



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 144 del 2010, proposto da:
Tecniconsul Costruzioni e Gestioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Emilia Giulia Di Fava, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Spinelli in Perugia, Piazza Biordo Michelotti,1;

contro

Comune di Bastia Umbra, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Rampini, presso il quale è elettivamente domiciliato in Perugia, piazza Piccinino n.9;

per l'annullamento

- 1) del Bando di gara per l'affidamento del servizio - pubblico di distribuzione del gas metano nel territorio comunale, pubblicato dal Comune di Bastia Umbra sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. -18 in data 15/02/2010;
- 2) delle Schede Tecniche inerenti le caratteristiche e lo stato di consistenza degli impianti esistenti, e quant'altro attinente l'esercizio;
- 3) delle Tavole Tecniche relative alla rete;
- 4) dello Schema di Contratto di servizio relativo alla procedura in oggetto;

- 5) del Disciplinare del servizio di distribuzione del gas metano;
- 6) del Capitolato normativo per la realizzazione delle opere nel periodo di affidamento;
- 7) della Raccolta modelli tariffari 2009 /2010;
- 8) dei Quesiti pervenuti e relative risposte;
- 9) di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale rispetto a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bastia Umbra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2010 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, operante nel settore dei servizi pubblici locali, ed in particolare nel settore gas, riconosciuta dall'A.E.E.G. quale società di distribuzione con proprio codice identificativo, ha impugnato il bando di gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas metano nel territorio comunale, pubblicato dal Comune di Bastia Umbra nella G.U.R.I. n. 18 del 15 febbraio 2010, nonché il disciplinare di gara, le schede tecniche, il disciplinare di servizio, ed il capitolato normativo, documentazione posta a disposizione dei concorrenti unitamente al bando.

Esponde che si tratta di una gara comunitaria a procedura aperta, finalizzata all'affidamento in esclusiva, per la durata di dodici anni, delle attività inerenti il servizio pubblico di distribuzione del gas metano a mezzo rete urbana.

Deduce a sostegno del gravame i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione dell'art. 46 bis del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, convertito nella legge 29 novembre 2007, n. 222 e dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, nel testo successivamente modificato ed integrato; difetto assoluto di potere e dei presupposti.

La scelta di indire una gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas per la durata di dodici anni a decorrere dalla data di consegna del servizio non è conforme al quadro regolatorio ad oggi vigente, costituito essenzialmente dal d.lgs. n. 164 del 2000 (c.d. decreto Letta), e dal successivo art. 46 bis del d.l. n. 159 del 2007, perseguenti l'obiettivo di garantire una maggiore concorrenza nel settore della distribuzione del gas.

La norma da ultimo indicata enuclea una disciplina incentrata sull'individuazione di ambiti territoriali minimi quali bacini per la gara d'ambito del servizio di distribuzione di gas, e sulla definizione di un bando-tipo; da ultimo, l'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, nell'ambito della riforma dei servizi pubblici locali, ha disposto che gli ambiti territoriali minimi sono determinati entro il 31 dicembre 2012 dal Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni.

Lamenta come in un quadro regolatorio così fluido il Comune di Bastia Umbra abbia illegittimamente deciso di indire in via autonoma una gara per la distribuzione del gas sul suo territorio comunale per una durata di 12 anni, che è quella massima prevista dal "decreto Letta".

Doveva, piuttosto, procedersi alla proroga della gestione precedente, consentendo, a questo riguardo, l'art. 46, comma 4, del d.l. n. 159 del 2007 di incrementare il canone delle concessioni di distribuzione fino al 10% del vincolo sui ricavi di distribuzione stabiliti dall'A.E.E.G.; l'obiettivo del legislatore è evidentemente quello di fare decollare le gare d'ambito.

In ogni caso, la previsione, contenuta nell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, del termine del 31 dicembre 2012 per la definizione degli ambiti territoriali minimi comporta che il Comune possa, al più, indire una gara-ponte per l'affidamento del servizio, consentendo così il riallineamento dei tempi di gara per tutti gli enti ricadenti nell'ambito, senza vanificare gli effetti della riforma del settore.

Del resto, gli stessi atti di gara evidenziano la indeterminatezza ed inadeguatezza alla regolazione dell'intero periodo di durata dell'affidamento, come dimostra l'art. 2 del disciplinare di gara.

2) Violazione dell'art. 14, comma 8, del d.lgs. n. 164 del 2000; violazione del principio di concorrenza e della *par condicio* tra operatori economici; irrazionalità, irragionevolezza e difetto di proporzionalità.

Il disciplinare di gara, al punto 5.4.3, dispone illegittimamente che «il nuovo Gestore dovrà provvedere all'assunzione dei 3 dipendenti del Gestore uscente, direttamente impiegati nella gestione del servizio in argomento» (si tratta, in particolare, dell'ing. Filippo Moscioni, della sig.ra Maria Chiara Banetta e dell'ing. Fabrizio Gianni).

In tale modo viene imposto al gestore entrante un onere gravoso (quantificabile nell'importo complessivo annuo delle retribuzioni di circa 120.000,00 euro), quale è l'assunzione del personale alle dipendenze del gestore uscente, che porrebbe quest'ultimo in una condizione di vantaggio concorrenziale rispetto agli altri partecipanti alla gara.

3) Violazione del principio di *par condicio* tra operatori economici, disparità di trattamento, violazione del principio di concorrenza e di tutela dell'esigenza di massima partecipazione alla gara; violazione del principio di trasparenza.

Il bando di gara risulta anche indeterminato in relazione a quanto stabilito nella delibera dell'A.E.E.G. n. 155 del 2008 relativamente agli investimenti obbligatori;

ciò comporta una disparità di conoscenza di informazioni ed oneri manifestamente incomprensibili oltre che sproporzionati rispetto alla gara.

La delibera predetta ha disposto la sostituzione obbligatoria, secondo una pianificazione temporale graduale, dei contatori, che debbono possedere determinate caratteristiche minime.

Dagli atti di gara non si evincono le caratteristiche dei sistemi di misura esistenti, e ciò preclude una stima esatta dei costi da considerare nel piano industriale, tenendo conto del fatto che l'adeguamento del parco contatori deve avvenire entro il 2016, e quindi entro i dodici anni di affidamento previsti dal bando.

Il gestore uscente è in possesso di questi dati e li può utilizzare nella pianificazione economico-finanziaria, a differenza di ogni altro potenziale *competitor*, con evidente violazione dei principi di concorrenza e *par condicio*.

Indeterminate sono anche le condizioni di trasferimento al Comune, allo scadere del periodo di affidamento delle reti, degli impianti e delle dotazioni dichiarate reversibili; tale omissione comporta l'impossibilità di definire l'importo stimato del contratto, inattendibilmente determinato in euro 5.000.000 dal disciplinare di gara.

La documentazione di gara è carente anche sotto il profilo della possibilità di valutare attentamente le reti e gli impianti; anche in questa prospettiva fruisce di un indebito vantaggio il gestore attuale, unico in grado di predisporre un'offerta congrua.

Inoltre, nulla è stato specificato negli atti di gara in merito ai dati gestionali di pronto intervento che rappresentano un onere cospicuo della gestione.

Nel senso, ancora una volta, della discriminazione tra gestore attuale e potenziali concorrenti, va segnalato anche il tema della valutazione degli impianti rinnovati o ristrutturati e quello dell'imposizione dell'*una tantum* di ingresso, pari ad euro 400,000, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 3, p. 1, del disciplinare di gara.

Da ultimo, occorre segnalare che il disciplinare di gara, al punto 7, prevede criteri di aggiudicazione che non privilegiano il piano industriale e la qualità del servizio rispetto all'offerta economica (canone percepito dall'ente locale), in contrasto con le indicazioni provenienti dall'A.E.E.G.

Si è costituito in giudizio il Comune di Bastia Umbra, eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva della società deducente, che non ha partecipato al procedimento di gara, oltre che per carenza di interesse, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 6 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Per motivi di ordine processuale deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità di ricorso svolta dall'Amministrazione resistente in considerazione dell'omessa partecipazione alla gara della società che impugna la *lex specialis* della gara stessa.

L'eccezione è fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, la mancata partecipazione alla gara rende inammissibile il ricorso avverso le clausole del bando e le modalità di svolgimento del procedimento di valutazione comparativa concorrenziale per carenza di interesse (così, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2002, n. 6; Sez. V, 3 aprile 2000, n. 1909; 7 ottobre 1998, n. 1418).

Tale orientamento è stato confermato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, la quale ha statuito che, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione immediata del bando e delle clausole ritenute lesive, è necessaria la presentazione della domanda di partecipazione; tale adempimento, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che vi ha provveduto un destinatario identificato, direttamente inciso dal bando, e, in quanto tale, titolare di una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre

ditte presenti sul mercato (così, ancora, Cons. Stato, Sez. V, 4 aprile 2004, n. 2705; 23 agosto 2004, n. 5572).

Più recentemente, è intervenuta la decisione della Corte di Giustizia C.E. del 12 febbraio 2004, in causa C-7230/02, ove si afferma che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe comunque il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche (cioè prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione), in quanto sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisce di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.

Tale decisione ha contribuito a rafforzare quella giurisprudenza, fino ad allora minoritaria, la quale ritiene che quando la partecipazione alla procedura indetta per l'aggiudicazione di un appalto è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda.

In definitiva, allorché la *lex specialis* contenga clausole discriminatorie e comunque ostative alla partecipazione, tali che la presentazione della domanda di partecipazione alla gara si risolverebbe in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, l'interesse ad impugnare il bando sussiste a prescindere dalla mancata presentazione della domanda (in termini Cons. Stato,

Sez. V, 9 aprile 2010, n. 1999; Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624; Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804).

Il Collegio condivide l'opinione secondo cui non è più sostenibile l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni del bando di gara siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi.

2. - Con questa premessa, occorre però ora verificare se le prescrizioni della *lex specialis* impugnata possano ritenersi effettivamente preclusive della partecipazione, come sostiene parte ricorrente nei propri scritti difensivi, assumendo che le stesse sono risultate manifestamente incomprensibili, sproporzionate rispetto ai contenuti della gara, e dunque discriminatorie, nel senso di non consentire una formulazione corretta e ponderata dell'offerta, così da imporre l'integrale rinnovazione della procedura.

Tale disamina deve essere compiuta con riguardo alle allegazioni sviluppate nei tre motivi di ricorso.

Il primo si appunta sull'asserita illegittimità della decisione di bandire una gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas metano nel territorio comunale di Bastia Umbra per un arco temporale di dodici anni nel vigente quadro regolatorio, particolarmente fluido, tale da indurre, piuttosto, ad una moratoria delle gare sino alla determinazione degli ambiti territoriali minimi, da effettuarsi, secondo quanto disposto dall'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (nel testo da ultimo riformato dalla legge 20 novembre 2009, n. 166), entro il 31 dicembre 2012. Tale incertezza del contesto normativo, resa palese anche dalla previsione di "chiusura" dell'art. 2 del disciplinare, che prevede l'adeguamento delle condizioni alle disposizioni del contratto di servizio tipo, precluderebbe la predisposizione di un piano industriale meditato.

La tesi di parte ricorrente, secondo cui il Comune non poteva che procedere ad una proroga della gestione precedente, magari con maggiorazione del canone, o, al massimo, ad una gara-ponte, non costituisce, ad avviso del Collegio, una condizione contenutistica preclusiva della partecipazione alla gara, ed in particolare discriminatoria in senso proprio. A questo proposito, può essere utile rilevare come proprio il contestato art. 2 del disciplinare di gara, nel prevedere che «resta comunque inteso che, per principio generale, al momento dell'entrata in vigore del contratto di servizio tipo di cui all'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 164/2000, le condizioni del presente affidamento saranno automaticamente integrate, ovvero abrogate o sostituite per quanto eventualmente difforme, rispetto alle nuove disposizioni», aggiunge che saranno comunque «definiti opportuni accordi diretti a ricostituire l'originario equilibrio».

Non è dunque configurabile una clausola che oggettivamente precludesse la presentazione di un'offerta meditata a Tecnicosul S.r.l., a meno di ritenere, secondo un indirizzo marginale (in ragione della peculiarità delle fattispecie per le quali è stato elaborato), e non condiviso, in linea di principio, dal Collegio, che l'impugnativa diretta della *lex specialis* possa essere promossa, in assenza di domanda di partecipazione alla gara, allorché l'interesse dedotto in giudizio non sia quello volto a conseguire l'aggiudicazione secondo le regole del bando ritenute illegittime, ma quello strumentale all'integrale rinnovazione della gara (in termini, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4208, ed anche la decisione, invocata da parte ricorrente, di Cons. Stato, Sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1705).

E' evidente infatti che l'ammissibilità dell'impugnativa della *lex specialis* in caso di mancata (presentazione della domanda di) partecipazione alla gara costituisce la deroga alla regola, operante allorché vi siano clausole tali da azzerare ogni probabilità di aggiudicazione.

L'interesse tutelato non è dunque quello generico al rifacimento della gara, proprio di tutte le imprese rimaste estranee al procedimento, ma quello specifico ad una partecipazione (non oggettivamente impossibile) finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione, cui possono aspirare soltanto i partecipanti alla gara medesima, anche mediante l'eliminazione di clausole eventualmente lesive.

2.1. - Ancora più evidente è il carattere non preclusivo della partecipazione della clausola di cui al punto 5.4.3. del disciplinare di gara, prevedente l'assunzione, da parte del nuovo gestore, dei tre dipendenti del gestore uscente impiegati nel servizio in affidamento, censurata con il secondo mezzo di gravame. E' davvero sufficiente, a questo proposito, tenendo conto della considerazione della ricorrente secondo cui gli oneri economici del personale vanno computati nella predisposizione del piano economico-finanziario, precisare come tale costo era stato preventivamente reso noto dall'Amministrazione, in risposta a specifico quesito.

2.2. - Anche le doglianze contenute nel terzo motivo di ricorso risultano inidonee a dimostrare l'impossibilità oggettiva, per Tecniconsul S.r.l., di formulare un'offerta seria e consapevole, e dunque a legittimare l'omessa domanda di partecipazione alla gara.

Appare di per sé assai significativa la circostanza opposta dal Comune alla censura di indeterminatezza della *lex specialis* con riferimento alla consistenza economica degli interventi tecnici riguardanti la sostituzione dei contatori. Viene, in particolare, allegato dall'Amministrazione, senza che sia stata *ex adverso* offerta la dimostrazione dell'inesattezza dell'assunto, appartenente al notorio degli operatori del settore, che nessuno dei contatori costituenti la rete di distribuzione del gas nella città di Bastia Umbra (ed indicati a pag. 128 delle schede tecniche, costituenti l'all. 3 al c.s.a.) è suscettibile di interventi di adeguamento tecnico per consentire la tele-lettura, con la conseguenza che tutti dovranno essere progressivamente

sostituiti per conformarsi alla delibera n. 155/08 dell'A.E.E.G. (il che significa che sono inconferenti le considerazioni della ricorrente in ordine al “disallineamento informativo” che le precluderebbe di evincere dalla documentazione di gara i costi di adeguamento dei misuratori).

Eguale non discriminatorie appaiono le clausole del bando concernenti le condizioni di trasferimento al Comune, allo scadere del periodo di affidamento, delle reti, degli impianti e delle dotazioni dichiarate reversibili, anche in considerazione del fatto che nella documentazione di gara erano versate (e dunque rese disponibili) le planimetrie dell'impianto, concernenti anche le reti interrato. Allo stesso modo, per quanto concerne l'asserita impossibilità di valutare lo stato di consistenza della rete e degli impianti, appare incontestato che in data 9 marzo 2010 gli aspiranti offerenti, tra cui la stessa ricorrente, hanno effettuato un sopralluogo, finalizzato a prendere visione degli impianti e ad acquisire ulteriori elementi di conoscenza utili.

Chiaramente non discriminatorie sono infine le clausole della *lex specialis* riguardanti i dati del “pronto intervento” (non determinabili *a priori*, e quindi non ponderabili neppure dal gestore uscente) e l'imposizione dell'*una tantum* di ingresso, trattandosi di un onere gravante su tutti i partecipanti alla gara.

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza, e sono liquidate nella misura fissata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente alla rifusione, in favore dell'Amministrazione resistente, delle spese di giudizio, che si liquidano complessivamente in euro quattromila/00 (4.000,00).

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Luigi Cardoni, Presidente FF

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO