



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 1078 del 2008, proposto da:
Gruppo Gea Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio
eletto presso Mauro Ballerini in Brescia, v.le Stazione, 37 (Fax=030/46565);

contro

So.L.E.A. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Ivo Formigaro, con domicilio eletto
presso Dario Meini in Brescia, borgo Wuhrer, 81 (Fax=030/3364979);

nei confronti di

Linea Piu' Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Ferrari, con domicilio
eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Malta, 12;

per l'annullamento, previa sospensione,

del provvedimento con il quale la SO.L.E.A. S.r.l. ha pronunciato la decadenza del
Gruppo Gea dalla aggiudicazione della gara indetta per la cessione di contratti di
vendita del gas naturale ai clienti finali residenti nel Comune di Sospiro e la sua
esclusione dalla gara medesima;

del conseguente provvedimento di aggiudicazione dei contratti nei confronti della
Linea Più S.r.l. e dell'eventuale conseguente contratto di cessione;

di ogni atto preordinato, presupposto, connesso o conseguente, ivi compresi, per
quanto occorrer possa, il bando di gara e gli allegati;

nonché per la condanna

della SO.L.E.A. S.r.l. al risarcimento del danno;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di So.L.E.A. Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Linea Piu' Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29/04/2009 il dott. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La SO.L.E.A. S.r.l. (d'ora in avanti soltanto "Solea"), società controllata per la maggioranza del capitale dal Comune di Sospiro (cfr. ricorso introduttivo, p. 2: il fatto è pacifico in causa), indiceva gara a pubblica evidenza con il criterio della migliore offerta in aumento per la cessione del ramo di attività relativo alla vendita del gas metano ai clienti finali, prevedendo fra l'altro nel bando del 18 luglio 2008 e nella relativa lettera di invito che l'impresa affidataria dovesse "garantire l'uso di un sistema di fatturazione in linea con quanto disposto dall'Autorità garante dell'energia elettrica e del gas" nonché di "prendere atto dell'obbligo di svolgere l'attività di vendita nell'osservanza di tutte le norme vigenti" emesse dalla predetta Autorità (cfr. doc. ti 3 e 4 resistente, copie del bando e del modello di istanza di partecipazione; l'obbligo di redigere l'istanza stessa secondo il modello è previsto in modo espresso all' art. 9 quarto paragrafo lettera a) del bando; gli impegni di cui alle citazioni sono previsti alle lettere m) e s) del modello).

Di conseguenza, nella seduta del 21 settembre 2008, la Solea, per mezzo della commissione di gara, individuava come aggiudicataria provvisoria la odierna ricorrente Gruppo Gea, procedendo di seguito a verificarne i necessari requisiti di idoneità per pronunciare a suo vantaggio l'aggiudicazione definitiva; nel far ciò, peraltro, veniva a conoscenza che la stessa Gruppo Gea era stata destinataria di un

provvedimento da parte dell'Autorità garante di settore sopra citata, consistente in una deliberazione del 7 agosto 2008, nella quale in sintesi l'Autorità dichiara di aver accertato che la Gruppo Gea da un lato aveva emesso bollette per forniture ad uso domestico non conformi ai criteri della stessa Autorità, dall'altro non aveva garantito ai clienti finali la necessaria trasparenza sull'identità "del soggetto utente del trasporto e del dispacciamento per il punto di prelievo", e di conseguenza ordina alla stessa Gruppo Gea di cessare da dette condotte e di fornire chiarimenti ritenuti necessari, a pena di possibili sanzioni (cfr. doc. ti 1 e 4 ricorrente, copia provvedimento impugnato, di cui appresso, e copia provvedimento dell'Autorità garante).

Per tale ragione, nella seduta di consiglio di amministrazione del successivo 22 settembre e nel conforme provvedimento del 26 settembre 2008, la Solea deliberava di non voler procedere all'aggiudicazione definitiva, ed anzi di dichiarare la Gruppo Gea decaduta dall'aggiudicazione provvisoria, ritenendo che essa, in base ai dati sopra accertati dall'Autorità, non garantisse un regolare sistema di fatturazione, in difformità da quanto richiesto dalle suddette prescrizioni del bando (cfr. doc. 11 resistente, copia verbale del c.d.a. citato; doc. 1 ricorrente, copia provvedimento impugnato); provvedeva quindi da ultimo ad aggiudicare la gara alla Linea Più odierna controinteressata (doc. 2 controinteressata, copia comunicazione relativa).

Avverso i descritti provvedimenti di decadenza e di aggiudicazione alla controinteressata, ha proposto impugnazione la Gruppo Gea, con ricorso articolato in quattro censure, riconducibili secondo logica ai seguenti tre motivi:

- con il primo motivo, corrispondente alla prima censura alle pp. 6-8 del ricorso, deduce violazione dell'art. 7 della l. 241/1990, per esser stata la decadenza dalla aggiudicazione pronunciata senza previo avviso di inizio del relativo procedimento;
- con il secondo motivo, corrispondente alle censure seconda e quarta alle pp. 8-13 e 16-17 del ricorso, deduce violazione degli articoli 11 comma 8 del codice dei contratti e 43 e ss. del D.P.R. 445/2000, nella parte in cui subordinano l'aggiudicazione definitiva di una gara alla verifica della sussistenza dei requisiti prescritti in capo all'aggiudicatario provvisorio. Assume infatti la ricorrente di non poter essere considerata carente di detti requisiti, atteso che da un lato il bando di gara, nel prevedere una garanzia di rispetto delle norme dettate dall'Autorità avrebbe a suo avviso previsto non già un requisito di partecipazione, comunque dettato non a pena di esclusione, ma un impegno vincolante per la fase esecutiva del contratto, e che dall'altro lato i fatti storici, non contestati come tali, dal provvedimento dell'Autorità potevano rilevare solo sotto tale profilo esecutivo;

- con il terzo motivo, corrispondente alla terza censura alle pp. 14-16 del ricorso, deduce ulteriore violazione dell'art. 38 del codice dei contratti, non essendo a suo avviso i fatti oggetto del provvedimento dell'Autorità tanto gravi da giustificare comunque la pronunciata decadenza per inaffidabilità dell'aggiudicatario.

Si è costituita la Solea con memorie 20 novembre 2008 e 22 aprile 2009, ed ha chiesto che il ricorso sia respinto; deduceva in merito che la garanzia di rispetto della normativa dell'Autorità di settore andava intesa invece come requisito attuale di partecipazione, e che essa doveva ritenersi invece incompatibile con le violazioni accertate nel provvedimento di cui si è detto, essendo oltretutto (fatto non contestato) la relativa istruttoria compiuta dall'Autorità per decidere se irrogare sanzioni ancora in corso; deduceva ancora, ai fini particolari di veder respinta la domanda di risarcimento, che la Gruppo Gea, pur avendo ottenuto nei termini di cui appresso la sospensione dei provvedimenti impugnati, aveva dichiarato di non poter rilevare il servizio oggetto di cessione e in fatto non vi aveva proceduto (doc. 6 resistente, copia lettera Gruppo Gea in merito).

Si costituiva altresì la controinteressata Linea Più, che nelle memorie 20 novembre 2008 e 21 aprile 2009 faceva proprie le argomentazioni della resistente; con atto depositato il 26 novembre 2008 dispiegava altresì ricorso incidentale, sostenendo in tal sede che la ricorrente si sarebbe dovuta escludere dalla gara già dall'inizio, e chiedendo quindi la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

La Sezione, con ordinanza 6 giugno 2006 n°996, respingeva l'istanza cautelare, peraltro accolta con successiva ordinanza C.d.S. sezione V 9 gennaio 2009 n°148; all'udienza del giorno 29 aprile 2009 tratteneva poi il ricorso in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e va respinto, per le ragioni di seguito precisate, mentre sulla scorta dell'insegnamento di C.d.S. a.p. 10 novembre 2008 n°11 la infondatezza del ricorso principale esime dall'affrontare il ricorso incidentale

1. Preliminare all'esame del primo motivo, attinente al mancato avviso, ritenuto necessario, dell'avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione in favore della Gruppo Gea, è l'esatta qualificazione del provvedimento annullato, che ad avviso del Collegio va ritenuto una aggiudicazione provvisoria. La ricorrente – com'è ovvio in assoluta buona fede – ha fatto riferimento al testo del provvedimento impugnato così come pervenutole, che parla alla lettera di “decadenza” dalla “aggiudicazione definitiva” così come deliberata in una seduta del consiglio di amministrazione della resistente il “24 settembre 2008” (doc. 2 resistente, copia provvedimento impugnato), e adopera con ciò una terminologia all'evidenza imprecisa, perché di decadenza dall'aggiudicazione si ragiona con

riguardo ad una aggiudicazione valida della quale non si siano rispettate le condizioni, tipicamente per non aver costituito le garanzie imposte. E' quindi già in tali termini verosimile quanto dichiarato dalla resistente in udienza tramite il proprio difensore, ovvero che il provvedimento in questione conteneva errori materiali, perché in luogo di aggiudicazione definitiva si sarebbe dovuto scrivere "provvisoria" e in luogo di seduta del 24 settembre si sarebbe dovuto scrivere "22 settembre". La ricorrente poi a sostegno ha prodotto (doc. 11 resistente, cit.) copia di un verbale del consiglio di amministrazione appunto del 22 settembre, nel quale si dà conto del dibattito apertosi fra gli amministratori sulla gara in parola, e si fa continuo e univoco riferimento ad una gara aggiudicata in via provvisoria, per la quale si delibera, come poi fatto, di non aggiudicare in via definitiva alla ricorrente. La genuinità di detto verbale, per vero, non è stata contestata da alcuno, ed il suo contenuto è compatibile con un'unica ricostruzione, ovvero che di aggiudicazione provvisoria effettivamente si trattasse.

2. Ciò posto, il primo motivo di ricorso è infondato, perché come ritenuto in giurisprudenza, si cita in massima come ultima in ordine di tempo TAR Valle d'Aosta 10 ottobre 2007 n°123, "non sussiste l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di atto endoprocedimentale rispetto al quale l'aggiudicatario può vantare una mera aspettativa alla conclusione del procedimento e non già una posizione giuridica qualificata".

3. Anche per esaminare il secondo motivo di ricorso è necessario un rilievo preliminare, concernente l'esatta qualificazione giuridica della parte del bando in cui, come riportato in narrativa, si richiedeva ad ogni concorrente di "garantire l'uso di un sistema di fatturazione in linea con quanto disposto dall'Autorità garante dell'energia elettrica e del gas" nonché di "prendere atto dell'obbligo di svolgere l'attività di vendita nell'osservanza di tutte le norme vigenti" emesse dalla predetta Autorità (cfr. doc. ti 3 e 4 resistente, citati). Secondo la resistente, si tratterebbe di veri e propri requisiti di partecipazione, mentre secondo la ricorrente si tratterebbe – al più- di impegni di esecuzione corretta del contratto, in nessun modo concernenti la possibilità stessa di concluderlo.

4. Per stabilire quale sia la soluzione da seguire, è necessaria una corretta interpretazione del bando, da condursi secondo costante giurisprudenza – per tutte C.d.S. sez. V 10 gennaio 2007 n°37- in primo luogo alla luce delle norme degli artt. 1362 e ss. c.c., che sono dettate per i contratti, ma esprimono principi logici del tutto generali. Nel caso presente, quindi, occorre ricordare che il contratto da aggiudicare con la gara per cui è causa aveva per oggetto, alla lettera, la "cessione del ramo di attività relativo alla vendita del gas metano ai clienti finali" (doc. 3 ricorrente, copia bando), e non, come statisticamente più frequente, la gestione del

servizio di distribuzione: si tratta quindi inequivocabilmente non di un contratto di durata come l'appalto di servizi, ma di un contratto ad esecuzione istantanea, assimilabile alla vendita di un ramo di azienda, come si ricava anche dal fatto che il corrispettivo è commisurato al numero di contratti di fornitura trasferiti, ovvero al portafoglio clienti in concreto acquisito dall'acquirente.

5. Ciò posto, trovano applicazione gli artt. 1367 e 1369 del codice civile, per cui il testo contrattuale va inteso nel senso in cui possa avere qualche effetto, e non in senso che non ne abbia alcuno, e va inteso comunque in modo coerente con la natura e l'oggetto del contratto. Infatti, in un contratto ad esecuzione istantanea come la vendita, dopo che il passaggio della titolarità del diritto ceduto ha avuto luogo di regola impegni esecutivi non ne residuano, e quindi un impegno a garantire nei confronti dei clienti facenti parte del portafoglio ceduto un dato comportamento non ha significato alcuno, non essendovi verso il cedente alcun impegno a gestire nel tempo un servizio da rendere a terzi secondo certi livelli qualitativi. In altre parole, ceduti che avesse i propri clienti, la Solea non avrebbe più avuto diritto di parola sul trattamento loro riservato dal cessionario. Un simile impegno potrebbe essere il risultato di un contratto atipico, in cui alla cessione si aggiungesse un impegno, con effetti protettivi, a favore dei terzi, ovvero dei clienti ceduti, ma una clausola siffatta non trova alcun riscontro nel bando di gara, e per vero nessuna delle parti ne ha affermato l'esistenza, che certo non può presumersi trattandosi di impegno ulteriore non imposto dalla legge. Per evitare una interpretazione abrogatrice della clausola contrattuale in esame, è quindi necessario costruirla come requisito di partecipazione, espressivo di una volontà di Solea di cedere solo a una controparte dotata di certi requisiti di affidabilità e correttezza commerciale.

6. La clausola in questione deve poi ritenersi prevista a pena di esclusione pur nel silenzio del bando, perché secondo costante insegnamento giurisprudenziale, per tutte si citano C.d.S. sez. IV 9 dicembre 2002 n°6675 e sez. V 4 aprile 2002 n°1857, sono tali tutte le clausole che, pur non sanzionate in modo espresso, presidiano un particolare interesse dell'amministrazione che indice la gara. Nel caso di specie, infatti, risponde certo ad un interesse di particolare intensità l'intento di contrattare solo con soggetti commercialmente affidabili. Si deve pensare che la Solea è una controllata del Comune di Sospiro, e che cedere un attività prima svolta dal settore pubblico a soggetti privati che si rivelino inaffidabili si risolve per comune esperienza in un grosso danno di immagine, ed anche in una perdita di consenso politico, per l'amministrazione che si determini in tal senso.

7. Tutto ciò posto, il secondo motivo è infondato, perché l'amministrazione, ad avviso del Collegio, nell'annullare l'aggiudicazione provvisoria ha correttamente

ritenuto che la Gea mancasse dei requisiti richiesti di cui si è detto in ragione del provvedimento dell'Autorità di controllo del quale si è detto in narrativa. Il provvedimento in parola, come si ricava da una sua attenta lettura, è stato adottato in contraddittorio con l'interessata, che è stata ammessa a presentare le proprie controdeduzioni nel procedimento, e in sintesi le muove due distinti rilievi (doc. 4 ricorrente, copia provvedimento in parola).

8. Il primo, come detto in narrativa, consiste nell'aver emesso bollette per forniture ad uso domestico non conformi ai criteri della stessa Autorità, e all'evidenza concerne la non utilizzazione di un modello tipo, non già uno o più errori di calcolo; rileva quindi per ciò solo, a prescindere dal numero di bollette irregolari in concreto emesse. L'esatta portata della violazione per un cliente finale si comprende ricordando che l'uniformità del modello delle bollette da emettere è imposta per consentire la concorrenza di mercato: confrontando la propria bolletta con quella di parenti, amici o conoscenti che si servono da un altro operatore ciascuno di noi, anche non particolarmente esperto, è in grado di scoprire quale sia l'offerta più conveniente. Ciò invece non è più possibile se gli operatori utilizzano modelli tipo diversi fra loro: si nega in radice, o per lo meno si rende più difficile quella possibilità di concorrenza per la quale la pluralità di operatori esiste, perché individuare l'offerta più conveniente richiede calcoli, anche laboriosi.

9. Il secondo rilievo, che come in premesse si è riassunto nel non aver garantito ai clienti finali la necessaria trasparenza sull'identità "del soggetto utente del trasporto e del dispacciamento per il punto di prelievo" (cfr. sempre doc. 4 ricorrente), richiede qualche spiegazione ulteriore. Com'è noto, alla apertura della concorrenza del mercato del gas e dell'energia elettrica si sono aggiunte misure volte a garantire un prezzo controllato delle forniture per i clienti dotati di minore capacità contrattuale, in sintesi privati consumatori e aziende minime, che fino a determinati limiti di consumo beneficiano di una sorta di tariffa sociale. Presupposto per fruire di tale tariffa, ovviamente, è che il cliente protetto sia identificabile come tale, ovvero in parole semplici che a lui sia intestato il punto di prelievo, in linguaggio comune il contatore. Nel caso di specie era però accaduto che la Gea, nel quadro di particolari sue offerte commerciali destinate proprio a tali clienti di fascia sociale, aveva proceduto a intestare a sé stessa i contatori di costoro. Ciò non è ovviamente consentito, perché la Gea come tale non è certo un privato o un'azienda minima, e quindi non può beneficiare della tariffa agevolata, ma anche perché è potenziale fonte di confusioni o disagi. Secondo logica, è infatti possibile che il consumatore finale, il cui contatore sia stato intestato alla Gea, si rivolga, ad esempio, al gestore di rete per lamentare un disservizio e si senta rispondere che intestata a lui non risulta alcuna utenza.

10. Tali violazioni vanno poi viste nel particolare contesto nel quale sono state commesse, ovvero quello dei servizi a contatore, che è essenziale per la vita di ogni giorno richiede un considerevole grado di fiducia negli operatori, dato che i clienti finali di regola non possono controllare la veridicità dei dati in base ai quali il fornitore richiede i pagamenti, e devono quindi confidare nella sua correttezza. Il Collegio ritiene quindi di doversi motivatamente discostare dal contrario avviso espresso in sede di appello cautelare, e di affermare che si tratta di violazioni di una certa gravità, dalle quali l'intimata ha correttamente inferito che la Gruppo Gea non avesse i requisiti di gara.

11. Il terzo motivo di ricorso è da ultimo a sua volta infondato, perché nei termini appena esposti l'aggiudicazione è stata annullata per mancanza di requisiti; non vengono invece in considerazione errori professionali della ricorrente che ne avessero determinato la decadenza.

12. L'infondatezza del ricorso per annullamento comporta che vada respinta anche la domanda risarcitoria, mentre le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Condanna la Gruppo Gea S.p.a. a rifondere alla SO.L.E.A. S.r.l. e alla Linea Più S.p.a. le spese del giudizio, spese che liquida in € 5.000 (cinquemila) per ciascuna parte, oltre IVA e CPA di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 29/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO