



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 94 del 2012, proposto da:
APRICA SPA, BI.CO DUE SRL, rappresentate e difese dall'avv. Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via XX Settembre 8;

contro

COMUNE DI ROVATO, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, viale Stazione 37;
COMUNE DI BERLINGO, COMUNE DI CASTEGNATO, COMUNE DI CAZZAGO SAN MARTINO, COMUNE DI ERBUSCO, COMUNE DI PADERNO FRANCIACORTA, COMUNE DI PASSIRANO, non costituitisi in giudizio;

nei confronti di

COGEME GESTIONI SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv. Elena Pagani in Brescia, via Gramsci 30;

per l'annullamento

- dei verbali di gara, nella parte in cui ammettono alla procedura la controinteressata Cogeme Gestioni srl;
 - del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
 - della determinazione del responsabile del Settore Affari Generali n. 807 del 27 dicembre 2011, che ha aggiudicato definitivamente alla controinteressata il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati;
- con richiesta di risarcimento in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rovato e di Cogeme Gestioni srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Cogeme Gestioni srl;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE del 21 settembre 2011 il Comune di Rovato ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio intercomunale di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati. Il valore complessivo stimato del servizio per la durata massima di otto anni è pari a € 44.975.190,55 (IVA esclusa). Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163.

2. Il servizio è stato aggiudicato alla controinteressata Cogeme Gestioni srl, che è risultata vincitrice con 94,770 punti (di cui 44,787 per l'offerta tecnica e 49,983 per

l'offerta economica). L'ATI delle ricorrenti Aprica spa e Bi.Co Due srl si è collocata al secondo posto con 86,435 punti (di cui 36,435 per l'offerta tecnica e 50,000 per l'offerta economica).

3. Con atto notificato il 26 gennaio 2012 e depositato il 31 gennaio 2012 le società ricorrenti hanno impugnato l'esito della gara contestando l'aggiudicazione e chiedendo l'esclusione della controinteressata e il subentro nella posizione di aggiudicatario. Le censure sono articolate ma possono essere riassunte e numerate come segue:

- (a) divieto di partecipazione gravante sulla controinteressata, da un lato perché affidataria diretta di servizi pubblici locali in una pluralità di comuni e dall'altro perché indirettamente controllata da un soggetto, Cogeme spa, qualificabile come società strumentale di enti pubblici ai sensi dell'art. 13 del DL 4 luglio 2006 n. 223;
- (b) erronea valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata;
- (c) irragionevolezza del bando di gara, da un lato per quanto riguarda la scelta del sistema di calcolo dei punteggi e dall'altro relativamente al punteggio assegnato ad alcune caratteristiche del servizio.

4. Il Comune e la controinteressata si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. La controinteressata ha anche proposto ricorso incidentale con atto notificato il 27 febbraio 2012 e depositato il 9 marzo 2012, sostenendo che l'offerta delle ricorrenti violerebbe l'art. 38 comma 1-b-c del Dlgs. 163/2006 e presenterebbe profili di indeterminatezza.

5. Questo TAR con ordinanza n. 1459 del 23 agosto 2012 ha formulato alcune osservazioni, che possono essere qui richiamate, per un primo inquadramento giuridico della posizione delle parti, e ha disposto istruttoria sulle forme di controllo e sui rapporti finanziari interni al gruppo a cui appartiene Cogeme Gestioni srl.

6. La relazione istruttoria, predisposta dai presidenti dei collegi sindacali di Cogeme Gestioni srl, Linea Group Holding srl e Cogeme spa, è stata depositata il 28 settembre 2012.

7. Premessa questa sintesi della vicenda, sulle questioni proposte dalle parti si possono formulare le seguenti considerazioni.

Sulla posizione di Cogeme Gestioni srl quale affidatario diretto di servizi pubblici

8. La controinteressata Cogeme Gestioni srl è tuttora affidataria diretta del servizio di igiene urbana in diversi comuni: alcuni di questi affidamenti sono ancora quelli storici assunti dalla dante causa della controinteressata (Cogeme spa), la maggior parte sono proroghe annuali successive al 2010. Questa situazione è documentata dalle ricorrenti (doc. 19) e può essere considerata pacifica tra le parti, in quanto già al capo 3.7 della propria sentenza 16 luglio 2012 n. 1353 (resa sul ricorso n. 1205/2011, promosso sempre da Bi.Co Due srl nei confronti anche di Cogeme Gestioni srl in relazione ad altro appalto) questo TAR ha evidenziato l'elevato numero di atti di proroga esistenti in favore di Cogeme Gestioni srl, come risultava in quella causa dalla produzione documentale della stessa Cogeme Gestioni srl e da una specifica memoria depositata da Bi.Co Due srl senza che la successiva memoria di replica di Cogeme Gestioni srl contenesse contestazioni sul punto.

9. La tesi delle ricorrenti è che i suddetti affidamenti costituirebbero un ostacolo alla partecipazione alle gare, o perché prorogati dopo il 2010 in contrasto con l'art. 23-bis commi 8-9 del DL 25 giugno 2008 n. 112 (che fissava al 31 dicembre 2010 la fine del periodo transitorio imponendo dopo tale data solo affidamenti preceduti da gara) o perché non tutelati dall'art. 4 commi 32-33 del DL 13 agosto 2011 n. 138 (che ha reintrodotto il periodo transitorio consentendo la partecipazione degli affidatari diretti alle gare indette prima della nuova scadenza: nell'interpretazione delle ricorrenti questa norma dovrebbe proteggere solo gli affidamenti storici ininterrotti e non quelli scaduti e prorogati).

10. Questi argomenti non sembrano condivisibili.

11. Il motivo per cui il legislatore italiano ha deciso di intervenire sulle gestioni storiche è chiaro: nel momento in cui interi settori devono aprirsi al mercato attraverso la messa a gara dei servizi pubblici locali è ragionevole che sia applicato un trattamento penalizzante ai soggetti che hanno ottenuto in passato affidamenti senza gara e tuttora li detengono. In un mercato effettivamente concorrenziale nessun soggetto economico può conservare troppo a lungo sia la rendita dell'affidamento diretto sia l'opportunità di competere nelle gare aperte alla concorrenza. Se questo nodo non viene sciolto vi è il rischio che gli affidatari diretti siano in grado di offrire sistematicamente condizioni non replicabili dagli altri concorrenti, assicurandosi di conseguenza la posizione di monopolisti in un determinato ambito territoriale. A questo inconveniente hanno cercato di porre rimedio dapprima l'art. 23-bis commi 8-9 del DL 112/2008 e in seguito, dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011, l'art. 4 commi 32-33 del DL 138/2011. Tali norme creano due corsie distinte che dopo la fine del periodo transitorio non possono più essere comunicanti, quella degli affidatari diretti e quella dei soggetti che partecipano alle gare.

12. Anche nella giurisprudenza comunitaria la presenza di gestori storici pone due problemi, ossia (a) quello dell'interruzione anticipata delle concessioni di servizi non precedute da gara, e (b) quello della partecipazione dei titolari di affidamenti diretti alle gare per i medesimi servizi presso altri enti pubblici. La risposta è tuttavia meno penalizzante per le imprese interessate. L'interruzione anticipata è infatti considerata una misura proconcorrenziale compatibile con il diritto comunitario, ma si sottolinea la necessità che sia tutelato l'affidamento dei concessionari in base al principio di certezza del diritto (v. C.Giust. Sez. II 17 luglio 2008 C-347/06, *ASM Brescia*, punti 60-61-64). Per quanto riguarda invece la partecipazione dei titolari di affidamenti diretti alle gare indette da altri comuni, pur

ammettendo che la rendita derivante da tali affidamenti si possa qualificare come una sovvenzione pubblica, non viene ravvisato alcun obbligo di esclusione automatica. All'amministrazione aggiudicatrice è riconosciuto unicamente il potere di escludere le offerte che siano il risultato di sovvenzioni pubbliche in contrasto con i principi dei Trattati (v. C.Giust. Sez. IV 23 dicembre 2009 C-305/08, *Conisma*, punti 33-34; C.Giust. Sez. VI 7 dicembre 2000 C-94/99, *Arge*, punto 29).

13. La normativa nazionale, nella parte in cui esclude automaticamente dalle gare gli affidatari diretti di servizi pubblici locali, è quindi più rigorosa di quella comunitaria. In questo senso si è espressa anche la Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato ammissibile il referendum sull'art. 23-bis del DL 112/2008 ritenendo che tale norma non costituisse applicazione necessitata del diritto comunitario (v. sentenza 26 gennaio 2011 n. 24, punti 4.2.1 e 4.2.2).

14. Tuttavia anche nel diritto interno la presenza di un periodo transitorio per il passaggio dagli affidamenti storici al nuovo regime di esclusione automatica dalle gare appare un punto di equilibrio necessario.

15. Questa conclusione vale indubbiamente per le concessioni più risalenti, attribuite in un'epoca in cui non era ancora chiara la necessità di garantire trasparenza e parità di trattamento nell'attribuzione dei servizi pubblici (la svolta può essere individuata in C.Giust. Sez. VI 7 dicembre 2000 C-324/98, *Telaustria*, punto 60; in proposito v. C.Giust. Sez. II 17 luglio 2008 C-347/06, *ASM Brescia*, punto 58).

16. A una soluzione non dissimile si deve pervenire, argomentando sul piano dei principi generali, anche per le proroghe che a vario titolo sono state concesse ai gestori storici dopo il 7 dicembre 2000. Queste tardive estensioni degli affidamenti diretti (indipendentemente dal fatto che siano state disposte in via generale dalla normativa interna o con provvedimento delle singole amministrazioni) sono certo ancora meno resistenti sotto il profilo della certezza del diritto di fronte a

un'eventuale cessazione anticipata (tanto *ex lege* quanto per provvedimento amministrativo) ma attribuiscono comunque un'aspettativa tutelata a non subire conseguenze negative nel tempo occorrente all'effettivo abbandono degli affidamenti diretti. L'effettivo abbandono presuppone che gli enti pubblici indicano e concludano le gare per l'affidamento del servizio, essendo inevitabile nel frattempo la proroga delle vecchie gestioni per garantire la continuità delle prestazioni agli utenti. Peraltro prima della scadenza del periodo transitorio stabilito dalla normativa interna le amministrazioni interessate sono sempre in termini per l'indizione e lo svolgimento delle gare. Di conseguenza non è possibile durante il periodo transitorio escludere dalle gare i vecchi concessionari che proseguono nell'attività in attesa che sia individuato il nuovo gestore (e, salvo diverse disposizioni di legge, un certo periodo di tolleranza può essere riconosciuto anche dopo la fine del periodo transitorio).

17. Non sempre nella recente legislazione italiana è stato indicato un termine per la cessazione anticipata degli affidamenti diretti e il passaggio sistematico alle procedure a evidenza pubblica. Una simile previsione era contenuta nell'art. 23-bis commi 8-9 del DL 112/2008 (e su tale presupposto normativo questo TAR aveva cominciato a delineare il periodo massimo ragionevole entro cui gli affidatari diretti potevano ancora partecipare alle nuove gare: proprio con riferimento a Cogeme Gestioni srl v. sentenze 24 giugno 2011 n. 939 e 6 ottobre 2011 n. 1396). Poi il referendum del 12-13 giugno 2011 ha abrogato la predetta norma, e quindi per un certo periodo sono risultati immediatamente applicabili, come precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 24/2011, i (meno restrittivi) principi comunitari. Un termine finale agli affidamenti diretti è stato reintrodotta dall'art. 4 commi 32-33 del DL 138/2011, con la conseguenza che è stata mantenuta la legittimazione degli affidatari diretti a partecipare alle gare almeno sino alla fine del periodo transitorio (a certe condizioni, progressivamente specificate nelle versioni della norma che si

sono succedute). La Corte Costituzionale con sentenza 20 luglio 2012 n. 199 ha però cancellato il suddetto articolo perché ritenuto, nel suo insieme, in contrasto con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo, che era quello (come accertato nella sentenza n. 24/2011) di ampliare le ipotesi di affidamento diretto, e in particolare quelle di gestione *in house* di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Nuovamente quindi sono risultati applicabili in via diretta i principi comunitari. A questo punto è intervenuto il DL 18 ottobre 2012 n. 179, che all'art. 34 comma 21 ha posto a carico degli enti pubblici l'obbligo di rendere conformi entro il 31 dicembre 2013 gli affidamenti in essere alla normativa comunitaria, individuando anche un termine finale alle gestioni che ne siano prive. Se ne può dedurre che potranno proseguire le gestioni già coerenti con i principi comunitari sull'affidamento *in house*, o quelle che saranno rese conformi a tale schema entro il 31 dicembre 2013, mentre per le altre i singoli enti pubblici affidanti dovranno adottare una diversa soluzione rispettosa del diritto comunitario, ossia normalmente l'indizione di una gara da concludere in un tempo ragionevole.

18. Quando il bando oggetto del presente giudizio è stato pubblicato era in vigore l'art. 4 commi 32-33 del DL 138/2011, norma che, come si è visto sopra, non impediva agli affidatari diretti di partecipare alle gare, essendo stata prorogata la scadenza del periodo transitorio e con essa la finestra temporale in cui risultava legittima la commistione di affidamenti diretti e di affidamenti ottenuti tramite procedura ad evidenza pubblica. D'altra parte la proroga degli affidamenti per garantire la continuità del servizio in attesa dello svolgimento delle gare non pone problemi di conflitto con il diritto comunitario, e dunque non vi erano ragioni per impedire ai titolari di affidamenti diretti prorogati di partecipare alle suddette gare, tra cui si colloca quella in questione. A maggior ragione l'affidamento diretto prorogato non può essere considerato ostativo nel vigente contesto normativo nazionale, dove, come si è visto sopra, il legislatore ha rinunciato a imporre una

transizione verso le gare più rapida o più estesa di quella richiesta dal diritto comunitario.

Sulla contestata qualificazione di Cogeme Gestioni srl come società strumentale

19. Con una distinta censura le ricorrenti affermano che la controinteressata dovrebbe essere esclusa perché si troverebbe nella situazione di incompatibilità descritta dall'art. 13 del DL 223/2006.

20. In effetti Cogeme Gestioni srl si inserisce in una costruzione societaria complessa alla cui base si trova Cogeme spa, qualificata dalle ricorrenti come società strumentale. La catena di controllo è così ordinata: (a) Cogeme spa è interamente partecipata da 71 comuni e altri enti pubblici locali delle Province di Brescia e Bergamo; (b) Cogeme spa controlla il 30,92% di Linea Group Holding srl (LGH): il resto del capitale di LGH è ripartito tra altre quattro società interamente partecipate da enti pubblici locali, ossia Aem Cremona spa (30,92%), Asm Pavia spa (15,90%), Astem spa (13,22%), SCS spa (9,04%); (c) a sua volta LGH controlla al 100% alcune società operative territoriali, tra cui Cogeme Gestioni srl, Aem Gestioni srl, Astem Gestioni srl, SCS Gestioni srl.

21. L'interposizione di LGH appare una scelta strategica delle ex municipalizzate finalizzata a raggiungere massa critica e a stabilire forme di collaborazione reciproca lasciando però ciascuna società radicata nel proprio territorio di origine. All'interno del gruppo le controllanti di LGH hanno infatti mantenuto collegamenti differenziati e preferenziali con le rispettive società operative territoriali (identificabili per l'identica denominazione), alle quali hanno ceduto i rami d'azienda relativi allo svolgimento dei servizi pubblici. Nel caso di Cogeme spa e di Cogeme Gestioni srl questo collegamento speciale sembra dimostrato anche dalla parziale coincidenza dei componenti dei consigli di amministrazione e dei collegi sindacali.

22. Le società che controllano LGH hanno quindi assunto il ruolo di società patrimoniali, ma continuano a gestire anche alcuni servizi in affidamento diretto per i comuni di riferimento (nel caso di Cogeme spa soprattutto la gestione calore): in tali servizi andrebbe individuato secondo le ricorrenti il carattere strumentale preclusivo ai sensi dell'art. 13 del DL 223/2006, che si trasmetterebbe lungo la catena di controllo. Al secondo livello LGH svolge una funzione di coordinamento (l'assemblea è composta dai presidenti delle società patrimoniali, inoltre esiste un patto parasociale che istituisce un comitato per il coordinamento territoriale delle politiche di gruppo). Dal 30 giugno 2010 LGH ha anche assunto la titolarità delle reti conferite dalle società patrimoniali Cogeme spa, Aem Cremona spa e Astem spa. Al terzo livello si posizionano le società operative territoriali, che gestiscono in via transitoria i servizi pubblici locali trasmessi dalle società patrimoniali con la cessione dei rami d'azienda e a regime competono nelle gare per l'aggiudicazione di nuovi servizi.

23. L'art. 13 del DL 223/2006 stabilisce che 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, con esclusione dei servizi pubblici locali, sono sottoposte al seguente regime: (a) devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; (b) non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; (c) non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale; (d) sono a oggetto sociale esclusivo; (e) devono cedere a terzi le attività non consentite oppure scorporarle anche costituendo una separata società.

24. Nella norma si possono individuare due categorie di attività vietate: (a) quelle incompatibili con il carattere strumentale della società (ovvero la produzione di beni e servizi non per un ente pubblico specifico ma per una pluralità di soggetti

indeterminati), e (b) quelle incompatibili con l'esclusività dell'oggetto sociale (tra queste rientra lo svolgimento di servizi pubblici). Le prime sono comunque vietate anche se scorporate e svolte da una società controllata (la catena societaria, benché allungata, sarebbe solo un espediente finalizzato a eludere il divieto - v. C.Cost. 1 agosto 2008 n. 326 punto 8.7), per le seconde si apre invece la prospettiva dello scorporo legittimo in una diversa società, e qui si inseriscono anche le principali divergenze interpretative.

25. Così delineato il quadro generale, occorre precisare che una parte della giurisprudenza è orientata verso un'interpretazione particolarmente rigorosa dell'art. 13 del DL 223/2006, ritenendo che la norma contenga la presunzione secondo cui una società controllata, anche se di terza generazione, possa presentare in sede di gara nella competizione con gli altri operatori offerte inevitabilmente migliori grazie ai vantaggi economici goduti dalle società patrimoniali controllanti (proprio con riferimento a Cogeme Gestioni srl v. CS Sez. V 21 giugno 2012 n. 3668). Su questa base non rimarrebbe altra possibilità che l'esclusione dalle gare.

26. Questa impostazione non può essere seguita nel caso in esame per quattro ragioni: (a) la necessità di tenere conto dei principi comunitari e delle precisazioni formulate nella sentenza del Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 4 agosto 2011 n. 17; (b) i risultati dell'istruttoria condotta sulla base dell'ordinanza n. 1459/2012; (c) le conseguenze di sistema prodotte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012; (d) i chiarimenti apportati dalla normativa sopravvenuta in materia di revisione della spesa pubblica (art. 4 commi 1-3 del DL 6 luglio 2012 n. 95).

27. Sotto il primo profilo si osserva che l'art. 13 del DL 223/2006 pone il medesimo problema visto sopra a proposito degli affidamenti diretti di servizi pubblici: da un lato vi è una normativa nazionale che stabilisce esclusioni automatiche dalle gare, dall'altro vi sono i principi comunitari che richiedono

valutazioni in concreto. Secondo la giurisprudenza comunitaria (v. ancora C.Giust. Sez. IV 23 dicembre 2009 C-305/08, *Conisma*, punto 40; C.Giust. Sez. VI 7 dicembre 2000 C-94/99, *Arge*, punti 28-32) ai soggetti che beneficiano di sovvenzioni pubbliche non può essere preclusa la partecipazione alle gare, in particolare se si considera che tra i potenziali partecipanti figurano in qualità di imprenditori gli stessi enti pubblici (v. attualmente l'art. 1 par. 8 della Dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE). L'esclusione può intervenire solo se si dimostri che le sovvenzioni pubbliche costituiscono una specifica violazione dei Trattati, e anche in questo caso il problema non è principalmente la disparità di trattamento ma la sostenibilità economica dell'offerta qualora venga imposta la restituzione della sovvenzione pubblica.

28. L'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 17/2011 richiama la giurisprudenza comunitaria, però contestualmente mostra di condividere anche il punto di vista di quella parte della giurisprudenza nazionale che non solo considera preclusiva la natura strumentale delle società ma estende la medesima preclusione alle società costituite dalle società strumentali per lo svolgimento di attività non strumentali (v. CS Sez. V 22 febbraio 2010 n. 1037). Più in dettaglio la sentenza dell'Adunanza Plenaria afferma due canoni interpretativi così sintetizzabili: (a) la trasmissione delle cause di esclusione alle società partecipate, comprese quelle di terza generazione, si realizza quando si possa ravvisare l'intenzione di eludere i divieti a carico delle società strumentali; (b) una società partecipata incorre negli stessi divieti della società strumentale quando beneficia dell'intervento finanziario di quest'ultima. Risulta quindi salvaguardata la normativa nazionale, più rigorosa di quella comunitaria, ma in conformità a quest'ultima viene accolto il principio della verifica in concreto.

29. Applicando al caso in esame i due canoni interpretativi sopra esposti si può osservare che: (a) Cogeme Gestioni srl si occupa di servizi pubblici, ossia di attività

non strumentali, che ai sensi dell'art. 13 comma 3 del DL 223/2006 possono essere legittimamente scorporate in una società distinta senza il vincolo (sostanzialmente espropriativo) della cessione a terzi; (b) è però necessario accertare che a favore di Cogeme Gestioni srl non vi sia un drenaggio di risorse provenienti da attività strumentali delle società controllanti, perché se questo accadesse vi sarebbe indebita commistione tra ambiti che per la normativa nazionale devono rimanere separati.

30. L'istruttoria disposta dal questo TAR con l'ordinanza n. 1459/2012 era appunto diretta a verificare l'esistenza di questi flussi finanziari tra Cogeme spa e Cogeme Gestioni srl. Per quanto interessa direttamente il caso in esame possono essere richiamati i seguenti dati:

(a) le ex municipalizzate (Cogeme spa, Aem Cremona spa, Asm Pavia spa, Astem spa, SCS spa) hanno scorporato ciascuna il ramo d'azienda relativo alla gestione dei servizi locali costituendo apposite società operative territoriali. Queste ultime sono state quindi conferite a LGH, a sua volta controllata dalle ex municipalizzate, che hanno assunto la funzione di società patrimoniali;

(b) in questo schema Cogeme spa ha dapprima costituito e poi conferito Cogeme Gestioni srl (società operativa territoriale). Rimane peraltro un rapporto differenziato e preferenziale tra le due società, nonostante l'interposizione di LGH, così come tra le altre società patrimoniali e le società rispettivamente scorporate, in quanto in base ai patti parasociali i componenti del consiglio di amministrazione e due sindaci effettivi delle società operative territoriali sono designati dalle società patrimoniali (qualificate sotto questo profilo come "*socio di riferimento*"). Finora l'assemblea di Cogeme Gestioni srl ha sempre rispettato le designazioni di Cogeme spa;

(c) sul piano operativo la gestione delle società operative territoriali è sottoposta unicamente all'attività di supervisione e coordinamento di LGH. In base ai patti

parasociali, prima di essere approvato dai rispettivi consigli di amministrazione il bilancio delle società operative territoriali deve essere approvato dal consiglio di amministrazione di LGH. Spetta inoltre a quest'ultimo la nomina dei direttori delle società operative territoriali;

(d) non esistono né finanziamenti né garanzie da parte di Cogeme spa a favore di LGH e di Cogeme Gestioni srl;

(e) esistono invece crediti di Cogeme spa nei confronti di LGH (essenzialmente per i dividendi);

(f) tra Cogeme spa e Cogeme Gestioni srl vi sono anche rapporti contrattuali diretti che costituiscono fonte di crediti e debiti. In particolare fino al 30 giugno 2012 Cogeme Gestioni srl ha eseguito l'attività di *front office* e gestione clienti per il servizio idrico integrato svolto da una controllata di Cogeme spa. Il corrispettivo (€ 661.516 per il 2011) è stato calcolato senza applicazione di alcun margine secondo il criterio della copertura dei costi operativi diretti. Gli importi sono poi stati rifatturati quasi interamente da Cogeme spa alla propria controllata che si occupa del servizio idrico integrato. Altri servizi svolti da Cogeme Gestioni srl a favore di Cogeme spa o di società da questa controllate riguardano, sempre con riferimento al 2011, la gestione di immobili (€ 340.154), la raccolta di rifiuti cimiteriali (€ 19.942), la mensa dipendenti (€ 54.090), i costi di telefonia mobile (€ 14.565), la tariffa rifiuti (€ 35.497), e costi vari anticipati (€ 9.113). Anche Cogeme spa ha fatturato a Cogeme Gestioni srl alcune prestazioni, e in particolare, relativamente al 2011, il trattamento di rifiuti cimiteriali (€ 19.832), la manutenzione di immobili (€ 102.835), la manutenzione delle isole ecologiche (€ 12.264), l'impianto fotovoltaico (€ 118.578), e riaddebiti vari (€ 3.418);

(g) il *cash pooling* è gestito da LGH e funziona come compensazione dei saldi negativi e positivi di conto corrente delle società controllate da LGH per ridurre l'esposizione complessiva del gruppo. Da tale meccanismo sono escluse le società

patrimoniali. Cogeme spa è titolare di un proprio distinto *cash pooling* al servizio delle società dalla stessa direttamente controllate (quindi non nei confronti di Cogeme Gestioni srl);

(h) nel 2011 Cogeme Gestioni srl ha erogato dividendi a LGH per € 600.000. Nello stesso anno LGH ha erogato dividendi a Cogeme spa per € 3.091.500 (conseguenza dei risultati di tutte le società del gruppo);

(i) non è evidenziato nella relazione istruttoria, ma esiste anche un finanziamento di Cogeme spa a favore di LGH pari a € 23.300.000 (l'importo è annotato nel bilancio consolidato 2011 di LGH – doc. 42 delle ricorrenti). Come chiarito dalla controinteressata, e come risulta dalla sentenza della Commissione Tributaria di Brescia del 4 giugno 2012 (Cogeme Gestioni srl vs Agenzia delle Entrate), si tratta di una riserva di liquidità (senza erogazione immediata di fondi) che è stata riconosciuta a Cogeme spa al momento dello scorporo del servizio rifiuti, in conseguenza del fatto che la predetta società è rimasta titolare delle discariche e quindi ha conservato anche i connessi obblighi di gestione delle stesse dopo la chiusura. In altri termini si tratta della quantificazione preventiva di un onere conservato in capo a Cogeme spa dopo la dismissione di questo settore di attività.

31. Sulla base di questi elementi è evidente che i sospetti circa la natura strumentale di Cogeme spa hanno origine nella mancata separazione tra la funzione patrimoniale pura e le residue funzioni gestionali, le quali risentono della posizione di vantaggio derivante dal collegamento con gli enti pubblici. Solo in corso di causa è emerso che Cogeme spa ha costituito il 15 novembre 2011 una separata società, Cogeme Servizi Territoriali Locali srl, nella quale dovrebbero confluire le attività propriamente strumentali. In ogni caso non sembra che il peso economico di tali attività operi nel senso di creare un flusso finanziario stabile che viene dirottato verso Cogeme Gestioni srl per consentire a quest'ultima di prevalere nelle gare per l'affidamento dei servizi pubblici. Non solo si tratta di ordini di grandezza diversi

(il fatturato dei servizi svolti da Cogeme Gestioni srl a favore di Cogeme spa ammonta complessivamente a € 1.134.877, mentre il valore complessivo del solo servizio pubblico oggetto del presente ricorso è pari a € 44.975.190,55 sia pure ripartito su otto anni) ma le fatturazioni, per accordo interno, coprono soltanto i costi operativi diretti (anche questa circostanza è stata valutata nella sentenza della Commissione Tributaria di Brescia del 4 giugno 2012). Oltretutto una parte dell'importo è bilanciato da fatturazioni opposte a carico di Cogeme Gestioni srl. Mancano poi forme di finanziamento o di garanzia da parte di Cogeme spa, e non vi è alcun collegamento attraverso il *cash pooling*. In tale contesto il potere di designazione degli amministratori che è stato riservato alle ex municipalizzate risulta irrilevante, in quanto risponde a finalità completamente diverse dal finanziamento, e serve in particolare a garantire la posizione di preminenza dei comuni e degli enti pubblici di riferimento.

32. In definitiva sembra che lo scorporo abbia ottenuto il risultato di tenere distinta l'attività di Cogeme Gestioni srl da quella di Cogeme spa. Quest'ultima nei confronti di Cogeme Gestioni srl si pone quindi come una società effettivamente patrimoniale, in quanto attraverso la partecipazione in LGH beneficia degli utili prodotti dalle società operative territoriali in ambiti che già ora sono aperti alla concorrenza e lo saranno maggiormente in futuro con la fine delle gestioni storiche.

33. Questa conclusione appare rafforzata in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012. Come si è visto sopra, se si ampliano gli spazi normativi delle gestioni *in house* e si riduce la pressione per il passaggio alle gare con abbandono degli affidamenti diretti, non vi sono neppure ragioni particolari per penalizzare i soggetti economici controllati o partecipati da società che svolgono senza gara servizi strumentali a favore di enti pubblici. L'art. 13 del DL 223/2006 risulta quindi relativizzato e - in attesa di una riforma normativa - deve

essere interpretato secondo i principi dell'ordinamento comunitario, ossia evitando di desumerne cause automatiche di esclusione dalle gare.

34. Un importante innovazione normativa è già individuabile nella disciplina sulla revisione della spesa pubblica. L'art. 4 commi 1-3 del DL 95/2012 introduce infatti una nuova classificazione delle società strumentali in vista della liquidazione delle stesse attraverso scioglimento o alienazione. Rientrano nella previsione le società con un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato. Con questo intervento il legislatore ha adottato un nuovo approccio al problema delle società strumentali, individuando nelle stesse una fonte di potenziale spreco di risorse e indirizzando le amministrazioni verso la produzione interna dei servizi o l'acquisto degli stessi nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale, ossia tramite gara.

35. Questa impostazione restringe l'obbligo di dismissione entro limiti precisi, lasciando per il resto alle società che svolgono anche servizi strumentali la possibilità di proseguire. Analogamente si deve ritenere che l'obbligo di dismissione derivante dall'art. 13 del DL 223/2006 vada interpretato in senso restrittivo, ossia come riferito alle vere e proprie attività incompatibili con la natura strumentale della società, lasciando però la possibilità di utilizzare lo scorporo e la separazione societaria senza imporre la cessione o la liquidazione delle attività.

Sull'attribuzione del punteggio all'offerta di Cogeme Gestioni srl

36. Le ricorrenti hanno proposto in via subordinata alcune censure riguardanti il punteggio attribuito alla controinteressata Cogeme Gestioni srl per alcuni profili dell'offerta tecnica. Su tali questioni, tenuto anche conto dei parametri che saranno utilizzati per la valutazione di censure analoghe formulate a parti invertite nel ricorso incidentale, devono essere riviste le conclusioni, peraltro espressamente qualificate come provvisorie, contenute nell'ordinanza cautelare n. 95 del 10 febbraio 2012.

37. In relazione al sottocriterio 4-b (campagne di educazione ambientale per le scuole) il disciplinare di gara chiede di specificare, oltre alla tipologia delle attività, anche la frequenza delle stesse. La controinteressata ha illustrato l'attività svolta in passato dichiarandosi disponibile a ripeterla in futuro. Un'offerta formulata in questi termini si espone in effetti al rischio di essere considerata generica, in particolare quando possa essere intesa come un rifiuto implicito di impegnarsi su un programma preciso di attività oppure quando costringa la commissione di gara a individuare tali attività operando un'inferenza dal passato al futuro. Tuttavia deve essere riconosciuto ai concorrenti il diritto di descrivere la componente tecnica dell'offerta in modo originale, ponendo l'enfasi sugli aspetti ritenuti più idonei a conseguire alti punteggi ed evidenziando la bontà delle proposte anche attraverso un peculiare stile espositivo. Nello specifico sembra che mediante il rinvio alle campagne di educazione ambientale svolte in passato la controinteressata si sia impegnata a garantire prestazioni analoghe per quantità e qualità anche in futuro, richiamando il lavoro svolto come termine di confronto noto alla stazione appaltante e come garanzia di affidabilità.

38. In relazione al sottocriterio 3-a (utilizzo di mezzi a bassa emissione di CO₂) il disciplinare di gara chiede di specificare il numero di mezzi impiegati e la frequenza di utilizzo. La controinteressata ha indicato il numero di ore e la tipologia dei mezzi ma non ha precisato il numero, omettendo quindi di dare una rappresentazione esatta della flotta disponibile. In questo caso tuttavia esigere anche la descrizione puntuale di tutti i mezzi sarebbe eccessivo. Una volta vincolatisi al risultato (nello specifico, uso di mezzi a metano ed elettrici) i concorrenti rimangono liberi di programmare l'acquisto delle attrezzature in un momento successivo all'eventuale aggiudicazione. Sarebbe infatti particolarmente oneroso e sicuramente sproporzionato imporre ai concorrenti di disporre fin dall'inizio di tutta la strumentazione indicata per lo svolgimento del servizio. In

questo modo gli elementi dell'offerta tecnica si trasformerebbero di fatto in requisiti di partecipazione, costringendo le imprese a effettuare investimenti importanti senza la certezza dell'aggiudicazione o limitando irragionevolmente lo spazio di elaborazione delle proposte.

Sui criteri di attribuzione del punteggio indicati nel bando

39. Le ricorrenti censurano anche l'utilizzo del confronto a coppie quale metodo di scelta tra le offerte tecniche, ritenendolo inadeguato ai servizi pubblici. La tesi non appare condivisibile. In realtà questo metodo ha applicazione generale, non limitata quindi al settore degli appalti di lavori, e produce decisioni razionali in qualsiasi ambito. Per le sue caratteristiche intrinseche il metodo non richiede il confronto con delle alternative di riferimento esterne alle offerte presentate in gara (v. TAR Brescia Sez. II 8 maggio 2012 n. 793). Pertanto non è possibile contestare il risultato finale o gli scostamenti tra i punteggi affermando che nella realtà le prestazioni o i mezzi offerti sarebbero caratterizzati da un analogo livello di qualità, comune ai soggetti che operano in un determinato settore professionale. Al contrario è proprio la capacità del metodo di mettere in evidenza la differente utilità delle offerte sotto diversi profili che giustifica la distanza nei punteggi, la quale non diventa quindi sintomo di irragionevolezza.

Sul ricorso incidentale

40. Nel ricorso incidentale Cogeme Gestioni srl sostiene che l'offerta dell'ATI tra Aprica spa e Bi.Co Due srl presenterebbe vizi talmente gravi da imporre l'esclusione.

41. In primo luogo si contesta la violazione dell'art. 38 comma 1-b-c del Dlgs. 163/2006, in quanto per Aprica spa vi è stata un'unica dichiarazione del legale rappresentante riferita a tutti gli amministratori, in carica e cessati. Secondo la controinteressata la dichiarazione dovrebbe essere rilasciata da ciascun amministratore singolarmente, con la sola eccezione di quelli cessati o irreperibili,

per i quali sarebbe sufficiente una dichiarazione cumulativa del legale rappresentante della società.

42. La tesi non appare condivisibile. L'art. 38 comma 1-b-c del Dlgs. 163/2006 esige che sussista la condizione sostanziale ivi descritta, ovvero l'assenza di pregiudizi penali e di misure di sicurezza in capo agli amministratori e agli altri soggetti elencati. La condizione sostanziale è duplicata dalla giurisprudenza prevalente in una condizione formale, in quanto si ritiene che la mancanza della dichiarazione sui predetti requisiti non sia sanabile attraverso integrazioni successive (v. CS Sez. V 8 novembre 2012 n. 5693). La norma tuttavia non specifica chi debba rendere la dichiarazione. La presentazione di dichiarazioni singole da parte degli amministratori è senz'altro una via praticabile, tuttavia non può essere considerata l'unica opzione disponibile. Se interpretata in questo senso la norma risulterebbe irragionevole, in quanto imponendo la raccolta di più dichiarazioni complicherebbe senza utilità gli adempimenti necessari per la partecipazione alle gare. Se l'obbligo di presentare la dichiarazione ha lo scopo di informare tempestivamente la stazione appaltante per consentire una celere decisione sull'ammissione dei concorrenti (v. CS Sez. III 16 marzo 2012 n. 1471), non ha evidentemente importanza che tale informazione provenga da tutti i soggetti interessati o da uno solo cumulativamente, purché quest'ultimo abbia (come nel caso in esame) il potere di rappresentanza esterna.

43. La controinteressata contesta poi la mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte di Aprica spa e Bi.Co Due srl in qualità di contraenti. Questa lacuna appare però irrilevante, in quanto la fideiussione è comunque direttamente efficace nei confronti della stazione appaltante (v. CS Ap 4 ottobre 2005 n. 8).

44. Altre censure della controinteressata riguardano aspetti di dettaglio dell'offerta tecnica delle ricorrenti, e in particolare la presenza di soluzioni alternative (contenitori Green Box) e la scarsa chiarezza di alcune proposte (organizzazione

del servizio di raccolta, sostituzione dei mezzi accidentalmente indisponibili, frequenza di utilizzo dei mezzi ecosostenibili, impiego di mezzi a bassa emissione di rumore).

45. Nessuna di queste lacune è però talmente grave da rendere incomprensibile o contraddittoria la descrizione del servizio offerto. Innanzitutto si osserva che nell'ambito delle offerte tecniche è possibile proporre, una volta chiarito l'onere per l'amministrazione, delle soluzioni tra loro alternative da sperimentare in successivi intervalli temporali. Particolarmente nella gestione dei rifiuti può presentarsi la necessità di modificare le procedure di raccolta in conseguenza del mutamento degli indirizzi amministrativi o delle nuove esigenze che provengono dai cittadini. Le imprese operanti in questo settore possono quindi prendere in considerazione tale evenienza nelle proprie offerte formulando le soluzioni ritenute più efficaci. In questo modo non viene introdotto un meccanismo di rinegoziazione permanente delle obbligazioni ma più semplicemente un elemento di flessibilità utile, e talvolta necessario, nelle gestioni che hanno una lunga durata.

46. Per gli aspetti di dettaglio dell'offerta tecnica deve essere privilegiata la libertà di elaborazione dei singoli concorrenti. La stazione appaltante verifica che sia raggiunto l'obiettivo prefissato ma per quanto riguarda le specifiche del servizio deve valorizzare i singoli elementi contenuti nella descrizione dell'offerta, desumendo e ricostruendo a partire da questi il quadro delle prestazioni. L'esclusione può essere disposta solo in casi gravissimi, che qui non sono ravvisabili, ossia quando vi sia incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 163/2006.

Sulle espressioni asseritamente sconvenienti e offensive

47. La difesa di Cogeme Gestioni srl sostiene che alcune espressioni utilizzate dalla difesa delle ricorrenti, in particolare nella memoria depositata il 5 novembre 2012, sarebbero sconvenienti e offensive e ne chiede la cancellazione ex art. 89 cpc. Si

tratta dei passaggi in cui viene messa in dubbio l'affidabilità della relazione istruttoria depositata il 28 settembre 2012 e si ribadisce la tesi secondo cui Cogeme Gestioni srl beneficerebbe indebitamente di vantaggi derivanti dal rapporto con Cogeme spa.

48. In particolare le ricorrenti utilizzano le seguenti locuzioni: (a) a proposito della costituzione di Cogeme Servizi Territoriali Locali srl come nuovo soggetto titolare delle attività propriamente strumentali in precedenza di Cogeme spa: “[*rappresenta*] l’ennesimo tentativo della controparte di sottrarsi solo formalmente ai divieti partecipativi alle gare di cui trattasi, senza cioè voler affatto rinunciare ai vantaggi anti-competitivi che detiene nel proprio mercato protetto”; (b) ancora a proposito del passaggio di compiti strumentali da Cogeme spa a Cogeme Servizi Territoriali Locali srl: “*viene avvalorata al massimo la qualità di società strumentale di Cogeme spa, siccome incaricata di funzioni che sino ad oggi sono sempre state nascoste da controparte*”; (c) relativamente alla natura di società strumentale di Cogeme spa, prendendo spunto dai molti servizi assegnati a quest’ultima dalle amministrazioni di riferimento e poi trasferiti a Cogeme Servizi Territoriali Locali srl: “*insomma, se nell’oggetto sociale vi fosse anche l’onere di preparare loro la colazione, il pranzo e la cena, lo scrivente non si stupirebbe di certo*”; (d) a proposito dei rapporti tra Cogeme spa assieme alle altre società patrimoniali da un lato e LGH con le società controllate dall’altro: “*insomma, come si fa a sostenere che le patrimoniali «non entrano» nel gruppo LGH, se poi quest’ultima eroga loro servizi di staff, fungendo quindi da trait d’union con le società operative territoriali (società che operano nel settore dei servizi pubblici) che, come detto, sono amministrate da soggetti nominati dalle patrimoniali stesse? È francamente un mistero*”; (e) a proposito della relazione istruttoria predisposta dai presidenti dei collegi sindacali di Cogeme Gestioni srl, LGH e Cogeme spa, con riferimento alla mancata menzione dell’importo di € 23.300.000 annotato nel bilancio consolidato 2011 di LGH come finanziamento da parte di Cogeme spa: “*non senza prima premettere che nella relazione in esame vi è una dichiarazione mendace*”.

49. La richiesta di cancellazione non può essere accolta. Le espressioni contestate non contengono in realtà offese gratuite ma sono inserite nel corpo della motivazione come elementi *ad colorandum* per far comprendere con vivida immediatezza il punto di vista delle ricorrenti sugli interessi materiali alla base delle questioni giuridiche. Le tesi sostenute sono poi sviluppate secondo gli ordinari canoni argomentativi e come tali sono state esaminate nella presente sentenza. Si tratta in definitiva di una manifestazione del diritto di difesa, che per svolgere appieno la sua funzione deve potersi collocare sulla frontiera della libertà di parola.

Conclusioni

50. Il ricorso principale deve quindi essere respinto, e così pure il ricorso incidentale e la domanda ex art. 89 cpc.

51. La complessità di alcune questioni e la soccombenza della controinteressata nel ricorso incidentale e a proposito della domanda ex art. 89 cpc consentono di compensare integralmente le spese di giudizio tra le parti. Il contributo unificato rimane a carico delle parti che lo hanno versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

- (a) respinge il ricorso incidentale;
- (b) respinge il ricorso principale;
- (c) respinge la domanda di cancellazione delle espressioni asseritamente sconvenienti e offensive formulata da Cogeme Gestioni srl ex art. 89 cpc;
- (d) compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti sia nel ricorso principale sia in quello incidentale.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2013

IL SEGRETARIO

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