

Parere n. 42 del 25/02/2010

Protocollo PREC 141/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Foligno - Affidamento in concessione del servizio per la verifica ed il controllo dell'esercizio e manutenzione degli impianti termici, ai sensi dell'art. 31 della Legge n. 10/91 e dell'art. 11, comma 18 del D.P.R. n. 412/93 e aggiornamento del catasto degli impianti termici ricadenti nel territorio del Comune di Foligno -Importo a base d'asta € 425.000,00 - S.A.: Comune di Foligno

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 settembre 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Foligno, in qualità di stazione appaltante, ha rappresentato di aver indetto la procedura aperta per l'affidamento del servizio in oggetto con bando pubblicato in data 8 giugno 2009 e che in sede di gara alcune imprese hanno sollevato molteplici questioni controverse, che possono riassumersi come di seguito esposto.

Il primo rilievo, formulato dal delegato dell'impresa Italgas Ambiente s.r.l., riguarda la possibilità di partecipazione alla gara di cui trattasi, alla luce dei divieti di cui agli artt. 23bis, comma 9, della Legge n. 133/2008 e 13 della Legge n. 248/2006, da parte dell'impresa Multiservizi Energia s.r.l. di Enna (capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante SEA s.r.l. di Maglie), in quanto tale impresa concorrente è controllata dalla Multiservizi S.p.A., società pubblica costituita dalla Provincia di Enna e altri comuni fra Enna e Caltanissetta per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, e in quanto la concorrente medesima riceverebbe affidamenti diretti dagli Enti che la costituiscono.

Il secondo rilievo, strettamente correlato al primo, riguarda la possibilità di partecipazione alla gara in questione, sempre alla luce dei divieti di cui agli artt. 23bis, comma 9, della Legge n. 133/2008 e 13 della Legge n. 248/2006, della A.E.A. S.p.A. di Perugia, società mista pubblico privata di cui è socio il Comune di Foligno, la quale ha gestito sino al 2007 per conto del medesimo Comune, in affidamento diretto, i servizi di verifica e controllo caldaie, ma ha attestato di non avere - né al momento della presentazione dell'offerta né attualmente - in affidamento diretto alcun servizio pubblico locale.

Il terzo e quarto rilievo, posti con riferimento alla concorrente A.T.I. ESA s.r.l. di Montesilvano (capogruppo) Sistemi Ambientali s.r.l. di Siracusa (mandante) e Coop, Service a r.l di Messina (mandante) riguardano, rispettivamente, la necessità o meno, ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame, del possesso delle abilitazioni di cui al DM 37/2008 nonché del possesso, da parte della capogruppo ESA s.r.l., del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 27, lett. c) del Capitolato Speciale d'Appalto, ossia di aver gestito negli ultimi cinque anni servizi di verifica degli impianti termici ai sensi del D.P.R. n. 412/93 per almeno n. 3500 controlli complessivi.

Infine, il quinto rilievo concerne la richiesta esclusione dell'impresa Italgas Ambiente s.r.l., ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto ha un contenzioso con la Provincia di Campobasso per la gestione del servizio delle verifiche impianti termici. Al riguardo la stazione appaltante ha precisato di aver chiesto informazioni alla Provincia di Campobasso per poter verificare puntualmente i fatti ed esprimere le proprie valutazioni.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale hanno formulato proprie controdeduzioni le seguenti imprese.

L'impresa concorrente Multiservizi Energia s.r.l. di Enna, con riferimento al primo rilievo, ha rappresentato di operare esclusivamente nel campo dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e di non incorre nel divieto di cui all'art. 23bis, comma 9, della Legge n. 133/2008, che preclude la possibilità di partecipazione alle gare per le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali, in quanto non ha alcun affidamento diretto in atto ed opera in regime di libero mercato, partecipando a gare e aggiudicandosi, al pari di tutti gli altri operatori, i servizi pubblici di rilevanza economica previsti nel suo oggetto sociale. L'impresa medesima ha, altresì, dichiarato che il suo capitale sociale è interamente posseduto dall'impresa Multiservizi S.p.A., la quale è una società mista pubblico privata che svolge, mediante affidamento diretto degli Enti pubblici che la compongono, una serie di attività strumentali e funzioni amministrative esclusivamente per gli Enti soci, ai sensi dell'art. 13 della Legge n. 248/2006, quali la vigilanza venatoria ambientale, la manutenzione ordinaria e la pulizia degli immobili provinciali, la manutenzione ordinaria del verde e, per la Provincia di Enna, il

supporto per la riscossione della COSAP.

L'impresa A.E.A. S.p.A. di Perugia, relativamente al secondo rilievo, ha dichiarato di essere una società mista - tra i cui soci figura il Comune di Foligno che detiene il 7,407% delle azioni - la cui attività, da svolgere nel mercato, non è strumentale all'attività di amministrazioni regionali e locali, per cui alla stessa non può trovare applicazione l'art. 13 della Legge n. 248/2006, ed ha precisato, altresì, di non essere affidataria - né al momento della presentazione dell'offerta né attualmente - di alcun servizio pubblico locale, non incorrendo, pertanto, nel richiamato divieto di cui all'art. 23bis, comma 9, della Legge n. 133/2008. Infine, la stessa società ha evidenziato che, essendo stata l'ultima affidataria diretta del servizio pubblico locale oggetto della procedura di gara in esame, può avvalersi di quanto previsto dal medesimo comma 9, dell'art. 23bis, laddove si afferma che: "i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato".

L'impresa ESA s.r.l. di Montesilvano, capogruppo dell'A.T.I. con l'impresa Sistemi Ambientali s.r.l. di Siracusa (mandante) e con la Coop. Service a r.l. di Messina (mandante), invece, nel richiamare quanto sostenuto anche dal Comune appaltante in ordine alla correttezza della propria posizione, ha altresì affermato l'applicabilità alla fattispecie di cui trattasi dell'art. 13 della Legge n. 248/2006, chiedendo in tale ottica la verifica della posizione delle altre imprese concorrenti.

L'impresa Italgas Ambiente s.r.l., infine, ha ribadito le censure già espresse in sede di gara al Comune di Foligno, sopra illustrate in quanto le stesse hanno dato origine e parziale contenuto alla presente istanza di parere. Inoltre, relativamente all'esclusione, richiesta nei proprio confronti sulla base del disposto dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006 per la pendenza di un contenzioso con la Provincia di Campobasso per la gestione del servizio delle verifiche impianti termici, l'Italgas Ambiente s.r.l. ha sostenuto l'infondatezza di tale rilievo, evidenziando, in primo luogo, che la norma citata richiede l'accertamento di una "grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate" ovvero di un "errore grave" nell'esercizio dell'attività professionale, e non semplicemente l'esistenza di un contenzioso o la pendenza di un giudizio e, in secondo luogo, che in concreto non è stata mai accertata alcuna negligenza o malafede né errore grave a carico della Italgas Ambiente s.r.l.

Ritenuto in diritto

Con la presente istanza di parere sono state portate all'attenzione di questa Autorità una serie di questioni in ordine all'ammissibilità della partecipazione alla gara in oggetto di diverse imprese offerenti, sia di carattere generale, relativamente all'estensione di divieti dettati *ex lege*, che particolare, relativamente al possesso di determinati requisiti.

Sotto il primo profilo si pongono, nello specifico, le questioni concernenti l'interpretazione dell'estensione dei divieti di cui agli artt. 23 bis, comma 9 della Legge n. 133/2008 e 13 della Legge n. 248/2006.

Prendendo le mosse dalla prima normativa invocata, occorre preliminarmente evidenziare come il testo vigente all'epoca di indizione della gara sia stato successivamente sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

In particolare, il testo dell'art. 23 bis, comma 9 da considerare, in quanto applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*, statuiva: "I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica".

Ai fini che rilevano nel caso *de quo* va evidenziato come la norma originaria, vigente all'epoca dello svolgimento della procedura di gara in oggetto, prevedesse, in termini invero solo precisati e non stravolti dalla successiva modifica: in via generale, il divieto di acquisire affidamenti di servizi in capo a determinati soggetti, in specie, per ciò che interessa nel caso in esame, ai soggetti titolari di servizi pubblici locali affidati in via diretta e non mediante procedure di gara; in via particolare, in termini di eccezione al divieto predetto, la possibilità per i suddetti affidatari diretti di partecipare alla prima gara da svolgersi per l'affidamento del medesimo servizio già a loro affidato.

Sotto il primo profilo, nel caso di specie non risulta provato né con riferimento all'impresa Multiservizi Energia s.r.l. di Enna (capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante SEA s.r.l.) né con riferimento all'altra concorrente A.E.A. S.p.A. di Perugia, società mista pubblico privata di cui è socio il Comune di Foligno, che le società medesime fossero, al momento della presentazione delle offerte né successivamente, titolari di affidamenti diretti, come dichiarato dalle stesse e rilevato dalla stazione appaltante in sede di istanza. Non sussiste, pertanto, il presupposto necessario perché le due concorrenti in questione possano incorrere nel divieto di cui all'art. 23bis, comma 9 della Legge n. 133/2008.

Sotto il secondo profilo, peraltro, la richiamata eccezione al suddetto divieto, nella sua chiara formulazione letterale e di *ratio* non suscettibile di interpretazioni estensive o analogiche, sembra comunque applicabile all'A.E.A. S.p.A. di Perugia, pur se limitatamente alla possibilità di partecipare alla prima gara successiva, essendo di fatto stata l'ultima affidataria diretta del servizio pubblico locale oggetto della procedura di gara in esame.

Passando all'analisi della normativa e degli effetti di cui all'art. 13 della Legge n. 248/2006, occorre anche qui prendere le mosse dal dato normativo, nel testo vigente alla data di pubblicazione del bando di gara in oggetto (8 giugno 2009): "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 o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti".

Questa Autorità si è già occupata di diverse problematiche relative all'applicazione della citata disposizione, anche in merito all'individuazione del relativo campo di estensione. A titolo esemplificativo con la deliberazione n. 135/2007, si è ritenuto che il divieto di svolgere attività *extra moenia*, espressamente previsto per le società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, sia valido anche per le ipotesi in cui la partecipazione di tali soggetti pubblici alla società sia meramente indiretta, al fine di evitare che l'applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate (in tal senso, cfr. anche parere n. 213 del 31 luglio 2008).

Tale orientamento, peraltro, è condiviso anche dall'interpretazione giurisprudenziale secondo cui le limitazioni alla capacità di agire operano sia nell'ipotesi di partecipazione diretta sia in quella di partecipazione indiretta degli enti pubblici a società, non potendosi consentire che attraverso lo schermo della creazione di una società di secondo grado vengano sostanzialmente elusi i limiti derivanti dalla vigente legislazione (Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza 7 ottobre 2008, n. 4829; TAR Lombardia, Milano, 31 gennaio 2007, n. 140).

Significativa, altresì, è la successiva estensione dell'originario divieto posto alle amministrazioni pubbliche regionali e locali dal D.L. n. 223/2006 a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, operata dal Legislatore con l'art. 3, comma 27, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), a mezzo del quale è stato rafforzato sia lo sfavor nei confronti del fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste, già espresso dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato con parere n. 322 del 25 settembre 2007, sia l'orientamento restrittivo del raggio d'azione delle società costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali, fatta eccezione per i servizi di interesse generale.

Il caso in esame, pertanto, deve essere trattato tenendo conto del quadro normativo applicabile *ratione temporis* e degli orientamenti già evidenziati.

Ciò detto, ai fini della valutazione dell'applicabilità alla fattispecie di cui trattasi del divieto di cui all'art. 13 della Legge n. 248/2006, occorre distinguere, sotto il profilo soggettivo, la posizione della concorrente Multiservizi Energia s.r.l. di Enna (capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante SEA s.r.l.) da quella dell'altra concorrente A.E.A. S.p.A. di Perugia, mentre non si pongono problemi sul piano oggettivo, essendo entrambe le società concorrenti alla procedura di gara in oggetto costituite per lo svolgimento di servizi pubblici locali e non per la produzione di servizi strumentali all'attività degli enti partecipanti, cui si riferisce specificatamente il divieto in questione.

In particolare, con riferimento all'impresa Multiservizi Energia s.r.l. occorre rilevare che, benché la stessa abbia rappresentato di operare esclusivamente nel campo dei servizi pubblici locali di

rilevanza economica e di esercitare la propria attività in regime di libero mercato, tuttavia l'impresa medesima ha altresì dichiarato che il suo capitale sociale è interamente posseduto dall'impresa Multiservizi S.p.A., la quale è una società mista pubblico privata che svolge, mediante affidamento diretto degli Enti pubblici che la compongono, una serie di attività strumentali e funzioni amministrative esclusivamente per gli Enti soci, ai sensi dell'art. 13 della Legge n. 248/2006, quali la vigilanza venatoria ambientale, la manutenzione ordinaria e la pulizia degli immobili provinciali, la manutenzione ordinaria del verde e, per la Provincia di Enna, il supporto per la riscossione della COSAP. Ebbene, come già chiarito da questa Autorità da ultimo nel parere n. 61 del 7 maggio 2009, la circostanza stessa che il capitale sociale della Multiservizi Energia s.r.l., concorrente alla procedura di gara in oggetto, sia interamente posseduto dalla Multiservizi S.p.A., rientrando nel disposto dell'art. 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006, è condizione sufficiente a determinare l'applicabilità anche alla controllata Multiservizi Energia s.r.l. dei divieti previsti da detta disposizione del decreto medesimo in capo alla controllante Multiservizi S.p.A., non essendo consentito di eludere sostanzialmente detto divieto attraverso lo schermo di una società di secondo grado.

Occorre, infatti, considerare che, secondo l'autorevole lettura che della norma è stata data dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 30 luglio 2008, n. 326, l'art. 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006 mira ad evitare che la medesima società, "che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività di impresa, beneficiando dei privilegi dei quali 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 a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza."

Al riguardo, una recentissima pronuncia del Giudice Amministrativo (TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, sentenza 7 aprile 2009, n. 785) ha altresì evidenziato che "La norma in questione intende evitare che la medesima società possa assumere, in forza di affidamenti diretti, servizi rientranti nel disposto del primo comma e, in forza della partecipazione a pubbliche gare, svolgere altre attività. Tale commistione può essere evitata anche con la creazione di una diversa società che svolga esclusivamente la produzione di beni e servizi non strumentali all'attività dell'ente pubblico che ne detiene in tutto o in parte la proprietà, senza fruire di alcun affidamento diretto, ma non con la creazione di una società di secondo grado che continui a cumulare le due diverse attività che la norma ha inteso separare".

Diversamente, sembra potersi escludere l'operatività del divieto ex art. 13 della Legge n. 248/2006 nei confronti dell'altra concorrente alla procedura di gara in oggetto, l'impresa A.E.A. S.p.A. di Perugia. Tale società, infatti, ancorché a partecipazione pubblica - tra i suoi soci figura il Comune di Foligno che detiene il 7,407% delle azioni - per un verso, al pari della Multiservizi Energia s.r.l., è stata costituita per la gestione dei servizi pubblici locali, ossia per soddisfare direttamente e in via immediata esigenze generali della collettività, e non per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione, che sono quelle specificamente rientranti nell'ambito oggettivo di applicazione del citato art. 13; per altro verso, però, a differenza della Multiservizi Energia s.r.l., non presenta nella sua composizione azionaria, quindi sotto il profilo soggettivo, il presupposto che giustificerebbe l'applicazione del richiamato divieto, ossia la partecipazione al capitale sociale di una società creata da enti pubblici per lo svolgimento privilegiato di attività strumentali per conto degli stessi, con possibilità di utilizzare tale vantaggio per creare un mercato protetto, con conseguente alterazione della concorrenza e della parità di trattamento degli operatori economici.

Si rileva, al riguardo, che un'interpretazione dell'art. 13 contraria a quanto appena evidenziato, secondo la quale ritenere che il solo fatto della partecipazione al capitale sociale da parte di un ente regionale o locale sia sufficiente per l'applicazione del divieto sancito dalla medesima disposizione, finirebbe per limitare la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, imponendo pesanti restrizioni a società che non godono di una situazione di privilegio e che operano in condizione di parità con gli altri soggetti del mercato, perché sottoposte al rischio di impresa; un tale risultato - oltre che irragionevole - si pone in insanabile contrasto con il principio di neutralità di cui all'art. 259 del Trattato CE e con il principio di libertà di iniziativa economica garantito dall'art. 41 Cost., nonché con la sopra richiamata autorevole lettura che del citato art. 13 è stata data dalla Corte Costituzionale (sentenza 30 luglio 2008, n. 326 cit.) nel senso che la norma in questione non nega né limita la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma impone loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative.

Per ciò che concerne poi la necessità o meno, ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame, del possesso delle abilitazioni di cui al D.M. 37/2008 (ex lege n. 46/1990), l'analisi della *lex specialis* evidenzia che le stesse non sono previste dal bando di gara tra i requisiti di partecipazione e che il disciplinare di gara, nel punto B "Modalità di partecipazione alla gara", al n. 1, lett. d) richiede ai concorrenti solo di obbligarsi ad impiegare, per le attività di verifica, personale avente i requisiti prescritti dal citato D.M., con ciò rendendo palese che si tratta di un obbligo per l'esecuzione, da verificare, quindi, in sede di svolgimento ed esecuzione del servizio in oggetto relativamente al personale addetto, e non di un requisito richiesto a monte in sede di gara in capo alle imprese concorrenti. La scelta in questione operata dalla stazione appaltante, pur discutibile sul piano dell'opportunità, non è in questa sede censurabile, stante l'evidente tenore della *lex specialis* di gara.

Inoltre, con riferimento alla necessità del possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 27, lett. c) del Capitolato Speciale d'Appalto, ossia di "aver gestito negli ultimi cinque anni servizi di verifica degli impianti termici ai sensi del D.P.R. n. 412/93 per almeno n. 3500 controlli complessivi", anche da parte dell'impresa capogruppo ESA S.r.l., oltre che da parte delle imprese mandanti Sistemi Ambientali s.r.l. di Siracusa e Coop. Service a r.l di Messina, si rende necessario evidenziare che nel caso di specie trattasi di concessione e non di appalto del servizio di verifica in oggetto, per cui, ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006, non si applicano integralmente le disposizioni del Codice, ma solo i principi desumibili dal Trattato e i principi generali relativi ai contratti pubblici, tra cui quelli esemplificati nell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, alla luce dei quali viene reso il presente parere da questa Autorità.

Conseguentemente, tenuto anche conto che il citato art. 27 del Capitolato Speciale d'Appalto si limita a stabilire che il predetto requisito debba essere posseduto "cumulativamente" dal raggruppamento senza prevedere requisiti minimi in capo alle singole imprese componenti, il requisito medesimo può ritenersi raggiunto se, come asserito dalla stazione appaltante, il RTI concorrente in base alle dichiarazioni rese in sede di gara risulta complessivamente in possesso dei requisiti richiesti.

Infine, per ciò che concerne la richiesta esclusione dell'impresa Italgas Ambiente s.r.l., ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto ha un contenzioso pendente con la Provincia di Campobasso per analogo servizio, la stessa istanza di parere evidenzia come la stazione appaltante intenda rimettere ogni valutazione sul punto all'acquisizione della necessaria documentazione.

In proposito, peraltro, a fini di completezza della trattazione va comunque ricordato che la causa di esclusione di cui trattasi riguarda i soggetti "che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante". La situazione ostativa, pertanto, per essere tale, deve avere carattere di gravità e, come imposto dal legislatore e precisato da questa stessa Autorità in più occasioni, compete alla stazione appaltante l'accertamento, di natura discrezionale e comportante l'obbligo di motivazione, della esistenza e della gravità della condotta suscettibili di dar luogo all'esclusione ai sensi della disposizione in esame.

Nel caso di specie, pertanto, pur dinanzi alla già evidenziata necessità di approfondimenti da parte della stazione appaltante, pare potersi escludere che la mera sussistenza, per di più con un'altra amministrazione, di un contenzioso giurisdizionale, peraltro costituente esercizio di un diritto costituzionalmente garantito ex art. 24 Cost., possa di per sé integrare i presupposti dell'invocata esclusione ex art. 38, comma 1, lett. f) del D.lgs. n. 163/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la partecipazione alla procedura di gara in oggetto dell'impresa Multiservizi Energia s.r.l. in ATI con la SEA s.r.l. non è conforme ai principi in materia di contratti pubblici di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006;
- la partecipazione alla procedura di gara in oggetto dell'impresa A.E.A. S.p.A. è conforme ai principi in materia di contratti pubblici di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006;
- la partecipazione alla procedura di gara in oggetto dell'impresa ESA s.r.l. in ATI con la Sistemi Ambientali s.r.l. e con la Coop. Service a r.l. di Messina è conforme alla *lex specialis* di gara nonché ai principi generali in materia di contratti pubblici;
- la mera sussistenza di un contenzioso giurisdizionale non può di per sé integrare i presupposti per l'esclusione dell'impresa Italgas Ambiente s.r.l. ex art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Marzo 2010