

N. 36575/2010 REG.SEN.  
N. 08257/2010 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 per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8257 del 2010, proposto da:  
Consorzio Thermoverifiche, rappresentato e difeso dagli avv.  
Patrizio Leozappa, Giuseppe Mario Militerni, con domicilio eletto  
presso Patrizio Leozappa in Roma, via G.Antonelli, 15;

***contro***

Provincia di Roma, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanna De  
Maio, con domicilio eletto presso Giovanna De Maio in Roma, via  
IV Novembre, 119/A;

***nei confronti di***

Soc Multiservice Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Paola Chirulli,  
Giuseppe Inglese, Stefano Vinti, Dario Capotorto, con domicilio  
eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88; Soc Itagas  
Ambiente Srl, Soc Promoeco Srl Rti, Soc Servizi Energia Ambiente

Sea Srl Rti, rappresentati e difesi dagli avv. Luigi Quinto, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2; Soc Itagas Ambiente Srl + Rti;

*per l'annullamento*

AGGIUDICAZIONE GARA CONCERNENTE LA "VERIFICA IMPIANTI TERMICI NEI COMUNI DELLA PROVINCIA DI ROMA CON POPOLAZIONE FINO A N. 40.000 ABITANTI E ISTITUZIONE DI UN NUMERO VERDE" - RISARCIMENTO DANNI - ART. 120 C.P.A.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Roma e di Soc Multiservice Spa e di Soc Itagas Ambiente Srl e di Soc Promoeco Srl Rti e di Soc Servizi Energia Ambiente Sea Srl Rti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2010 il dott. Floriana Rizzetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GUE n. 37 del 23/02/2010 e sulla GURI Suppl. n. 25 del 03/03/2010, la Provincia di Roma ha indetto

una gara per l'affidamento del servizio di verifica (cosiddette "ispezioni") sugli impianti termici siti negli stabili esistenti nei territori dei Comuni della Provincia di Roma con popolazione fino a 40.000 abitanti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e importo a base di gara pari ad €.4.200.000,00 IVA esclusa.

Nella seduta pubblica del 23/6/2010, veniva individuata provvisoriamente aggiudicataria la Multiservice S.p.A. Esperite le dovute verifiche sull'effettivo possesso dei requisiti di cui all'art.48 del D.Lgs. n.163/2006 e le valutazioni di congruità dell'anomalia dell'offerta – giusta invito rivolto alla Multiservice con nota del 23/6/2010 – ai sensi dell'art.87 e 88 del D.Lgs. n.163/2006, ritenendo soddisfacenti le precisazioni fornite con articolata relazione, con D.D. n.5207 del 15/7/2010, la Provincia aggiudicava in via definitiva l'appalto alla Multiservice S.p.A.

Con il ricorso in esame, il Consorzio ricorrente, collocato in terza posizione nella graduatoria, ha impugnato la determinazione dirigenziale n.5207/2010 di aggiudicazione definitiva della gara, nonché gli atti predetti, chiedendone l'annullamento nonché il risarcimento in forma specifica, ovvero, in subordine, per equivalente, del danno subito per effetto dell'illegittimo operato della PA. Avanza altresì istanza istruttoria volta all'acquisizione delle offerte tecniche presentate dalle contro interessate.

Il gravame si incentra su un doppio ordine di censure, volte a

contestare, da un lato la legittimità, in radice, della stessa partecipazione alla gara in contestazione delle contro interessate, collocate in prima e seconda posizione, in quanto incorrenti nei divieti sanciti dall'art. 23 bis, comma 9, del d.l. 112/2008 e dall'art. 13, comma 1, del d.l. 223/06, nonché, nei confronti della sola vincitrice, dell'anomalia dell'offerta da questa presentata.

L'Amministrazione Provinciale si è costituita in giudizio, con memoria scritta a difesa del proprio operato.

Si sono costituite in giudizio le contro interessate, producendo articolati scritti difensivi

Con ricorso incidentale notificato il 3/11/2010, la Multiservice S.p.A. ha chiesto l'annullamento degli atti sopraindicati, deducendo l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara del Consorzio ricorrente, per difetto dei requisiti e per dimidiazione della cauzione in mancanza di contestuale produzione del certificato di qualità.

In vista della Camera di consiglio e dell'udienza per la trattazione del merito del gravame tutte le parti costituite hanno presentato articolati scritti difensivi.

All'udienza del 1.12.2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Con il presente gravame, proposto prima della pubblicazione della sentenza n. 33046 del 27.10.2010 resa a seguito di ricorso della seconda graduata, si ripropongono le doglianze già in tale sede esaminate dal Collegio, in particolare lamentando, rispettivamente

con il primo ed il terzo mezzo di gravame, la illegittima ammissione alla gara delle predette contro interessate in violazione del divieto sancito dall'art. 23 bis, comma 9, del d.l. 133/2008 conv. in L. 112/2008, deducendo che entrambe avrebbero dovuto essere escluse dalla gara in quanto affidatarie in via diretta di servizi pubblici locali rispettivamente, la prima classificata, nella Provincia di Genova, la seconda, nella Provincia di Enna.

Il ricorso è, in parte qua, infondato in quanto la normativa invocata da parte ricorrente non sarebbe applicabile nella fattispecie, per le ragioni relative alla natura giuridica di "funzione pubblica" e non di "servizio pubblico locale" dell'affidamento dell'attività di verifica degli impianti termici in questione, già chiarito nella predetta decisione, dalle cui considerazioni il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi.

La distinzione tra appalti di servizio e concessione di servizio pubblico, invocata all'uopo dalla ricorrente, infatti, vale solo a distinguere due diverse modalità di affidamento della medesima attività e risulta perciò inconferente nella fattispecie in esame, in cui va esclusa in radice la configurabilità di un "servizio pubblico locale", per le ragioni esposte nella ripetuta precedente pronuncia, tra cui il fatto di non consistere in una prestazione resa "a favore" della generalità dei membri di una collettività locale per promuoverne lo sviluppo economico e civile né tantomeno di "servizio reso a favore" degli Enti locali, bensì nell'esternalizzazione di una tipica "funzione

pubblica” consistente nell’esercizio di un’attività di controllo e vigilanza su alcuni privati in quanto conduttori di impianti potenzialmente pericolosi per l’ambiente, che sono tenuti a subirli per verificarne il corretto funzionamento in modo da assicurare che questi, nell’esercizio della loro attività, non risultino dannosi e rispettino gli standard previsti dalla legge a tutela della salute pubblica ed all’ambiente (fattispecie, invece, contemplata dall’art. 13, comma 1, del d.l. 223/06, che, appunto, nell’ultima versione, applicabile *ratione temporis*, contempla appunto l’esercizio di pubblica funzione). Si tratta pertanto di attività, all’evidenza, del tutto diversa rispetto alla raccolta dei rifiuti, cui viene erroneamente assimilata da parte ricorrente, trattandosi appunto di attività di controllo dell’attività di privati in quanto gestori di impianti di termo condizionamento, che costituisce un obbligo imposto dal legislatore nazionale e regionale, volto ad impedire che l’esercizio di apparecchiature per la climatizzazione ed il riscaldamento delle abitazioni dei privati avvenga senza offesa per l’altrui incolumità e per l’ambiente.

Ne consegue che il primo ed il terzo motivo di ricorso vanno respinti alla stregua delle considerazioni svolte in merito alla corretta qualificazione giuridica dell’attività in questione operata dalla sentenza sopraindicata della quale si fa integrale richiamo.

Del pari vanno confermate le considerazioni in merito al venir meno in capo alla Multiservice della situazione contemplata dal divieto in

questione: al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara il contratto con la Provincia di Genova era stato già risolto ed era cessata l'attività di verifica sugli impianti termici, essendo ininfluente lo svolgimento di operazioni di mero "caricamento" su supporto informatico delle risultanze delle attività di verifica degli impianti svolte in passato (ed ormai cessate) e l'obbligo di materiale restituzione di strumenti informatici in quanto trattasi di mere attività materiali di restituzione o di prestazioni complementari che non costituiscono alcuna forma di "gestione di un servizio pubblico" in via di affidamento diretto: una cosa infatti è l'attività di verifica degli impianti di termo condizionamento dei privati (in cui consiste l'essenziale funzione di ispezione ed accertamento dell'effettivo corretto funzionamento) ed un conto è la mera digitazione delle risultanze di tali ispezioni, che può essere effettuata anche dagli stessi dipendenti dell'ente locale.

Anche per l'esame del quarto motivo di ricorso, con cui il Consorzio ricorrente denuncia l'illegittimità della mancata esclusione della Multiservice S.p.A. ai sensi dell'art. 13 del D.L. 4-7-2006 n. 223, convertito con modificazioni in L. 4 agosto 2006, n. 248, in quanto soggetto che "svolge servizi strumentali agli enti pubblici da cui è partecipata", il Collegio non ritiene doversi discostare rispetto a quanto già affermato con la sentenza citata.

Nel precedente richiamato, il Collegio aveva chiarito la portata della disposizione invocata dalla ricorrente - oggetto di ripetute

modificazioni apportate da leggi successive (dall'art. 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 ; dall'articolo 18, comma 4 septies, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185; dall'articolo 48, comma 1, della legge 23 luglio 2009, n. 99, nonché dall'articolo 4, comma 7 del D.L. 3 giugno 2008, n. 97, e dall'articolo 20, comma 1 bis, del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207) e di ancora non sopite dispute interpretative – richiamando l'orientamento della giurisprudenza prevalente, la quale ha evidenziato che questa introduce una disciplina speciale - consistente in una serie di limitazioni dell'autonomia negoziale delle società strumentali, limitandone l'attività operativa sotto il profilo dei soggetti destinatari e costringendole a cessare le attività non più consentite, e costringendone pesantemente l'autonomia statutaria (imponendo di avere oggetto sociale esclusivo e vietando la partecipazione ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale), con conseguente incapacità delle società strumentali di partecipare a gare per l'aggiudicazione di contratti con enti pubblici diversi da quelli "proprietary" - al fine di scongiurare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza e la violazione del principio di parità degli operatori connessi all'operare delle società miste che possano godere della posizione privilegiata determinata dalla predetta strumentalità (Consiglio Stato , sez. V, 05 marzo 2010 , n. 1282), anche prevenendo sussidi incrociati tra settori attività "protetta" e settori in cui la società mista opera come un privato imprenditore (Corte

costituzionale 13 agosto 2008, n. 326), per escludere che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, sostanzialmente, di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 18 giugno 2009 , n. 1161) e che queste dopo l'affidamento del servizio pubblico possano andare a fare altro (Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080), nonché di porre un freno alla proliferazione delle società pubbliche o miste (Consiglio di Stato, Sez.II, 25 settembre 2009 n. 322).

In tale prospettiva l'ambito applicativo del divieto in questione è stato delineato dalla giurisprudenza valorizzando l'elemento oggettivo della strumentalità, piuttosto che quello soggettivo della partecipazione azionaria delle amministrazioni pubbliche (Consiglio Stato , sez. V, 05 marzo 2010 , n. 1282; A.P. 3 marzo 2008, n. 1; C.d.S., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Consiglio Stato , sez. V, 05 marzo 2010 , n. 1282), in base al richiamo della ratio della norma e tenendo conto della sua natura derogatoria rispetto al principio di libera partecipazione alle gare ed al principio di neutralità della proprietà pubblica/privata delle imprese cui è improntato l'ordinamento comunitario, e che quindi non ne consente l'estensione a casi diversi da quelli espressamente previsti (Consiglio Stato , sez. V, 05 marzo 2010 , n. 1282; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3/3/2008), chiarendo che l'imposizione di un oggetto sociale esclusivo "non può comunque tradursi in un

obbligo di monoattività delle società strumentali e che "ai fini dell'individuazione della categoria dei soggetti sottoposti al divieto, non può prescindersi dalla attività in concreto svolta dalle società costituite o partecipate da un ente regionale o locale. (T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 23 aprile 2009 , n. 35).

In applicazione dei principi giurisprudenziali richiamati è stato ritenuto – in base alla documentazione agli atti relativa all'attività svolta, all'oggetto sociale, etc. - che la Multiservice non presentasse quei caratteri di strumentalità e funzionalità bensì si caratterizzasse per l'operare nel mercato in diretta concorrenza con le altre imprese pubbliche o private, con conseguente riconoscimento della medesima facoltà di agire riconosciuta, in regime di parità di trattamento, a queste ultime, escludendo la possibilità di estendere la limitazione alla facoltà di partecipare alle gare pubbliche imposta dalla disposizione in esame.

Neppure le doglianze relative alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta di cui all'art.87 e 88 del D.Lgs. n.163/2006 meritano accoglimento.

Giova anche nella presente sede ricordare che, per quanto concerne l'onere di motivazione incombente sulla stazione appaltante, sulla sufficienza ed adeguatezza delle giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, l'orientamento giurisprudenziale si è ormai consolidato nel senso che "il giudizio di congruità dell'offerta non deve essere analiticamente motivato, dal momento che le

giustificazioni presentate dall'offerente possono costituire per relationem la motivazione del provvedimento (ex plurimis T.A.R. Lazio Roma, sez.III, sent. 6/2/2008 n.1026; T.A.R. Lombardia - Milano, sez.I sent. 17/4/2007 n.1774; CdS sez.IV sent.11/4/2007 n.1658), essendo piuttosto una simile articolata motivazione richiesta, al contrario, nel caso in cui la PA ritenga l'offerta affetta da anomalia (in tal senso, CdS sez.V sent.23/8/2006 n.4949; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez.I sent.12/1/2007 n. 23; T.A.R. Puglia Lecce, sez.II sent.7/11/2007 n.3740).

Nella fattispecie, in esame, peraltro la valutazione di congruità operata dalla stazione appaltante in merito all'affidabilità dell'offerta della Multiservice non risulta affetta dalla denunciata carenza di istruttoria e di motivazione, atteso che, come già precedentemente riscontrato, la Provincia non s'è limitata ad una presa d'atto delle favorevoli condizioni indicate dall'interessata, ma ha effettuato una adeguata considerazione delle specifiche circostanze in cui versa la Multiservice – che opera da lungo tempo nello specifico settore ed ha già svolto il servizio di verifica di impianti termici per la Provincia di Roma nel biennio 2006-2008, e quivi dispone di una sede già operativa e attrezzata, ove peraltro svolge servizi di diversa tipologia, e può contare su pregressi accordi vantaggiosi con i fornitori di beni e servizi- che consentono l'impiego di risorse già disponibili, abbattendo le spese iniziali e contenendo quelle di conduzione nel successivo svolgimento dell'attività; considerazioni che peraltro non

hanno costituito oggetto di specifico rilievo da parte del consorzio ricorrente. Questo infatti incentra la censura sulla mancata proprietà del software da parte della Multiservice, che quindi non potrebbe asserire di utilizzarlo a titolo gratuito, nonché sulla sottovalutazione del costo per la prestazione “di servizi aggiuntivi”, in particolare, il “servizio di rilevazione delle fughe di gas”.

Al riguardo appaiono dirimenti i chiarimenti forniti dalla controinteressata, la quale ha confermato di poter disporre di utilizzo del software necessario in virtù di un accordo di concessione in uso gratuito con la società produttrice Eudata sas, e, per quanto riguarda la rilevazione delle fughe di gas, che trattasi di operazione di pochi secondi, effettuata, contestualmente alla verifica dell'impianto oggetto della prestazione principale, mediante l'utilizzo dei comuni rilevatori dal costo molto modesto; elementi che valgono ad escludere tanto l'errore quanto l'illogicità della valutazione di congruità operata dall'Amministrazione; tanto più in assenza di specifica dimostrazione da parte della ricorrente dell'inidoneità degli elementi rappresentati dall'interessata in sede di giustificazione a coprire i relativi costi ed incidere sull'offerta complessiva.

Va infine disatteso anche il secondo mezzo di gravame, con cui il Consorzio ricorrente lamenta la violazione del divieto sancito dall'art. 13 del D.L. 4-7-2006 n. 223 per quanto riguarda l'ammissione dell'ATI Itagas Ambiente S.p.A., composta oltre che dalla Itagas capogruppo mandaria anche dalla Servizi Energia Ambiente SEA srl

e dalla Promoeco Servizi Multiservizi Energia Srl SME srl, denunciando che quest'ultima si avvale dei requisiti relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa della società Multiservizi energia Srl., impresa ausiliaria, e quindi indirettamente rientrerebbe nell'ambito applicativo della norma in quanto la Promoeco detiene la partecipazione maggioritaria del capitale sociale della Multiservizi SPA – che è partecipata da diversi enti locali, tra cui la Provincia di Enna, che ne possiede il 20% del capitale sociale e che ha affidato direttamente e senza gara alcuni servizi pubblici - .

La disposizione in esame, alla luce della giurisprudenza sopra richiamata non è suscettibile di applicazione analogica o interpretazione estensiva, con la conseguenza che il divieto in questione non può che essere limitato ai soggetti espressamente contemplati e cioè “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 in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza”.

La Promoeco SME srl, appunto, non rientra tra queste in quanto non è una società mista a partecipazione pubblica, ma è una società di diritto privato e come socio privato detiene una partecipazione nella Multiservizi SPA sicchè il divieto opererebbe semmai nei confronti di quest'ultima – se costituente società mista -, la quale peraltro, ha ceduto alla Multiservizi energia Srl il ramo di azienda relativo alla gestione del servizio che aveva costituito oggetto di affidamento diretto da parte della predetta Provincia.

Risulta perciò irrilevante la circostanza che la Multiservizi SPA sia stata o meno costituita senza previa selezione mediante procedura di evidenza pubblica del socio privato, in quanto trattasi di circostanza che assumeva rilievo, secondo un orientamento ormai superato, al (diverso) fine della legittimità dell'affidamento in house alla società interessata, che è questione diversa - sicchè relative le sentenze depositate dalla ricorrente non risultano pertinenti - rispetto a quella, oggetto di esame in questa sede, della legittimità della partecipazione alle gare delle società miste.

E sotto quest'ultimo profilo non può essere accolta la pretesa del ricorrente ad escludere dalla gara l'ATI controinteressata, in quanto né la circostanza che la Promoeco SME srl sia socio privato della Multiservizi SPA, né che si avvalga di quest'ultima quale impresa ausiliaria per i requisiti prescritti per la partecipazione alla gara, vale a ricomprenderla nell'ambito di operatività del divieto in questione, sancito da una norma che, introducendo pesanti limitazioni

all'ordinaria capacità di agire ed all'autonomia dei soggetti, e per la sua natura derogatoria al principio di libera partecipazione alle gare ed al principio di neutralità della proprietà pubblica/privata delle imprese cui è improntato l'ordinamento comunitario, non è suscettibile di interpretazione analogica e di applicazione a casi diversi da quelli espressamente previsti (in tal senso, da ultimo, Consiglio Stato, sez. V, 05 marzo 2010 , n. 1282).

Alla luce delle considerazioni sopra svolte il ricorso va respinto in quanto infondato e; conseguentemente, va respinta anche l'istanza risarcitoria.

Ne consegue la dichiarazione di improcedibilità, per carenza di interesse, del ricorso incidentale proposto dalla Multiservice, di cui può pertanto prescindere l'esame.

Ugualmente va disattesa, per mancanza di interesse, la richiesta di esibizione delle offerte tecniche presentate dalle contro interessate, evidentemente proposta al fine di "recuperare" il gap tecnologico della propria proposta contrattuale, che presentava vistose carenze dovute a mancanza di adeguata esperienza nel settore in esame, come chiarito dall'Amministrazione resistente nella memoria del 18.11.2010 depositata in vista della discussione del merito.

Quanto alle spese di giudizio, queste seguono, come di norma la soccombenza, tenendo conto, peraltro, del comportamento processuale della ricorrente, la quale ha omesso di effettuare la comunicazione di cui all'art.243 bis comma 5 del D.Lgs. n.163/2006,

e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio-Roma-sezione  
seconda quater:

respinge il ricorso principale;

respinge l'istanza risarcitoria;

dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

respinge l'istanza istruttoria;

Condanna la ricorrente principale a rifondere alle resistenti le spese  
di giudizio, liquidate nella misura complessiva di Euro 4.500,00 più  
IVA e CPA, di cui 1.500 a favore dell'Amministrazione e 1.500 a  
favore di ciascuna controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre  
2010 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Floriana Rizzetto, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/12/2010

IL SEGRETARIO

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