



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5911 del 2008, proposto da Co.Tra.L s.p.a., Co.Tra.L patrimonio s.p.a., in persona dei legali rappresentanti, rappresentati e difesi dall'avvocato Mario Sanino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Aurora Assicurazioni s.p.a., rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Vinti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilia, 88;

nei confronti di

Le Assicurazioni di Roma - Mutua Assicuratrice Comunale Roma;

sul ricorso numero di registro generale 5897 del 2008, proposto dalle Assicurazioni di Roma - Mutua Assicuratrice, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianpaolo Ruggiero e Massimo Zaccheo, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Barnaba Oriani, 32;

contro

Aurora Assicurazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Vinti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilia, 88;

nei confronti di

Co.Tra.L s.p.a, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Sanino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi n. 5897 e n. 5911 del 2008:

della sentenza del 12 maggio 2008, n. 3886, del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione II-ter.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2012 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti l'avvocato Barbieri, per delega degli avvocati Vinti e Sanino, e l'avvocato Ruggiero anche per l'avvocato Zaccheo.

FATTO e DIRITTO

1.– La Società Co.Tra.L (d'ora innanzi solo Cotral o Società), che si occupa della gestione ed esecuzione del servizio di trasporto pubblico nel territorio regionale del Lazio, ha fatto parte, sino al 2001, della compagine societaria «Le Assicurazioni di Roma» – Mutua Assicuratrice Comunale Romana (d'ora innanzi solo Le Assicurazioni di Roma).

Tale Società ha affidato, all'esito di una procedura di gara, l'erogazione di prestazioni assicurative relative ai propri autobus extraurbani alla Winterthur Assicurazioni s.p.a., la quale è stata successivamente incorporata, mediante atto di fusione, in Aurora Assicurazioni s.p.a.

In prossimità della scadenza del contratto prevista per il 31 dicembre 2005, la Cotral ha indetto una nuova procedura che è stata poi revocata a seguito della proposizione di un ricorso giurisdizionale da parte di una delle imprese concorrenti.

Con la deliberazione dell'11 novembre 2005, n. 67, del consiglio di amministrazione, la Cotral ha accettato la proposta di Assicurazioni di Roma di reingresso nella propria compagine societaria ed ha autorizzato i propri uffici a stipulare i contratti assicurativi per l'anno 2006.

Tale deliberazione è stata impugnata col ricorso n. 310 del 2006 innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sezione II-ter, da Aurora Assicurazioni s.p.a.

1.1.– Il Tribunale amministrativo, con la sentenza del 12 maggio 2008, n. 3886, dopo avere rigettato l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione della ricorrente, ha accolto il motivo con il quale era stata dedotta la violazione dell'art. 13, lettera d), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 (Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi). In particolare, il primo giudice ha affermato che la deliberazione, risolvendosi in un affidamento a trattativa privata, senza pubblicazione del bando, del servizio in esame si porrebbe in contrasto con le regole della concorrenza in assenza dei presupposti di imprevedibilità ed eccezionale urgenza che giustificano la mancata attivazione di una procedura concorsuale.

2.– La Cotral e Le Assicurazioni di Roma hanno proposto due distinti appelli che, in ragione della loro connessione, devono essere riuniti per essere decisi con un'unica sentenza.

2.1.– Si è costituita in entrambi in giudizio l'Aurora Assicurazioni s.p.a., chiedendo il rigetto degli appelli.

All'udienza del 20 ottobre 2012 le cause sono state trattate per la decisione.

3.– Gli appelli non sono fondati.

4.– Con un primo ordine di motivi, strettamente connessi, le appellanti hanno dedotto l'erroneità della sentenza del Tar, in quanto alla Cotral, essendo una società di diritto privato, non può essere precluso di acquisire la partecipazione azionaria di un'altra società. Il primo giudice non avrebbe considerato che, avendo Le Assicurazioni di Roma la natura giuridica delle mutue assicurazioni, una volta che la Cotral ha acquistato la qualità di socio diventa obbligatorio, ai sensi dell'art. 2546 cod. civ. e dello statuto, essere assicurata presso la stessa società.

Queste valutazioni di ordine sostanziale comporterebbero, sul piano processuale, che, venendo in rilievo atti posti in essere nell'esercizio della capacità di diritto privato, la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice ordinario.

4.1.– I motivi non sono fondati.

Nell'ambito delle società pubbliche occorre distinguere le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa.

Le prime sono assoggettate, in linea di principio, allo statuto privatistico dell'imprenditore, le seconde alle regole

pubblicistiche applicabili alla pubblica amministrazione (Cons. Stato, VI, 20 marzo 2012, n. 1574).

Nell'ambito delle società che svolgono attività amministrativa devono annoverarsi i soggetti in *house providing*.

Elementi identificativi di tali soggetti, alla luce della normativa e degli orientamenti giurisprudenziali europei e nazionali, sono il "controllo analogo" e l' "attività dedicata".

Il primo, presupponendo che l'ente o gli enti pubblici effettuino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici e servizi, impone non solo che i soci pubblici detengano la totalità delle azioni, ma anche che siano dotati di poteri decisionali (direttivi, ispettivi e di nomina) idonei a determinare una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società.

Il secondo richiede che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano.

La presenza dei suddetti requisiti determina l'inserimento dell'ente nell'ambito della struttura organizzativa dell'amministrazione pubblica che ne detiene il capitale sociale.

Nel caso in esame deve ritenersi che la Cotral sia un soggetto in *house*.

Lo statuto prevede, infatti, che la stessa è soggetta «al controllo analogo dell'ente affidante ai sensi della normativa comunitaria e nazionale in materia di società in *house providing*» (art. 30 comma 1) ed è «tenuta a realizzare e gestire la parte prevalente delle attività (...) in favore dei soci» (art. 3, comma 2).

La suddetta qualificazione giuridica implica, sul piano sostanziale, che l'attività della Società è sottoposta al rispetto delle norme di diritto pubblico che impongono, tra l'altro, l'osservanza delle regole a tutela della concorrenza "per il mercato".

L'acquisizione delle prestazioni assicurative può, pertanto, avvenire seguendo due diverse modalità.

In primo luogo, la Società potrebbe stipulare con un soggetto terzo un contratto che deve essere preceduto – salvo che ricorrano i presupposti, mancanti nella specie, che giustificano la trattativa privata – da un procedimento amministrativo di evidenza pubblica.

In secondo luogo, la Società potrebbe decidere di acquisire una partecipazione sociale in una determinata società. La scelta gestionale deve, però, anche in questo caso, avvenire previo svolgimento di una procedura di gara finalizzata alla individuazione della società che dovrà poi effettuare quelle determinate prestazioni.

Né si può pervenire ad una conclusione diversa, come sostenuto dalle appellanti, per il fatto che si è in presenza di una società mutua di assicurazione. Questa particolare tipologia societaria si caratterizza per lo stretto collegamento che esiste tra il rapporto sociale e il rapporto di assicurazione: non si può, infatti, «acquistare la qualità di socio se non assicurandosi presso la società» (art. 2546, secondo comma, cod. civ.). Ciò implica che il perseguimento dell'intento mutualistico si attua immediatamente per effetto della partecipazione sociale.

Tale identificazione di rapporti, sul versante pubblicistico, rende sostanzialmente equivalenti le decisioni di rivolgersi ad un terzo mediante la stipula di un contratto dall'oggetto determinato ovvero di partecipare ad una società per ottenere lo stesso oggetto. Ne consegue che la scelta della partecipazione azionaria - proprio perché implica l'acquisizione della prestazione assicurativa - deve essere preceduta da un procedimento di evidenza pubblica.

Sul piano processuale, la qualificazione della stazione appaltante come soggetto in *house* giustifica, venendo il rilievo il sindacato su attività amministrativa, l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo.

5.– Con un secondo ordine di motivi le appellanti deducono, sotto diversi angoli prospettici, la legittimità dell'affidamento diretto.

5.1.– In primo luogo, Le Assicurazioni di Roma affermano di essere un soggetto in *house*, con la conseguenza che sarebbe legittimo l'affidamento diretto dei servizi in esame.

Il motivo non è fondato.

L'appellante, a prescindere da qualunque altra valutazione, non ha, infatti, dimostrato la sussistenza del requisito del controllo analogo, non essendo sufficiente la generica asserzione secondo cui, oltre alla totalitaria partecipazione pubblica, sussisterebbe una «stretta correlazione tra l'attività esercitata dal soggetto affidatario e quella svolta dai soggetti affidanti».

5.2.– In secondo luogo, Le Assicurazioni di Roma ritengono che il primo giudice non avrebbe considerato quanto disposto dall'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

Tale disposizione, infatti, pone un divieto assoluto per le società pubbliche di svolgere prestazioni di servizi per soggetti diversi da quelli partecipanti al capitale sociale, ma – ad avviso dell'appellante – consentirebbe la possibilità di un affidamento diretto in favore della società da parte del singolo socio.

Il motivo non è fondato.

L'art. 13 prevede, al primo comma, che, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto – costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza – devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.

Il secondo comma dispone che le medesime società sono «ad oggetto sociale esclusivo».

Sul piano soggettivo, la norma in esame presuppone che le società pubbliche da essa disciplinate svolgano attività amministrativa strumentale indirizzata agli enti di riferimento e non al mercato.

Il divieto di porre in essere attività per soggetti diversi persegue il fine di evitare, in attuazione del principio di separazione tra l'attività amministrativa e quella di impresa, che «un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione» (Corte cost. n. 326 del 2008; si veda anche Cons. Stato, Ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17). Nel caso in esame l'appellante non ha dimostrato di essere una società pubblica che svolge attività amministrativa.

Sul piano oggettivo, la predetta disposizione non si occupa della questione relativa agli affidamenti del socio alla società.

In definitiva, dunque, il richiamo all'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 1996 formulato dall'appellante risulta inconferente ai fini della risoluzione della controversia.

5.3.– Infine, si assume la legittimità dell'affidamento diretto mediante trattativa privata, in quanto sussisterebbe, da un lato, il requisito della imprevedibilità, essendo stata annullata in via di autotutela la procedura di gara in corso a seguito del ricorso giurisdizionale proposto da uno dei partecipanti e, dall'altro, il requisito dell'urgenza, dovendo essere salvaguardata la continuità del servizio.

Il motivo non è fondato.

In via preliminare deve rilevarsi che il ricorso alla procedura negoziata, derogando al principio generale della pubblica gara, è ammesso soltanto in casi eccezionali da disposizioni che, in quanto tali, sono di stretta interpretazione.

L'art 13 del d.lgs. n. 158 del 1995, applicabile *ratione temporis*, nell'elencare le fattispecie che giustificano tale metodo di scelta del contraente, prevede, alla lettera d), che la trattativa privata è ammissibile «nella misura

strettamente necessaria, quando per l'eccezionale urgenza derivante da avvenimenti imprevedibili per il soggetto aggiudicatore i termini stabiliti per le procedure aperte o ristrette non possono essere rispettati».

Il Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare che la imprevedibilità dell'evento non deve essere riconducibile ad una condotta dell'amministrazione (tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426). In linea di principio, non può, pertanto, rientrare nel campo di applicazione della norma la fattispecie della invalidità della procedura di gara causata dalla stessa stazione appaltante e accertata nell'esercizio dei poteri di autotutela.

Si tenga conto, inoltre, che le esigenze di consentire la continuità delle prestazioni possono essere soddisfatte mediante diverse modalità operative che devono comunque avere tutte il connotato della transitorietà.

7.– Per le ragioni sin qui esposte gli appelli devono essere rigettati.

8.– Le società appellanti sono condannate, senza vincoli di solidarietà, al pagamento, in favore di Aurora Assicurazioni s.p.a., delle spese processuali che si determinano in complessivi euro 8.000, oltre iva e cpa, ove dovuti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione degli stessi, li rigetta.

Condanna le società appellanti, senza vincoli di solidarietà, al pagamento, in favore di Aurora Assicurazioni s.p.a., delle spese processuali che si determinano in complessivi euro 8.000, oltre iva e cpa, ove dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

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