

**TAR Valle d'Aosta, 13/12/2007 n. 163**

**N. 00163/2007 REG.SEN.**

**N. 00023/2007 REG.RIC.**



**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 della Valle D'Aosta**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 23 del 2007, proposto da: Italgas S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Todarello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Calla' in Aosta, piazza Narbonne, 16;

***contro***

Comune di Fenis, in persona del Sindaco in carica, non costituitosi in giudizio;

***nei confronti di***

Consorzio Enti Locali Valle d'Aosta, in persona del legale rappresentante, non costituitosi in giudizio;

Comune di Aosta, in persona del Sindaco in carica, non costituitosi in giudizio;

***per l'annullamento***

1) della nota in data 22 dicembre 2006 avente ad oggetto "Concessione gestione servizio di distribuzione gas metano. Decreto legislativo 23.5.2000 n. 164" - con cui il Sindaco del Comune di Fenis dà atto dell'avvio del procedimento di indizione

della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione gas nel Comune di Fenis a partire dal 1° gennaio 2008;

2) di ogni atto comunque connesso;

- nonché per l'accertamento e la declaratoria del diritto al beneficio di cui all'art. 15, comma 9, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, con conseguente accertamento del diritto di Italgas spa alla permanenza nel rapporto concessorio sino al 31 dicembre 2012;

- nonché, in via subordinata, per l'accertamento e la declaratoria dell'errata e mancata applicazione dell'art. 15, comma 7, del medesimo decreto legislativo n. 164, in combinato disposto con l'art. 1, comma 69, della legge 23 agosto 2004, n. 239 e con l'art. 23, comma 1, del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, con conseguente accertamento del diritto di Italgas spa alla permanenza nel rapporto concessorio sino al 31 dicembre 2009;

- nonché per la condanna del Comune di Fenis al risarcimento dei danni patiti e patienti dalla società ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2007 il cons. Maddalena Filippi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## FATTO

1. – La ricorrente ITALGAS-Società italiana per il gas per azioni (di seguito Italgas spa) - concessionaria in esclusiva del servizio di distribuzione del gas nel territorio del Comune di Fenis – espone in fatto quanto segue:

- l'affidamento del servizio in questione è pervenuto in capo alla società ricorrente per effetto dell'incorporazione della Digrava spa, titolare dell'originario rapporto di

concessione, costituita in attuazione della legge regionale per la Valle d'Aosta 14 gennaio 1988, n. 6, avente ad oggetto la "Costituzione di una società per la costruzione e l'esercizio in concessione dei gasdotti comunali e/o consortili nel territorio della Regione Valle d'Aosta";

- la legge regionale istitutiva – poi abrogata dall'articolo 4, comma 1, lett. b), n. 72, della legge regionale 14 ottobre 2002, n. 19 – prevedeva che il capitale sociale della Digrava spa fosse distribuito con una riserva massima fra la Regione Valle d'Aosta (nella misura del 45%), il Comune di Aosta (nella misura del 2%) ed altri Comuni e/o consorzi (sempre nella misura del 2%), mentre il restante 51% fosse riservato ad una "impresa specializzata nella progettazione, costruzione e gestione del pubblico servizio di distribuzione del gas, di comprovata solidità, esperienza e capacità nel settore, in quanto ad entità di capitale sociale, numero e rilevanza di esercizi di gestione e numero di utenti serviti" (art. 2);

- il socio privato di maggioranza della Digrava spa è stato scelto con gara bandita dalla Regione mediante pubblico avviso con il quale le società interessate sono state invitate a partecipare alla relativa selezione;

- in esito a tale procedura, con deliberazione n. 9565 del 20 ottobre 1988, la Giunta regionale ha aggiudicato ad Italgas spa la gara per la scelta del socio di maggioranza della Digrava spa;

- con atto di concessione stipulato il 4 dicembre 1990 (rep. n. 179) il servizio di distribuzione del gas nel territorio del Comune di Fenis è stato affidato alla Digrava spa per la durata di 30 anni, con decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello di messa in gas della rete di primo impianto (sino al 31 dicembre 2022);

- in data 22 dicembre 2006 - a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, che, in attuazione della direttiva comunitaria n. 98/30/CE, ha disciplinato il settore del gas naturale prevedendo la scadenza anticipata delle concessioni in essere – il Sindaco di Fenis, preso atto della naturale scadenza del periodo transitorio prevista dal legislatore, ha comunicato alla società ricorrente l'avvio del procedimento di gara per l'affidamento del servizio in questione.

2. – Con il ricorso all'esame Italgas spa chiede – oltre all'annullamento della nota del Sindaco - l'accertamento:

a) in via principale, del diritto alla permanenza nel rapporto concessorio fino al 31 dicembre 2012 in applicazione del beneficio previsto dall'articolo 15, comma 9, del richiamato decreto legislativo n. 164 del 2000, ai sensi del quale "gli affidamenti e

le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto sono mantenuti per la durata in essi stabilita ove questi siano stati attribuiti mediante gara e comunque per un periodo non superiore a dodici anni a partire dal 31 dicembre 2000”;

b) in via subordinata, del diritto alla permanenza nel rapporto concessorio fino al 31 dicembre 2009 in applicazione del beneficio previsto dall'art. 15, comma 7, del medesimo decreto legislativo, in combinato disposto con l'art. 23, comma 1, del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, ai sensi del quale “il termine del periodo transitorio previsto dall'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, 164, è prorogato al 31.12.2007 ed e' automaticamente prolungato fino al 31 dicembre 2009 qualora si verifichi almeno una delle condizioni indicate al comma 7 del medesimo art. 15”.

In via ulteriormente subordinata, la società ricorrente chiede a questo Tribunale di sollevare questioni di legittimità costituzionale con riguardo all'articolo 15 del decreto legislativo n. 164 del 2000, nella parte in cui riduce la durata dei rapporti convenzionali in corso, nonché con riguardo all'articolo 1, comma 69, della legge 23 agosto 2004, n. 239, nella parte in cui abroga il comma 8 del medesimo articolo 15, che consentiva il cumulo degli incrementi previsti dal comma 7, ove ricorresse più di una delle condizioni indicate dallo stesso comma, alle lettere a), b) e c).

3. – A sostegno del ricorso, Italgas spa deduce i seguenti motivi:

3.1) Violazione degli artt. 7 e seguenti della legge n. 241 del 7 agosto 1990 e dei principi generali in tema di garanzie partecipative in favore di cittadini, perché l'avvio del procedimento concernente la valutazione della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento del diritto ad una proroga del rapporto concessorio avrebbe dovuto essere previamente comunicato all'interessata;

3.2) Violazione dell'art. 15, comma 9 del decreto legislativo n. 164 del 2000, eccesso di potere per inesistenza del presupposto e della motivazione, travisamento ed illogicità manifesta: poiché la scelta del socio privato di maggioranza della società affidataria del servizio è avvenuto con gara, deve ritenersi perfezionato il requisito previsto da tale disposizione ai fini del riconoscimento del diritto alla proroga dell'affidamento fino al 31 dicembre 2012;

3.3) Violazione e mancata applicazione dell'art. 15, commi 5 e 7, del decreto legislativo n. 164 del 2000, violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 69, della legge n. 239 del 2004, violazione e falsa applicazione dell'art. 23, comma 1, del decreto legge n. 273 del 2005, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto ed illogicità manifesta: a seguito dell'entrata in vigore di tale ultima disposizione, il periodo transitorio deve ritenersi

automaticamente prolungato fino al 31 dicembre 2009, qualora si verifichi – come accade nella specie - almeno una delle condizioni indicate al comma 7, lettere a), b) e c) dell'articolo 15;

3.4) Eccesso di potere per irragionevolezza ed indeterminazione, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità manifesta e sviamento di potere: l'Amministrazione comunale non ha effettuato alcuna valutazione comparativa tra l'interesse pubblico all'accelerazione del processo di liberalizzazione del servizio di distribuzione del gas e l'interesse della società ricorrente alla protezione dei cospicui investimenti effettuati;

3.5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del Testo unico degli enti locali approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, perché la nota di comunicazione di avvio del procedimento per la scelta del nuovo affidatario del servizio - pur rientrando nell'ambito degli atti di gestione - è stata sottoscritta dal Sindaco, anziché dal competente dirigente;

3.6) Eccesso di potere per irragionevolezza ed indeterminazione, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità manifesta e sviamento di potere, nonché violazione degli articoli 81 e 97 della Costituzione: nonostante gli obblighi assunti con la convenzione, il Comune avrebbe ommesso di considerare la natura onerosa della devoluzione degli impianti a fine rapporto e quindi di prevedere la relativa copertura finanziaria;

3.7) Violazione del principio di ragionevolezza perché la scelta compiuta dall'amministrazione comunale - con riguardo all'anticipata cessazione del rapporto e alla mancata applicazione del beneficio previsto dall'art. 15 comma 7 del decreto legislativo n. 164 del 2000 – non è sorretta da alcuna motivazione;

4. – Con riguardo alle censure di incostituzionalità dedotte nei confronti dell'art. 15 del decreto legislativo n. 164 del 2000 - nella parte in cui riduce la durata dei rapporti convenzionali in corso - la società ricorrente lamenta la violazione:

a) dell'articolo 76 della Costituzione perché in nessuna parte della norma di delega - articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144 – e neppure della direttiva n. 98/30/CE, si rinvenivano disposizioni che, anche indirettamente, giustificano quanto è stato previsto dal legislatore delegato con riguardo ai termini di scadenza delle concessioni in essere e alla decurtazione di queste ultime;

b) degli articoli 3, 41 e 43 della Costituzione perché la previsione di una scadenza anticipata delle concessioni in essere incide retroattivamente sui diritti quesiti dei privati e sui rapporti contrattuali in corso, prefigurando un meccanismo ablativo

riconducibile a quello previsto dall'art. 43 della Costituzione, in assenza però di alcuna forma di indennizzo;

5. - Con riguardo poi alle censure di incostituzionalità dedotte nei confronti dell'art. 1, comma 69, della legge n. 239 del 2004 - nella parte in cui vieta il cumulo degli incrementi consentito dal comma 8 dell'articolo 15 del decreto legislativo n. 164 del 2000 - la società ricorrente lamenta la violazione degli articoli 3 e 41 della Costituzione: la contestata disposizione si pone in contrasto con il principio di tutela dell'affidamento ed il canone della ragionevolezza perché finisce per frustrare le legittime aspettative delle imprese che hanno compiuto investimenti ed operazioni societarie finalizzate ad ottenere il beneficio del cumulo degli incrementi garantito dal richiamato comma 8.

6. - Il Comune di Fenis, il Consorzio Enti Locali Valle d'Aosta ed il Comune di Aosta non si sono costituiti in giudizio.

All'udienza dell'11 ottobre 2007 la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. - La questione all'esame del Collegio riguarda l'individuazione del termine in cui scade l'affidamento del servizio per la distribuzione del gas nel Comune di Fenis, pervenuto in capo alla società ricorrente per effetto dell'incorporazione della Digrava spa, titolare dell'originario rapporto di concessione.

La questione riguarda in particolare gli effetti - sulla scadenza contrattuale prevista dalle parti (31 dicembre 2022) - dell'entrata in vigore del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (c.d. "decreto Letta") che, in attuazione della direttiva 98/30/CE e sulla base della delega contenuta nell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144, ha introdotto "norme comuni per il mercato comunitario del gas".

La nuova disciplina ha stabilito il principio secondo cui le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita del gas sono libere.

Con riguardo al segmento della distribuzione questo principio si è tradotto nella previsione che l'attività di distribuzione del gas - qualificata servizio pubblico - può essere affidata esclusivamente a concessionari scelti mediante gara, per periodi non superiori a dodici anni (art. 14). Sono state così poste le condizioni per l'avvio

di un assetto concorrenziale, quantomeno sotto il profilo della concorrenza “per” il mercato.

Per accelerare il passaggio a tale sistema – garantendone al tempo stesso la gradualità – il legislatore ha stabilito un termine di scadenza delle concessioni in atto, prevedendo una articolata disciplina della fase transitoria (art. 15).

In particolare, il legislatore ha distinto l'ipotesi in cui l'affidamento del servizio sia avvenuto senza alcuna procedura ad evidenza pubblica dall'ipotesi in cui l'affidamento sia stato preceduto da una selezione concorsuale.

1.a - Per la prima, il regime transitorio prevede che le concessioni proseguano per la durata fissata dai commi 5 e 7 dell'art. 15, che così stabiliscono:

“5. Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso. (...)

7. Il periodo transitorio di cui al comma 5 è fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000. Tale periodo può essere incrementato, alle condizioni sotto indicate, in misura non superiore a:

a) un anno nel caso in cui, almeno un anno prima dello scadere dei cinque anni, si realizzi una fusione societaria che consenta di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore delle società oggetto di fusione;

b) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), l'utenza servita risulti superiore a centomila clienti finali, o il gas naturale distribuito superi i cento milioni di metri cubi all'anno, ovvero l'impresa operi in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale;

c) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), il capitale privato costituisca almeno il 40% del capitale sociale.”

Il termine finale del periodo transitorio – sempre con riguardo alle concessioni in essere non precedute da gara - è stato successivamente prorogato al 31 dicembre 2007, con l'automatico prolungamento al 31 dicembre 2009 nel caso si verifichi almeno una delle condizioni indicate al richiamato comma 7 dell'articolo 15.

Va poi ricordato che tale ultima modifica – risultante dal combinato dell’art. 1, comma 69, della legge 23 agosto 2004 n. 239, e dell’art. 23 del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51 – è stata sottoposta alla Corte di giustizia, ai fini dell'esame della conformità al diritto comunitario, con riguardo agli articoli 43, 49, 86 par. 1, del Trattato Ce, nonché ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (TAR Lombardia, sez. Brescia, ord. 4 agosto 2006, n. 963).

1.b - Invece, con riguardo agli affidamenti in corso che siano stati preceduti da selezioni concorsuali, la disciplina transitoria introdotta dal “decreto Letta” stabilisce che “Gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto sono mantenuti per la durata in essi stabilita ove questi siano stati attribuiti mediante gara, e comunque per un periodo non superiore a dodici anni a partire dal 31 dicembre 2000” (articolo 15, comma 9).

Tale disposizione è tuttora vigente: l’art. 23 del decreto legge n. 273 del 2005 ha espressamente stabilito che “sono fatte salve le disposizioni di cui al comma 9 dell'articolo 15 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164”.

1.c - Va ricordato ancora che la previsione, oltre che di una gradualità nell’attuazione del nuovo sistema, anche di modalità di adattamento temporanei e transitori, è stata ritenuta ragionevole. La Corte Costituzionale ha infatti osservato come “la stessa direttiva comunitaria presupponeva l’esistenza di differenze tra le varie economie, con l’eventualità di deroghe a carattere temporaneo e limitato, nonché l’esigenza di gradualità nell’instaurazione del mercato interno del gas”; ha quindi affermato che il regime transitorio dettato dall’articolo 15 ben “può essere, di per sé stesso come regime temporaneo di transizione, divergente dalla situazione definitiva”, tenuto conto dell’esigenza di “impedire una serie di ostacoli operativi e concorsuali con rischi – connessi all’immobilizzo di ogni acquisizione di mercato – per il successivo reinserimento e quindi per la sopravvivenza di categorie di imprese esistenti e legittimamente operanti ed aventi nel mercato italiano una consistenza tutt’altro che trascurabile, ancorché a dimensioni ridotte rispetto alle grandi aziende di altri Paesi” (sent. 31 luglio 2002, n. 413).

2. – Così ricostruito il quadro normativo applicabile alla specie – e proprio alla luce di esso - va rilevata la natura meramente ricognitiva dell’atto impugnato.

2.a - Con la nota 22 dicembre 2006, il Sindaco di Fenis – richiamata la disciplina transitoria prevista dalla legge di riforma – si limita a comunicare “che è intenzione della scrivente [Amministrazione comunale] procedere al più presto all’indizione della gara per l’affidamento del servizio di distribuzione gas a partire dal 1° gennaio 2008”.

La lettura della nota rende evidente che il Sindaco – comunicando l'avvio della selezione concorsuale (in una fase ancora lontana dall'emanazione del bando di gara, atto del procedimento che potrebbe invece risultare lesivo) - non intende esercitare alcun potere autoritativo perché non dispone la cessazione del rapporto con la società ricorrente: ritiene infatti che – proprio tenuto conto delle disposizioni introdotte dalla nuova disciplina – tale rapporto sia “de jure” estinto a partire dal 1° gennaio 2008. E' dunque esplicita la intenzione accertativa.

2.b – L'impugnazione di tale nota – in quanto atto privo di natura provvedimentoale – è dunque inammissibile.

3. – Va ora affrontata la domanda con cui la società ricorrente chiede l'accertamento - in via principale – del diritto alla permanenza nel rapporto concessorio fino al 31 dicembre 2012 (ai sensi del comma 9 dell'articolo 15) e - in via subordinata - del diritto alla permanenza nel rapporto concessorio fino al 31 dicembre 2009 (ai sensi del comma 7 dell'articolo 15).

3.a – E' subito da rilevare che – trattandosi di servizio pubblico (così qualificato dal legislatore) – il giudice amministrativo è investito della giurisdizione esclusiva ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

3.b – La domanda posta in via principale – il riconoscimento dell'applicabilità alla specie del beneficio previsto per l'ipotesi in cui gli affidamenti “siano stati attribuiti mediante gara” (comma 9 della disposizione transitoria) – si fonda su una duplice considerazione:

1) si rileva - in punto di fatto - che la scelta del socio privato della società mista (Digrava S.p.A.) costituita per la gestione del servizio di distribuzione del gas nella Regione Valle d'Aosta è avvenuta a seguito di una procedura concorsuale, qualificabile come gara a tutti gli effetti;

2) si osserva - in punto di diritto – che il richiamato comma 9 deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui la gara sia stata svolta, non per la scelta del soggetto affidatario, ma per la selezione del “socio industriale” della società destinata ad operare nel settore e destinataria degli affidamenti.

4. – Il beneficio previsto dal comma 9 della disposizione transitoria – sostiene la società ricorrente - deve dunque ritenersi spettante anche quando la gara si sia svolta “a monte”, secondo il modello delineato dall'articolo 113, comma 5 del Testo unico per gli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 (nel testo sostituito dall'articolo 14 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269).

Questa disposizione - che disciplina le modalità di erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - indica tre diverse figure organizzatorie per l'affidamento del servizio: oltre alla società di capitali individuata attraverso l'espletamento di gara con procedura ad evidenza pubblica (comma 5, lett. a) e alla società a capitale interamente pubblico (a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano) (c.d. "in house providing", comma 5, lett. c), la disposizione prevede anche, come modello di affidamento, le "società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica" (comma 5, lett. b).

5. - Già prima dell'entrata in vigore della disciplina dettata dal Testo unico degli enti locali, la giurisprudenza aveva avuto occasione di rilevare che "la costituzione della società a capitale pubblico maggioritario per l'affidamento ad essa di un pubblico servizio non si sostanzia . . . nella scelta di un socio qualsiasi, ma nella scelta di un socio imprenditore"; con la conseguenza che tale costituzione "dovrà avvenire avvalendosi di quegli strumenti concorsuali che l'ordinamento ha via via affinato ai fini dell'individuazione del soggetto privato chiamato a svolgere attività o servizi in favore dell'Amministrazione" (Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192). In tale sede si era osservato che "È vero che il socio privato non diventa concessionario diretto del servizio, ma i compiti che è chiamato ad espletare coincidono, nella sostanza, il più delle volte proprio con quelli tipici del concessionario privato; non si vede perché, allora, mentre questo deve essere individuato per il tramite della pubblica gara ai sensi dell'art. 267 T.U.F.L. 14 settembre 1931, n. 1175, viceversa un'analogo procedura selettiva non debba essere adottata per individuare quel partner privato della società pubblica che è chiamato a svolgere compiti appunto corrispondenti a quelli del concessionario privato." (Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192; v. anche 6 aprile 1998, n. 435).

Tale principio è affermato ora in via generale dall'articolo 1, comma 2, del codice dei contratti pubblici (approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), ai sensi del quale "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

6. – Sullo specifico problema interpretativo posto con il ricorso - la legittimità dell'affidamento diretto di contratti o servizi pubblici a società miste il cui socio privato sia stato selezionato con gara - sono emerse diverse linee interpretative.

6.a - Secondo un primo orientamento – manifestatosi soprattutto in dottrina, ma non solo – la costituzione di una società mista a capitale pubblico maggioritario

non avrebbe alcuna utilità per l'Ente locale, se poi lo stesso Ente non potesse affidarle direttamente i servizi pubblici di propria competenza.

Tenuto conto che la società a capitale misto è costituita attraverso una procedura ad evidenza pubblica, con lo specifico scopo di attribuire ad essa la gestione dei servizi pubblici dell'Ente locale che l'ha costituita, il relativo affidamento – si sostiene – non può che avvenire in modo diretto. Diversamente, la costituzione di tali società non sarebbe di alcuna pratica utilità, mentre la gara per l'affidamento dei singoli servizi costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento concorsuale già esperito (Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272).

In questo senso si è sottolineato che la salvaguardia dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e della libertà di mercato, propri del diritto interno e di quello comunitario, è ugualmente garantita dalle modalità e dalle cautele che accompagnano la scelta del socio privato di minoranza (Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297).

Alla stregua di questa linea interpretativa, dunque, la concessione di pubblici servizi a una società mista – il cui partner privato sia stato selezionato con gara - non richiede il previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica e viene quindi legittimamente affidata in via diretta.

6.b – Il contrapposto indirizzo ritiene invece che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

Secondo questo orientamento, l'affidamento diretto ad una società il cui socio privato sia stato scelto con gara costituisce una modalità di affidamento dell'erogazione dei servizi pubblici locali che “non sembra trovare riscontri nel diritto comunitario, al quale è estraneo un trattamento diversificato in favore delle società miste rispetto alle regole della piena concorrenza e quindi della partecipazione ad una gara specifica per ottenere l'affidamento di un servizio pubblico” (Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, decisione 27 ottobre 2006 n. 589).

A tale conclusione si è giunti, da una parte, sulla base del rilievo che “il sistema di affidamento diretto alla società mista (sia pure dopo scelta tramite procedura ad evidenza del socio privato) concreterebbe nella sostanza un affidamento in house al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario”, in quanto all'amministrazione non sarebbe garantito, nei confronti della società, l'esercizio del controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi (controllo richiesto del resto anche dal diritto interno); dall'altra, sulla base della considerazione del diverso contenuto delle procedure concorsuali volte alla selezione del socio rispetto a quelle finalizzate alla scelta dell'affidatario del

servizio, tenuto conto che nelle prime – e non nelle seconde - i requisiti finanziari di regola prevalgono su quelli tecnici ed organizzativi.

Questo orientamento finisce quindi per dubitare della piena compatibilità con il sistema comunitario del modello della “società a capitale misto pubblico privato”, come delineato dall’articolo 113, comma 5, lettera b), del Testo unico enti locali, disposizione della quale si propone “una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa” (interpretazione condivisa da TAR Piemonte, Sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539).

6.c - Una terza linea interpretativa è quella che emerge dall’ampia e approfondita ricostruzione contenuta nel parere espresso in sede consultiva dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato (n. 456 del 18 aprile 2007), che sottopone a comparazione – distinguendone i diversi presupposti storici e logico-sistematici – le due figure organizzative rappresentate, da una parte, dal modello di affidamento diretto “in house”, dall’altra, dal modello della società mista pubblico-privato: il primo, strumento di autoproduzione all’interno della struttura organizzativa dell’amministrazione, il secondo, strumento di cooperazione tra il pubblico ed il privato.

Questo orientamento – pur condividendo le premesse argomentative poste a sostegno della tesi sulla necessità della seconda gara – ritiene però che non si debba concludere nel senso dell’esclusione, in ogni caso, dell’affidamento diretto e dell’obbligo, in ogni caso, di una seconda selezione concorsuale.

In particolare, la circostanza che la società mista non sia sottoposta ad un controllo analogo a quello che l’amministrazione aggiudicatrice può esercitare sui propri servizi – circostanza pacifica per il fatto stesso che l’impresa privata detiene delle quote nella società aggiudicataria – se certamente impedisce la riconducibilità di tale modello organizzativo in quello dell’ ‘in house providing’, non significa invece automatica esclusione della “compatibilità comunitaria” del modello medesimo.

Si concorda sul fatto che la partecipazione del socio privato fa venir meno l’omogeneità di interessi propria di una società a capitale interamente pubblico: sicché è sufficiente una presenza privata nel capitale perché sussista il rischio di contaminazione dell’interesse pubblico.

Si osserva però che la tesi sulla necessità della seconda gara finirebbe per limitare le opzioni di intervento a due soluzioni soltanto, una “tutta pubblica” con affidamento diretto del servizio, e una “tutta privata” con ricorso pieno al mercato, mettendo di fatto fuori gioco il modello della società mista, con un risultato paradossalmente contrario alla logica comunitaria della tutela della concorrenza.

Tra l'altro, si aggiunge, non può non suscitare perplessità la considerazione che - a seguire tale soluzione - l'ente pubblico, in sede di espletamento della seconda gara, si troverebbe a ricoprire la duplice veste: da un lato, di stazione appaltante del servizio, dall'altro, di azionista della società che partecipa alla competizione.

Le conclusioni cui perviene questa linea interpretativa sono nel senso di ritenere che l'affidamento diretto di un servizio ad una società mista è possibile nel caso in cui essa costituisca - non la beneficiaria di un affidamento diretto ma - "la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al 'socio operativo' della società": in tale ipotesi infatti si realizzerebbe un controllo interno ed organico del partner societario sull'operato del socio privato selezionato per la gestione del servizio.

In questa ottica, il ricorso alla figura organizzativa della società mista viene ritenuto ammissibile se delimitato da quelle garanzie - di "definitezza dell'oggetto" e di "durata dell'affidamento" - che consentono, da una parte, di escludere la riconducibilità di tale figura nel modello dell'affidamento "in house", dall'altra, di fugare ogni perplessità in ordine al rischio di restrizione della concorrenza.

Queste garanzie - cui deve accompagnarsi la specifica previsione legislativa che consenta la costituzione della società mista (ai sensi dell'art. 1, comma 2, del codice dei contratti) - vengono ritenute sussistenti alle seguenti condizioni:

1) che al socio privato - scelto necessariamente con procedura concorsuale - sia affidato non già il ruolo di mero finanziatore, bensì quello di socio industriale ed operativo che concorre anche materialmente allo svolgimento del servizio per il quale la società è stata costituita;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, così evitando che il socio diventi stabile, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso.

6.d - Ad avviso del Collegio questa linea interpretativa intermedia - il cui "indubbio equilibrio" è stato apprezzato da una recentissima decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587) - va senz'altro condivisa.

La circostanza che la normativa comunitaria sugli appalti non prenda in considerazione modelli ulteriori rispetto a quelli espressamente disciplinati - così come il fatto che la Corte di giustizia non si sia pronunciata espressamente sulle condizioni di applicabilità di tali ulteriori modelli - non basta ad escluderne la configurabilità.

Va infatti osservato – sotto il primo profilo - che “il contratto sociale, proprio perché intrinsecamente diverso dall'appalto, resta estraneo alla disciplina delle direttive comunitarie” (Cons. St., n. 5587/2007 cit.).

Va rilevato poi – sotto il secondo profilo – che la giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha ancora preso in specifico esame casi di affidamento a società miste il cui socio privato sia stato selezionato con gara: la Corte si è infatti limitata a censurare l'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato, senza pronunciarsi espressamente sulla peculiarità della disposizione del nostro ordinamento che consente l'affidamento diretto di servizi pubblici locali in presenza di un procedimento di garanzia nella scelta del socio privato (così, TAR Sardegna, 7 agosto 2006, n. 1600).

Al contrario, come è stato messo in rilievo (Cons. St., Sez. V, 1° luglio 2005, n. 3672; parere 456/2007 cit.), le altre istituzioni comunitarie – Commissione e Parlamento - sembrano guardare con favore ed incoraggiare le forme di partenariato pubblico-privato (in particolare, “Libro Verde relativo ai partenariati pubblici-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” pubblicato il 30 aprile 2004; “Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” del 26 ottobre 2006).

Anzi, proprio in tali atti - comunque privi di carattere precettivo - si trova conferma della congruità e della coerenza dei parametri individuati nel richiamato parere del Consiglio di Stato a garanzia dell'ammissibilità del ricorso al modello della società mista.

Si legge in particolare nel “Libro Verde” della Commissione europea che la figura della società mista può ritenersi compatibile con il diritto comunitario quando, tra l'altro, gli incarichi affidati a tale società – e gestiti dal socio industriale – siano chiaramente definiti dalla procedura di gara, anche in termini di durata (punto 61).

7. Condivisa la tesi sull'ammissibilità – con i limiti e alle condizioni richiamate – del ricorso alla figura organizzatoria della società mista, va ora verificato se nel caso in esame tali limiti e condizioni siano rispettati.

7.a – Va prima di tutto accertato se nella specie sussista una specifica previsione legislativa che “fondi la possibilità” del ricorso alla società mista (secondo quanto precisato nel parere n. 456).

Come si è anticipato in fatto, la legge regionale per la Valle d'Aosta 14 gennaio 1988, n. 6 – istitutiva della società per la costruzione e l'esercizio in concessione dei gasdotti comunali e/o consortili nel territorio della Regione Valle d'Aosta – ha stabilito che il relativo capitale sociale fosse distribuito fra Regione, Comune di

Aosta ed altri Comuni e/o consorzi, prevedendo che una quota pari al 51% fosse riservata ad una “impresa specializzata nella progettazione, costruzione e gestione del pubblico servizio di distribuzione del gas, di comprovata solidità, esperienza e capacità nel settore, in quanto ad entità di capitale sociale, a numero e rilevanza di esercizi di gestione e numero di utenti serviti” (art. 2).

7.b - Quanto al primo requisito – la sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio – risulta dagli atti che la procedura concorsuale attivata dalla Regione mirava effettivamente alla scelta di un partner operativo e non di un mero finanziatore.

7.b.1 - Il bando di gara (doc. n. 8 del ricorso) – emanato in attuazione della legge regionale istitutiva della società mista - stabiliva infatti che i concorrenti avrebbero dovuto “risultare in possesso dei seguenti requisiti e fornire in dettaglio tutti i dati e le specifiche di cui ai successivi punti:

- 1) documentata esperienza nel settore della progettazione, costruzione e gestione del servizio gas con descrizione del periodo di attività, elenco delle reti in esercizio ed in costruzione, degli investimenti eseguiti nell’ultimo triennio, degli utenti e delle vendite effettuate;
- 2) comprovata solidità economica, entità del Capitale Sociale comunque non inferiore a L. 5.000.000.000 (cinquemiliardi), dimostrata capacità finanziaria tale da assicurare anche tramite opportune garanzie, le risorse necessarie all’attuazione di investimenti nel settore gas di misura non inferiore a 20 mld/anno;
- 3) disponibilità di normative aziendali di livello elevato, sia tecniche che operative, per la progettazione, costruzione e conduzione degli impianti gas;
- 4) disponibilità ad attività di promozione delle vendite e di sviluppo del mercato sia civile che industriale;
- 5) utilizzazione dell’imprenditoria locale sia per le fasi di progettazione esecutiva delegabili che per la costruzione delle reti di distribuzione cittadina e di tutti gli impianti di allacciamento;
- 6) utilizzazione di personale locale per tutte le attività di gestione del servizio;
- 7) utilizzazione di forze di vendita locale”.

Il bando specificava inoltre che avrebbero costituito “titolo preferenziale:

- a) l’aver effettuato attività di ricerca e sperimentazione per l’utilizzo di nuove tecnologie e materiali, nonché partecipato a comitati tecnici internazionali;

- b) il documentare le specifiche azioni promozionali cui intenderebbe dar corso;
- c) l'assunzione a proprio carico degli oneri relativi all'addestramento del personale locale comunque addetto alla gestione del servizio, nonché delle locali forze di vendita;
- d) l'effettuare a proprie spese corsi professionali gratuiti di specializzazione degli installatori locali per la corretta e più economica realizzazione degli impianti interni”.

La lettura dei requisiti di partecipazione rende evidente che obiettivo dell'amministrazione non era certamente quello di individuare un socio il cui apporto si sarebbe esaurito nel conferimento di capitali nella società costituita per la gestione del servizio di erogazione del gas, ma piuttosto quello di scegliere, con gara, un socio che avrebbe assunto, con la propria organizzazione, l'intera gestione di tale servizio.

7.b.2 - Né si può ritenere – come sostiene la difesa del Comune - che la procedura concorsuale svolta nella specie non possa essere qualificata “gara” nel senso richiesto dal comma 9 della disposizione transitoria ai fini del riconoscimento del diritto alla proroga dell'affidamento del servizio fino al 2012.

Come osserva la società ricorrente, il procedimento seguito dalla Regione – che ha dato pubblico avviso del bando (pubblicato sul quotidiano ‘La Stampa’ in data 8 marzo 1988) e ha provveduto alla selezione del socio industriale sulla base dei puntuali criteri appena richiamati – si è tradotto in un confronto concorrenziale tra più operatori del settore e dunque ben può essere qualificato come “gara” agli effetti del comma 9: tale disposizione si limita infatti a fare riferimento al previo esperimento di una “gara”, senza richiedere, ai fini della concessione del beneficio, particolari modalità in punto di procedura, di pubblicità o di requisiti.

Del resto, lo stesso codice dei contratti pubblici – che, come già osservato, contiene una previsione di carattere generale sulle società miste (art. 1, comma 2) – stabilisce che, qualora sia consentita dalla legge la costituzione di società miste per la gestione di un servizio (o per la realizzazione di un'opera pubblica), la scelta del socio privato avviene “con procedure di evidenza pubblica”, dunque con gare non necessariamente disciplinate dallo stesso codice (in questo senso il richiamato parere n. 456 del 2006).

8. – Si può invece prescindere dalla verifica circa il rispetto della seconda condizione – il rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo stabilito con l'atto di concessione – tenuto conto che la fattispecie all'esame riguarda non l'affidamento a regime di un servizio pubblico, ma la sola proroga di

un affidamento in essere, per un periodo definito e contenuto entro margini comunque ragionevoli (cinque anni), alla scadenza del quale l'amministrazione comunale indirà la gara per la scelta del nuovo gestore (come del resto preannunciato con la nota impugnata).

9. – L'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del beneficio previsto dal comma 9 della disposizione transitoria - e quindi del diritto della società ricorrente alla proroga dell'affidamento in essere fino al 2012 - consente di ritenere assorbite le ulteriori domande formulate in via subordinata, compresa la questione di legittimità costituzione della disciplina dettata dall'articolo 15 del 'decreto Letta'.

Non può essere accolta la domanda per il risarcimento del danno, solo genericamente indicato, ma non quantificato; né sono stati precisati gli elementi causativi di un pregiudizio patrimoniale e nemmeno è stata richiesta l'acquisizione di elementi di prova al riguardo.

10. – In conclusione il ricorso va dichiarato inammissibile nella parte in cui chiede l'annullamento della nota sindacale 22 dicembre 2006; va respinto in punto di risarcimento, ed invece accolto nella parte in cui chiede l'accertamento del diritto alla prosecuzione della gestione del servizio di distribuzione del gas fino al 31 dicembre 2012, rimanendo assorbite le domande formulate in via subordinata.

Quanto alle spese e alle competenze di giudizio, la parziale soccombenza giustifica l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta

- dichiara inammissibile la domanda di annullamento della nota sindacale 22 dicembre 2006;
- accoglie la domanda di accertamento, dichiarando che il rapporto concessorio in essere è prorogato per legge fino al 31 dicembre 2012;
- respinge la domanda di risarcimento dei danni;
- compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Aosta nelle camere di consiglio dei giorni 11 ottobre 2007 e 13 novembre 2007 con l'intervento dei signori:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

Rosaria Trizzino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2007

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

IL SEGRETARIO