



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 694 del 2013, proposto da:  
Coseam Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Corrado Orienti e  
Alessandra Pradella, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso  
Vittorio Emanuele II, 18;

***contro***

Consorzio Intercomunale Salvaguardia Ambientale, rappresentato e difeso dall'avv.  
Antonio Avino Murgia, con domicilio eletto presso Simone Pili in Roma, viale  
Parioli, 41;

***nei confronti di***

Cpl Concordia Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Vignolo e  
Massimo Massa, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via  
Portuense, 104;

Fontenergia Spa, Impresa Costruzioni R. Pellegrini Srl;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00864/2012, resa tra le parti, concernente l'individuazione promotore per la progettazione, realizzazione e gestione dell'impianto distribuzione gas metano

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Intercomunale Salvaguardia Ambientale e di Cpl Concordia Soc. Coop.;

Visto l'appello incidentale proposto da CPL Concordia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2013 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati C. Orienti, A. Avino Murgia, M. Massa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. – La società AIMAG S.p.A., anche quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con le mandanti AMSC S.p.A. e COSEAM S.p.A. (d'ora in avanti: ATI Aimag), partecipava alla procedura per l'individuazione del soggetto promotore di una proposta di *project financing*, indetta ai sensi dell'art. 153 del Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) dal Consorzio Intercomunale Salvaguardia Ambientale (d'ora in avanti: C.I.S.A.) e dall'Organismo di Bacino n. 27, costituito con Deliberazione della Giunta Regionale della Sardegna, n. 54/28 del 22 novembre 2005, con avviso pubblico datato 23 aprile 2007.

Oggetto dell'intervento era la progettazione, costruzione e gestione della rete e degli impianti di distribuzione del gas metano e del cavidotto multiservizi nei centri abitati, nelle aree commerciali e nelle aree produttive dei Comuni appartenenti al Bacino n. 27.

Partecipavano alla procedura anche la società Fiamma 2000 S.p.A. e l'A.T.I. costituenda tra CPL Concordia Soc. Coop. (capogruppo mandataria), Fontenergia S.p.A. e Impresa Costruzioni R. Pellegrini s.r.l. (d'ora in avanti: ATI CPL Concordia).

A seguito delle valutazioni tecnico-economiche comparative, effettuate dal R.U.P., coadiuvato da due professionisti all'uopo incaricati, con deliberazione n. 40 del 13 dicembre 2007, il Consiglio di amministrazione del C.I.S.A. deliberava di ritenere di pubblico interesse la proposta presentata dall'ATI CPL Concordia e nominava la stessa quale promotore finanziario.

2. . Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso incidentale proposto da ATI Concordia dichiarando, in applicazione delle coordinate interpretative fissate dalla sentenza n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'inammissibilità del ricorso principale proposto da Aimag s.p.a.

L'appellante Coseam contesta gli argomenti posti a fondamento del *decisum* di prime cure.

Resistono il raggruppamento aggiudicatario e la stazione appaltante.

All'udienza del 15 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3. L'appello principale è infondato.

La Sezione reputa infatti meritevole di conferma la statuizione con la quale i Primi Giudici hanno accolto il motivo di ricorso incidentale volto a dedurre la violazione, con riferimento alla posizione di Aimag s.p.a., dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164, nonché la falsa applicazione dell'art. 15 del medesimo decreto legislativo.

3.1. Giova rammentare che, ai sensi dell'art. 14, comma 5, cit., alle gare aventi ad oggetto la distribuzione di gas naturale «sono ammesse senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti

oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia e in altri Paesi dell'Unione europea, o in Paesi non appartenenti all'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica».

Il successivo art. 15 del d.lgs. n. 164/2000 delinea un regime transitorio in virtù del quale gli affidamenti e le concessioni dei servizi di distribuzione del gas naturale in essere alla data di entrata in vigore del decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle precedenti gestioni, proseguono fino alla scadenza o comunque non oltre il 31.12.2005, salvo che sussista un'ipotesi di incremento, fino al massimo di due anni, ai sensi del comma 7.

La durata del periodo transitorio è stata estesa, con l'entrata in vigore della legge 23 agosto 2004, n. 239, la quale, all'art. 1, comma 69, ha disposto che "il periodo transitorio di cui al citato articolo 15, comma 5, termina entro il 31 dicembre 2007, fatta salva la facoltà per l'ente locale affidante o concedente di prorogare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, per un anno la durata del periodo transitorio, qualora vengano ravvisate motivazioni di pubblico interesse".

Ai sensi dell'articolo 15, comma 10, d.lgs. 164/2000, inoltre, "i soggetti titolari degli affidamenti o delle concessioni di cui al comma 5 del presente articolo possono partecipare alle gare indette a norma dell'art. 14, comma 1, senza limitazioni".

3.1. La Sezione deve osservare, in via preliminare, che la deroga prevista dall'art. 15 del d.lgs. n. 164/2000 non viene in rilievo nel caso di specie in quanto riguarda espressamente solo gli affidamenti del servizio di distribuzione del gas in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 164/2000. Detta disciplina derogatoria non vien invece in rilievo per gli altri servizi pubblici locali diversi dalla

distribuzione del gas, e neppure per i servizi di distribuzione del gas ottenuti dopo il 21.6.2000, in relazione ai quali rimane invece fermo il principio generale dell'incompatibilità previsto dall'articolo 14 del medesimo decreto legislativo.

3.2. –Non è del pari revocabile in dubbio che la disciplina di settore di cui al citato decreto legislativo, nella misura in cui detta disposizioni finalizzate alla tutela della concorrenza e del mercato, è applicabile anche alla fase preliminare della procedura di project finance, attecchianti a procedura competitiva *naturaliter* scandita dalla relative disposizioni di matrice europea e nazionale (Cons. Stato, sez. V, n. 417/2010).

3.3. - Dalla documentazione in atti si evince che ad Aimag s.p.a. è stata affidata la gestione di diversi servizi pubblici locali, nel campo della distribuzione del gas, da parte del Comune di Carpi e del Comune di Concordia sulla Secchia anche successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 164/2000 e con riguardo ad attività che esulano dalla gestione del servizio di distribuzione del gas e che riguardano segnatamente la gestione del servizio idrico integrato e del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani in favore di vari Comuni soci.

Si fa riferimento, in modo particolare, all' affidamento del servizio idrico integrato, di cui alla delibera della Giunta Comunale del Comune di Carpi n. 248 del 27 novembre 2003, per la durata di cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2001, e all'affidamento dei servizi già in precedenza gestiti dal Consorzio Aimag, diversi dalla gestione della distribuzione del gas, di cui alla delibera del Consiglio Comunale del Comune di Concordia sulla Secchia n. 123 del 28 novembre 2000.

Le predette attività, svolte nel territorio dei Comuni soci in virtù della convenzione stipulata con le competenti Autorità d'Ambito Ottimale, in conformità con quanto statuito dall'art. 113, comma 5, lett. b), d.lgs. 267/2000, tra le quali rientra anche la gestione del servizio idrico integrato in favore del Comune di Carpi (socio di Aimag), non sono sottratte all'ambito applicativo dell'art. 14 del d.lgs. 164/2000.

3.4. Osserva la Sezione che non giova al ricorrente il richiamo all'indirizzo pretorio (cfr. Ad Plenaria Cons. Stato, sentenza n. 17/2011) alla stregua del quale l'espletamento della procedura di gara finalizzata alla scelta del socio privato della società in parola escluderebbe la qualificazione, in termini di affidamento diretto, dei servizi *de quibus*. La documentazione in atti consente, infatti, di concludere che nel caso in esame non sussiste la situazione di fatto presupposta, in termini logici e giuridici, dal principio di diritto in parola. Dai documenti acquisiti si ricava, infatti, che all'atto, *ratione temporis* rilevante, dell'indizione della procedura di finanza di progetto di cui trattasi non era stata integralmente espletata, da parte degli ATO di Modena e di Mantova, la procedura finalizzata alla scelta del socio privato di Aimag. La documentazione prodotta in primo grado (documenti 16, 17 e 18) dall'appellante principale non dimostra, infatti che, all'atto dell'indizione della procedura oggetto del presente contenzioso, fosse terminato, con l'aggiudicazione definitiva e i conseguenti adempimenti contrattuali, l'*iter* procedurale finalizzato alla scelta del socio privato dell'Aimag. Si deve quindi convenire, in ossequio alla regola probatoria posta dall'art. 2697 c.c. e in applicazione del principio di vicinanza della prova, che all'epoca dell'indizione della gara in esame non era stata integralmente espletata la procedura finalizzata alla scelta del socio privato idonea a garantire il rispetto dei principi comunitari. Non è quindi invocabile, alla luce degli elementi di fatto acquisiti nel presente giudizio, il principio di diritto sotteso alla sentenza n. 17/2011 dell'Adunanza Plenaria, che esclude l'operatività della causa di esclusione in esame con riferimento alle società che abbiano previamente espletato una gara per la scelta del socio privato. Nel caso di specie sussisteva, invece, al momento dell'espletamento della procedura competitiva oggetto del presente giudizio, la situazione di affidamento diretto dei servizi prima rammentati, non temperata dall'espletamento della procedura competitiva finalizzata alla scelta

del socio privato, che la legge qualifica alla stregua di causa di esclusione nei termini precedentemente esaminati.

4. Si deve a questo punto osservare che non risulta gravata da specifico e rituale motivo di gravame la statuizione di diritto enunciata dalla sentenza appellata, in applicazione del principio di diritto enunciato dalla sentenza n.4/2011 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale in virtù dell'acclarata fondatezza del ricorso incidentale escludente.

4.1. La Sezione reputa tuttavia opportuno, per completezza di trattazione, procedere all'esame dei motivi del ricorso principale di primo grado che, alla stregua dei principi di diritto enucleati dalla Corte di Giustizia U.E., Sez. X – con sentenza 4 luglio 2013 (causa C 100/12), riguardano cause di esclusione intervenute nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, senza invece soffermarsi sui motivi di ricorso relativi alla successiva fase della valutazione e della comparazione delle offerte dal parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

4.1. Sono infondati i motivi di ricorso con cui si deduce la violazione dell'art. 14, comma 5, d.lgs. 164/2000 in ragione dell'affidamento diretto a Fontenergia del servizio pubblico di distribuzione del gas combustibile a seguito delle modificazioni apportate, nel 2005 e nel 2008 , al contratto originario stipulato nel 1999 con una pluralità di Comuni che hanno proceduto, in maniera unitaria e nei confronti di un unico soggetto gestore, all'affidamento del servizio avente ad oggetto la "realizzazione e gestione della rete intercomunale del gas".

Il Consiglio non ritiene che sussistano ragioni per discostarsi dalla precedente decisione resa da questa Sezione con sentenza n.7345 del 22 dicembre 2005 proprio con riguardo alla dedotta violazione dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000 per l'illegittima partecipazione alla procedura da parte di CPL Concordia, nella sua qualità di società controllante di Fontenergia s.p.a.

Con riferimento alla posizione di Fontenergia S.p.A., si è nell'occasione precisato che la concessione di cui trattasi ha per oggetto la "realizzazione e gestione della rete intercomunale del gas" in una serie di comuni, i quali hanno proceduto all'affidamento del servizio in maniera unitaria e nei confronti di un unico soggetto gestore (dapprima, all'esito della gara, a favore della CPL Concordia, e poi alla Fontenergia), previa conclusione di una convenzione tra tutti gli enti locali interessati, rappresentati dal comune di Lanusei, comune capofila della convenzione. Ad un primo nucleo di enti locali che hanno stipulato la convenzione e indetto la gara unitaria, si sono nel tempo aggiunti altri comuni del territorio che - come risulta dal testo dei contratti - hanno aderito alla convenzione, approvato il capitolato d'oneri e l'accordo per la gestione del servizio, autorizzando il Sindaco del Comune di Lanusei alla conclusione del contratto con la società aggiudicataria del servizio. Il punto centrale è, dunque, stabilire se tali atti aggiuntivi possano qualificarsi, o non, come affidamenti diretti del servizio da parte degli enti locali che hanno successivamente aderito alla convenzione (e, quindi, di riflesso, alla concessione del servizio).

In senso negativo operano una serie di elementi.

In primo luogo, occorre rilevare che già nel contratto principale (repertorio n. 4 del 21 gennaio 1999), aggiudicato in base a gara, era prevista la possibilità di aderire all'accordo da parte di altri enti locali. Tale estensione, come si legge nei contratti acquisiti, è consentita "agli stessi patti e condizioni stabiliti" del citato contratto n. 4/1999.

In secondo luogo, la stessa formula organizzativa utilizzata nel caso in questione, ossia l'accordo convenzionale tra gli enti locali per avvalersi di un unico gestore, non appare in contrasto con i principi generali di evidenza pubblica di derivazione comunitaria, come di recente ha statuito anche la Corte di Giustizia CE con una pronuncia (Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06) in cui ha ritenuto



legittimo il contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti, stipulato da alcune circoscrizioni amministrative tedesche (Landkreise) direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo. "Con tale contratto" - si legge nella sentenza citata - "i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo riservano una capacità di 120.000 tonnellate ai quattro Landkreise di cui trattasi, per un prezzo calcolato secondo la stessa formula per ciascuna delle parti interessate. Tale prezzo viene pagato al gestore dell'impianto, controparte contrattuale dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, attraverso i suddetti servizi per la nettezza urbana (...) Il contratto in esame è stato concluso direttamente tra i quattro Landkreise e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo senza seguire la procedura di gara di appalto prevista dalla direttiva 92/50". E ciò sul presupposto che "un'autorità pubblica possa adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche". Viene ammessa, pertanto, la possibilità che enti locali contermini possano stipulare un accordo per avvalersi, senza esperire una procedura concorsuale, del servizio di raccolta dei rifiuti prestato da altro ente locale, anche se l'attuazione e la gestione operativa del servizio è contrattualmente regolata, a valle, da altro rapporto tra l'ente locale che si è assunto il servizio e il gestore dell'impianto di smaltimento (definito nella sentenza "controparte contrattuale dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo").

Nel caso deciso dalla Corte di Giustizia, così come nel caso in esame dell'estensione del servizio a favore di Fontenergia S.p.A., viene in rilievo l'accordo tra gli enti locali, secondo il quale uno di essi mette a disposizione degli altri la propria organizzazione per la gestione del servizio (che, se affidata a terzi, deve comunque essere l'esito di procedura ad evidenza pubblica).

In tal senso, ad avviso del Collegio, non si può parlare di un'ipotesi di affidamento diretto ma di accordo organizzativo tra enti, il quale non rientra nell'ambito di applicazione del divieto delineato dal citato art. 23-bis..

Si deve poi escludere che le modifiche apportate al fine di adeguare la disciplina convenzionale originaria alle disposizioni innovative recate dalla normativa sopravvenuta siano caratterizzate da profili di novità tali da produrre, in assenza di apposita procedura competitiva, un'effettiva novazione o, comunque, una modifica sostanziale del rapporto originario necessitante dell'espletamento di una nuova gara.

Le considerazioni svolte consentono di escludere la ricorrenza degli ulteriori dedotti profili di diritto relativi alla violazione del citato art. 14, comma 1, del decreto legislativo n. 164/2000 nonché all'art. 113 D.Lgs n. 267/2000, non essendosi dimostrata la sussistenza di affidamenti diretti, *ratione temporis* rilevanti, preclusivi della partecipazione alla procedura di gara in esame.

Si deve del pari escludere, alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, che il conseguimento di benefici relativi a contributi pubblici possa condurre, in assenza di puntuali norme preclusive, all'estromissione della Fontenergia e di CPL Concordia dalla procedura in esame.

5. L'infondatezza dell'appello principale conduce all'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, dell'appello incidentale proposto da CPL Concordia con cui si ripropongono i motivi del ricorso incidentale di primo grado non favorevolmente valutati dalla sentenza gravata.

6. Le spese seguono la regola della soccombenza e devono essere liquidate nella misura in dispositivo specificata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto da CPL Concordia.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese di giudizio nella misura complessiva di euro 10.000//000 (diecimila//00), da dividere in parti eguali tra Coseam Italia s.p.a. e il Consorzio Intercomunale di Salvaguarda Ambientale (CISA).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)