

Pubblicato il 14/06/2018

N. 00632/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00021/2018 REG.RIC.



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso con motivi aggiunti numero di registro generale 21 del 2018, proposto dalla società

La Ronda Servizi di Vigilanza S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Invernizzi e Pier Vettor Grimani e con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Venezia, Santa Croce, n. 466/G

contro

Azienda Generale Servizi Municipali di Verona (AGSM) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Stajano ed Enrico Campagnano e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Adalberto Perulli, in Venezia, Dorsoduro, n. 2525

AGSM Energia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Stajano ed

Enrico Campagnano e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Adalberto Perulli, in Venezia, Dorsoduro, n. 2525
Comune di Verona, non costituito in giudizio
Ministero dell'Interno, Prefettura di Verona, Questura di Verona,
non costituiti in giudizio

nei confronti

C.S.A. Security S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Toninelli e Giovanni Vanti e con domicilio fissato presso gli indirizzi di P.E.C. ("posta elettronica certificata") indicati nell'atto di costituzione in giudizio

a) con il ricorso introduttivo:

per l'annullamento,
previe misure cautelari,
- dei provvedimenti, di estremi ignoti, e degli ulteriori atti e comportamenti amministrativi tramite i quali AGSM S.p.A. e, per quanto di ragione, AGSM Energia S.p.A. ed il Comune di Verona hanno fatto sì che CSA Security S.r.l. fosse selezionata quale soggetto con il quale proporsi al mercato per offrire, anche in correlazione con le attività rispettivamente svolte da AGSM S.p.A. e AGSM Energia S.p.A., un pacchetto di servizi e prestazioni denominato commercialmente "Sinecura";
- di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi a quelli di formalizzazione della predetta selezione di CSA Security S.r.l., ivi inclusi avvisi e inviti a formulare offerte, verbali o atti comunque denominati di valutazione delle proposte di CSA Security S.r.l., anche in ordine al vaglio della loro sostenibilità economica, provvedimenti di approvazione delle valutazioni medesime, da parte

sia di AGSM S.p.A. sia di AGSM Energia S.p.A., sia del Comune di Verona, anche in relazione a provvedimenti di assenso preventivo o successivo da parte di questi nonché per la caducazione del contratto conseguente alla suindicata selezione di CSA Security S.r.l., da parte di AGSM S.p.A. e di AGSM Energia S.p.A., laddove stipulato

b) con i motivi aggiunti depositati il 13 febbraio 2018:

per l'annullamento,

previe idonee misure cautelari,

- dei provvedimenti, di estremi ignoti, e degli ulteriori atti e comportamenti amministrativi tramite i quali AGSM S.p.A. e, per quanto di ragione, AGSM Energia S.p.A. ed il Comune di Verona hanno fatto sì che CSA Security S.r.l. fosse selezionata quale soggetto con il quale proporsi al mercato per offrire, anche in correlazione con le attività rispettivamente svolte da AGSM S.p.A. e AGSM Energia S.p.A., un pacchetto di servizi e prestazioni denominato commercialmente "Sinecura";

- nonché degli atti presupposti, consequenziali o connessi a quelli di formalizzazione della predetta selezione di CSA, per come già indicato nel ricorso originario

e per la caducazione

del contratto stipulato il 30 gennaio 2018 tra CSA e il gruppo AGSM, nonché di "tutti i precedenti patti e/o intese, sia orali che scritti, relativi alla materia trattata nel Contratto", citati dall'art. 10 del contratto stesso.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di AGSM S.p.A. e di AGSM Energia S.p.A.;

Viste le memorie difensive di AGSM S.p.A. e di AGSM Energia S.p.A.;

Visti il controricorso e la documentazione di CSA Security S.r.l.;

Viste le "puntualizzazioni" e l'ulteriore documentazione della ricorrente;

Viste l'ordinanza collegiale istruttoria n. 87/2018 del 25 gennaio 2018 e la documentazione trasmessa dalle parti in ottemperanza alla stessa;

Visti i motivi aggiunti depositati dalla ricorrente il 13 febbraio 2018;

Vista l'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti;

Viste tutte le memorie e i documenti depositati dalle parti;

Vista l'ordinanza n. 84/2018 del 22 febbraio 2018, tramite la quale è stata respinta l'istanza cautelare proposta con il ricorso introduttivo e reiterata con i motivi aggiunti;

Viste la memoria finale, l'ulteriore documentazione e la replica della ricorrente, nonché la memoria di replica di AGSM Energia S.p.A.;

Preso atto della tardività del deposito della memoria finale di AGSM Energia S.p.A., nonché della memoria di replica della controinteressata;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 6 giugno 2018 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;

Visto l'art. 35, comma 1, lett. b), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.);

Visti, altresì, gli artt. 9, 11 e 35, comma 1, lett. b), c.p.a.;

Visto, ancora, l'art. 120 c.p.a.

Considerato che con il ricorso originario indicato in epigrafe la società La Ronda Servizi di Vigilanza S.p.A. ("La Ronda") ha impugnato i seguenti atti, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione:

- i provvedimenti, di estremi ignoti, e gli ulteriori atti e comportamenti amministrativi tramite i quali AGSM S.p.A. ed AGSM Energia S.p.A. ("AGSM Energia") ed il Comune di Verona hanno fatto sì che CSA Security S.r.l. fosse selezionata quale soggetto con cui proporsi al mercato per offrire, anche in correlazione con le attività svolte da AGSM S.p.A. e da AGSM Energia, un pacchetto di servizi e prestazioni denominato commercialmente "Sinecura";

- gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi a quelli di formalizzazione della suvvista selezione di CSA Security S.r.l., ivi inclusi avvisi e inviti a formulare offerte, verbali o atti comunque denominati di valutazione delle proposte di CSA Security S.r.l., anche in ordine al vaglio della loro sostenibilità economica, provvedimenti di approvazione di dette valutazioni, da parte sia di AGSM S.p.A. sia di AGSM Energia, sia del Comune di Verona, in relazione pure a provvedimenti di assenso preventivo o successivo da parte di questi;

Considerato che la società ha chiesto, altresì, la caducazione del contratto conseguente alla suindicata selezione di CSA Security S.r.l., da parte di AGSM S.p.A. e di AGSM Energia, laddove nelle more stipulato;

Considerato che a supporto del gravame la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

- 1) in via principale, violazione degli artt. 1, 3, comma 1, lett. a) e lett. d), 28, 29 e 30 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dei corrispondenti artt. 3, 5, 6 e 36 della direttiva n. 2014/25/UE, violazione degli artt. 2497, 2497-bis, 2497-ter, 2497-quater, 2497-quinquies, 2497-sexies e 2497-septies c.c., eccesso di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione degli artt. 1, 3 e 12 della l. n. 241/1990, sviamento, violazione della par condicio tra gli operatori;
- 2) in subordine, violazione degli artt. 1, 3, 14, 28, 29, 30, 114 e 115 del d.lgs. n. 50/2016, violazione degli artt. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9 e 36 della direttiva n. 2014/245/UE, eccesso di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, ulteriori profili di violazione degli artt. 1, 3 e 12 della l. n. 241/1990, sviamento, violazione della par condicio tra gli operatori;
- 3) violazione degli artt. 1, 3, 4 e 26 del d.lgs. n. 175/2016 e degli artt. 1, 3, 6 e 12 della l. n. 241/1990, sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione della par condicio tra gli operatori;
- 4) violazione dell'art. 6 del d.P.R. n. 231/2001 e degli artt. 2.1, 2.3, 2.6, 8.1 e 8.2 del Codice etico di AGSM S.p.A., difetto di istruttoria e di motivazione, violazione degli artt. 1, 3 e 6 della l. n. 241/1990 e sviamento;
- 5) violazione degli artt. 8, 17, 115, 133 e 134 del r.d. n. 773/1931, degli artt. 204, 205 e 257 e ss. del r.d. n. 635/1940, del d.m. n. 269/2010 e dell'inerente "vademecum" ministeriale, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione degli artt. 1, 3 e 6 della l. n. 241/1990 e sviamento;

Considerato che si è costituita in giudizio l'Azienda Generale Servizi Municipali di Verona (AGSM) S.p.A., depositando memoria con cui ha eccepito la propria estraneità alla controversia e chiedendo, perciò, l'estromissione dal giudizio;

Considerato che si è costituita in giudizio, altresì, AGSM Energia S.p.A., società commerciale del gruppo AGSM, depositando memoria ed eccependo: in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione dell'adito G.A., poiché la controversia riguarderebbe materia sottratta dai punti di vista soggettivo e oggettivo al d.lgs. n. 50/2016 e rientrante nell'attività negoziale di diritto privato della società, la cui cognizione sarebbe riservata al G.O.; nel merito, l'infondatezza dei motivi dedotti con il ricorso originario;

Considerato che si è inoltre costituita in giudizio, con controricorso, CSA Security S.r.l. ("CSA"), a sua volta eccependo, in rito, il difetto di giurisdizione per difetto dei presupposti soggettivi e oggettivi per l'applicazione del d.lgs. n. 50/2016, nonché, nel merito, l'infondatezza dei motivi formulati con l'atto introduttivo del giudizio;

Considerato che con motivi aggiunti depositati il 13 febbraio 2018 La Ronda è tornata ad impugnare gli atti già gravati con il ricorso introduttivo, chiedendone l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari;

Considerato che la società ha chiesto, altresì, la caducazione del contratto stipulato tra AGSM Energia e CSA Security S.r.l. il 30 gennaio 2018 e di tutti i "precedenti patti e/o intese, sia orali che scritti, relativi alla materia trattata nel Contratto", citati da quest'ultimo;

Considerato che a supporto dei motivi aggiunti La Ronda ha dedotto le seguenti censure:

6) violazione dell'art. 6 del d.P.R. n. 231/2001, degli artt. 7, 7.1, 7.2, 8.1, 8.2 e 8.3 del Codice etico di AGSM S.p.A. e del "modello di organizzazione, gestione e controllo" della stessa AGSM S.p.A., violazione degli artt. 6 e 22 del d.lgs. n. 175/2016, dell'art. 12 del r.d. n. 2440/1923, degli artt. 36 e 37 del r.d. n. 827/1924, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione degli artt. 1, 3 e 6 della l. n. 241/1990 e sviamento;

7) violazione degli artt. 1, 3, 14, 106 e 175 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dell'art. 89 della direttiva 2014/25/UE, nonché dell'art. 43 della direttiva 2014/23/UE, eccesso di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione della par condicio tra operatori, sviamento;

8) violazione degli artt. 1, 4 e 19 del d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 3, 6 e 12 della l. n. 241/1990, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione della par condicio tra operatori;

Considerato che ai motivi aggiunti hanno replicato con memorie, rispettivamente, AGSM Energia e CSA, insistendo nelle eccezioni di rito e di merito già sollevate e controbattendo, altresì, alle nuove censure in essi contenute;

Considerato che l'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 84/2018 del 22 febbraio 2018, in ragione della carenza del requisito del periculum in mora;

Considerato che in vista dell'udienza pubblica sia la ricorrente La Ronda, sia AGSM Energia, sia CSA hanno depositato memorie, documenti e repliche (ferma la tardività del deposito della memoria finale di AGSM Energia e di quella di replica di CSA),

controdeducendo alle altrui argomentazioni ed insistendo nelle conclusioni già rassegnate;

Considerato che all'udienza pubblica del 6 giugno 2018, dopo sintetica discussione, la causa è stata trattenuta in decisione;

Considerato che il Collegio deve prioritariamente scrutinare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata da AGSM Energia e da CSA, atteso che, per la giurisprudenza consolidata (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421; T.A.R. Veneto, Sez. I, 16 gennaio 2018, n. 43; id., 6 dicembre 2017, n. 1103), l'analisi della questione di giurisdizione assume carattere prioritario rispetto ad ogni altra, in quanto il difetto di giurisdizione del giudice adito lo priva del potere di esaminare qualsiasi profilo della controversia, in rito e nel merito. Invero, il potere del giudice adito di definire la controversia sottoposta al suo esame postula che su di essa egli sia munito della potestas iudicandi, la quale è un imprescindibile presupposto processuale della sua determinazione (v. C.d.S., Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 43/2018, cit.);

Ritenuto che, nel caso ora in esame, la questione debba essere risolta nel senso della declaratoria del difetto di giurisdizione di questo G.A. e della devoluzione della controversia alla cognizione del G.O., per le seguenti ragioni:

- la presente controversia ha quale oggetto principale, in estrema sintesi, la censura di illegittimità dell'individuazione di CSA quale parte del contratto stipulato il 30 gennaio 2018 tra AGSM Energia e la medesima CSA, per essere detta individuazione avvenuta senza alcuna procedura di evidenza pubblica e, comunque, senza alcuna selezione;

- il ridetto contratto, formalizzato il 30 gennaio 2018, è un “accordo di partnership commerciale” tra AGSM Energia S.p.A. e CSA (società privata esercente l’attività di vigilanza privata giusta licenza rilasciata dalla Prefettura di Verona ex art. 134 T.U.L.P.S.), che ha ad oggetto, anzitutto, le particolari condizioni di fornitura da parte di CSA, per la clientela di AGSM Energia, del prodotto che la società privata commercializza presso talune tipologie di clientela come nuovo e inedito modello del servizio di vigilanza (il “Sistema di Sicurezza Sinecura” o “Sinecura”);
- l’accordo “di partnership commerciale” ha ad oggetto, altresì, forme di “comunicazione condivisa” tramite cui ai clienti di AGSM Energia vengono fornite informazioni sul predetto sistema “Sinecura”, nonché il cd. co-branding, cioè l’accostamento dei marchi delle due società, sempre nell’ambito delle iniziative di comunicazione e pubblicitarie relative al sistema “Sinecura”;
- questi essendo i termini del contendere, il Collegio ritiene che – ferma la sussistenza dei presupposti soggettivi per operare la riconduzione della fattispecie nell’alveo applicativo del d.lgs. n. 50/2016 – difettino, invece, i presupposti oggettivi di siffatta operazione;
- invero, che nel caso di specie sussistano i presupposti soggettivi ai fini dell’applicabilità del regime dell’evidenza pubblica discende non già dall’essere la capogruppo AGSM S.p.A. organismo di diritto pubblico, come sostiene in principalità la ricorrente, ma dall’essere AGSM Energia S.p.A. impresa pubblica ex art. 3, comma 1, lett. t), del d.lgs. n. 50/2016, tenuta al rispetto delle regole dell’evidenza pubblica nei termini di cui agli artt. 114 e segg. del d.lgs. n. 50 cit.. Infatti, AGSM S.p.A. è estranea, formalmente e sostanzialmente, alla

vicenda contrattuale per cui è causa, che coinvolge unicamente (quale controparte dell'operatore privato) la controllata AGSM Energia: quest'ultima, come detto, ha natura di "impresa pubblica" per le ragioni già diffusamente illustrate da un recente arresto di questa Sezione (T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 ottobre 2016, n. 1158), a cui si aderisce e che vengono di seguito sintetizzate, con l'avviso che il riferimento, ivi contenuto, all'art. 208 del d.lgs. n. 163/2006 va inteso come relativo, ora, all'art. 116 del d.lgs. n. 50/2016;

- ha chiarito, infatti, la sentenza ora citata che, nell'ambito del gruppo societario di cui AGSM S.p.A. è la "holding" (a sua volta interamente detenuta dal Comune di Verona), AGSM Energia si occupa, di per sé, solo della vendita dell'energia sul mercato, ma che tale attività di vendita di energia elettrica e gas non può essere apprezzata separatamente da quella, svolta dal gruppo AGSM, di produzione e distribuzione di energia elettrica e gas, in ragione dello stretto rapporto di controllo che lega la stessa AGSM Energia al gruppo. Ne deriva che l'attività di commercializzazione dell'energia elettrica e del gas svolta da AGSM Energia costituisce un segmento dell'attività svolta dal gruppo AGSM ed è nella sostanza riferibile a tale gruppo, controllato da AGSM S.p.A. (o AGSM Verona S.p.A.), cosicché, quanto all'elemento soggettivo, deve ritenersi che AGSM Energia sia un'impresa pubblica operante nel settore speciale del gas e dell'energia per via del rapporto di controllo che la lega alla "holding" AGSM S.p.A.;

- può aggiungersi che nel senso appena visto depone, altresì, l'art. 114, comma 7, del d.lgs. n. 50 cit., a tenor del quale, ai fini degli artt. 115, 116 e 117, il termine "alimentazione" – presente negli articoli di legge in questione – "comprende la generazione, produzione, nonché

la vendita all'ingrosso e al dettaglio". Quindi, attraverso il collegamento della vendita con l'alimentazione, effettuato dal comma 7 del citato art. 114, AGSM Energia rientra nella categoria degli "enti aggiudicatori" ex art. 3, comma 1, lett. e), n. 1.1, del d.lgs. n. 50/2016 (all'interno della quale si collocano, tra le altre, le imprese pubbliche di cui alla lett. t) del medesimo art. 3, comma 1, "che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121");

- la carenza dei presupposti oggettivi per ricondurre la fattispecie all'esame nell'alveo dell'evidenza pubblica dipende, invece, dal fatto che, secondo la giurisprudenza, per gli appalti nei settori speciali, quali energia e gas, in base al combinato disposto degli artt. 14 e 114 del d.lgs. n. 50/2016 l'obbligo dell'indizione della gara ad evidenza pubblica sussiste, a carico dell'impresa pubblica, al ricorrere soltanto di due concorrenti presupposti: a) quando essa operi nei settori speciali; b) quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali a quella svolta nei settori speciali (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 29 gennaio 2018, n. 590, che richiama la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 1° agosto 2011);

- secondo questo indirizzo, inoltre, il concetto di "strumentalità" dell'appalto va interpretato in senso ragionevolmente restrittivo, intendendosi per "appalto strumentale" solo un appalto finalizzato agli scopi propri ("core business") dell'attività speciale, mentre gli appalti affidati da enti aggiudicatori al di fuori dei settori speciali (e di detto criterio di strumentalità) sono estranei alla disciplina del Codice dei contratti pubblici (e, a monte, delle direttive comunitarie in tema di appalti) e dell'ordinamento pubblicistico, con il corollario che le controversie ad essi attinenti appartengono alla giurisdizione del G.O. (C.d.S., Sez. V, n. 590/2018, cit.);

- orbene, è evidente che nel caso di specie il concetto “ragionevolmente restrittivo” di strumentalità fa sì che l’accordo di “partnership commerciale” e “co-branding” stipulato da AGSM Energia e CSA, alla luce del suo oggetto, fuoriesca del tutto dall’alveo applicativo del Codice dei contratti pubblici e che, pertanto, l’individuazione del relativo contraente privato non fosse assoggettata alla disciplina dell’evidenza pubblica. Come già accennato, infatti, detto accordo ha ad oggetto, essenzialmente, le condizioni particolari di fornitura del sistema “Sinecura” offerte da CSA ai clienti di AGSM Energia e cioè lo sconto fisso di € 10,00 sul canone di abbonamento mensile, da applicare per tutta la durata minima della fornitura di detto servizio, pari a n. 36 mesi (v. l’art. 3 dell’accordo). Esso ha ad oggetto, inoltre, forme di “comunicazione condivisa”, attinenti alla comunicazione ai clienti di AGSM Energia di informazioni basilari sull’offerta commerciale di CSA (e, in specie, sullo sconto fisso), nonché la possibilità, per CSA, di utilizzare messaggi pubblicitari che prevedano l’accostamento dei marchi di AGSM Energia e di CSA (il cd. co-branding; v. art. 5 dell’accordo);
- esulano, pertanto, dal reale contenuto del contratto tutta una congerie di elementi che, sulla base di alcune iniziative mediatiche di comunicazione promananti dal gruppo AGSM, per la verità anteriori all’effettiva stipula del contratto stesso, avrebbero dovuto rientrarvi e che avrebbero costituito, nella prospettiva de La Ronda, il sintomo dell’esistenza di quel nesso di strumentalità che, come già esposto, comporta per le imprese pubbliche, e quindi per AGSM Energia, l’obbligo di selezionare la propria controparte contrattuale a mezzo di procedure di evidenza pubblica;

- in particolare, non rientrano nei termini dell'accordo e, così, non costituiscono prestazioni da questo previste, né la messa a disposizione, da parte di AGSM Energia, di proprio personale, nella propria sede, volto ad illustrare le caratteristiche del sistema "Sinecura" ed a concludere il relativo contratto, né la fatturazione, nella bolletta elettrica o del gas, del costo del prodotto "Sinecura", né tantomeno lo svolgimento, da parte di AGSM Energia (o addirittura della capogruppo AGSM S.p.A.) di nessuna concreta attività di erogazione del servizio di vigilanza e sicurezza "Sinecura" (ciò che, peraltro, si porrebbe in palese contrasto con la disciplina di cui agli artt. 115 e 134 T.U.L.P.S.);
- quanto alle forme di "comunicazione condivisa" previste dall'art. 5 del contratto, già si è sottolineato che esse attengono alla comunicazione, da parte di AGSM Energia ai propri clienti, di informazioni circa lo sconto fisso sul canone di abbonamento mensile offerto da CSA per la fornitura del sistema "Sinecura", fermo restando che "ogni ulteriore e più dettagliata informazione diretta circa i contenuti tecnici e contrattuali del Sistema di Sicurezza Sinecura potrà essere fornita ai soggetti interessati solo da parte di CSA, anche al di fuori della propria sede, attraverso la rete di vendita composta da proprio personale dipendente, propri agenti e venditori" (così l'art. 5.5 del contratto);
- le affermazioni contenute in alcune iniziative pubblicitarie del gruppo AGSM, volte a "lanciare" il sistema "Sinecura", quale "nuovo servizio a valore aggiunto dedicato alla sicurezza", a cui La Ronda si richiama ed i cui estratti cartacei ha versato in atti (v. all.ti 7 e 8 al ricorso) devono, quindi, ritenersi mere enfatiche che, al di là del loro carattere roboante, non trovano, né possono trovare,

alcun riscontro nella realtà e sono, a ben vedere, del tutto irrilevanti. Ciò, tanto più che le stesse precedono e non seguono la stipula del contratto, cosicché di esse nemmeno può tenersi conto per interpretare il contenuto dell'accordo, ai sensi dell'art. 1362, secondo comma, c.c., riferendosi questa disposizione al comportamento complessivo delle parti "posteriore alla conclusione del contratto";

- del resto, decisiva in questo senso è l'affermazione presente nell'art. 10 del contratto, secondo cui "i termini e le condizioni contenute nel Contratto costituiscono l'accordo fra le Parti e sostituiscono tutti i precedenti patti e/o intese, sia orali che scritti, relativi alla materia trattata nel Contratto". Ciò sta a significare che, ove in precedenza tra le parti fossero state raggiunte intese, mai formalizzate, circa il contenuto dell'accordo "di partnership" e, in ipotesi, circa un contenuto di questo più ampio rispetto a quanto si legge nel contratto effettivamente stipulato, dette intese sarebbero, comunque, superate e caducate dal contratto stesso;
- qualora, poi, il comportamento tenuto delle parti dopo la conclusione del contratto fosse rivelatore di una ricchezza del contenuto del medesimo tale da dimostrarne il carattere elusivo della disciplina in materia di evidenza pubblica, non mancherebbe a La Ronda la possibilità di invocare tutela presso le Autorità a ciò deputate, fermi restando, peraltro, i problemi in tema di forma scritta ad substantiam dei contratti conclusi dalle P.A. (o organismi equiparati);
- il contratto, dunque, non pare avere quella strumentalità "in senso ragionevolmente ristretto" rispetto all'attività principale ("core business") di AGSM Energia, necessaria ai fini dell'individuazione del contraente mediante evidenza pubblica. Del resto, è palese la

differenza tra il caso ora all'esame e la fattispecie analizzata dalla poc'anzi richiamata pronuncia di questa Sezione n. 1158/2016 cit., dove la gara aveva ad oggetto il servizio di stampa e di imbustamento dei documenti da inviare ai clienti di AGSM Energia, che rappresenta una "componente indefettibile dell'attività di vendita dell'energia elettrica e del gas, a sua volta strumentale all'attività di distribuzione dell'energia elettrica svolta dal gruppo AGSM";

- in contrario non pare sostenibile una dilatazione del concetto di strumentalità fino a ricompredervi le prestazioni oggetto del contratto in questione, come pretende La Ronda sulla base della "voluta e dichiarata funzionalità e strumentalità" dello stesso ad accrescere le vendite di energia elettrica e gas e la relativa clientela, poiché l'accordo "di partnership commerciale" e di "co-branding" costituirebbe ex se iniziativa di promozione e di supporto della vendita di energia elettrica e di gas, secondo quanto osserva la ricorrente ancora in sede di memoria finale;

- vero è che una nozione di strumentalità più larga potrebbe forse fondarsi sull'argomento per cui la regola generale è quella dell'evidenza pubblica, mentre tutte le altre sono eccezioni e, perciò, di stretta interpretazione. Tuttavia, neppure in tale prospettiva pare possibile ricondurre la fattispecie in esame all'alveo dell'evidenza pubblica, atteso che qui è ravvisabile un nesso non già di strumentalità, ma di mera occasionalità, nel senso che l'attività di vendita di energia e gas di AGSM Energia può senz'altro svolgersi, con aumento del fatturato, senza bisogno della "partnership" in esame, mentre quest'ultima dà luogo ad una mera chance o occasione, per AGSM Energia, di aumentare la propria clientela, oltre che di "fidelizzare" quella già esistente;

- da ultimo, non è dirimente neppure l'ulteriore argomentazione de La Ronda basata sulla rilevanza economica del contratto, di cui un ulteriore indice sarebbe fornito dall'elevato importo della clausola penale, pari ad € 300.000,00. In disparte, infatti, la possibilità per le parti di chiedere, ai sensi dell'art. 1384 c.c., la riduzione della penale manifestamente eccessiva, è proprio il calcolo fatto dalla società ricorrente, della valenza patrimoniale dell'accordo "di partnership" (v. le puntualizzazioni versate in atti il 19 febbraio 2018), a dare la prova della proporzionalità della stessa penale rispetto al valore del contratto. La rilevanza economica di quest'ultimo, però, nulla dice, di per sé, sulla sua strumentalità o meno rispetto al "core business" di AGSM Energia;

Ritenuto, quindi, per tutto quanto si è detto, che l'eccezione di difetto di giurisdizione sia fondata e da accogliere e che, per l'effetto, non spetti a questo G.A. vagliare la fondatezza o meno nel merito delle doglianze formulate da La Ronda, in particolare di quelle – dedotte con i motivi da 3) a 5) del ricorso originario, nonché con i motivi aggiunti – che esorbitano dalla questione della sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi di riconduzione della fattispecie al d.lgs. n. 50/2016 (veicolata con i motivi 1) e 2) del ricorso originario);

Ritenuto, conseguentemente, di dover dichiarare l'inammissibilità del ricorso originario e dei motivi aggiunti, atteso il difetto di questo Tribunale Amministrativo a conoscere della controversia con essi instaurata;

Ritenuto, inoltre, – ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 c.p.a. – di dover indicare il giudice ordinario quale giudice nazionale provvisto di giurisdizione per la suindicata controversia, davanti al quale il

processo potrà essere riproposto nel termine perentorio previsto dal comma 2 del medesimo art. 11, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, ferme restando le preclusioni e le decadenze già intervenute;

Ritenuta, da ultimo, la sussistenza di giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese tra le parti costituite, attese la novità e la complessità delle questioni trattate;

Ritenuto, altresì, di non far luogo a pronuncia sulle spese nei confronti delle parti evocate in giudizio e non costituitesi

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibili per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo.

Ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 2, c.p.a. indica, quale giudice nazionale provvisto di giurisdizione sulla controversia in esame, il giudice ordinario, davanti al quale il processo potrà essere riproposto nel termine perentorio previsto dal succitato art. 11, comma 2, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, ferme restando le preclusioni e le decadenze già intervenute.

Compensa le spese tra le parti costituite, non facendo luogo a pronuncia sulle spese nei confronti delle parti non costituitesi in giudizio.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 6 giugno 2018, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Referendario

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO

