



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 980 del 2011, proposto da: Itagas Ambiente s.r.l., Promoeco Sme s.r.l. e Servizi Energia Ambiente s.r.l. in proprio e quali componenti del raggruppamento Itagas Ambiente - Promoeco Sme – SEA, tutte rappresentate e difese dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

la Provincia di Roma, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna De Maio, domiciliata per legge in Roma, via 4 Novembre, 119/A; Multiservice s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Chirulli, Giuseppe Inglese e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia 88;

***per la riforma***

della sentenza T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUATER n. 33046/2010, resa tra le parti, concernente GARA PER AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI

## VERIFICA SUGLI IMPIANTI TERMICI NEI COMUNI FACENTI PARTE DELLA PROVINCIA DI ROMA (RISARCIMENTO DANNI)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Roma e della Multiservice s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2011 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Quinto, Albanese, in sostituzione dell'Avv. De Maio, e Chirulli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.- La Provincia di Roma nell'anno 2010 indiceva una procedura concorsuale per l'affidamento del "servizio di verifica degli impianti termici nei comuni della provincia con popolazione fino a 40.000 abitanti e iscrizione di un numero verde". Partecipavano alla gara il Consorzio Thermoverifiche, l'a.t.i. costituenda tra Itagas Ambiente - PromoEco Sme – SEA, l'a.t.i. Lupi – SMAT e la Multiservice s.p.a., alla quale veniva aggiudicato il servizio con determina dirigenziale n. 5207 del 15 luglio 2010.

2.- Con ricorso al TAR Lazio, Itagas Ambiente - Promoeco Sme – SEA, in proprio e quali componenti della costituenda a.t.i., impugnavano l'aggiudicazione, assumendo l'illegittima ammissione alla gara della Multiservice s.p.a. per le preclusioni di cui all'art. 23 bis, co. 9 del d.l. n. 112 del 2008, delle preclusioni di cui all'art.13, comma 1 del d. l. n. 223 del 2006, nonché per anomalia dell'offerta. Chiedevano anche il risarcimento dei danni.

3.- Si costituivano in giudizio la Provincia di Roma e la Multiservice che contestavano in fatto e in diritto le doglianze delle ricorrenti.

La Multiservice s.p.a. con ricorso incidentale deduceva l'illegittimità degli atti impugnati per la mancata esclusione del raggruppamento ricorrente, la cui mandante PromoEco SME sarebbe socio privato della Multiservizi s.p.a. di Enna che svolge attività strumentali e funzioni amministrative e, quindi, sarebbe strumento aziendale per portare in gara la Multiservizi in violazione delle preclusioni di cui al d.l. n. 223 del 2006.

4.- Il TAR del Lazio, con sentenza n. 33046 del 27 ottobre 2010, rigettava il ricorso principale, compresa la domanda di risarcimento danni; dichiarava improcedibile il ricorso incidentale, con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

5.- Itagas Ambiente - Promoeco Sme – SEA, con l'atto di appello qui in esame, hanno impugnato la succitata sentenza, chiedendone l'annullamento o la riforma per tutti i motivi esposti nel ricorso di primo grado, riproposti nell'atto di appello.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Roma che ha chiesto il rigetto dell'appello e la Multiservice s.p.a. che ha anche riproposto i motivi del ricorso incidentale di primo grado in ordine alla compagine societaria di PromEco SME che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara del raggruppamento ricorrente.

Le parti hanno depositato memorie difensive e alla pubblica udienza del 12 luglio 2011, il giudizio è stato assunto in decisione.

6.- L'appello è infondato e va rigettato.

7.- La sentenza appellata ha ritenuto determinante ai fini della decisione la qualificazione giuridica dell'affidamento controverso.

Ad avviso della sentenza impugnata era determinante accertare se l'affidamento controverso avesse ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale o un

appalto di servizi, il che avrebbe sottratto le imprese partecipanti al divieto di partecipazione alle gare di cui all'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, convertito nella l. n. 133 del 2008.

Dalla qualificazione dell'affidamento come appalto di servizi la sentenza concludeva per l'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 23 bis citato.

Invero, la distinzione tra concessioni di servizi pubblici e appalti di servizi riferita all'oggetto della gara è ininfluente.

Il divieto dell'art. 23bis, come si evince dal testo, si riferisce soggettivamente alle società che esercitano servizi pubblici locali ma si estende oggettivamente a tutte le attività d'impresa extraterritoriali.

8.- E' invece dirimente la circostanza che la Multiservice al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non aveva alcun rapporto in corso con altri enti locali, avendo risolto anticipatamente il contratto con la Provincia di Genova relativo alla verifica sugli impianti termici nella suddetta Provincia.

La risoluzione anticipata veniva, infatti, accettata dalla Provincia di Genova con delibera del 31 marzo 2010.

Né ha pregio la tesi prospettata dalle appellanti, secondo la quale l'effetto risolutivo non si sarebbe verificato perché subordinato alla condizione risolutiva del pagamento delle quote 2009 e 2010 non ancora versate e della restituzione del software, da effettuarsi entro 90 giorni dalla risoluzione, termine non rispettato dalla Multiservice che ne aveva chiesto la proroga.

Le suddette prestazioni non costituiscono evento futuro e incerto cui subordinare l'efficacia del vincolo negoziale, trattandosi di prestazioni dovute in base al rapporto contrattuale risolto.

Esse non implicano, pertanto, né sospensione dell'effetto risolutivo dell'accordo, né tanto meno attestano lo svolgimento di fatto dell'attività dedotta nel contratto

oggetto di esplicita risoluzione consensuale, trovando ragione proprio nella cessazione del contratto.

Sta di fatto, poi, che la Provincia di Genova, contestualmente alla risoluzione anticipata del contratto ha avviato la gestione del servizio in via diretta, il che smentisce in maniera incontestabile l'assunto delle appellanti.

9.- Le appellanti assumono, poi, che la Multiservice non poteva partecipare alla gara per il divieto dettato dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. nella l. 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. Decreto Bersani), secondo il quale le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di servizi strumentali alle attività da esse svolte, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o affidanti e non possono svolgere prestazioni (lavori, servizi, forniture) a favore di altri soggetti pubblici o privati, né partecipare ad altre società o enti.

Trattasi, come la giurisprudenza ha già affermato, di disposizione dal carattere eccezionale che deve, quindi, essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651; 7 luglio 2009, n. 4346; sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215).

Nel solco della chiara giurisprudenza citata, è evidente che tale norma non può applicarsi alla Multiservice in quanto essa società non presenta quei caratteri di strumentalità e funzionalità individuati dalla normativa citata ma opera nel mercato in diretta concorrenza con le altre imprese.

Multiservice s.p.a. ha nel proprio capitale sociale una partecipazione minoritaria degli enti locali che non hanno alcuna influenza sulle decisioni societarie.

Nello statuto di Multiservice non è indicata alcuna attività strumentale da prestarsi in favore di un ente pubblico specifico, ma una serie di attività di natura imprenditoriale diversificate sia per la natura che per i clienti destinatari.

In particolare, dallo statuto risulta che la Multiservice ha come oggetto sociale attività quali “la prestazione di servizi tecnici integrati per le imprese e per enti pubblici e privati nei settori amministrativi, tecnologici, informatici e archivistici” e che essa opera in diverse sedi le diverse attività.

Tanto trova poi conferma nella visura camerale e nel dossier Cerved prodotto in giudizio.

Orbene, come evidenziato dalla giurisprudenza citata, l'enunciato dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 rende evidente che la qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione dei servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa. Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici, essendo posto, come sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 328 del 2008, al fine di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto che svolge attività amministrativa eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali essa possa godere in quanto pubblica amministrazione (Cons. Stato, V, n. 1651 del 2010).

La doglianza è in conseguenza infondata.

10.- Secondo il raggruppamento appellante la Multiservice andava esclusa, comunque, per l'anomalia della sua offerta, ingiustamente ritenuta congrua dall'amministrazione.

A suo dire sarebbero infatti generiche le giustificazioni addotte in merito alla “disponibilità della sede e delle attrezzature, dei programmi di gestione del catasto impianti e della possibilità di ottimizzare le risorse in ragione della presenza in organico di personale qualificato”.

Anche questa censura è priva di pregio.

Invero, la valutazione di congruità operata dalla stazione appaltante in merito all'affidabilità dell'offerta risulta immune da censure, non essendosi limitata ad una presa d'atto delle favorevoli condizioni indicate dall'offerente, avendo, al contrario, effettuato un'adeguata considerazione delle specifiche circostanze rappresentate dall'interessata che, operando da lungo tempo nel settore delle verifiche di impianti termici, tra l'altro per la Provincia di Roma nel biennio 2006 – 2008, dispone di una sede operativa e attrezzata e può contare su pregressi accordi vantaggiosi con i fornitori che consentono di abbattere le spese iniziali e di beneficiare di economie di scala.

D'altra parte, a ben vedere, è generica la doglianza dell'appellante che reitera la censura già esaminata puntualmente dal TAR che ha specificato, anche in relazione ai costi, le considerazioni che hanno convinto la stazione appaltante della congruità dell'offerta.

Per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Itagas Ambiente S.r.l., Sea - Servizi Energia Ambiente S.r.l. e PromoEco Sme S.r.l., in solido tra loro al pagamento delle spese di giudizio che liquida nella misura di euro 5.000,00 in favore della Provincia di Roma, e in euro 5.000,00 in favore della Multiservice S.p.a., oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2011

IL SEGRETARIO

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