



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 208 del 2018, proposto da Società Dolomiti GNL s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Barbara Bissoli e Matteo Zanoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Comano Terme, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Società Liquigas s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Nikolaus Walter Maria Suck, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta comunale di Comano Terme n. 139 di data 4 settembre 2017 con cui è stata recepita e ritenuta meritevole di interesse pubblico la

proposta di “Project financing” per la progettazione, realizzazione e gestione della rete, distribuzione e fornitura di gas naturale nella frazione di Ponte Arche nel Comune di Comano Terme, inoltrata dalla società Liquigas s.p.a ai sensi dell’art. 183, co. 15, d.lgs. n. 50/2016;

- della deliberazione della Giunta comunale di Comano Terme n. 42 di data 5 aprile 2018 con cui si è dato corso alla procedura aperta per l’affidamento in concessione per la durata di anni 21 della progettazione, realizzazione e gestione della rete alimentata a gas naturale a Ponte Arche, mediante “Project financing” ai sensi dell’art. 183, co. 15, d.lgs. n. 50/2016, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 95, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, ponendo a base di gara la proposta presentata dalla società Liquigas s.p.a., con possibilità per la stessa di esercitare il diritto di prelazione;

- della deliberazione della Giunta comunale di Comano Terme n. 85 di data 20 giugno 2018 con cui è stato modificato il disciplinare della gara per l’affidamento in concessione mediante “Project financing”, ai sensi dell’art. 183, co. 15, d.lgs. n. 50/2016, con diritto di prelazione da parte del promotore, della progettazione, realizzazione e gestione della rete alimentata a gas naturale a Ponte Arche nel Comune di Comano Terme;

- di tutti gli atti della procedura aperta per l’affidamento in concessione per la durata di anni 21 della progettazione, realizzazione e gestione della rete alimentata a gas naturale a Ponte Arche, mediante “Project financing” ai sensi dell’art. 183, co. 15, d.lgs. n. 50/2016, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 95, co. 2, d.lgs. n. 50/2016, ponendo a base di gara la proposta presentata dalla società Liquigas s.p.a., con possibilità per la stessa di esercitare il diritto di prelazione (CIG 74409588C9 – CUP G25JI8000040005), ivi compreso il bando di gara, il disciplinare di gara, la bozza di convenzione ed il progetto di fattibilità;

- di ogni altro atto della procedura di gara, presupposto e conseguente, anche non

conosciuto, ivi compresa l'eventuale aggiudicazione definitiva ed il contratto nel frattempo stipulato o, in subordine, per l'applicazione della sanzione pecuniaria ex art. 123, co. 1 lett. a, cod. proc. amm.,

nonché

per la condanna al risarcimento dei danni subiti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Comano Terme e della società Liquigas s.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2018 il cons. Paolo Devigili e uditi per la ricorrente l'avv. Matteo Zanoni, per l'intimata amministrazione gli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini e per la società controinteressata l'avv. Nikolaus Walter Maria Suck;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Dolomiti GNL s.r.l. impugna gli atti, in epigrafe indicati, della gara indetta dal Comune di Comano Terme per l'affidamento, mediante proposta di Project financing inoltrata dalla società Liquigas s.p.a., della concessione per la progettazione, realizzazione e gestione di una rete isolata di GNL (gas naturale liquido) da realizzarsi nella frazione di Ponte Arche.

L'interessata contesta, in quanto avente natura immediatamente escludente, la clausola contenuta nell'art. 18, comma 2 (*“eventuale revoca della concessione per le gare d'ambito”*), del disciplinare di gara a seguito della modifica introdotta con la deliberazione della Giunta del Comune di Comano Terme n. 139 di data 20 giugno 2018, nella parte in cui prevede, in caso di revoca della concessione a seguito dell'indizione della gara d'ambito da parte della Provincia di Trento, la

preventiva rinuncia da parte del gestore uscente ad agire nei confronti del Comune di Comano Terme per il rimborso del valore degli impianti.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) *Illegittimità degli atti impugnati per violazione degli artt. 30,165,179,180 e 183 d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1 Legge n. 241/1990. Illegittimità per violazione dei principi di libera concorrenza, di non discriminazione, di proporzionalità di efficacia e correttezza. Illegittimità per violazione dei principi contenuti nella decisione Eurostat n. 18 di data 11 febbraio 2004 Treatmen of public-private partnerships, nelle Linee guida ANAC di cui alla determinazione n. 10 del 23 settembre 2015 e nelle Linee guida ANAC n. 9 di cui alla delibera n. 318 del 28 marzo 2018, e per una errata allocazione del rischio. Illegittimità per violazione dell'art. 178 d.lgs. n. 50/2016. Illegittimità per eccesso di potere per illogicità, per irragionevolezza e per ingiustizia manifesta.*

Secondo quanto dedotto, agli impianti isolati di gas naturale liquido - disciplinati dal d.lgs. n. 257/2016 - non sarebbero estensibili analogicamente le disposizioni del d.lgs. n. 164/2000 in materia di reti di trasporto di gas naturale e, dunque, neppure quelle, attuative dell'art. 14, relative al diritto del gestore uscente al rimborso degli impianti che vengono trasferiti al nuovo gestore.

Tuttavia, secondo l'originaria formulazione dell'art. 18, comma 2, del disciplinare della gara in esame, il Comune di Comano Terme si sarebbe reso garante di detto rimborso per l'ipotesi in cui la Provincia autonoma di Trento non avesse inserito nella successiva gara d'ambito il relativo onere a carico del gestore entrante.

La modifica di detta disposizione, introdotta dall'amministrazione con la impugnata deliberazione giunta n. n. 85/2018, nella parte in cui prevede la rinuncia preventiva ad agire nei confronti del Comune di Comano Terme nel caso in cui quest'ultimo non riuscisse a far inserire i valori economici del rimborso da porre a carico del nuovo gestore, costituirebbe onere economico incomprensibile e sproporzionato e comporterebbe l'assunzione, in capo all'operatore economico, di un'obbligazione tale da incidere sulla possibilità di formulare un'offerta, ledendo ab

origine la sfera giuridica del concorrente.

2) *Nullità degli atti impugnati ai sensi dell'art. 21 septies legge n. 241/1990. Nullità per difetto assoluto di motivazione.*

Difetterebbe in capo al Comune di Comano Terme l'attribuzione del potere di indire la gara in esame, essendo prevista l'obbligatorietà dello svolgimento, da parte della Provincia autonoma di Trento, delle funzioni di stazione appaltante nelle gare per la distribuzione del gas naturale.

3) *Annulamento degli atti di gara successivi e dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 121 e 122 c.p.a. – applicazione della sanzione pecuniaria ex art. 123 c.p.a.*

Dal richiesto annullamento, o dalla declaratoria di nullità, degli atti di gara conseguirebbe anche l'annullamento dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva nonché la declaratoria di inefficacia del successivo contratto o, in subordine, l'applicazione nei confronti dell'amministrazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 123, co. 1, lett. a), c.p.a.

4) *Risarcimento dei danni.*

La società ricorrente avrebbe sopportato spese, quantificate in Euro 52.601,00, per l'apprestamento della propria offerta, rivelatesi inutili a seguito della modifica, successivamente intervenuta, della clausola contenuta nell'art. 18, comma 2, del disciplinare: sussisterebbe quindi la responsabilità precontrattuale del Comune di Comano Terme, tenuto a rimborsare detto importo a titolo risarcitorio.

Con decreto monocratico n. 12 di data 3 agosto 2018 è stata accolta, ex artt. 37 e 44 cod. proc. amm., l'istanza di Dolomiti GNL di rimessione in termini al fine di rinnovare la notificazione del ricorso alla società controinteressata Liquigas che, nelle more della pubblicazione degli atti di gara, ha trasferito la propria sede legale senza darne comunicazione alla stazione appaltante.

Si sono costituiti il Comune di Comano Terme e la società Liquigas, eccependo l'inammissibilità del ricorso sia per tardività dello stesso, in particolare per

l'inesistenza dei presupposti idonei a concedere la disposta rimessione in termini, sia per la mancata partecipazione di Dolomiti GNL alla gara indetta dall'amministrazione comunale, non potendosi su tale ultimo profilo ravvisarsi nella modifica dell'art. 18, co.2, del disciplinare la sussistenza di una clausola immediatamente escludente la partecipazione alla gara, e comunque contestando nel merito la fondatezza dei sopra visti dedotti motivi e delle conseguenti domande formulate in giudizio.

Con ordinanza n. 34 di data 14 settembre 2018 il Collegio ha respinto la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia degli atti impugnati.

Nel prosieguo le parti hanno depositato memorie difensive e di replica insistendo per l'accoglimento delle contrapposte conclusioni.

Alla pubblica udienza del 8 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dalla disamina dell'eccezione di irricevibilità del ricorso per pretesa tardività, essendo comunque il gravame in parte inammissibile, atteso che la società ricorrente non ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Comano Terme e che non sussistono le condizioni per attribuire alla clausola dettata nell'art. 18, comma 2, del disciplinare di gara adottato dal comune di Comano Terme il carattere di clausola immediatamente escludente, ed in parte infondato.

2. In ordine al primo motivo deve anzitutto rammentarsi che costituisce ius receptum (cfr. Ad. Plen. n. 4/2011 e n. 1/2003), da ultimo confermato nella recente sentenza dell'Ad. Plen. n. 4/2018, la regola generale in base alla quale soltanto il concorrente che ha partecipato alla gara ha titolo per impugnare le clausole del bando, ad eccezione delle ipotesi relative alla sussistenza di clausole escludenti.

3. Tale eccezione alla regola generale non è ravvisabile nella fattispecie in esame, posto che la clausola contenuta nel comma 2 dell'art. 18 del disciplinare adottato dal Comune di Comano Terme, anche nella versione introdotta con la deliberazione della Giunta comunale, non preclude, e neppure è tale da ostacolare, la

partecipazione alla indetta gara.

4. Pur volendo porre in disparte il fatto (documentato in atti - cfr. all.to 8 fasc. Comune) che la controinteressata società Liquigas s.p.a. ha regolarmente e tempestivamente presentato la propria offerta, ed è stata ammessa alle fasi successive pur in costanza della cennata modifica del disciplinare di gara, con ciò dovendosi preliminarmente smentire l'asserita impossibilità oggettiva e la non utile convenienza, per gli operatori del settore, della partecipazione, circostanze queste dedotte dalla ricorrente per sostenere il carattere escludente della modificazione apportata all'art. 18, comma 2 del disciplinare), deve osservarsi quanto segue.

4.1. L'originaria versione dell'art. 18, comma 2, del disciplinare (*"eventuale revoca della concessione per le gare d'ambito"*) recita: *"Nel caso L'Ente concedente decida di partecipare alle gare d'ambito, revocando la concessione nei modi e nei tempi di cui al comma 1, il Comune riconosce al Concessionario il diritto al rimborso del valore degli impianti e delle sue estensioni, al netto degli ammortamenti, secondo la disciplina recata dagli articoli 14, comma 8 prima parte e 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, disciplina che qui è assunta quale patto contrattuale di criterio di calcolo del rimborso, ancorché le norme possano essere modificate e/o abrogate (rinvio statico). Il Comune provvederà a far inserire nel bando della gara d'ambito i valori economici del rimborso da porre a carico del nuovo gestore d'ambito, senza oneri o costi in capo al Concessionario. Il valore del rimborso al Concessionario è pari, in tal caso, al valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti calcolati sulla durata utile degli impianti ovvero, nel caso in cui le opere non abbiano ancora superato la fase del collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal Concessionario"*.

4.2. A seguito della modifica, adottata espressamente per finalità di chiarimento, introdotta con la deliberazione giuntale n. 85 del 20 giugno 2018, l'art. 18, comma 2, è del seguente tenore: *"Nel caso l'Ente concedente decida di partecipare alle gare d'ambito, revocando la concessione nei modi e nei tempi di cui al comma 1, il*

nuovo gestore riconoscerà al Concessionario il rimborso del valore degli impianti e delle sue estensioni, al netto degli ammortamenti, secondo la disciplina recata dagli articoli 14, comma 8 prima parte e 15, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, disciplina che qui è assunta quale patto contrattuale di criterio di calcolo del rimborso, ancorché le norme possano essere modificate e/o abrogate (rinvio statico). Qualora il rimborso del valore così calcolato determini un risultato inferiore a quanto previsto al punto 1 (art. 176 del nuovo codice dei contratti), il Nuovo Gestore riconoscerà anche la differenza rispetto a quest'ultimo. Il Comune provvederà a far inserire nel bando della gara d'ambito i valori economici del rimborso da porre a carico del Nuovo Gestore d'ambito, senza oneri o costi in capo al Concessionario che non potrà comunque avanzare riverse nei confronti del Comune stesso. Il valore del rimborso al Concessionario è pari in tal caso al valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti calcolati sulla durata utile degli impianti ovvero, nel caso in cui le opere non abbiano ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal Concessionario”.

5. Ciò posto, deve anzitutto rilevarsi che l'art. 216 (disposizioni transitorie e di coordinamento) del nuovo codice dei contratti pubblici, al comma 27 quinquies dispone – fra l'altro – che alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale indette dalle amministrazioni aggiudicatrici continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164, recante *“Attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 della L. 17 maggio 1999, n. 142”*.

Orbene: l'art. 14 (*“attività di distribuzione”*) del suddetto decreto prevede il caso di investimenti realizzati sugli impianti oggetto di trasferimento di proprietà nei precedenti affidamenti o concessioni, e a tal riguardo il comma 8, come ribadito nel successivo comma, individua nel *“nuovo gestore”*, e non nell'amministrazione, il

soggetto tenuto a subentrare nelle garanzie in misura pari al valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente.

5.1. L'art. 14 del suddetto decreto è espressamente richiamato come "patto contrattuale" stabilito dal Comune di Comano Terme per regolare la gara in questione nell'ipotesi di eventuale revoca della concessione in affidamento a seguito dell'indizione della gara d'ambito, ed il rinvio all'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000 ("rinvio statico") è contenuto sia nell'originaria versione dell'art. 18, co. 2, del disciplinare di gara, sia in quella successivamente introdotta con la deliberazione giuntale n. 85/2018.

5.2. Non può dunque affermarsi, come sostenuto dalla ricorrente, che il Comune di Comano Terme, nell'esprimere nella nuova versione dell'art. 18, co. 2, del disciplinare la propria esenzione dalle rivalse del distributore uscente, si sarebbe illegittimamente sottratto ad un obbligo che gli competerebbe ex lege, e ciò sul presupposto che l'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000 non sarebbe estendibile analogicamente alle reti isolate di gas naturale liquido.

5.3. L'espresso rinvio del disciplinare alla normativa contenuta nell'art. 14 del d.lgs. ha infatti assunto il carattere di "patto contrattuale" destinato a regolare negozialmente, fin dall'inizio, il rapporto fra l'amministrazione comunale che ha indetto la gara ed i partecipanti alla stessa, né si ravvisano motivi per ritenere illegittima tale pattuizione.

6. Inoltre l'esame della surriferita prima versione dell'art. 18, co 2, del disciplinare non può prestarsi all'interpretazione suggerita dalla ricorrente: vero è che in tale versione era indicato che il Comune "*riconosce al concessionario il diritto al rimborso*", ma è altrettanto vero che, nel prosieguo della medesima disposizione, era già stabilito che il rimborso veniva posto a carico del nuovo gestore d'ambito, e che il Comune avrebbe (solo) provveduto a far inserire nel bando di tale successiva gara i valori economici del rimborso: tale era l'obbligazione (avente ad oggetto un

facere e non un dare) assunta dal Comune di Comano Terme, e questa è stata mantenuta anche nella nuova versione della citata disposizione del disciplinare.

7. Peraltro la clausola contenuta nell'art. 18, co. 2, del disciplinare, come rettammente intesa, non è assimilabile a quelle, individuate dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 4/2018 (cfr. § 16.4), in presenza delle quali è stata riconosciuta la natura immediatamente ostativa alla partecipazione, tale da consentire al concorrente non partecipante l'immediata impugnazione: non si tratta infatti di una clausola impositiva di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, né impositiva di regole che rendono la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile, o di disposizione abnorme o irragionevole che renda il impossibile il calcolo della convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione o di condizione negoziale che renda il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, né infine di clausola impositiva di obblighi *contra ius*.

8. Deve infine condividersi quanto rilevato dalla difesa della controinteressata per contestare la natura immediatamente escludente che la ricorrente pretende attribuire all'art. 18, comma 2, del disciplinare.

8.1. Invero il pregiudizio temuto da Dolomiti GNL viene fatto derivare, pur aderendo alle tesi della ricorrente, da una serie di avvenimenti allo stato attuale del tutto ipotetici, futuri ed eventuali, quali segnatamente il coinvolgimento del Comune di Comano Terme nella gara d'ambito che verrà indetta dalla Provincia autonoma di Trento, la successiva revoca della concessione in affidamento con la presente gara, l'omesso inserimento nel bando della gara d'ambito del valore economico del rimborso spettante al nuovo concessionario e il rifiuto del nuovo gestore di provvedere al pagamento di quanto spettante al concessionario uscente, non garantito dal Comune.

8.2. Trattasi di eventi futuri, il cui verificarsi è attualmente del tutto eventuale ed incerto, mentre per riconoscere la natura immediatamente ostativa alla

partecipazione, secondo i principi enucleati dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, occorre, come si è detto, che la clausola sia di per sé preclusiva, o gravemente limitativa, della partecipazione, non potendo valere una semplicemente preconizzata aleatorietà delle fasi successive.

9. In conclusione il primo motivo del ricorso è inammissibile, in quanto la ricorrente non ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Comano Terme e la clausola contenuta nell'art. 18, co.2, del disciplinare non riveste carattere immediatamente ostativo alla partecipazione.

10. Passando al secondo motivo, con il quale - come sopra si è visto - la ricorrente deduce la nullità del bando indetto dal Comune di Comano Terme per carenza di potere in capo all'amministrazione comunale, va osservato quanto segue.

10.1. L'art. 34 della L.p. n. 20/2012 (*Legge provinciale sull'energia*) riserva alla Giunta provinciale di Trento l'indizione della gara d'ambito unico a livello provinciale, ma non preclude certo la possibilità che medio tempore ed in attesa di tale indizione - nei fatti continuamente procrastinata - il Comune, ente esponenziale della collettività locale, possa provvedere autonomamente alla realizzazione di una rete isolata di GNL, peraltro coordinando, proprio mediante la disposizione dell'art. 18 del disciplinare di gara, la procedura attivata - qui in esame - con quella che eventualmente verrà indetta per il territorio trentino dalla Giunta provinciale.

11. Il motivo è dunque infondato e da ciò deriva, in uno alla rilevata inammissibilità del primo motivo, l'infondatezza anche del terzo con cui - come sopra si è visto - la ricorrente chiede l'annullamento degli atti di gara successivi all'indizione della stessa e l'applicazione nei confronti del Comune di Comano Terme della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 123 cod. proc. amm.

12. Quanto alla domanda di risarcimento dei danni (rimborso delle spese sostenute per l'elaborazione dell'offerta di partecipazione, non presentata), formulata con il quarto motivo e ancorata alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione comunale, quanto rilevato nei punti 5.3. e 6 che precedono, esclude la fondatezza anche di tale richiesta.

13. In definitiva il ricorso è in parte inammissibile ed in altra parte infondato.

14. Le spese seguono la soccombenza e vengono poste a carico della ricorrente nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo dichiara in parte inammissibile ed in parte infondato.

Condanna la società Dolomiti GNL s.r.l a rifondere al Comune di Comano Terme e alla società Liquigas s.p.a. le spese di giudizio nella misura, a favore di ciascuna delle predette parti, di Euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre al rimborso forfetario per spese generali e agli accessori di legge.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Paolo Devigili, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Devigili

IL PRESIDENTE

Roberta Vigotti

IL SEGRETARIO