



**REPUBBLICA ITALIANA**

N.3766 Reg.Sent.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Anno 2009

**IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**

N. 1678 Reg.Ric.

**Sezione Quinta**

Anno 2008

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 1678 del 2008, proposto dalla Società Systra S.A. in proprio e quale mandataria in a.t.i. con Terra Company s.r.l. e Technital s.p.a., appellanti anche in proprio, rappresentate e difese dagli avv.ti Giovanni Pellegrino, Gianluigi Pellegrino e Massimiliano Lombardo, elettivamente domiciliate presso i primi in Roma, Corso Rinascimento 11;

contro

la Provincia di Milano, rappresentata e difesa dall'avv.to Luciano Fiori elettivamente domiciliata presso l'avv. Piero D'Amelio in Roma, via della Vite 7;

la Metropolitana Milanese s.p.a. in proprio e quale mandataria in a.t.i. con I.N.E.C.O. s.p.a. e ATAC s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Manuela Moscardini, Luigi Greco e Luigi Manzi, selettivamente domiciliata presso il terzo in Roma, via Federico Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. I, 27 febbraio 2008 n. 298, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate come in epigrafe;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 febbraio 2009 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avvocati Gianluigi Pellegrino, GIOVANNI Sciacca per delega di Luciano Fiore, e Luigi Manzi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dalla Società Systra S.A. in proprio e quale mandataria in a.t.i. con Terra Company s.r.l. e Technital s.p.a. per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria del servizio di progettazione definitiva e dello studio di fattibilità ambientale per la riqualificazione della trancia extra urbana Milano-Limbiate nel tratto compreso tra Milano Comasina e Limbiate Ospedale, in esito alla gara bandita dalla Provincia di Milano con bando del 10 gennaio 2006 e conclusasi con l'affidamento in favore del costituendo r.t.i. tra Metropolitana Milanese s.p.a. (MM), INECO s.a. e ATAC s.p.a., nonché per l'annullamento, richiesto con motivi aggiunti, della aggiudicazione definitiva al medesimo r.t.i..

La ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 2006 n. 248, sostenendo che l'a.t.i. aggiudicataria, in quanto costituita da società a partecipazione pubblica, strumentali del Comune di Milano, non avrebbero potuto prestare servizi per soggetti diversi dall'ente locale costituente o partecipante.

Il TAR ha respinto la doglianza ritenendo che l'invocato divieto non poteva riferirsi alla società aggiudicataria in virtù della deroga disposta dalla stessa disposizione citata per le società a capitale pubblico o misto affidatarie di servizi pubblici locali, e tale poteva definirsi la Metropolitana Milanese s.p.a..

La Systra ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza previa sospensione dell'efficacia.

Si sono costituite in giudizio per resistere al gravame la Provincia di Milano e la Metropolitana Milanese s.p.a. la quale ha anche proposto appello incidentale.

Con ordinanza 28 marzo 2008 n. 1644 la Sezione ha respinto la domanda cautelare.

Le società contendenti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive ragioni.

Alla pubblica udienza del 10 febbraio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

Come accennato, l'appello è volto a contestare la sentenza di rigetto del ricorso contro l'aggiudicazione di un servizio di ingegneria, mediante pubblica gara, ad una società a capitale pubblico costituita dal Comune di Milano per la progettazione e la gestione delle linee metropolitane milanesi.

La ricorrente ha sostenuto in primo grado, e ribadito in appello, che, essendo la gara *de qua* bandita da un soggetto diverso dall'ente locale che ha costituito la società, l'aggiudicazione infrangerebbe il disposto di cui all'art. 13, comma 1, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 2006 n. 248, secondo cui le società a capitale pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività "con esclusione dei servizi pubblici locali, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.". Si dispone, inoltre (comma 4), che i contratti conclusi in violazione di tali divieti sono nulli.

Si sostiene che la MM, in quanto costituita per una attività strumentale del Comune di Milano non poteva partecipare alla gara bandita dalla Provincia di Milano, nessun rilievo potendo attribuirsi alla circostanza che la stessa MM risultasse affidataria del servizio idrico integrato del medesimo Comune, dovendo privilegiarsi il momento genetico della società, indipendentemente dalle vicende successive alla sua costituzione.

Risulta evidente che, al centro della censura, si pone l'individuazione del significato effettivo della norma applicata, ed in particolare della locuzione recante la "esclusione dei servizi pubblici locali", da cui dipende la concreta portata del divieto imposto alle società a capitale pubblico o misto di svolgere "prestazioni a favore di altri soggetti", ossia a favore di soggetti diversi dagli enti costituenti, partecipanti o affidanti.

Il Collegio ritiene che il suddetto quesito ermenutico vada affrontato sulla base del principio fondamentale consacrato dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, premesse al vigente Codice Civile, a norma del quale nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e della intenzione del legislatore.

La norma in esame vieta l'attività *extra moenia* alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività", ma, aggiunge subito, "con esclusione dei servizi pubblici locali".

Poiché la proposizione escludente si collega immediatamente alla indicazione delle attività affidate, ossia "produzione di beni e servizi strumentali dell'attività di tali enti", il significato delle parole e la connessione di esse porta a concludere che le società che sono affidatarie di servizi pubblici locali sono state escluse dal divieto di svolgere prestazioni per soggetti diversi.

Potrebbe obiettarsi – ma la controparte non lo ha dedotto - che tale conclusione non ha portata dirimente perché, in base al richiamato art. 12 delle "preleggi", occorre anche tenere conto, oltre che del significato letterale delle parole, anche

dell'intenzione del legislatore, e che nella specie la legge manifesta il proprio intento nel "fine di evitare alterazioni e distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori". Tale finalità verrebbe elusa se l'interprete sottraesse al precetto inibitorio, il rilevante mercato della gestione dei servizi pubblici.

L'obiezione, tuttavia, non terrebbe conto che l'interpretazione testuale, qui accolta, non priva la disposizione di un proprio ambito di operatività, essendo comunque riferibile a tutte quelle attività che le società, a capitale pubblico locale o regionale, svolgono in aggiunta a quelle funzioni strumentali tipiche delle amministrazioni interessate, con esclusione dei servizi pubblici locali, per le quali sono state costituite.

Può quindi concludersi che nei confronti della società a capitale pubblico affidataria di servizi pubblici locali non opera il divieto di svolgere attività per soggetti diversi dall'ente costituente o partecipante.

Nella fattispecie in esame la Società appellata è oggettivamente affidataria di un servizio pubblico locale in quanto esercita la gestione del servizio idrico integrato nel Comune di Milano.

Possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite

per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività (cons. Stato, Sez. V, dec. 14 aprile 2008 n.1600).

A tale connotazione non può non farsi corrispondere il servizio idrico integrato del Comune di Milano, quale attività tipicamente rivolta a soddisfare esigenze primarie della comunità comunale.

Ma la conclusione non sarebbe diversa, anche se dovesse prendersi in considerazione, come sostiene la Società appellante, il tipo di attività per la quale la MM è stata costituita, ossia la realizzazione e la gestione di servizi di trasporto pubblico locale.

L'appello pertanto deve essere rigettato e da ciò consegue anche l'improcedibilità dell'appello incidentale della controinteressata.

Avuto riguardo alla materia trattata può disporsi la compensazione delle spese.

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

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe;

dichiara improcedibile l'appello incidentale

dispone la compensazione delle spese;

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 febbraio 2009 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Iannotta	Presidente
Gian Paolo Cirillo	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est
Vito Poli	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere

L'ESTENSORE

F.to Marzio Branca

IL PRESIDENTE

F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**12/06/2009**

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

**IL DIRIGENTE**

F.to Antonio Natale