

N. 00344/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00962/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 962 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fiamma 2000 S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dall'avv. prof. Angelo Clarizia e dall'avv. Andrea Pasquale Cannas, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Cagliari, via Dante n. 19;

contro

l'Organismo di Bacino n° 5 "I. e G. Gallura SpA", in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Ballero, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, corso Vittorio Emanuele n. 76;

Comune di Golfo Aranci, Comune di Loiri Porto San Paolo, Comune di Padru, Comune di Telti;

nei confronti di

S.I.Di.Gas SpA, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo Tesauro, Giovanna De Santis, Rossana Perra, con domicilio

eletto presso l'avv. Rossana Perra in Cagliari, via Ariosto n. 11;

per l'annullamento,

con il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 26.10.2012, e della nota di comunicazione di pari data, con le quali l'Organismo di Bacino n. 5 ha escluso la ricorrente dalla procedura aperta per la realizzazione della rete del gas metano nei centri abitati, aree commerciali e produttive dei comuni di Golfo Aranci, Loiri Porto San Paolo, Padru e Telti;

- della delibera del Presidente del C.d.A. della *I. & G. Gallura S.p.A.*, n.18 del 5.11.2012, di aggiudicazione definitiva della concessione alla controinteressata, nonché dell'eventuale aggiudicazione provvisoria, di tutti gli atti di gara, i verbali, il bando, il disciplinare e tutti gli allegati;

nonché,

per l'accertamento dell'inefficacia del contratto di appalto, eventualmente stipulato;

per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione del servizio oggetto di gara, ai sensi dell'art. 124, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010;

e, in via subordinata,

per l'annullamento della gara e il risarcimento del danno per equivalente;

con i motivi aggiunti, depositati il 29 dicembre 2012:

del rigetto dell'informativa, comunicata alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici, di cui alla nota dell'Organismo di bacino n° 5 datata 26 novembre 2012, prot. n. 01988.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della *I. & G. Gallura S.p.A.*, per l'Organismo di Bacino 5; e della *S.I.Di.Gas Spa*;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il dott. Giorgio

Manca e uditi l'avv. Andrea P. Cannas per la parte ricorrente, l'avv. Stefano Ballero per l'Organismo di Bacino resistente, l'avv. Giovanna De Santis per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Fiamma 2000 S.p.A. ha partecipato alla procedura aperta per la concessione dei lavori di realizzazione della rete del gas metano nell'ambito dell'Organismo di Bacino (ODB) n° 5 della Gallura; procedura indetta con il bando pubblicato il 17 marzo 2010. Al termine delle operazioni di gara la commissione stilava la graduatoria provvisoria in cui l'offerta di FIAMMA 2000 risultava prima classificata. Conseguentemente la commissione aggiudicatrice individuava FIAMMA 2000 quale aggiudicataria provvisoria.

A seguito della notifica, da parte della controinteressata SIDIGAS, della comunicazione dell'intento di proporre ricorso, ai sensi dell'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante disponeva l'esclusione della società FIAMMA 2000 dalla procedura di cui trattasi, sul rilievo che tale società, attraverso la Sarda Reti gas s.r.l., interamente controllata da FIAMMA 2000 s.p.a., gestisce il servizio di distribuzione gas presso il Comune di Sedilo, in virtù di affidamento diretto; ipotesi espressamente prevista come causa di esclusione dall'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000.

Con successiva deliberazione n. 18 del 5 novembre 2012, la stazione appaltante disponeva l'aggiudicazione definitiva a favore della società SIDIGAS.

2. Con il ricorso in esame, avviato alla notifica il 23 novembre 2012 e depositato il successivo 28 novembre 2012, la società FIAMMA 2000 chiede l'annullamento dell'esclusione, nonché degli ulteriori provvedimenti meglio indicati in epigrafe, deducendo articolate censure.

Con motivi aggiunti depositati il 29 dicembre 2012, la società FIAMMA 2000 estende l'impugnazione al rigetto dell'informativa, comunicata alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 243 bis, di cui alla nota dell'Organismo di bacino n° 5 datata 26 novembre 2012, prot. n. 01988.

3. Si sono costituite in giudizio sia la società *I. & G. Gallura S.p.A.*, per l'Organismo di Bacino n° 5, sia la controinteressata SIDIGAS, concludendo per il rigetto del ricorso in ragione della sua infondatezza.

4. All'udienza pubblica del 23 gennaio 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come accennato, il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara risulta motivato con riguardo alla titolarità del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Sedilo, da parte di società interamente controllata dalla ricorrente FIAMMA 2000, la cui gestione risulta affidata senza previa gara ad evidenza pubblica. La base giuridica invocata dalla stazione appaltante per l'adozione del provvedimento impugnata è costituita dall'art. 14, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, secondo cui, alle gare aventi ad oggetto la distribuzione di gas naturale, *«sono ammesse senza limitazioni territoriali, 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 e in altri Paesi dell'Unione europea, o in Paesi non appartenenti all'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»*.

2. La società ricorrente contesta la legittimità dell'esclusione e della motivazione, deducendo un unico articolato motivo, che si svolge intorno alle seguenti argomentazioni.

2.1. In primo luogo, deduce la violazione della *lex specialis* di gara, che non prevedeva alcuna causa di esclusione correlata al disposto dell'art. 14, comma 5, cit. . La lacuna, peraltro, non sarebbe colmabile mediante un processo di eterointegrazione del disciplinare di gara, poiché l'oggetto della gara si riferisce (non alla gestione del servizio ma) ad una attività propedeutica, ossia la realizzazione dei lavori di costruzione della rete.

2.2. Nel caso di specie, la norma invocata non sarebbe comunque applicabile per la mancanza dell'oggetto del servizio, ossia la distribuzione del gas naturale, poiché la Regione Sardegna non è ancora servita dal gas naturale. Dallo stesso disciplinare risulterebbe come l'oggetto del servizio sia costituito dalla gestione della rete, essendo irrilevante la tipologia di gas distribuita (naturale o GPL).

2.3. La ricostruzione della stazione appaltante, inoltre, non tiene conto dell'evoluzione del quadro normativo in materia intervenuto prima dell'ottobre 2012, data in cui è stata disposta l'esclusione. E in specie, ad avviso della società ricorrente, dell'art. 37 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n° 134, che ha ammesso la partecipazione alle prime gare anche alle imprese che gestiscono servizi pubblici locali affidati senza gara (modificando sia l'art. 14, comma 5, sia l'art. 15, comma 10, del d.lgs. n° 164/2000 cit.).

2.4. Con un ulteriore rilievo, la società ricorrente lamenta la mancata applicazione dell'art. 46 *bis*, comma 4 *bis*, del decreto-legge 1 ottobre 2007, n° 159, secondo cui «*A decorrere dal 1° gennaio 2008, alle gare di cui al comma 1 del presente articolo si applicano, oltre alle disposizioni di cui all'articolo 15, comma 10, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, anche le disposizioni di cui all'articolo 113, comma 15-quater, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che si intendono estese a tutti i servizi pubblici locali a rete*»; disposizione che consentirebbe la partecipazione di FIAMMA 2000 alla gara di cui trattasi.

2.5. Infine, la ricorrente deduce l'erroneità della statuizione della stazione appaltante, che ha ritenuto la concessione del servizio del Comune di Sedilo come affidamento diretto.

3. Le censure sono infondate.

3.1. Va precisato, innanzitutto, che il fatto che la stazione appaltante, nel motivare in ordine all'esclusione di FIAMMA 2000 dalla procedura di cui trattasi, abbia ampiamente richiamato i precedenti giurisprudenziali (sia del TAR Sardegna che del Consiglio di Stato) intervenuti su diversi punti e questioni rilevanti, non può essere ritenuta (come sembra sostenere la ricorrente a pag. 6 del ricorso) una sorta di estensione dei limiti soggettivi e oggettivi del giudicato formatosi sulle sentenze richiamate. Si tratta, più semplicemente, dell'impiego, da parte della stazione appaltante, dei precedenti giurisprudenziali quale apparato argomentativo posto a sostegno della decisione che si è inteso adottare; la cui validità nel caso di specie, peraltro, deve essere vagliata alla luce dei motivi dedotti con il ricorso in esame, come ci si appresta a fare.

3.2. Seguendo la cadenza delle censure, come sopra esposte *sub* par. 2 ss., si deve in primo luogo rilevare che, in presenza di una norma che esplicitamente preveda una causa di esclusione dalle gare pubbliche (e quindi impedisca la stipula del relativo contratto con l'operatore economico che si trovi nella situazione descritta come causa di esclusione: arg. ex art. 38, comma 1, del codice dei contratti pubblici: «*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ... e non possono stipulare i relativi contratti ...*»), l'eventuale lacuna contenuta nel bando di gara, il quale non richiami puntualmente l'ipotesi normativa dalla quale deriva l'esclusione dalla procedura, non comporta (secondo la condivisibile e prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato) l'inapplicabilità di tale norma, ma esclusivamente l'integrazione della *lex specialis*, ai sensi dell'art. 1339 del codice civile (cfr.,

in tal senso, tra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5073; nonché, Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959, la quale chiarisce la differenza esistente tra il caso della lacuna contenuta nel bando, integrabile attraverso il meccanismo di cui agli articoli 1374 e 1339 del cod. civ.; e il caso, invece, della clausola del bando il cui contenuto sia in contrasto con la norma; in tale ultima ipotesi, infatti, resta ferma la necessità dell'impugnazione del bando al fine di eliminarne gli effetti lesivi).

3.3. E' manifestamente infondato, in secondo luogo, il rilievo circa l'oggetto della gara per cui è controversia, atteso che dalla semplice lettura degli atti di gara (del disciplinare di gara così come della relazione illustrativa del piano economico-finanziario allegato al progetto preliminare posto a base di gara) emerge che la realizzazione della rete era destinata alla gestione del servizio di distribuzione del gas metano.

3.4. Non coglie nel segno nemmeno il tentativo di invocare norme successive alla pubblicazione del bando di gara (17 marzo 2010, come si è precisato in fatto), ma vigenti al momento in cui è stata disposta l'esclusione dalla procedura. Sono noti, infatti, i principi che governano l'applicazione dello *jussuperveniens* nell'ambito delle procedure concorsuali; secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali, in queste ipotesi trovano applicazione solo le disposizioni normative vigenti al momento della pubblicazione del bando di gara, quale *lex specialis* della procedura «*in quanto il principio tempus regit actum attiene alle sequenze procedimentali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di una procedura "concorsuale" di selezione [...]) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenute non modificano, di regola, le procedure già bandite, a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse*» (così,

perspicuamente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 maggio 2007, n. 3893; ma il medesimo principio è stato, di recente, autorevolmente ribadito da Consiglio di Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2011, n. 9). Nel campo delle procedure selettive e di valutazione comparativa, la regola di diritto applicabile deve, quindi, essere rinvenuta nella *lex specialis* della procedura, al fine di preservare i due preminenti interessi che vengono in giuoco in questa vicenda: la certezza o comunque la stabilità (e si dovrebbe dire meglio: la prevedibilità) delle norme applicabili nel corso della procedura, fino alla sua conclusione e definizione; la *parcondicio* tra i concorrenti. Regola operativa di cui, peraltro, occorre precisare il valore tendenziale, considerato che in alcune ipotesi (si pensi, tipicamente, alla norma di interpretazione autentica, con effetti retroattivi) tale regola può subire delle eccezioni.

3.5. Al fine di dimostrare l'infondatezza della dedotta violazione dell'art. 46 bis, comma 4 bis, del decreto-legge 1 ottobre 2007, n° 159, è sufficiente riprendere quanto statuito dal Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2012, n° 4842, secondo cui detta disposizione (ai sensi della quale «*A decorrere dal 1° gennaio 2008, alle gare di cui al comma 1 del presente articolo si applicano, oltre alle disposizioni di cui all'articolo 15, comma 10, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, anche le disposizioni di cui all'articolo 113, comma 15-quater, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che si intendono estese a tutti i servizi pubblici locali a rete*») «*non ha esteso a "tutti servizi pubblici locali a rete" l'operatività dell'art. 15, co. 10 d.lgs. 164/2000 (come sostiene l'appellante), bensì, testualmente, quella dell'articolo 113, comma 15-quater, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. E quest'ultimo articolo, per quanto qui interessa, reca(va) una analoga norma di divieto di partecipazione alle gare per gli affidatari diretti della generalità dei servizi pubblici locali, nel quadro di un regime che, non meno rigorosamente, ammette(va) un temperamento limitato alla possibilità di partecipare, medio tempore, alle sole c.d. prime gare "aventi ad oggetto i*

servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa”, con deroga da ritenere ristretta alle società che gestivano i servizi oggetto della gara dietro affidamento diretto da parte della stessa Amministrazione che la gara indicava (Sez. V, n. 1651 del 22 marzo 2010; né il discorso potrebbe ribaltarsi a favore dell’appellante passando a considerare la disciplina generale dei servizi pubblici locali dell’art. 23 bis d.l. n. 112 del 2008 : la Sezione, in proposito, con la decisione n. 640 del 7 febbraio 2012, ha ricordato che l’eccezione al divieto fatto agli affidatari diretti di partecipare alle gare riguardava le sole prime gare per l’affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello “specifico servizio già a loro affidato”). Ne consegue che neppure dall’art. 46-bis, comma 4 bis, d.l. n. 159/2007 può trarsi la legittimazione di Fiamma 2000 a partecipare alla gara in discussione in deroga all’art. 14, comma 5, d.lgs. n. 164.». Conclusione che non può che essere fatta propria dal Collegio anche nel caso di specie.

3.6. Quanto al motivo con cui si contesta che la società FIAMMA 2000 sia affidataria diretta del servizio di distribuzione del GPL presso il Comune di Sedilo, si debbono confermare le osservazioni svolte dalla Sezione in altre, recenti, occasioni; osservazioni, sulla base delle quali la Sezione ha concluso nel senso che si è trattato di un affidamento disposto a seguito di una procedura priva dei requisiti dell’evidenza pubblica (cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 ottobre 2010, n° 2293, punti 9 e 9.1., ai quali integralmente si rinvia, anche ai sensi dell’art. 74 del cod. proc. amm.).

Si tratta, dunque, di affidamento diretto che ricade nell’ambito del divieto di partecipazione previsto dall’art. 14, comma 5, cit., in applicazione del quale FIAMMA 2000 correttamente è stata esclusa dalla procedura di gara di cui trattasi.

4. Dalla accertata infondatezza dei motivi finora esaminati, dedotti in via principale dalla società ricorrente; e dal conseguente accertamento (nei limiti, ovviamente, dei vizi dedotti) della legittimità della sua esclusione, discende, altresì, l’improcedibilità del ricorso, per il sopravvenuto difetto di

interesse, nella parte in cui deduce (in via subordinata) l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla SIDIGAS per la violazione dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. n° 164/2000 cit. . Conclusione che deriva dall'applicazione al caso di specie dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

5. Il rigetto delle domande di annullamento comporta, inoltre, l'integrale rigetto delle domande risarcitorie e delle domande di inefficacia e di subentro nel contratto.

6. Il ricorso, in conclusione, deve essere integralmente respinto.

7. La disciplina delle spese segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente Fiamma 2000 S.p.A. al pagamento delle spese giudiziali all'amministrazione resistente Organismo di Bacino n. 5 e alla controinteressata Sidigas S.p.A., liquidate in euro 3.000,00 (tremila) per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/04/2013

IL SEGRETARIO

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