



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 492 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

AIMAG Spa in proprio e Capogruppo Ati con AMSC Spa e COSEAM Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Corrado Orienti e Alessandra Pradella, con domicilio eletto presso Enrico Salone in Cagliari, via Maddalena N.40;

contro

COMUNE DI ORUNE (Capofila) e ORGANISMO DI BACINO N. 10 (costituito dai seguenti Comuni: Comune di Ala' dei Sardi, Comune di Bitti, Comune di Onani, Comune di Osidda, Comune di Anela, Comune di Benetutti, Comune di Nule, Comune di Budduso', Comune di Bultei, Comune di Pattada) rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Cannas, con domicilio eletto presso il suo studio in

Cagliari, via Dante N.19;

nei confronti di

-CPL CONCORDIA Soc Coop (anche ricorrente incidentale), rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Massa e Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso il loro studio in Cagliari, piazza del Carmine N.22;

-FIAMMA 2000 Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Eulo Cotza e Paolo Cotza, con domicilio eletto presso il loro studio in Cagliari, piazza Michelangelo N.14;

per l'annullamento

-della deliberazione della giunta municipale del comune di Orune n. 26 del 25 marzo 2008 contenente la dichiarazione di "pubblico interesse" della proposta della ditta CPL CONCORDIA e la nomina di tale società quale "promotore" per la PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE dell' IMPIANTO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NEI COMUNI APPARTENENTI ALL'ORGANISMO DI BACINO N. 10;

-dell' atto N. 1271 del 25 marzo 2008 del responsabile unico del procedimento contenente la proposta alla giunta municipale di dichiarare di pubblico interesse l'offerta della ditta CPL Concordia e di nominare tale società come "promotore";

-del verbale N. 5 del 20 novembre 2007 contenente le valutazioni della commissione e la graduatoria degli aspiranti promoter;

-del verbale di sindaci di bacino n. 10 del 14 marzo 2008, richiamato

negli atti del procedimento (atto non conosciuto);

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o conseguenti;

Visto il ricorso ed i successivi primi motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Orune;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CPL Concordia Soc Coop;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fiamma 2000 Spa;

Visto il ricorso incidentale proposto da CPL Concordia Soc Coop;

Visti gli atti prodotti a seguito della sentenza parziale e istruttoria n. 139 del 5.2.2010;

Visti i successivi secondi e terzi motivi aggiunti di AIMAG (notificati e depositati dopo la sentenza parziale 139 del 5.2.2010);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9/6/2010 il consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori Orienti, Cannas e Massa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con deliberazione del consiglio comunale di Orune n. 15 del 27 febbraio 2006 è stato approvato lo schema di convenzione tra i comuni di Ala' dei Sardi, di Bitti, di Onani, di Osidda, di Anela, di Benetutti, di Nule, di Budduso', di Bultei, di Pattada, di Orune.

È stata stipulata convenzione, tra i medesimi 11 comuni, il 5.4.2006, costitutiva dell'organismo di bacino n. 10; in particolare agli articoli 2 e 3 si dava "mandato al comune capofila di Orune di procedere alla gara pubblica per l'affidamento della concessione per la costruzione e la gestione del servizio di distribuzione del gas nel territorio ed alle pratiche connesse".

Il Comune di Orune, capofila dell'organismo di bacino n. 10, in esecuzione della determinazione del sindaco del 31 gennaio 2007 n. 31 ha pubblicato con atto n. 575 del 13 febbraio 2007 l' "avviso" di "finanza di progetto" per la realizzazione mediante "project financing", ai sensi degli articoli 153 e ss. del decreto legislativo n. 163/2006, dell'intervento di "progettazione, realizzazione e gestione dell'impianto di distribuzione del gas nei comuni appartenenti all'organismo di bacino n. 10 come da delibera della giunta regionale n. 54/28 del 22/11/2005 e successiva determinazione n. 302 del 14/6/2006 e da delibera della giunta regionale n. 51/13 del 12/12/2006", con fissazione dei criteri generali di valutazione.

Il costo in via presuntiva dell'intervento (come da indicazione fornita nell'avviso) è stato valutato dalla regione Sardegna in € 11.120.402, che verrà in parte finanziato con capitale pubblico (nella misura del 50% dei costi computabili) e nella restante parte con capitale privato, mediante il corrispettivo derivante al concessionario dalla gestione dell'opera. Il numero presuntivo degli utenti veniva individuato in n. 6.448 (suddivisi fra i vari comuni).

Nell' "avviso pubblico" sono stati definiti requisiti di ammissione delle proposte nonché i criteri ed i sub criteri di valutazione con i relativi punteggi e sottopunteggi (100 punti globali suddivisi in 35 per valutazione tecnica, 25 per valutazione della gestione, 40 per la valutazione economica –in realtà, come si vedrà, 95 globali-).

In particolare si stabiliva che la valutazione del progetto sarebbe stata effettuata da un'apposita Commissione (punteggio massimo complessivo di 100 punti) sulla base dei seguenti elementi (scelti nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 154 del decreto legislativo 163/2006):

- A) valutazione tecnica: massimo 35 punti;
- B) valutazione della gestione: massimo 25 punti;
- C) valutazione economica: massimo 40 punti (qui in realtà con i sottocriteri contenuti già nell'avviso se ne stabilivano solo 35).

A seguito della pubblicazione dell'avviso e nel termine ivi previsto (17 aprile 2007) sono state presentate tre proposte da parte delle società CPL CONCORDIA, raggruppamento tra imprese AIMAG-AMSC-COSEAM (capogruppo Aimag) e FIAMMA 2000 (cfr. verbale della commissione del 26 giugno 2007).

La commissione era composta dal geom. Giuseppe Pittalis (presidente), dall'ing. Lino Foschi, dal dott. Lai Giovanni Melchiorre, dall'ing. Roberto Lassandro e dall'ing. Gianluca Becciu.

La commissione accertava la regolarità e conformità delle proposte dell'ATI Aimag e di CPL Concordia, esprimendo invece dubbi sulla

validità della procura di Fiamma 2000 a favore del signor Giuseppe Ciambella, che ha sottoscritto e presentato la proposta. Successivamente, tramite parere legale, anche la Fiamma 2000 è stata ammessa a partecipare alla gara di selezione del promotore.

Nelle successive sedute ed in particolare con il verbale n. 5 del 20 novembre 2007 la commissione ha proceduto all'esame delle proposte, con applicazione di criteri, subcriteri e punteggi previsti nell'avviso pubblico (nonché integrati da ulteriori sottocriteri/parametri per determinate voci) ed ha redatto la seguente graduatoria:

- al primo posto con punti 88,49 CPL Concordia;
- al secondo posto con punti 70,76 l' ATI AIMAG;
- al terzo posto con punti 59,90 Fiamma 2000.

La commissione, in sostanza, dopo aver aperto le buste contenenti le proposte (il 26.6.2007), ha svolto la propria attività valutativa nelle sedute del 5, 6, 19 e 20 novembre 2007.

Peraltro si evidenzia fin d'ora che la commissione decideva di attribuire alla terza voce (valutazione economica) anziché un punteggio massimo disponibile di 40, il punteggio massimo di 35 (con il risultato di ammettere l'assegnazione di soli 95 punti su 100). Ciò in quanto l'avviso, benché indicasse il punteggio globale di 40 per tale voce, definiva nei 5 sottocriteri (c1-c2-c3-c4-c5) solo la possibilità di assegnarne concretamente 35 (10+10+5+5+5) - contrariamente a quanto espressamente previsto globalmente per la

terza categoria, dall'avviso stesso, C:40 punti-.

La composizione della Commissione, dal 5 novembre in poi (verbali nn. 2 e ss.), è mutata (rispetto alla composizione originaria del 26 giugno 2007-verbale n. 1-) per un componente, in quanto uno dei membri della commissione, l'ingegner Lino Foschi, dimissionario, è stato sostituito con l'ingegner Alessandro Campus (cfr. atto di nuova nomina del sindaco di Orune del 16/8/2007 n. 232, a seguito delle dimissioni presentate il 16/7/2007 da Foschi - surroga del componente dimissionario); l'originaria composizione la si rinviene solo nel verbale n. 1 del 26 giugno 2007, quando cioè non erano ancora state presentate le dimissioni del 16/7/2007.

Con verbale della conferenza dei sindaci dei comuni del 14 marzo 2008, dopo l'illustrazione della relazione comparativa da parte del RUP ai Sindaci, con evidenziazione delle rilevanti differenze fra le tre proposte presentate (in particolare CPL prevedeva, secondo la Commissione, un intervento di investimento di 11.041.817 euro; Aimag di 6.558.414 euro; Fiamma 2000 di 4.936.046), la conferenza sindacale decideva, condividendo l'operato della Commissione, che la proposta della CPL Concordia (più onerosa, ma anche più estesa) fosse quella effettivamente maggiormente rispondente alle esigenze della popolazione, dando mandato alla giunta municipale di Orune di tener conto di detto orientamento collegiale in sede di valutazione delle proposte, procedendo all'approvazione del progetto preliminare e agli adempimenti immediatamente successivi.

Il responsabile unico del procedimento, con proprio atto del 25 marzo 2008, condividendo l'operato della commissione, ha proposto alla giunta municipale di Orune di individuare l'offerta di CPL Concordia come quella di "pubblico interesse" e di nominare la medesima società "promotore".

La giunta municipale del comune di Orune, con deliberazione n. 26 del 25 marzo 2008, ha infine dichiarato la proposta di CPL di pubblico interesse e nominato la società "promotore".

Della nomina di CPL come promotore è stata informata AIMAG con comunicazione datata 16 aprile 2008.

Con RICORSO PRINCIPALE, notificato il 13/6/2008 e depositato il successivo 24/6, sono state formulate dall'ATI AIMAG le seguenti censure:

1) eccesso di potere sotto i seguenti profili: illogicità manifesta; violazione delle prescrizioni auto vincolanti contenute nell'avviso pubblico; contrasto con i principi di completezza, veridicità dell'istruttoria e correttezza e imparzialità dell'agire; erroneità e travisamento dei fatti;

in particolare si contesta l'operato della Commissione nella valutazione delle proposte, nell'individuazione di sottoparametri, nella ripartizione di punteggi dopo l'apertura delle buste, nonché nelle modalità di attribuzione dei punteggi (per le varie voci) ad Aimag (in meno) ed a CPL (in più); si contesta inoltre

l'irragionevolezza delle quantificazioni e l'omessa considerazione di elementi rilevanti in sede di valutazione;

2) violazione e falsa applicazione delle prescrizioni dell'avviso pubblico; violazione dell'articolo 154 del decreto legislativo n. 163/2006 sulla valutazione della fattibilità della proposta sotto il profilo del valore economico finanziario del piano e dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione- necessità di acquisire il Piano economico e finanziario di CPL per verificare se la realizzazione del “cavidotto multifunzione” sia effettivamente subordinata a condizione;

3) violazione dei principi in tema di corretto procedimento e di compiuta verbalizzazione – mutamento della composizione della Commissione in corso di lavori.

A seguito della conoscenza di alcuni documenti (in particolare deliberazione del consiglio comunale di Orune n. 15 del 27/2/2006, della convenzione costitutiva dell'organismo di bacino n. 10, della determinazione n. 164 del 22/5/2007 del sindaco del comune di Orune, del verbale di sindaci di bacino del 14/32/2008) la società ricorrente AIMAG ha formulato i (PRIMI) MOTIVI AGGIUNTI, notificati il 3/7/2009 e depositati il 10/7:

4) violazione degli articoli 3 e 4 dell'atto costitutivo dell'organismo di bacino n. 10, associazione tra comuni disciplinata con convenzione ai sensi dell'articolo 30 TUEL, D. Lgs. N. 267/2000 - incompetenza della giunta municipale del comune di Orune (competenza della

Conferenza dei sindaci) per l'adozione degli atti finali.

Si è costituito in giudizio l'organismo di bacino n. 10 - comune capofila di Orune sostenendo la legittimità del procedimento adottato, rilevando inoltre l'improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione degli atti successivi adottati e prodotti in giudizio (successivo bando di gara e aggiudicazione).

In particolare l'amministrazione ha provveduto a depositare il 5 dicembre 2009 gli atti "successivi" alla fase preliminare di selezione della "proposta" (in particolare inerenti il bando e l'espletamento della gara, con aggiudicazione al promotore-CPL Concordia, in quanto nessun concorrente vi ha partecipato), che non sono stati impugnati dalla società ricorrente; trattasi di atti inerenti la "seconda fase" per l'attuazione del project financing (cioè gara in senso proprio), e precisamente:

- determinazione del responsabile del servizio comunale di Orune n. 336 del 28/7/2008 di indizione della gara per la concessione (doc n. 10);
- bando di gara del 30/7/2008 n. 3186 (doc. n. 11);
- determinazione del responsabile del servizio comunale di Orune n. 481 dell'11/11/2008 di aggiudicazione provvisoria alla CPL Concordia dell'affidamento in concessione della progettazione definitiva ed esecutiva, nonché della realizzazione gestione dell'opera, per assenza di offerte da parte dei soggetti prequalificati (doc. n. 12);
- determinazione del responsabile del servizio comunale di Orune n.

534 del 23/12/2008 di aggiudicazione definitiva della concessione a CPL Concordia (doc. n. 13).

E' stato, inoltre, depositato dalla difesa del Comune/Bacino (Doc. n. 14) un atto di "ratifica" generale da parte della Conferenza dei sindaci del Bacino N. 10 per tutti gli atti compiuti dal RUP di Orune, dalla Giunta municipale di Orune, dalla Commissione (ivi espressamente indicati), assunto in data 27 novembre 2009 (elemento che rende improcedibile il quarto motivo, aggiunto, concernente l'incompetenza), per sanare eventuali dubbi scaturenti dall'interpretazione degli artt. 2 e 3 della convenzione in ordine ai poteri spettanti agli organi del Comune capofila.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata CPL Concordia che ha formulato anche RICORSO INCIDENTALALE (notificato il 29/7/2008 e depositato il 5/8) con 5 profili tutti inerenti la contestazione della partecipazione/ammissione di AIMAG alla selezione (fase preliminare):

R.I.1) applicabilità del divieto contenuto all'art. 13 1° comma della L. 248/2006;

R.I.2) applicabilità del divieto contenuto all'art. 13 2° comma della L. 248/2006;

R.I.3) la costruzione di una "rete" non sarebbe svolgimento di un "servizio pubblico", ma sarebbe opera "strumentale" all'erogazione del servizio – realizzazione di un "bene strumentale" all'attività della P.A.;

R.I.4) applicabilità del divieto di partecipazione contenuto nell'art. 14 comma 5° del D.Lgs. 164/2000 (per affidamenti diretti);

R.I.5) mancata valutazione dell'eventuale conflitto con gli interessi della collettività d'origine.

Si è costituita in giudizio anche Fiamma 2000 (il 10 settembre 2008), la quale, peraltro, con istanza depositata in giudizio il 9.10.2009 segnalava la propria sopravvenuta carenza di interesse.

In considerazione della prosecuzione e definizione della procedura (con aggiudicazione, a seguito della gara andata deserta, al promotore CPL del progetto/esecuzione/gestione dell'opera, avvenuta in via definitiva il 23.12.2008) sia il comune Capofila che la controinteressata CPL hanno sollevato eccezioni di improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione degli atti successivi di gara, sostenendo la tesi dell'effetto meramente viziante (quindi con onere di impugnativa).

Con sentenza parziale e istruttoria n. 139 del 5.2.2010 questo Tribunale:

-respingeva le eccezioni di improcedibilità sollevate dall'Amministrazione e dalla controinteressata per omessa impugnazione degli atti successivi;

-dichiarava improcedibile il quarto motivo (aggiunto) di Aimag (incompetenza), in quanto la censura sollevata con il 4° motivo (1° aggiunto) è stata superata a seguito dell'intervenuto successivo pronunciamento della Conferenza dei Sindaci in sede di "ratifica

generale”;

-dichiarava, nei confronti di Fiamma 2000, improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse;

-disponeva l'acquisizione degli atti di cui in motivazione, da compiersi a cura del comune di Orune capofila entro 30 giorni (tra cui i PEF).

La documentazione è stata depositata in giudizio dal Comune Capofila il 10.3.2010

Successivamente alla sentenza parziale e istruttoria AIMAG ha formulato due nuovi atti contenenti motivi aggiunti:

-secondi M.A. (contenenti 4 nuovi vizi): consegnati per la notifica il 11.2.2010 e depositati il 22.2;

-terzi M.A. (contenenti 3 vizi) : consegnati per la notifica il 9.4.2010 (dopo il deposito da parte del Comune Bacino capofila della documentazione istruttoria richiesta dal Tar) e depositati il 20/4; trattasi, questi ultimi, di motivi sostanzialmente integrativi delle censure 1 e 2 del ricorso principale.

SECONDI MOTIVI AGGIUNTI.

I Motivi sono stati arricchiti, con i secondi motivi aggiunti a seguito, si afferma in ricorso, dell'intervenuta conoscenza -successivamente all'udienza del 16 dicembre 2009- di situazioni ostative alla partecipazione di CPL al procedimento di finanza di progetto bandito dall'organismo di bacino n. 10, ed in particolare dell'affidamento, qualificato dalla ricorrente principale, “diretto” del

servizio pubblico di distribuzione del gas nei comuni appartenenti al Bacino n. 22/Lanusei capofila, sia per innovazione nel 2005 del rapporto originario del 1999 che per la successiva stipula di contratti “aggiuntivi” per estensione del rapporto concessorio sorto nel 1999 a seguito di gara pubblica, a nuovi Comuni limitrofi, nel 2000 e 2001 – Tortoli-Girasole-Cardedu-Escalapalano-Osini-Ulassai- in capo a Fontenergia spa, società controllata da CPL Concordia. In particolare i contratti sarebbero stati “adeguati” nella disciplina convenzionale al fine di ottenere l'erogazione dei finanziamenti pubblici regionali (previsti -solo successivamente alla stipula del contratto originario- con delibera GR 54/28 del 22.11.2005).

In sostanza la ricorrente principale AIMAG in sede di motivi aggiunti solleva (nei confronti della partecipazione CPL) analoga problematica già introdotta dalla ricorrente incidentale/controinteressata CPL (con il quarto vizio) avverso la partecipazione di AIMAG (per affidamenti diretti impeditivi della partecipazione).

Queste, nello specifico, le ulteriori censure:

5) violazione dell'articolo 14, comma 5, del decreto legislativo n. 164/2000; in particolare CPL Concordia, in quanto controllante Fontenergia spa, sarebbe affidataria diretta del servizio pubblico di distribuzione nel territorio dell'organismo di bacino n. 22 (Lanusei) e per questo non avrebbe potuto partecipare al procedimento di individuazione del concessionario nel bacino n. 10;

6) violazione dell'articolo 14, comma 5, del decreto legislativo 164/2000 sotto diverso profilo; in particolare CPL Concordia (controllante e Fontenergia controllata) avrebbe ottenuto l'affidamento diretto del servizio pubblico di distribuzione del gas il 4 dicembre 2001 da ulteriori comuni di Cardedu, Escalaplano, Osini e Ulassai (affidamenti estranei a qualsiasi ipotesi di regime transitorio) - novità e autonomia del contratto di affidamento stipulato nel marzo 2005 e integrato nel 2008 da parte dell'organismo di bacino n. 22 (rispetto a quello stipulato nel 1999 a seguito di gara), in considerazione dei nuovi finanziamenti regionali (per euro 13.244.080 a copertura del 50% del costo di realizzazione della rete gas;

7) violazione dell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000 e s.m. (articolo 23 bis legge n. 133/2008 e articolo 15 legge n. 166/2009) - qualora non fosse applicabile la disciplina 164/2000 inerente servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, sarebbe comunque applicabile il divieto introdotto dalle disposizioni richiamate in quanto la concessione del servizio di distribuzione del gas nei territori dei comuni dell' Ogliastra -indicate nei precedenti due vizi- sarebbe da configurare quali affidamento diretto di "servizio pubblico locale", rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 113 del testo unico - impedimento la partecipazione alla gara di CPL per il divieto imposto al comma 6 dell'articolo 113 del TUEL;

8) violazione dell'articolo 12 della legge n. 241/1990 - violazione dei principi di trasparenza di imparzialità - violazione dei principi di corretta concorrenza di cui all'articolo 87 del trattato CE - Fontenergia ha beneficiato di contributi pubblici per oltre € 13 milioni (finanziamenti regionali per il Bacino 22) senza aver partecipato ad alcuna procedura di evidenza pubblica; tale società e la sua controllante (CPL) godono di benefici economici che alterano il corretto regime di concorrenza nel momento in cui partecipano a gare aventi ad oggetto attività del tutto analoghe a quelle sovvenzionate con risorse pubbliche in assenza di previo procedimento di evidenza pubblica - effetto distorsivo del finanziamento.

In sintesi con il secondo atto di motivi aggiunti (a seguito di conoscenza di nuovi fatti) sono state formulate 4 censure, tutte dirette a sostenere l'esclusione di CPL concordia.

TERZI MOTIVI AGGIUNTI.

Con il terzo atto di motivi aggiunti (consegnato per la notifica il 9.4.2010 e depositato il 20/4), a seguito dal deposito (avvenuto il 10.3.2010) della documentazione da parte del bacino n.10/Comune capofila Orune, in esecuzione della sentenza istruttoria n. 134 5.2.2010, sono stati formulati i seguenti ulteriori 3 vizi di natura integrativa (rispetto ai vizi 1 e 2 del ricorso principale).

E' stato ulteriormente contestato:

9) ad integrazione del primo motivo di ricorso principale: eccesso di

potere sotto il profilo della manifesta illogicità ed irrazionalità - violazione delle prescrizioni autovincolanti contenute nell'avviso pubblico di avvio del procedimento concorrenziale selettivo della proposta di finanza di progetto - precisazioni in ordine alle contestazioni già formulate riferite ai punteggi attribuiti dalla commissione alle due partecipanti (sotto diversi profili: VALUTAZIONE TECNICA/ qualità progettuale/completezza elaborati/soluzioni tecniche proposte/tempo di ultimazione dei lavori/VALUTAZIONE DELLA GESTIONE/gestione del servizio/tariffe/VALUTAZIONE ECONOMICA/investimenti e ammortamenti/rendimento/costo di gestione e manutenzione/valore del piano economico finanziario -PEF-);

10) ad integrazione del secondo motivo di ricorso principale: violazione e falsa applicazione delle prescrizioni dell'avviso pubblico - violazione dell'articolo 154 del decreto legislativo n. 163/2006 sulla valutazione della fattibilità della proposta sotto il profilo del valore economico finanziario del piano e dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione - non valutabilità della proposta di finanza di progetto presentata da CPL - incongruità del PEF presentato sotto 4 diversi profili (previsione di ricavi tariffari di distribuzione non supportati da dati oggettivi e non adeguatamente calcolati; differenza tra VRD (“vincolo ricavi di distribuzione”) e “ricavi reali”; omesso calcolo del VRD; la realizzazione del “cavidotto multiservizi” sarebbe "condizionata" al reperimento nel mercato di un soggetto

disponibile a sostenerne i costi di realizzazione; inammissibilità di una proposta "condizionata"; indimostrata "sostenibilità finanziaria" dell'investimento per la realizzazione del cavidotto; costi di gestione manutenzione della rete sottostimati; inattendibilità del PEF; incongruenza tra PEF e bozza di convenzione; costi di allacciamento indicati in modo difforme tra articolo 19 della bozza di convenzione e quanto riportato nel PEF (100-450 Euro per ogni allacciamento utente); omessa asseverazione del piano, ed in particolare della convenzione e del progetto - conseguente necessità dell'esclusione della proposta CPL;

11) a conferma ed integrazione del vizio dedotto in via ipotetica con il motivo n. 2 del ricorso principale: violazione e falsa applicazione delle prescrizioni dell'avviso pubblico, articoli 1 e 2 - natura "condizionata" della proposta di realizzazione del cavidotto - obbligatoria esclusione di CPL e non ammissibilità alla valutazione della proposta presentata.

In esecuzione della sentenza parziale/istruttoria le parti hanno depositato la documentazione richiesta dal Collegio nonché ampie note tecniche di approfondimento in ordine alla comparazione dei progetti e ai criteri utilizzati per l'analisi delle diverse proposte presentate per la realizzazione della rete (con modalità diverse).

Sono state depositate dalle parti anche ulteriori memorie illustrative delle rispettive posizioni.

All'udienza del 9 giugno 2010, presenti i difensori delle parti, la causa

è stata spedita in decisione.

DIRITTO

Dagli atti depositati in giudizio a seguito di istruttoria risulta (in particolare dai PEF presentati dalle due società) che la rete (a media pressione) progettata dall'aggiudicataria CPL ha una estensione di 76 Km per un investimento globale (per la rete) di euro 12.815.270 (cfr. pag. 3 tabelle nn. 1-2-3 del Business Plan all.to al PEF asseverato CPL e riepilogo del prospetto contabile "investimenti e finanziamenti"), a cui va aggiunto il costo per la realizzazione del cavidotto multi servizio previsto per l'importo di euro 2.798.253 (per un complessivo investimento lordo di 15.613.522; pari ad un investimento "netto" di 12.141.817, scomputato il contributo regionale di 3.471.706); il totale "netto" di investimento della sola "rete gas" CPL risulta dal PEF essere quindi di euro 9.343.564 (12.141.817-2.798.253 cavidotto).

La ricorrente AIMAG aveva presentato una proposta di rete (a bassa pressione) avente una estensione di 65 Km. per un investimento lordo di euro 10.030.119 (compreso l'importo per cavidotto di euro 377.858), da scomputare il finanziamento pubblico di euro 3.471.705 (=6.558.414) –cfr. pagg. 15 e 16 del PEF-, per un totale di investimento "netto" per la realizzazione della "rete gas" di euro 6.180.556.

La Commissione ha ritenuto preferibile la rete a media pressione, più estesa (11 Km. aggiuntivi) e più onerosa.

Con il verbale n. 5 del 20.11.2007 la Commissione ha stilato la graduatoria finale, che raccoglie i punteggi per valutazione “tecnica” ,“della gestione” ed “economica” (nel prospetto riassuntivo redatto dalla Commissione nel punteggio per la voce C5, correlata al quantum degli investimenti, il dato globale coincide per Aimag -6.558.414-, mentre non coincide per CPL -ove viene indicato il minore importo (1 milione in meno) di euro 11.041.817(errore materiale?)-; la relazione RUP geom. Pittalis, depositata in giudizio il 10.3.2010, reca, a pag. 7, dati contabili di investimento ulteriormente diversi), così articolata:

- 1) CPL Concordia ha ottenuto punti 88,49;
- 2) AIMAG punti 70,76;
- 3) FIAMMA 2000 punti 59,90.

NECESSARIO PRIORITARIO ESAME DEL RICORSO INCIDENTALE PROMOSSO DA CPL AVVERSO LA MANCATA ESCLUSIONE AIMAG sotto il profilo dell' omessa applicazione del divieto contemplato dall'art. 14 comma 5 del decreto legislativo 164 del 23/5/2000 (divieto di partecipazione a gare qualora il soggetto partecipante risulti titolare di affidamenti diretti senza gara).

(Analoga questione è stata sollevata da AIMAG con i secondi Motivi Aggiunti per l'esclusione dell'aggiudicataria CPL).

Con sentenza n. 417 dell'1 febbraio 2010 il Consiglio di Stato,

sezione V, discostandosi dal proprio precedente indirizzo, ha riconsiderato l'orientamento espresso con la sentenza n. 4346 del 7/7/2009 (che aveva riformato, sul punto, la sentenza del Tar Sardegna n. 1371/2008), sempre della V sezione, in ordine alla specifica problematica della possibile (o meno) partecipazione di AIMAG ad una gara di finanza di progetto/“project financing” (individuazione del soggetto promotore) –la controversia era del tutto analoga-.

Entrambi i casi esaminati dalle 2 sentenze citate 4346/2009 e 417/2010 riguardavano 2 Bacini della Sardegna (la prima il Bacino n. 24, la seconda il Bacino n. 2) per la realizzazione/gestione della rete del gas e coinvolgevano proprio la posizione di AIMAG.

La decisione assunta, su ricorso proposto proprio di AIMAG, più recentemente dal C.S., nel febbraio 2010 (che ha confermato la sentenza di primo grado Sardegna n. 1781/2008 oggetto di impugnativa), ha affermato e sancito, in sostanza, l'applicabilità del divieto imposto dal 5° comma dell'art 14 del decreto legislativo 164 del 23/5/2000 “Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144” “anche” alla <fase dell'individuazione del promotore> nel “project financing”.

In sostanza il Consiglio di Stato, con la sentenza 417 del febbraio 2010, ha reso applicabile, proprio ad AIMAG, il divieto di partecipare e concorrere a gare pubbliche di “individuazione del

soggetto promotore” per la realizzazione della rete del gas e concessione e per il successivo servizio di distribuzione (coordinate nell’ambito della medesima procedura).

Nello specifico il C.S. ha affermato, espressamente:

“Il Collegio, pertanto, ritiene di discostarsi dal proprio precedente indirizzo, in forza del quale il divieto in oggetto non opera nella fase attinente alla selezione del progetto (decisione V 7 luglio 2009, n. 4346), ma solo nella fase successiva in cui si svolge la gara per l’affidamento della concessione.”

L'organo d'appello, al fine di assicurare condizioni reali di concorrenzialità nel settore, ha riconosciuto la sussistenza, in materia, dei seguenti principi:

la mera partecipazione di soggetti, titolare di precedenti “affidamenti diretti”, è idonea ad alterare in radice la procedura di gara pubblica;

il divieto ha una portata generale e va riferito a tutti i soggetti che sono titolari di un affidamento diretto e non subisce temperamenti e/o riduzioni qualora gli affidamenti diretti siano operati a favore di società che abbiano svolto una gara per la scelta del socio;

il divieto di partecipazione è correlato al fatto obiettivo della titolarità di affidamenti diretti, indipendentemente da ogni considerazione sulla loro legittimità; quindi anche in caso di affidamenti diretti legittimamente mantenuti “in regime transitorio”, il divieto non recede;

il divieto riguarda la “partecipazione” alla procedura e non solo

l'affidamento (quindi si estende anche alla fase di selezione del promotore nell'ambito del "project finance");

ai fini della partecipazione non è possibile fare riferimento alle sole norme generali contenute nel Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (anche se il servizio di distribuzione presuppone la costruzione della rete pubblica per la distribuzione del gas, coordinata in un'unica procedura e ad opera del medesimo aggiudicatario); il divieto di partecipazione alla gara –contemplato dalla specifica norma di settore (distribuzione gas), d.lgs. 164/2000, per l'esplicazione del "servizio"- resta fermo anche qualora la gestione del servizio sia configurata quale corrispettivo dell'esecuzione delle opere necessarie per lo svolgimento dell'attività di pubblico interesse;

è stata riconosciuta l'identità sostanziale dell'affidamento del "project finance" (individuazione del promotore –prima fase-) con le altre procedure generali (di scelta del contraente e affidamento) .

Si osserva che il precedente indirizzo del CS V 7.7.2009 n. 4346 (che aveva invece riformato TAR Sardegna 1371 11.7.2008), e che sanciva –contrariamente- l'inapplicabilità del divieto nella "prima fase" di scelta del soggetto promotore nell'ambito del p.f., era stato nel frattempo "recepito" da T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I (il quale aveva sostanzialmente ritenuto di "doversi" adeguare all'orientamento dell'organo d'appello) con sentenza del 16 ottobre 2009 n. 1542 (riferita a controversia SIDIGAS c/Bacino n. 13 e

AIMAG).

Il Collegio ritiene di applicare alla controversia qui in trattazione il "nuovo" recente orientamento dell'organo d'appello (417 del 1 febbraio 2010, sancito nell'ambito di una gara avente caratteristiche del tutto analoghe rispetto a quella oggi in esame) in materia di "applicabilità" del divieto di partecipazione <fin dalla prima fase> del "project financing" (scelta del promotore) per i soggetti titolari di affidamenti diretti, scaduto il periodo transitorio. Giudizio pienamente condivisibile, anche perchè allineato alla posizione già in precedenza espressa da questo Tar.

In concreto si ritiene, in accoglimento del ricorso incidentale proposto da CPL, illegittima l'ammissione di AIMAG (alla prima fase della procedura), in quanto avvenuta in violazione del vincolo normativo (divieto di partecipazione per titolarità di affidamenti diretti, imposto dall' articolo 14 comma 5 del decreto legislativo 164 del 23/5/2000), così come interpretato ora anche dall'organo d'appello (in rielaborazione e modifica del precedente orientamento assunto con la sentenza 4346/2009, che aveva riformato la pronuncia di questo Tar del 2008 n. 1371).

In particolare la norma che contempla il divieto (art. 14 del d.lgs. 164/2000) sancisce:

- 1° comma: "L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato <esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni>. Gli enti locali che

affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione, ed i loro rapporti con il gestore del servizio sono regolati da appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.”

-il successivo comma 5° del medesimo art. 14 stabilisce, poi, che possono partecipare alle gare di cui al comma 1, senza limitazioni territoriali, le “società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, <con la sola esclusione> delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, <gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica>”;

-il comma 7 definisce e quantifica il regime transitorio: scadenza quinquennale al 31.12.2005 (“Il periodo transitorio di cui al comma 5 è fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000. Tale periodo può essere incrementato, alle condizioni sotto indicate, in misura non superiore a...”);

-il comma 10 consente la partecipazione alle gare, ma solo durante il regime transitorio prestabilito per legge, ai titolari di affidamenti diretti.

In particolare l'art. 15, comma 10, del d.lgs. n. 164/2000, consente la partecipazione alle gare delle predette società nel corso del periodo transitorio disciplinato dai commi 5 e 7, del citato art. 15 (periodo che si è concluso alla data del 31 dicembre 2005).

L'applicabilità delle regole "tipiche" del settore considerato (servizio distribuzione gas) è stata ritenuta doverosa trattandosi di disposizioni correlate all'attuazione di principi essenziali in tema di "tutela della concorrenza" e di apertura del settore al mercato.

Risulta (dalla documentazione depositata in giudizio dalla ricorrente incidentale) che effettivamente sono stati affidati, dopo l'entrata in vigore del divieto ex d.lgs. 164/2000, i seguenti servizi inerenti propriamente "servizi pubblici locali", e in particolare:

-Delibera G.C. Comune di Carpi n. 248 del 27.11.2003: servizio idrico integrato e servizio distribuzione del gas, affidamento per 5 anni dall'1.1.2001 (regime transitorio, ex art. 15 comma 7 del D.Lgs. 164);

-delibera G.C. Carpi n. 82 del 21.3.2005 proroga servizio distribuzione gas fino al 31.12.2010;

-delibera C.C. Concordia sulla Secchia n. 12246-123 del 28.11.2000: trasformazione Consorzio AIMAG in Società per azioni, con mantenimento dell'affidamento dei servizi affidati (per 30 anni,

eccetto che per quello di distribuzione gas, che viene limitato a 5 anni dal 31.12.2000), con conferimento delle reti gas e impianti acqua e depurazione;

- delibera C.C. Concordia sulla Secchia n. 1154-79 del 29.11.2005: conferimento di reti gas per le lottizzazioni successive all' 1.1.2001.

L'art. 15, comma 10, del d.lgs. n. 164/2000 –invocato da Aimag-, consente effettivamente la partecipazione alle gare delle predette società, ma solo nel corso del “periodo transitorio” così come disciplinato dai commi 5 e 7 del medesimo art. 15. Ma tale periodo si è concluso alla data del 31 dicembre 2005 (salve le ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), del comma 7 dell'art. 15 , che prevedono possibili incrementi di 1-2 anni). Mentre taluni affidamenti (in particolare disposti dal Comune di Carpi nel 2005 con proroga fino al 2010 e Concordia sulla Secchia per il mantenimento dei servizi già affidati per 30 anni) consentono il mantenimento del servizio –ottenuto senza evidenza pubblica- anche dopo il termine previsto dal legislatore.

Pertanto, scaduto il periodo transitorio (l'avviso nel caso in esame è stato pubblicato il 3.2.2007), la prescrizione contenuta nel comma 5° dell'art. 14 riprende interamente il suo vigore, imponendo l'esclusione dalle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas delle società che gestiscono (come fatto obiettivo) servizi pubblici locali affidati con procedure non ad evidenza pubblica.

Riconosciuta sussistente la violazione dell'art. 14, comma 5, del

decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (la specifica censura è stata formulata sub vizio n. 4 del ricorso incidentale CPL) il gravame incidentale va accolto, in quanto AIMAG non poteva partecipare alla gara “de qua” a causa del limite legislativamente imposto, così come interpretato da CS 417/2010.

**

Per affinità di materia (e tenuto conto che incide sulla richiesta di esclusione di controparte) si evidenzia che l’analoga censura formulata da AIMAG contro CPL (con i motivi aggiunti) inerente la questione degli affidamenti diretti di CPL-Fontenergia non è invece fondata.

Con i vizi 5-6-7-8 (formulati nel secondo atto di motivi aggiunti) AIMAG sostiene l’applicabilità, nei confronti di CPL, dei due divieti legislativi di partecipazione alle gare per asserita titolarità di “affidamenti diretti” (artt. 14 comma 5 del D.Lgs. n. 164/2000 e art. 113 comma 6° del TU ordinamento ee.ll. D. Lgs. 267/2000).

La medesima problematica specifica è stata già affrontata da questo Tribunale con la recente sentenza 8.6.2010 n. 1430 (ricorso CPL c/ Bacino n. 32 e Sidigas, in sede di esame di motivi aggiunti al ricorso incidentale), ove si è affermata l’inapplicabilità della fattispecie normativa al peculiare caso di “estensione” del servizio, a favore di Fontenergia spa (controllata da CPL), per adesione di ulteriori Comuni (gara e convenzione gestita in Ogliastro dal Comune capofila di Lanusei).

AIMAG prospetta la violazione dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000 e dell'art. 113 comma 6, del TUEL 18 agosto 2000, n. 267, per la illegittima partecipazione alla procedura da parte di CPL Concordia, nella sua qualità di società controllante di Fontenergia s.p.a., la quale gestirebbe in affidamento diretto il servizio di distribuzione del gas in diversi comuni della Sardegna.

La concessione di cui trattasi ha per oggetto la “realizzazione e gestione della rete intercomunale del gas” in una serie di comuni, i quali hanno proceduto all'affidamento del servizio in maniera unitaria e nei confronti di un unico soggetto gestore (dapprima, all'esito della gara, a favore della CPL Concordia, e poi alla Fontenergia), previa conclusione di una convenzione tra tutti gli enti locali interessati, rappresentati dal comune di Lanusei, comune capofila della convenzione. Ad un primo nucleo di enti locali che hanno stipulato la convenzione e indetto la gara unitaria, si sono nel tempo aggiunti altri comuni del territorio che – come risulta dal testo dei contratti – hanno aderito alla convenzione, approvato il capitolato d'oneri e l'accordo per la gestione del servizio, autorizzando il Sindaco del Comune di Lanusei alla conclusione del contratto con la società aggiudicataria del servizio. Il punto centrale è, dunque, stabilire se tali atti aggiuntivi possano qualificarsi, o non, come affidamenti diretti del servizio da parte degli enti locali che hanno successivamente aderito alla convenzione (e, quindi, di riflesso, alla concessione del servizio).

In senso negativo operano una serie di elementi.

In primo luogo, occorre rilevare che già nel contratto principale (repertorio n. 4 del 21 gennaio 1999), aggiudicato in base a gara, era prevista la possibilità di aderire all'accordo da parte di altri enti locali. E tale estensione è consentita "agli stessi patti e condizioni stabiliti" del citato contratto n. 4/1999.

In secondo luogo, la stessa formula organizzativa utilizzata nel caso in questione, ossia l'accordo convenzionale tra gli enti locali per avvalersi di un unico gestore, non appare in contrasto con i principi generali di evidenza pubblica di derivazione comunitaria, come di recente ha statuito anche la Corte di Giustizia CE con una pronuncia (Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06) in cui ha ritenuto legittimo il contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti, stipulato da alcune circoscrizioni amministrative tedesche (Landkreise) direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo. La sentenza analizza il caso affermando che "Con tale contratto i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo riservano una capacità di 120.000 tonnellate ai quattro Landkreise, per un prezzo calcolato secondo la stessa formula per ciascuna delle parti interessate. Tale prezzo viene pagato al gestore dell'impianto, controparte contrattuale dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, attraverso i suddetti servizi per la nettezza urbana (...)" Il contratto in esame è stato concluso direttamente tra i quattro Landkreise e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo

senza seguire la procedura di gara di appalto prevista dalla direttiva 92/50”. E ciò sul presupposto che “un’autorità pubblica possa adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì <in collaborazione con altre autorità pubbliche>”. Viene ammessa, pertanto, la possibilità che enti locali contermini possano stipulare un accordo per avvalersi, senza esperire una procedura concorsuale, del servizio di raccolta dei rifiuti prestato da altro ente locale, anche se l’attuazione e la gestione operativa del servizio è contrattualmente regolata, a valle, da altro rapporto tra l’ente locale che si è assunto il servizio e il gestore dell’impianto di smaltimento (definito nella sentenza “controparte contrattuale dei servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo”).

Nel caso deciso dalla Corte di Giustizia, così come nel caso in esame dell’estensione del servizio a favore di Fontenergia S.p.A., viene in rilievo l’accordo tra gli enti locali, secondo il quale uno di essi mette a disposizione degli altri la propria organizzazione per la gestione del servizio (che, se affidata a terzi, deve comunque essere l’esito di procedura ad evidenza pubblica).

Ad avviso del Collegio, il caso non rientra nella fattispecie di “affidamento diretto” ma di accordo organizzativo tra enti, il quale non rientra nell’ambito di applicazione dei divieti di partecipazione previsti dall’art. 14 del d.lgs. n. 164/2000 e dall’art. 113 del T.U.E.L.

In conclusione il ricorso incidentale va accolto, stante il divieto di partecipazione normativamente imposto (art. 14 5° comma D.Lgs. 164/2000), applicabile ad AIMAG in quanto titolare di affidamenti diretti, con conseguente esclusione dalla procedura.

Tale privazione di legittimazione a partecipare al procedimento di scelta del promotore determina l' improcedibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti, per carenza di interesse.

Le spese possono essere integralmente compensate fra le parti anche in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali dell'organo d'appello espresse sul punto della partecipazione alla peculiare fase di scelta del soggetto promotore.

P.Q.M.

-accoglie il ricorso incidentale,

-dichiara improcedibile il ricorso principale e i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 09/06/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO