



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 (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3255 del 2011, proposto da:  
Tecnocivis S.p.A. in proprio e nella qualità di capogruppo di  
costituenda a.t.i. con Multiservice S.p.A., rappresentati e difesi dagli  
avv. Luigi Ferrajoli e Giuseppe Fischioni, con domicilio eletto presso  
Giuseppe Fischioni in Roma, via della Giuliana 32;

***contro***

Comune di Savona, rappresentato e difeso dagli avv. Corrado  
Mauceri, Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele  
Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare 14a/4;

***nei confronti di***

Multiservizi Energia S.r.l. e Servizi Energia Ambiente S.r.l. in proprio  
e quali società facenti parte di a.t.i., rappresentate e difese dall'avv.  
Pietro Quinto, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via  
Cosseria, 2;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LIGURIA Sez. II n. 57/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO PER ACCERTAMENTI E ISPEZIONI NECESSARI ALL'OSSERVANZA DELLE NORME RELATIVE AL CONTENIMENTO DEI CONSUMI DI ENERGIA NELL'ESERCIZIO E MANUTENZIONI DEGLI IMPIANTI TERMICI - RIS. DANNI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Savona e di Servizi Energia Ambiente S.r.l. e Multiservizi Energia S.r.l. in proprio e quali società facenti parte di a.t.i.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Fischioni, Pafundi e Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando n. 21 del 24 ottobre 2008 il Comune di Savona aveva indetto una procedura aperta di gara con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di verifica e ispezione degli impianti termici presenti sul territorio comunale ai sensi della L. 10/91 e successive modifiche.

A tale gara partecipava in a.t.i. con Multiservice s.p.a. l'attuale appellante Tecnocivis s.p.a., società con capitale misto pubblico/privato, costituita su iniziativa del socio di maggioranza, la Provincia di Savona, e con un socio privato - le società Sti s.p.a., Ge.Fi s.p.a., Abaco s.p.a. - individuato tramite procedura ad evidenza pubblica, attiva nel campo delle verifiche e di controlli relativi all'osservanza delle norme sugli impianti termici. Ma Tecnocivis veniva esclusa dalla gara in applicazione del divieto di partecipazione alle gare di cui agli artt. 113 co. 6 D.Lgs. 267/00 e 23 *bis* co. 9 L. 133/08, poiché tali disposizioni normative escludono dalla possibilità di partecipare alle gare i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali e ciò anche nei casi di soggetti giuridici con soci privati scelti mediante procedura ad evidenza pubblica.

Avverso la propria esclusione e la successiva aggiudicazione dell'appalto all'a.t.i. costituito da Multiservizi Energia Srl e Servizi Energia Ambiente Srl, Tecnocivis proponeva ricorso straordinario al Presidente della Repubblica poi trasposto davanti al TAR della Liguria in seguito ad atto di opposizione del Comune di Savona, sostenendo in sintesi la violazione degli artt. 113 co. 6 D.Lgs 267/00 e 23 *bis* co. 9 L. 133/08, in quanto non avrebbero dovuto trovare applicazione nel caso di specie, visto che Tecnocivis non ne sarebbe destinataria, data la scelta del socio privato mediante gara ed inoltre perché la gara in controversia era da qualificare appalto di servizi e non affidamento in concessione di servizio pubblico locale.

Il TAR della Liguria, sez. II, respingeva con sentenza n. 57 del 19

gennaio 2011 il ricorso di Tecnocivis, affermando che il ricorrente aveva già in gestione un'attività analoga a quella in gara, affidatole senza gara dal 2004 e oltre a ciò, perché si trattava di servizio pubblico in quanto costituiva prestazione a favore dell'utenza.

Con appello notificato il 9 aprile 2011 Tecnocivis chiedeva la riforma della sentenza 57/11 del TAR Liguria, riproponendo le seguenti censure già sollevate nel giudizio di primo grado:

1. Violazione dell'art. 113 co. 6 D. Lgs. 267/00. Eccesso di potere per difetto di presupposti e travisamento dei fatti. L'oggetto della gara consiste in un appalto pubblico di servizi e non nell'affidamento di un servizio. Inoltre l'appellante è una società per azioni con capitale pubblico/privato con solo un socio minoritario privato, individuato tramite regolare procedura ad evidenza pubblica e ciò supera il fatto che vi siano affidamenti senza gara in suo favore.

2. Violazione dell'art. 23 *bis* co. 9 D.L. 112/08 convertito nella L. 133/08 e dell'art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per difetto di presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione. L'art. 23 *bis* in rubrica stabilisce che i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive non ne possono acquisire ulteriori, ma possono solamente concorrere alla prima gara dopo la scadenza del servizio stesso. In realtà la disposizione normativa non era applicabile per l'assenza al tempo del regolamento di attuazione.

3. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, carenza di istruttoria e travisamento dei fatti oltre che violazione dell'art. 13 D.L. 223/06 e

dell'art. 41 Cost. e per illogicità intrinseca nell'interpretazione dello stesso art. 13. L'aggiudicataria in a.t.i. Multiservizi Energia s.p.a. è società unicamente partecipata da Multiservizi s.p.a., società mista affidataria diretta di una pluralità di servizi da parte della Provincia di Enna e quindi non poteva partecipare a gare non bandite dall'ente costituente

Tecnocivis ribadiva poi in buona sostanza i motivi sub 1) e 2) avverso la sentenza impugnata e concludeva per l'accoglimento dell'appello, insistendo anche per la condanna del Comune di Savona al risarcimento dei danni subiti.

Si sono costituiti in giudizio l'a.t.i. aggiudicataria ed il Comune di Savona, sostenendo l'inammissibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza dell'atto di appello e chiedendone il rigetto.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1. Avuto riguardo alla normativa vigente pro tempore , come puntualmente rilevato dal TAR

*- la costituenda ATI ricorrente, è composta da Tecnocivis s.p.a., società mandataria, e da Multiservice s.p.a., società mandante. La mandataria, società a prevalente capitale pubblico detenuto dalla Provincia di Savona, che vede la partecipazione del socio privato minoritario scelto con gara, gestisce per conto di essa, ed in forza d'affidamento diretto senza gara fin dal 2004, il servizio di controllo degli impianti termici "in qualità di concessionaria di servizio pubblico in ambito provinciale" (cfr. leggasi atto d'affidamento).*

*- rientra pertanto nell'ambito soggettivo, disciplinato dall'art. 23 bis, comma 9,*

*d.l. 112/08, delle società che non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente né tramite loro controllati o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.*

*- né opera in favore di essa l'esimente della "prima gara", prevista dalla norma appena richiamata, poiché il servizio svolto su affidamento della Provincia è (tuttora) in atto.*

Osserva al riguardo il Collegio che allo stato degli atti emergono in tali servizi le caratteristiche dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, nella specie riconoscibili in relazione , da un lato all'ampio concetto di servizio pubblico locale » desumibile dall'art. 22 della l. 8 giugno 1990 n. 142, oggi art. 122 del d.lg. 18 agosto 2000 n. 267, (cfr. Consiglio Stato, V, 06 dicembre 2007 , n. 6276; Consiglio Stato, V, 13 dicembre 2006 , n. 7369 ) e dall'altro alla rilevanza economica dello stesso implicante impegni capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore. (arg. da Consiglio Stato, sez. V, 14 aprile 2008 , n. 1600)

Ritiene, in questa prospettiva e in ogni caso ,il Collegio assorbente ai fini della decisione della causa, l'eccezione di improcedibilità formulata dalle difese del Comune di Savona.

Il contratto stipulato il 21 ottobre 2009 tra il Comune e l'a.t.i. affidataria costituita da Multiservizi Energia Srl e Servizi Energia Ambiente Srl ha esaurito i suoi effetti, trattandosi di durata biennale.

Dunque un eventuale annullamento non appare in astratto più utile per il ricorrente, visto da un lato che la rimozione dell'esclusione dalla gara di Tecnocivis e dell'aggiudicazione all'a.t.i. controinteressata non avrebbe a questo punto alcuna conseguenza e dall'altro, perché la rinnovazione dello stesso servizio per un ulteriore biennio disposta a favore della stessa a.t.i. ha origine da diverso provvedimento non connesso alla gara in controversia, ossia la determinazione dirigenziale n. 421/2011, che non rientra nel presente contenzioso e non è stata comunque impugnata.

Ma ai sensi dell'art. 34 co.3, c.p.a. resta in capo all'appellante l'interesse all'accertamento delle illegittimità sostenute nel giudizio ai fini di ottenere la condanna del Comune di Savona al risarcimento dei danni subiti dalla esclusione dalla procedura.

Senonchè la domanda di risarcimento del danno è limitata nel ricorso in appello - del resto al pari del ricorso in primo grado - alla richiesta di condanna, ai sensi delle leggi vigenti, "del Comune di Savona al risarcimento dei danni subiti e subendi da Tecnocivis S.p.a. in forza degli atti impugnati del lavoro consequenziale esecuzione", senza assolutamente specificazione alcuna in ordine ad un minimo di quantificazione di tali danni o un rinvio ad elementi probatori.

La domanda introdotta da Tecnocivis appare quindi una sorta di mero automatismo riflesso, quasi un'appendice della domanda impugnatoria, mentre pacifica giurisprudenza afferma il principio che la domanda di risarcimento del danno non sostenuta dalle allegazioni necessarie all'accertamento della responsabilità dell'Amministrazione

deve essere disattesa: grava infatti sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno e dunque in materia di appalti, almeno successivamente alle recenti pronunce della Corte di Giustizia UE in materia di elemento soggettivo, l'entità del danno e il nesso causale (Cons. Stato, V, 4 marzo 2011 n. 1408; id., 6 aprile 2009 n. 2143; id., 13 giugno 2008 n. 2967). Se colui che agisce può eventualmente offrire al giudice elementi anche solo indiziari in ordine alla gravità della violazione o all'univocità della normativa di riferimento, il medesimo deve almeno indicare la prova dell'esistenza di un danno, ovverosia di una diminuzione patrimoniale o di perdita di *chance*, ma la totale assenza di queste ultime indicazioni priva il giudice anche della possibilità di una valutazione equitativa.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere respinto.

Sussistono i presupposti per la compensazione delle spese di giudizio per il presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22



novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2012

IL SEGRETARIO

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