



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 95 del 2009, proposto da Enel Sole Srl, rappresentato e difeso dagli avvocati Vittorio Cappuccilli, Diego Corapi e Gianmarco Tivolacci, con domicilio eletto presso lo studio dell'ultimo in Cagliari, via Carbonia n. 22;

contro

il Comune di Olbia, in persona del Sindaco in carica pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luisa Armandi, con domicilio eletto presso lo studio della medesima in Cagliari, via Cugia n. 14;

nei confronti di

Gemmo SpA, in proprio e nella qualità di mandataria dell'A.T.I. costituita con il Consorzio Cooperative Produzione Lavoro (CONSCOOP) e con CAIEC soc. coop., in persona del procuratore speciale e legale rappresentante, rappresentato e difeso dal prof. avv. Luca Raffaello Perfetti e dagli avvocati Andrea Cannas e Roberto

Ghio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Cannas in Cagliari, via Dante n. 19;

per l'annullamento

- della determinazione n. 1260 del 29 ottobre 2008 con cui il Dirigente del Settore Tecnico del Comune di Olbia ha reso inefficace, in esecuzione della sentenza TAR Sardegna 19 maggio 2008 n. 971, il contratto rep. 2542 del 27 agosto 2007 tra il Comune di Olbia e l'A.T.I. tra Gemmo s.p.a., mandataria, Cons. Coop. di Produzione e Lavoro e Caiec; ha dichiarato che l'offerta dell'A.T.I. costituenda tra CPL Concordia soc. coop., in qualità di mandataria, ed Enel Sole s.r.l., in qualità di mandante, classificatasi seconda nella graduatoria predisposta dalla Commissione di gara, non risulta conveniente ed idonea in relazione allo specifico oggetto e contenuto del contratto; ha disposto conseguentemente di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto a favore della ditta A.T.I., ai sensi del 3° comma dell'art. 81 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilendo che l'affidamento del servizio si provveda mediante indizione di una nuova gara; ha nominato un gruppo di progettazione per la predisposizione del nuovo progetto da porre a base di gara, stabilendo che nello sviluppo del progetto si tenga conto degli elementi indicati nella parte motiva della determinazione stessa e ha disposto di fare decorrere la inefficacia del contratto tra il Comune di Olbia e l' A.T.I. Gemmo s.p.a., mandataria, Cons. Coop. di Produzione e Lavoro e Casic;
- di ogni altro atto presupposto, inerente e conseguente.
- nonché per la condanna

- del Comune di Olbia al risarcimento del danno in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Olbia e di Gemmo Spa in proprio e quale Impresa Mandataria dell'Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Giorgio Manca e uditi, nella fase delle istanze preliminari, l'avv. Tavolacci per la ricorrente, l'avv. Armandi per il Comune e l'avv. Cannas per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La Enel Sole s.r.l. ha partecipato, in qualità di impresa mandante nell'ambito della costituenda A.T.I. con la CPL Concordia soc. coop. (ATI CPL) - all'asta pubblica bandita dal Comune di Olbia per l'affidamento della *“gestione integrata del servizio di illuminazione pubblica, realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sulla rete e messa in opera di impianti fotovoltaici in quattro scuole del territorio comunale mediante il sistema del finanziamento tramite terzi”*.

A conclusione delle operazioni di gara l'offerta dell'ATI CPL si è classificata al secondo posto dietro alla costituenda A.T.I. tra la Gemmo s.p.a., la Cons. Coop. Consorzio Cooperative di Produzione e Lavoro e la CAIEC società cooperativa (ATI GEMMO), alla quale, con determinazione del Dirigente del Settore Tecnico 20/6/2007 n°

720, è stato aggiudicato l'appalto.

Ritenendo illegittimi il provvedimento di aggiudicazione e gli ulteriori atti del procedimento, con ricorso R.G. n° 790/07 proposto avanti il T.A.R. Sardegna, la CPL Concordia soc. coop. li impugnati lamentando, in particolare, che l'offerta della aggiudicataria ATI GEMMO avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver violato le norme contenute nel disciplinare e nell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. 12/4/2006 n°163 (codice dei contratti pubblici), concernenti l'obbligo degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza di rendere le dichiarazioni di cui alle indicate lettere della citata disposizione del codice dei contratti pubblici.

2. - Con la sentenza di questo Tribunale, sez. I, 19 maggio 2008, n. 971, il ricorso è stato accolto ritenendo *«fondata la censura (motivi 4 e 5 del ricorso introduttivo del giudizio e motivo 1 del ricorso per motivi aggiunti) con cui si deduce che la costituenda ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto alcuni institori della Gemmo s.p.a., ed in particolare i sig.ri Franco Gemmo, Andrea Missaglia e Giuseppe Pietro Tomarchio, non avrebbero reso la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. 12/4/2006 n°163 (codice dei contratti pubblici).»*.

3. - A seguito della pronuncia citata, con determinazione n. 1260 del Dirigente del servizio Tecnico, il Comune di Olbia:

- dichiarava l'inefficacia del contratto stipulato con l'A.T.I. GEMMO;
- dichiarava che l'aggiudicazione non poteva essere disposta a favore dell'offerta dell'A.T.I. CPL, classificatasi seconda nella graduatoria approvata dalla commissione di gara, in quanto non conveniente ed

idonea “per i motivi indicati in premessa”; in specie, per la notevole differenza tra le due offerte quanto agli obiettivi di risparmio energetico e sui costi di fornitura dell’energia, nonché per la circostanza che la ENEL SOLE (mandante nell’A.T.I. CPL), essendo affidataria diretta di servizi pubblici locali, non poteva nè partecipare alla procedura selettiva nè, quindi, essere aggiudicataria del contratto in gara, ai sensi dell’art. 113, comma 6, del d.lgs. n. 267/2000.

- disponeva in ordine alla predisposizione di un nuovo progetto e alla indizione della nuova gara.

4. - Con ricorso, consegnato all’ufficiale giudiziario per la notifica in data 13 gennaio 2009 e depositato il successivo 29 gennaio, la ENEL SOLE s.r.l. chiede l’annullamento della richiamata determina dirigenziale, nonché degli ulteriori atti meglio indicati in epigrafe, articolando cinque autonome censure.

5. - Il Comune di Olbia si è costituito in giudizio, chiedendo che il ricorso sia respinto.

6. - Si è costituita anche la società deducendo l’infondatezza di entrambi i gravami in fatto e diritto.

7. - Con ordinanza di questa sezione n. 99 dell’11 marzo 2009 è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti degli atti impugnati. Con ordinanza sez. V, 10 luglio 2009, n. 3566, il Consiglio di Stato ha rigettato l’appello cautelare sulla predetta ordinanza.

8. - La causa è passata in decisione all’udienza pubblica del 9 marzo 2011.

9. - Con il primo motivo, ENEL SOLE deduce la violazione degli

articoli 1, 7 e 10 della legge n. 241; violazione dei principi del giusto procedimento, nonché eccesso di potere sotto diversi profili, per la incompletezza della comunicazione di avvio del procedimento inteso a dare ottemperanza alla sentenza del TAR Sardegna n. 971 del 19 maggio 2008. Dalla nota prot. 76550 del 25 settembre 2008 non si evincerebbe alcun riferimento all'intendimento dell'amministrazione di non aggiudicare la gara all'A.T.I. ricorrente, nè alle motivazioni poste a fondamento della determinazione impugnata.

10. - Il motivo è infondato, posto che nel caso di specie si tratta della rinnovazione del procedimento di gara resasi necessaria a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, e non di un intervento in autotutela da parte della stazione appaltante (che avrebbe comportato il riesame d'ufficio del procedimento e l'adozione di un nuovo provvedimento finale: si veda, condivisibilmente Consiglio di Stato, V, 24 ottobre 2006, n. 6332). L'annullamento giurisdizionale ha ripristinato il dovere dell'amministrazione procedente di portare a conclusione il procedimento di gara (senza alcun condizionamento, sul piano conformativo, degli esiti finali, come emerge dall'esame della citata sentenza T.A.R. Sardegna n. 971/2008), che – come noto – è procedimento ad iniziativa di parte al quale non si applica l'art. 7 della legge n. 241/1990 (di recente cfr. Cons. St., V, 8 marzo 2011, n. 1446); nè si applica, per espressa disposizione di legge, la comunicazione contenente i motivi ostativi, prevista dall'art. 10 bis della medesima legge.

11. - Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 113, commi 6, del d.lgs. n. 267/2000, in quanto il divieto di partecipazione alle gare riguarda esclusivamente le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali, mentre la ENEL SOLE risulterebbe affidataria diretta del servizio di illuminazione pubblica, qualificabile come appalto pubblico di servizi (e non servizio pubblico locale). Inoltre, il divieto di partecipazione è comunque applicabile ai soli affidamenti in house di servizi pubblici locali, il che esclude dal suo ambito soggettivo le società private quale la ENEL SOLE.

Il divieto di cui al comma 6 dell'art. 113 cit. sarebbe, comunque, inapplicabile al caso di specie per effetto del comma 15 quater della medesima disposizione, secondo cui esso non si applica alle “prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa”, indette dopo il 1 gennaio 2007 (data di decorrenza del divieto in questione).

La articolata censura non può essere accolta.

12. – In linea di fatto, non è contestata l'affermazione contenuta nella impugnata determinazione circa la sussistenza in capo ad ENEL SOLE di affidamenti diretti di servizi pubblici locali.

13. – Sul piano normativo, il Collegio non può che fare riferimento alle considerazioni svolte in altra occasione, rispetto alle quali i rilievi formulati dalla ricorrente non sembrano idonei a modificare le conclusioni a suo tempo raggiunte (cfr. TAR Sardegna, sez. I, 11 giugno 2009, n. 966).

13.1. - In primo luogo, non sembra revocabile in dubbio che l'art.

113, comma 6, cit. (nel testo applicabile *rationetemporis* alla fattispecie in esame) prevedeva il divieto di partecipazione delle società affidatarie dirette dei servizi pubblici locali.

13.2. - Tuttavia, per l'applicabilità della norma al caso di specie, occorre stabilire se il servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica sia qualificabile come servizio pubblico locale ovvero come appalto di servizi. Il Collegio condivide, sul punto, le argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato (sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369; nello stesso senso, recentemente, sez. V, 25 novembre 2010, n. 8231, al punto 3) secondo cui *“deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico. Nel caso di specie il comune (...) ha assunto come servizi pubblici locali quelli di manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione pubblica e del verde pubblico ... Tanto è sufficiente per concludere che si tratta senz'altro di servizi pubblici locali ricadenti nel campo di applicazione del titolo V del T.U.E.L.”* (sez. V, n. 7369/2006, cit.).

13.3. - Va respinta, altresì, l'interpretazione proposta dalla ricorrente in ordine all'ambito di applicazione della deroga al divieto di partecipazione, di cui al comma 15 *quater* dell'art. 113 cit. .

Anche su questo punto si deve rinviare (anche ai sensi degli articoli 74

e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo) al precedente di questa Sezione, sopra richiamato. Indirizzo che ha trovato conferma in recenti decisioni del giudice d'appello, nelle quali si è osservato come *«la dizione letterale della norma si incentra sull'enunciato: "...le prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara", dunque non genericamente "servizi identici" o "analoghi": ciò lascia intendere che i servizi messi a gara devono essere, perché operi la deroga, proprio quelli che le società fornivano all'amministrazione che ha indetto la gara. Inoltre, l'enunciato normativo collega implicitamente in un unico "insieme" i concetti di "prime gare", "servizi forniti" e "società partecipanti alla gara". Costrutto ben diverso da quello successivamente esibito dal comma 9 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 conv. dalla l. n. 133 del 2008, modificato dall'art. 15 comma 1 lett. d) del d.l. n. 135 del 2009 convertito dalla legge n. 166 del 2009: "I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti", in cui il riferimento a "tutto il territorio nazionale" e alla "prima gara successiva alla cessazione del servizio" designa un diverso punto di rilevanza ermeneutica: quello dell'impresa affidataria. Del resto, il carattere derogatorio, dunque eccezionale, della norma, ne impone una interpretazione restrittiva. La sua ragion d'essere è plausibilmente quella di evitare che le società che forniscono servizi ad un'amministrazione ed hanno pertanto acquisito esperienza "sul territorio" siano automaticamente estromesse dalle gare per l'affidamento concorrenziale di quei servizi: non già, invece, quello di elargire agli attuali affidatari diretti una moratoria generalizzata a tutte le prime gare rispetto al*

termine del 1° gennaio 2007. Tutti questi elementi inducono ad affermare che la deroga deve intendersi ristretta alle società che gestivano i servizi oggetto della gara con affidamento diretto da parte dell'amministrazione che la indice» (così Consiglio di stato, sez. V, 22 marzo 2010 , n. 1651; nello stesso senso sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7401).

13.4. - Nè può concordarsi con la ricorrente quando sostiene che il divieto di partecipazione alle gare riguarda solo gli affidamenti *in house*, ossia gli affidamenti diretti a società pubbliche o società miste. In primo luogo, si tratta di limitazione che non si concilia con la formulazione letterale della disposizione, la quale fa riferimento generico e generale alle «*società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi*». In secondo luogo, sul piano della *ratio*, pacificamente individuata nella tutela della concorrenza, non si può non osservare come essa ricorra anche quando gli affidamenti senza gara siano disposti a favore di società private (quale la ricorrente). La tutela della concorrenza, come hanno sostenuto in diverse occasioni la Corte Costituzionale (per tutte sentenza n. 401 del 2007) e il Consiglio di Stato (sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080), si svolge non soltanto garantendo la più ampia partecipazione al mercato degli appalti pubblici agli operatori economici interessati (concorrenza nel mercato) ma anche attraverso regole giuridiche che impediscano il consolidamento di posizioni dominanti od oligopolistiche (concorrenza per il mercato), come potrebbe accadere per le «particolari situazioni di privilegio» di cui

godono le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali quando «l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati» (così nella citata sentenza Cons. St, sez. V, n. 4080/2008).

14. – Poiché la sussistenza di un'ipotesi di divieto di partecipazione della ricorrente, alla gara di cui trattasi, è motivo di per sé sufficiente a sorreggere la decisione dell'amministrazione di non procedere ad una aggiudicazione del servizio a favore dell'A.T.I. CPL, divengono irrilevanti (per il sopravvenuto difetto di interesse a proporle) le ulteriori censure formulate. Preclusa, infatti, la possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione del contratto oggetto della procedura di cui trattasi, viene meno l'interesse qualificato e protetto dall'ordinamento sostanziale a contestare le ulteriori fasi della procedura. L'interesse della ricorrente, a seguito della sua (legittima,

come visto) esclusione, degrada, pertanto, a interesse di mero fatto.

15. - Il ricorso, in definitiva, è in parte infondato e in parte inammissibile.

16. – La disciplina delle spese di lite segue la regola della soccombenza, secondo quanto stabilito in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo rigetta.

Condanna la ricorrente ENEL SOLE s.r.l. al pagamento delle spese giudiziali a favore del Comune di Olbia e della società controinteressata, che si liquidano, rispettivamente, in euro 3.000,00 (tremila) e in euro 2.000,00 (duemila).

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2011

IL SEGRETARIO

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