



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1451 del 2011, proposto da:

A.G.E.S.I. - Associazione Imprese di Facility Management ed Energia, Assistal, Assopetroli, Assopetroli Lombardia, Carbotermo S.p.A., Cofely Italia S.p.A., Co.Ge.I. S.r.l., Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., Cpl Concordia Soc. Coop., Dm Impianti & Servizi S.p.A., Gemmo S.p.A., Mugnai S.p.A., Nelsa S.r.l., Olicar S.p.A., Restiani S.p.A., tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti Bruno Becchi, Bassano Baroni, Roberto Paviotti, Loredana Grillo, Alberto Vittorio Fedeli e Luca De Censi ed elettivamente domiciliati presso il primo in Milano, via Serbelloni, 2

***contro***

Provincia di Milano, con gli avv.ti Nadia Marina Gabigliani, Elisabetta Cicigoi, Samantha Battiston, Angela Bartolomeo, Marialuisa Ferrari, Alessandra Zimmiti ed Ernesto Stajano con domicilio eletto presso gli uffici della Avvocatura provinciale siti in via Vivaio, 1 a Milano

***per l'annullamento***

dell'avviso di indizione della procedura bandita dalla Provincia di Milano per la "selezione di soci privati per la costituzione di una società per azioni a prevalente capitale pubblico operante nella promozione del risparmio energetico e nell'uso razionale dell'energia (E.S.Co. - Energy Service Company);

del disciplinare di gara e degli atti ad esso allegati;

degli atti presupposti inerenti alla costituzione di detta E.S.Co. e di ogni atto connesso e conseguente, anche non noto, ivi espressamente comprendendosi: la deliberazione del Consiglio provinciale di Milano n. 1 del 13 gennaio 2011; gli schemi di statuto e di patti parasociali; le deliberazioni della Giunta provinciale n. 43 del 22 febbraio 2011 e n. 71 del 15 marzo 2011; la determinazione n. r.g. 3282 dell'1 aprile 2011 - atti n. 42460/2011/9.10/2011/86 richiamata nel disciplinare di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Nella riunione del 13 gennaio 2011 il Consiglio della Provincia di Milano deliberava la costituzione di una società mista pubblico - privata per la gestione dei servizi energetici (cd. ES.Co), approvando il relativo statuto e i patti parasociali.

Il Consiglio provinciale, premesso di voler attuare un programma di riqualificazione energetica del proprio patrimonio edilizio al fine di ridurre i consumi energetici, con conseguente risparmio di spesa e riduzione delle immissioni prodotte dagli impianti di riscaldamento, stabiliva che tale obiettivo potesse essere perseguito mediante la costituzione di una Energy Service Company (ES.Co), e cioè di una società preordinata a fornire servizi energetici e altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente sulla base di una remunerazione commisurata ai risparmi effettivamente ottenuti.

I servizi energetici da svolgere da parte della società mista sono stati qualificati nella suddetta delibera come strumentali rispetto ai bisogni della Provincia e degli enti pubblici che avrebbero potuto costituire in futuro la compagine. In particolare, oltre all'*efficientamento* degli impianti di produzione dell'energia dei soci, la ES.Co avrebbe anche dovuto contribuire alla diffusione sul territorio di impianti di generazione di energia basati su fonti rinnovabili e allo sviluppo di buone pratiche al fine del raggiungimento degli obiettivi previsti dal protocollo di Kyoto anche svolgendo attività di ricerca e sviluppo di nuove tecnologie e di sensibilizzazione ed informazione sulla efficienza energetica e le fonti rinnovabili. Il Consiglio richiamava, altresì, a motivazione della propria iniziativa il progetto pilota comunitario "*Energy Efficiency Milan Covenant of Mayors* ", consistente in un piano di finanziamenti erogabili da parte della *European Investment Bank* per la realizzazione di interventi di ottimizzazione energetica e di riduzione delle emissioni inquinanti in 62 Comuni dell'area della Provincia per l'importo di € 90.000.000.00.

Quanto all'oggetto sociale il Consiglio precisava che la costituenda società avrebbe operato esclusivamente "a favore dei soci enti pubblici, in conformità alle normative vigenti in materia; che il capitale sociale, pari a € 3.000.000,00, sarebbe stato detenuto per una quota non inferiore al 55% "dalla Provincia di Milano quel socio costituente, da Enti pubblici territoriali, da Enti pubblici non territoriali e da società a partecipazione pubblica aventi tutti sede all'interno del territorio della Provincia di Milano"; che la detta quota sarebbe stata espressa da azioni di categoria A, mentre i soggetti "aventi le caratteristiche tecniche e operative indicate in apposito bando di selezione del partner privato" avrebbero detenuto azioni di categoria B; che la trasferibilità delle azioni del primo tipo sarebbe stata sottoposta al diritto di opzione da parte degli altri soci pubblici e che quelle del secondo tipo sarebbero state alienabili a soggetti aventi analoghe caratteristiche tecniche e operative, subordinatamente al gradimento da parte del Consiglio di Amministrazione, composto da sette membri, tra i quali quattro sarebbero stati designati dai soci pubblici; che, infine, la durata della società sarebbe stata fino al 31.12.2050.

La struttura societaria della ES.Co veniva specificata nella successiva delibera dalla Giunta provinciale n. 43 del 2.2.2011, rettificata con successiva delibera n. 71 del 15.3.2011, che rideterminava nel 40% la quota di capitale sociale da alienare a un socio o a un gruppo di soci privati con compiti operativi da ripartirsi in quote di cui il 28% destinato a società operanti nel campo del settore energetico munite dei prescritti requisiti di qualificazione, il 10% da attribuirsi a istituti di credito o finanziari e il 2% da assegnarsi a società di comunicazione.

Con la medesima delibera la Giunta provinciale determinava i criteri di selezione dei soci e approvava il disciplinare di gara, disponendo, altresì, di "esplicitare nel bando che alla costituenda società verrà conferita la gestione dei servizi energetici della Provincia di Milano ai sensi dell'art. 23*bis*, comma 7 lett. b) del D.L. 112/08".

L'avviso di selezione dei soci privati è stato pubblicato sulla G.U.R.I. il 15.4.2011 e i documenti di gara erano

costituiti, assente il bando, dal disciplinare, dalle bozze di statuto e dei patti parasociali, dall'allegato 1.3. contenente la relazione ES.Co della Provincia di Milano, dall'allegato 1.4. relativo allo schema degli edifici della Provincia e dall'allegato 1.5. pertinente lo schema dell'Idroscalo. Nel disciplinare si precisava che "I servizi energetici di *efficientamento* energetico ed ambientali" "saranno affidati direttamente in gestione e formeranno oggetto di appositi contratti di servizio o convenzione tra l'Ente richiedente e la costituenda società. Relativamente al valore dell'affidamento dei servizi partitamente indicati nella relazione descrittiva s'indicava che la natura di quelli richiesti non aveva consentito né la preparazione del capitolato d'onori né dei documenti complementari, oltre lo statuto societario, Tale condizione non aveva consentito, altresì, la fissazione preliminare e globale del valore annuale presunto dei servizi di efficienza energetica da affidare. La costituzione del capitale sociale sarebbe stata esclusivamente a carico del socio o dei soci privati per l'importo di € 3.000.000,00, detratta la quota di € 1.000,00 a carico della Provincia, al che si sarebbe provveduto tramite versamento di un sovrapprezzo – quota, rispetto a quella assegnata al socio privato. Nel disciplinare facevano, poi, seguito le prescrizioni relative alla capacità finanziaria, ai requisiti di carattere tecnico con le categorie di attestazione SOA e le certificazioni ISO, nonché i criteri di aggiudicazione da applicarsi quanto agli indici di bilancio, al progetto finanziario, alla struttura organizzativa, al piano industriale della costituenda società a medio/lungo termine, allo sviluppo del progetto tecnico del parco dell'Idroscalo e del CS Bollate + Piscina.

Avverso tali atti hanno proposto ricorso l'A.G.E.S.I. - Associazione Imprese di Facility Management ed Energia - e le altre società indicate in epigrafe.

Le ricorrenti, in qualità di imprese operanti nel settore energetico nell'ambito della provincia di Milano, si ritengono lese dall'affidamento diretto del servizio energia alla costituenda società mista da parte della Provincia di Milano e della platea potenzialmente indeterminata degli altri enti pubblici che potrebbero entrare a farne parte e, per questo hanno impugnato le delibere che hanno dato luogo alla sua costituzione per i seguenti

#### MOTIVI

1) Violazione dell'art. 3, comma 27 della L. 244/07, che vieta alle pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

I servizi di *efficientamento* energetico che la Società è preordinata ad erogare non potrebbero considerarsi strettamente connessi con i compiti istituzionali della Provincia perché essi sarebbero tradizionalmente svolti da operatori privati selezionati mediante gare pubbliche.

La Società mista, non essendo funzionale allo svolgimento di compiti di natura pubblicistica, si troverebbe ad operare nel mercato in concorrenza con altri operatori in una posizione di privilegio.

Tutto ciò contrasterebbe con l'interpretazione che della emarginata disposizione ha dato la sentenza 8.5.2009, n. 148 della Corte Costituzionale, la quale ha chiarito che la norma in questione è riconducibile all'esigenza di apprestare tutela alla concorrenza, evitando "che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali ovvero per la produzione di servizi di interesse generale".

Il servizio energia non potrebbe neppure annoverarsi nella categoria dei servizi di interesse generale in quanto le prestazioni della nuova società non sarebbero rese nei confronti dell'utenza pubblica, essendo, invece, palesemente dirette a soddisfare bisogni direttamente riferibili alla Provincia di Milano e agli altri enti pubblici che andranno a costituire la ES.Co.

Per questo aspetto è stata prospettata la domanda subordinata di rinviare alla Corte del Lussemburgo la questione relativa alla sussumibilità dei servizi energetici ai servizi di interesse generale in relazione al principio di

proporzionalità, nonché a quello di libertà di definizione di detti servizi da parte degli Stati membri, fatto salvo il solo caso dell'errore manifesto;

2) Violazione dell'art. 23*bis*, comma 2 lett. b) del D.L. 112/08. Eccesso di potere.

La delibera di Giunta 15.3.2011, n. 71, che ha definito i criteri per la selezione dei soci operativi avrebbe erroneamente stabilito che ad essi verrà affidata la gestione del servizio ai sensi della norma rubricata, senza considerare che questa si riferisce solo ai servizi pubblici locali fra i quali non può annoverarsi quello svolto dalla costituenda ES.Co in quanto diretto ai soli soci pubblici e non ad un'utenza indifferenziata;

3) Violazione dell'art. 30, comma 15*ter* e dell'art. 32, comma 3 del D.Lgs. 163 del 2006. Violazione dell'art. 15 del D.Lgs. 115/08. Eccesso di potere.

L'operazione deliberata dalla Provincia di Milano non potrebbe rientrare nell'ipotesi prevista dall'art. 32, comma 3 del codice dei contratti pubblici che ammette l'affidamento a società miste della produzione di beni o della fornitura di servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza.

Infatti, l'affidamento diretto alla costituenda Società mista sottrarrebbe al mercato un servizio che è ordinariamente svolto da operatori economici privati scelti con gara; ciò avrebbe luogo, infatti, non solo in relazione alla domanda della Provincia di Milano, quale socio costituente, ma anche a quella della platea indeterminata di enti pubblici che, anche al di fuori del territorio provinciale, potrebbero successivamente acquistare quote di capitale sociale, conseguendo le stesse prestazioni direttamente e non attingendo dunque al mercato con conseguente violazione delle regole interne e comunitarie a tutela della concorrenza.

Tutto ciò costituirebbe, altresì, una violazione dell'art. 15, comma 2 del D.Lgs. 115/08, in base al quale all'individuazione degli operatori economici che forniscono i servizi energetici deve procedersi esclusivamente tramite gara.

4) Eccesso di potere per disparità di trattamento e sviamento in relazione agli artt.12, comma 3 del D.P.R. 387/03 e della L.r. 12.12.2003, n. 26.

La Provincia di Milano, in quanto ente dotato di poteri di regolazione nel settore delle fonti rinnovabili quanto all'autorizzazione all'installazione, all'esercizio e alla modifica di impianti di produzione della detta energia verrebbe a trovarsi in conflitto di interessi rispetto all'attività perseguita dalla Società di cui essa sarebbe azionista maggioritaria e che sarebbe destinata ad operare nel medesimo segmento di mercato; e ciò sul rilievo che l'esercizio di detta discrezionale potestà da parte del soggetto che certifica il rendimento energetico potrebbe condizionare la localizzazione e la stessa realizzabilità degli impianti a FER,.

5) Violazione degli artt. 42, 48 e 107 del D.Lgs. 267/2000 e degli artt. 29 e 49 dello Statuto provinciale; incompetenza, eccesso di potere per travisamento.

La Giunta provinciale nello specificare che l'affidamento del servizio di efficientamento energetico avverrà i sensi del comma 2 dell'art. 23*bis* del D.Lgs. 115/08 avrebbe profondamente modificato l'intrapresa come individuata dal Consiglio provinciale nel quadro di cui all'art. 3, comma 27 della L. 244/08, posto che l'oggetto sociale coinciderebbe su tale fondamento con i servizi pubblici locali,.

6) Violazione dell'art. 3, comma 28 della D.Lgs. 244 del 2007. Difetto di motivazione.

La delibera assunta dal Consiglio provinciale non avrebbe reso palesi i presupposti e le condizioni per cui la costituzione della ES.Co costituirebbe l'unico strumento per il raggiungimento dell'obiettivo di risparmio energetico e di riduzione delle immissioni inquinanti, il che inciderebbe sulla potestà di riscontro dell'operazione da parte della Corte cui Conti, cui non consterebbe che la delibera sia stata inviata.

7) Violazione dell'art. 23*bis*, comma 2 lett. b) del D.L. 112/08, convertito con modificazioni nella L. 133/08, dell'art. 1, comma 2, dell'art. 32, comma 3 del D.Lgs. 163/06; violazione dell'art. 3, comma 2 lett. c) e del comma 4

del DPR 168/2010; eccesso di potere per violazione del principio di libera concorrenza, carenza dei presupposti, sviamento.

L'operazione di partenariato posta in essere dalla Provincia di Milano difetterebbe del fondamentale requisito della specificità dell'oggetto della costituenda società, oggetto che resterebbe indeterminato e, comunque modificabile, rendendo così indefiniti i compiti e i servizi che potrebbero essere affidati al socio operativo.

A questo, per il tramite della Società mista, potrebbero essere affidati successivamente singoli e specifici servizi, che altro non costituirebbero se non appalti assegnati senza gara; inoltre, la selezione da compiersi sarebbe stata arbitrariamente affidata ai parametri di solidità finanziaria anziché della capacità di svolgere prestazioni specifiche. Censurabile sarebbe, altresì, la lunga durata della Società (fino al 31.12.2050), che andrebbe ben di là dei tempi necessari per l'ammortamento degli investimenti effettuati dal socio privato in violazione della previsione che la durata dell'affidamento deve essere commisurata alla consistenza degli investimenti e delle immobilizzazioni materiali previste nei capitolati di gara a carico del gestore con divieto di un affidamento superiore al periodo di ammortamento.

Anche le modalità di circolazione delle azioni prevista dallo statuto della ES.Co sarebbe lesiva delle regole sulla concorrenza in quanto a qualunque ente pubblico o società pubblica che abbia sede nel territorio provinciale sarebbe consentito affrancarsi dall'obbligo di indire una gara per l'affidamento del servizio di *effi entamento* energetico attraverso il semplice acquisto di una quota di partecipazione. Il tutto in violazione dell'indirizzo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in base al quale deve sussistere una sostanziale equiparazione tra la gara per l'affidamento del servizio pubblico e quella per la scelta del socio.

Illegittima sarebbe, altresì, la previsione di soci privati finanziatori non direttamente coinvolti nella gestione,

8) Eccesso di potere per indeterminatezza del disciplinare di gara quanto all'oggetto dell'affidamento e violazione dell'art. 23bis, comma 2 lett. b. del D.L. 112/08, convertito con modificazioni nella L. 133/08. Violazione dei principi comunitari di parità di trattamento e non discriminazione.

Nel disciplinare risulta assente la indicazione analitica dei compiti affidati alla società mista. Al di là della generica enunciazione dell'obiettivo dell'*efficientamento* energetico manca un capitolato d'oneri né vi è una indicazione del valore annuo dei servizi. Da ciò si ricaverebbe che la gara avrebbe in realtà il solo scopo d'individuare il socio privato, restando del tutto imprecisato il reale affidamento dei servizi energetici e assenti le modalità del suo svolgimento nei relativi tempi e con i connessi costi e dunque disattese le indicazioni della Commissione europea quanto alle concessioni di partenariati pubblico - privati (PPPI)

9) Violazione degli artt. 2, lett. I del D.Lgs. 115/08 e 83 del codice dei contratti pubblici.

Il disciplinare non avrebbe dato alcun rilievo ai fini della individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa alla componente prezzo né a qualsiasi altro aspetto atto a connotare l'economicità delle proposte.

10) Eccesso di potere per la indeterminatezza dei criteri di selezione della offerta economicamente più vantaggiosa e per aver basato la scelta del socio sulla valutazione della sua solidità finanziaria anziché della sua capacità operativa.

I criteri previsti dal disciplinare per la valutazione qualitativa dell'offerta, quanto alla sua diversificazione tecnologica e all'incidenza sullo sviluppo territoriale della Provincia di Milano, sarebbero del tutto generici e inadonei a costituire parametri obiettivi di scelta, incerti essendo gli aspetti tecnico - qualitativi da sottoporsi a verifica da parte della Commissione aggiudicatrice;

11) Violazione dell'art. 86 del D.Lgs. 163 del 2006 e del principio della necessaria remuneratività delle offerte di gara.

La disciplina imporrebbe all'impresa vincitrice di mettere a disposizione a titolo gratuito la propria organizzazione

di impresa senza curarsi della incidenza di tale previsione sulla remuneratività complessiva del servizio.

12) Violazione dell'art. 227, commi 1 e 9 del codice dei contratti pubblici, dell'art. 97 Cost. e dei principi comunitari di buona amministrazione, di non discriminazione, di massima partecipazione e della libera concorrenza nei settori strategici per l'interesse della collettività; eccesso di potere per manifesta arbitrarità, irragionevolezza dell'arco di tempo concesso per la formulazione della offerta, carenza di motivazione.

Il termine di due mesi concesso alle imprese per la presentazione delle offerte sarebbe manifestamente incongruo, tenuto conto della necessità di prendere visione di tutti i 133 immobili della Provincia e del parco dell'Idroscalo e di effettuare le relative valutazioni in ordine ai possibili strumenti di razionalizzazione delle risorse energetiche da essi impiegate, predisponendo a tal fine un piano industriale e tecnico, ivi compreso quello direttamente operativo.

La Provincia di Milano si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso, non contenendo il disciplinare di gara alcuna clausola escludente e dovendo trovare conseguentemente applicazione l'indirizzo fatto proprio dall'Adunanza plenaria con le sentenze n. 1 del 2003 e 4 del 2011. Le contestazioni mosse non avrebbero ad oggetto la scelta di bandire una gara, ma soltanto il suo oggetto, che ben potrebbe essere vagliato in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione, inoltre, farebbe palese difetto una posizione differenziata fra le imprese ricorrenti, che ben potrebbero partecipare alla gara, fatta sola esclusione per l'associazione di categoria ricorrente, cui non andrebbe riconosciuta alcuna autonoma legittimazione, in disparte restando l'esistente conflitto d'interesse con le imprese associate che intendessero partecipare all'indetta competizione.

Sotto un diverso profilo è stata eccepita la tardiva notificazione del ricorso introduttivo con riferimento ad 8 dei 12 motivi ivi dedotti. E' stato a tale scopo osservato che risalirebbe esclusivamente alla delibera n. 1 del 13.1.2011 del Consiglio provinciale la costituzione della ES.Co con contestuale approvazione dello statuto e dei patti parasociali: la piena conoscenza di detta deliberazione dovrebbe dunque farsi risalire alla sua pubblicazione all'albo pretorio *on line* intervenuta dal 2 al 17 marzo 2011; in ogni caso il termine dovrebbe decorrere dalla pubblicazione della successiva delibera consiliare n. 1 del 2011, pubblicata all'albo dal 28 al 12 aprile 2011; in entrambi i casi il ricorso sarebbe dovuto essere notificato entro il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo; né alcun rilievo avrebbe al riguardo l'ordine temporale delle due viste delibere. Nel merito la Provincia ha contestato sotto plurimi profili la ricostruzione dei fatti rappresentata dalle ricorrenti quanto alle ragioni della costituzione di una ES.Co mista, volta a contenere i consumi energetici del proprio patrimonio immobiliare, realizzando i nominati interventi e procurando i necessari investimenti finanziari. In ordine alla procedura per la scelta del socio privato ha sottolineato l'esigenza di dar vita ad una società di tipo strumentale, operativa soltanto a favore degli Enti costituenti, partecipanti o affidanti, con preclusione per la prestazione di servizi per altri soggetti pubblici o privati, nel quadro dunque di una società destinata a perseguire precisi obiettivi istituzionali della Provincia; il che troverebbe conferma nel pagamento del corrispettivo dei servizi forniti, che "si basa totalmente o parzialmente sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito o sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti".

Del tutto destituita di pregio sarebbe, poi, la contestazione di aver violato la concorrenza e il mercato, atteso che la selezione concorrenziale degli operatori sostituirebbe "una miriade di piccole gare per affidamenti di brevissimo orizzonte" tramite l'individuazione di un unico operatore chiamato a confrontarsi con un impegno non raffrontabile con quelli in precedenza affidati con singole gare.

Infondata sarebbe, a parere della Provincia, anche la censura mossa alla citazione dell'art. 23bis del D.L. n. 112/08, che non muterebbe la natura della gara, conferendo soltanto alla procedura un quadro normativo più puntuale di quanto non sia apprestato in tema di partenariato pubblico - privato dai soli principi consolidatisi in giurisprudenza; del resto, si soggiunge che il modello organizzatorio della società mista non sarebbe proprio del

solo settore dei servizi pubblici locali, essendo incontestatamente invocabile anche in sede di costituzione di una ES.Co.

Per altro verso il ricorso alle società miste strumentali sarebbe pacificamente ammesso anche nel settore degli appalti di servizi sulla base dell'art. 3, comma 15<sup>ter</sup> del Codice dei contratti pubblici e dalla richiamata Comunicazione interpretativa del 2007 della Commissione europea; inoltre, alcun ipotizzabile conflitto d'interessi si profilerebbe in relazione alla competenza provinciale in materia di regolazione, trattandosi nella specie di valutazioni ancorate a parametri di carattere obiettivo; sussisterebbe, da un lato, una diffusa motivazione in ordine alle ragioni sottese alla scelta di dar vita a una ES.Co, le cui prestazioni avrebbero ad oggetto i soli 133 immobili della Provincia, per i quali, tramite corrispondenti schede, sarebbero stati indicati il volume, i consumi pregressi e il combustibile utilizzato, restando del tutto marginale l'eventuale associazione di piccoli Comuni per la quale ad ogni modo resterebbe aperta la possibilità di una contestazione in sede giurisdizionale, il che varrebbe anche per l'ipotizzata modifica dell'oggetto sociale e la possibilità di trasferire le quote.

Si replica, infine, al rilievo pertinente l'assenza di una base d'asta, allegando che il rischio dell'intera operazione resterebbe a carico della ES.Co; che i criteri di aggiudicazione non sarebbero indeterminati alla luce del piano industriale da redigere, dei progetti pilota da presentare, cui corrisponderebbero pesi ponderali significativi; che non vi sarebbe alcuna garanzia a priori di successo dell'operazione né per la Provincia né per il socio privato; che il termine assegnato sarebbe congruo per la imprese operanti nel settore, capaci di adattare strutture, programmi e progetti alle esigenze rappresentate dall'avviso di gara.

Alla camera di consiglio dell'8.6.2011 la Sezione rilevava che le questioni dedotte apparivano incompatibili con un'approfondita verifica non possibile in sede cautelare, assente essendo in ogni caso il profilo del danno vantato, restando aperta alle imprese la possibilità di partecipare con riserva all'indetta gara. Contestualmente è stata fissata l'udienza pubblica del 30.11.2011 per la discussione del merito.

Previo scambio di memorie difensive la Sezione introitava la causa per la decisione e con ordinanza depositata il 10.1.2012 a seguito delle camere di consiglio del 30.11 e del 14.12 successivo la Sezione disponeva di richiedere in materia l'avviso dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, accordando termine di 60 giorni per la risposta e rinviando la discussione all'udienza del 18.4.2012.

Alla detta udienza, essendo pervenuto l'avviso dell'Autorità via telefax in data 17.4.2012, la causa veniva rinviata su concorde richiesta delle parti all'udienza del 10.10.2012.

Dopo ulteriore scambio di scritti difensivi e la discussione nel contraddittorio delle parti in udienza la causa è stata trattenuta per la decisione..

## DIRITTO

Le eccezioni di difetto di legittimazione e irricevibilità del ricorso formulate dalla Provincia di Milano sono infondate e vanno respinte.

Le società in epigrafe e l'Associazione nazionale di categoria A.G.E.S.I. hanno, infatti, contestato, prima ancora che la gara per la scelta del socio, la stessa operazione di costituzione della società mista, asserendone il carattere lesivo della loro posizione di operatori del mercato dei servizi energetici.

Ai fini della sussistenza della legittimazione a ricorrere appare, quindi, superflua la proposizione della domanda di partecipazione alla gara per la scelta del socio privato, in quanto ciò che viene messo in discussione a tutela sia dell'interesse collettivo qui rappresentato dall'associazione di categoria sia di quello di cui sono titolari le singole società che congiuntamente alla prima hanno proposto il presente ricorso è, a monte, la stessa costituzione di un soggetto economico che, potendo beneficiare di un numero di affidamenti diretti indefinito, sottrarrebbe potenziali quote di appalti sul mercato.

Non trova dunque nella vicenda applicazione la richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria 7.4.2011, n. 4, posto che rispetto a tale operazione le ricorrenti si trovano in una posizione differenziata, in quanto interessate in modo specifico al mantenimento della concorrenza nel segmento di mercato in cui operano, e, nello stesso tempo, qualificata in quanto l'interesse azionato rientra nell'ambito della libertà di impresa garantita dalla Costituzione e dal diritto dell'Unione Europea.

A ciò si aggiunga che le censure proposte dalle ricorrenti riguardano anche la lesione dell'interesse alla corretta formulazione dell'offerta.

Invero, le censure relative all'asserita indeterminatezza dell'oggetto sociale della ES.Co, alla incertezza sulla natura dei servizi che essa sarà chiamata a prestare e al numero e al carattere potenzialmente indefinito degli enti pubblici che potrebbero aderire al progetto mirano a dimostrare che l'avviso di gara per la scelta del socio non consentirebbe agli operatori interessati a parteciparvi di effettuare quelle valutazioni di convenienza che necessariamente devono precedere la formulazione di un'offerta tecnica ed economica.

Anche rispetto a tali censure non appare affatto necessaria la proposizione della domanda di partecipazione in quanto sarebbe assurdo e lesivo della garanzia costituzionale del diritto di azione costringere l'impresa che voglia contestare siffatte violazioni a presentare, comunque, un'offerta al buio senza conoscere a priori i servizi che saranno chiamate a svolgere (Cons. Stato, Sez. II, 1.2.2012, n. 2911).

Deve essere, altresì, respinta l'eccezione di tardività del ricorso che la Provincia ha formulato nell'erroneo convincimento che nel caso di specie si applicherebbe il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo.

La controversia instaurata dalle società ricorrenti riguarda, infatti, come puntualmente replicato dalla difesa delle stesse, la costituzione di una società mista e rientra, quindi, nell'ambito di applicazione non già dell'art. 120, ma dell'art. 119 del codice, che non prevede il dimezzamento del termine per ricorrere.

Definite come precede le eccezioni sollevate dalla resistente Provincia osserva la Sezione che, nel merito, il ricorso deve ritenersi parzialmente fondato nei termini che seguono.

A giudizio del Collegio, nel caso di specie, non risulta violato l'art. 3, comma 27 della L. 244/07, che fa divieto alle pubbliche amministrazioni di costituire società aventi ad oggetto attività di prestazioni di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, facendo salva la creazione di società che producono servizi di interesse generale.

Occorre innanzitutto escludere che la costituzione della ES.CO dovrebbe ritenersi ammessa a prescindere da una verifica in concreto sulla rispondenza del suo oggetto sociale agli scopi istituzionali della Provincia di Milano in quanto si tratterebbe di Società destinata a fornire servizi di interesse generale.

Il concetto di servizio di interesse generale, infatti, nell'accezione comunitaria, presuppone la fornitura di determinate prestazioni alla indifferenziata generalità di cittadini (cfr. Corte di giustizia 21.9.1999, C-67/96); il che non ricorre nella specie, non mirando i servizi di cosiddetto efficientamento energetico a soddisfare in via diretta immediate esigenze della collettività provinciale (Cons. Stato Sez. V, 22.3.2010, n. 1651).

Il Collegio ritiene, tuttavia, che, nella specie, la costituzione della ES.Co sia, in ogni caso legittima, sussistendo il collegamento fra il suo oggetto sociale e gli scopi istituzionali del socio pubblico di riferimento richiesto dall'art. 3, comma 27 della L. 244 del 2007.

Alla predetta norma la giurisprudenza ha attribuito una duplice valenza.

Da una lato si è affermato che essa è intesa ad impedire che possano operare sul mercato società a capitale pubblico svolgenti promiscuamente la propria attività sia a favore dei soci sia a favore dell'utenza privata, le quali vengono a trovarsi in una posizione concorrenziale privilegiata nella competizione con gli altri imprenditori privati in forza

dell'affidamento diretto (Corte cost. 326/08; Cons. Stato Ad. plen. 3.6.2011, n. 10).

Dall'altro si è chiarito che il divieto posto dalla citata disposizione è, altresì, volto ad impedire che le amministrazioni pubbliche possano costituire enti con scopo meramente lucrativo, ove l'attività da essi svolta non sia anche funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. Stato, Sez. VI, 20.3.2012 n. 1574).

Nel caso di specie la ES.Co che la Provincia di Milano intende costituire è, destinata ad operare esclusivamente a favore della Provincia e, se del caso, nei confronti di ulteriori soci pubblici, ma non anche a favore del pubblico.

Sotto un diverso aspetto non appare, inoltre, possibile ritenere che le attività che essa è chiamata a svolgere abbiano una rilevanza meramente patrimoniale in quanto estranee ai compiti strettamente necessari per il perseguimento dei fini istituzionali della Provincia.

Infatti, il rapporto di strumentalità fra i servizi da prestare ed il perseguimento dell'interesse pubblico non può essere inteso in termini di mera sostituzione della nuova società nei compiti propri dell'ente pubblico che ne detiene il capitale, ma può realizzarsi anche quando l'attività di impresa, oltre a produrre un utile, sia strettamente correlata alle funzioni istituzionali di quest'ultimo.

A tal proposito occorre ricordare che fra le funzioni attribuite alle province vi è anche quella di valorizzazione dell'ambiente e delle risorse idriche ed energetiche (art. 19, comma 1 del D.lgs. 267/2000). Rientrano, quindi, sicuramente nell'alveo di tali attribuzioni le attività di ottimizzazione dell'utilizzo delle risorse energetiche relative ad un numero elevato di immobili presenti sul territorio in quanto ciò consente alla Provincia di Milano di realizzare non solo un obiettivo di carattere finanziario e patrimoniale, ma anche di coordinare ed indirizzare l'attività pubblica e privata verso progetti e soluzioni innovative o comunque pilota che possano contribuire ad una più ampia diffusione delle pratiche di risparmio energetico su tutto il territorio di sua competenza.

Senza contare, poi, che ai sensi degli art. 12 e seguenti del D.Lgs. 115 del 2008, attuativo della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici, la predisposizione di misure volte al miglioramento dell'efficienza energetica sembra essere divenuta un compito attribuito in via generale a tutte le pubbliche amministrazioni che devono provvedervi in proprio o attraverso opportune forme di esternalizzazione fra le quali non vi è ragione di escludere la costituzione di partnership con soggetti privati scelti attraverso moduli concorrenziali così come previsto dall'art. 15 del richiamato decreto legislativo.

Pertanto, anche questo profilo la costituzione della ES.Co non può ritenersi estranea alle funzioni istituzionali della Provincia di Milano.

La palese infondatezza del motivo rende superfluo rinviare la questione all'esame della Corte di giustizia.

Del pari da disattendere è il secondo motivo con il quale è stato denunciato l'illegittimo richiamo all'art. 23bis del D.L. 112/2008 operato dalla delibera della Giunta provinciale 15.3.2011, n. 71. E' palese, infatti, che l'erroneo richiamo della normativa in materia di servizi pubblici locali non ha avuto alcun concreto riflesso sulla disciplina della gara e sull'oggetto dell'affidamento che è chiaramente circoscritto a servizi destinati in favore esclusivo dei soci pubblici.

Pertanto, anche ove detto richiamo fosse espunto in questa sede giurisdizionale, nessun concreto giovamento potrebbero trarre da ciò l'Associazione e le Società ricorrenti.

Per le stesse ragioni deve respingersi anche il rilievo formulato con il quinto motivo, con il quale è stata denunciata l'incompetenza della Giunta provinciale, che nell'introdurre l'indicata disposizione sui servizi pubblici locali avrebbe invaso i poteri del Consiglio.

Anche la terza censura, con la quale è stato dedotto che i servizi energetici che si richiederanno alla futura ES.Co sarebbero acquisibili sul mercato, al quale verrebbero arbitrariamente sottratti, non può essere condivisa.

Da un lato, infatti, seppure la gestione del servizio energia sia stata in precedenza effettuata tramite singoli appalti

indetti dalla Provincia, non è dubitabile che la costituenda società non opererà sul mercato, prestando la propria opera soltanto a favore del socio pubblico costituente o comunque di altri, potenziali soci pubblici; dall'altro, non può, parimenti, dubitarsi del fatto che lo strumento di una *partnership* pubblico - privata di carattere istituzionale – qualora venga realizzata in conformità delle regole previste in sede comunitaria e dal codice dei contratti pubblici – è conforme alle regole della concorrenza per il mercato in quanto, sia pur attraverso l'interposizione della società mista, l'affidamento viene in sostanza a far capo ad un socio operativo scelto mediante procedura pubblica e trasparente.

Alcun conflitto d'interessi si configura, poi, diversamente da quanto ulteriormente illustrato nel quinto motivo, in relazione alla persistenza in capo alla Provincia di poteri di autorizzazione per la realizzazione di impianti per la produzione di energia ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. 387/2003.

Il fatto che la Provincia disponga di poteri attinenti all'autorizzazione all'esercizio ed alla installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili non significa che essa, direttamente o tramite proprie società, non possa utilizzare tale tipo di fonti energetiche.

Inoltre, non si vede come nei rapporti tra la Provincia e la ES.Co si possano profilare convergenti interessi in violazione del principio d'imparzialità della pubblica Amministrazione, posto che i poteri attribuiti alla prima devono essere esercitati in base a puntuali disposizioni di legge rispetto alle quali la Provincia effettua valutazioni di carattere eminentemente tecnico, senza esercitare una vera e propria discrezionalità amministrativa.

Anche il sesto motivo deve essere respinto in entrambi i profili enunciati.

Inesistente appare invero il dedotto difetto di motivazione, atteso che le delibere del Consiglio e della Giunta hanno esposto articolatamente le ragioni che sono state poste a base della costituzione della nuova ES.Co e che per converso alcuna ragione doveva esporsi a sostegno della non acquisibilità sul mercato degli stessi servizi. Da quest'ultimo punto di vista vale richiamare quanto ha puntualmente replicato nella sua memoria del 6.6.2011 la Provincia, sottolineando che la ricerca del socio privato avviene sul mercato nel concorso di tutte le imprese che vi operano e che reputano di poter partecipare all'indetta gara.

Inammissibile è il rilievo introdotto nella seconda parte dello stesso motivo, con il quale si contesta la mancata trasmissione degli atti alla Corte dei Conti, posto che si tratta di un adempimento, preordinato ad una fase di controllo successiva della magistratura contabile, che non incide sulla validità o sulla efficacia della delibera.

Con la successiva censura le ricorrenti hanno richiamato l'indirizzo della giurisprudenza comunitaria e nazionale sulla base del quale può procedersi all'affidamento diretto di lavori o di servizi a una società a partecipazione mista a condizione che la sua costituzione sia prevista da una norma di legge, che il partner privato sia scelto non sulla scorta della sua solidità finanziaria, ma della sua capacità organizzativa e con pubblica gara, che la nuova società operi almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica e che sia definito puntualmente l'oggetto dei servizi o dei lavori da svolgere entro un predeterminato termine.

A parere delle ricorrenti l'operazione posta in essere dalla Provincia di Milano non sarebbe rispettosa delle predette regole, non evincendosi dalla disciplina di gara, oltre ai criteri, peraltro, illegittimi di scelta del socio privato, l'esatta definizione dei servizi da svolgere da parte della costituenda società per la quale la trasferibilità delle azioni autorizzerebbe, tra l'altro, la sostituzione dell'aggiudicatario al di fuori di una pubblica gara.

Osserva, in proposito, la Sezione che, secondo un unico indirizzo giurisprudenziale, deve ritenersi esclusa la possibilità di costituire società miste ad oggetto generale a cui possano essere indiscriminatamente plurimi servizi non individuati a priori (cfr. Cons. Stato parere del 18.4.2007, n. 456, Adunanza plenaria 3.3.2008, n. 1; Corte di giustizia 15.10.2009, C-196/08; Cons. Stato, Sez. VI, 16.3.2009, n. 1555); al fine di garantire il rispetto del principio di concorrenza per il mercato la procedura di scelta del socio privato deve, quindi, consistere in una gara

nella quale siano puntualmente precisate le attività operative da svolgere, in modo tale che l'affidamento abbia ad oggetto non solo una quota del capitale sociale, ma anche uno specifico servizio puntualmente individuato in tutti i suoi elementi.

Tali principi sono emersi a seguito della conclusione di un lungo *excursus* della giurisprudenza, che si è mosso concordemente a quanto rappresentato dalla Commissione europea nella sua comunicazione del 5.2.2008 in tema di partenariato pubblico - privato istituzionalizzato (PPPI).

In quella sede la Commissione ha evidenziato che anche nell'ambito dei partenariati pubblico - privati devono trovare attuazione i principi di parità di trattamento e non discriminazione i quali implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire in favore di ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità che apre il mercato dei servizi alla concorrenza. Ciò comporta che l'amministrazione che intenda realizzare un'operazione di partenariato debba includere nel bando di gara o nel capitolato d'oneri informazioni di base sull'appalto o sulla concessione che verranno affidati alla società a capitale misto, oltre a tutti gli altri elementi che regoleranno il rapporto fra l'amministrazione stessa e il socio privato.

Gli operatori economici potenzialmente interessati alla operazione di partenariato debbono perciò essere messi fin dall'inizio a conoscenza di tutte le informazioni che possano influire sulla decisione di presentare o meno un'offerta e sulla determinazione del suo contenuto.

Alla stregua di quanto sopra il settimo e l'ottavo motivo, che possono essere esaminati congiuntamente, sono a parere del Collegio fondati, constando la palese violazione dell'art. 32, comma 3 del D.lgs. 163 del 2006 e dei principi comunitari più sopra richiamati.

I compiti affidati alla costituenda ES.Co sono stati, infatti, tratteggiati in modo generico nell'art. 3 dello statuto e nel paragrafo 2 del disciplinare ove si prevede che essa persegue lo scopo di conseguire l'efficienza e il risparmio, ma anche quello di produrre energia da fonti rinnovabili, sviluppare azioni finalizzate all'efficienza energetica per produrre benefici di carattere economico ed ambientale, per progettare, realizzare e gestire interventi nel campo energetico, nonché promuovere per la conservazione del patrimonio immobiliare, ambientale e naturale dei territori di riferimento la ricerca e lo sviluppo nel campo dell'energia, la progettazione, realizzazione e gestione di sistemi di illuminazione interna ed esterna, la gestione dell'energia autoprodotta, garantire i livelli di prestazione proposti attraverso meccanismi contrattuali di EPG (*energy performance contract*), eseguire diagnosi e certificazioni energetiche a supporto delle attività svolte con concorrente diffusione, sensibilizzazione e informazione sull'efficienza energetica e le fonti rinnovabili.

Alla luce di tali ampie enunciazioni l'affidamento dei servizi di *efficientamento* energetico relativi ai 133 immobili della Provincia individuati nella relazione allegata al bando appare essere incontestabilmente solo uno delle possibili compiti istituzionali della ES.Co la cui attività, pur restando nel settore dell'energia, potrebbe spaziare nei campi più diversi.

Né appare ammissibile che la puntualizzazione delle attività demandate alla Società possa avvenire successivamente all'aggiudicazione del contratto, atteso che, avendo quest'ultimo ad oggetto il solo patrimonio immobiliare e l'incremento dei servizi energetici che lo riguardano, la sua modifica successiva si tradurrebbe, come si è più sopra sottolineato, in una sostanziale alterazione delle condizioni di gara in violazione dei richiamati principi comunitari di pubblicità, trasparenze e par condicio.

La correttezza dell'operazione deliberata dalla Provincia di Milano appare, inoltre, inficiata dalla previsione secondo cui la società mista svolgerà i suoi servizi, oltre che per la Provincia di Milano anche a favore di una indeterminata serie di enti pubblici che in futuro potrebbero entrare nella sua compagine sociale.

Anche tale elemento rende del tutto indeterminate e aleatorie la quantità e la qualità delle prestazioni che

potrebbero essere richieste alla società e compromette conseguentemente l'esigenza di una adeguata valutazione preventiva delle stesse.

Peraltro, anche a voler rimanere nell'ambito del settore della gestione energetica del patrimonio immobiliare, non pare che le informazioni fornite dalla Provincia agli operatori potessero essere sufficienti a garantire agli operatori un'informativa che permettesse la presentazione di un'offerta tecnica ed economica adeguata, tenuto conto della complessità del servizio e dei termini previsti per la presentazione delle domande.

E' vero, come afferma la Provincia che il disciplinare (nei suoi allegati) conteneva i dati specifici relativi ai volumi degli edifici, all'anno di costruzione, agli interventi di manutenzione eseguiti, alla destinazione d'uso, alla disponibilità di una certificazione energetica o di *audit* energetico, ai consumi energetici storici dal 2007 al marzo 2010 di elettricità, gas naturale o altro combustibile con censimento delle torri faro per l'illuminazione stradale; tuttavia, pur trattandosi di documentazione obiettivamente utile per la predisposizione dell'offerta, una corretta informativa avrebbe richiesto ulteriori indicazioni, quali quelle, aventi ad oggetto le caratteristiche tecniche degli esistenti impianti, la loro potenza, la data d'installazione e lo specifico combustibile utilizzato, oltre che lo stato manutentivo di essi e l'eventuale presenza di strumenti di coibentazione negli edifici.

Resta, invece, ferma ad avviso della Sezione, la suddivisione in tre quote di quella del 40% pari alla partecipazione riservata ai soci privati, tenuto conto dell'obiettiva esigenza di far ricorso al credito per un'ingente provvista e del perseguimento di un'adeguata diffusione dell'intrapresa e dei suoi risultati nel tempo, garantita da una contenuta quota in mano ai soci privati.

Il Collegio ritiene altresì fondato il profilo di censura con il quale la Società ricorrente si duole del fatto che l'oggetto dell'appalto sarebbe del tutto indeterminato anche sotto il profilo economico in quanto la Provincia, pur avendo stabilito d'indire l'impugnata gara con il parametro dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non ha fornito alcuna indicazione, nemmeno di massima, in ordine alla remunerazione dei servizi e degli investimenti che la ES.Co e, quindi anche il socio privato, sarà chiamata ad effettuare per incrementare l'efficienza energetica degli immobili provinciali.

La Provincia di Milano replica sul punto che il corrispettivo del servizio reso dalle ES.Co non è dato da una somma contrattualmente definita a priori, ma che è costituito da una percentuale sul risparmio complessivo della bolletta energetica che le soluzioni proposte saranno in grado di far conseguire al cliente; conseguendo da ciò che la remuneratività dei servizi e degli investimenti non avrebbe potuto costituire un elemento della base d'asta essendo, invece parte integrante dei progetti economico - finanziari allegati alle offerte che l'Amministrazione avrebbe valutato sulla base dei criteri indicati nel disciplinare.

Il Collegio osserva, tuttavia, che la specificità del contratto di miglioramento energetico non giustifica la totale assenza di una previsione economica iniziale da parte della Stazione appaltante.

Infatti, una previsione di massima del rapporto fra servizi, investimenti e risparmi sarebbe stata necessaria quantomeno ai fini della determinazione della durata della Società e, quindi, del partenariato istituzionale instaurato con il socio privato, poiché solo attraverso una ragionevole previsione della quantità degli investimenti necessari per il miglioramento della resa energetica degli impianti (comportante un'analisi del loro stato di obsolescenza in relazione all'attuale livello della tecnologia) e del loro ritorno sarebbe stato possibile comprendere il tempo necessario per garantire la copertura dei relativi costi ed il conseguimento di un ragionevole margine di profitto.

La Provincia, invece, non ha elaborato un siffatto progetto (delegandone in toto la predisposizione ai partecipanti) e ciò ha fatto sì che la durata della Società sia stata stabilita in un periodo di tempo insolitamente lungo (fino al 2050) senza minimamente ponderare se la rendita di posizione in tal modo garantita al partner privato sia o meno

giustificata dalla quantità degli investimenti necessari a promuovere gli attesi risparmi energetici ed ai loro costi.

L'assenza di una base progettuale ha, inoltre, comportato un evidente deficit di specificità dei criteri di valutazione previsti dal disciplinare di gara che si limitano ad indicare taluni elementi contenutistici del piano finanziario e di quello industriale come le modalità di reperimento delle risorse finanziarie, la diversificazione tecnologica, il potenziale di sviluppo delle attività, l'incidenza sullo sviluppo territoriale della Provincia, senza, tuttavia, enucleare dei parametri idonei a graduare il merito delle singole proposte.

Ciò comporta che la selezione dei progetti presentati dalle imprese partecipanti, anziché avvenire in base a criteri trasparenti, certi e predeterminati, sia stata demandata in toto alla discrezionalità della commissione giudicatrice che necessariamente si esplica ex post rispetto al momento della formulazione delle offerte.

Tale modo di procedere si pone, però, in contrasto con i principi di trasparenza, obiettività, e pubblicità dei criteri di valutazione delle offerte previsti dalle direttive comunitarie in materia di affidamento di appalti pubblici (46° considerando della direttiva CE 2004/18), dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE (sentenza 24 gennaio 2008 n. C. 532/06) e dal diritto interno (art. 83 del D.Lgs 163 del 2006), al fine di garantire la concorrenza e la par condicio fra i diversi operatori che aspirano alla aggiudicazione delle commesse pubbliche

L'accoglimento delle predette censure comporta la caducazione dell'intera operazione intrapresa dalla Provincia di Milano che, se del caso, potrà essere ripresa su nuove basi.

Ciò comporta la piena soddisfazione dell'interesse azionato dalle società ricorrenti e giustifica l'assorbimento dei restanti motivi.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I., definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna la Provincia di Milano alla rifusione delle spese di lite a favore delle ricorrenti, che liquida in complessivi Euro 12.000,00, oltre ad I.V.A. e c.p.a.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2012

IL SEGRETARIO

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