



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 639 del 2012, proposto da:

Aprica Spa, La Bi.Co. Due Srl, rappresentate e difese dall'avv.to Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via XX Settembre n. 8;

contro

Comune di Gambara, rappresentato e difeso rappresentato e difeso dall'avv.to Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Diaz n. 13/c;

Comune di Fiesse, Comune di Pralboino, non costituitisi in giudizio;

nei confronti di

R.T.I. Solidarietà Provagliese Coop. Sociale Onlus, Cogeme Gestioni Srl, rappresentate e difese dall'avv.to Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Elena Pagani in Brescia, Via Gramsci n. 30;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO IN DATA 20/4/2012 N. 47, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA RIFIUTI E IGIENE AMBIENTALE;

- DEI VERBALI DI GARA, IN PARTICOLARE QUELLI DEL 20/2/2012 E DEL 5/3/2012

e per l'accertamento

- DELLA COLLOCAZIONE DELLA RICORRENTE AL PRIMO POSTO DELLA GRADUATORIA

e per la declaratoria

- DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gambara e di R.T.I. Solidarietà Provagliese Coop. Sociale Onlus e di Cogeme Gestioni Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Bi.Co. ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Gambara (unitamente ai Comuni di Fiesse e Pralboino) per l'affidamento del servizio di gestione integrata rifiuti, per un valore stimato di 5.851.237,60 € + IVA. Dopo l'aggiudicazione alla ricorrente, il Comune annullava in autotutela il bando e dava impulso a una nuova procedura selettiva, avverso la quale Bi.Co. proponeva ricorso lamentando l'illegittimità di alcuni criteri di valutazione: dopo l'eliminazione di questi ultimi (in esito ad una misura cautelare) il Comune riapriva i termini per la presentazione delle offerte.

Al termine del confronto comparativo la Commissione aggiudicava il servizio all'A.T.I. controinteressata, mentre il raggruppamento ricorrente si classificava al secondo posto.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione le ricorrenti impugnano gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione dell'art. 37 comma 4 e 13 del D. Lgs. 163/2006 e del principio di corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione, in quanto il raggruppamento controinteressato ha ripartito i compiti assegnando il 70% alla mandataria e il 30% alla mandante Cogeme Gestioni, il cui servizio di smaltimento tuttavia corrisponde al 35,25% dell'offerta presentata;
- b) Violazione dell'art. 4 commi 32-ter e 33 del D.L. 138/2011 poiché la controinteressata Cogeme Gestioni gestisce in affidamento diretto servizi pubblici in diversi Comuni in spregio alla concorrenza, e con tale privilegio è avvantaggiata al momento della presentazione delle offerte;
- c) Violazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006 (decreto Bersani) e del principio di libera concorrenza, dato che Cogeme Gestioni doveva essere esclusa dalla gara in quanto partecipata, seppur indirettamente, da 5 Società patrimoniali controllate al 100% da Enti locali e create per soddisfare bisogni istituzionali di questi ultimi.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e le controinteressate, chiedendo la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 21/11/2012 il ricorso introduttivo veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Le Società ricorrenti lamentano la mancata esclusione dell'ATI controinteressata dalla procedura competitiva.

1. Con il primo motivo Aprica e Bi.Co Due deducono la violazione dell'art. 37 commi 4 e 13 del D. Lgs. 163/2006 e del principio di corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione, in quanto il raggruppamento controinteressato ha ripartito i compiti assegnando il 70% alla mandataria e il 30% alla mandante Cogeme Gestioni, il cui servizio di smaltimento tuttavia corrisponde al 35,25% dell'offerta presentata: i relativi costi sommati ammontano a 219.815,90 €, cifra che non equivale appunto al 30%, con lesione del principio che impone la corrispondenza tra quota dichiarata (187.085,63 € pari al 30%) e quota di esecuzione (219.815,9 € pari al 35%).

La censura è priva di pregio.

1.1 Come già sottolineato (cfr. sentenza Sezione 19/7/2012 n. 1385), l'art. 37 comma 13 del D. Lgs 163/2006 – con disposizione valida anche per gli appalti di servizi e forniture – stabilisce che i concorrenti riuniti in ATI devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, di parti di esse) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, e che vi è la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II – 30/4/2012 n. 3891). E' altresì richiesto che la singola impresa componente dell'A.T.I. abbia la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente alla

quota di partecipazione, il tutto a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione: l'inosservanza di detta regola comporta l'inammissibilità dell'offerta contrattuale, perché implica l'adempimento da parte di un'impresa priva (almeno in parte) di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso (Consiglio di Stato, sez. III – 16/2/2012 n. 793).

1.2 Nella fattispecie è pacifico che l'ATI dichiarata vincitrice ha puntualmente specificato la parte servizio che la mandante si impegna ad eseguire, ossia lo smaltimento rifiuti, ed il corrispondente valore (adempimento imposto dall'art. 37 comma 4 del Codice dei contratti per rendere effettiva la previsione di cui al comma 13 - Consiglio di Stato, sez. III – 11/5/2011 n. 2804), e non è contestata la ricorrenza dei requisiti di ammissione proporzionati alla quota di partecipazione. Il lieve scostamento tra percentuale di partecipazione e parte del servizio da svolgere è imputabile (come chiarito dalla difesa della controinteressata facendo riferimento alla proposta rassegnata - doc. 6a) alla parametrizzazione del valore economico dello smaltimento al prezzo posto a base di gara (733.771,90 €) e non alla propria offerta economica complessiva (623.618,78). Tale imprecisione è irrilevante, in quanto sono stati chiaramente illustrati (e dimostrati) in sede di gara la parte da eseguire ed i requisiti di ammissione correlati, nonché la loro concordanza con la quota di partecipazione, con una tendenziale (anche se non perfetta) coincidenza tra le cifre percentuali. La ratio sostanziale della disposizione risulta salvaguardata, e non è certamente applicabile la massima sanzione dell'esclusione per una semplice svista nella costruzione del rapporto percentuale, verificabile con il semplice esame degli atti.

2. Con la seconda doglianza parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 4 commi 32-ter e 33 del D.L. 138/2011 poiché la controinteressata gestisce in affidamento diretto servizi pubblici in diversi Comuni in spregio alla concorrenza, e con tale privilegio è avvantaggiata al momento della presentazione delle offerte. Invoca la sentenza della Sezione n. 939/2011, confermata dal Consiglio di Stato, e precisa che, anche se il bando è stato pubblicato il 28/11/2011 quando era in vigore la prima versione dell'art. 4 comma 33 del D.L. 138/2011 (poi modificata dal D.L. 1/2012), le deroghe ivi contemplate erano applicabili entro il periodo transitorio, ma Cogeme Gestioni ha esaurito contrattualmente tutte le concessioni il 31/12/2010, e le proroghe sono state adottate dopo la scadenza naturale dei rapporti negoziali (come, a mero titolo di esempio, presso i Comuni di Urigo d'Oglio e Mairano).

L'argomentazione non è passibile di positivo scrutinio.

2.1 Non può essere ritenuta indifferente la modifica del quadro normativo di riferimento alla data di pubblicazione del bando di gara. L'art. 4 comma 32 lett. a) del D.L. 138/2011 ha infatti rimodulato (differendone la soglia temporale) il regime transitorio degli affidamenti diretti in contrasto con le disposizioni del decreto e non rientranti nelle successive lettere da b, c e d (che contemplano i conferimenti a favore di Società miste e di Società quotate in borsa), per cui gli stessi *“cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012”* (termine prorogato al 31/12/2012 dalle successive novelle legislative). Come sottolineato da questa Sezione nell'ordinanza 23/8/2012 n. 1459 *“il bando ha quindi riprodotto una normativa che in quel momento non impediva agli affidatari diretti di partecipare alla gara, essendo stata prorogata la scadenza del periodo transitorio e con essa la finestra temporale in cui risulta legittima la commistione di affidamenti diretti e di affidamenti ottenuti tramite gara”*.

2.2 La Corte di Giustizia (cfr. sentenza 23/12/2009 causa C-305/08) – sulla questione della *“possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che ... vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati”* – ha affermato che *“si deve sottolineare che il quarto ‘considerando’ della direttiva 2004/18 enuncia l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della*

partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico” (punto 32). La Corte ha poi riconosciuto che – nel caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l’offerente ha ottenuto un aiuto di Stato – “in talune circostanze particolari, l’amministrazione aggiudicatrice ha l’obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l’esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano”.

2.3 In disparte i riflessi della citata pronuncia sul terzo motivo di ricorso (che sarà esaminato più avanti) occorre sottolineare come l’individuazione di un periodo transitorio rappresenta un punto di equilibrio tra la scelta della normativa nazionale (la quale nella parte in cui esclude automaticamente dalle gare gli affidatari diretti di servizi pubblici locali, è più rigorosa di quella comunitaria) e l’indubbia utilità ritratta da chi ha acquisito o mantenuto vantaggi attraverso procedure non concorrenziali. La scansione temporale delle estensioni del periodo transitorio – riassunta da questo Tribunale nei propri precedenti 24/6/2011 n. 939; 10/8/2011 n. 1243 (confermati in appello dalla sez. V del Consiglio di Stato 21/6/2012 n. 3667 e 3668); 10/11/2011 n. 1556 – aveva già riconosciuto ai beneficiari di affidamenti diretti un termine di 8 anni, sufficiente per un graduale adeguamento ed una piena condivisione delle dinamiche del mercato. Ora il legislatore, in seguito all’abrogazione con referendum dell’art. 23-bis (il D.P.R. n. 113 del 18/7/2011 dichiarativo dell’effetto abrogativo è stato pubblicato il 20/7/2011 in Gazzetta Ufficiale) nell’esercizio della propria discrezionalità ha fissato un nuovo termine massimo, ossia una nuova soglia entro la quale si rientra ancora in una dinamica fisiologica, ed oltre la quale il rapporto instaurato assume una connotazione patologica a fronte della quale risulta ragionevole l’automatica perdita di qualunque ulteriore chance di accesso alle commesse pubbliche.

2.4 In questo contesto non giova alle ricorrenti il richiamo alla circostanza che alla data del 31/12/2010 i contratti stipulati da Cogeme Gestioni si erano conclusi per scadenza naturale. L’affidamento diretto durante il periodo transitorio è tollerato per esigenze di certezza e di tutela dell’impresa al mantenimento di una situazione in precedenza percepita come stabile, e tuttavia le disposizioni che regolano il percorso verso il nuovo scenario tengono conto di una realtà di fatto caratterizzata da numerosi provvedimenti *extra ordinem* temporanei – che garantiscono la continuità dei servizi per il tempo strettamente necessario all’espletamento di una gara pubblica – e la necessità per il gestore uscente di non poter interrompere un servizio di pubblica utilità, sopportando talvolta l’inerzia delle amministrazioni precedenti. In proposito l’art. 4 comma 32-ter, seppur posteriormente inserito dall’art. 25 comma 1 lett. b n. 7 del D.L. 24/1/2012 n. 1 (e modificato in sede di conversione), statuiva che “*Fermo restando quanto previsto dal comma 32 ed al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell’erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione dei servizi pubblici locali assicurano l’integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze ivi previste, ed in particolare il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi del servizio pubblico locale, alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio e dagli altri atti che regolano il rapporto, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all’apertura del mercato alla concorrenza ...*”.

2.5 Da ultimo, non è certo secondario l’effetto abrogativo *ex tunc* (che ha investito anche il predetto articolo 4) prodotto dalla sentenza della Corte costituzionale 199/2012. La soppressione delle previsioni contemplate nell’articolo si propaga a quelle che introducono le fattispecie ostative alla partecipazione alle gare. Sugli ulteriori effetti della pronuncia il Collegio si soffermerà in seguito, e per il momento si può ritenere che gli elementi illustrati siano sufficienti a suffragare la reiezione del motivo di ricorso.

3. Con ulteriore censura parte ricorrente assume la violazione dell’art. 13 del D.L. 223/2006 (decreto Bersani) e del principio di libera concorrenza, poiché Cogeme Gestioni doveva essere esclusa dalla gara in quanto partecipata,

seppur indirettamente, da 5 Società patrimoniali controllate al 100% da Enti locali e create per soddisfare bisogni istituzionali di questi ultimi: la separazione societaria tra una Società strumentale e una Società preposta alla gestione di servizi pubblici deve essere effettiva e non solo formale, contrariamente a quanto si verifica nella fattispecie in cui Cogeme Gestioni costituisce chiaramente un'articolazione della Società strumentale.

La prospettazione non è condivisibile.

3.1 Il Collegio conosce il precedente del Consiglio di Stato, sez. V – 21/6/2012 n. 3668 (che ha confermato la pronuncia della Sezione n. 939/2011) nel quale si statuisce che *“Pertanto, la società Cogeme Gestioni s.r.l. non poteva partecipare alla gara indetta dal Comune di Coccaglio in ragione della partecipazione indiretta, al suo capitale, di cinque società patrimoniali concepite per soddisfare i bisogni istituzionali degli enti locali. Peraltro, più in generale, il Collegio deve osservare incidentalmente che le 5 società patrimoniali “a monte” che sono detenute da una numerosa compagine di enti locali, non si sono affatto adeguate a quanto stabilito dall’art. 13 in esame, poiché in sua palese violazione hanno costituito una Holding (la descritta LGH) che è dotata di uno statuto che espressamente l’abilita ad espletare servizi pubblici e che, detiene, a sua volta, il 100% di un numeroso gruppo di società, tra cui l’appellante, che operano costantemente sul mercato in competizione coi soggetti privati. ... Secondo il Collegio, di fronte all’apparenza di schermi societari e, quindi, di diversi soggetti distinti sul piano giuridico, pur interconnessi con legami giuridicamente rilevanti, ci si trova di fronte, sotto il profilo economico della realtà imprenditoriale, ad un unico gruppo societario che, contrariamente a quanto voluto dal legislatore, opera sia in mercati protetti, (quelli delle 5 società patrimoniali), sia in quelli aperti alla concorrenza dei servizi pubblici (come Cogeme Gestioni s.r.l.), con evidenti effetti distorsivi del mercato, essendo palese che le offerte che l’appellante presenta in sede di gara ed in competizione con gli altri operatori economici, come l’attuale appellata, risentono inevitabilmente dei vantaggi economici goduti dalle società patrimoniali controllanti”*.

3.2 Dette conclusioni devono ad avviso del Collegio essere rivisitate alla luce della sentenza della Corte costituzionale 20/7/2012 n. 199.

3.3 La Corte ha affermato che *“... con decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011, n. 113 (Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell’articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), era stata dichiarata l’abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, recante la precedente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Quest’ultima si caratterizzava per il fatto che dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i predetti servizi, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi, volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni, la cui puntuale regolamentazione veniva, peraltro, demandata ad un regolamento governativo, adottato con il decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010 n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell’articolo 23-bis, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008). Con la richiamata consultazione referendaria detta normativa veniva abrogata e si realizzava, pertanto, l’intento referendario di «escludere l’applicazione delle norme contenute nell’art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)» (sentenza n. 24 del 2011) e di consentire, conseguentemente, l’applicazione diretta della normativa comunitaria conferente*

”. La Corte ha ritenuto che l’art. 4 del D.L. 138/2011 “*detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell’abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010*”. Nonostante l’esclusione dall’ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato, ad avviso della Corte “*risulta evidente l’analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell’art. 4 rispetto a quella dell’abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l’identità della ratio ispiratrice. Le poche novità introdotte dall’art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l’intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l’art. 23-bis, non può ritenersi che l’esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all’esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011. ... La disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall’art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale”.*

Seppur specificamente focalizzata sull’affidamento “in house” la pronuncia della Corte, e il suo effetto abrogativo “ex tunc”, si estendono all’intera disciplina dettata dall’art. 4, la quale viene eliminata dal mondo giuridico.

3.4 Al contempo la Corte costituzionale, nella sentenza 26/1/2011 n. 24 che aveva dichiarato l’ammissibilità del quesito referendario, ha affermato da un lato che “*questa Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, ha espressamente escluso che l’art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell’Unione europea ed ha affermato che esso integra solo una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell’art. 117 Cost.. La stessa sentenza ha precisato che l’introduzione, attraverso il suddetto art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell’Unione europea non è imposta dall’ordinamento comunitario e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l’assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri*”. Ha aggiunto la Corte che “*Nel caso in esame, all’abrogazione dell’art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo ... dall’altro, conseguirebbe l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica ...*”.

3.5 Il chiarimento reso con le statuizioni sopra riprodotte riporta all’attenzione dell’interprete le “regole concorrenziali minime comunitarie” in materia di affidamento dei servizi pubblici ed i principi elaborati dalla Corte di Giustizia. In particolare, occorre fare riferimento alle direttive 2004/18 e 2004/17 nel caso di appalti pubblici e ai principi del TFUE per le concessioni, con i correlati canoni di pubblicità, concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Tra questi, il principio di parità di trattamento tra prestatori di servizi può, in effetti, essere inciso dalla partecipazione ad una selezione pubblica di offerenti che beneficiano di sovvenzioni pubbliche, con effetti distorsivi.

3.6 Sul punto oggetto del contendere, la pronuncia della Corte di Giustizia già richiamata al precedente paragrafo 2.2 (cfr. sentenza sez. IV – 23/12/2009 causa C-305/08, Conisma), afferma al punto 37 che *“La Corte ha, infatti, dichiarato che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall’apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (v. in particolare, in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk e a., cit., punto 39) e che è nell’interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d’appalto (sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26). Occorre aggiungere, in proposito, che siffatta apertura massima alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all’interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell’interesse stesso dell’amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un’ampia scelta circa l’offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata ...”*. Viene poi in rilievo la sentenza della Corte di Giustizia sez. VI – 7/12/2000 causa C-94/99, Arge, ove si stabilisce (cfr. punti 25-29) che *“il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficino di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati. Infatti, se il legislatore comunitario avesse avuto l’intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l’avrebbe espressamente indicato. Ora, a tal riguardo, occorre rilevare che gli artt. 23 e 29-37 della direttiva 92/50 contengono disposizioni precise circa le condizioni di selezione dei prestatori di servizi ammessi a presentare un’offerta e alle condizioni di aggiudicazione dell’appalto, ma nessuna di queste disposizioni prevede che un offerente debba essere escluso o che la sua offerta debba essere respinta per principio per il solo fatto che esso riceve sovvenzioni pubbliche. Per contro, l’art. 1, lett. c), della direttiva 92/50 autorizza esplicitamente la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di enti finanziati eventualmente mediante fondi pubblici. Infatti, esso indica che l’offerente è il prestatore di servizi che ha presentato un’offerta e definisce questo prestatore come qualsiasi persona fisica o giuridica, “inclusi gli enti pubblici”, che fornisce servizi. Anche se il principio della parità di trattamento degli offerenti non si oppone quindi di per sé alla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di enti pubblici, anche in un contesto quale descritto nella prima questione pregiudiziale, non si può tuttavia escludere che, in talune circostanze particolari, la direttiva 92/50 obbliga le amministrazioni aggiudicatrici, o quantomeno consente loro, di prendere in considerazione l’esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficino”*.

I principi esposti sono rimasti validi anche dopo l’entrata in vigore delle direttive 2004/17 e 2004/18, per cui la parità di trattamento degli offerenti non è violata per il solo fatto che l’amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni (indipendentemente dalla loro natura) che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti.

3.7 Alla luce di quanto osservato, i soggetti che ricevono contributi pubblici possono partecipare alle gare, salvo che in concreto affiorino elementi capaci di alterare in modo evidente i meccanismi concorrenziali, circostanza che si verifica quando le provvidenze siano di natura ed entità tale da risultare eccessive ed intollerabili.

3.8 Posta questa doverosa premessa, è possibile ora procedere ad un’interpretazione comunitariamente orientata dell’art. 13 del D.L. 223/2006 ai sensi del quale *“Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, 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, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti”.

3.9 Il Consiglio di Stato, sez. V – 21/6/2012 n. 3668 ha statuito in argomento che:

- la norma invocata non circoscrive affatto, come si desume dall'anzidetta pronuncia della Plenaria, il divieto alle sole Società strumentali ad oggetto sociale esclusivo, costituite per svolgere attività rivolte all'Amministrazione e non nei confronti del pubblico;
- la *ratio* della norma è quella di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e di assicurare la parità degli operatori, e dunque il divieto ivi contenuto deve estendersi a tutte quelle forme di collegamenti societari, non necessariamente simulatorie, che in concreto alterano la genuinità del mercato nella fase nevralgica della partecipazione concorrenziale;
- non è condivisibile l'orientamento che poggia sull'eccezionalità della norma, secondo il quale non sarebbe consentita l'estensione a fattispecie non espressamente contemplate; infatti, non si tratta di estendere l'applicazione della norma in esame a fattispecie diverse, quanto piuttosto di applicare il divieto a fattispecie che in concreto ottengono lo stesso risultato che si vuole evitare, risultato che è ritenuto non meritevole di protezione da parte dell'ordinamento.

3.10 Detta impostazione merita apprezzamento per l'approccio sostanzialistico, e purtuttavia è necessaria una rilettura complessiva del divieto alla luce del quadro normativo sensibilmente inciso dalle citate pronunce della Corte costituzionale, le quali hanno rafforzato il valore dei principi comunitari e delle pronunce della Corte di Giustizia già evocate al paragrafo 3.6. Si tratta a questo punto di stabilire se la struttura societaria di cui Cogeme Gestioni fa parte interferisce con l'obiettivo teso all'ampliamento della concorrenza indicato dalle norme comunitarie: in buona sostanza la prospettiva può dirsi ora “rovesciata”, per cui i meccanismi di controllo della holding non provocano “ex se” una preclusione all'accesso alle procedure competitive salvo che la Società partecipata sia beneficiaria di un consistente aiuto (soprattutto in termini finanziari) proveniente dalla Società strumentale che ne detiene il controllo (a prescindere dalla formale separazione con creazione di “schermi” intermedi).

3.11 Nel caso in esame la controinteressata Cogeme Gestioni srl si inserisce in una costruzione societaria complessa alla cui base si trova Cogeme spa. La catena di controllo è così strutturata:

- Cogeme spa è interamente partecipata da 71 comuni e altri Enti pubblici locali delle Province di Brescia e Bergamo;
- Cogeme spa controlla il 30,92% di Linea Group Holding srl (LGH);
- il resto del capitale di LGH è ripartito tra altre società interamente partecipate da enti pubblici locali, ossia Aem Cremona spa (30,92%), Asm Pavia spa (15,90%), Astem spa (13,22%), SCS spa (9,04%);
- a sua volta LGH controlla al 100% alcune società operative territoriali (SOT), tra cui Cogeme Gestioni srl, Aem Gestioni srl, Astem Gestioni srl, oltre ad alcune Società operative di business (SOB).

Le società che controllano LGH hanno quindi assunto il ruolo di società strumentali/patrimoniali, ma continuano a gestire anche alcuni servizi in affidamento diretto per i Comuni di riferimento (nel caso di Cogeme spa soprattutto la gestione calore). Al secondo livello LGH svolge una funzione di coordinamento (l'assemblea è composta dai presidenti delle società patrimoniali, inoltre esiste un patto parasociale che istituisce un comitato per il coordinamento territoriale delle politiche di gruppo). Dal 30/6/2010 LGH ha anche assunto la titolarità delle reti conferite dalle società patrimoniali Cogeme spa, Aem Cremona spa e Astem spa. Al terzo livello si posizionano le società operative territoriali, che gestiscono in via transitoria i servizi pubblici locali trasmessi dalle SOT con la cessione dei rami d'azienda e a regime competono nelle gare per l'aggiudicazione di nuovi servizi.

3.12 In proposito, va, altresì, rilevato che, all'odierna Udienza pubblica, questo stesso Collegio ha contestualmente trattenuto in decisione anche il ricorso n. 94/2012, promosso sempre dall'attuale ricorrente Aprica S.p.a. nei confronti del Comune di Rovato e della medesima Cogeme Gestioni Srl, per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva a Cogeme Gestioni Srl del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati.

Ebbene, in seno al predetto ricorso n. 94/2012, questa Sezione aveva assunto l'ordinanza istruttoria collegiale 23/8/2012 n. 1459, in in ottemperanza alla quale i Presidenti dei Collegi Sindacali di Cogeme Spa, Linea Group Holding Srl e Cogeme Gestioni Srl hanno reso la relazione congiunta ivi richiesta. Il documento è stato depositato anche agli atti del presente giudizio (cfr. doc. 21 ricorrenti).

Alla luce di tale relazione, si può concludere che non è riscontrabile un consistente aiuto di Cogeme Spa a favore della S.O.T. citata.

Risulta, invero, che Cogeme Spa indica i nominativi dei componenti del Consiglio di Amministrazione (CdA) di Cogeme Gestioni e di 2 Sindaci effettivi, mentre la nomina spetta all'Assemblea della SOT previa deliberazione del CdA, il quale sinora non si è mai discostato dalle designazioni. Il Presidente e legale rappresentante di Cogeme Spa assume la medesima carica in Cogeme Gestioni Srl. Detti elementi denotano sicuramente uno stretto collegamento tra socio di riferimento e Società operativa, e tuttavia sono neutri rispetto alla problematica di base ossia la verifica di un evidente vantaggio nella forma diretta o indiretta del sovvenzionamento. Il Comitato per il coordinamento territoriale delle politiche di gruppo (avente funzioni consultive e istruttorie) si è riunito una sola volta nel 2006.

I Presidenti sottolineano che non vi sono finanziamenti (né garanzie) erogati da Cogeme Spa a favore di LGH, né a favore di Cogeme Gestioni. Sono stati stipulati contratti tra Cogeme Spa e Cogeme Gestioni. La seconda rende servizi alla prima, ossia:

- *front office* e gestione utenti, emissione bollette, prestazioni minori di gestione utenza (con corrispettivo che si riferisce essere determinato senza ricarico di utile) pari ad 661.516 € nel 2011 e 624.805 € nel 2010 (in gran parte i servizi sono stati ri-fatturati alla Società controllata AOB2);
- *facility management* (utilizzo locali, *reception*, vigilanza, utenze, pulizia, manutenzioni) con corrispettivo (che sarebbe privo di margine di profitto) pari a 340.154 € nel 2011 e 369.947 € nel 2010 (cifra in gran parte ri-addebitata alla controllata AOB2);
- rifiuti cimiteriali (19.942 € nel 2011 e 15.744 € nel 2010).

Al contrario, Cogeme Spa ha prestato servizi alla controllata per manutenzione sede, manutenzione isole ecologiche, addebito energia fotovoltaico per 237.095 € nel 2011 e 228.049 € nel 2010.

I dati predetti rivelano l'assenza di finanziamenti diretti, mentre i rapporti contrattuali instaurati appaiono contenuti entro una soglia accettabile, tenuto anche conto dei proventi complessivi delle Società in questione, pari ad oltre 29.000.000 € per Cogeme Gestioni S.r.l. (dato al 31/12/2010) ed a 8.348.451 € per Cogeme S.p.a. (cfr. doc. 11 e 12 controinteressata).

Il cd. *cash pooling* è organizzato tra LGH e ciascuna controllata, senza coinvolgimento delle Società patrimoniali

socie. Anche Cogeme Spa è capofila di un proprio *cash pooling* con le controllate. Quanto ai dividendi, LGH riceve quelli di Cogeme Gestioni S.r.l., mentre Cogeme S.p.a. si giova di quelli prodotti da LGH, senza che la catena di controllo si estenda e giungano ad interagire tra loro Cogeme S.p.a. e Cogeme Gestioni S.r.l.

Tomando al ricorso qui in decisione, sempre Cogeme Gestioni S.r.l. ha chiarito - nella memoria di replica - che la somma (evocata da parte ricorrente) di oltre 23.000.000 € non rappresenta un finanziamento concesso da Cogeme Spa a LGH, ma un debito originato dal conferimento del ramo d'azienda relativo allo smaltimento (senza erogazione di flussi finanziari a favore di LGH o Cogeme Gestioni) e comunque con estinzione integrale nel corso del 2011.

In definitiva, non si registrano elementi che lascino trasparire una massiccia erogazione di sovvenzioni (con correlativi vantaggi) da Cogeme S.p.a. alla Società operativa, e pertanto non può essere preclusa a quest'ultima la partecipazione ad una gara pubblica come quella in questione.

In conclusione il ricorso deve essere respinto.

La complessità della vicenda e la novità della soluzione giustificano la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso introduttivo in epigrafe.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a dare comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2012

IL SEGRETARIO

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