

Pubblicato il 17/05/2019

N. 00139/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00002/2019 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 la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Italgas Reti S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Isgrò, Patrizio Messina e Alessandro Accrocca, domiciliata presso lo studio dell'avv. Giuseppe Scotti in Parma, borgo Felino, 29

contro

Comune di Fidenza, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Annalisa Molinari, domiciliata presso il suo studio in Parma, via Mistrali, 4

nei confronti

Gp Infrastrutture S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Fata, domiciliata presso l'indirizzo PEC indicato in atti;

2i Rete Gas S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Mezzadri in Parma, Strada Massimo D'Azeglio, 23;

Ireti S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ivo Formigaro e Federica Villa, domiciliata presso l'indirizzo PEC indicato in atti

per l'annullamento

- della determinazione n. 1002 del 26/11/2018 del Comune di Fidenza recante l'aggiudicazione a GP INFRASTRUTTURE S.R.L. della procedura di gara per la cessione a partner industriale delle quote della società RETE GAS FIDENZA s.r.l. partecipata al 100% dal Comune di Fidenza (PR);

- del verbale n. 4 della Commissione giudicatrice del 7/11/2018;

- del verbale n. 3 della Commissione giudicatrice del 31/10/2018;

- del verbale n. 2 della Commissione giudicatrice del 30/10/2018;

- del verbale n. 1 della Commissione giudicatrice del 30/10/2018;

- del verbale n. 1 del Seggio di gara del 25/10/2018;

- dell'avviso di gara pubblicato in data 15/9/2018 nonché dei suoi allegati, ove occorrer possa;

- dei chiarimenti ed in particolare dei chiarimenti nn. Q10, Q18, Q27 e Q37;

- della delibera n. 86 del 9/11/2015, ove occorrer possa;

- della delibera n. 46 del 30/7/2018, ove occorrer possa;

nonché di ogni altro atto presupposto, collegato, inerente, conseguente, derivato o comunque connesso, anche non conosciuto o menzionato;

- della nota del Comune di Fidenza in riscontro alla nota di Italgas, prot. 18355HDC0096 del 20/12/2018 tramessa a mezzo PEC, in data

27/12/2018,

- della determinazione n. 1134 del 28/12/2018 del Comune di Fidenza recante l'approvazione dello schema di scrittura privata, atti impugnati con i motivi aggiunti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Fidenza e di Gp Infrastrutture S.r.l. e di 2i Rete Gas S.p.A e di Ireti S.p.A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2019 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso introduttivo depositato in data 3 gennaio 2019, Italgas Reti S.p.A.. ha chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara di cui in epigrafe, volta ad individuare il partner industriale della Società Fidenza Rete Gas, società interamente partecipata dal Comune di Fidenza ed attuale concessionaria della gestione del servizio di distribuzione del gas nel relativo territorio comunale.

Nel merito, la società ricorrente ha articolato le seguenti censure, di cui una svolta in via principale, e la seconda – tendente all'annullamento dell'intera gara – svolta in via subordinata:

- tutti i concorrenti – compresa l'aggiudicataria e con la sola eccezione della ricorrente stessa – avrebbero inserito nella Busta A documenti (in particolare, i verbali dei relativi Consigli di Amministrazione) contenenti elementi economici tali da anticipare o comunque consentire alla commissione giudicatrice di ricostruire, prima della

valutazione dell'offerta tecnica, l'offerta economica presentata;

- il Comune di Fidenza avrebbe avviato una procedura volta formalmente all'individuazione di un partner industriale della società attuale concessionaria del servizio gas, ma, di fatto, surrettiziamente atta a cedere al nuovo concessionario la rete e gli impianti;

- ciò si desumerebbe dalla spinta al rialzo sul VIR, individuabile sulla base dei seguenti indici:

1. cessione della rete alla società, da che era nella titolarità del Comune;
2. importo a base di gara calcolato sul VIR;
3. offerta al rialzo con formula bilineare tesa a premiare con 30 punti su 80 i premi sul VIR.

Con successivi motivi aggiunti, la società ricorrente ha impugnato, *in primis*, il provvedimento di diniego di intervento in autotutela adottato dall'amministrazione convenuta, deducendone l'illegittimità per autonomo difetto di motivazione e carenza di istruttoria, oltre che per illegittimità derivata.

E' stata altresì impugnata la determinazione comunale recante l'approvazione dello schema di scrittura privata, nella parte in cui ha stabilito che costituisce "condizione essenziale per la stipula del contratto definitivo" il rinnovo del vigente contratto di servizio di cui al Rep. 22455 dell'8 agosto 2003, con l'inserimento della previsione della "totale devoluzione onerosa degli impianti di distribuzione, nulla escluso, a favore della Società Rete Gas Fidenza S.r.l. (come previsto dalla Delibera del Consiglio Comunale n. 46 del 30/7/2018)".

A tale riguardo, secondo la tesi della ricorrente, la disciplina relativa alla devoluzione degli impianti di distribuzione avrebbe dovuto essere contenuta nell'ambito della gara per l'affidamento dello specifico servizio e non invece nell'ambito della procedura per la cessione del

capitale sociale al partner industriale.

Si sono costituiti in giudizio GP Infrastrutture S.p.A. (società aggiudicataria) e il Comune di Fidenza, che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Si sono costituiti altresì Ireti S.p.A. e 2i Rete Gas S.p.A., che hanno chiesto il rigetto delle censure svolte in via principale e hanno aderito alla tesi della ricorrente con riferimento al motivo involgente l'illegittimità dell'intera procedura.

La causa è stata infine discussa e trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 30 aprile 2019.

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio rileva che si verte in materia di gara pubblica volta alla cessione totalitaria, ad un socio privato operativo, di quote di partecipazione appartenenti ad una concessionaria di servizio pubblico, controllata da ente pubblico.

Tale fattispecie è disciplinata dal d.lgs. n. 175 del 2016, che obbliga il soggetto pubblico ad indire una procedura ad evidenza pubblica, cui sono riconnesse in via preminente posizioni di interesse legittimo, a fronte di una scelta basata non solo sul prezzo ma anche su aspetti qualitativi, e quindi ricomprendenti aspetti di discrezionalità tecnica e amministrativa.

Sotto altro, concorrente profilo, la controversia risulta avere ad oggetto provvedimenti assimilabili a quelli adottati ad esito di una delle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici di cui all'art. 119, comma 1, lett. c) c.p.a., con ciò che ne consegue in termini di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo e di disciplina sostanziale e processuale applicabile.

Nel merito, il primo motivo del ricorso introduttivo (anticipazione

degli elementi relativi all'offerta economica) è infondato, poiché non risulta, dagli atti acquisiti al fascicolo di causa, che vi sia stata violazione dell'obbligo di segretezza dell'offerta economica.

In particolare, il fatto che nelle buste amministrative siano stati inseriti il contenuto e i limiti dell'autorizzazione ad offrire consentiti dai rispettivi Consigli di amministrazione delle partecipanti, non ha né anticipato alle altre concorrenti l'importo dell'aumento economico offerto (per la contestualità del deposito di offerta amministrativa ed economica), né ha influenzato in modo alcuno il giudizio tecnico che avrebbero dovuto esprimere i commissari di gara.

Invero, individuare il limite massimo dell'offerta economica – specie quando, come nel caso concreto, tale limite sia significativamente al di sopra della base d'asta – non detta alcuna indicazione rilevante su quello che sarà poi l'effettivo importo del rialzo offerto, restando un margine di oscillazione tra base d'asta e rialzo massimo che non permette alcuna previsione ragionevole sui contenuti effettivi dell'offerta economica.

Ad abundantiam, occorre rilevare che nel caso di specie i verbali dei consigli di amministrazione sono stati esaminati dal seggio di gara e non dalla commissione esaminatrice, ovvero da un soggetto avente un ruolo non valutativo, all'interno della procedura.

La censura è dunque infondata.

Quanto al secondo motivo del ricorso introduttivo, occorre premettere che l'interesse coltivato in questo caso dalla società ricorrente è un interesse di tipo strumentale, volto cioè alla caducazione dell'intera procedura, in quanto, in tesi, concepita in modo illegittimo nelle sue regole strutturali.

In particolare, la ricorrente ha contestato radicalmente la correttezza

della determinazione della base d'asta, dal momento che la decisione di cedere al futuro nuovo concessionario la rete e gli impianti avrebbe determinato una spinta al rialzo sul valore industriale di rimborso, a sua volta incidente in modo decisivo sulla fissazione del prezzo di partenza per le offerte in aumento.

Occorre preliminarmente individuare quale sia il pregiudizio oggetto di doglianza, anche al fine di potersi pronunciare sulle eccezioni processuali sollevate da resistente e controinteressata aggiudicataria.

Il ragionamento della difesa di parte ricorrente si basa sui seguenti assunti:

- le deliberazioni che hanno preceduto l'avviso di gara avrebbero di fatto trasformato una vendita di quote societarie nella dismissione della rete pubblica, e ciò sarebbe stato confermato dai riscontri complessivamente forniti dal Comune di Fidenza ai numerosi quesiti posti dalle concorrenti a seguito dell'avviso;
- la decisione di attribuire 80 punti alla componente economica dell'offerta e 20 punti alla componente tecnica avrebbe snaturato la tipologia di gara espletata;
- l'importo posto a base d'asta, per il meccanismo premiale dovuto all'attribuzione di ulteriori 30 punti ove l'offerta economica fosse stata superiore al valore industriale di rimborso (cd. VIR) previamente accertato dalla stazione appaltante, avrebbe condizionato negativamente la proposta di chi, come la ricorrente, aveva presentata un'offerta più aderente al RAB (valore normalmente più basso del VIR) che sarebbe poi stato riconosciuto al gestore entrante dopo l'aggiudicazione della futura gara d'ambito.

Quanto al primo profilo, il motivo è da considerarsi irricevibile, poiché risulta dagli atti che la società ricorrente ha avuto piena conoscenza

delle delibere ritenute lesive almeno fin dal 24 ottobre 2018 (termine ultimo di adesione all'invito), di modo che il ricorso, spedito per la notifica il successivo 24 dicembre, è da ritenersi tardivo.

Quanto al secondo profilo enunciato, la censura è infondata, dal momento che non è ravvisabile, nel caso di specie, alcuna violazione del codice dei contatti pubblici, trattandosi di fattispecie che non rientra nell'ambito di applicazione di tale codice, e per la quale è sufficiente, in termini di legittimità della procedura seguita, il rispetto dell'art. 7, comma 1 (modalità di adozione del relativo atto deliberativo) e dell'art. 10, comma 2 (ossequio ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione) del d.lgs. n. 175 del 2016.

Né l'attribuzione di un maggiore peso alla componente economica dell'offerta può dirsi irragionevolmente sproporzionata, in ragione del particolare oggetto della gara de qua (cessione di partecipazioni societarie).

Quanto infine al terzo profilo di pregiudizio, occorre evidenziare che tale pregiudizio è da considerarsi soltanto futuro e ipotetico, siccome correlato ad una eventuale lesione che la ricorrente subirebbe qualora dovesse divenire aggiudicataria della successiva gara d'ambito.

Paradossalmente, dunque, non solo la lesione denunciata sarebbe esterna alla gara in esame, ma deriverebbe, in modo del tutto virtuale, da un effetto positivo (ovvero l'aggiudicazione) connesso ad una gara successiva, ed ancora neanche indetta.

Con riferimento invece alla procedura odiernamente impugnata, l'importo posto a base d'asta e il meccanismo premiale connesso ad una più favorevole offerta economica sono stati la conseguenza di una scelta discrezionale e programmatica dell'amministrazione procedente, cui non sono ricollegabili, in rapporto alla particolare gara esperita, né

violazioni di legge né irragionevolezza manifesta, e a fronte della quale Italgas ha proposto consapevolmente un'offerta di contenuto economico più modesto proprio nella prospettiva di non subire una lesione futura, ma non certo per evitare un pregiudizio attuale e concreto.

Nulla avrebbe impedito, peraltro, la possibilità per la ricorrente di impugnare la successiva gara d'ambito, qualora dal complesso delle regole di tale procedura fosse emersa in modo chiaro e definitivo una lesione riconducibile all'avvenuta modificazione della clausola del contratto di servizio tuttora vigente tra Comune di Fidenza e attuale concessionaria del servizio (che, vale la pena di ricordare, riguarda un contesto territoriale più ridotto rispetto a quello futuro), in relazione al valore da rimborsare ai concessionari uscenti.

Con i motivi aggiunti - da ritenersi senz'altro ampliativi del *thema decidendum*, anche ai fini del quantum di contributo unificato da versare, dal momento che vengono ivi esplicitamente evidenziati sia i medesimi vizi rilevati con il ricorso introduttivo sia vizi propri -, la società ricorrente ha impugnato la nota di rigetto dell'istanza di autotutela del Comune di Fidenza in riscontro alla nota di Italgas, in data 27/12/2018, e la determinazione n. 1134 del 28/12/2018 del Comune di Fidenza recante l'approvazione dello schema di scrittura privata.

Mentre la censura proposta per illegittimità derivata sconta lo stesso esito negativo già enunciato in ordine ai motivi introdotti con il ricorso, la censura articolata in via di illegittimità autonoma contro la decisione in autotutela dell'amministrazione resistente è da ritenersi inammissibile, in quanto si tratta di atto di conferma a contenuto fortemente discrezionale anche nell'*an* di un provvedimento che comunque resterebbe efficace, se anche il diniego in autotutela fosse

annullato per difetto di motivazione.

La determinazione n. 1134 è invece stata impugnata per motivi speculari a quelli svolti con la seconda censura articolata con il ricorso introduttivo, anche se in tal caso l'interesse ulteriore sottinteso all'impugnazione non è rivolto all'annullamento della gara di cessione della quota, ma ad evitare una potenziale lesione derivante dallo squilibrio immanente nella futura gara di ambito di affidamento del servizio.

La società ricorrente, infatti, ha evidenziato che subordinare la stipula del contratto definitivo di cessione della quota all'inserimento nel futuro contratto di servizio da rinnovare di una clausola che preveda la totale devoluzione onerosa degli impianti di distribuzione a favore della Società Rete Gas Fidenza S.r.l. implicherebbe una modifica del contratto di servizio in essere illegittima, in quanto volta a consentire il trasferimento della rete dal Comune alla società pur nelle more della pubblicazione della relativa gara d'ambito.

La censura è complessivamente inammissibile per carenza di interesse, in virtù delle stesse considerazioni già esposte dal Collegio con riguardo al secondo motivo del ricorso introduttivo.

Invero, come visto, il pregiudizio ravvisato è da considerarsi soltanto futuro e ipotetico, siccome correlato ad una eventuale lesione che la ricorrente subirebbe qualora dovesse divenire aggiudicataria della successiva gara d'ambito.

Inoltre, trattasi di clausola che condiziona la stipulazione di un contratto tra parti distinte dalla società ricorrente, la quale non ha dunque alcuna legittimazione ad agire con riferimento a tale specifico oggetto, in presenza di un'aggiudicazione – prodromica a tale contratto - di cui è stata accertata nel presente giudizio la conformità ai parametri

di legittimità ritenuti violati.

Il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti devono dunque essere complessivamente respinti, secondo quanto indicato nel corpo della motivazione.

Le spese del giudizio possono peraltro essere compensate tra tutte le parti, in ragione della peculiarità e novità della questione esaminata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti - da ritenersi ampliativi del *thema decidendum* -, come in epigrafe proposti, li respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Marco Poppi, Consigliere

Roberto Lombardi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Lombardi

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO