



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 8825 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Citelum S.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, alla via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Comune di Prato, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Clarich e Paola Tognini, con domicilio eletto presso Marcello Clarich in Roma, al viale Liegi, n. 32;

nei confronti di

Società Manutenzione Illuminazione - Smail S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Mastragostino e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA, SEZIONE I, n. 02055/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione e gestione servizio di pubblica illuminazione e realizzazione interventi di adeguamento normativo ed "efficientamento" energetico degli impianti comunali;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Di Prato e di Società Manutenzione Illuminazione - Smail S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2013 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Carpani e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'odierno appello ha per oggetto una procedura aperta, indetta dal Comune di Prato, volta all'affidamento della gestione del servizio di pubblica illuminazione e alla realizzazione di interventi di adeguamento normativo ed

efficientamento energetico degli impianti comunali.

La gara è stata aggiudicata alla società SMAIL s.p.a., odierna controinteressata, che ha preceduto in graduatoria la società CITELUM s.a..

Avverso l'aggiudicazione definitiva a favore della prima classificata, nonché avverso tutti gli atti presupposti, la seconda classificata ha proposto ricorso dinanzi al Tar Toscana, formulando cinque censure riguardanti:

- l'illegittima partecipazione dell'aggiudicataria, stante in tal senso il divieto di cui all'art. 23 bis, comma 9, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112;
- la mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38 del Codice da parte dei procuratori dell'impresa aggiudicataria;
- l'equivocità e la contraddittorietà dell'offerta economica per il contrasto tra il piano di ammortamento e il piano economico finanziario, nonché l'incongruenza della stessa offerta nella parte in cui conteneva dati erronei e fuorvianti;
- la mancata sottoscrizione in tutte le pagine degli elaborati costituenti l'offerta tecnica, in violazione dell'art. 74 del Codice;
- la mancata presentazione, da parte dell'aggiudicataria, di una nuova certificazione di qualità.

Con la sentenza appellata il Tar, ritenendo infondate le singole censure, ha rigettato il ricorso.

La società soccombente ha riproposto in appello le medesime censure sollevate in primo grado.

Il Comune resistente ha, a sua volta, proposto appello incidentale avverso la parte della sentenza che ha configurato il servizio di pubblica illuminazione come servizio pubblico locale.

Nella camera di consiglio del 23 gennaio 2013, questo Collegio, con ordinanza n. 236, ha accolto l'istanza cautelare presentata dalla parte ricorrente, riconoscendo non sprovisto di *fumus boni iuris* il primo motivo d'appello relativo alla "sovrapponibilità" tra la ACEA Luce s.p.a. e la SMAIL s.p.a..

Si sono costituiti in giudizio il Comune resistente e la società aggiudicataria.

All'udienza dell'11 giugno 2013 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Il corretto ordine di analisi delle questioni impone di prendere prioritariamente in esame il ricorso incidentale proposto dal Comune resistente che investe il capo della sentenza di primo grado che ha configurato il servizio di pubblica illuminazione come servizio pubblico locale, traendone il corollario dell'applicabilità della disciplina posta *ratione temporis* dall'art. 23 bis, comma 9, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in merito ai divieti di acquisire la gestione di servizi ulteriori e di partecipare alle pubbliche gare posti a carico dei soggetti destinatari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali.

Il Collegio ritiene di respingere il motivo di gravame alla luce del condivisibile orientamento giurisprudenziale che qualifica il servizio di illuminazione pubblica in termini di servizio pubblico locale, in ragione della qualificabilità in tali termini, ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, dei servizi di cui i cittadini usufruiscono *uti singuli* e come componenti della collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (Cons. St., Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537; Id., 29 febbraio 2012, n. 1173; Id., 25 novembre 2010, n. 9231, ove si puntualizza che la subordinazione al pagamento di un corrispettivo, rilevante ai fini della distinzione tra la figura dell'appalto e quella della concessione in seno al codice dei contratti pubblici, non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al T.U. degli enti locali).

2. Si può ora passare all'esame dell'appello principale proposto da CITELUM s.a..

2.1. E' fondato e assorbente il motivo di gravame con il quale l'appellante sostiene l'applicabilità nei confronti della SMAIL s.p.a. del divieto di partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi pubblici locali sancito

dall'art. 23 bis, comma 9, del d.l. n. 112/2008, pacificamente applicabile *ratione temporis* alla procedura competitiva in esame.

Va rammentato che Acea Luce s.p.a. gestiva il servizio pubblico d'illuminazione in numerosi Comuni per effetto di affidamenti diretti non preceduti dall'espletamento di procedure ad evidenza pubblica. Nell'ottobre 2008, la totalità delle azioni dell'Acea Luce s.p.a., precedentemente in mano pubblica, è stata acquisita dalla Manutencoop Facility Management s.p.a.. L'Acea Luce ha da ultimo mutato denominazione sociale in SMAIL s.p.a..

Il Collegio ritiene che le vicende modificative che hanno interessato la società in esame non incidano sull'operatività del precetto normativo in parola.

A sostegno dell'assunto militano sia l'argomento letterale che quello teleologico.

Sul primo versante, la normativa vieta la partecipazione alle gare di affidatari diretti di servizi pubblici, senza anettere alcun rilievo alla circostanza che la titolarità delle azioni sia nelle mani di un socio pubblico o che si tratti di una società interamente privata. Ne deriva l'irrelevanza dell'acquisto del patrimonio azionario di Acea Luce da parte di una società interamente privata facente parte di un gruppo a sua volta interamente privato.

Si deve soggiungere che risulta *a fortiori* irrilevante il mutamento della denominazione sociale che non ha inciso sulla sostanziale identità del soggetto in esame.

Quanto all'aspetto teleologico, si deve rimarcare che le rammentate vicende soggettive non incidono in alcun modo sul dato dirimente dell'attuale godimento, da parte di Smail s.p.a., di una situazione di vantaggio che si traduce in un'asimmetria che il legislatore ha inteso fronteggiare con la disciplina limitativa che qui viene in rilievo.

Né può, in senso contrario, affermarsi – come sostenuto dal Tar – che l'acquisizione della Acea Luce s.p.a. a prezzi di mercato abbia permesso di scontare il vantaggio concorrenziale che giustificava il divieto ex art. 23 bis, comma 9, cit.. Infatti, tale neutralizzazione della posizione di privilegio derivante dall'affidamento diretto risulta meramente ipotetica e non gode di alcun rilievo nell'apparato normativo.

Questo Collegio ritiene invece che assuma rilievo prioritario la sostanziale continuità aziendale nella gestione dei servizi pubblici locali affidati direttamente ad Acea Luce s.p.a. e la cui esecuzione è poi proseguita senza alcuna soluzione ad opera della Smail s.p.a.. Tale dato si traduce in un vantaggio competitivo che la norma presume sussistente *iuris et de iure*, senza autorizzare l'interprete ad alcuna indagine basata sull'apprezzamento della situazione concreta e sulla valorizzazione delle eventuali sopravvenienze.

Si deve infine osservare che il divieto di cui all'art. 23 bis, in base al principio *tempus regit actum*, si applica a tutte le fattispecie, quale quella in esame, di affidamento diretto in essere al momento di espletamento della gara, senza che assuma rilievo la situazione esistente o la disciplina vigente al momento dell'affidamento diretto a monte.

2.2. Per le suesposte ragioni, l'appello principale deve essere accolto, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e annullamento degli atti in quella sede gravati.

Deve essere altresì accolta, tenuto conto del tipo di vizio riscontrato, della natura del servizio e dello stato iniziale di esecuzione del contratto, la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con Smail s.p.a. e di subentro di Citelum, previo conseguimento dell'aggiudicazione definitiva, nella stipulazione del contratto, con salvezza della verifica del riscontro dei requisiti soggettivi all'uopo previsti dall'articolo 11 del codice dei contratti pubblici.

Le spese seguono la regola della soccombenza nei termini in dispositivo specificati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale proposto dal Comune di Prato e accoglie l'appello principale proposto da CITELUM s.a.. Per l'effetto riforma la sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado proposto da

CITELUM, annulla gli atti in quella sede impugnati, dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con Smail s.p.a. e dispone il subentro di Citelum nei sensi in motivazione specificati.

Condanna il Comune di Prato e la SMAIL s.p.a. al pagamento, in egual misura, delle spese di giudizio in favore dell'appellante principale, che si liquidano nella misura complessiva di 20.000//00 (ventimila//00) euro.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/09/2013

IL SEGRETARIO

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