

**N. 00017/2011REG.PROV.COLL.**

**N. 00002/2010 REG.RIC.A.P.**

**N. 00003/2010 REG.RIC.A.P.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2 di A.P. del 2010, proposto da:  
Comune di Fiorano Modenese, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno  
Taverniti, Emilia Giulia Di Fava, con domicilio eletto presso Bruno Taverniti  
in Roma, via Sesto Rufo, 23;

***contro***

Sinergas Impianti S.r.l. in pr. e q.le Mandataria Capogruppo Rti, - Ditta A & B  
Energie S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Corrado Orienti, Alessandra  
Pradella, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso  
Vittorio Emanuele II, 18; Manutencoop Facility Management S.p.A., Ccc  
Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Coop.;

sul ricorso numero di registro generale 5007 di A.P. del 2010, proposto da: Manutencoop Facility Management Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi, Francesco Rizzo, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

***contro***

Sinergas Impianti Srl in P. e Q. Mand. Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Corrado Orienti, Alessandra Pradella, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18; Ati - F.lli Pilati Srl, Ati - A & B Energie Srl, Comune di Fiorano Modenese, Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Soc. Coop.;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 4390 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Emilia-Romagna - Bologna: Sezione I n. 00433/2010, resa tra le parti, concernente GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI ENERGIA.

quanto al ricorso n. 5007 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Emilia-Romagna - Bologna: Sezione I n. 00433/2010, resa tra le parti, concernente GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI ENERGIA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sinergas Impianti S.r.l. in pr. e q.le Mandataria Capogruppo Rti e di Rti - Ditta A & B Energie S.r.l. e di Sinergas Impianti Srl in pr. e q.le. Mand. Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 maggio 2011 il Cons. Anna Leoni e uditi per le parti gli avvocati Taverniti, Di Fava, e Orienti. Manzi, Rizzo, e Orienti.;

## FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Fiorano Modenese bandiva una gara di appalto di rilevanza comunitaria, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio energia, comprendente l'esercizio, la manutenzione e la riqualificazione impiantistica degli impianti termico-elettrici dell'amministrazione comunale per la durata di dodici anni.
2. Alla gara partecipavano la costituenda ATI tra Sinergas Impianti s.r.l. (mandataria), la soc. F.lli Pilati e s.r.l. A& B, la Teckal s.p.a.ed il Consorzio cooperative costruzioni.
3. La soc. Sinergas, controllata da AIMAG s.p.a., società a capitale misto pubblico- privato, svolgente attività inerenti a servizi pubblici locali, veniva esclusa dalla gara in virtù del disposto dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge, con modificazioni, dall'art.1 della l. 4 agosto 2006, n. 248 (cd. "Decreto Bersani").
4. La gara veniva aggiudicata alla Teckal s.p.a. sotto condizione della verifica dei requisiti soggettivi dell'aggiudicataria e del Consorzio cooperative costruzioni (secondo classificato). Successivamente veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in suo favore.
5. La soc. Sinergas impugnava l'esclusione dalla gara e la conseguente aggiudicazione, deducendo sostanzialmente due ordini di motivi: a) Sinergas Impianti è una società controllata direttamente da AIMAG s.p.a. e quindi non è società partecipata direttamente dagli Enti locali soci di AIMAG medesima; pertanto, non si applicano alla stessa i vincoli e le limitazioni previsti dall'art.

13 della L. l. n. 248 del 2006; b) la controllante AIMAG s.p.a. è società mista per la gestione di servizi pubblici locali e, come tale, non è gravata da alcuna limitazione all'esercizio di attività extraterritoriali, con conseguente mancanza di impedimenti per le proprie società controllate o partecipate (tra cui Sinergas Impianti).

6. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna con sentenza n. 433 del 2010 accoglieva il ricorso, dichiarando l'illegittimità dell'esclusione, facendo espressa applicazione di quanto statuito dal Consiglio di Stato, V Sezione, con la decisione n. 4346 del 2009, pronunciata in riforma della sentenza n. 1371 del 2008 del Tribunale amministrativo della Sardegna, in cui si era escluso che la soc. AIMAG fosse soggetta al divieto previsto dal cit. art. 13 della l. n. 248 del 2006.

In particolare, il giudice di primo grado, rifacendosi alla sentenza n. 326 del 2008 della Corte costituzionale, che ha distinto fra "società strumentali" degli enti territoriali ad oggetto sociale esclusivo, per le quali è possibile l'affidamento diretto senza previa gara, e "società a partecipazione pubblico-privata", non ad oggetto sociale esclusivo, fra cui rientrano anche le società miste per la gestione di servizi pubblici locali, per le quali non vi può essere affidamento pubblico in assenza di procedura concorsuale, riteneva che le attività di natura diversa, statutariamente previste, non potessero essere considerate strumentali ai fini dell'applicabilità dell'art. 13, in quanto non statutariamente previste per essere esercitate a favore dei soci con affidamento diretto. Esse, quindi, potevano essere svolte a favore di chiunque le richiedesse, in regime di piena concorrenza.

Il Tribunale amministrativo statuiva, altresì, che a prescindere dalla qualificazione di AIMAG, non fosse applicabile il divieto nei confronti della soc. Sinergas, in quanto l'art. 13 cit., norma eccezionale da interpretarsi in

stretta aderenza al suo dato letterale, impediva di estendere il divieto alle forme di partecipazione indiretta o mediata e, quindi, anche alle società cd. di terzo grado, come nel caso di Sinergas.

7. Proponeva appello il Comune di Fiorano Modenese, deducendo l'erroneità della sentenza per violazione ed erronea applicazione dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 sotto vari profili.

In particolare, per quanto riguarda la prima statuizione del giudice di primo grado, il Comune appellante deduceva che le conseguenze della decisione impugnata avrebbero portato la società AIMAG a fruire, da una parte, di affidamenti diretti della produzione e distribuzione di calore e di gestione di impianti termici da parte dei propri soci pubblici; dall'altra, direttamente o per il tramite della propria partecipata Sinergas, ad andare fuori dal territorio a competere per l'affidamento dei medesimi servizi, per conto di Comuni soci, con evidente vantaggio competitivo.

Richiamava, per quanto riguarda le attività extraterritoriali di AIMAG s.p.a., la decisione n. 417 del 2010 della V Sezione del Consiglio di Stato, che aveva mutato il precedente orientamento espresso nella decisione n. 4346 del 2009, posta a base della sentenza impugnata, ritenendo che il divieto di partecipazione fosse correlato al fatto obiettivo della titolarità di affidamenti diretti, indipendentemente da ogni considerazione sulla loro legittimità.

Riportava, altresì, analoghi orientamenti giurisprudenziali rinvenibili nella sentenza della Corte di giustizia europea n. 196/08 e in quella del TAR Lombardia, Sez. I, n. 8 del 2010.

8. La medesima sentenza veniva impugnata, in via autonoma, dalla soc. Manutencoop Facility Management s.p.a., che già nel corso del giudizio di primo grado aveva incorporato la soc. Teckal s.p.a., aggiudicataria della gara.

La società appellante deduceva, per quanto riguarda la seconda statuizione del TAR, che la lettura formalistica dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 avrebbe finito per sottrarre le società strumentali indirettamente partecipate dagli enti locali ai vincoli imposti dalla norma medesima, richiamando in proposito la decisione n. 4829 del 2008 della V Sezione.

9. In entrambi i ricorsi si costituiva, per resistere, la soc. Sinergas.

10. Gli appelli venivano trattenuti in decisione all'udienza del 26 ottobre 2010.

11. Con ordinanza n. 425 del 2010 la Quinta Sezione ha disposto la riunione dei due appelli, attesa la loro evidente connessione oggettiva e soggettiva.

La pronuncia ha deferito l'esame dei ricorsi all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

In sintesi, i punti di diritto sottoposti all'esame dell'Adunanza sono i seguenti:

a) stabilire se il divieto contenuto nell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni, volto a tutelare i principi di concorrenza, di trasparenza e di libertà di iniziativa economica, si estenda ad una impresa partecipata da un'altra impresa, a sua volta controllata da un'amministrazione pubblica;

b) stabilire, in particolare, se la norma suddetta si applichi o meno all'ipotesi in cui la società a capitale misto, con scopo statutario non esclusivo e che intenda operare, mediante una società interamente partecipata, in favore di enti locali non soci, possa legittimamente concorrere a gare per gli stessi servizi, rispetto ai quali ha già affidamenti diretti da parte dei soci pubblici.

12. Le parti, in vista dell'udienza di discussione dinanzi all'Adunanza Plenaria, hanno ampiamente illustrato le rispettive posizioni con memorie e repliche.

In particolare, Sinergas Impianti ha contestato quanto affermato *sub* 8) dell'ordinanza di rimessione, sostenendo che la sua controllante AIMAG

s.p.a., società mista, non è titolare di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, né di altri servizi di natura strumentale da parte dei Comuni soci.

Ha, altresì, precisato che la partecipazione societaria di controllo dei Comuni soci di AIMAG s.p.a. è inferiore alla percentuale indicata *sub* 8) nella ordinanza di rimessione, essendo pari a circa il 60% del capitale sociale.

Ha, inoltre, aggiunto che all'epoca della gara né AIMAG s.p.a. né Sinergas Impianti risultavano (né risultano attualmente) titolari di affidamenti diretti di servizi analoghi a quello oggetto della gara bandita dal Comune di Fiorano. I contratti sottoscritti da AIMAG s.p.a. per affidamento diretto del “servizio calore” da parte di alcuni Comuni soci in epoca antecedente all'entrata in vigore del cit. art. 13 avrebbero cessato di avere effetto (per scadenza naturale del termine triennale di durata ivi previsto) ben prima della scadenza del regime transitorio dettato dal medesimo art. 13 per consentire l'adeguamento alle nuove regole.

Replicando alla memoria di Sinergas Impianti, la soc. Manutencoop Facility Management s.p.a. ha rilevato che, dalla documentazione versata in atti, emerge che la partecipazione complessiva dei 21 Comuni ad AIMAG s.p.a. corrisponde al 78% del capitale sociale. La rimanente parte è detenuta da soci finanziari (Fondazione Cassa di risparmio di Mirandola e Cassa di risparmio di Carpi) per l'8,65% e da due soci privati per il 13,35%, peraltro questi ultimi già titolari di azioni caratterizzate da limitazioni dei loro diritti.

Ha, poi, fatto rilevare che AIMAG s.p.a. è titolare direttamente di uno o più servizi pubblici locali da parte dei Comuni soci e che, attraverso proprie controllate, gestisce la distribuzione del gas metano presso tutti i Comuni soci ed il servizio di illuminazione pubblica in tredici dei ventuno Comuni soci. Da ciò deriverebbe la natura strumentale di AIMAG e conseguentemente l'applicabilità alla stessa del divieto di cui all'art. 13 del cd. “Decreto Bersani”.

## DIRITTO

1. Come si è detto, i due appelli sono già stati riuniti dall'ordinanza di rinvio della V Sezione, tenendo conto della loro evidente connessione oggettiva e soggettiva.

Le questioni prospettate trovano ragione nel fatto che il punto di diritto sottoposto all'esame della Sezione ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali.

2. I nodi interpretativi posti dall'ordinanza di rinvio attengono al d.l. n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248. In particolare, l'art. 13 del decreto legge impone alcune limitazioni alle società partecipate da Regioni ed Enti locali per lo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali alle stesse.

A norma del comma 1, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto- costituite dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.

A norma del comma 2, le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

Il comma 3 detta una disciplina transitoria per la cessazione delle attività non consentite.

Il comma 4 dispone per i contratti conclusi dopo l'entrata in vigore del decreto legge, prevedendo la nullità di quelli in violazione dei commi 1 e 2 .



In proposito, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 326 del 1° agosto 2008, ha rilevato che le disposizioni di cui al d.l. n. 223 cit. sono fondate sulla distinzione fra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra, secondo la Corte, possono essere svolte attraverso società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza.

Le disposizioni in questione mirano, prosegue la Corte, a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli Enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione che il legislatore ha reputato distorsiva della concorrenza.

Dunque, secondo quanto affermato dalla Corte, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza, disciplina che è stata ritenuta non irragionevole né sproporzionata rispetto alle esigenze perseguite.

La Corte ha, poi, ritenuto che il divieto imposto alle società strumentali di detenere partecipazioni in altre società o enti sia complementare rispetto alle disposizioni considerate, essendo volto ad evitare che le società in questione svolgano, indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse.

La disposizione in questione, peraltro, vieta loro non di detenere qualsiasi partecipazione o di aderire a qualsiasi ente, ma solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse.

Dall'enunciato dell'art. 13, così come interpretato dalla Corte costituzionale, si evince che la limitazione alla legittimazione negoziale delle società strumentali si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tale attività. La qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione di servizi pubblici deve essere, invece, riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa (V Sez., 22 marzo 2010, n. 1651).

Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, come si è detto, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici (IV sez., 5 marzo 2008, n. 946; V Sez., dec. n. 1651 cit.; 12 giugno 2009, n. 3767; 22 febbraio 2010, n. 1037; 16 novembre 2010, n. 8069).

Nello stesso senso è l'orientamento comunitario. Pur avendo, infatti, l'Unione europea previsto la necessità per gli Stati membri di provvedere alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, proprio per evitare distorsioni della concorrenza nei confronti di soggetti privati (v. Direttiva n. 2004/18/CE del 31/3/2004), si è tuttavia escluso che il riconoscimento della legittimazione a concorrere *extra moenia* contrasti in qualche modo con i principi in materia di concorrenza e di parità di trattamento fra imprese pubbliche e private. E' stato, invero, affermato che il solo fatto che amministrazioni aggiudicatrici ammettano alla partecipazione ad un

procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto organismi che beneficino di sovvenzioni pubbliche non costituisce automaticamente violazione del principio di parità di trattamento (e della concorrenza), non sussistendo a livello di normativa comunitaria un espresso divieto di partecipazione di tali organismi a dette procedure di appalto (così: Corte di giustizia 7/12/2002; V Sez., 27 settembre 2004, n. 6325; 12 giugno 2009, n. 3767), salvo procedere ad una accorta e puntuale valutazione della congruità dell'offerta, per evitare che un'offerta particolarmente bassa possa essere proprio il frutto della predetta particolare posizione dell'organismo a partecipazione pubblica che ha preso parte alla gara (V Sez., n. 3767 cit.; 3 settembre 2001, n. 6525; 7 settembre 2004; n. 5843; 3 ottobre 2005, n. 5304; C.G.A. 21 marzo 2007, n. 197).

3. L'ordinanza di rimessione ha rilevato, sui punti di diritto indicati, l'esistenza di contrasti giurisprudenziali (peraltro interni alla V Sezione).

Partendo dalla distinzione fra società strumentali, perché destinate a produrre beni e servizi finalizzati alle esigenze dell'ente pubblico partecipante e società a partecipazione pubblico-privata, esercitate secondo modelli paritetici, in cui il ruolo degli enti territoriali corrisponde a quello di un azionista di una società per azioni (IV Sez., 5 marzo 2008, n. 946; V Sez. 16 novembre 2010, n. 8069), la giurisprudenza ha ritenuto applicabile solo alle prime la norma contenuta nel "Decreto Bersani". Il divieto, in tal caso, è stato ritenuto giustificato dall'essere le società strumentali una *longa manus* delle Amministrazioni pubbliche, operanti per queste ultime e non già per il pubblico (V Sez., 4346/09; 3766/09; 1282/10; 8069/10; n. 77/2011). E' stato, invece, ritenuto non operante nel caso di società a partecipazione pubblica che producono beni o servizi per il pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza (V Sez., n. 8069 cit.).

Alcune decisioni più restrittive hanno, poi, ritenuto che il divieto di cui all'art.13 si applichi anche alle cd. società di terzo grado (non costituite da enti pubblici e non destinate a soddisfare esigenze strumentali della P.A.) ove l'assunzione avvenga comunque con una quota di capitale pubblico (Sez. V, n. 4829/08), nonché che il divieto abbia portata generale per tutti i soggetti titolari di affidamenti diretti (ancorchè preceduti da gara per la scelta del socio), indipendentemente da ogni considerazione sulla legittimità di tali affidamenti (Sez. V, n. 417/10).

Altre decisioni hanno focalizzato il ruolo svolto dalla specifica missione strumentale della società rispetto all'ente che l'ha costituita o la partecipa per giustificare il divieto legislativo di operare per altri soggetti pubblici o privati (V Sez., 5 marzo 2010, n. 1282; n. 8069 del 2010).

Infine, alcune decisioni più rigorose hanno affermato che le preclusioni operanti per le società strumentali debbano essere estese anche alle società da queste costituite, anche per attività non strumentali (V Sez., 22 febbraio 2010, n. 1037; n. 8069/10 cit.).

4. In relazione ai principi esposti, si deve ritenere che, come correttamente affermato dai giudici di primo grado, la soc. ATI Sinergas, esclusa dalla partecipazione alla gara pubblica di appalto di rilevanza comunitaria di cui si discute, non rientri nell'ambito del divieto stabilito dal più volte citato art. 13 del d.l. n. 223 del 2006.

Va premesso che la Soc. Sinergas non ha un oggetto sociale esclusivo né risulta svolgere attività nell'ambito degli affidamenti diretti di qualsiasi genere, essendo società operante nel mercato secondo le regole della libera concorrenza. Di per sé dunque la società non rientra nel novero di quelle soggette al divieto in esame.

Quanto poi alla circostanza, indicata dal Comune appellante, che essa sia controllata in termini di assoluta prevalenza (98,4 %) da AIMAG s.p.a., società mista per la gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, di cui sono soci numerosi enti locali e che quindi sia, ancorchè indirettamente, partecipata dai Comuni soci di AIMAG s.p.a., la stessa non è determinante ai presenti fini, attesa la natura di quest'ultima società.

Difatti, dalla lettura dell'oggetto sociale di Aimag s.p.a, quale definito dallo Statuto, risulta che la stessa svolge attività inerenti ai servizi pubblici locali (esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 13 del "Decreto Bersani") ed in particolare:

gestione impianti e reti di trasporto e di distribuzione del gas, distribuzione gas per usi civili e produttivi ;

impianti e gestione dell'intero ciclo dell'acqua;

gestione dell'intero ciclo dei rifiuti urbani e speciali;

produzione, acquisto, scambio, trasporto, distribuzione e commercializzazione di energia in tutte le sue forme;

pubblica illuminazione;

produzione e distribuzione di calore, gestione impianti termici.

Si evidenzia, quindi, una missione complessivamente rivolta al pubblico piuttosto che una esclusiva riserva di attività per qualche Amministrazione pubblica locale.

Né la circostanza che AIMAG abbia avuto (o abbia in corso) affidamenti diretti da parte di Comuni soci può mutare tali conclusioni.

AIMAG spa è, invero, società mista conformata ai sensi indicati dall'art. 113, co.5, lett.b), d.lgs n. 267 del 2000, affidataria, ad opera delle competenti Autorità d'ambito ottimale, del servizio idrico integrato e del servizio raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani per i Comuni soci, avendo previamente

espletato idonea procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato con gara pubblica a duplice oggetto: l'acquisizione della qualifica di socio (in particolare di socio titolare di azioni ai sensi dell'art. 2350 co. 2 c.c. correlato all'affidamento del servizio pubblico locale oggetto di gara) e l'assegnazione a specifici compiti operativi riguardanti la gestione del servizio medesimo (con l'attribuzione *ex art.* 2345 c.c. di prestazioni accessorie connesse alle suindicate azioni correlate all'affidamento del servizio, V Sez., 12 novembre 2009, n. 7048).

AIMAG non risulta titolare di contratti aventi ad oggetto lo svolgimento di attività e/o servizi di natura strumentale (rilevanti ai fini dell'art. 13 cit.) per l'attività degli enti locali soci e in particolare non risulta titolare di contratti di "gestione calore" affidati direttamente dai Comuni soci.

La stessa risulta avere scorporato, mediante cessione di ramo d'azienda, l'attività riguardante il servizio pubblico locale di illuminazione pubblica ad una nuova società mista, costituita previa gara pubblica, e per quanto riguarda il servizio di distribuzione di gas naturale, risulta affidataria, attraverso la soc. controllata AS Reti Gas s.r.l., in regime transitorio *ex art.* 15, co. 10, d.lgs n. 164 del 2000, del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio di alcuni Comuni soci.

In conclusione, AIMAG non risulta essere qualificabile come società strumentale per l'attività istituzionale dei Comuni soci, da cui l'inapplicabilità alla stessa del divieto di partecipazione alle gare pubbliche previsto dall'art. 13 cit. (cfr. V Sez., n. 2012/11).

Deve, conseguentemente, escludersi che anche la controllata Sinergas possa essere assoggettata ai limiti di legittimazione propri appunto della società strumentale e che alla stessa sia applicabile la normativa dettata dal medesimo articolo 13.

Né valgono a contrastare tale conclusione le censure contenute negli atti di appello proposti dal Comune di Fiorano Modenese e dalla soc. Manutencoop che richiamano la disciplina dettata dall'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008 (e successive modificazioni) in materia di affidamento in concessione dei servizi pubblici locali, cui *ad abundantiam* fa riferimento la motivazione del provvedimento di esclusione della soc. Sinergas.

La norma, come è noto, interviene nuovamente sulla disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, secondo l'art.117, co.2, lett.e) ed m) Costituzione). Per il profilo che interessa, essa pone anche divieti e limiti di partecipazione a gare pubbliche in materia di servizi pubblici locali e a garanzia del principio di concorrenza, peraltro precisando che tali limiti operano nei confronti di tutti i soggetti che siano effettivamente titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, circostanza che, nella fattispecie, per quanto già detto, deve ritenersi insussistente.

5. Le conclusioni raggiunte in ordine al punto di diritto *sub* b) dell'ordinanza di rimessione consentono di ritenere l'infondatezza degli appelli proposti dal Comune di Fiorano Modenese e dalla soc. Manutencoop Facility Management. Essi vanno, pertanto, respinti, con conseguente conferma della sentenza impugnata, mentre alle spese si provvede come da dispositivo.

6. L'Adunanza ritiene, poi, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., di affrontare anche il punto di diritto *sub* a) della medesima ordinanza, sebbene non rilevante ai fini

del decidere. Si chiede, al riguardo, di stabilire se il divieto contenuto nel più volte citato art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 si estenda anche ad una impresa partecipata da un'altra impresa, a sua volta controllata da un'amministrazione pubblica.

Si sono già, in precedenza, individuati l'ambito e i limiti di applicabilità dell'art. 13 e a dette considerazioni si rinvia.

Alla luce delle conclusioni raggiunte va esaminata la possibilità di estendere le disposizioni limitative di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo alle cd società di terzo grado, intendendosi per tali quelle società caratterizzate da forme di partecipazione indiretta o mediata, che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono finalizzate a soddisfare esigenze strumentali delle medesime.

Va, anzitutto, affermato che – come si è già chiarito - il presupposto per l'eventuale applicazione della norma anche nei confronti delle società di terza generazione è che la società costituita o posseduta dall'ente locale svolga servizi strumentali per lo stesso.

In presenza di tale circostanza la finalità del d.l. n. 223, di evitare effetti distorsivi della libera concorrenza, si persegue non solo vietando le attività diverse da quelle classificabili come strumentali rispetto alle finalità dell'ente pubblico, ma anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società. In effetti, l'alterazione della libera concorrenza può realizzarsi anche in via mediata, ossia fruendo dei vantaggi derivanti dall'investimento del capitale di una società strumentale in altro soggetto societario costituito con finalità neppure indirettamente strumentali, ma anzi intrinsecamente imprenditoriali (cfr., in termini, V sez. 22 febbraio 2010, n. 1037).

Tale principio si evince in particolare dalla ricordata decisione n. 326 del 2008 della Corte costituzionale, che ha ritenuto il divieto imposto alle società



strumentali di detenere partecipazioni in altre società volto ad evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, attività loro precluse.

Divieto, peraltro, che la Corte ha ritenuto non esteso alla detenzione di qualsiasi partecipazione o alla adesione a qualsiasi ente, bensì circoscritto alla detenzione di partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse.

Dalle considerazioni esposte si può ricavare il principio – conferente al punto di diritto in esame - secondo cui sono applicabili alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste gli stessi limiti che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori precluse a queste ultime.

Infatti, l'utilizzazione di capitali di una società strumentale per partecipare, attraverso la creazione di una società di terzo grado, a gare ad evidenza pubblica comporterebbe, sia pure indirettamente, l'elusione del divieto di svolgere attività diverse da quelle consentite a soggetti che godano di una posizione di mercato avvantaggiata (V Sez., n. 1037/10 cit.).

Né può costituire valido argomento *a contrario* la previsione dello scorporo di attività non più consentite alle società strumentali di cui al comma 3 dell'art. 13 del "Decreto Bersani", dovendosi tale disposizione intendere nell'unico senso compatibile con il divieto imposto alle società strumentali di partecipare ad enti, sancito dal comma 1 del medesimo articolo e cioè come volta a costituire un nuovo soggetto societario, destinato a concorrere in pubbliche gare per lo svolgimento di un servizio di interesse generale, che non comporti l'intervento finanziario dell'ente strumentale (cfr. dec. n. 1037 cit.).

Tale interpretazione trova del resto conferma nella circostanza che l'obbligo di cessione a terzi delle società e delle partecipazioni vietate, abrogato dalla

legge finanziaria 2007 (art.1, co. 720, l. 27 dicembre 2006, n. 296), è stato poi ripristinato dalla legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 29), con la previsione di un termine di adempimento più volte prorogato, da ultimo con l'art. 71, co.1, lett.e) della l. 18 giugno 2009, n. 69 (V Sez., n. 8069 del 2010 cit.).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li rigetta

e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna le parti soccombenti al pagamento delle spese della presente fase di giudizio, che liquida in Euro 10.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 2 maggio 2011, con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Stefano Baccharini, Presidente

Pier Luigi Lodi, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

**IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO**

**L'ESTENSORE**

**IL SEGRETARIO**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2011

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

Il Dirigente della Sezione