



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 597 del 2011, proposto da:
Condotte Nord Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Cocco ed Errico
Serra, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, Via Cipro n. 44;

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;

nei confronti di

Coop. Pomilia Gas Scrl, rappresentata e difesa dagli avv. Enrico Soprano ed
Eduardo Riccio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Michela Borra in
Brescia, Via Solferino n. 23;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE IN DATA 22/3/2011 N. 37, RECANTE
L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA

DELLA GARA PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE;

- DEL VERBALE DI AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DEL 15/2/2011;
- DELLA NOTA 29/3/2011;
- DEL CONTRATTO DI SERVIZIO SOTTOSCRITTO IL 14/4/2011;
- DEL BANDO E DELLA LETTERA D'INVITO;
- DI OGNI ALTRO ATTO PRESUPPOSTO, CONNESSO E CONSEGUENTE;

e per la condanna

- AL RISARCIMENTO DEL DANNO PATTO, IN FORMA SPECIFICA O PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Almenno San Bartolomeo e di Coop. Pomilia Gas Scrl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2012 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza parziale n. 1673/2011 questo Tribunale ha disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva e degli altri atti presupposti impugnati, e ha respinto la domanda di dichiarazione d'inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata, accogliendo tuttavia l'istanza di risarcimento del danno per perdita di chance per l'importo di € 16.000, oltre a rivalutazione ed interessi.

La Sezione ha quindi dato impulso al procedimento di applicazione della sanzione alternativa formulando la proposta di riduzione della durata contrattuale nella misura del 50%. In particolare ha così stabilito:

“10.2 L'applicazione delle predette sanzioni deve avvenire secondo quanto disposto dagli artt. 121 comma 4 e 123. In base a questi ultimi quando, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace il giudice dispone (in via alternativa o cumulativa) il pagamento di una sanzione pecuniaria da versare al bilancio dello Stato di importo compreso tra lo 0,5% ed il 5% del valore del contratto e/o la riduzione della durata del medesimo (da un minimo del 10% al massimo del 50% della durata residua). Le misura devono essere determinate “in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione” (art. 123 comma 2).

Alla luce della posizione espressa dalla Società ricorrente – che ha comunque chiesto di dichiarare l'inefficacia del contratto e dunque ha manifestato l'interesse a concorrere ad un nuovo confronto comparativo – e della congrua estensione temporale della concessione (12 anni), il Tribunale ritiene di proporre la riduzione della durata del contratto nella misura massima indicata dall'art. 123 primo comma – lett. b) del Codice, ossia il 50% (cinquanta per cento) del periodo residuo alla data di pubblicazione del dispositivo. Non si ritiene viceversa di irrogare anche la sanzione pecuniaria – di natura prettamente afflittiva – alla luce degli eventi pregressi evocati dal Comune, caratterizzati da una prolungata gestione in via di fatto del servizio, che da numerosi anni impedisce l'affidamento a condizioni economiche decisamente appetibili per l'Ente concedente: detta circostanza attenua il disvalore dell'illegittima condotta del Comune.

10.3 Il giudice amministrativo applica in concreto le sanzioni “assicurando il rispetto del principio del contraddittorio” ed applicando l’art. 73 comma 3 del Codice. L’adattamento di dette previsioni alla fattispecie impone al giudice di indicare – prima di adottare la decisione definitiva – la misura alternativa che ritiene applicabile, invitando tutte le parti ad esprimere le proprie posizioni sulla proposta. In buona sostanza sul tipo e sulla misura della sanzione che il Collegio ritiene congrua (già indicata al paragrafo precedente, ossia il 50% della durata contrattuale) le parti possono interloquire nel termine di 45 giorni dalla data di deposito di questa sentenza, e per la statuizione definitiva il Collegio rinvia ad ulteriore udienza pubblica da tenersi nella data fissata nel dispositivo”.

La trattazione della causa è stata rinviata all’udienza pubblica del 14 marzo 2012.

Le parti hanno depositato memorie per illustrare le rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 14 marzo 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La prosecuzione del gravame si focalizza sulla determinazione della specie e dell’entità della sanzione alternativa.

1. Deve ritenersi preclusa al Tribunale la possibilità, in questa sede, di rivisitare e rimeditare le ulteriori statuizioni racchiuse nella sentenza non definitiva n. 1673/2011, e riguardanti in particolare l’accoglimento della domanda di annullamento (per i profili indicati), la reiezione dell’istanza di dichiarazione di inefficacia del contratto e l’accoglimento della domanda risarcitoria (per perdita di chance) nella misura stabilita. Le parti coinvolte – ed in particolare la ricorrente e la controinteressata – hanno avanzato critiche alle conclusioni raggiunte da questa Sezione, la quale tuttavia non può esprimersi sul thema decidendum già vagliato e deciso per non incorrere nella violazione del ne bis in idem: le vicende evocate sono state puntualmente affrontate nella porzione di sentenza definitiva emessa, e

rispetto alle stesse resta (unicamente) aperta l'opzione dell'appello al Consiglio di Stato (a tal proposito Condotte Nord ha già avanzato formale riserva di appello).

2. La materia del contendere ancora pendente è circoscritta, dunque, alla specie e all'entità delle sanzioni alternative da irrogare.

2.1 Non coglie nel segno, sul punto, l'obiezione della controinteressata circa l'inapplicabilità del termine di "stand still" alle concessioni di servizi (e quindi alla procedura in esame di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale). L'art. 11 comma 10 del D. Lgs. 163/2006 trova ingresso per tutte le procedure di affidamento dei contratti pubblici (cfr. rubrica della disposizione e art. 1 del Codice), tenuto conto di quanto dispone l'art. 3 comma 36 ai sensi del quale "Le «procedure di affidamento» e l'«affidamento» comprendono sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee".

Né può sottacersi che l'uniforme operatività di prescrizioni che garantiscono adeguata tutela ai concorrenti di una selezione ad evidenza pubblica è coerente con i principi enucleati all'art. 2 comma 1 del Codice dei contratti, per cui "L'affidamento ... di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve ... svolgersi nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione ...". Osserva poi il Collegio che la scelta del concessionario di un servizio deve in ogni caso avvenire "nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, .." (cfr. art. 30 del D. Lgs. 163/2006) e l'art. 11 del Codice è collocato nel titolo I recante principi e disposizioni comuni a tutti i contratti pubblici.

2.2 Non è neppure condivisibile l'obiezione sull'assenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione alternativa, e sul punto è sufficiente rinviare a quanto diffusamente argomentato nella sentenza non definitiva (cfr. paragrafo 10).

3. Nel merito questo Collegio ritiene di confermare l'ipotesi della riduzione del contratto nella misura individuata con la pronuncia n. 1673/2011.

3.1 Non rileva anzitutto la buona fede invocata dal Comune con il richiamo al cd. "overruling". In disparte ogni altra considerazione, il revirement del Tribunale rispetto a quanto sommariamente evidenziato in sede cautelare coinvolge la definizione delle censure finalizzate all'annullamento dell'aggiudicazione e al soddisfacimento della pretesa risarcitoria (in forma specifica ovvero per equivalente), ma non interferisce in alcun modo sulla condotta assunta in violazione di un puntuale obbligo giuridico: tale è quello che fissa il termine dilatorio di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, durante i quali è inibita la stipulazione del contratto.

3.2 Il Comune sostiene altresì che, dopo aver trasmesso l'informativa dell'intenzione di promuovere l'azione in sede giurisdizionale, la ricorrente non ha atteso alcun riscontro da parte del Comune ma ha immediatamente proposto ricorso, dando implicitamente conto dell'assenza di una lesione al diritto di difesa. Al riguardo si può replicare che la direttiva 2007/66/CE stabilisce che le violazioni del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica (cd. stand still procedimentale e processuale) sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, e l'inosservanza deve essere accompagnata da sanzioni effettive (punto 18). Si deve infatti tenere conto che se "La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere" (punto 14), tuttavia l'aspirazione a far dichiarare l'inefficacia del contratto (quando i vizi come nella fattispecie non abbiano influito sulla possibilità

dell'offerente di ottenere l'aggiudicazione) resta insoddisfatta a causa di tale condotta negligente (cfr. art. 121 del Codice del processo). Il vulnus in definitiva non è soltanto arrecato al diritto di difesa ma colpisce altresì la pretesa ad una riparazione piena, che poteva estrinsecarsi nella ripetizione della gara (e in una nuova chance di vittoria), che l'ordinamento nega – optando per un risarcimento pecuniario – nel privilegiare l'interesse pubblico, in questo caso correlato alla continuità dell'erogazione di un servizio essenziale per la collettività.

3.3 A fronte di una violazione oggettivamente grave (e normativamente qualificata come tale) del tutto irrilevante è inoltre il paventato rischio di insolvenza per la precaria situazione finanziaria del Comune, chiamato a corrispondere oltre € 2.500.000 secondo quanto disposto dal lodo arbitrale intercorso con Condotte Nord. La copertura della rata di mutuo ventennale – che sarebbe garantita dal canone di concessione corrisposto per 12 anni – non è incisa dall'anticipata conclusione del rapporto contrattuale, poiché prima della sua scadenza un nuovo confronto comparativo (anche allargato all'ambito territoriale come previsto dalle recenti disposizioni normative) potrà assicurare la prosecuzione delle prestazioni senza soluzione di continuità, ed eventualmente l'introito di un nuovo canone.

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.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, applica la sanzione alternativa della riduzione della durata del contratto stipulato tra il Comune di Almenno San Bartolomeo e la Cooperativa Pomilia Gas, nella misura del 50% (cinquanta per cento) del tempo residuo alla data di pubblicazione del dispositivo della presente pronuncia.

Condanna il Comune soccombente a liquidare alla ricorrente la somma di 6.000 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna la controinteressata a liquidare alla ricorrente la somma di 6.000 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna altresì l'amministrazione comunale soccombente a rifondere all'impresa ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

Dispone la trasmissione degli atti di causa alla Sezione regionale della Corte dei Conti, per gli eventuali accertamenti di competenza.

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

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 14 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/04/2012

IL SEGRETARIO

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