



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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1407 del 2012, proposto da:  
Coop. Pomilia Gas Società Cooperativa a. r.l., rappresentata e difesa  
dagli avv.ti Enrico Soprano ed Eduardo Riccio, con domicilio eletto  
presso lo studio dell'avv.to Michela Borra in Brescia, Via Romanino  
n. 1;

***contro***

Comune di Almenno San Bartolomeo, rappresentato e difeso dagli  
avv.ti Lidia Redaelli e Alessandro Rossi, con domicilio eletto presso il  
loro studio in Brescia, Via Solferino n. 30;

***per l'accertamento***

DEL DIRITTO AL RISARCIMENTO DEL DANNO SUBITO  
PER L'APPLICAZIONE DELLA SANZIONE ALTERNATIVA  
IRROGATA DA QUESTO TAR CON SENTENZA 10/4/2012 N.  
618.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Almenno San Bartolomeo;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2014 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

### FATTO

Parte ricorrente ripercorre i fatti sottesi all'emanazione delle sentenze 30/11/2011 n. 1673 e 10/4/2012 n. 618. Con sentenza parziale n. 1673/2011, emessa su ricorso dell'impresa Condotte Nord, questo Tribunale ha disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva e degli altri atti presupposti impugnati, ma ha respinto la domanda di dichiarazione d'inefficacia del contratto stipulato con l'odierna ricorrente, accogliendo tuttavia l'istanza di risarcimento del danno per perdita di *chance*. La Sezione ha quindi dato impulso al procedimento di applicazione della sanzione alternativa, formulando la proposta di riduzione del 50% della durata contrattuale. Con la successiva pronuncia n. 618/2012 il Collegio ha confermato l'ipotesi dell'abbreviazione del contratto nella misura indicata (da 12 a 6 anni).

Ad avviso di Pomilia la sanzione inflitta trae origine da una condotta imputabile in via esclusiva all'amministrazione comunale, la quale non si è limitata a violare il termine dello *stand-still* ma è incorsa in ulteriori illegittimità: in particolare il T.A.R. ha riconosciuto la fondatezza delle

censure di cui alle lett. c) e f) del ricorso r.g. 597/2011, afferenti all'illegittima composizione della Commissione di gara. Ad ogni modo, la ricorrente sottolinea che soltanto il Comune era a conoscenza dell'esatta decorrenza del termine di *stand still*, non residuando in capo all'aggiudicatario – privo di conoscenze specifiche giuridico-legali – alcun elemento per poter desumere la decorrenza dei termini *ex art. 11 comma 10 del D. Lgs. 163/2006*.

Riferisce nello specifico Pomilia che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva è pervenuta il 29/3/2011 a Condotte Nord (Società che ha proposto il ricorso r.g. 597/11), la quale ha presentato istanza di accesso agli atti di gara il 4/4/2011, mentre il 14/4/2011 veniva stipulato il contratto tra il Comune e la ricorrente.

Sostiene quest'ultima la responsabilità dell'amministrazione per l'illegittima composizione della Commissione e la violazione dello *stand still*, che le avrebbero provocato un danno ingiusto. Aggiunge che alcun addebito può essere mosso nei suoi confronti, essendo l'impresa vincitrice obbligata a stipulare il contratto per non incorrere nella perdita della cauzione provvisoria e nella revoca dell'affidamento (cfr. art. 75 comma 6 del D. Lgs. 163/2006 e punto 15 della lettera d'invito).

Osserva altresì Pomilia che, alla luce del diritto comunitario, l'elemento soggettivo non è un requisito necessario per configurare la responsabilità dell'amministrazione in materia di gare d'appalto, e dunque la stessa è tenuta a riparare il pregiudizio provocato senza poter invocare l'esimente della mancanza di dolo o di colpa.

Per il quantum dovuto, l'aggiudicataria della gara espone le voci in cui si articolerebbe il danno subito.

#### MAGGIORI COSTI

a) *Una-Tantum* = il bando ha imposto di versare al Comune l'importo di 200.000 €; la riduzione a 6 anni ha determinato il mancato ammortamento di 100.000 €;

b) Piano industriale = Pomilia ha proposto, per i primi 4 anni, la realizzazione di opere per 102.635 € e di allacciamenti gratuiti per 142.800 €; gli importi dovevano essere recuperati con l'incremento del VRT, ma con la riduzione della durata contrattuale si sono trasformati in un costo non recuperabile; si può ipotizzare ragionevolmente una riduzione del 50% e dunque un costo indebito di 122.717 € (ossia  $245.435 : 2$ );

c) spese di contratto = per diritti di segreteria, rogito e registrazione sono stati sostenuti oneri per 3.634,55 € e dunque si chiede il rimborso del 50%, ossia di 1.817,27 €;

d) polizza fideiussoria per cauzione definitiva = si è previsto un costo annuo di 1.250 € riferito al valore contrattuale; dunque è stato pagato un premio doppio sui 6 anni di concessione e si chiede di recuperare 3.750 €;

e) polizza per responsabilità civile terzi = il valore da corrispondere alla Società di assicurazione è mediamente di 20 € per ogni Km. di rete, e tenendo conto di un'estensione di 40 Km. si ottiene la cifra di 800 € annui; devono essere dunque restituiti 4.800 € (ossia  $800 \times 6$  anni);

## MANCATI RICAVI

f) sul VRT = negli atti di gara era indicato un valore di 267.803,99 € annui (dunque 3.213.647,88 € per 12 anni); con la decurtazione dell'aggio destinato al Comune restano 946.419,30 €; era inoltre previsto un incremento di valore del VRT durante lo svolgimento del rapporto, che elevava l'ammontare di ricavo "proprio" a 1.008.073 €; il dimezzamento determina un minor ricavo del 50% pari a 534.863,55 €;

g) sul minor impegno occupazionale e disattesa opportunità di lavoro = manca una quantificazione.

La ricorrente chiede di disporre una CTU per determinare esattamente gli importi dovuti a titolo risarcitorio.

Alla pubblica udienza del 5/11/2014 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

L'impresa ricorrente propone azione risarcitoria cd. "autonoma", assumendo la lesione procurata dalla sanzione alternativa irrogata da questo Tribunale al Comune di Almenno San Bartolomeo (riduzione di 6 anni della durata del contratto stipulato con Pomilia).

1. Il Comune di Almenno San Bartolomeo denuncia anzitutto il conflitto di giurisdizione, evidenziando che la domanda risarcitoria (per l'ammontare di 229.232,40 €, pari alla perdita di esercizio per i 6 anni di riduzione riconducibili alla negligente condotta del Comune) è stata proposta anche in sede civile, con richiesta di dichiarare preventivamente la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità

sopravvenuta. Anche se il *petitum* è parzialmente differente (nell'accertamento della premessa), il fatto dannoso è identico e consiste nella riduzione temporale del contratto da 12 a 6 anni per effetto della sanzione alternativa. Siccome le azioni intentate sono incompatibili, l'amministrazione intimata chiede di sospendere il processo ex art. 295 c.p.c., in attesa della decisione del Tribunale di Bergamo.

L'istanza non è meritevole di apprezzamento.

1.1 La pendenza della stessa lite innanzi a giudici di ordini differenti (come il giudice ordinario e i giudici speciali) si risolve in base alle ordinarie regole di riparto della giurisdizione, fermi restando, eventualmente, gli strumenti del conflitto positivo di giurisdizione – sollevabile in ogni tempo, dalle parti interessate, dinnanzi alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 362 comma 2 n. 1, del c.p.c., una volta che la causa sia stata già decisa in primo grado – e del regolamento preventivo di giurisdizione, che le stesse parti possono proporre ex art. 41 del c.p.c., richiamato dall'art. 10 del Codice del processo amministrativo (Cpa). Nel caso esaminato, ove non si pone un problema di *ne bis in idem* in assenza di un giudicato, non affiorano dubbi sulla cognizione del giudice amministrativo in relazione a una controversia risarcitoria in materia di gara d'appalto, sulla quale è prevista la giurisdizione esclusiva di questo Tribunale all'art. 133 del Cpa.

2. In via preliminare, il Comune eccepisce la prescrizione del diritto al risarcimento ai sensi dell'art. 30 comma 3 del Cpa, in quanto il fatto

lesivo risale alla sentenza 10/4/2012 n. 618, comunicata a Pomilia in pari data. Dunque il termine non decorrerebbe dal passaggio in giudicato della pronuncia ma dal suo deposito, e poiché la notifica del ricorso è avvenuta il 12/12/2012, era spirato il termine di 120 giorni dal verificarsi dell'evento lesivo sancito all'art. 30 comma 3 del Cpa.

L'eccezione non merita condivisione.

2.1 La questione investe il rapporto tra i commi 3 e 5 dell'art. 30 del Cpa. Il primo assoggetta la domanda di risarcimento <<per lesione di interessi legittimi>> al termine decadenziale di centoventi giorni <<decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo>>. Il successivo comma 5, invece, statuisce che l'istanza può essere proposta <<sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza>>, nello specifico caso in cui non sia stata formulata <<nel corso del giudizio>>. Ebbene, nella fattispecie affrontata l'evento dal quale trae origine la pretesa avanzata da Pomilia ha costituito l'oggetto del giudizio sfociato nella sentenza n. 618/2012 la quale, nell'irrogare la sanzione alternativa, si pone direttamente come fonte del *vulnus* lamentato in questa sede. Ne consegue che il termine di decadenza non può che decorrere dal giorno in cui la pronuncia è divenuta irrevocabile, poiché nel periodo pregresso il diritto qui azionato poteva essere messo in discussione dall'impugnazione della pronuncia e dalla decisione dell'organo di appello.

3. Nel merito, la pretesa è infondata.

3.1 Anzitutto, contrariamente a quanto opina parte ricorrente, nella

sentenza parziale n. 1673/2011 questo Collegio ha riconosciuto che *“La violazione della clausola di “stand still” in sé considerata, e cioè senza che concorrano vizi propri dell’aggiudicazione e senza un’ apprezzabile incidenza sulla possibilità di ottenere l’appalto, non comporta l’annullamento di quest’ultima né l’inefficacia del contratto, potendo rilevare ai fini della valutazione delle responsabilità, anche risarcitorie, e dell’applicazione delle sanzioni alternative (cfr. T.A.R. Calabria Reggio Calabria – 20/10/2010 n. 942; T.A.R. Lazio Roma, sez. I-bis – 30/5/2011 n. 4842)”*. Dunque la riduzione della durata contrattuale (sanzione alternativa) è una delle possibili conseguenze della predetta inosservanza, e prescinde da ulteriori vizi della procedura di gara, che possono assumere rilevanza ad altri fini.

3.2 Quanto al ruolo assunto da Pomilia nella violazione, il Collegio richiama uno stralcio della sentenza n. 618/2012:

*<<3.4 Si ritiene a questo punto la sanzione sufficientemente dissuasiva e dotata di effettività. L’ulteriore misura pecuniaria si rivelerebbe eccessiva, anche tenuto conto degli eventi pregressi evocati dal Comune e caratterizzati da una prolungata gestione in via di fatto del servizio (sono trascorsi 6 anni dall’emanazione della deliberazione di riscatto), che da tempo impedisce l’affidamento a condizioni economiche decisamente appetibili per l’Ente concedente. Detta circostanza – come opina parte ricorrente – risulta formalmente estranea ai parametri enucleati all’art. 123 comma 2 per la quantificazione della sanzione. Tuttavia contribuisce a non elevare la gravità della condotta del Comune, già adeguatamente colpito dalla drastica contrazione della durata del contratto, che esercita il proprio effetto dissuasivo in senso bidirezionale poichè si dirige anche nei confronti della controinteressata che ha scientemente cooperato alla realizzazione della violazione.*

*Né è condivisibile la ricostruzione di parte ricorrente nella parte in cui assume come vessatorio il comportamento del Comune che ha chiesto l'immediata consegna degli impianti, in presenza di un'ordinanza cautelare di reiezione del giudice amministrativo (n. 509 del 18/5/2011). 4. Per quanto concerne le spese di lite, il Collegio è dell'avviso che le stesse debbano essere poste a carico del Comune e della controinteressata, previa compensazione in ragione della parziale soccombenza di Condotte Nord su alcune questioni controverse. Non si ravvisa responsabilità aggravata a carico del Comune per le ragioni esposte al precedente punto 3.4>>.*

Questo Tribunale ha in buona sostanza già riconosciuto il concorso della controinteressata nell'inosservanza del termine dilatorio di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione (cd. *stand-still* procedimentale), durante i quali è inibita la stipulazione del contratto.

3.3 In proposito si può aggiungere come la Sezione (cfr. sentenza 18/4/2013 n. 363) abbia sottolineato che le conseguenze della trasgressione di cui si discorre hanno un'impronta marcatamente afflittivo/sanzionatoria a tutela delle norme che regolano la concorrenza, che trae origine dai "considerando" della direttiva 2007/66/CE (in particolare il punto 13 che evoca sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive degli affidamenti diretti illegittimi): se anche la lesione dello *stand still* non produce in via autonoma conseguenze sull'atto di aggiudicazione e sul contratto, viene comunque depotenziata l'esigenza di tutela delle parti contro le quali l'inosservanza del termine viene invocata. Ne consegue che la responsabilità di una disposizione destinata a salvaguardare il valore

comunitario della concorrenza investe non soltanto la stazione appaltante, ma anche gli operatori economici che si confrontano nelle procedure competitive per l'aggiudicazione di commesse pubbliche. Questi pertanto non sono esonerati dalla conoscenza di una regola fondamentale per la corretta esecuzione di una gara, tenuto poi conto del consolidato principio *ignorantia legis non excusat*.

3.4 Non può sul punto essere condivisa l'obiezione di Pomilia, ad avviso della quale il concessionario è tenuto a stipulare il contratto per non incorrere nella perdita della cauzione provvisoria e nella revoca dell'affidamento. E' evidente che il rispetto del termine dilatorio minimo è un preciso obbligo di legge – chiaro e incondizionato – per cui le amministrazioni non possono assolutamente imporre una sottoscrizione in violazione del precetto: ove ciò accadesse, l'impresa avrebbe pieno titolo per opporsi all'invito alla stipulazione anticipata (ossia in pendenza dello *stand still*), e potrebbe attivare gli strumenti offerti dall'ordinamento nel caso di ingiuste reazioni dell'Ente pubblico.

3.5 Nello specifico, l'aggiudicataria del servizio di distribuzione del gas naturale aveva il dovere giuridico di prendere cognizione della data di avvenuta comunicazione dell'aggiudicazione alle concorrenti non utilmente piazzate in graduatoria, in modo da poter calcolare il termine predetto e assicurarsi della sua osservanza. In proposito non sono affiorati elementi utili per il riconoscimento della buona fede (ad esempio, in virtù di informazioni inesatte o fuorvianti provenienti dal Comune).

3.6 Da ultimo occorre sottolineare che la sanzione alternativa dalla quale trae origine il presente giudizio è stata applicata *“assicurando il rispetto del principio del contraddittorio”* secondo quanto dispone l'art. 73 comma 3 del Cpa, per cui è prevista l'instaurazione di un'ulteriore fase che dà modo alle parti coinvolte di esprimersi sulle (eventuali) ragioni giustificatrici della violazione. In particolare la proposta di riduzione della durata contrattuale è stata formulata con la sentenza parziale n. 1673/2011, le parti (compresa Pomilia) hanno potuto interloquire e soltanto in seguito è stata adottata la statuizione definitiva con la sentenza n. 618/2012.

In conclusione la pretesa è infondata e deve essere respinta.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente a corrispondere al Comune resistente la somma di 5.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2014

IL SEGRETARIO

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