



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3898 del 2012, proposto da:

Siram s.p.a. in proprio e quale mandataria capogruppo di RTI con Diddi s.r.l., Diddi Dino e figli s.r.l., Combustibili Nuova Prenestina s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Adami, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, corso d'Italia, 97;

contro

Comune di Pistoia, rappresentato e difeso dall'avv. Vittorio Chierroni, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, corso Vittorio Emanuele, 18;

nei confronti di

Toscana Energia Green s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Tozzi, Nicola Ceraolo, e Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, piazza di Pietra, 26;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00865/2012, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio energia e tecnologico per impianti di pertinenza, per il Comune di Pistoia – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pistoia e di Toscana Energia Green Spa, quest'ultimo contenente appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 novembre 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Adami, Chierroni, Ceraolo e Tozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'ATI costituita da SIRAM s.p.a., quale mandataria, e dalle mandanti Diddi s.r.l., Diddi Dino e figli s.r.l. e

Combustibili Nuova Prenestina s.r.l., ha partecipato alla procedura indetta dal Comune di Pistoia con bando in data 26 aprile 2010 per l'affidamento del servizio "energia e tecnologico" per gli impianti dell'amministrazione, per un periodo di cinque anni, con importo a base d'asta di € 9.646.000,00, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. All'esito della gara si classificava al secondo posto, con 89,601/100 punti, dietro la Toscana Energia Green s.p.a. (TEG), prima graduata con il punteggio di 91/100, la quale veniva conseguentemente dichiarata aggiudicataria.

Proponeva pertanto ricorso, integrato da motivi aggiunti, al TAR Toscana, nel quale domandava l'annullamento dell'aggiudicazione, sostenendo che la controinteressata era stata ammessa alla procedura in violazione degli artt. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112/2008 ("Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria") e 13 d.l. n. 223/2006 ("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"), poiché partecipata al 100% da Toscana Energia s.p.a., società il cui capitale è a sua volta detenuto per circa il 52% da enti pubblici locali toscani ed affidataria diretta da questi del servizio di distribuzione del gas.

2. Con la sentenza appellata il TAR respingeva l'impugnativa, in base ai seguenti passaggi motivazionali:

- il servizio posto a gara è qualificabile come strumentale, poiché svolto direttamente a favore dell'ente affidante, e non già come servizio pubblico locale, donde l'inapplicabilità ad esso del divieto previsto all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008;
- dall'oggetto sociale sia della controinteressata che della sua controllante si desume la loro natura di società multiservizi, operanti in regime concorrenziale nel mercato dei servizi pubblici locali, per cui alle stesse non è applicabile il divieto di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006, tassativamente riferibile invece alle sole società strumentali dell'ente pubblico partecipante.

3. Nel presente appello la Siram sostiene che il TAR:

- ha erroneamente escluso l'operatività del divieto di cui all'art. 23-bis, comma 9, cit. anche alle procedure di affidamento di servizi strumentali, i quali invece rientrano nell'ambito applicativo della norma, come ricavabile sia dalla sua formulazione letterale, nella quale si fa riferimento indistinto a "servizi o attività per altri enti pubblici o privati", sia dalla *ratio* della stessa, consistente nell'impedire che società costituenti *longa manus* di enti pubblici restringano il confronto concorrenziale nel mercato dei servizi avvalendosi della loro posizione di forza;
- ha trascurato di considerare che il divieto per le società partecipate da enti pubblici di svolgere attività *extra moenia* previsto dall'art. 13 d.l. n. 223/2006 concerne del pari qualsiasi prestazione in favore di terzi, come chiarito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con la sentenza 4 agosto 2011, n. 17.

Evidenzia poi l'appellante che l'operatività nel caso di specie dei divieti invocati non sarebbe preclusa dal fatto che la controinteressata è una società di mercato ex art. 8, comma 2-bis, l. n. 287/1990 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"), costituita specificatamente in ragione della necessità di separare le attività non costituenti servizio pubblico locale dalla società madre Toscana Energia.

Insiste pertanto per l'annullamento degli atti impugnati, nonché nella richiesta che l'aggiudicazione venga disposta in proprio favore "ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.", o, in via gradata, per "il risarcimento in forma specifica o per equivalente".

4. La Toscana Energia Green ha proposto appello incidentale, nel quale lamenta l'omessa pronuncia del TAR sull'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti proposti in primo grado avverso l'aggiudicazione definitiva, in quanto formulati mediante mero rinvio ai motivi contenuti nel ricorso principale avverso l'aggiudicazione provvisoria, donde l'improcedibilità di quest'ultimo.

Nel merito, ribadisce:

- di essere società operante esclusivamente nel mercato degli appalti di servizi strumentali, nel pieno rispetto della regola di separazione societaria imposta, per finalità di rispetto della concorrenza, dal (sopra citato) l'art. 8, comma 2-*bis*, l. n. 287/1990, espressamente applicabile ai gestori di servizi pubblici locali in virtù dell'art. 7, comma 4, d.l. n. 138/2011 ("Ulteriori disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo"), ed al fine non incorrere nel divieto di svolgere attività *extra moenia* di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006, nell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale nella sentenza 1° agosto 2008, n. 326;

- che nel caso di specie è applicabile l'eccezione al divieto previsto dal secondo periodo, ultima parte, del comma 9 dell'art. 23-*bis*, visto che la quotata Snam s.p.a. è titolare, tramite la propria controllata Italgas, di circa il 48% delle azioni di Toscana Energia;

- che è del pari applicabile la deroga di cui alla citata disposizione che consente agli affidatari diretti di servizi pubblici locali la partecipazione alla prima procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi da essi forniti senza gara.

5. Analoghe eccezioni e difese sono svolte dal Comune di Pistoia nella propria memoria costitutiva. L'amministrazione resistente sostiene inoltre che il comma 9 dell'art. 23-*bis* invocato dai ricorrenti sarebbe in ogni caso inapplicabile alla gara oggetto del presente giudizio, atteso che la controllante Toscana Energia opera nel settore della distribuzione del gas, fatto espressamente salvo dal primo comma della medesima disposizione.

6. Così riassunte le domande, eccezioni e difese delle parti in causa, per quanto concerne invece lo svolgimento del presente giudizio va ricordato che su richiesta dell'avvocato di parte appellante non si è fatto luogo alla trattazione e decisione dell'istanza incidentale di sospensione della sentenza di primo grado, avendo costui domandato l'abbinamento al merito.

Nelle more, lo stesso patrono ha chiesto un rinvio dell'udienza di discussione, fissata per il 13 novembre 2012. La richiesta è stata motivata in ragione dell'imminente definizione di un'istruttoria avviata dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, su segnalazione della mandante dell'odierna appellante Diddi s.r.l., nei confronti della Toscana Energia Green ed avente ad oggetto l'applicabilità dell'art. 23-*bis*, comma 9, cit. alla procedura oggetto del presente giudizio.

Ad essa si è opposta l'appellante incidentale, ponendo in rilievo il fatto che la procedura amministrativa non è pregiudiziale rispetto al presente giudizio; che, inoltre, l'udienza di merito di quest'ultimo era stata fissata proprio su richiesta di parte appellante principale; che, infine, nelle more della definizione del medesimo l'amministrazione resistente ha sospeso la stipulazione del contratto.

In memoria conclusionale, la medesima appellante incidentale ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di specificità dei motivi, perché meramente riproduttivi di quelli contenuti nel ricorso di primo grado e privi di critica alla decisione del TAR.

Infine, all'udienza di discussione del 13 novembre 2012, i difensori comparsi hanno insistito in tutte le domande ed istanze proposte, ivi compresa quella di rinvio, sulle quali il Collegio si è riservato, trattenendo la causa in decisione.

7. Sciogliendo innanzitutto la riserva sull'istanza di rinvio, la stessa deve evidentemente essere disattesa, non risultando elemento alcuno in base al quale la definizione dell'istruttoria presso l'AVCP possa in qualche modo pregiudicare la decisione della presente impugnativa giurisdizionale, tanto più che lo stesso è stato attivato a seguito di segnalazione proposta in pendenza di questo giudizio e che, in disparte ogni questione sulla relativa ritualità, tale iniziativa appare precludere ad una attività probatoria (*sub specie* di produzione documentale dei relativi esiti), che difficilmente si sottrarrebbe al divieto di *ius novorum* sancito dall'art. 104, comma 2, cod. proc.

amm.

8. Devono quindi essere esaminate le eccezioni pregiudiziali sollevate dalla Toscana Energia Green, a partire da quelle che sostanziano l'appello incidentale - attraverso la deduzione del vizio di omessa pronuncia del Primo giudice e violazione dell'art. 76, comma 4, cod. proc. amm., in relazione all'art. 276 cod. proc. civ. - e cioè l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti in primo grado, svolti nei confronti dell'aggiudicazione definitiva, in quanto meramente riproduttivi di quelli svolti nel ricorso proposto nei confronti dell'aggiudicazione provvisoria.

A sostegno dell'eccezione si adduce il combinato disposto degli artt. 40, comma 1, lett. c) (ora lett. "d", in seguito al c.d. secondo correttivo al codice del processo di cui al d.lgs. n. 160/2012) e 43 cod. proc. amm., in virtù del quale combinato anche i motivi aggiunti devono strutturarsi, nell'ambito del giudizio di impugnazione, sulla base di specifiche censure avverso gli atti con essi gravati. Si sostiene al riguardo che la tecnica del rinvio ai motivi contenuti nel ricorso originario non è rispettoso del precetto sopra richiamato, dacché ne consegue l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e, quale ulteriore conseguenza, stante il noto carattere di atto non meramente consequenziale dell'aggiudicazione definitiva rispetto all'aggiudicazione provvisoria, l'improcedibilità del ricorso principale proposto nei confronti di quest'ultimo atto.

8.1 In contrario, tuttavia, il Collegio osserva che se è vero che il difetto di specificità dei motivi è motivo di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, come oggi chiarito dal citato secondo correttivo, attraverso l'espressa comminatoria in tale senso (art. 40, comma 2, cod. proc. amm.), è altrettanto vero che i requisiti di forma-contenuto degli atti processuali devono essere letti ed interpretati avendo sempre a mente il principio generale di strumentalità delle forme rispetto allo scopo attraverso di esse perseguito (art. 156 cod. proc. civ.).

Scopo che nel caso in questione è evidentemente quello di consentire alle controparti ed al giudice adito di comprendere i motivi di doglianza nei confronti dell'atto impugnato e dunque, rispettivamente, di controdedurre ad essi e di svolgere il sindacato di legittimità sugli atti amministrativi proprio del giudizio di annullamento ex art. 29 cod. proc. amm.

Cosicché se in astratto la società appellante incidentale ha ragione a rimarcare l'esigenza che l'azione di impugnazione ai sensi di quest'ultima disposizione sia proposta sulla base di censure specifiche, nel caso di specie le sue eccezioni non colgono nel segno, perché con il rinvio ai motivi proposti nel ricorso principale la Siram ha chiaramente definito e delimitato il tema del decidere, riproponendo le censure di violazione degli artt. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112/2008 e 13 d.l. n. 223/2006, già formulate avverso l'aggiudicazione provvisoria, anche nei confronti di quella definitiva.

Decisiva al riguardo è la considerazione che nessuna lesione del diritto di difesa o del potere di cognizione del giudice adito ne è con ciò seguita, come del resto si evince dal compiuto esplicitarsi delle difese di controparte, ivi compresa la presente parte eccepiante, avverso tali motivi, anche in questo grado d'appello, e dell'analitico esame delle medesime doglianze quale traspare dalla motivazione della sentenza di primo grado. In forza di ciò l'accoglimento dell'eccezione di inammissibilità qui in esame avverrebbe unicamente in virtù di una concezione formalistica delle norme processuali che ormai la Corte di Cassazione ha da lungo tempo ripudiato e che anche questo Collegio avversa.

8.2 In contrario non giova richiamare il noto principio secondo cui l'aggiudicazione definitiva, lungi dal sostanzinarsi in un atto meramente consequenziale rispetto all'aggiudicazione provvisoria, costituisce esplicitazione di un autonomo potere della stazione appaltante di valutazione delle risultanze della procedura di gara, per cui essa necessita, a pena di improcedibilità, di una distinta impugnativa laddove la parte si sia avvalsa della facoltà di insorgere avverso gli atti della procedura già a partire dall'aggiudicazione provvisoria.

Il Collegio non intende minimamente porre in discussione questo principio, che costituisce ormai *ius receptum*, ma non può esimersi dal segnalare che esso non esplica alcuna conseguenza ai fini dell'esame dell'eccezione in questione, visto che la proposizione di motivi di impugnativa aggiunti (ma sarebbe più corretto dire nel caso di specie "nuovi") ben può essere fatta attraverso la reiterazione di quelli già svolti nel ricorso introduttivo, laddove si prospetti che l'atto successivo riproduca, in via derivata, gli stessi vizi dell'atto originariamente gravato, senza che ciò possa evidentemente sfociare in una causa di inammissibilità della nuova impugnativa.

L'appello incidentale (ma sarebbe bastata una mera riproposizione delle eccezioni con memoria costitutiva ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm.) deve dunque essere respinto.

9. Sempre in via pregiudiziale, deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di specificità dei motivi ex art. 101, comma 1, cod. proc. amm., sollevata dalla Toscana Energia Green in memoria conclusionale.

L'eccezione è di dubbia ammissibilità, in quanto formulata in un atto che non ha la funzione di comporre il *thema decidendum*, bensì quella esclusivamente illustrativa dei temi già introdotti attraverso gli atti a ciò appositamente deputati, se non fosse che, venendo in rilievo un supposto motivo di inammissibilità sottoposto al rilievo officioso del giudice, tale eccezione può più correttamente essere riguardata alla stregua di mera sollecitazione ad attivare i predetti poteri officiosi.

9.1 Sennonché anche in questo caso non è ravvisabile il difetto di specificità dedotto.

Come visto sopra (§ 2), il TAR ha disatteso le due censure di violazione di legge dedotte nel ricorso e nei motivi aggiunti osservando che:

- a) il servizio oggetto di gara, in quanto strumentale e rivolto quindi direttamente all'ente pubblico affidante, si sottrae al divieto contenuto nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, il quale è operante unicamente nelle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali;
- b) tanto la controinteressata Toscana Energia Green quanto la controllante Toscana Energia sono società non meramente strumentali degli enti pubblici partecipanti, ma operanti in regime concorrenziale nel mercato dei servizi pubblici locali, cosicché le stesse non sono nemmeno sottoposte al divieto di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006, riferibile solo alle prime.

Con specifico riguardo alla prima *ratio decidendi*, nel presente appello principale si obietta (a pag. 9 e 10) che l'art. 23-bis "*non fa alcun riferimento ai servizi pubblici locali, mentre adopera un concetto ampio (servizi o attività per altri enti pubblici o privati)*". Si soggiunge che l'interpretazione prescelta dal TAR è "*contraria alla lettera ed allo spirito della norma*", che è quello di evitare a soggetti affidatari diretti di servizi pubblici di "*usare i benefici della sottrazione al confronto concorrenziale per distorcere il mercato libero (qualunque mercato libero, e non solo quello di altri servizi pubblici)*".

Come si vede, dunque, dalla semplice lettura di tali passaggi dell'appello risulta che la Siram ha assolto all'onere di specificità su di esso gravante ai sensi della citata disposizione del codice del processo, come interpretata dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 10 del 4 giugno 2011, nel senso cioè che i motivi di impugnazione si devono sostanziare in critiche alla decisione di primo grado tali da devolvere al giudice d'appello la cognizione sui punti della sentenza con essi appellati. Le quali critiche – sempre secondo l'impostazione della citata pronuncia - devono tanto più essere analitiche quanto più approfondita sia la motivazione della sentenza impugnata, dovendo a questa essere opposto un ragionamento logico-giuridico contrario, in grado di enucleare gli errori da cui la stessa è in ipotesi affetta.

Tanto precisato, il descritto schema è perfettamente riprodotto nel presente appello, visto che a fronte dell'interpretazione fatta propria dal TAR la Siram ne ha opposta una propria, fondata su specifici argomenti

letterali e teleologici del parametro normativo invocato, perfettamente idonei ad evidenziare la non condivisibilità della contraria decisione di primo grado.

9.2 Va ancora soggiunto sul punto che per economia processuale l'esame dell'eccezione in questione può arrestarsi qui, senza scendere alla riproposizione del motivo di violazione dell'art. 13 d.l. n. 223/2006, perché la censura ai sensi dell'art. 23-bis, comma 9, cit. è (come si vedrà) fondata, con rilievo assorbente ai fini della presente decisione.

10. Prima, però, occorre esaminare le deduzioni di Toscana Energia Green e Comune di Pistoia nelle quali si contesta che quest'ultimo divieto possa operare in relazione al servizio oggetto della procedura di affidamento impugnata nel presente giudizio.

10.1 Iniziando da quella autonomamente svolta dal Comune di Pistoia, di cui si è accennato al § 5, l'amministrazione resistente assume che il ridetto divieto non possa essere applicato perché la controllante Toscana Energia è impresa operante nel settore della distribuzione del gas, fatto espressamente salvo dal primo comma del ridetto art. 23-bis. Più precisamente, è invocata l'ipotesi eccezzuativa contenuta nel secondo inciso, a mente del quale: *“Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali [...] fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale”*.

10.1.1 L'assunto non può essere condiviso, in quanto l'ipotesi contemplata da tale disposizione concerne le procedure di affidamento svolte nel citato settore e non già la partecipazione dei soggetti in esso operanti in altri ambiti. Deve infatti ritenersi che la deroga ai principi concorrenziali, da cui la norma è permeata, sia necessariamente circoscritta al settore da esso contemplata, e cioè quello della distribuzione del gas (nonché gli altri specificamente eccezzuati), a causa delle peculiari caratteristiche del relativo mercato di riferimento, ma non può essere estesa ad altri settori, pena altrimenti l'irragionevole vantaggio che le imprese in esso operanti, ancorché affidatarie in via diretta di servizi, ne trarrebbero al fine di espandere le proprie attività nei confronti affidatarie dirette di altri servizi.

10.2 Dal canto suo, l'appellata Toscana Energia Green oppone:

a) di essere società operante esclusivamente nel mercato degli appalti di servizi strumentali, nata dalla separazione societaria rispetto alla controllante totalitaria Toscana Energia, imposta proprio nel rispetto dei principi di massima concorrenzialità dall'art. 8, comma 2-bis, l. n. 287/1990;

b) di essere inoltre partecipata da Italgas s.p.a., a sua volta controllata dalla società quotata Snam Rete Gas s.p.a., ed a sua volta da Eni s.p.a., anch'essa quotata in borsa;

c) che alla gara oggetto del presente giudizio è applicabile la deroga contenuta nell'art. 23-bis, comma 9, più volte citato, la quale consente agli affidatari diretti di servizi pubblici locali di partecipare alla prima procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi da essi forniti senza gara.

10.2.1 Nessuna delle citate difese è tuttavia persuasiva.

Quella sub c) è chiaramente smentita dal tenore letterale della citata ipotesi eccezzuativa, che concerne testualmente le procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto *“i servizi da essi forniti”*. Con essa è stata dunque prevista una sorta di “via di fuga” dagli affidamenti diretti per le società beneficiarie di questi ultimi, attraverso la sottoposizione al primo confronto competitivo utile. La norma persegue dunque l'esigenza di non condannare tali affidatari diretti all'esclusione dal mercato e, attraverso un equilibrato bilanciamento delle imperative esigenze connesse all'attuazione dei principi comunitari della concorrenza con quelle di consentire la sopravvivenza delle imprese, consente loro di continuare ad operare nello stesso settore economico nel quale l'affidamento diretto è avvenuto, a condizione di risultare vincitori di procedure competitive.

La difesa sub b) si fonda su una interpretazione non condivisa dal Collegio.

Trattandosi di eccezione alla portata applicativa del divieto, essa va interpretata in senso strettamente aderente al suo tenore letterale e dunque alle sole società quotate in borsa, ma non già alle società loro controllate, cui in effetti non fa alcun riferimento. Più precisamente, detta eccezione è contenuta nel secondo periodo del comma 9 in esame, mentre il primo periodo, nel porre il divieto, ha cura di precisare che esso si estende anche alle controllanti e controllate delle affidatarie dirette.

Ad opinare diversamente il divieto potrebbe venire facilmente aggirato, essendo sufficiente per il soggetto quotato acquisire il controllo di società affidatarie in via diretta di servizi pubblici locali, con il risultato di incoraggiare, in una sorta di eterogenesi dei fini, la formazione di gruppi economici in grado di estendere il proprio potere di mercato, in danno di quelli di minori dimensioni, oltre che degli enti pubblici, i quali devono confidare proprio su assetti effettivamente concorrenziali per affidare servizi a prezzi economicamente vantaggiosi.

Infine, l'argomento sub a), se in astratto corrobora che l'assunto secondo cui la genesi di Toscana Energia Green deve ricercarsi in motivazioni improntate al rispetto dei principi concorrenziali, nondimeno, non è idoneo a precludere l'operatività del divieto contenuto nell'art. 23-bis, comma 9, in questione.

Quest'ultimo infatti opera su un piano diverso, che prescinde dal rispetto del principio della separazione societaria, essendo incentrato sulla sola circostanza dell'esistenza di un affidamento diretto, laddove tale separazione si atteggia a mera preconditione per partecipare ad ulteriori gare per l'affidamento di servizi strumentali, fermo rimanendo che la società operante nel mercato dei servizi pubblici locali che scorpora le attività in quest'ultimo settore, in conformità ai principi stabiliti dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 326/2008, non deve avere beneficiato a monte di affidamenti diretti di detti servizi pubblici.

L'aver cioè Toscana Energia conseguito tali servizi senza gara è, nell'intenzione del legislatore del 2008, comunque ostativo all'acquisizione di ulteriori, ancorché attraverso società proprie controllate appositamente costituite per diversificare le proprie attività, segnando (ma è più corretto dire "ha segnato", viste le note vicende della disposizione, oggi non più vigente: si rinvia al riguardo alla recente sentenza di questa Sezione 23 ottobre 2012, n. 5409) un ulteriore passo nel senso di rafforzare la cogenza dei principi di concorrenzialità di matrice comunitaria.

La pronuncia della Corte Costituzionale poc'anzi menzionata ha infatti chiarito che il divieto contenuto nell'art. 13 d.l. n. 223/2006 - in relazione al cui rispetto è posto l'obbligo di scorporo ex art. 8, comma 2-bis, l. n. 287/1990 - si applica "*non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime*", allo scopo di separare l'attività propriamente amministrativa, fonte di vantaggi competitivi, da quella di impresa, svolta invece in regime concorrenziale (punto 8.3 della parte in diritto).

Con funzione chiaramente complementare, invece, il divieto di cui all'art. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112/2008, agisce sul titolo giuridico, sull'incontestabile premessa, che vale ad accomunare le due norme proibitive nell'ambito di una *ratio* unitaria, che anche l'affidamento diretto è fonte di vantaggi concorrenziali da fare valere per l'acquisizione di altre commesse, in danno tanto degli altri operatori economici, che di tale vantaggio non hanno potuto fruire, quanto degli enti pubblici, per il rischio di affidare commesse a fronte di offerte non economicamente vantaggiose.

Pertanto, il coordinamento tra le due disposizioni in esame non può che essere inteso nel senso ora espresso, perché ad opinare al contrario le finalità del divieto si presterebbero ad agevoli elusioni, che verrebbero nondimeno ammantate dal rispetto di obblighi normativi posti a presidio di esigenze differenti.

11. Superate dunque le argomentazioni difensive, può dunque passarsi ad esaminare il nucleo fondamentale del presente appello, che poggia su un'interpretazione dell'art. 23-bis, comma 9, cit. volta a comprendere non solo le

procedure di affidamento di servizi pubblici locali ulteriori a quelli già ricevuti tramite affidamento diretto ma anche servizi strumentali, come indiscutibilmente quello oggetto del presente giudizio.

Come poc'anzi accennato il Collegio reputa che le argomentazioni svolte nel presente appello principale siano fondate su una corretta esegesi letterale e teleologica della citata disposizione, per cui esso deve essere accolto sotto questo profilo.

In effetti, la norma pone il divieto per le affidatarie dirette di servizi pubblici locali di partecipare, anche tramite proprie controllate - come appunto nel caso di specie - non solo a gare per “*servizi ulteriori*”, ma più in generale, e con valenza di chiusura, per “*servizi o attività per altri enti pubblici o privati*”.

Dall'impiego della preposizione “per”, quindi, è possibile comprendere nel perimetro applicativo della norma anche i servizi strumentali e cioè attività consistenti in un'*facere* rivolte direttamente nei confronti dell'ente pubblico affidante. Non si vede del resto a quali altri servizi la norma abbia voluto fare riferimento.

Per quanto riguarda l'interpretazione orientata a cogliere le finalità del divieto, si rivelano largamente condivisibili gli assunti a sostegno del pertinente motivo d'appello, e cioè che anche con riguardo ai predetti servizi strumentali si pone l'esigenza di impedire a soggetti beneficiari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali di espandere e consolidare la loro posizione di mercato attraverso l'acquisizione di altri servizi, ancorché non qualificabili come pubblici, perché è notorio che anche per i primi vi è un mercato nel quale questi sono contesi dagli operatori economici in esso operanti. Attraverso l'applicazione del divieto in esame anche per tali servizi, si realizza infatti l'obiettivo di impedire che società beneficiarie di affidamenti diretti, e dunque incaricate della gestione di attività idonee a far conseguire maggiori profitti rispetto a quelli ritraibili attraverso un confronto competitivo con altri operatori, possano offrire prezzi maggiormente competitivi nelle procedure di affidamento di ulteriori commesse pubbliche, qualunque attività esse riguardino. Il tutto anche attraverso società da loro controllate, grazie alla possibilità di compensazioni finanziarie infragruppo, che consentano quindi di assicurare un equilibrio economico complessivo di un soggetto nella sostanza unitario.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, non si reputa di prestare adesione al precedente di questa Sezione invocato dalle parti appellate e citato dal TAR (sentenza n. 2012/2011), in quanto l'applicabilità del divieto in esame anche alle procedure di affidamento di servizi strumentali, lungi dal sostanzarsi da un'interpretazione lata ad una norma di carattere eccezionale, si pone in perfetta coerenza con le finalità con essa perseguite, oltre che con la relativa formulazione letterale.

11.1 E' poi il caso di sottolineare che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la fattispecie oggetto di questo giudizio presenta aspetti fattuali che consentono di ritenerla diversa da quella esaminata dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 17/2011 sopra menzionata. In questa pronuncia, resa con riguardo allo stesso servizio della gara qui impugnata, si è da un lato escluso che potesse operare il divieto di attività *extra moenia* di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006, stante il carattere di società multi-servizi della controllante; dall'altro lato, si è ritenuto non operante nemmeno il divieto contenuto nell'art. 23-bis, comma 9, ma ciò, diversamente da quanto sostiene la controinteressata, non perché ritenuto operante solo per i servizi pubblici, ma perché tale controllante, ancorché affidataria diretta, era comunque una società mista il cui socio operativo privato era stato selezionato “*con gara pubblica a duplice oggetto*” (par. 4 della parte in diritto).

Sul punto, va rilevato come la Toscana Energia Green abbia obiettato, nel proprio atto costitutivo in questo giudizio d'appello, che Italgas è stata scelta con gara pubblica.

Di ciò tuttavia non vi è prova, al di là di un riferimento alla “*relazione sulla convenienza tecnico-economia per l'assegnazione della gestione calore del Comune di Volterra*”, prodotto in primo grado dalla stessa controparte, ma che in realtà non risulta agli atti di detto giudizio, né tanto meno di questo d'appello.

Al contrario, dal provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prodotto in primo grado (n. 19046), risulta che la Toscana Energia s.p.a. è "*società costituita nel gennaio 2006 come holding finanziaria*", sorta dalla fusione di altre società partecipati operanti nel settore della distribuzione del gas in comuni toscani (precisamente 97), laddove, invece, non risulta che il socio privato Italgas sia stato selezionato all'esito di procedura competitiva.

Avrebbe dunque dovuto essere la parte che eccepisce l'inoperatività del divieto, giusto il disposto dell'art. 2697, comma 2, cod. civ., a fornire la prova di tale circostanza impeditiva.

In conclusione, l'assenza nel caso di specie di un momento di confronto concorrenziale, o attraverso l'affidamento del servizio mediante gara, o comunque con la selezione del socio industriale sempre secondo i moduli propri dell'evidenza pubblica, è il profilo che vale a differenziare il caso oggetto del presente giudizio da quello deciso dall'organo di nomofilachia nella citata sentenza n. 17/2011 dell'Adunanza plenaria.

Né ha assume valenza risolutiva il fatto che l'oggetto sociale della due società, quale risultante dalle pertinenti disposizioni statutarie versate agli atti del giudizio di primo grado, valga a connotarle come società *multiutilities*, come sottolineato dal TAR. La circostanza ha infatti rilievo al fine di escludere l'applicabilità del divieto contenuto nell'art. 13 d.l. n. 223/2006, come statuito dall'Adunanza plenaria nella più volte menzionata pronuncia, e non già di quello successivamente introdotto con l'art. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112/2008.

12. Si impone pertanto la riforma della sentenza di primo grado e l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti colà proposti, con conseguente annullamento degli atti con esso impugnati.

Non può invece essere accolta la domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione in dichiarata applicazione degli artt. 122 e 124 cod. proc. amm. (come visto sopra: § 3), per la semplice ragione che tale statuizione si colloca, quale necessario antecedente, nell'ambito delle pronunce sul contratto previste ai sensi delle citate disposizioni del codice del processo, laddove non risulta che nel caso di specie tale contratto sia stato tuttora stipulato, ed anzi avendo la controinteressata Toscana Energia Green dichiarato, in ciò non contestata, che la stipulazione è stata sospesa in attesa della presente decisione.

Alla stessa conclusione di rigetto deve pervenirsi con riguardo alle domande svolte in via subordinata di reintegrazione in forma specifica, che altro non è che l'aggiudicazione invocata come sopra, ed il cui conseguimento è demandato alla rinnovazione del procedimento di gara in conseguenza del presente giudicato, o per equivalente, al cui accoglimento osta la ritrovata possibilità di conseguire il bene della vita anelato (l'aggiudicazione appunto) per effetto di questa decisione.

La complessità delle questioni trattate costituisce giusto motivo per compensare integralmente tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie l'appello principale come da motivazione;

per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado, annullando gli atti con essi impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2013

IL SEGRETARIO

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