricorso, su richiesta dei difensori presenti come da verbale, veniva posto in decisione.

## **DIRITTO**

Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La vicenda sottoposta alla attenzione del Collegio concerne una peculiare fase della procedura di affidamento di lavori in concessione così come introdotta dall'art. 11 L. 18 novembre 1998, n. 415 che, sul punto, ha inserito nel corpo della L. n. 109/1994 gli artt. 37-bis ss., peraltro successivamente modificati ad opera della L. n. 166/2002.

In particolare, l'odierna ricorrente lamenta, invocando la normativa antecedente alla riforma operata dalla L. n. 166/2002, la erronea quantificazione delle somme spettanti all'ATI con mandataria la Gefip Holding S.A. ed all'ATI con mandataria l'Astaldi S.p.a. ai sensi del comma 5 dell'art. 37-quater della L. n. 109/1994, secondo cui "nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, una somma pari all'importo di cui all'art. 37-bis, comma 1, ultimo periodo. Qualora alla procedura negoziata abbiano partecipato due soggetti, oltre al promotore, la somma va ripartita nella misura del 60 per cento al miglior offerente nella gara e del 40 per cento al secondo offerente. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario ai sensi del comma 3".

Occorre preliminarmente osservare, quanto alla disciplina generale della cd. "finanza di progetto", che, ai sensi degli artt. 37-bis e ss. della legge quadro, esaurita la fase della presentazione della proposta da parte del - o dei promotori - e dell'individuazione di quella ritenuta di pubblico interesse da parte dell'Amministrazione, si apre un successivo procedimento volto all'affidamento della concessione, comprensivo della progettazione definitiva, della progettazione esecutiva, della esecuzione e della gestione dell'opera oggetto della proposta stessa.

A tal fine, l'art. 37-quater, comma 1, lett. a) della L. 11 febbraio 1994 n. 109, espressamente prevede che le Amministrazioni, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'art. 19, comma 2, della stessa legge, procedono, per ogni proposta ritenuta di pubblico interesse, "ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 21 comma 2 lettera b), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle Amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore".

Lo stesso comma 1 dell'art. 37-quater alla lettera b), prevede, inoltre, che alla aggiudicazione della concessione si pervenga poi "mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto".

Il procedimento di affidamento della concessione nelle operazioni di project financing, conseguentemente, si articola in due distinte fasi: la prima, costituita da una licitazione privata da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, volta a selezionare le due migliori proposte rispetto al progetto preliminare – precedentemente individuato – posto a base della gara; la seconda, consistente in una procedura negoziata da svolgersi tra l'amministrazione aggiudicatrice da un lato e, dall'altro, il promotore ed i due soggetti che, nella licitazione privata di cui alla prima fase, abbiano presentato le due migliori offerte, fase volta alla definitiva scelta del soggetto cui affidare la concessione.

Particolari disposizioni sono poi dettate dall'art. 37-quater L. n. 109/1990 con riferimento al pagamento delle spese sostenute per la predisposizione della proposta da parte del promotore, qualora questi non risulti aggiudicatario, ovvero da parte del (o dei) soggetti concorrenti laddove lo stesso promotore risulti aggiudicatario.

Con riguardo a tale ulteriore momento caratteristico del project financing si pone il profilo sollevato nell'odierno ricorso e relativo alla individuazione del giudice competente a conoscere della controversia in ordine alla ripartizione delle spese sostenute dai soggetti partecipanti.

Sotto un profilo di carattere generale occorre, preliminarmente, sottolineare la equiparazione, ai fini della tutela giurisdizionale, della concessione all'appalto, intervenuta a seguito della introduzione dell'art. 31-bis, comma 4, L. n. 109/1994 secondo cui "ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti".

La diretta conseguenza della intervenuta equiparazione dei due modelli procedimentali deve essere rinvenuta nella unificazione del criterio di riparto della giurisdizione inerente alla distinzione tra fase relativa alla scelta del contraente - e del conseguente affidamento dei lavori - e fase concernente la esecuzione del rapporto: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quindi, attrarrà nella sua orbita il procedimento formativo della volontà della Amministrazione sino all'affidamento della concessione, per poi ritrarsi in favore della giurisdizione del giudice ordinario, competente in merito alla cognizione del rapporto scaturente dall'affidamento.

Le controversie in materia di concessione di lavori pubblici, conseguentemente, saranno assoggettate al normale criterio di riparto in tema di opere pubbliche con riguardo alla distinzione tra fase dell'affidamento e fase della esecuzione: nella prima, la commistione tra diritti ed interessi appare tale da giustificare la cognizione in via esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella seconda torna in rilievo la consueta distinzione delle posizioni giuridiche soggettive ed il connesso riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

Si pone, pertanto, all'attenzione del Collegio la questione se la fase relativa alla liquidazione della somma indicata nell'art. 37-quater L. n. 109/1990 debba essere inquadrata nel momento dell'affidamento o, invece, se si ponga al di fuori di esso; in tale ultima ipotesi si pone, conseguenzialmente, al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione, il problema di qualificare la situazione soggettiva - diritto soggettivo o interesse legittimo - vantata dal soggetto che pretende la liquidazione della somma indicata nella norma.

Sotto il primo profilo osserva il Collegio come il disposto normativo dell'art. 6, comma 1, L. n. 205/2000 appare univoco nell'indicare quale oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le "procedure di affidamento", con ciò intendendo limitare l'ambito della giurisdizione esclusiva alla fase relativa alla scelta del contraente.

Non v'è dubbio, allora, che anche nell'ambito del cd. project financing la delimitazione dell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario debba procedere secondo lo schema già descritto, relativo alla individuazione del momento dell'affidamento della concessione.

La procedimentalizzazione della attribuzione della concessione a seguito del meccanismo delineato dal legislatore negli artt. 37-bis ss. L. n. 109/1990, peraltro, consente al Collegio di ritenere conclusa la fase dell'affidamento nel momento stesso in cui, individuate le due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a) dell'art. 37-quater L. n. 109/1998, l'amministrazione aggiudicatrice proceda alla aggiudicazione della concessione (art. 37-quater L. n. 109/1990 "Entro il 31 dicembre di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, applicano, ove necessario, le disposizioni di cui all'articolo 14, comma 8, ultimo periodo e, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 19, comma 2, procedono, per ogni proposta individuata: a) ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b) , ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore; è altresì consentita la procedura di appalto-concorso; b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a) ; nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto").

E', infatti, in tale momento che il procedimento di "affidamento" della concessione deve ritenersi concluso, non incidendo, le successive fasi, sulla scelta del contraente e, quindi, sulla fase formativa della volontà della Amministrazione.

D'altra parte, per ciò che concerne il secondo aspetto della delineata problematica relativa alla individuazione del giudice chiamato a conoscere delle controversie relative alla quantificazione del rimborso delle spese sostenute per la proposta effettuata, rileva il Collegio come tale rimborso non costituisca oggetto della esplicazione di un potere pubblicistico della amministrazione aggiudicatrice, quanto piuttosto la misura di una "indennità" normativamente determinata, rispetto alla quale la amministrazione aggiudicatrice assume la veste di mero adiectus solutionis causa in virtù di un mandato ex lege al pagamento, non acquisendo, conseguentemente, la qualità di condebitrice in solido con l'aggiudicatario, in assenza di un suo impegno diretto nei confronti degli altri soggetti partecipanti alla procedura (art. 37-quater, commi 4 e 5, L. n. 109/1990 "Nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b) , il promotore non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo di cui all'articolo 37-bis , comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dal soggetto aggiudicatario ai sensi del comma 3.

Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto-concorso e nella successiva procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti dell'importo di cui all'articolo 37-bis, comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario ai sensi del comma 3").

Pertanto, essendo determinati dalla legge i criteri di liquidazione dell'indennità e non rientrando nella discrezionalità amministrativa la corresponsione dell'indennità stessa (art. 37-quater, L. n. 109/1990, comma 4: "il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento (...)") e comma 5 "il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto (...)"), deve ritenersi che la situazione giuridica soggettiva attiva in questione abbia natura di diritto soggettivo.

La liquidazione delle spese sostenute dai soggetti partecipanti al procedimento di project financing, conseguentemente, fuoriesce dallo schema dell'affidamento e si sostanzia in una pretesa qualificabile in termini di diritto soggettivo, assoggettata, pertanto, all'ordinario criterio di riparto di giurisdizione.

Le conclusioni raggiunte con riguardo all'assetto giurisdizionale relativo alla procedura di affidamento della concessione di cui agli artt. 37-bis e ss. L. n. 109/1994, trovano una ulteriore conferma nella impostazione delineata dalla Corte Costituzionale nella riscrittura del testo dell'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998.

Secondo la Corte Costituzionale, in particolare, la attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva, riposa sulla necessità di risolvere il problema derivante dall'intreccio di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all'interesse legittimo, fermo restando il principio secondo il quale "il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare 'particolari materie' nelle quali 'la tutela nei confronti della pubblica amministrazione' investe 'anche' diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi sul dato, oggettivo, delle materie" (Corte Cost. 6.7.2004, n. 204).

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, conseguentemente, non può fondarsi sulla sola circostanza secondo cui la controversia abbia ad oggetto un 'rilevante interesse pubblico' proprio perché ciò presupporrebbe "l'approvazione (mai avvenuta) di quel progetto di riforma (Atto Camera 7465 XVIII legislatura) dell'art. 103 Cost. secondo il quale "la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge"; in tale prospettiva, allora, "il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purchè lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari)

che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione – autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice ‘della’ pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo” (Corte Cost. 6.7.2004, n. 204).

Sulla base di tali premesse la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell’art. 33, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 80/1998, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, anziché le controversie in materia di pubblici servizi relativi a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241/1990, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

Poiché, tuttavia, il project financing si sostanzia in una concessione e la Corte esclude dall’alveo della giurisdizione esclusiva le indennità, i canoni e gli altri corrispettivi relativi alla concessioni di pubblici servizi, può ritenersi che, quand’anche la fase della liquidazione delle spese sostenute dai partecipanti fosse ritenuta rientrare nell’ambito dell’affidamento della concessione, comunque essa dovrebbe ritenersi esclusa dalla giurisdizione esclusiva, trattandosi proprio di un’indennità o corrispettivo; e ciò, a maggior ragione, trattandosi nel caso in oggetto di indennità relativa a rapporti fra soggetti privati (il promotore e i due migliori offerenti) laddove la Corte, al fine della esclusione dall’ambito della giurisdizione esclusiva delle controversie in oggetto, fa riferimento pur sempre ad indennità e corrispettivi relativi a rapporti fra amministrazione concedente e concessionario.

Conseguentemente e per i motivi sopra esposti, il ricorso deve dichiararsi inammissibile.

Sussistono tuttavia valide ragioni per la integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, dichiara la inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13 ottobre 2004.

Presidente – Stefano Baccharini

Estensore – Alessandro Tomassetti

Depositata in segreteria il 20.12.2004

**Corte di Cassazione, SS.UU., 21/12/2004 n. 23645**

CORTE DI CASSAZIONE  
SEZIONE UNITE CIVILI

Presidente V. Carbone, Relatore G. Marziale

*Omissis*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

1 - Con atto tempestivamente notificato, l'ENEL Distribuzione S.p.a. (d'ora innanzi, ENEL) conveniva in giudizio il signor Rosario Teragno innanzi al Giudice di pace di Paola, proponendo opposizione al decreto emesso il 16 dicembre 2000, con il quale quel giudice, accogliendo il ricorso presentato dal convenuto il precedente 9 dicembre, le aveva ingiunto il pagamento in suo favore della somma di L. 143.958, indebitamente riscossa a titolo di *maggiorazione* della tariffa base - c.d. "quote-prezzo" in epoca successiva alla data (30 giugno 1996) in cui erano venuti meno gli provvedimenti CIP n. 32 del 23 maggio 1986, che aveva autorizzato l'applicazione di tali maggiorazioni (art. 1, primo comma, di. 13 settembre 1996, n. 473, convertito, con modificazioni, nella legge 14 novembre 1996, n. 577).

In via preliminare, la ricorrente assumeva il difetto di giurisdizione del giudice adito.

Il rilievo era ritenuto fondato dal Giudice di pace che, con sentenza del 3 aprile 2001, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, sul rilievo:

- che parte attrice, ancorché costituita nelle forme di una società per azioni, aveva natura pubblica, come le altre società privatizzate;

- che le c.d. quote-prezzo erano state applicate sulla base di provvedimenti amministrativi;
- che tutte le controversie in materia di pubblici servizi erano da ritenersi devolute, in base a quanto disposto dall'art 33, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. al giudice amministrativo.

1.1 - li Terragno ha proposto ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione.

La parte intimata non resiste.

### **Motivi della decisione**

2 - Il ricorrente - denunciando violazione dell'art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 - censura la sentenza Impugnata per aver dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario senza considerare che la disposizione denunciata, nell'attribuire al giudice amministrativo la cognizione delle controversie in materia di pubblici servizi, esclude quelle relative ai "rapporti individuali di utenza con soggetti privati", nel cui ambito rientrerebbe la controversia in esame.

3 - La norma denunciata viveva, il 9 dicembre 2000, quando il presente giudizio è stato instaurato con il depositato del ricorso introduttivo, nel testo introdotto dall'art. 7, legge 21 luglio 2000, n. 205, dopo che quello originario era stato parzialmente rimosso dal Giudice delle leggi (C.Cost. n. 292 del 17 luglio 2000).

Successivamente, peraltro, anche il nuovo testo è stato dichiarato, in parte qua, costituzionalmente illegittimo (C. Cost. 6 luglio 2004, n. 204).

A seguito di ciò, la sua formulazione, per la parte che viene in considerazione ai fini della definizione del presente giudizio, risulta essere la seguente: "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a concessione di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 241/90, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481".

Anche in questo caso deve ritenersi che, in considerazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità, ricognitiva di una illegittimità che la disposizione colpita aveva ab origine, il testo dichiarato costituzionalmente illegittimo sia stato espunto dall'ordinamento fin dalla data della sua entrata in vigore (Cass. 9 gennaio 2004, n. 113; 23 settembre 2002, n. 13839; 2 aprile 2000, n. 5200) e, quindi, da una data anteriore all'instaurazione del presente giudizio (retro, § 3). Né può assumere rilevanza che la pronuncia di incostituzionalità sia intervenuta quando il giudizio era già stato instaurato, poiché il principio sancito dall'art. 5 c.p.c., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che detta disposizione, a differenza di quella abrogata, non può essere assunta a canone di valutazione di situazioni preesistenti, salvo che (ma l'ipotesi non ricorre nel caso di specie) tali situazioni non siano definitivamente consolidate (Cass. 6 maggio 2002, n. 6487).

4 Ciò premesso, si osserva quanto segue.

Nella motivazione della sentenza n. 204/04 si chiarisce che la materia di pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo "se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si avvale di tale facoltà", il cui esercizio "tuttavia, presuppone l'esistenza di potere autoritativo".

La presente causa è stata promossa dai Terragno al fine di ottenere la restituzione delle "quote-prezzo" (a suo dire) indebitamente versate dal 1° luglio 1995 al 30 giugno 1996.

Appare quindi evidente che, come del resto è stato già puntualizzato da questa stessa Corte in casi analoghi, che la presente controversia ha ad oggetto diritti soggettivi di *fonte contrattuale*, in quanto l'utente mette in discussione il rapporto di utenza e le posizioni giuridiche ad caso correlato,

contestando la pretesa del gestore del servizio alla percezione di prestazioni pecuniarie supplementari per il servizio erogato (Case., sez. un., 23 aprile 1999, n. 253; 1 giugno 2000, n. 384; 27 giugno 2002, n. 9338).

5 - Non vi è dubbio, pertanto, che debba essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario e che il ricorso debba essere accolto, sia pure sulla base di considerazioni parzialmente diverse da quelle prospettate dal ricorrente, non essendo ravvisabile nessuna delle ipotesi in cui, alla stregua di quanto stabilito dall'art. 33, d.lgs. 30 marzo 1998, n. 80, nel testo risultante dalla dichiarazione di (parziale) illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza C. Cost. 206/04, può ritenersi sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La sentenza impugnata va conseguentemente cassata, con rinvio della causa al Giudice di pace di Paola, in persona di altro giudicante, che provvederà anche alla liquidazione delle spese della presente fase.

#### **P.Q.M.**

La Corte di cassazione accoglie il ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, al Giudice di pace di Paola, in persona di altro giudicante.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio dell'11 novembre 2004.

Il Presidente

L'Estensore

Depositata in segreteria il  
21 dicembre 2004