



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 957 del 2011, proposto da:
Hera Holding Energia Risorse Ambiente S.p.A., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ti
Nicola Aicardi e Giuseppe Caia, con domicilio eletto presso
Giuseppe Caia in Bologna, Galleria Cavour, n. 6;

contro

Comune di Cento, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Dal Ben, con domicilio
eletto presso Michele Gigliotti in Bologna, Viale degli Andalò, n. 5;

per l'annullamento

— della decisione del Comune di Cento di proseguire la procedura
ristretta in corso per l'affidamento del servizio di distribuzione del
gas naturale nel proprio territorio anche dopo l'entrata in vigore del

d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, implicita nel provvedimento di esclusione della ricorrente HERA s.p.a. da tale procedura, disposta dal Comune medesimo in sede di apertura dei plichi contenenti le domande di pre-qualifica, avvenuta il giorno 29 giugno 2011, comunicato alla ricorrente per telefono il successivo 4 luglio e confermata per iscritto con nota dirigenziale prot. n. 29453 class VI. 05 del 6 luglio 2011, pervenuta alla ricorrente via fax in pari data;

— nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale a tale decisione, allo stato anche non conosciuto, tra cui, in particolare, il citato provvedimento di esclusione nonché la successiva deliberazione del Consiglio comunale 11 luglio 2011, n. 72 (recante "Affidamento della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale. Approvazione atti di gara e variazione bilancio di previsione 2011, pluriennale 2011-2013 e relazione previsionale e programmatica 2011-2013"), pubblicata all'Albo pretorio dal 14 luglio 2011, con la quale sono stati approvati i documenti della seconda fase della procedura ristretta, tra cui, in particolare, la lettera di invito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° dicembre 2011 il dott. Giovanni Sabato e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 28 luglio 2011 e ritualmente depositato giorno successivo, la Società Hera – Holding Energia Risorse Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, ha impugnato gli atti di cui in epigrafe, invocandone l'annullamento.

Ha premesso di aver presentato domanda di pre-qualifica nella procedura ristretta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio del Comune di Cento venendo tuttavia esclusa per non avere allegato alla domanda di prequalifica la ricevuta di avvenuto pagamento del contributo a favore dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici. Ha altresì evidenziato che proprio il giorno cui risale il provvedimento di esclusione (29 giugno 2011) è entrato in vigore il d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, secondo cui le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale “sono effettuate unicamente per ambiti territoriali di cui all'articolo 46-bis, comma 2, del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222”.

La ricorrente ha quindi articolato, avverso la decisione implicita di proseguire la gara nonostante il citato intervento normativo nonché lo stesso provvedimento di esclusione, i seguenti motivi di doglianza:

- 1) in via principale: la decisione del Comune di proseguire la procedura di gara dopo il 29 giugno 2011 – implicita nel

provvedimento assunto in tale data, di esclusione di HERA s.p.a. dalla procedura medesima nonché nella successiva deliberazione consiliare 11 luglio 2011, n. 72, recante approvazione dei documenti di gara, tra cui il testo della lettera di invito, sarebbe in violazione dell'art. 24, comma 4, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, non avendo il Comune di Cento nemmeno aperto i plichi contenenti le domande di partecipazione al momento della entrata in vigore della citata normativa;

2) in via subordinata: l'esclusione di HERA s.p.a. dalla procedura di gara e la presupposta nota dirigenziale del 14 febbraio 2011 sarebbero in violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del bando di gara nonché del principio di favor participationis o comunque, in tal caso unitamente all'art. 17 del bando di gara per violazione e falsa applicazione della deliberazione AVCP del 15 febbraio 2010.

La ricorrente ha concluso per l'annullamento, previa sospensiva, degli atti impugnati.

Si è costituita l'intimata Amministrazione resistendo. Si controdeduce, con apposita memoria, nel senso che se è vero che l'Amministrazione, alla data del 29 giugno 2011, non aveva ancora proceduto all'invio delle lettere di invito, è altrettanto vero che non ha proceduto ad alcun affidamento e che sussistono i presupposti per disporre l'esclusione della ricorrente.

Alla camera di consiglio dell'8 settembre 2011, la domanda di sospensiva è stata respinta, con decisione riformata in seconde cure

(ord. C. Stato, n. 4514/11 del 12 ottobre 2011).

Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2011 il ricorso, sulle conclusioni delle parti costituite, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Il ricorso all'esame del Collegio verte sugli atti, meglio distinti in epigrafe, con i quali il Comune di Cento ha escluso la società ricorrente dalla procedura ristretta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano nel suo territorio, così manifestando implicitamente la volontà di procedere al relativo affidamento nonostante lo jus superveniens costituito dal d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93.

II. Vale osservare liminarmente che l'iniziativa giurisdizionale della ricorrente, per espressa scelta processuale, si indirizza principaliter avverso la decisione del Comune di Cento di proseguire la procedura ristretta in corso per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel proprio territorio anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, decisione che sarebbe implicita nel provvedimento di esclusione della ricorrente HERA s.p.a. da tale procedura, disposta dal Comune medesimo in sede di apertura dei plichi contenenti le domande di pre-qualifica, avvenuta il giorno 29 giugno 2011, nonché nella successiva deliberazione consiliare 11 luglio 2011, n. 72, recante approvazione dei documenti di gara, tra cui il testo della lettera di invito. Al riguardo si deduce la violazione dell'art. 24, comma 4, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, non avendo il

Comune di Cento nemmeno aperto i plichi contenenti le domande di partecipazione al momento della entrata in vigore della citata normativa.

Con il ricorso proposto in via principale, quindi, parte ricorrente aziona un interesse strumentale connesso alla partecipazione alla gara da indire secondo le prescrizioni della disciplina legale che si assume violata e che prevede una selezione per ambiti territoriali ottimali. Tale gravame ha così priorità logica rispetto all'impugnativa del provvedimento di esclusione dalla gara - coltivata, ad avviso della ricorrente, illegittimamente dal Comune di Cento - che sottende l'interesse diretto all'aggiudicazione di una gara che andrebbe però interamente annullata in caso di accoglimento delle doglianze di parte.

Ravvisata la necessità di esaminare il ricorso avverso l'atto implicito di prosecuzione della gara, al di là delle stesse scelte processuali di parte deducente, con precedenza rispetto al gravame avverso il provvedimento di esclusione, è d'uopo verificare la ricorrenza dell'interesse all'intrapresa giurisdizionale. Esso, ad avviso del Collegio, ricorre innanzitutto in astratto, alla luce dell'insegnamento del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa, secondo la quale l'interesse dell'impresa può sorreggere l'iniziativa giurisdizionale anche quando sia inteso alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva (C. Stato, ad. plen., 07 aprile 2011, n. 4), interesse suffragato dalla qualità di operatore del settore economico di riferimento che

intende far valere le proprie chance competitive (T.A.R Toscana Firenze, sez. I, 06 aprile 2011, n. 592). Tale essendo la situazione nella quale versa la ricorrente, quale società che ha, tra i suoi fini statutari, la gestione integrata delle risorse energetiche, la verifica di tale presupposto dell'azione non è condizionata dall'esito del gravame proposto in via subordinata in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione dalla procedura ristretta, non trovando applicazione nel caso di specie il principio, anch'esso di conio giurisprudenziale, dell'assimilazione concettuale tra concorrente legittimante escluso e titolare di un interesse di mero fatto. Si afferma al riguardo che va negata l'ammissibilità alla pretesa di elevare il c.d. interesse strumentale a surrogato della posizione legittimante, tanto più con riferimento all'ipotesi del concorrente legittimamente escluso, in quanto non è dato rinvenire in capo a questi un interesse giuridicamente rilevante a censurare l'esito della gara al fine di ottenerne la ripetizione, non ravvisandosi alcuna differenza tra concorrente legittimamente escluso ed operatore che non abbia partecipato alla procedura selettiva, titolare di un mero interesse di fatto alla riedizione della stessa (T.A.R Campania Napoli, sez. I, 06 aprile 2011, n. 19649). Invero, gli strali di parte ricorrente, nel contesto del ricorso proposto principaliter, implicano un sindacato che investe la legittimità stessa della gara avendo la normativa invocata l'effetto sterilizzante della stessa potestà di indizione della procedura selettiva a livello comunale. Il baricentro della verifica

giudiziale è destinato così a subire un arretramento che investe non la legittimità della gara in sede di predisposizione della *lex specialis*, come accade nei casi ricorrenti di censure di illegittimità del bando di gara, bensì la stessa prosecuzione della procedura per effetto del cogente intervento del legislatore ed in particolare in base alla norma di cui all'art. 24, comma 4, invocato in ricorso, che così testualmente dispone: “Gli enti locali che, per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto, in caso di procedura di gara aperta, abbiano pubblicato bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito, includenti in entrambi i casi la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente, e non siano pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara. Fatto salvo quanto previsto dal periodo precedente, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione sono effettuate unicamente per ambiti territoriali di cui all'articolo 46-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222”. Le conseguenze applicative della norma comportano quindi la spoliazione della stessa competenza ad indire da parte dell'ente comunale la procedura selettiva per l'affidamento del servizio di

distribuzione di gas naturale a vantaggio di una dimensione sovracomunale dell'appalto e ciò dà luogo, a parere del Collegio, alla piena emersione del profilo di interesse alla proposizione del gravame nell'ottica di un sindacato giurisdizionale che investe in radice la legittimità della procedura in relazione alla stessa identificazione della stazione appaltante. Riguardata nella sua esatta configurazione la legittimazione al ricorso, essa senz'altro ricorre e non solo in astratto, ma in concreto secondo la dimensione territoriale dell'attività della ricorrente nel settore della distribuzione del gas con riferimento non solo alla Provincia di Ferrara ma all'intero territorio nazionale. Tale forte presenza sul mercato consente infatti di scorgere adeguate chance di aggiudicazione del macro appalto prefigurato dal legislatore in grado di adeguatamente corroborare il profilo di interesse anche con riferimento al caso di specie. Vi è infine da rilevare, alla luce delle controdeduzioni del Comune resistente, che il provvedimento di esclusione impugnato è adeguatamente esplicativo della volontà dell'Amministrazione di coltivare la procedura ristretta attivata per l'affidamento del servizio e quindi di provvedere al suo affidamento all'esito della stessa, non potendosi concettualmente configurare una prosecuzione dell'attività procedimentale se non intesa all'adozione del provvedimento finale al quale è preordinato.

Il Collegio conclude sul punto osservando che ricorre nel caso di specie l'interesse della ricorrente alla proposizione del gravame

avverso l'atto implicito di affidamento del servizio in appalto secondo la procedura ristretta attivata dal Comune di Cento e tale presa d'atto non è in contrasto con quanto deliberato dal Collegio in sede cautelare, in quanto la considerazione relativa al carattere recessivo dell'interesse strumentale azionato si pone unicamente ai fini della ricorrenza del profilo del danno grave e irreparabile nel quadro dei contrapposti interessi in gioco.

Fatte queste necessarie premesse, non resta che esaminare il merito della doglianza di parte ricorrente, come detto connessa alla dedotta violazione dell'art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 93/2011.

La censura è fondata.

Infatti, come evidenziato in ricorso, alla data fatidica del 29 giugno 2011 di entrata in vigore del citato plesso normativo, non risulta consolidato il presupposto per la prosecuzione della gara ai fini dell'affidamento del servizio per non avere il Comune di Cento "inviato anche le lettere di invito", stante la mancata conclusione a quella data della fase di prequalifica, come agevolmente si desume dal fatto che la stazione appaltante ha assunto la decisione di aprire le buste contenenti le domande di prequalifica soltanto con la deliberazione assunta nella stessa data e approvata il 4 luglio successivo.

Tanto è sufficiente per l'accoglimento del gravame proposto in via principale, con conseguente annullamento degli atti ivi impugnati afferenti alla procedura ristretta sottoposta all'esame del Collegio.

III. Per le ragioni anzidette il ricorso proposto in via subordinata non può che essere dichiarato improcedibile, avuto riguardo alla mancanza di interesse alla coltivazione del gravame proposto avverso il provvedimento di esclusione da una gara da annullare nella sua interezza.

IV. Sussistono nondimeno giusti motivi, atteso il carattere interpretativo della controversia, per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 957/2011, come in epigrafe proposto da Hera Holding Energia Risorse Ambiente S.p.A., così decide:

- accoglie il ricorso proposto in via principale e, per l'effetto, annulla gli atti ivi impugnati;
- dichiara improcedibile il ricorso proposto in via subordinata avverso il provvedimento di esclusione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 1° dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2011

IL SEGRETARIO

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