



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 989 del 2007, proposto da: Cristoforetti Servizi Energia Srl in proprio e Per R.T.I., Cpl Concordia Soc.Cooperativa in proprio e Per R.T.I., rappresentati e difesi dall'avv. Antonio Tita, con domicilio eletto presso Piero Frasca in Brescia, via Sostegno, 80;

contro

Comune di Sale Marasino;

nei confronti di

Cogeme Spa, Cogeme Gestioni Srl, Sageter Energia Spa, Consorzio Ravennate delle Coop. di Produzione e Lavoro, rappresentati e difesi dagli avv. Adolfo Mario Balestreri, Sara Miglioli, con domicilio eletto presso Sara Miglioli in Brescia, via Rosa, 34;

per l'annullamento

DELLA DETERMINA DEL RESPONSABILE AREA TECNICA 30.7.2007 N. 138 DI AGGIUDICAZIONE A FAVORE DELL'ATI COGEME DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA E OTTIMAZIONE DEL SISTEMA ENERGETICO DEL COMUNE PER 25 ANNI E ATTI CONNESSI.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Cogeme Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Cogeme Gestioni Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Sageter Energia Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Ravennate delle Coop. di Produzione e Lavoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 06/12/2007 il dott. Gianluca Morri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente partecipava al pubblico incanto per l'affidamento del servizio di gestione integrata e ottimizzazione del sistema energetico (illuminazione pubblica e servizio energia), inetto dal Comune di Sale Marasino con bando spedito in data 3.11.2006.

L'art. 2 del Capitolato speciale specificava l'oggetto dell'appalto come segue: "...esecuzione del <Servizio di Gestione Integrata e ottimizzazione del Sistema Energetico (Illuminazione Pubblica e Servizio Energia), comprendente il Servizio di Illuminazione Pubblica e realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti comunali...., oltre al Servizio Energia comprendente la fornitura di combustibile, la conduzione, gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di riscaldamento e condizionamento...., nonché l'esecuzione di interventi di adeguamento alle normative vigenti e di riqualificazione tecnologica degli impianti di riscaldamento e condizionamento>".

La ricorrente si classificava al secondo posto della graduatoria finale, dietro l'associazione temporanea di imprese composta da Cogeme Spa, Cogeme Gestioni Srl, Sageter Energia Spa e da CR – Consorzio Ravennate delle Cooperative di produzione lavoro, odierna contro interessata.

Avverso le risultanze di gara viene proposto ricorso affidato alle seguenti censure:

1. Violazione dell'art. 13 del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006, in quanto l'impresa Cogeme Spa non avrebbe potuto partecipare alla gara stante il divieto di svolgere prestazioni a favore di amministrazioni diverse da quelle costituenti o partecipanti. Il Comune di Sale Marasino non figurerebbe infatti tra gli azionisti dell'impresa in oggetto e il servizio posto a gara deve qualificarsi come strumentale all'attività dell'ente e non come servizio pubblico;

2. Eccesso di potere per violazione dei principi di par condicio e di concorrenza, in quanto l'impresa Cogeme avrebbe comunque dovuto essere esclusa in applicazione:

- del principio secondo cui le società a partecipazione pubblica dovrebbero operare esclusivamente all'interno dei confini territoriali degli enti costituenti o partecipanti;

- del limite statutario di Cogeme che le prescriverebbe di operare solo per conto degli enti locali titolari delle relative azioni.

Nell'ambito del motivo in esame viene ulteriormente dedotto, in subordine, eccesso di potere per difetto di istruttoria, in quanto la stazione appaltante non avrebbe adeguatamente valutato se l'impegno assunto nei confronti della stessa sarebbe stato comunque compatibile con l'impegno prioritario assunto nei confronti degli enti territoriali costituenti o partecipanti.

La ricorrente chiede, inoltre, il risarcimento dei danni mediante la declaratoria di nullità del contratto ai sensi dell'art. 13 comma 4 del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006 e l'aggiudicazione della gara a proprio favore. In subordine chiede il risarcimento del danno per equivalente monetario nella misura del 10% dell'importo economico offerto.

La stazione appaltante non si è costituita in giudizio.

Si è invece costituita la controinteressata Impresa Cogeme Spa, in proprio e nella sua qualità di capogruppo dell'ATI aggiudicataria. Nel merito contesta le deduzioni di parte ricorrente, chiedendone la reiezione poiché ritenute infondate.

In particolare evidenzia che, nel caso in esame, non troverebbe applicazione l'art. 13 del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006, poiché Cogeme Spa sarebbe una società che eroga servizi pubblici e l'appalto avrebbe ad oggetto esclusivamente tali servizi, anche per quanto riguarda il Servizio Energia tenuto conto dell'utenza degli impianti, dell'importo, degli investimenti e della durata dell'affidamento. In subordine evidenzia il contrasto del

predetto art. 13 con le Direttive CE nn. 17 e 18/2004 (chiedendone la disapplicazione ovvero la proposizione della relativa questione pregiudiziale davanti la Corte di giustizia), nonché con gli art. 3 e 41 della Costituzione (chiedendo che venga sollevata la relativa questione di incostituzionalità).

All'udienza del 6.12.2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nei termini che seguono.

2. Con il primo motivo viene dedotta violazione dell'art. 13 del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006, in quanto l'impresa Cogeme Spa non avrebbe potuto partecipare alla gara stante il divieto di svolgere prestazioni a favore di amministrazioni diverse da quelle costituenti o partecipanti. Il Comune di Sale Marasino non figurerebbe infatti tra gli azionisti dell'impresa in oggetto e il servizio posto a gara deve qualificarsi come strumentale all'attività della stazione appaltante.

Al riguardo la controinteressata replica che detta normativa non troverebbe applicazione nel caso in esame, poiché Cogeme Spa sarebbe una società che eroga servizi pubblici e l'appalto avrebbe ad oggetto esclusivamente tali servizi, anche per quanto riguarda il Servizio Energia tenuto conto dell'utenza degli impianti, dell'importo, degli investimenti e della durata dell'affidamento.

In punto di diritto è necessario premettere che l'art. 13 del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006, testualmente recita:

“Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente 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, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.

I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data”.

Il comma 1 di tale articolo contempla pacificamente un divieto, ossia quello che determinate società non possano svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, rispetto gli enti costituenti o partecipanti alle stesse.

In primo luogo va osservato che Cogeme Spa, contempla, nel suo oggetto sociale, anche attività non riconducibili alla nozione (di cui si dirà di seguito) di “servizio pubblico locale”, bensì in quella di servizio strumentale all’attività del committente.

L’art. 2 dello statuto depositato in giudizio prevede, infatti, anche attività di sola “progettazione e costruzione” di impianti pubblici (disgiunta quindi dalla gestione), nonché gestione (per conto terzi) di centrali termiche, impianti di riscaldamento, condizionamento e simili; l’organizzazione e la gestione di servizi per conto dei comuni, enti in genere e loro consorzi nonché imprese private; la coltivazione e gestione di terreni agricoli; l’attività di informatizzazione, consulenza e formazione. Tanto basta per affermare che Cogeme Spa non è stata costituita solo ed esclusivamente per lo svolgimento di servizi pubblici locali e ciò sarebbe sufficiente per disporre la sua esclusione in forza di una rigorosa lettura dell’art. 13 in esame che volesse applicare il divieto, indipendentemente dal servizio oggetto di gara, a tutte le società, a capitale interamente 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 ovvero costituite per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. Secondo questa lettura resterebbero infatti escluse solo le società costituite esclusivamente per la gestione dei servizi pubblici locali, che potrebbero quindi partecipare ad ogni sorta di affidamento extra moenia (sia che abbia ad oggetto un vero e proprio servizio pubblico ovvero un c.d. servizio strumentale).

Il Collegio ritiene comunque di rilevare un concorrente motivo di esclusione sulla base della norma in esame, ossia quello secondo cui il divieto opera anche nei confronti dell'oggetto della gara e, in particolare, quanto esso riguarda la produzione di beni e servizi strumentali all'attività della stazione appaltante (mentre resterebbero invece esclusi tutti gli affidamenti aventi ad oggetto servizi pubblici locali).

Al riguardo risulta quindi necessario accertare se l'appalto in questione ha per oggetto servizi pubblici locali o altro.

Sul punto il Collegio ritiene di aderire a quell'orientamento secondo cui la distinzione tra mero servizio e servizio pubblico va ricercata nel beneficiario diretto dello stesso.

Di conseguenza ricorre l'ipotesi del servizio pubblico se la prestazione resa dall'appaltatore viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente.

Costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante. Ciò, nella letteratura economico-aziendale, viene identificato con il termine "Outsourcing", ossia "approvvigionamento esterno", per lo svolgimento di alcune fasi del processo produttivo che l'impresa ritiene più vantaggioso affidare a soggetti esterni anziché gestire direttamente attraverso la propria organizzazione aziendale.

In forza di tali nozioni non vi è dubbio che il servizio di "pubblica illuminazione" debba essere considerato servizio pubblico, poiché dell'erogazione dello stesso, da parte dell'appaltatore, beneficia direttamente ed esclusivamente la collettività (o il singolo utente) senza alcuna intermediazione del Comune nello svolgimento del processo produttivo.

Al contrario, il Servizio Energia, così come descritto nel capitolato d'appalto (comprendente la fornitura di combustibile, la conduzione, gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di riscaldamento e condizionamento nonché l'esecuzione di interventi di adeguamento alle normative vigenti e di riqualificazione tecnologica degli impianti di riscaldamento e condizionamento), non può essere qualificato tale. La gestione calore non viene infatti resa direttamente alla collettività, ma viene fornita alle strutture gestite dall'ente (palazzo comunale, scuole e palestre) ovvero a strutture gestite da altri soggetti rispetto al fornitore del servizio energia (residenza sanitaria assistita, ufficio postale e distaccamento di protezione civile). Si tratta, in sostanza, di un servizio di supporto (o strumentale) ad una diversa attività principale. Il cittadino (uti singuli) ovvero la collettività, non beneficiano del "calore" esclusivamente in

quanto tale, ma perché contemporanei fruitori di altri servizi (principali) di cui chiedono l'erogazione all'ente competente (quali l'attività amministrativa del comune, la pubblica istruzione, lo sport, il servizio assistenziale, il servizio postale e il servizio di protezione civile).

3. Assumono ora rilevanza le eccezioni pregiudiziali dedotte dalla controinteressata.

La stessa evidenza il ritenuto contrasto del predetto art. 13 del D.L. n. 223/06, convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006, con le Direttive CE nn. 17 e 18/2004 (chiedendone la disapplicazione ovvero la proposizione della relativa questione pregiudiziale davanti la Corte di giustizia), nonché con gli art. 3 e 41 della Costituzione (chiedendo che venga sollevata la relativa questione di incostituzionalità).

Le eccezioni non possono essere condivise.

Il Collegio, al riguardo, ritiene di condividere quanto già espresso dalla giurisprudenza richiamata dal ricorrente (cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. II 5.6.2007 n. 5192).

3.1 Quanto al dedotto contrasto con il diritto comunitario, va osservato che il più volte richiamato art. 13 trova fondamento nel fatto che l'Unione Europea ha reiteratamente previsto la necessità che gli Stati membri provvedano alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, evitando distorsioni della concorrenza nei confronti dei soggetti privati (quarto considerando della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi).

La finalità della norma è pertanto quella di limitare il vantaggio competitivo nella quale si trovano dette società con accesso privilegiato al mercato della pubblica amministrazione a scapito di altri operatori privati .

3.2 Quanto ai dedotti profili di incostituzionalità, va osservato che è la stessa Costituzione, all'art. 41, che pone limitazioni all'iniziativa economica privata sul libero mercato, sia per tutelare interessi generali di rilievo pubblicistico, sia per garantire esigenze della concorrenza in conformità ai principi comunitari costantemente affermati dalla Corte di Giustizia (cfr. Corte Cost., 26.1.2004 n.36; 16.1.2004 n.17).

L'art. 13 del citato D.L. n. 223/06, lungi dal violare l'art. 41 Cost., ne costituisce invece immediata applicazione mirando dichiaratamente a preservare il mercato da alterazioni e fenomeni distorsivi delle regole della concorrenza.

Relativamente all'art. 3 della stessa Carta Costituzionale, si osserva che l'intento dichiarato del Decreto ha come finalità precipua quella di tutela dell'interesse pubblico generale con l'introduzione di un livello ulteriore di concorrenza e di libertà nel mercato al fine di permettere agli operatori di poter agire in posizione di uguaglianza, evitando che alcune imprese possano avvantaggiarsi, nel confronto concorrenziale, della struttura della propria compagine societaria per la presenza di un socio pubblico.

4. Di conseguenza l'Impresa Cogeme Spa non può svolgere il servizio oggetto di gara, perlomeno con riferimento al Servizio Energia. L'ammissione alla gara della controinteressata e la successiva aggiudicazione in suo favore sono quindi illegittimi e vanno annullati, con conseguente declaratoria di nullità del relativo contratto ai sensi dell'art. 13 comma 4 del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006.

5. Le censure di cui al secondo motivo di ricorso possono invece considerarsi assorbite.

6. Da quanto sopra consegue il ristoro della ricorrente nella forma specifica, poiché l'Amministrazione dovrà rideterminarsi, rinnovando le operazioni di gara a partire dai provvedimenti annullati e dichiarati nulli.

7. Nonostante la soccombenza il Collegio ritiene che può essere disposta la compensazione delle spese tra le parti, stante la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia - definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nella parte in cui dispongono l'ammissione della controinteressata alla gara e la conseguente aggiudicazione della stessa. Dichiarà nullo il relativo contratto ai sensi dell'art. 13 comma 4 del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella Legge n. 248/2006

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 06/12/2007 con l'intervento dei signori:

Roberto Scognamiglio, Presidente

Gianluca Morri, Primo Referendario, Estensore

Stefano Mielli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2007

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

IL SEGRETARIO