

N. 00126/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00035/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 35 del 2016, proposto da:
Italgas - Societa' Italiana Per il Gas S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Todarello e Alessio Minutoli, con domicilio eletto presso Orio De Marchi Adv. in Trieste, Via Fabio Severo 20;

contro

Provincia di Udine, rappresentata e difesa dall'avv. Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale del T.A.R. in Trieste, piazza Unita' D'Italia 7;

per l'annullamento

del bando di gara per "l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale minimo Udine I - nord" e dei relativi allegati;
del disciplinare di gara;
di ogni altro atto e/o provvedimento connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Udine;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2016 il dott. Umberto Zuballi e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Agisce in giudizio la società ricorrente chiedendo l'annullamento previa sospensione del bando della gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Udine 1 nord.

Dopo aver ricostruito in fatto e diritto la vicenda, osserva come il bando di gara sia di per sé illegittimo in quanto non consente la presentazione di un'offerta seria e consapevole per indeterminatezza del quadro normativo di riferimento, per quanto riguarda la determinazione del valore di rimborso e la disciplina tariffaria, per la mancata previa valutazione da parte dell'Aeegsi dell'eventuale scostamento e per la mancata previa valutazione degli atti di gara, l'indeterminatezza del valore di rimborso in relazione a talune concessioni affidate con gara, l'assenza di stratificazione per tipologia dei cespiti per anno di esercizio, la previsione dell'apertura delle buste in seduta riservata e l'incompletezza della documentazione di gara.

Osserva la società ricorrente come, nonostante che tutta la disciplina rilevante ai fini della gara, tra cui il decreto sui criteri e la delibera 367 del 2014, sia ancora sotto giudizio, la stazione appaltante ha pubblicato in data 26 dicembre 2015 il bando di gara oggetto della presente impugnativa.

Osserva poi come nessuna attenuazione rispetto alle necessità dell'immediata impugnazione può derivare dalla previsione inserita nel bando secondo cui la

stazione appaltante provvederà successivamente a integrare la legge di gara, perché si tratta di una clausola di stile e che non consente in nessun modo agli operatori di presentare un'offerta seria e consapevole.

I dati mancanti non costituiscono dei meri dettagli in quanto la struttura di un piano economico e finanziario in una gara così complessa e rilevante dal punto di vista economico deve essere redatta con largo anticipo e deve contenere con estrema precisione tutti i dati necessari. Inoltre paradossalmente sarà proprio l'aggiudicatario della gara a subire gli effetti negativi dell'offerta formulata su base di dati parziali e insufficienti.

In via di diritto deduce i seguenti motivi:

1. Violazione degli articoli 3, 41 e 97 della costituzione, dell'articolo 15 comma cinque del decreto legislativo 164 del 2000, dell'articolo 2 del decreto legislativo 163 del 2006, violazione dei principi di economicità ed efficacia, dell'affidamento e di trasparenza e proporzionalità delle procedure di gara, indeterminatezza del quadro normativo di riferimento, violazione del principio di libera concorrenza, di massima partecipazione alle procedure di gara a evidenza pubblica, manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria, carenza dei presupposti di fatto e diritto.

I principi comunitari e italiani prevedono che le condizioni di partecipazione alle pubbliche gare siano certi, predeterminati e trasparenti. Il principio di trasparenza significa che le condizioni e le modalità della procedura di gara devono essere formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando ovvero nel capitolato speciale, e inoltre una gara che presenti eccessivi elementi di alea non appare corretta e comunque risulta distorsiva della concorrenza.

Nel caso in esame tra le informazioni che devono essere fornite ai concorrenti vi è quella relativa al valore dei rimborsi che sono da riconoscere ai gestori uscenti, i cosiddetti VIR. Le modalità del calcolo di tale valore sono quelle di cui all'articolo

15 comma cinque del decreto legislativo 164 del 2000. Ciò costituisce il principale elemento che l'operatore deve conoscere ai fini della partecipazione alla gara, come indicato anche nel decreto criteri.

Il bando di gara nel caso prevede un importo da versare di oltre 71 milioni di euro, avvertendo che si tratta di un valore stimato in pendenza della definizione. La sola circostanza che tale valore può essere modificato successivamente è sufficiente a dimostrare l'assoluta indeterminatezza del bando. Inoltre non si spiega come la stazione appaltante abbia determinato tale valore.

La ditta fa presente di gestire 26 dei 79 comuni facenti parte dell'ambito, e per 24 di tali comuni è in corso ancora il confronto tecnico. In sostanza l'indeterminatezza delle circostanze indicate rende generico il bando e quindi impossibile agli operatori la predisposizione di un'offerta consapevole; in altri termini il bando di gara così come formulato rende impossibile partecipare alla gara.

2. Irragionevolezza e indeterminatezza del quadro di riferimento, violazione dei principi di trasparenza e di efficienza delle procedure di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 163 del 2006, violazione del principio di libera concorrenza e di massima partecipazione, contraddittorietà.

Un ulteriore elemento di incertezza deriva dalla cosiddetta regolamentazione della disciplina tariffaria che penalizza il gestore uscente che come la ricorrente gestisce un numero rilevante di comuni. Il disciplinare di gara attribuisce inoltre 13 punti al concorrente che abbia presentato le migliori condizioni economiche espresse come percentuale di un valore massimo dello sconto. Il valore del rimborso spettante al gestore uscente va determinato secondo un criterio di stima industriale e quindi con logiche diverse da quelle sottese alla metodologia del costo storico su cui si basa la Ageesci per la determinazione della RAB tariffaria.

Osserva poi come l'ammortamento sarà riconosciuto solo ai nuovi gestori entrati e

non a quelli uscenti; quindi ancora una volta l'indeterminatezza della disciplina di gara rende impossibile un'offerta valida.

3. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 15 comma cinque del decreto legislativo 164 del 2000, violazione dell'articolo cinque comma 14 del decreto ministeriale 226 del 2011, violazione della delibera Aeegsi 310 del 2014, irragionevolezza, difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

Il valore di rimborso da riconoscere ai gestori uscenti è il più importante dei parametri economici che i partecipanti alla gara devono conoscere. L'ente locale deve trasmettere le valutazioni in dettaglio sul valore di rimborso all'autorità per la verifica prima della pubblicazione del bando di gara e la stazione appaltante deve tener conto di eventuali osservazioni dell'autorità ai fini della determinazione del valore di rimborso. In sostanza prima della gara deve intervenire l'autorità per le necessarie verifiche. Nel caso in esame non si ha nessuna evidenza se lo scostamento sia superiore al 10% né se la stazione appaltante abbia inviato i dati all'autorità per la verifica prevista. Rileva poi come l'articolo 13 del decreto ministeriale 226 del 2011 mette in palio 13 punti per lo sconto tariffario. In secondo luogo gli effetti sui parametri dei valori VIR convalidati dall'autorità sono rilevanti e non ancora resi noti.

4. Violazione e falsa applicazione del decreto legislativo n. 164 del 2000, violazione del decreto ministeriale 226 del 2011, violazione del decreto ministeriale 19 gennaio 2011, indeterminatezza e irragionevolezza, carenza d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà. Come già ripetuto il più gravoso degli oneri a carico dell'aggiudicatario è il pagamento del valore di rimborso relativo alle reti di impianti; di ciascuna ambito territoriale fanno parte più comuni, tra cui quelli in cui il rapporto concessorio è scaduto anticipatamente in forza della legge, per cui ai partecipanti doveva essere resa nota ogni informazione relativa agli impianti che vanno in gara e in particolare la data di scadenza della concessione. Il bando di

gara nulla dice sulla scadenza contrattuale degli attuali rapporti concessori e senza tale informazione non è possibile formulare un'offerta seria.

5. Violazione dell'articolo 97 della costituzione, dell'articolo 9 del decreto ministeriale 226 del 2011, violazione della delibera Aeegsi 155 del 2014, irragionevolezza, difetto d'istruttoria e di motivazione. La stazione appaltante in caso di scostamento rispetto ai bandi tipo deve inviare all'autorità il bando di gara e il disciplinare entro 60 giorni prima della scadenza del termine previsto dalla pubblicazione del bando. Nel caso la stazione appaltante non ha ancora provveduto a inviare all'autorità il bando di gara.

6. Violazione del decreto legislativo 164 del 2000, violazione della legge 481 del 1995, della delibera dell'autorità 367 del 2014, della delibera 645 del 2015, irragionevolezza, indeterminatezza e difetto di istruttoria. Un ulteriore elemento importante è la tariffa che si riconoscerà al gestore d'ambito, tale tariffa è determinata dalle due delibere sopra citate. La stazione appaltante non ha messo a disposizione dei concorrenti la tipologia di cespiti divisa per l'anno; si tratta di un elemento fondamentale.

7. Violazione dell'articolo 9 del decreto ministeriale 226 del 2011, violazione dell'articolo 13 del bando di gara tipo di cui all'allegato 2 al decreto ministeriale 226, dell'articolo 2 del decreto legislativo 163 del 2006, dell'articolo 97 della costituzione, del principio di imparzialità e buon andamento, dei principi di pubblicità e trasparenza.

L'articolo 9 citato prevede che la stazione appaltante predisporre e pubblica il bando attenendosi agli schemi e alle indicazioni del bando di gara tipo; ebbene l'apertura della busta come prevista dal bando di gara tipo deve avvenire in forma pubblica mentre nel caso si parla di sede riservata.

8. Violazione del decreto ministeriale 226 del 2011, indeterminatezza e irragionevolezza, carenza di istruttoria e motivazione e contraddittorietà. La

normativa in vigore prevedeva che il bando fosse emanato entro il 31 dicembre 2015; nel caso la stazione appaltante si limita a pubblicare una parte dell'informazione per cui non è possibile valutare gli elementi essenziali della gara.

In data 20 febbraio 2016 la provincia di Udine resiste in giudizio; dopo aver illustrato la normativa vigente e la sua problematicità osserva che la gara si articola secondo il metodo della procedura ristretta con l'effetto che la legge di gara sarà completata soltanto con l'invio delle lettere di invito. La procedura ristretta è l'ipotesi normale per le gare d'ambito.

Ciò premesso, sul primo motivo la provincia eccepisce l'inammissibilità per carenza di interesse, rilevando che solo con le lettere d'invito verrà completata la procedura ristretta. Allo stato attuale non è richiesto a nessuno degli aspiranti concorrenti di inoltrare alcun tipo di offerta economica. Ne discende l'inammissibilità della doglianza per difetto di interesse.

In relazione alla seconda censura anche su di essa eccepisce il difetto di interesse; rileva poi come il gestore uscente non deve sborsare alcuna cifra per gli impianti di proprietà qualora risulti aggiudicatario della gara d'ambito. Inoltre è la percentuale a determinare il punteggio e non il valore assoluto della sconto.

Contesta poi anche i restanti motivi rilevandone l'infondatezza ed eccepandone la carenza di interesse.

La società ricorrente, con memoria depositata il 22 febbraio 2016, osserva come in alcuni casi analoghi le stazioni appaltanti abbiano sospeso i termini per integrare ulteriormente la legge di gara.

In data 5 marzo 2016 la provincia di Udine ribadisce l'eccezione di difetto di interesse di tutti i motivi di ricorso oltre che la loro infondatezza.

In data 21 marzo 2016 la società ricorrente sottolinea come la normativa vigente non consente ovvero vieta di completare e integrare le carenze della documentazione in un momento successivo rispetto alla pubblicazione del bando;

tale carenze impediscono alla ricorrente di svolgere le verifiche preliminari sulla fattibilità economica e finanziaria necessaria per presentare un'offerta, e addirittura di ricorrere alla leva bancaria. Ciò a maggior ragione perché il bando di gara non corrisponde a quella del bando tipo. In sostanza la provincia di Udine avrebbe dovuto mettere a disposizione dei concorrenti tutte le informazioni necessarie ovvero pubblicare tutta la documentazione di gara necessaria già in fase di prequalifica e prima del termine fissato per presentare l'offerta. Ribadisce poi i vari motivi di ricorso.

Con memoria di replica depositata il 5 marzo 2016 la provincia di Udine ribadisce le proprie argomentazioni facendo presente come la ditta ricorrente impugna in tutt'Italia tutte le gare analoghe.

Sempre il 25 marzo la ricorrente ribadisce le proprie tesi e insiste per l'accoglimento.

Infine, nella pubblica udienza del 6 aprile 2016 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1.0. Viene all'esame di questo collegio il ricorso con cui si chiede l'annullamento del bando di gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale minimo Udine 1 – Nord.

1.1. Va innanzitutto osservato come la ditta ricorrente sia uno dei gestori uscenti, gestendo 26 dei 79 comuni appartenenti all'ambito territoriale in questione.

2.0. Sempre in via preliminare va osservato come la gara bandita dalla provincia si svolge secondo le regole della procedura ristretta, per cui la legge di gara sarà completata solamente con l'invio delle lettere di invito alle ditte che avranno presentato l'apposita richiesta di invito. Sarà quindi la lettera di invito a dover contenere tutte le indicazioni mancanti della presente fase.

2.1. Entro la scadenza del 29 febbraio 2016 le imprese dovevano solamente

presentare una richiesta di invito con le indicazioni necessarie a provare il possesso dei requisiti di carattere generale, professionale, economico finanziario e tecnico organizzativo, pacificamente posseduti dalla ditta ricorrente. Non è richiesto alle ditte interessate di formulare al momento alcuna offerta economica che verrà presentato ai sensi del punto 8 del disciplinare nel termine di giorni 180 decorrenti dalla data del termine per la presentazione della domanda di partecipazione. Infatti nella lettera di invito verranno meglio precisate le modalità di presentazione e l'ulteriore documentazione da presentare. Vi sono quindi sei mesi previsti dal 1 marzo 2016 per completare la lex specialis e per l'invio delle lettere di invito.

2.2. Quanto indicato al punto II.2.1 del disciplinare secondo cui la stazione appaltante provvederà successivamente a integrare la legge di gara con i dati e la documentazione mancante va considerato, contrariamente a quanto indicato da parte ricorrente a pagina otto del ricorso introduttivo, non come una clausola di stile ma più semplicemente il richiamo alla tipologia della gara ristretta.

2.3. Tale precisazione rende agevole la disamina dei vari motivi di ricorso, in quanto i vizi di incompletezza del bando risultano privi di pregio in radice: infatti, nella particolare procedura in oggetto il bando può e deve essere completato in una fase successiva alle dichiarazioni di interesse delle ditte.

2.4. Alla stessa stregua non possono trovare ingresso le doglianze che riguardano l'asserita impossibilità di proporre un'offerta consapevole, perché in questa fase nessuna offerta deve essere presentata dalle ditte interessate.

3.0. Non possono invece trovare ingresso le censure di carenza di interesse sollevate dalla parte resistente sia in relazione all'intero ricorso sia alle singole censure, perché esse per ragioni logiche non possono essere disgiunte dall'esame delle singole doglianze, in quanto solo in tal modo si può verificare la lesione diretta del bando o meno.

4.0. La premessa testè illustrata consente di ritenere infondata la prima censura, in

quanto nella fase attuale la ditta ricorrente, operatore di rilievo nel settore, è indubbiamente in grado di fornire le informazioni allo stato richieste della stazione appaltante e anche di valutare in linea di massima la convenienza economica o meno della gara, laddove una formulazione specifica dell'offerta riguarda una fase successiva rispetto al bando di gara medesimo.

5.0. Nella seconda censura la ditta trova un elemento di incertezza nella cosiddetta regolamentazione asimmetrica introdotta dall'autorità competente con la delibera 367 del 2014. A parte che tale delibera è stata ritenuta legittima dal tribunale amministrativo per la Lombardia e la relativa questione pende al Consiglio di Stato, comunque la cosiddetta asimmetria deriva dalla situazione obiettivamente diversa tra i gestori uscenti e quelli subentranti.

5.1. In ogni caso tale rilievo non vale in quanto da un lato l'offerta deve essere ancora presentata e d'altro lato comunque il gestore uscente non deve sborsare alcunché per gli impianti di sua proprietà, ovviamente nel caso in cui diventi l'aggiudicatario della gara d'ambito.

5.2. Inoltre lo sconto va espresso in percentuale di un valore massimo e quindi non è il valore assoluto, come indicato dalla stessa ricorrente.

6.0. Sulla terza censura in cui la ditta ricorrente osserva che non risulta che la stazione appaltante abbia inviato i dati all'autorità per la verifica prevista dall'articolo 15 punto cinque del decreto legislativo 164 del 2000, si osserva come tale adempimento possa essere espletato nei sei mesi previsti prima della presentazione delle offerte.

6.1. Invero il termine "prima della pubblicazione del bando" nel caso di procedure ristrette si deve intendere prima dell'invio della lettera di invito.

7.0. Quanto al quarto motivo di ricorso che lamenta la mancanza di informazioni relative agli impianti e alla data di scadenza delle concessioni, anche in tal caso tali elementi possono e devono essere comunicati dalla stazione appaltante assieme alla

lettera di invito.

7.1. In relazione alla quinta censura, con cui si lamenta che la stazione appaltante non abbia trasmesso all'autorità la documentazione di gara 60 giorni prima della scadenza del termine per la pubblicazione del bando, si osserva che nel caso il termine di presentazione delle offerte decorrerà solo con il ricevimento della lettera di invito.

7.2. L'Autorità preposta solo con l'esame dell'elenco dei documenti di gara compresa lettera d'invito potrà chiedere l'adozione di modifiche, che saranno recepite proprio nelle lettere di invito medesime.

8.0. Con la sesta censura la ditta eccepisce la mancanza degli atti impugnati della stratificazione per tipologia di cespiti per anno; anche in tal caso tale adempimento potrà essere adempiuto nella fase successiva.

9.0. Con la settima censura la ditta si lamenta che nel disciplinare si è previsto che l'apertura delle buste relative alle domande di partecipazione debba avvenire in seduta riservata; ciò sarebbe contrastante con l'articolo 13 del bando di gara tipo.

9.1. La censura non è fondata, in quanto trattandosi di procedura ristretta con distinzione delle due fasi di prequalifica e di offerta vera e propria, nella fase di prequalifica l'apertura delle buste con le domande di partecipazione deve avvenire in seduta riservata in quanto l'accesso all'elenco delle ditte deve essere reso noto solo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, per consentire una corretta concorrenzialità.

10.0. Con l'ottava censura la ditta si lamenta in genere della carenza di informazioni fornite dalla stazione appaltante; orbene anche in tale caso va rilevato come la completezza di dette informazioni, pur prevista dalla normativa, vada riferita al momento dell'invio delle lettere d'invito e non alla fase di prequalifica, di cui si controverte.

11.0 Per tutte le su indicate ragioni il ricorso va rigettato.

Le spese di giudizio secondo la nota regola del codice seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ditta ricorrente al pagamento a favore della provincia di Udine delle spese e onorari di giudizio che liquida in euro 7.000 oltre agli oneri accessori.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente, Estensore

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2016

IL SEGRETARIO

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