

R E P U

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7397 del 2009,
proposto da:

Gruppo Gea s.p.a., in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto
Colagrande, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via Paisiello, n. 55;

contro

S.O.L.E.A. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ivo Formigaro,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro
Scarselli, in Roma, via Boncompagni, n. 93;

nei confronti di

Linea Piu' s.p.a., anche appellante incidentale, in persona
del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avv. Paola Chirulli, Francesco Ferrari e Stefano
Vinti, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in
Roma, via Emilia n. 88;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia - Sezione Staccata di

Brescia, Sezione II, n. 01046/2009, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto da Gruppo GEA s.p.a. per l'annullamento del provvedimento con il quale la S.O.L.E.A. s.r.l. ha pronunciato la decadenza di detta società dalla aggiudicazione della gara indetta per la cessione di contratti di vendita del gas naturale ai clienti finali residenti nel Comune di Sospiro e la sua esclusione dalla gara medesima; nonché del conseguente provvedimento di aggiudicazione dei contratti nei confronti della Linea Più S.r.l., dell'eventuale conseguente contratto di cessione e di ogni atto connesso, ivi compresi, per quanto occorrer possa, il bando di gara e gli allegati; inoltre per la condanna della S.O.L.E.A. s.r.l. al risarcimento, anche in forma specifica, dei danni subiti. Con l'atto di appello sono state anche reiterate le richieste di detti annullamento e condanna.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.O.L.E.A. s.r.l. e di Linea Più s.p.a., che ha proposto anche appello incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Colagrande, Formigaro e Chirulli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in appello in esame il Gruppo Gea s.p.a. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato respinto il ricorso proposto da essa società per l'annullamento del provvedimento con il quale la S.O.L.E.A. S.r.l. aveva disposto la decadenza del Gruppo suddetto (perché risultato destinatario di un provvedimento dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas secondo il quale bollette emesse per forniture di uso domestico apparivano solo in parte conformi a quanto previsto dalla deliberazione dell'Autorità n. 152706) dalla aggiudicazione della gara indetta per la cessione di contratti di vendita del gas naturale ai clienti finali residenti nel Comune di Sospiro e la sua esclusione dalla gara medesima. Con l'atto introduttivo del giudizio era stato chiesto anche l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dei contratti in favore della Linea Più s.r.l., dell'eventuale conseguente contratto di cessione, del bando di gara e degli allegati (compreso lo schema di domanda e di partecipazione alla gara); oltre alla condanna della S.O.L.E.A. S.r.l. al risarcimento del danno. Con l'atto di appello è stata ribadita la richiesta di annullamento di detti atti e di risarcimento dei danni subiti.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Erroneità della gravata decisione in relazione al primo motivo del ricorso introduttivo con il quale era stata lamentata la violazione di norme e principi a tutela del contraddittorio ed il difetto di istruttoria e di motivazione. Con la sentenza erroneamente non è stata accolta la

censura di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento prima della adozione del provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione dell'appellante nell'assunto che era stata posto in essere un atto mancata conferma di un'aggiudicazione provvisoria, senza considerare che il coinvolgimento dell'interessato è necessario anche in tal caso. Peraltro l'appellante aveva già conseguito l'aggiudicazione definitiva.

2.- Erroneità della gravata decisione in relazione al secondo motivo del ricorso di primo grado con il quale era stata lamentate violazione della "lex specialis" della gara, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione di norme e principi generali in tema di gare pubbliche, irragionevolezza manifesta e sviamento.

Erroneamente la stazione appaltante ha ritenuto che la contestazione circa due fatture emesse in passato per forniture elettriche ricevute dall'appellante da parte dell'Autorità di settore avesse comportato violazione dell'art. 9, lettera a), del disciplinare di gara.

La sentenza è basata sull'incondivisibile assunto che il disciplinare di gara, laddove pretendeva che i concorrenti si dovevano impegnare a garantire un sistema di fatturazione conforme ai dettami dell'Autorità, dovesse essere interpretato non solo nel senso che l'impegno riguardava il futuro, così ponendo un ulteriore requisito a carico dei ricorrenti e stravolgendo il disciplinare di gara.

3.- Fondatezza delle censure formulate con il terzo motivo del ricorso introduttivo: travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, irragionevolezza manifesta, difetto di

istruttoria e di motivazione, violazione del principio di proporzionalità.

La revoca e la esclusione impugnate non potrebbero ritenersi legittime neppure nell'ipotesi in cui siano state disposte ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163/2006 non essendo stata accertata alcuna grave errore nell'esercizio della attività professionale dell'impresa, né negligenza o malafede.

4.- L'importo liquidato a seguito della condanna alle spese è ingiustificato con riguardo alla complessità delle questioni oggetto del giudizio ed al comportamento processuale della appellante.

5.- All'accoglimento dell'appello è stato chiesto che debba conseguire, oltre al subentro della appellante nei contratti di vendita del gas, anche il risarcimento dei danni subiti, considerato che il bando di gara prevedeva il subentro della parte aggiudicataria dall'1.10.1998, sicché all'epoca della proposizione del ricorso in appello la somma per tanto dovuta ammontava ad € 69.552,00, anche a titolo di reintegrazione specifica, oltre a quanto dovuto nell'ipotesi di mancato subentro nei contratti.

Con atto depositato il 25.9.2009 si è costituito in giudizio la S.O.L.E.A. s.r.l., che ha eccepito la inammissibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con controricorso ed appello incidentale notificato il 28.9.2009 e depositato il 30.9.2009 la società Linea Più s.p.a. si è costituita in giudizio, deducendo la infondatezza del gravame (in particolare perché il punto 9, lettera a) del bando aveva natura di requisito di partecipazione, a

nulla valendo che l'inadempienza era stata individuata in un settore diverso da quello oggetto di gara) e, considerato che la sentenza de qua non si era pronunciata sul ricorso incidentale proposto in primo grado, ha dedotto che il Gruppo Gea s.p.a. non era in possesso "ab origine" dei requisiti di partecipazione alla gara, per i seguenti motivi:

1.- L'offerta del Gruppo Gea s.p.a. era comunque viziata da irregolarità e dichiarazioni non veridiche tali da determinare in capo ad essa l'assenza dei requisiti di idoneità professionali richiesti.

Il provvedimento dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas adottato il 7.8.2008 nei confronti del Gruppo di cui trattasi, quindi in epoca precedente allo svolgimento della gara de qua, inficiava in maniera sostanziale la sua trasparenza e l'affidabilità professionale.

Detto evento è riconducibile al disposto di cui al secondo periodo dell'art. 38, lettera f) del d. lgs. n. 163/2006, che prevede l'esclusione dei soggetti che hanno commesso un errore grave, sicché il Gruppo suddetto avrebbe dovuto essere escluso fin dalla prima fase della gara de qua.

Con memoria depositata il 28.6.2011 la società Linea Più s.p.a. ha ribadito tesi e richieste.

Con note depositate il 28.6.2011 il Gruppo Gea s.p.a., ribadite tesi e richieste, ha chiesto la reintegrazione in forma specifica ed il risarcimento del danno già subito, quantificando il € 270.864,00 il valore di acquisto dei contratti e quindi il danno emergente, nonché in € 560.000,00 il lucro cessante.

Con memoria depositata il 4.7.2011 la S.O.L.E.A. s.r.l. ha

replicato alle avverse argomentazioni, ribadendo tesi e richieste ed eccependo che l'appellante non ha individuato le componenti essenziali del presunto illecito, la prova del quale gravava su di esso, in particolare con riferimento alla sussistenza di dolo o colpa grave dell'Amministrazione e del nesso di consequenzialità tra l'atto di revoca ed i presunti danni patiti (considerato peraltro che, messa, a seguito di ordinanza cautelare, in condizione di subentrare nell'attività, ha comunicato di essere disponibile solo con mesi di ritardo).

Con memoria di replica depositata il 4.7.2011 la società Linea Più s.p.a. ha ribadito tesi e richieste e, evidenziata la infondatezza della richiesta di risarcimento del danno, comunque non esperibile nei suoi confronti, ha dedotto che la liberalizzazione del mercato del gas osterebbe comunque alla reintegrazione della appellante.

Alla pubblica udienza del 15.7.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il ricorso in appello in esame ha per oggetto la richiesta di annullamento da parte del Gruppo Gea s.p.a. della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, di reiezione del ricorso proposto dalla società stessa per l'annullamento del provvedimento con il quale la S.O.L.E.A. s.r.l. aveva pronunciato la decadenza di detta società dalla aggiudicazione della gara indetta per la cessione di contratti di vendita del gas naturale ai clienti finali residenti nel Comune di Sospiro e la sua esclusione dalla gara medesima; nonché del conseguente

provvedimento di aggiudicazione dei contratti nei confronti della Linea Più s.r.l., dell'eventuale conseguente contratto di cessione, per quanto occorrer possa, del bando di gara e degli allegati. Con il ricorso era stata anche chiesta la condanna della S.O.L.E.A. s.r.l. al risarcimento, anche in forma specifica, dei danni subiti. La sentenza ha anche dato atto che la infondatezza del ricorso principale esimeva dalla disamina del ricorso incidentale proposto da Linea Più s.p.a.. Con l'atto di appello è stata ribadita la richiesta di ottenimento di detti annullamento e condanna.

2.- Osserva preliminarmente al riguardo la Sezione che l'esame prioritario del ricorso principale rispetto a quello incidentale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora quello principale risulti manifestamente infondato (Consiglio Stato A.P., 7 aprile 2011, n. 4).

Pertanto nel caso che occupa, in cui l'appello, come sarà in seguito dettagliatamente esposto, e quindi il ricorso introduttivo del giudizio è fondato, deve procedersi preliminarmente alla disamina della fondatezza dell'appello incidentale con il quale la società Linea Più s.p.a., considerato che la sentenza impugnata non si era pronunciata sul ricorso incidentale proposto in primo grado, ha dedotto che il Gruppo Gea s.p.a. non era in possesso "ab origine" dei requisiti di partecipazione alla gara, per i seguenti motivi:

1) L'offerta di detto Gruppo sarebbe stata comunque viziata da irregolarità e dichiarazioni non veridiche tali da determinare in capo ad essa l'assenza dei requisiti di

idoneità professionali richiesti.

Secondo l'appellante incidentale il provvedimento dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas adottato il 7.8.2008 nei confronti del Gruppo di cui trattasi, quindi in epoca precedente allo svolgimento della gara de qua, inficiava in maniera sostanziale la sua trasparenza e l'affidabilità professionale, considerato che, ai sensi del punto 9, lettera a) del bando, i partecipanti dovevano dichiarare di garantire l'uso di un sistema di fatturazione in linea con quanto disposto dall'A.E.E.G., nonché di prendere atto dell'obbligo di svolgere l'attività di vendita nell'osservanza di tutte le norme vigenti emesse da detta Autorità.

Detta condotta sarebbe riconducibile al disposto di cui al secondo periodo dell'art. 38, lettera f) del d. lgs. n. 163/2006, che prevede l'esclusione dei soggetti che hanno commesso un errore grave, sicché il Gruppo suddetto avrebbe dovuto essere escluso fin dalla prima fase della gara de qua.

2.1.- Considera al riguardo la Sezione che l'art. 38, comma 1), lettera f), del d.lgs. n. 163/2006 (secondo il quale l'esclusione dalle procedure di affidamento di concessioni o di appalti di lavori, forniture e servizi a carico dei soggetti che abbiano commesso, secondo una motivata valutazione della stazione appaltante, grave negligenza o malafede nella esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, ovvero che siano incorsi in errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante) è finalizzato a

reprimere ogni condotta atta a minare la legittima aspettativa della stazione appaltante non solo ad una esecuzione a regola d'arte dei lavori affidati al privato, ma anche alla esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto secondo il canone della buona fede in senso oggettivo. Ne consegue che la regola della lealtà contrattuale nella fase di esecuzione delle prestazioni implica, non solo il rispetto del canone della esecuzione a regola d'arte della prestazione dedotta in contratto, ma anche l'assunzione di un contegno ispirato a correttezza e probità contrattuale.

Ciò comporta che l'esclusione dalle gare pubbliche per inaffidabilità delle imprese concorrenti per grave negligenza e malafede commessa nel corso di esecuzione di precedenti contratti pubblici può essere pronunciata in termini di automaticità soltanto quando il comportamento di deplorable trascuratezza e slealtà sia stato posto in essere in occasione di un pregresso rapporto negoziale intercorso con la stessa stazione appaltante che indice la gara.

In caso contrario, invece, il giudizio di inaffidabilità professionale su un'impresa partecipante ad una gara pubblica è subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso, nonché a valutare gravità e rilevanza sul piano professionale di precedenti risoluzioni contrattuali comminate da altre Amministrazioni.

Ciò che rileva a detti fini è che l'errore ascritto sia

espressione di un difetto di capacità professionale e lo stesso, nella sua obiettiva rilevanza, costituisca elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico perseguiti dall'ente committente.

La violazione deve quindi essere tanto grave da escludere l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario, tale da costituire violazione dei principi di correttezza e buona fede, determinando il venir meno della fiducia dell'amministrazione nella propria fornitrice e della possibilità futura del corretto svolgimento del rapporto contrattuale.

A tal fine, il concetto normativo di "violazione dei doveri professionali" abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili alla negligenza, all'errore ed alla malafede, purché tutte qualificabili "gravi" e richiede che la responsabilità risulti accertata e provata con qualsiasi mezzo di prova, sebbene senza la necessità di una sentenza passata in giudicato.

Pertanto nell'apprezzamento dell'errore grave nell'esecuzione di precedenti forniture si deve procedere in maniera particolarmente rigorosa, evidenziando tutti i profili di specificità che consentano di giustificare un giudizio complessivo di inaffidabilità e di incapacità tecnica dell'impresa che si intende escludere dalla gara.

E' quindi all'Amministrazione aggiudicatrice che compete il potere di valutare la gravità delle infrazioni commesse, con riferimento alla specificità del rapporto, e reputare se sia conseguentemente venuto meno il rapporto fiduciario

con la stessa impresa.

Nel caso che occupa la società Gruppo Gea s.p.a. è stata riconosciuta essere stata destinataria di un provvedimento da parte dell'Autorità garante dell'energia elettrica e del gas, consistente in una deliberazione del 7 agosto 2008, nella quale l'Autorità dichiarava di aver accertato che la Gruppo Gea aveva emesso bollette per forniture ad uso domestico solo in parte conformi a quanto previsto dalla deliberazione della Autorità n. 152/06, nonché che non aveva garantito ai clienti finali la necessaria trasparenza sull'identità "del soggetto utente del trasporto e del dispacciamento per il punto di prelievo".

La commissione di gara ha disposto la esclusione di detta società, non per violazione del disposto dell'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163/2006, ma perché ha ritenuto che essa, in base ai dati sopra accertati dall'Autorità, non garantisse un regolare sistema di fatturazione, in difformità da quanto richiesto dal bando del 18 luglio 2008 e dalla relativa lettera di invito circa il dovere dell'impresa affidataria di "garantire l'uso di un sistema di fatturazione in linea con quanto disposto dall'Autorità garante dell'energia elettrica e del gas" nonché di "prendere atto dell'obbligo di svolgere l'attività di vendita nell'osservanza di tutte le norme vigenti" emesse dalla predetta Autorità.

La Sezione ritiene che effettivamente le irregolarità, cui sopra si è fatto cenno, comunque non formalmente qualificate gravi dalla Autorità che le aveva rilevate, non fossero neppure obiettivamente tali da configurare gravi

negligenza, o errore, o malafede, stante la loro ascrivibilità a mere inadempienze neppure sanzionate dalla Autorità stessa, la quale si è limitata ad ordinare che detto Gruppo assicurasse la piena conformità dei propri documenti di fatturazione.

Pertanto legittimamente la appellante principale non è stata esclusa dalla gara di cui trattasi per violazione dell'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163/2006.

L'appello incidentale in esame non è quindi suscettibile di positiva valutazione.

3.- Può essere quindi esaminato il primo motivo dell'appello principale, che comunque precede logicamente gli altri, riguardando la regolarità del procedimento, con il quale la società Gruppo Gea s.p.a. ha dedotto la erroneità della appellata sentenza nella parte in cui non è stata accolta la censura di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento prima della adozione del provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione dell'appellante, nell'assunto che non trattavasi di revoca dell'aggiudicazione definitiva ma di mancata conferma di un'aggiudicazione provvisoria.

L'assunto non sarebbe condivisibile perché il coinvolgimento dell'interessato è necessario anche nel caso di accertamenti preliminari alla conferma dell'aggiudicazione provvisoria, con la conseguenza che la mancanza di detta comunicazione ha comportato anche difetto di istruttoria e di motivazione.

Peraltro, secondo il motivo, l'appellante aveva già conseguito l'aggiudicazione definitiva.

3.1.- Osserva in proposito la Sezione che, come

condivisibilmente rilevato dal T.A.R., anche se il testo del provvedimento impugnato fa riferimento alla “decadenza” dalla “aggiudicazione definitiva” così come deliberata in una seduta del Consiglio di amministrazione della S.O.L.E.A. s.r.l. il “24 settembre 2008” è stata adoperata una terminologia imprecisa, sia perché la decadenza dall’aggiudicazione può essere disposta con riguardo ad una aggiudicazione valida della quale non si siano rispettate le condizioni, sia perché nel verbale del Consiglio di amministrazione del 22 e non del 24 settembre, si fa cenno ad una gara aggiudicata in via provvisoria e si delibera di non aggiudicarla in via definitiva alla attuale appellante.

Posto che nel caso di specie era stata disposta la revoca non di una aggiudicazione definitiva, ma provvisoria, va osservato che questa ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento, se pur necessario, non decisivo, perché la individuazione definitiva del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela (Consiglio Stato, sez. V, 08 marzo 2011, n. 1446).

La censura non è quindi suscettibile di positiva valutazione.

4.- Con il secondo motivo di appello è stato dedotto che erroneamente la stazione appaltante ha ritenuto che la contestazione circa due fatture emesse in passato per forniture elettriche ricevute dall'appellante da parte dell'Autorità di settore avesse comportato violazione dell'art. 9, lettera a), del disciplinare di gara, perché il bando pretendeva che i concorrenti fossero titolari dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 7 e che si impegnassero a gestire l'attività in modo rigoroso, ma non che potesse essere escluso un concorrente in possesso dei prescritti requisiti e che avesse reso dette dichiarazioni di impegno sol perché aveva ricevuto da detta Autorità contestazioni per condotte assunte prima della celebrazione della gara e non solo relative non alla attività oggetto di gara (vendita del gas) ma a quella di vendita della energia elettrica, ma anche di scarso rilievo. Con la sentenza detti rilievi sono stati superati nell'incondivisibile assunto che il disciplinare di gara, laddove pretendeva che i concorrenti dovessero impegnarsi a garantire un sistema di fatturazione conforme ai dettami dell'Autorità, dovesse essere interpretato non nel senso che l'impegno riguardava il futuro, così ponendo un ulteriore requisito a carico dei ricorrenti perché si verteva in materia di contratto ad esecuzione istantanea e l'Amministrazione era priva di qualsiasi potere di controllo sulla fase successiva al trasferimento dei contratti "de quibus".

Secondo l'appellante così facendo il T.A.R. avrebbe stravolto ed inammissibilmente integrato il disciplinare di gara, senza considerare che esso pretendeva, oltre quella

di cui trattasi, anche altre dichiarazioni di impegno non altrimenti interpretabili che come impegni assunti per la fase operativa successiva alla cessione dei contratti.

La impugnata sentenza, pur invocando l'ordinamento civilistico, avrebbe comunque omesso di considerare che l'Amministrazione, in relazione alla fase successiva alla cessione del ramo di azienda, se pur fosse priva di "potestà" non sarebbe priva di "diritti", essendo tutelata ex art. 1372 e 1453 del c.c. e comunque potendo chiedere il risarcimento danni.

Il contratto de quo, anche se era ad esecuzione istantanea, comportava comunque, secondo la parte appellante, l'assunzione da parte del cessionario di varie obbligazioni, alcune delle quali, come gli impegni cui sopra è stato fatto cenno, non erano ad esecuzione istantanea.

Pertanto la decadenza e la esclusione impuginate sarebbero affette da illegittimità, non potendo addebitarsi all'appellante alcun difetto di requisiti essenziali per l'aggiudicazione o violazione di norme di gara previste a pena di esclusione.

4.1.- Dette censure sono, ad avviso della Sezione, fondate. Va premesso che nel bando di gara e nella relativa lettera di invito era previsto che l'impresa affidataria dovesse "garantire l'uso di un sistema di fatturazione in linea con quanto disposto dall'Autorità garante dell'energia elettrica e del gas" nonché di "prendere atto dell'obbligo di svolgere l'attività di vendita nell'osservanza di tutte le norme vigenti" emesse dalla predetta Autorità (l'obbligo di redigere l'istanza stessa secondo il modello è previsto

in modo espresso all' art. 9 quarto paragrafo lettera a) del bando; gli impegni di cui alle citazioni sono previsti alle lettere m) e s) del modello).

La stazione appaltante (a seguito del riscontrato accertamento da parte dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas del fatto che detto Gruppo aveva emesso bollette per forniture ad uso domestico solo in parte conformi a quanto previsto dalla deliberazione della Autorità n. 152/06, nonché che non aveva garantito ai clienti finali la necessaria trasparenza sull'identità "del soggetto utente del trasporto e del dispacciamento per il punto di prelievo") ha dichiarato la società Gruppo Gea s.p.a. decaduta dall'aggiudicazione provvisoria, ritenendo che essa, in base ai dati sopra accertati dall'Autorità, non garantisse un regolare sistema di fatturazione, in difformità da quanto richiesto dalle suddette prescrizioni del bando

Il T.A.R. ha ritenuto che dette clausole costituissero veri e propri requisiti di partecipazione, considerato che il contratto da aggiudicare con la gara per cui è causa aveva per oggetto la "cessione del ramo di attività relativo alla vendita del gas metano ai clienti finali" ed era quindi da considerare un contratto ad esecuzione istantanea, assimilabile alla vendita di un ramo di azienda.

Ha quindi ritenuto applicabili gli artt. 1367 e 1369 del codice civile, per quali il testo contrattuale va inteso nel senso in cui possa avere qualche effetto e coerente con la natura e l'oggetto del contratto de quo. Pertanto, poiché quando il passaggio della titolarità del diritto ceduto ha avuto luogo di regola impegni esecutivi non ne residuano,

un impegno a garantire nei confronti dei clienti facenti parte del portafoglio ceduto un dato comportamento non avrebbe avuto significato alcuno, non essendovi verso il cedente alcun impegno a gestire nel tempo un servizio da rendere a terzi secondo certi livelli qualitativi.

Secondo il primo Giudice, poiché un simile impegno avrebbe potuto essere il risultato solo di un contratto atipico, in cui alla cessione si aggiungesse un impegno, a favore dei terzi, e siccome una clausola siffatta non trova alcun riscontro nel bando di gara, la clausola contrattuale in esame, per evitare una interpretazione abrogatrice, doveva essere interpretata requisito di partecipazione, espressivo una volontà della s.r.l. S.O.L.E.A. di cedere i contratti di cui trattasi solo a una controparte dotata di certi requisiti di affidabilità e correttezza commerciale.

Il T.A.R. ha inoltre ritenuto che dette clausole fossero state previste a pena di esclusione pur nel silenzio del bando, perché sarebbero da considerare tali tutte quelle che, anche se non previste in modo espresso, presidiano un particolare interesse dell'amministrazione che indice la gara, come, nel caso di specie, quello di contrattare solo con soggetti commercialmente affidabili.

La Sezione non condivide dette argomentazioni.

Va innanzi tutto evidenziato che nell'incertezza circa l'interpretazione di una clausola ambigua, deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti. Inoltre, poiché il principio di tutela dell'affidamento e quello secondo cui la volontà di sanzionare con l'esclusione l'inosservanza di una specifica modalità di presentazione delle offerte

devono essere chiaramente espressi nel bando di gara, deve ritenersi che rimanga preclusa, in mancanza di tale univoca sanzione, ogni diversa interpretazione in ordine alle conseguenze delle ipotizzate irregolarità.

Aggiungasi che l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte comporta l'esclusione dalla gara solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante o poste a garanzia della "par condicio" dei concorrenti. In assenza di una espressa previsione e comminatoria di esclusione, non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione che ha predisposto la "lex specialis", dato che il cd. criterio teleologico ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello letterale (Consiglio Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583).

Sono infine soggette a stretta interpretazione le clausole di esclusione da gare pubbliche poste dalla legge o dal bando, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 965).

Tanto premesso rileva il Collegio che l'art. 38 comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione; di conseguenza solo la sussistenza, in

concreto, delle tassative cause di esclusione previste dal cit. art. 38 comporta, "ope legis", l'automatico effetto espulsivo a meno che la legge di gara non riconnetta espressamente tale sanzione ad apposite indicazioni o a dichiarazioni dei soggetti specificamente individuati (Consiglio Stato, sez. V, 08 febbraio 2011, n. 846).

Poiché tra i requisiti previsti espressamente a pena di esclusione dalla normativa della gara "de qua" non vi era quello di non aver ricevuto in passato contestazioni dalla Autorità suddetta, non può quindi essere condivisa la tesi fatta propria dal primo Giudice.

Neppure può condividersi la tesi del primo Giudice che, poiché il contratto da aggiudicare con la gara de qua era da considerare un contratto ad esecuzione istantanea, non potevano residuare impegni esecutivi, a meno che alla cessione si fosse aggiunto aggiungesse un impegno a favore di terzi, in assenza del quale nel bando di gara, per evitare una interpretazione abrogatrice della clausola, essa doveva essere interpretata come requisito di partecipazione.

La clausola in questione costituiva invero proprio un impegno a favore di terzi che andava ad aggiungersi al contratto da stipulare e comunque, nella non condivisa ipotesi che potesse essere interpretata come requisito di partecipazione, mai avrebbe potuto comportare la esclusione della società di cui trattasi la circostanza che le contestazioni di cui trattasi erano riferite alla diversa attività di vendita di energia elettrica, mentre la gara de qua era relativa alla cessione dei contratti di vendita di gas naturale.

Il motivo di gravame deve essere quindi accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

Resta assorbito l'ulteriore motivo di appello.

5.- Con il quinto motivo di appello è stato dedotto che all'accoglimento dell'appello dovrà conseguire sia il subentro della appellante nei contratti di vendita del gas, e sia il risarcimento per equivalente dei danni subiti, considerato che il bando di gara prevedeva il subentro della parte aggiudicataria dall'1.10.1998, per il pregresso mancato subentro nei contratti.

5.1.- La richiesta deve considerarsi condivisibile perché dall'accoglimento del sopra indicato motivo di appello e dal disposto annullamento della aggiudicazione definitiva alla Linea Più s.p.a. consegue l'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno conseguente al suddetto provvedimento.

5.2.- Osserva in proposito la Sezione che nel caso che occupa, le pretese risarcitorie in forma specifica di parte ricorrente possono trovare adeguata soddisfazione mediante l'applicazione del disposto di cui all'art. 122 del d.lgs. n. 104/2010.

Sussistono infatti i presupposti per dichiarare annullata l'aggiudicazione e la sopravvenuta inefficacia del contratto, tenuto conto di quanto disposto da detto art. 122, sussistendo l'effettiva possibilità per la società appellante, nella sua qualità di aggiudicataria provvisoria illegittimamente dichiarata decaduta, di subentrare nel contratto, stante la notevole durata del servizio oggetto del medesimo.

Di conseguenza, annullata l'aggiudicazione, tenuto conto degli interessi delle parti, della dimostrata effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione in assenza dei vizi di illegittimità riscontrati dalla stazione appaltante, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nello stesso, nonché non ravvisandosi le condizioni per disporre l'annullamento dell'intera gara, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto in essere con decorrenza dalla data della comunicazione della decisione a cura della Segreteria della Sezione ovvero dalla sua notificazione, a cura di parte ricorrente, se anteriore. Con la medesima decorrenza, vista la domanda di subentro dal ricorrente e considerato che il servizio è ancora in corso di svolgimento va disposto che, a titolo di risarcimento in forma specifica, la ricorrente subentri nel rapporto contrattuale con la S.O.L.E.A. s.r.l. e conseguentemente prosegua nella conduzione del servizio.

5.3.- Quanto alla domanda di risarcimento danni per equivalente per il periodo pregresso la Sezione osserva, al riguardo, che tale figura di risarcimento introdotta dalla giurisprudenza presenta una fisionomia propria, non riconducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 cod. civ., in quanto caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da cui discendono importanti corollari riguardo la disciplina applicabile all'area del danno risarcibile e dell'onere della prova dell'imputazione soggettiva.

In tale ipotesi, qualora sia accertata l'illegittimità dell'atto

ritenuto lesivo dell'interesse del privato, nella generalità dei casi ciò può rappresentare indice presuntivo della colpa dell'Amministrazione (con onere di provare il contrario ovvero la sussistenza di errore scusabile) e il risarcimento va riconosciuto nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso.

Nella specie, appare configurabile la responsabilità da contatto qualificato attesa l'accertata illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza dell'an dell'asserito pregiudizio, potendosi ravvisare altresì la diretta consequenzialità tra la revoca della aggiudicazione in favore della società appellante e la mancata conclusione della stessa con la stipula del contratto.

Aggiungasi che non sussiste comunque alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione III 30 settembre 2010, n. C- 314/09, secondo la quale, la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una

violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata).

Con riferimento alla misura del risarcimento del danno spettante all'appellante, è sufficiente osservare che, qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, l'appalto avrebbe dovuto essere assegnato all'attuale appellante, illegittimamente dichiarata decaduta dalla disposta aggiudicazione provvisoria a suo favore.

Pertanto, all'interessata compete il diritto al risarcimento dei danni costituiti dal mancato utile derivante dall'appalto in contestazione.

Per la determinazione di tale somma, occorre avere riguardo al corrispettivo offerto dalla appellante. La misura dell'utile può essere equitativamente stimata nella misura del 5% dell'offerta, tenendo conto anche della presunzione di utilizzabilità delle risorse destinate all'esecuzione della fornitura in oggetto in altre operazioni commerciali.

Al riguardo la Sezione ritiene di condividere il consolidato orientamento espresso dalla giurisprudenza (per tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 settembre 2010 n. 7004), secondo cui, in sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, il

manca utile nella misura integrale spetta, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e, pertanto, in tale ipotesi deve operarsi una decurtazione del risarcimento di una misura per l'"|aliunde perceptum vel percipiendum".

Deve inoltre evidenziarsi che ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno. Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative.

Pertanto, non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività.

Aggiungasi che nel caso che occupa va considerato che l'appellante, messa, a seguito di ordinanza cautelare, in condizione di subentrare nell'attività, ha comunicato di essere disponibile solo con mesi di ritardo.

Di qui la piena ragionevolezza della detrazione, affermata

dalla giurisprudenza, dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50% (rispetto al 10% del prezzo offerto), sia dell'"aliunde perceptum", sia dell'"aliunde percipiendum" con l'originaria diligenza.

L'indicata misura del 5% dell'offerta comprende, equitativamente, anche il deprezzamento monetario.

Per ciò che concerne invece il rimborso delle spese sostenute, esse non possono essere riconosciute perché delle stesse non è stata data adeguata dimostrazione nel caso in esame e comunque le spese per la costituzione della cauzione provvisoria e definitiva per le quali, stante la mancata stipulazione del contratto, deve presumersi l'intervenuta restituzione (Consiglio Stato a. plen., 5 settembre 2005, n. 6).

Sulla somma complessiva di cui la ricorrente è creditrice a titolo di risarcimento del danno, sono dovute la rivalutazione monetaria e gli interessi legali; la rivalutazione monetaria è dovuta con decorrenza dalla maturazione del diritto e, quindi, dalla data dell'aggiudicazione definitiva annullata con la presente sentenza mentre gli interessi compensativi (Consiglio di Stato, decisione n. 5179/2007), conseguenti alla mancata disponibilità della somma di danaro in cui viene liquidato il debito di valore, vanno calcolati dalla data dell'aggiudicazione alla pubblicazione della sentenza sull'importo non rivalutato e, di poi, da questa ultima data fino al saldo effettivo sull'importo rivalutato.

6.- Le somma concretamente dovute a titolo di risarcimento danni dovranno essere liquidate fra le parti ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 sulla base dei

criteri indicati in motivazione.

La condanna al risarcimento del danno nella forma di " sentenza sui criteri ", ex art. 35 comma 2, del d.lgs. n. 80/1998, modificato dalla l. n. 205/2000 è infatti applicabile ove la quantificazione del danno necessiti di una ulteriore concreta attività di contabilizzazione dell'Amministrazione. In tali casi, ai fini della liquidazione del danno cagionato dalla Pubblica amministrazione, può essere utilizzato lo strumento previsto dal succitato art. 35 comma 2, del d.lgs. n. 80/1998, che consente al Giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione deve proporre in favore dell'avente titolo il pagamento della somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al Giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza (Consiglio Stato, sez. IV, 06 luglio 2009, n. 4325).

7.- L'appello deve essere conclusivamente accolto nei limiti e nei termini di cui in motivazione e deve essere riformata la prima decisione; per l'effetto vanno annullati il provvedimento con il quale la S.O.L.E.A. S.r.l. ha pronunciato la decadenza del Gruppo Gea s.p.a dalla aggiudicazione della gara de qua e la sua esclusione dalla gara medesima, nonché il conseguente provvedimento di aggiudicazione dei contratti nei confronti della Linea Più S.r.l. ed il successivo contratto di cessione. Inoltre va disposto il subentro del Gruppo Gea s.p.a nei contratti di cui trattasi ed il risarcimento per equivalente nelle forme e nella misura sopra evidenziate.

8.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R.. Per l'effetto annulla il provvedimento con il quale la S.O.L.E.A. s.r.l. ha pronunciato la decadenza del Gruppo Gea s.p.a dalla aggiudicazione della gara de qua e la sua esclusione dalla gara medesima, nonché i conseguenti provvedimenti di aggiudicazione dei contratti nei confronti della Linea Più S.r.l. e il contratto di cessione. Inoltre dispone il subentro del Gruppo Gea s.p.a nei contratti di cui trattasi ed il risarcimento per equivalente nelle forme e nella misura evidenziate in motivazione.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 28/12/2011

IL SEGRETARIO

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