

N. 00420/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00071/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 71 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Italgas - Società Italiana per il Gas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessio Minutoli, Fabio Todarello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Daniele Spinelli in Perugia, piazza Michelotti n. 1;

contro

Comune di Foligno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Mariani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabrice Villanova in Perugia, via R. D'Andreotto n. 73;

per l'annullamento

* Quanto al ricorso principale:

- del bando di gara per "l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione da parte dei comuni appartenenti all'ambito territoriale minimo Perugia 2 - Sud e Est" e dei relativi allegati, pubblicato in GURI in data 30 dicembre 2015;

- di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato conseguente e/o connesso, allo stato non noto alla ricorrente ivi incluso, ove occorrere possa l'eventuale provvedimento di indizione della procedura di gara allo stato non noto.

** Quanto ai motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale n. 242 del 25 febbraio 2016, pubblicata all'albo pretorio del Comune di Foligno in data 2 marzo 2016, recante "procedura ristretta per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale da parte dei Comuni appartenenti all'Ambito Territoriale Minimo (ATEM) Perugia 2 Sud e Est. Approvazione e pubblicazione elaborati di gara. CIG 65319049B1";

- del disciplinare di gara e dello schema di contratto di servizio allegati alla suddetta determinazione;

- di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, conseguente e/ connesso.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Foligno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2017 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 71/2016) notificato il 29 gennaio 2016 e depositato il successivo 11 febbraio, Italgas, Società Italiana per il Gas s.p.a., ha adito l'intestato tribunale per chiedere l'annullamento del bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Perugia 2 – Sud e est, indetta dal Comune di Foligno in qualità di stazione appaltante delegata ai sensi dell'art. 2 del decreto del Ministero dello Sviluppo economico n. 226 del 2011 c.d. "Decreto Criteri".

2. Nel merito il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione, dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000, dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e dei principi di economicità, efficacia dell'affidamento, trasparenza e proporzionalità delle procedure di gara. Indeterminatezza del quadro normativo di riferimento. Violazione dei principi di libera concorrenza, massima partecipazione alle procedure di gara e di evidenza pubblica. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà. Difetto di istruttoria e carenza dei presupposti di fatto e di diritto.

L'indeterminatezza del bando di gara e l'incompletezza delle informazioni ivi contenute, non consentirebbero di determinare il valore del rimborso ai gestori uscenti, tra cui la stessa Italgas, e dunque di formulare un'offerta consapevole.

II. Eccesso di potere per irragionevolezza. Indeterminatezza del quadro normativo di riferimento. Violazione dei principi di trasparenza ed efficienza delle procedure di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di libera concorrenza e di massima partecipazione alle procedure di gara. Contraddittorietà.

Ulteriore elemento di indeterminatezza discenderebbe dalla c.d. "regolamentazione asimmetrica" di cui alla delibera A.E.E.G.S.I. (Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico) n. 367/2014, la quale penalizzerebbe il gestore uscente che, come l'odierna ricorrente, gestisce un numero rilevante di comuni.

III: Violazione e falsa applicazione dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000. Violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 14, del d.m. n. 226/2011. Violazione e falsa applicazione della delibera A.E.E.G.S.I. n. 340/2014/GAS. Eccesso di potere per irragionevolezza, difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

Altro elemento di indeterminatezza discenderebbe dalla omissione di alcuni dati inerenti il rapporto VIR/RAB, ovvero il rapporto tra il Valore Industriale Residuo che deve essere riconosciuto al gestore uscente, ed il Regulatory Asset Base che rappresenta il valore delle immobilizzazioni nette di località del servizio di distribuzione e misura relativo agli impianti, incluse le immobilizzazioni in corso di realizzazione, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di locali.

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 9 del d.m. 226/2011 e della delibera A.E.E.G.S.I. n. 155/2014/R/GAS. Eccesso di potere per irragionevolezza, difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

Il Comune di Foligno non avrebbe ancora inviato all'Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico la documentazione di gara, che ai sensi della succitata delibera A.E.E.G.S.I. n. 155/2014/R/gas deve essere trasmessa "almeno sessanta giorni prima della scadenza del termine previsto per la pubblicazione del relativo bando".

V. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 164/2000, della legge n. 481/1995 e delle delibere della Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico n. 367/2014/R/GAS e n. 645/2015/R/GAS. Eccesso di potere per irragionevolezza, indeterminatezza e difetto di istruttoria.

Ulteriore elemento di indeterminatezza discenderebbe dall'assenza nella documentazione di gara della stratificazione per la tipologia di cespiti e per anno degli impianti diversi rispetto a quelli attualmente gestiti da Italgas.

VI. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 164/2000 e delle linee guida ministeriali di cui al d.m. 22 maggio 2014. Eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà ed indeterminatezza.

Altro elemento carente nella documentazione di gara sarebbe rappresentato dal mancato aggiornamento del valore di rimborso di cui al punto III.1.2 del bando di gara.

VII. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 164/2000, del d.m. n. 226/2011 e del d.m. 19 gennaio 2011. Eccesso di potere per indeterminatezza ed irragionevolezza. Carenza di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà.

Altro elemento carente nella documentazione di gara sarebbe rappresentato dai dati relativi alle gestioni c.d. "post Letta", ovvero successive all'entrata in vigore del d.lgs. n. 164/2000.

VIII. Violazione e falsa applicazione del d.m. 226/2011. Eccesso di potere per indeterminatezza ed irragionevolezza. Carenza di istruttoria e motivazione. Contraddittorietà.

La stazione appaltante si sarebbe limitata a pubblicare solo una parte della documentazione e delle informazioni che dovevano essere rese disponibili ai partecipanti al fine di consentire loro la predisposizione della propria offerta. Mancherebbero, tra le altre cose, il disciplinare di gara, il contratto di servizio, le informazioni di cui all'art. 9, comma 6, del d.m. n. 226/2011 per ciascuno dei comuni dell'ATEM ed i regolamenti comunali e provinciali per l'esecuzione dei lavori.

3. Con successivo atto per motivi aggiunti notificato in data 30 marzo 2016, la società ricorrente ha impugnato la determinazione del Comune di Foligno n. 242 del 25 febbraio 2016, recante il disciplinare di gara e lo schema di contratto di servizio.

3.1. Nel merito il gravame è stato affidato ai seguenti ulteriori motivi:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 164/2000, e del d.m. 5 febbraio 2013 di approvazione del contratto di servizio tipo. Incompetenza, ed eccesso di potere per irragionevolezza.

La stazione appaltante avrebbe illegittimamente alterato l'art. 27 dello schema di contratto tipo che prevede il rimborso agli enti concedenti proprietari degli impianti una somma pari all'ammortamento del capitale investito, dietro presentazione di idonea documentazione.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 13, 15 e 16 del d.m. 226/2011. Eccesso di potere per irragionevolezza, difetto di motivazione, contraddittorietà, violazione del principio di proporzionalità, e dei principi di efficienza delle procedure di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006.

Il disciplinare di gara non indicherebbe elementi utili a formulare l'offerta quali il valore di riferimento (Mr) e le caratteristiche dei comuni già metanizzati.

3.2. Infine, con gli ultimi motivi (dal terzo all'ottavo), si ripropongono le censure di cui all'atto introduttivo del presente gravame.

4. Il Comune di Foligno si è costituito in giudizio per resistere al ricorso, contestando l'ammissibilità e la fondatezza delle censure ex adverso svolte.

5. Alla pubblica udienza del giorno 4 aprile 2017, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con la presente impugnativa si contesta la legittimità degli atti di gara riguardanti la procedura di affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Perugia 2 – Sud e Est, indetta dal Comune di Foligno in qualità di stazione appaltante delegata ai sensi dell'art. 2 del decreto del Ministero dello Sviluppo economico n. 226 del 2011 c.d. "Decreto Criteri".

1.1. Lamenta in particolare la società ricorrente di trovarsi nell'impossibilità di presentare un'offerta consapevole per l'affidamento del servizio in questione a causa della indeterminatezza e/o incompletezza delle documentazione di gara.

2. Nel merito del gravame, sia il ricorso introduttivo che l'atto per motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili.

3. Osserva infatti il Collegio che i sub-procedimenti relativi alla valutazione da parte dell'A.E.E.G.S.I. (Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico) degli atti di gara ai sensi dell'art. 9, comma 2, del d.m. n. 226/2011 e del c.d. della V.I.R./R.A.B non sono stati ancora conclusi, motivo per cui il Comune di Foligno, in qualità di stazione appaltante, ha dovuto necessariamente prorogare al 2 maggio 2017 il termine per l'integrazione del bando di gara con le informazioni di cui Italgas lamenta la mancanza.

3.1. Ne consegue che, allo stato, la società ricorrente non può ottenere alcuna utilità dall'annullamento degli atti impugnati, stante la mancata conclusione del procedimento di adeguamento ed aggiornamento degli atti di gara.

3.2. Trattasi peraltro di procedura di gara ancora in fase di prequalifica, nella quale tutte le informazioni necessarie per formulare un'offerta economica consapevole dovranno essere contenute nella successiva lettera di invito.

3.3. Alla stregua di quanto esposto, nessuna delle doglianze relative alla pretesa impossibilità di formulare un'offerta consapevole appare suscettibile di essere esaminata, atteso che in questa fase del procedimento nessuna offerta può essere presentata dalla ditte interessate.

3.4. A medesime conclusioni, deve parimenti giungersi con riferimento alle ulteriori doglianze a mezzo delle quali si lamenta, sotto diversi profili, l'illegittimità ovvero l'eccessiva gravosità delle clausole della lex specialis di gara.

3.5. Trattasi infatti di clausole non direttamente escludenti e dunque non immediatamente lesive della posizione della società ricorrente nella sua attuale posizione di mero aspirante alla concessione in argomento.

3.5. In conclusione, sia il ricorso introduttivo che il successivo atto per motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili per difetto originario di interesse a ricorrere.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibili.

Condanna Italgas - Società Italiana per il Gas s.p.a. al pagamento in favore del Comune di Foligno delle spese del giudizio che si liquidano in € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Enrico Mattei, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Enrico Mattei

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO