



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 366 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Gas Plus Vendite S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Elena Pontiroli e
Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il primo, in Parma, via Mistrali n.
4;

contro

San Donnino Multiservizi S.r.l. a Socio Unico, rappresentata e difesa dagli Avv.ti
Francesca Baldi e Elena Guiducci, con domicilio eletto presso l'Avv. Roberto
Ollari, in Parma, borgo Zaccagni n. 1;

nei confronti di

Gas Sales S.r.l. e Fidenza Vendita Gas S.r.l., rappresentate e difese dagli Avv.ti
Andrea Cremona e Marina Mora, con domicilio eletto presso il secondo, in Parma,
borgo Tommasini n. 9;

per l'annullamento

del bando di gara adottato dalla Società San Donnino Multiservizi S.r.l. avente ad oggetto "*asta pubblica per la cessione del 100% delle quote di partecipazione della costituenda società New. co. gas S.r.l.*", pubblicato in G.U. il 10 ottobre 2012 e di tutti i relativi allegati;

di ogni altro atto e provvedimento presupposto, conseguente e connesso ivi inclusi i chiarimenti apparsi sul sito web della società odierna intimata;

e per l'accertamento

della illegittimità dell'accesso al contratto di affitto di ramo d'azienda, consentito a fronte di mera richiesta via mail;

nonché, per l'inibitoria dell'accesso a dati aziendali sottoposti a tutela commerciale di cui alle richieste datate 23 e 30 ottobre 2012 e forniti da Gas Plus vendite in data 8 novembre 2012,

nonché,

per il risarcimento del danno;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di San Donnino Multiservizi S.r.l. e di Gas Sales S.r.l. e Fidenza Vendita Gas S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara pubblicato in G.U. il 10 ottobre 2012, San Donnino Multiservizi S.r.l. (di seguito San Donnino), società controllata dal Comune di Fidenza, indiceva una "*asta pubblica per la cessione del 100% delle quote di partecipazione*

della costituenda società NewCo Gas S.r.l.” (denominata in seguito Fidenza Vendita Gas S.r.l.) allo scopo di “procedere alla cessione del servizio di vendita gas alle utenze finali, mediante cessione di costituenda società alla quale” si sarebbe provveduto a cedere entro l’anno 2012 “e con effetto giuridico dal 01 gennaio 2013, il relativo ramo d’azienda”.

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la Società ricorrente Gas plus Vendite S.r.l., gestore uscente dell’attività di vendita del gas nel territorio comunale (in virtù di contratto sottoscritto da San Donnino con Gas Plus Emilia S.r.l. poi incorporata in Gas Plus Vendite S.r.l. a sua volta partecipata da Gas plus S.p.a., San Donnino e Busseto Servizi S.r.l.), impugnava i provvedimenti in epigrafe specificati deducendo:

- la mancata specificazione dell’obbligo di mantenimento dei rapporti di lavoro in essere;
- l’illegittimità del patto di non concorrenza posto a carico del gestore uscente;
- l’illegittimità della tempistica concorsuale e l’incompletezza della documentazione di gara circa l’effettiva consistenza del ramo di azienda oggetto di cessione;
- l’illegittimità della prevista retrocessione dei depositi cauzionali unitamente all’azienda;
- l’illegittimità dell’accesso, consentito a semplice richiesta, alla documentazione relativa all’attività del gestore uscente.

Con decreto presidenziale n. 228 del 13 novembre 2013 veniva respinta l’istanza di misure cautelari monocratiche.

La Società San Donnino si costituiva in giudizio eccependo in via pregiudiziale l’inammissibilità del ricorso per difetto di interesse per mancata specificazione di una concreta lesione alle posizioni della ricorrente e nel merito confutava le avverse doglianze chiedendo la reiezione del ricorso.

Nella camera di consiglio del 21 novembre 2012 veniva accolta l’istanza di sospensione limitatamente alle prescrizioni in materia di accesso.

La procedura di gara si concludeva con l'aggiudicazione all'odierna controinteressata.

Detto esito, comunicato alla ricorrente con nota del 5 dicembre 2012, veniva impugnato con motivi aggiunti datati 27 dicembre 2012 deducendo l'anomalia dell'offerta presentata dalla aggiudicataria. In data 7 dicembre 2012 veniva sottoscritto il contratto in pretesa violazione dei prescritti termini e in data 12 dicembre 2012, il socio unico dell'aggiudicataria Gas Sales acquisiva con contratto di affitto l'azienda relativa alla vendita del gas nel comune di Fidenza.

Preso notizia dei descritti ulteriori sviluppi procedurali, la ricorrente integrava le proprie doglianze con un secondo ricorso per motivi aggiunti datato 18 gennaio 2013 replicando sostanzialmente le censure già oggetto dei precedenti mezzi di gravame e deducendo, inoltre, la violazione dell'art. 11, comma 10 del D. Lgs. n. 163/2006 in relazione alla anticipata firma del contratto.

Nel frattempo, con atto depositato il 7 gennaio 2013, Gas Sales si costituiva in giudizio sostenendo la legittimità dell'operato della Stazione appaltante.

Con memoria del 18 febbraio 2013, San Donnino eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice adito sostenendo che le controversie in materia di cessione di quote societarie rientrerebbero nella cognizione del giudice ordinario.

All'esito della pubblica udienza del 23 ottobre 2013, la causa veniva trattenuta in decisione.

Preliminarmente il collegio procede allo scrutinio dell'eccezione di giurisdizione sollevata dalla resistente San Donnino.

Sostiene quest'ultima che la procedura oggetto del presente giudizio sarebbe estranea all'ambito di applicazione del Codice degli appalti in quanto, da un lato, veniva indetta da un soggetto costituito in forma di società per azioni in assenza di qualsivoglia forma di esercizio di pubblici poteri, dall'altro, perché relativa alla cessione del 100% di quote di una società dedita ad attività di vendita del gas,

ovvero, una attività liberalizzata e non un pubblico servizio gestito in regime di privata.

La ricorrente afferma, al contrario, la sussistenza della giurisdizione amministrativa richiamando l'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., a norma del quale, *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ... le controversie in materia di pubblici servizi ... relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio”*.

Sulla questione il collegio premette che l'art. 7, comma 1, c.p.a. prevede che siano *“devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

Nel caso di specie, non è dato rilevare alcun esercizio di pubblici poteri avendo la San Donnino agito nella qualità di soggetto formalmente e sostanzialmente privato.

Oggetto dell'odierna controversia è, infatti, la cessione del 100% delle azioni di un soggetto esercitante una attività liberalizzata non soggetta a regime concessorio e pertanto non qualificabile quale pubblico servizio.

La separazione dell'attività di vendita posta in essere dalla San Donnino, e già affidata in passato alla ricorrente, si è resa necessaria in virtù dell'art. 21, comma 4 del D. Lgs. n. 164/2000 che disponeva, a decorrere dal 1° gennaio 2002, che *“l'attività di trasporto e dispacciamento di gas naturale è oggetto di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas”*.

La medesima norma, al successivo comma 4, prevedeva che *“a decorrere dal 1° gennaio 2003 e in deroga a quanto previsto dai commi 2 e 3, le imprese di gas naturale che*

svolgono nel settore del gas unicamente attività di distribuzione e di vendita e che forniscono meno di centomila clienti finali separano societariamente le stesse attività di distribuzione e di vendita” .

Una volta qualificata la vicenda oggetto del presente giudizio come cessione di un pacchetto azionario, non può che rilevarsi, come riconosciuto dalla più recente giurisprudenza, che *“non risulta una riserva al giudice amministrativo della giurisdizione in merito alla cessione di partecipazioni societarie detenute in società pubbliche: la norma di cui all’art. 119, I comma, lett. c), infatti, nel prevedere un rito abbreviato in ordine ai provvedimenti ivi enunciati, detta una disposizione non già sulla giurisdizione, ma esclusivamente sul processo, stabilendo un rito speciale per alcune controversie che devono appartenere ex se al giudice amministrativo, secondo le regole ordinarie del riparto della giurisdizione”* (TAR Veneto, Sez. I, 18 febbraio 2013, n. 241).

Preso ulteriormente atto che la procedura impugnata non è relativa a *concessione di pubblici servizi, né coinvolge provvedimenti autoritativi concernenti la modificazione di un soggetto gestore di pubblici servizi (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004)”* (TAR Veneto, cit.) non può che riconoscersi la giurisdizione in materia del giudice ordinario

Per quanto precede il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

La specificità delle questioni trattate determina la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Laura Marzano, Primo Referendario

Marco Poppi, Primo Referendario, Estensore

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2013

IL SEGRETARIO

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