

N. 01173/2012REG.PROV.COLL.

N. 03338/2011 REG.RIC.

N. 03552/2011 REG.RIC.



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

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 3338 del 2011, proposto da:
Agsm Verona Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Marcello Clarich e Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Marcello Clarich in Roma, piazza del Popolo n. 18;

contro

Gritti Gas Rete Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Lanzalone, Marco Mazzearelli e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

Comune di Legnago, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Biondaro e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore n. 22;

sul ricorso numero di registro generale 3552 del 2011, proposto da:
Agsm Distribuzione Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Caia e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Gritti Gas Rete Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Lanzalone, Marco Mazzarelli e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

nei confronti di

Comune di Legnago, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Gattamelata e Luigi Biondaro, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

per la riforma

della sentenza breve del T.a.r. Veneto - Venezia: Sezione I n. 00399/2011, resa tra le parti, concernente APPROVAZIONE VERBALE DI GARA ED AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti, in relazione ad entrambi gli appelli, gli atti di costituzione in giudizio di Gritti Gas Rete Srl e di Comune di Legnago ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2011 il Cons. Eugenio Mele e uditi per le parti gli avvocati Carli, per delega dell'Avv. Clarich, Mazzarelli, Manzi, Sanino e Biondaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il primo dei due appelli indicati in epigrafe è proposto dalla AGSM Verona s.p.a. e si dirige contro la sentenza in forma semplificata, con la quale il Tribunale amministrativo regionale del Veneto ha accolto un ricorso ivi proposto dall'attuale controinteressata avverso l'aggiudicazione disposta a favore dell'AGSM Distribuzione s.p.a. dell'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Legnago, per il fatto che la medesima aggiudicataria non avrebbe potuto partecipare alla gara, per essere controllata da altra società (appunto AGSM Verona s.p.a.) affidataria di servizi pubblici locali anche diversi dalla distribuzione del gas.

L'appellante propone i seguenti motivi di appello:

Erroneità, illogicità, omessa, insufficiente, illogica e contraddittoria motivazione della sentenza, violazione del principio del contraddittorio, violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del d. lgs. n. 104 del 2010, nullità della sentenza per difetto di contraddittorio; in quanto il ricorso di prime cure è stato notificato a AGSM Distribuzione s.r.l. (inesistente) e non ad AGSM Distribuzione s.p.a.(aggiudicataria), non potendo al riguardo rinvenirsi alcun errore scusabile;

Erroneità, illogicità, omessa, insufficiente, contraddittoria e illogica motivazione della sentenza; violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 15 del d. lgs. n. 164 del 2000, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 41 Cost.; poiché la deroga alla partecipazione alle gare opera in regime transitorio per tutte quelle società affidatarie di servizi pubblici, e non soltanto, come opina il primo giudice, di servizi di distribuzione del gas ; sul punto si richiama una sentenza della Corte costituzionale (n. 413 del 2002), chiedendo in via subordinata, la trasmissione alla stessa Corte costituzionale della norma di cui all'art. 15, comma 10, del d.lgs. n. 164 del 2000 per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost.;

Rileva altresì l'appellante il contrasto dell'interpretazione fornita con la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee.

Oltre a ciò, l'appellante precisa che il d. lgs. n. 164 del 2000 è entrato in vigore il 21 giugno 2000 e a quella data AGSM Verona era già affidataria del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Verona, mentre le altre attività svolte dalla suddetta AGSM Verona non possono considerarsi servizi pubblici locali, salvo che per il servizio idrico (dove, però, AGSM detiene solo una partecipazione) e l'illuminazione pubblica (appalto revocato).

Gritti Gas Rete s.r.l. si costituisce in giudizio e resiste all'appello, chiedendone la reiezione e riproponendo i motivi assorbiti dal TAR.

Anche il Comune di Legnago si costituisce in giudizio, e chiede invece l'accoglimento dell'appello.

L'appellante presenta successive memorie illustrative, con le quali, oltre a dedurre sui motivi dichiarati assorbiti in primo grado, insiste per l'accoglimento dell'appello.

Con il secondo appello indicato in epigrafe, AGSM Distribuzione s.p.a. impugna la stessa sentenza prima indicata, formulando i seguenti motivi di gravame:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 14, comma 5, e dell'art. 15, comma 10, del d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164; in quanto AGSM Verona ha conseguito gli affidamenti dei servizi pubblici locali prima del d. lgs. n. 164 del 2000, derivando la stessa dalla trasformazione dell'Azienda speciale AGSM, con continuazione dell'attività precedente, mentre la deroga vale per gli affidatari di qualsiasi servizio pubblico.

Violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e legittimo affidamento; poiché l'interpretazione fornita dal primo giudice determina una evidente lesione al principio di libera concorrenza e dovrebbe incappare in rilievi di incostituzionalità, come peraltro si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 413 del 2002;

Violazione dei principi di libera iniziativa economica e di libertà di concorrenza; in quanto la interpretazione fornita dal primo giudice sull'efficacia della deroga limitata ai soggetti affidatari diretti soltanto della distribuzione del gas, determinerebbe l'esistenza di un numero esiguo di soggetti in grado di poter partecipare alle gare della specie;

Violazione del principio di continuità; venendo meno tale possibilità nel caso di mancata partecipazione alla gara;

Violazione del principio del contraddittorio; per essere stato notificato il ricorso di primo grado ad AGSM Distribuzione s.r.l. (inesistente) e non ad AGSM Distribuzione s.p.a.(aggiudicataria)

La controinteressata si costituisce in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello e riproponendo le censure assorbite dal TAR.

Il Comune di Legnago chiede invece l'accoglimento dell'appello.

L'appellante in memoria, insiste nelle proprie tesi e controdeduce a quelle avversarie.

Le due cause passano in decisione alla pubblica udienza del 20 dicembre 2011.

DIRITTO

1. I due ricorsi in appello indicati in epigrafe vanno riuniti ex art.96 comma 1 c.p.a. in quanto diretti avverso la stessa sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Veneto

Le censure proposte con i due appelli ancorchè diversamente articolate nella forma, sono sostanzialmente le stesse, per cui il loro esame può essere effettuato congiuntamente.

2.Appaiono, ciò premesso,infondati i motivi 1) del primo appello e 5) del secondo appello, relativi alla ritenuta errata notificazione del ricorso di primo grado, che è stata effettuata nei confronti di AGSM Distribuzione s.r.l. (non esistente) e non ad AGSM Distribuzione s.p.a.(effettiva aggiudicataria).

Condivisibile è in proposito l'argomentazione del giudice di primo grado, secondo cui l'eccezione *può essere superata per effetto dell'errore scusabile in cui è incorsa la ricorrente sulla base della nota proveniente dall'amministrazione, in risposta al preavviso di ricorso, ove è indicato "AGSM Distribuzione S.r.l.", nonché in considerazione del fatto che comunque la notifica è pervenuta all'indirizzo ove ha sede la contro interessata.*

Pertanto la AGSM Distribuzione (pur in presenza di un errato riferimento materiale ad una s.r.l., anziché ad una s.p.a. in sede di notificazione del ricorso) ben avrebbe potuto esercitare il proprio diritto di difesa avanti al TAR.

3. Nel merito il TAR ha accolto l'originario ricorso alla stregua della normativa richiamata dalle parti sull'oggetto di gravame: la illegittimità o meno della ammissione alla gara della AGSM Distribuzione s.p.a. in relazione agli artt.14 e 15 del d.lgs. n.164/2000).

Per quel che qui rileva, in via di principio l'art.14 prevede che :

1. 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 (comma 1).....

5. Alle gare di cui al comma 1 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 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. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico.

Rispetto a questa disciplina il successivo art.15 prevede un periodo di transizione, stabilendo che

5. Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle

attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso

In tale periodo ex art.15 comma 10:

I soggetti titolari degli affidamenti o delle concessioni di cui al comma 5 del presente articolo possono partecipare alle gare indette a norma dell'articolo 14, comma 1, senza limitazioni. Per i soggetti che devono essere costituiti o trasformati ai sensi dei commi 1, 2, e 3 del presente articolo, la partecipazione alle gare è consentita a partire dalla data dell'avvenuta costituzione o trasformazione.

Alla stregua della riportata normativa, il TAR ha osservato che

“il ricorso è fondato con riguardo, in via del tutto assorbente, al primo motivo di doglianza; invero, attese le considerazioni espresse dall'amministrazione in ordine alla possibilità di ammettere la partecipazione in deroga, le norme richiamate non risultano essere state interpretate correttamente;

ciò in quanto è necessario leggere in combinato disposto sia l'art. 14, comma 5 che l'art. 15 comma 5 nonché comma 10 del D.lgs. 164/2000;

infatti, in base all'art.14, comma 5 alle gare di cui al comma 1 (ossia alle gare per l'affidamento dei servizio di distribuzione del gas) sono ammesse alla partecipazione, senza limitazioni territoriali, le società ivi richiamate, con la sola esclusione delle società, loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o a seguito di procedura non ad evidenza pubblica;

è altresì vero che in base alla deroga di cui comma 10 dell'art. 15 i titolari degli affidamenti o delle concessioni di cui al comma 5 del medesimo articolo possono partecipare, senza limitazioni, alle gare di cui al comma 1 dell'art. 14;

ciò premesso, va in primo luogo osservato come, in quest' ottica, sia riconducibile quanto statuito nella sentenza della Corte Costituzionale richiamata dall'amministrazione resistente, nonché

dalla controinteressata, ossia nel senso di assicurare un regime transitorio (o più realisticamente di transizione), consentendo, nel rispetto dei principi di eguaglianza e di libera iniziativa economica così come contemplati dagli artt. 3 e 41 della Costituzione, un progressivo passaggio dal vecchio sistema (che consentiva affidamenti senza gare) a quello nuovo (implicante selezioni pubbliche per la scelta dell'affidatario);

orbene, ciò premesso, è necessario rilevare tuttavia che le società richiamate dal comma 5 dell'art. 15 (ossia quelle che possono partecipare comunque alle nuove gare) risultano essere quelle che gestiscono l'attività di distribuzione del gas, ossia attuali gestori, anche per effetto di proroghe, del servizio;

il che porta a ritenere che detta deroga non possa valere laddove il soggetto partecipante (o una sua controllata o controllante, come nel caso di specie) risulti essere gestore di servizi diversi da quello della distribuzione del gas (come dimostrato per la situazione della contro interessata);

che pertanto, non operando nel caso specifico le condizioni soggettive ed oggettive per la concessione della deroga, la controinteressata non poteva essere ammessa alla gara de qua, trovandosi proprio per effetto degli affidamenti ottenuti di altri servizi pubblici, in una situazione di vantaggio che il legislatore, in termini generali, escluse le specifiche deroghe sopra richiamate, ha ritenuto di contenere nel rispetto della par condicio;

per tali ragioni il ricorso va accolto, con tutte le conseguenze in ordine all'esito della gara, tenuto conto del fatto che, per effetto della misura cautelare concessa inaudita altera parte, il contratto non risulta essere stato ancora sottoscritto”:

Tali argomentazioni sono condivisibili.

Vanno quindi disattese le censure contenute nel secondo motivo del primo appello e nel primo motivo del secondo appello, laddove si afferma che la normativa transitoria si applicherebbe non solo alle società affidatarie dirette del servizio di distribuzione del gas, ma a tutte le società che svolgono anche attività di gestione di altri servizi pubblici.

Il rilievo del Tar trova anzitutto sostegno in una interpretazione letterale del dato normativo.

La deroga in questo senso riguarda l'ammissione, in fase di transizione, alle gare ex art. 14 comma 1 dei titolari di attività di distribuzione del gas , sulla base di affidamenti e di concessioni in essere alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 164/2000. In questo contesto la deroga appare destinata solo a consentire agli attuali gestori di settore di partecipare alle gare pubbliche, ove la detta titolarità sia stata comunque conseguita, anche al di fuori di una gara pubblica. In questa prospettiva, l'art.15 comma 10 ha delimitato il perimetro soggettivo della deroga : il che, come rilevato dal TAR, porta a ritenere che la deroga non possa valere laddove il soggetto partecipante (o una sua controllata o controllante) risulti essere gestore di servizi diversi da quello della distribuzione del gas .

Per il criterio restrittivo della interpretazione di norme derogatorie in questo perimetro va racchiuso l'inciso, del tutto generico, "senza limitazioni" contenuto nell'art.15 comma 10 e, tra l'altro, non correlato in modo testuale all'art.14 comma 5.

Esattamente la ricorrente di primo grado (odierna resistente) ha osservato che l'art.15 comma 10 mira solo a non estromettere i titolari delle vecchie concessioni del gas, non a favorire i diretti affidatari di molteplici servizi pubblici locali, diversi ed ulteriori rispetto alla distribuzione del metano; scopo dell'art.15 non è quello di consolidare posizioni di privilegio dei titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici, consentendo ampliamenti di mercato per le imprese operanti nei servizi pubblici locali, bensì solo quello di accompagnare gli operatori del gas naturale nella transizione verso la piena affermazione del modello competitivo.

La "ratio" è quella, che appare coerente con i principi comunitari e costituzionali , di consentire un passaggio graduale in via transitoria, dal vecchio al nuovo sistema, per tutelare il mercato del gas, così come esso si era formato in precedenza .

Pertanto, se questa è la “ratio” della norma, è evidente che la deroga non può che riguardare esclusivamente quelle società che avevano ottenuto l’affidamento senza gara del solo servizio di distribuzione del gas; la deroga quindi non opera, per quel che qui rileva, se il gestore è controllato o controllante di società affidataria diretta di altri servizi pubblici locali (cfr. sul punto C.S., V, 8 ottobre 2011, n.5495).

Ciò comporta, conseguentemente, anche la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, in quanto il passaggio graduale da un sistema ad un altro, in sede di normativa di transizione, è stato assolto dal legislatore proprio con il meccanismo discrezionale sopra individuato rispetto al quale non emergono lesioni ai principi della concorrenza e della libera iniziativa economica, ma sono individuabili equilibrati contemperamenti tra le diverse esigenze interferenti nel settore del gas nel periodo transitorio.

Sostengono ancora le appellanti che in realtà AGSM Verona s.p.a. non gestiva servizi pubblici locali, diversi dalla distribuzione del gas. Non opererebbero dunque le limitazioni di cui all’art.14 comma 5 (ove pure ritenute incidenti nel caso di specie). Non sarebbero tali quelli menzionati dalla ricorrente in primo grado.

Questa segnalava che AGSM Verona s.p.a. (controllante al 99% di AGSM Distribuzione s.p.a. e , a sua volta, partecipata integralmente dal Comune di Verona), aveva ottenuto senza gara la gestione dei seguenti servizi da cui conseguiva ingenti ricavi:

- servizio idrico integrato (cfr. delibera della Giunta comunale di Verona 31 ottobre 2001, n.318), poi trasferito ad Acque Veronesi s.c.a.r.l. (di cui AGSM Verona è di gran lunga il primo socio)
- teleriscaldamento per la durata di trentanni (cfr. delibera della Giunta comunale di Verona 29 dicembre 2000 n. 747);
- illuminazione pubblica per la durata di dieci anni (cfr. delibera della Giunta comunale di Verona 30 aprile 2002 n. 142);

- gestione impianti tecnologici (cfr. delibera della Giunta comunale di Verona 27 dicembre 2007, n. 549);
- connettività territoriale per la durata di anni otto, con particolare riguardo alla gestione del sistema di controllo dei varchi di ingresso nella area “ztl” del centro storico e dei semafori “intelligenti” (cfr. delibera della Giunta comunale di Verona 15 ottobre 2008, n.359).

L' AGSM contesta la rilevanza dell' assunto, sottolineando tra l'altro che tali attività non sono in gran parte riconducibili all'ambito dei servizi pubblici locali e che trattasi piuttosto di società strumentali (teleriscaldamento, gestione impianti tecnologici, connettività territoriale). Ha inoltre affermato che quanto al servizio idrico integrato, pur configurando un servizio pubblico, lo stesso è svolto fin dall'anno 2006 dalla società Acque Veronesi scarl tanto è vero che AGSM Verona potrà mantenere la propria partecipazione anche in relazione a future gare indette a regime nel settore del gas.

Quanto alla illuminazione pubblica, essa, si sostiene, è servizio di incerta qualificazione (l'appellante propende per la figura della società strumentale) ed è stato già revocato.

Osserva il Collegio che , per quanto sopra detto, è sufficiente che vi sia in capo alla controllante, come nella specie, almeno un servizio diverso dalla distribuzione del gas, al momento della partecipazione alla gara, per determinare l'esclusione dell'offerta della controllata.

Non sembra poi dubbio che l'illuminazione pubblica abbia le caratteristiche del servizio pubblico locale (cfr. C.S., V, 25 novembre 2010, n. 8231) e che non è rilevante la sua revoca in quanto operante successivamente alla gara.

Va aggiunto in via generale, che alla stregua degli atti depositati in giudizio sembra comunque prevalere una missione della controllante diretta al pubblico (si v. in particolare anche il servizio di teleriscaldamento) e qualificata come servizio

pubblico locale dalla stessa amministrazione comunale nelle delibere giuntali sopra citate.

Ugualmente infondato è da ritenersi, poi, (in particolare) il quarto motivo del secondo appello, in ordine alla questione che, così individuata la norma come interpretata dal primo giudice, verrebbe meno la continuità nella gestione del servizio.

A prescindere, infatti, che la continuità del servizio è auspicabile in ogni caso, ma non può ritenersi per nulla un principio giuridico superiore a quello della evidenza pubblica nella aggiudicazione di un servizio, la stessa continuità è tutelata dalla normativa di transizione nei limiti prima indicati, ma non può ritenersi valore giuridico assoluto, al di là dell'effetto ad essa dato dalla normativa di cui all'art. 15 del decreto legislativo n.164 del 2000.

I due appelli riuniti, assorbita ogni ulteriore questione, vanno, pertanto, rigettati, anche se le spese del grado di giudizio, in considerazione della particolarità della vicenda contenziosa, possono essere integralmente compensate fra le parti in lite.

P.Q.M.

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

Riunisce gli appelli;

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 20 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2012

IL SEGRETARIO

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