

N. 03086/2011REG.PROV.COLL.
N. 08857/2009 REG.RIC.
N. 09906/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8857 del 2009, proposto da:

Melfi Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Caputi Jambrenghi, con domicilio eletto presso Vincenzo Caputi Jambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi, 4/B;

contro

Molise Gestioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Lodovico Visone, con domicilio eletto presso Lodovico Visone in Roma, via del Seminario N. 113/116;

nei confronti di

Comune di Colletorto, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ruta, con domicilio eletto presso Giuseppe Ruta in Roma, piazza della Libertà, 20;

sul ricorso numero di registro generale 9906 del 2009, proposto da:

Comune di Colletorto, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ruta, con domicilio eletto presso Giuseppe Ruta in Roma, piazza della Libertà, 20;

contro

Molise Gestioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Ludovico Visone, con domicilio eletto presso Lodovico Visone in Roma, via del Seminario N. 113/116;

nei confronti di

Melfi Srl;

per la riforma

quanto al ricorso n. 8857 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Molise - Campobasso: Sezione I n. 00651/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS METANO.

quanto al ricorso n. 9906 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Molise - Campobasso: Sezione I n. 00651/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS METANO

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Molise Gestioni Srl e di Comune di Colletorto e di Molise Gestioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2011 il Cons. Eugenio Mele e uditi per le parti gli avvocati Francesco Caputi Jambrenghi, per delega dell'Avv. Vincenzo Caputi Jambrenghi, Visone e Ruta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il primo dei due ricorsi in appello indicati in epigrafe è proposto dalla Melfi s.r.l., la quale impugna, chiedendone la riforma, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Molise che, in accoglimento di un ricorso proposto dall'attuale controinteressata, Molise Gestioni s.r.l., ha annullato

l'aggiudicazione disposta in favore dell'appellata Melfi s.r.l. per la considerazione dell'essere stata nominata la commissione aggiudicatrice prima della scadenza della presentazione delle offerte.

L'appellante, dopo aver premesso che il ricorrente in primo grado era il precedente gestore della rete e che, conseguentemente, il suo ricorso in primo grado era inammissibile, presenta i seguenti motivi di appello:

Ingiustizia manifesta, perplessità della motivazione, travisamento dei fatti, errata applicazione dell'art. 14, comma 5, del d. lgs. n. 164 del 2000; in quanto, premesso, che la Molise Gestione è risultata aggiudicataria di una gara annullata in sede giurisdizionale e di una proroga di necessità, la medesima Molise Gestione non poteva essere ammessa alla gara poiché affidataria, a seguito di affidamento diretto senza gara, della gestione;

Ingiustizia manifesta, difetto di motivazione, malgoverno dei principi comunitari in materia di nomina della commissione, travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà; poiché per i settori cosiddetti speciali il Comune di Colletorto non era tenuto ad applicare il decreto legislativo n. 163 del 2006 (e, in particolare l'art. 84, comma 10) e, quindi, non trovava applicazione nella specie la regola della nomina della commissione dopo lo spirare del termine per la presentazione delle offerte

La controinteressata Molise Gestioni si costituisce in giudizio e resiste all'appello, chiedendone la reiezione e rilevando come anche il bando vincolasse l'Amministrazione al rispetto dei principi di cui al codice dei contratti.

L'appellante, con ulteriori memorie, precisa e replica, insistendo per l'accoglimento dell'appello proposto.

Il secondo ricorso in appello è proposto dal Comune di Colletorto e si dirige avverso la medesima sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Molise, proponendo il seguente motivo di appello:

-) Ingiustizia manifesta, difetto di motivazione, travisamento dei principi di

trasparenza ed imparzialità di derivazione comunitaria, illogicità e contraddittorietà, nonché violazione degli artt. 30 e 84, comma 10, del d. lgs. n. 163 del 2006; essendo esclusa la regola della nomina della commissione aggiudicatrice dall'art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006, trattandosi nel caso di specie di concessione di servizi

Anche relativamente a tale appello la Molise Gestioni si costituisce in giudizio e chiede la reiezione dello stesso appello.

Le due cause passano in decisione alla pubblica udienza dell'9 marzo 2011.

DIRITTO

I due appelli sono proposti avverso la medesima sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Molise, concernono la medesima fattispecie e sono fra loro intimamente connessi sia da un punto di vista soggettivo che da un punto di vista oggettivo, per cui il Collegio ne dispone preliminarmente la riunione, al fine della loro decisione con un unico provvedimento giurisdizionale.

Entrambi gli appelli presentano, pur nella diversa articolazione dei motivi posti a base degli appelli, la medesima "causa petendi" e, conseguentemente, l'esame degli stessi può essere effettuato congiuntamente.

Gli stessi appelli sono peraltro infondati.

In via preliminare, va rilevato che non ha fondamento il motivo proposto dalla Melfi in ordine alla inammissibilità del ricorso in primo grado proposto dalla Molise Gestioni, per essere la stessa il soggetto concretamente gestore del servizio oggetto dell'appalto, peraltro ottenuto in proroga, in quanto non si vede alcuna ragione per cui il gestore in corso debba essere privato del diritto di azione relativamente ad una aggiudicazione che lo priva di un bene della vita, al conseguimento del quale aveva partecipato, risultando secondo nella relativa gara.

Venendo al motivo principale che caratterizza gli appelli e che si incentra

sulla presunta illegittimità della sentenza del primo giudice, avendo questi ritenuto che la nomina della Commissione avrebbe dovuto essere disposta dopo il termine per la ricezione delle offerte e non prima (come è invece avvenuto nella specie), in quanto nel caso concreto si trattava di una concessione di servizi, per cui, ai sensi dell'art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006, non trovavano applicazione le norme del medesimo provvedimento legislativo, il Collegio ritiene che il motivo (proposto in entrambi gli appelli) sia infondato.

Va, infatti, rilevato che, se pure è vero che l'art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nell'individuare il regime giuridico delle assegnazioni delle concessioni di servizi, disegna un sistema particolare, rendendolo in gran parte libero e comunque avulso dalle disposizioni che regolano i contratti di appalto, lo stesso non si pone (né avrebbe potuto farlo) contro i principi generali che regolano i procedimenti di affidamento dei servizi pubblici, per cui sia che si tratti di appalto che di concessioni, i principi generali che regolano il modo di essere delle pubbliche amministrazioni sono i medesimi.

Ora, la regola per cui la nomina della commissione giudicatrice deve avere luogo dopo che è spirato il termine per la presentazione delle offerte tende (almeno astrattamente) ad evitare che vi possano essere, con la preventiva conoscenza dei nominativi dei commissari, inaccettabili contatti e collusioni dei candidati con gli stessi commissari, per cui la medesima regola assurge a preventiva salvaguardia della regolarità del procedimento e non può essere considerata come una privativa degli appalti, non essendovi alcuna differenza in ordine all'esame delle offerte con la concessione; anzi, la concessione di servizi, per la maggiore informalità del suo procedimento, presenta, se si vuole, aspetti ancora più evidenti di mancanza di garanzie procedurali.

Da ciò la considerazione per la quale il Collegio condivide il presupposto

indicato dal Tribunale amministrativo regionale in ordine al fatto che, al di là di una specifica normativa che ricomprenda anche le concessioni di servizi nell'ambito della regolamentazione degli appalti, l'art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006, pur derogando, relativamente alle concessioni di servizi, alle altre disposizioni del medesimo provvedimento, non tocchi di quel medesimo provvedimento quelli che possono individuarsi come principi generali di un giusto procedimento, e tra essi vi è, per le ragioni prima esplicitate, quello della nomina della commissione dopo che è scaduto il termine per la presentazione delle offerte.

I due appelli riuniti vanno, pertanto, entrambi rigettati, con conferma integrale della sentenza appellata.

La particolarità della vicenda consente di disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti costituite per entrambi gli appelli.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti,

li riunisce;

rigetta gli stessi .

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2011

IL SEGRETARIO

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