

Collegamento sostanziale e apertura dell'offerta economica

Scritto da Carmelo Anzalone
Giovedì 29 Marzo 2012 08:34 -

N. 574/2012 Reg. Prov. Coll. N. 1016 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1016 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da G. s.c.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Fuda, Fabio Todarello, Claudia Sarrocco e Giacomo Valla, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari, via Quintino Sella, 36;

contro

Comune di Manfredonia, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara indetta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nella Città di Manfredonia, comunicato in data 2 maggio 2011;
- del verbale della commissione di gara del 29 aprile 2011, menzionato nel provvedimento di esclusione;
- del bando di gara e di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali;
- della delibera di Giunta comunale del 14 luglio 2011 e della lettera d'invito, ricevuta dalla ricorrente il 20 luglio 2011;

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Giuseppe Fuda e Ada Matteo (per delega di Ernesto Sticchi Damiani);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Collegamento sostanziale e apertura dell'offerta economica

Scritto da Carmelo Anzalone
Giovedì 29 Marzo 2012 08:34 -

Con bando pubblicato il 15 gennaio 2011, il Comune di Manfredonia ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale, per la durata di dodici anni e per un importo stimato pari ad euro 10.563.840,00.

La procedura, ancora in corso al momento del passaggio in decisione della presente controversia, è suddivisa in quattro fasi:

- la presentazione delle domande di ammissione da parte dei concorrenti, prevista entro il termine del 23 febbraio 2011, ai fini della pre-qualificazione;
- l'apertura in seduta pubblica delle domande di partecipazione e la valutazione, da parte della commissione di gara, della completezza della documentazione prodotta e del possesso dei requisiti per ciascun concorrente;
- la presentazione delle offerte tecniche ed economiche da parte dei concorrenti ammessi;
- la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguita da una negoziazione con l'impresa migliore offerente in ordine al corrispettivo una tantum da versare in favore del Comune.

La società ricorrente ha presentato domanda di partecipazione ed è stata esclusa, con provvedimento dirigenziale del 2 maggio 2011, in quanto nella seduta di gara del 29 aprile 2011 la commissione ha accertato la sussistenza di un rapporto di collegamento sostanziale non dichiarato con altra concorrente della procedura, la Società M. (anch'essa esclusa).

In primo luogo, la commissione ha rilevato che il presidente del consiglio d'amministrazione della G. s.c.p.a., ing. G. D., riveste al contempo la carica di procuratore speciale della Società M., attuale gestore del servizio di distribuzione del gas naturale nel Comune di Manfredonia.

Inoltre, la Commissione ha rilevato dalle certificazioni camerali che la sede secondaria operativa della Società M. coincide con la sede legale principale della G. s.c.p.a. (in viale ...*omissis*...
- Manfredonia).

Con il ricorso originario, la G. s.c.p.a. chiede in primo luogo l'annullamento del provvedimento di esclusione, deducendo censure così rubricate:

1) violazione degli artt. 2 e 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del bando di gara, violazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza ed eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto d'istruttoria e di motivazione: la commissione avrebbe illegittimamente escluso le due concorrenti sospettate di trovarsi in situazione di collegamento sostanziale, sulla base di una mera presunzione d'influenza, senza concedere loro la possibilità di dimostrare che il rapporto di collegamento non ha condizionato il contegno tenuto nell'ambito della gara e senza verificare, in concreto, l'effettiva imputabilità delle rispettive offerte economiche ad un unico centro decisionale; l'esclusione, in tale situazione, sarebbe consentita dalla legge soltanto dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche; in ogni caso, l'ing. G. D. avrebbe

Collegamento sostanziale e apertura dell'offerta economica

Scritto da Carmelo Anzalone
Giovedì 29 Marzo 2012 08:34 -

un ruolo del tutto marginale nella compagine societaria della Società M., ove si troverebbe a svolgere soltanto la funzione di procuratore speciale per la gestione della rete cittadina, senza alcun potere decisionale in ordine alla partecipazione della società a nuove gare pubbliche ed alla formulazione delle relative offerte.

La ricorrente introduce, poi, ulteriori motivi volti a dimostrare l'illegittimità dell'intera procedura, rubricati come appresso:

2) violazione dell'art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007, violazione del d.m. 19 gennaio 2011 ed eccesso di potere per sviamento: il Comune di Manfredonia non potrebbe legittimamente dar corso alla gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, essendo ormai entrato in vigore il decreto con cui il Ministero dello Sviluppo Economico ha definito gli ambiti territoriali minimi (per i quali la concessione è disposta mediante gara unica al livello sovracomunale) e non risultando applicabile, nella fattispecie, la disposizione transitoria di cui all'art. 3, terzo comma, dello stesso decreto;

3) sotto altro profilo, violazione dell'art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007 e violazione del d.m. 21 aprile 2011: il Comune non avrebbe rispettato l'obbligo di assicurare l'assunzione, da parte del nuovo concessionario, del personale dipendente del gestore uscente.

Si è costituito il Comune di Manfredonia, replicando alle suesposte censure e chiedendo il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza di questa Sezione n. 552 del 23 giugno 2011, non appellata.

Per l'effetto, la G. s.c.p.a. è stata riammessa alla terza fase della procedura di gara, tramite lettera d'invito inviata dal Comune di Manfredonia in data 14 luglio 2011 (in ottemperanza all'ordinanza di sospensiva) e ricevuta in data 20 luglio 2011. Ivi viene fissato il nuovo termine del 17 ottobre 2011 per la presentazione, da parte dei concorrenti ammessi, delle offerte tecniche ed economiche.

Con motivi aggiunti notificati il 30 settembre 2011, la ricorrente chiede l'annullamento della predetta lettera d'invito e della presupposta delibera di Giunta comunale del 14 luglio 2011, deducendo a tal fine:

4) violazione dell'art. 24, quarto comma, del d.lgs. n. 93 del 2011 e violazione del principio di buon andamento: l'Amministrazione avrebbe violato la disposizione transitoria contenuta nella norma di legge richiamata, che consentirebbe la prosecuzione delle procedure ristrette per l'affidamento del servizio, in deroga al sistema degli ambiti territoriali minimi, solo nell'ipotesi in cui le lettere d'invito siano state già inviate alla data della sua entrata in vigore (e cioè al 29 giugno 2011).

Il Comune di Manfredonia ha replicato ai motivi aggiunti, chiedendone il rigetto in quanto inammissibili e comunque infondati.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 21 dicembre 2011, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, deve essere respinta l'eccezione d'inammissibilità sollevata dalla difesa del Comune di Manfredonia nella memoria conclusiva, sull'assunto che non sarebbe possibile individuare con sufficiente chiarezza l'interesse azionato dalla società ricorrente, che impugna il provvedimento di esclusione e, al contempo, il bando e la lettera d'invito, mirando così alla caducazione dell'intera procedura di gara sulla base di motivi autonomi, senza peraltro esplicitare la graduazione del *petitum* e delle relative censure.

In linea di principio, non può che richiamarsi la risalente affermazione della giurisprudenza secondo cui rientra nel potere del giudice amministrativo, riveniente dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure, sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto che intercorre fra le stesse sul piano logico-giuridico (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2002 n. 4487; Id., sez. IV, 4 dicembre 2000 n. 6488).

Sulla base di tali premesse, si è ad esempio affermato che, impugnata una graduatoria concorsuale, la censura che conduca al conseguimento della nomina o dell'aggiudicazione non può di regola essere esaminata prima del motivo di ricorso riguardante l'intera procedura, poiché non si può conseguire una nomina o un'aggiudicazione a seguito di una selezione la cui procedura sia integralmente invalida (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143; Id., sez. V, 25 febbraio 1997 n. 184).

Tale principio incontra una deroga nel caso in cui espressamente il ricorrente deduca alcuni motivi in via graduata, subordinandone l'esame all'accertata infondatezza degli altri: verificandosi tale evenienza, il giudice, in ossequio al principio dispositivo, deve esaminare in primo luogo la domanda proposta dal ricorrente in via principale e poi, eventualmente, passare all'esame dei motivi dedotti in via subordinata (così, di recente: TAR Lazio, sez. III, 7 giugno 2010 n. 15699).

Nella fattispecie in esame, tuttavia, la G. s.c.p.a. impugna cumulativamente, e per distinti profili di illegittimità, la lettera d'invito e l'atto individuale di esclusione, senza chiedere che di quest'ultimo si giudichi in via prioritaria rispetto alle censure tese ad invalidare nella sua interezza la gara (o, per meglio dire, tese ad impedire la prosecuzione della gara, a seguito dell'entrata in vigore della norma transitoria contenuta nel d.lgs. n. 93 del 2011).

Ad avviso del Collegio, sono meritevoli di tutela e suscettibili di essere esaminati entrambi gli interessi fatti valere, in via autonoma, dall'odierna ricorrente:

- l'interesse, logicamente anteposto, ad ottenere l'arresto della gara indetta dal Comune di Manfredonia per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, limitatamente al territorio cittadino (e ciò in quanto l'impresa, quale operatore qualificato del settore, ha titolo a

pretendere che la concessione del servizio riguardi un ambito territoriale più esteso, conformemente alle recenti prescrizioni introdotte dal legislatore statale);

- l'interesse, implicitamente subordinato e logicamente posposto, ad ottenere comunque l'annullamento dell'esclusione disposta nei suoi confronti dalla commissione di gara (e ciò al fine di partecipare alla terza fase della procedura ristretta, con la presentazione dell'offerta tecnico-economica per l'affidamento duodecennale del servizio sul territorio comunale, qualora la prosecuzione della gara venga giudicata di per sé legittima).

Per quanto detto, deve procedersi in prima istanza all'esame dei motivi indicati sub 2), 3) e 4), siccome riguardanti il contenuto del disciplinare di gara, il regolare svolgimento della procedura e l'asserita violazione delle norme transitorie di cui al d.m. 19 gennaio 2011 e al d.lgs. n. 93 del 2011.

2. Per tale parte, il ricorso ed i motivi aggiunti sono infondati.

2.1. La prima delle censure in esame è contenuta nel ricorso originario ed attiene al regime transitorio dettato dall'art. 3, terzo comma, del d.m. 19 gennaio 2011 (recante "Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale", ai sensi dell'art. 46-*bis*, secondo comma, del d.l. n. 159 del 2007).

Secondo la predetta disposizione regolamentare, a decorrere dal 1° aprile 2011 "... le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, per le quali non è stato pubblicato il bando o non è decorso il termine per la presentazione delle offerte di gara sono aggiudicate unicamente relativamente agli ambiti determinati nell'allegato 1 facente parte integrante del presente provvedimento".

La ricorrente afferma che, non essendo alla data del 1° aprile 2011 spirato il termine per la presentazione delle offerte, il Comune di Manfredonia avrebbe dovuto sospendere la gara indetta con bando del 15 gennaio 2011 ed attendere l'esperimento della gara unica per l'ambito territoriale di riferimento, mantenendo transitoriamente l'affidamento in essere con il gestore uscente.

Il motivo è divenuto improcedibile, a seguito dell'entrata in vigore (in data 29 giugno 2011) del d.lgs. n. 93 del 2011, il cui art. 24, quarto comma, disciplina in termini parzialmente differenti rispetto al d.m. 19 gennaio 2011 la sorte delle procedure di gara già avviate, stabilendo testualmente che: "Gli enti locali che, per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto, in caso di procedura di gara aperta, abbiano pubblicato bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito, includenti in entrambi i casi la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta e del valore di rimborso al gestore uscente, e non siano pervenuti all'aggiudicazione dell'impresa vincitrice, possono procedere all'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara. Fatto salvo quanto previsto dal periodo precedente, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione sono effettuate unicamente per

ambiti territoriali di cui all'articolo 46-
bis

, comma 2, del decreto-legge 1^a ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222".

Pertanto, la legittimità della procedura in corso presso il Comune di Manfredonia dovrà adesso essere vagliata alla luce del disposto dell'art. 24 del d.lgs. n. 93 del 2011 (di cui la ricorrente lamenta la violazione con i motivi aggiunti, che si esamineranno di qui a poco).

2.2. E' viceversa inammissibile, per difetto d'interesse, il motivo indicato sub 3), con il quale la ricorrente deduce violazione del d.m. 21 aprile 2011, affermando che il Comune avrebbe dovuto specificare, nel bando di gara, l'obbligo del nuovo concessionario di assumere il personale dipendente del gestore uscente.

Si tratta, infatti, di previsione prettamente volta alla salvaguardia dei livelli occupazionali nel settore della distribuzione del gas naturale, il cui mancato rispetto non può essere fatto valere da un'impresa che partecipa alla procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune.

Il motivo è, in ogni caso, infondato nel merito, poiché la disposizione regolamentare invocata dalla ricorrente è posteriore alla pubblicazione del bando di gara e, secondo il principio generale

tempus regit actum

, non può retroagire sui provvedimenti legittimamente adottati dalle Amministrazioni prima della sua entrata in vigore.

2.3. Ugualmente infondati sono i motivi aggiunti, con i quali la G. s.c.p.a. chiede l'annullamento della lettera d'invito trasmessa dal Comune di Manfredonia in data 14 luglio 2011 e ricevuta il 20 luglio 2011 (in ottemperanza all'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 552 del 23 giugno 2011), nonché della presupposta delibera di Giunta comunale del 14 luglio 2011, recante la decisione di non appellare l'ordinanza cautelare e di darvi, anzi, immediata esecuzione.

Secondo la tesi di parte ricorrente, il Comune avrebbe violato la disposizione transitoria contenuta nell'art. 24, quarto comma, del d.lgs. n. 93 del 2011 (che sopra si è trascritta), la quale consentirebbe di portare a termine le procedure ristrette per l'affidamento del servizio al livello comunale, in deroga al sistema sovracomunale degli ambiti territoriali minimi, soltanto laddove le lettere d'invito siano state già inviate al momento della sua entrata in vigore (e cioè alla data del 29 giugno 2011).

In contrario, deve osservarsi che il Comune di Manfredonia aveva trasmesso, già in data 9 giugno 2011, le lettere d'invito ai quattro concorrenti ammessi alla terza fase della procedura di gara (cfr. doc. 1, depositato dalla difesa comunale il 25 novembre 2011), fissando al giorno 15 settembre 2011 il termine ultimo per la presentazione delle offerte, termine poi prorogato proprio a causa della riammissione iussu iudicis dell'odierna ricorrente.

La spedizione delle lettere d'invito è dunque di gran lunga anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 93 del 2011 e, sotto tale profilo, la condotta del Comune di Manfredonia resta immune

da vizi. Né la conclusione può mutare per il fatto che la stessa G. s.c.p.a. sia stata invitata con atto del 14 luglio 2011, posteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo: il Comune, che in tempo utile aveva posto in essere l'adempimento procedimentale cui la norma transitoria ricollega l'effetto di conservazione delle procedure di gara pendenti, ha così ottemperato all'ordinanza cautelare di riammissione di un concorrente inizialmente escluso, estendendo nei suoi confronti l'invito a presentare offerta. Ma ciò non configura affatto, come sostenuto dalla ricorrente, violazione del termine transitorio posto dall'art. 24, quarto comma, del d.lgs. n. 93 del 2011, che fa riferimento alla fase procedimentale dell'invio delle lettere d'invito, da intendersi in termini oggettivi (restando salve, con nella vicenda in esame, gli eventuali ulteriori adempimenti cagionati da provvedimenti giurisdizionali).

Discende, da quanto detto, l'infondatezza dei motivi aggiunti.

3. Proseguendo nell'ordine d'esame sopra fissato, è viceversa fondato e meritevole di accoglimento il ricorso principale, nella parte in cui è rivolto a contestare l'esclusione della G. s.c.p.a. per l'esistenza di un presunto rapporto di collegamento sostanziale con altra concorrente della procedura, la Società M..

In effetti, l'Amministrazione ha deliberato l'esclusione della ricorrente sulla base della mera constatazione del ruolo svolto dall'ing. D. nelle due società concorrenti, senza aver preventivamente accertato l'effettiva imputabilità delle rispettive offerte ad un unico centro decisionale. Ciò che era, peraltro, assai arduo, tenuto conto che la fase della presentazione delle offerte tecnico-economiche non si era ancora svolta, stando alle risultanze degli atti di causa.

Tanto configura la violazione dell'art. 38, primo comma - lett. m-quater) e secondo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, anche alla luce dei principi affermati in materia dalla giurisprudenza comunitaria.

Come è noto, la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sul d.lgs. n. 157 del 1995, giudicando la normativa italiana in materia di appalti di servizi incompatibile con il diritto comunitario, e segnatamente con la direttiva 92/50/CE, nella parte in cui vietava in assoluto la partecipazione alla medesima gara d'appalto di imprese che si trovino in una situazione di collegamento: secondo la Corte, il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara (Corte Giust. CE, sent. 19 maggio 2009, in C-538/07).

Il Codice dei contratti pubblici è stato prontamente adeguato a tale pronuncia (l'art. 38, primo comma - lett. m-

quater

e secondo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dall'art. 3, secondo comma, del

Collegamento sostanziale e apertura dell'offerta economica

Scritto da Carmelo Anzalone
Giovedì 29 Marzo 2012 08:34 -

d.l. n. 135 del 2009) ed attualmente contempla, come causa di esclusione, non più il controllo formale

ex se, ma ogni situazione di controllo e collegamento, formale o sostanziale, accompagnata da univoci elementi di prova che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale, prescrivendo altresì che la verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dalla stazione appaltante solo dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica (in giurisprudenza si veda, in tal senso: Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2010 n. 3637; Id., sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 247).

Dunque, la decisione adottata dal Comune di Manfredonia risulta irrimediabilmente viziata, in quanto:

- cronologicamente anteriore all'esame delle offerte economiche delle due concorrenti sospettate di trovarsi in situazione di collegamento;
- priva, in ogni caso, di adeguata istruttoria e motivazione in ordine all'effettiva incidenza dei rapporti tra le due società sul contegno assunto nella gara.

Il ricorso, per tale parte, va accolto e per l'effetto è annullato il provvedimento di esclusione comunicato in data 2 maggio 2011.

4. Le spese processuali sono compensate, tenuto conto della reciproca soccombenza e della novità e complessità delle questioni affrontate.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, così provvede:

- accoglie in parte il ricorso originario e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione comunicato in data 2 maggio 2011;
- respinge i motivi aggiunti, proposti avverso la delibera di Giunta comunale del 14 luglio 2011 e la lettera d'invito ricevuta dalla ricorrente il 20 luglio 2011;
- compensa le spese processuali.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Collegamento sostanziale e apertura dell'offerta economica

Scritto da Carmelo Anzalone
Giovedì 29 Marzo 2012 08:34 -

Corrado Allegretta

L'ESTENSORE

Savio Picone

IL REFERENDARIO

Francesco Cocomile

Depositata in Segreteria il 20 marzo 2012

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