

# La società appellante non ha potuto ottenere l'aggiudicazione definitiva del contratto triennale del servizio di controllo a causa dei provvedimenti di esclusione illegittimamente adottati dall'Amministrazione

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Invero, è ragionevole ritenere che in questo caso gli atti ora annullati abbiano cagionato un danno ingiusto alla società appellante.

Quest'ultima, infatti, aveva già conseguito l'aggiudicazione provvisoria della gara e non ha potuto ottenere l'aggiudicazione definitiva del contratto triennale del servizio di controllo in questione proprio a causa dei provvedimenti di esclusione illegittimamente adottati dall'Amministrazione

occorrerà anzitutto riscontrare in concreto le singole voci di danno che la società in questione dimostrerà di avere effettivamente subito

Il contratto prevedeva come base d'asta l'importo di 275.000,00 euro (IVA esclusa). Sicchè, per la quantificazione del risarcimento per equivalente così come richiesto in applicazione del predetto art.35, appare corretto stabilire il criterio seguente.

Prendendo come base di riferimento il predetto importo ovvero quello eventualmente in ribasso offerto dalla società appellante, occorrerà anzitutto riscontrare in concreto le singole voci di danno che la società

in questione dimostrerà di avere effettivamente subito sotto ogni profilo, proprio a causa del mancato affidamento in suo favore del servizio triennale in questione. Accertata anche l'effettiva l'esistenza di dette voci di danno, l'Amministrazione dovrà poi proporre alla società interessata il pagamento di una somma di denaro da determinarsi equitativamente in percentuale in relazione all'entità del pregiudizio economico effettivamente subito (sotto il profilo del danno emergente e del lucro cessante).

La proposta in questione dovrà essere formulata entro 60 (sessanta) giorni dalla data di notifica della presente decisione, con l'avvertenza che nel caso di mancato accordo la società potrà proporre ricorso in via di ottemperanza per la determinazione giudiziale della somma dovuta, ai sensi delle vigenti norme in materia.

Da ultimo, con riferimento alle spese di lite del presente grado di giudizio, il Collegio ritiene che si possa evitare la condanna a carico del Comune soccombente e non costituito; ciò, per gli stessi motivi addotti dal T.A.R. in primo grado ossia in considerazione della non chiara formulazione delle norme in rassegna e quindi delle oggettive difficoltà che esse pongono all'interprete soprattutto nella realtà operativa dei singoli casi concreti.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 77 dell' 11 gennaio 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 00077/2011REG.SEN.

N. 04374/2010 REG.RIC.

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 4374 del 2010, proposto da:\*\*\*

contro\*\*\*

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 00008/2010, resa tra le parti, concernente GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI CONTROLLO IMPIANTI TERMICI NELL’AMBITO DEL TERRITORIO DEL COMUNE DI VARESE -DOMANDA DI RISARCIMENTO DANNI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2010 il Cons. \*\*\*\*\* e uditi per la parte appellante l'avvocato Fischioni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.) Nel 2008 il Comune di Varese ha indetto una procedura di gara ad evidenza pubblica concernente l'affidamento per il triennio 2008-2011 del servizio di verifica della conformità legale degli impianti termici siti nel territorio dello stesso Comune.

L'attuale società appellante, che in data 14 ottobre 2008 aveva già conseguito l'aggiudicazione provvisoria, è stata poi esclusa dalla gara perché, dopo aver chiesto e vagliato i chiarimenti da essa forniti, il Comune ha ritenuto : A) che nei confronti di detta società -siccome partecipata dalla Provincia di Savona come socio di maggioranza e da altri soggetti privati come soci di minoranza ed abilitata per statuto sociale a gestire non solo servizi pubblici locali ma anche altre attività strumentali e funzionali alla stessa Provincia e ad altri soggetti pubblici e/o privati- fosse operante il divieto di cui all'art 13,1^co. del D.L.n.223 del 4 luglio 2006 conv.nella legge n.248 del 2006; B) che il servizio da appaltare non era comunque qualificabile come servizio pubblico locale.

L'esclusione,dapprima disposta con la determinazione dirigenziale n. 1 del 5 gennaio 2009,venne poi

confermata con più ampia motivazione a mezzo della successiva determinazione n.314 del 25 marzo 2009.

Entrambi i provvedimenti sono stati impugnati davanti al T.A.R.:il primo, con il ricorso principale;il secondo,intervenuto in corso di causa,con motivi aggiunti.

Il T.A.R.,con la sentenza appellata,ha respinto tutte le censure formulate con entrambi i gravami ritenendo così pienamente legittimo l'operato della stazione appaltante.

La società appellante,riproponendo le stesse censure di violazione di legge e di eccesso di potere già formulate in primo grado,chiede anzitutto che ad integrale riforma di detta sentenza vengano dichiarati illegittimi e per l'effetto annullati i provvedimenti impugnati in primo grado; chiede poi la condanna del Comune di Varese al risarcimento dei danni subiti e subendi,ai sensi degli artt.244 e 245 del D.Lgvo.n.163/2006 e degli artt.33 e 35 del D.Lgvo.n.80 del 1998.

2.) Il Comune di Varese,resistente in primo grado,non si è costituito in questa sede pur avendo ricevuto rituale notifica dell'atto di appello.

3.) Trattenuta la causa in decisione,il Collegio rileva che l'appello merita di essere accolto con riferimento alla assorbente censura di violazione di legge, siccome riferita alla errata interpretazione del citato art.13,1<sup>^</sup> e 2<sup>^</sup> co. del D.L.223/2006 con la quale la sentenza del T.A.R.di Milano depositata in data 11 gennaio 2010 - riportando testualmente le motivazioni di una sentenza del T.A.R. Sardegna pronunciata per un caso analogo (Sez.I,n.1371 dell'11 luglio 2008) - ha ritenuto in questo caso applicabile il divieto previsto da detta norma, in quanto la ricorrente risultava essere una società mista ed operativa sia nel settore dei servizi pubblici locali, sia in quello dei servizi strumentali a favore dell'ente pubblico partecipante e dunque non una società che aveva come oggetto sociale esclusivo lo svolgimento dei servizi pubblici locali.

4.) A giudizio di questo Collegio, infatti, dette motivazioni non possono essere condivise per le stesse ragioni logico-giuridiche con le quali questa Sezione (con la decisione del 7 luglio 2009 n.4346) aveva già riformato detta sentenza del T.A.R. Sardegna ponendo fra l'altro in evidenza - essenzialmente - le ben differenti caratteristiche giuridiche delle società c.d. "strumentali" e delle società c.d. "miste": differenze che anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con la decisione n.1 del 3 marzo 2008, resa nella controversa materia dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista) aveva già ampiamente puntualizzato tenendo ben distinto il modello organizzativo della società mista da quello dell'in house providing; il tutto, anche con riguardo alla testuale finalità della speciale disciplina limitativa di cui all'art.13, 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> co. del citato D.L.n.223 del 2006 ossia alla finalità di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori.

Ciò significa, in buona sostanza, che mentre i divieti e gli obblighi imposti dal 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> co. del predetto art.13 (con la sanzione prevista dal successivo 4<sup>o</sup> co. della nullità dei contratti stipulati in violazione di detti divieti e di detti obblighi) trovano una ben ragionevole giustificazione per le società c.d. strumentali, non altrettanto ragionevole né fondata (soprattutto in base alla "ratio" della predetta norma) appare l'applicazione della stessa anche per quelle società c.d. "miste" (partecipate da soggetti pubblici e privati) che, pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto come tale alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti ( e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti nonché a favore di altri enti o loro società o aziende pubbliche e private), operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato ed altresì nel pieno rispetto delle regole previste per le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Ciò premesso e rivedendo in concreto la specifica controversia, risulta pacifico dagli atti che in base al proprio statuto la società appellante è legittimata a svolgere servizi pubblici locali ed anche altre attività non solo in favore della Provincia di Savona ma anche in favore di altri Enti o loro società o aziende pubbliche e private.

E' invece controverso tra le parti: A) che tutta l'area di competenza operativa di detta società ricomprenda in concreto soltanto lo svolgimento di servizi pubblici locali; B) che una parte rilevante della stessa area

operativa debba (sempre in concreto) intendersi siccome strumentale a favore della Provincia di Savona; C) che il servizio di controllo degli impianti termici siti nel Comune di Varese possa in questo caso qualificarsi come concessione di un servizio pubblico anziché come un appalto di servizi.

Come sopra detto, la sentenza appellata ha anzitutto inteso risolvere in radice entrambi i punti controversi sub) A e su B) ritenendo che in questo caso - poiché non risultava quale oggetto sociale esclusivo della società appellante la gestione di servizi pubblici locali - l'eliminazione di quest'ultima dalla gara era per ciò stesso legittima.

Ad avviso di questo Collegio, invece, la decisione del T.A.R. su detti punti controversi è da considerare giuridicamente errata. Invero, in adesione a quanto già rilevato nella predetta decisione di questa Sezione (n.4346/2009), deve al riguardo ribadirsi che le società miste che svolgono servizi pubblici locali non devono necessariamente avere un oggetto sociale esclusivo e limitato soltanto allo svolgimento di detti servizi. Ciò perché tali società, in quanto soggetti giuridici di diritto privato, devono comunque operare sul mercato nel pieno rispetto delle regole della concorrenza e possono conseguire l'aggiudicazione di detti servizi pubblici locali solo nel rispetto delle ulteriori regole previste per i contratti pubblici. Quindi, in questo caso, la motivazione (sulla non esclusività della gestione dei servizi pubblici locali nella previsione dell'oggetto sociale della società mista in questione) con la quale il T.A.R. ha ritenuto di rigettare i primi due motivi del ricorso principale, a proposito di detti punti controversi A) e B), non poteva ritenersi di per sé dirimente.

Con riferimento poi al controverso punto C) il T.A.R. ha ritenuto di respingere il terzo motivo del ricorso principale precisando che la remunerazione del servizio in questione era a carico dell'Amministrazione e non degli utenti e che quindi tale circostanza fosse di per sé sufficiente per inquadrare lo stesso servizio nella categoria degli appalti e non in quella dei servizi pubblici.

Anche la motivazione di rigetto del terzo motivo formulato su detto punto controverso è da considerare giuridicamente errata. Al riguardo è sufficiente considerare che in questo caso - trattandosi di un'attività di verifica e manutenzione degli impianti termici prevista dalla legge non solo nell'interesse

dell'Amministrazione ma anche degli utenti- sono questi ultimi che in definitiva sopportano il costo del servizio dato in concessione sulla base di tariffe predeterminate che è poi onere della stessa società concessionaria riscuotere.

5.) Per tutte le suesposte ed assorbenti considerazioni,l'appello merita di essere accolto con il conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

6.) La decisione di accoglimento dell'appello comporta anche l'esame della domanda di risarcimento dei danni che la società ha riproposto in appello richiamando gli artt.33 e 35 del D.Lgvo.n.80 del 1998 e quindi chiedendo che la quantificazione degli stessi avvenga per equivalente sulla base di criteri stabiliti in questa sede.

Tale domanda è meritevole di accoglimento.Invero,è ragionevole ritenere che in questo caso gli atti ora annullati abbiano cagionato un danno ingiusto alla società appellante.Quest'ultima,infatti,aveva già conseguito l'aggiudicazione provvisoria della gara e non ha potuto ottenere l'aggiudicazione definitiva del contratto triennale del servizio di controllo in questione proprio a causa dei provvedimenti di esclusione illegittimamente adottati dall'Amministrazione.

Il contratto prevedeva come base d'asta l'importo di 275.000,00 euro (IVA esclusa).Sicchè,per la quantificazione del risarcimento per equivalente così come richiesto in applicazione del predetto art.35,appare corretto stabilire il criterio seguente.

Prendendo come base di riferimento il predetto importo ovvero quello eventualmente in ribasso offerto dalla società appellante,occorrerà anzitutto riscontrare in concreto le singole voci di danno che la società in questione dimostrerà di avere effettivamente subito sotto ogni profilo,proprio a causa del mancato affidamento in suo favore del servizio triennale in questione.Accertata anche l'effettiva l'esistenza di dette voci di danno,l'Amministrazione dovrà poi proporre alla società interessata il pagamento di una somma di



denaro da determinarsi equitativamente in percentuale in relazione all'entità del pregiudizio economico effettivamente subito (sotto il profilo del danno emergente e del lucro cessante).

La proposta in questione dovrà essere formulata entro 60 (sessanta) giorni dalla data di notifica della presente decisione, con l'avvertenza che nel caso di mancato accordo la società potrà proporre ricorso in via di ottemperanza per la determinazione giudiziale della somma dovuta, ai sensi delle vigenti norme in materia.

7.) Da ultimo, con riferimento alle spese di lite del presente grado di giudizio, il Collegio ritiene che si possa evitare la condanna a carico del Comune soccombente e non costituito; ciò, per gli stessi motivi addotti dal T.A.R. in primo grado ossia in considerazione della non chiara formulazione delle norme in rassegna e quindi delle oggettive difficoltà che esse pongono all'interprete soprattutto nella realtà operativa dei singoli casi concreti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza

annulla gli atti impugnati in primo grado.

Condanna il Comune appellato al risarcimento dei danni in favore dell'appellante ai sensi e con i criteri specificati in motivazione.

Nulla per le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Consigliere

\*\*\*\*\* , Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/la-societa-appellante-non-ha-potuto-ottenere-l-aggiudicazione-definitiva-del-contratto-triennale-del-servizio-di-controllo-a-causa-dei-provvedimenti-di-esclusione-illegittimamente-adottati-dall-ammini/>