



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 520 del 2011, proposto da:

Societa' Italiana Per il Gas Spa - Italgas, rappresentata e difesa dagli avv. Nicola Bassi, Marco Reggiani, con domicilio eletto presso Pierluigi Avv. Pezzopane in L'Aquila, via Strinella, 35 (N.I.);

contro

Comune di Avezzano in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Giampiero Nicoli, Antonio Milo, con domicilio eletto presso Antonio Avv. Valentini in L'Aquila, p.zza S.Giusta N.4-5 (N.I.);

per l'annullamento

dell'invito a formulare offerta per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione gas naturale nel territorio del comune di avezzano.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Avezzano in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2012 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe Italgas, gestore uscente del servizio di distribuzione del gas ad Avezzano (interessato alla prosecuzione in proroga del servizio stesso, fino a legittimo affidamento successivo), ha impugnato la lettera di invito spedita in data 1 luglio 2011 dal Comune, deducendo che per effetto dell'entrata in vigore (il 29 giugno 2011) dell'art. 24 del decreto legislativo n. 93/2011, tutte le gare, ancorché bandite, che non fossero giunte prima di tale ultima data almeno allo stadio dell'invio della lettera di invito, avrebbero dovuto ritenersi definitivamente precluse (con assorbimento delle preesistenti concessioni nei nuovi ambiti territoriali minimi di cui all'art. 46-bis del d.l. n. 159 del 2007); tale meccanismo preclusivo risultava peraltro già disposto a decorrere dal 1 aprile 2011, dall'art. 3 comma 3 del d.m. 19.1.11, così che il sopravvenuto decreto legislativo avrebbe costituito un rinforzo della fonte normativa ad opera del legislatore, al fine di fugare dubbi sulla possibile inidoneità della fonte

regolamentare a determinare i disposti effetti transitori.

Viene conclusivamente chiesto l'annullamento della lettera di invito, nonché l'accertamento del diritto di Italgas a mantenere la gestione del servizio nel comune di Avezzano, ai sensi dell'art. 14 comma 7 d.leg.vo 164/2000 e dell'art. 3 del d.m. 19.2.11.

Si è costituito in giudizio l'ente civico intimato, che ha in primis eccepito l'inammissibilità del gravame per mancata impugnativa del bando di gara; si è inoltre affermato che il potere di espletare la gara in questione per l'individuazione del nuovo gestore del servizio non avrebbe potuto ritenersi inibito dalla normativa ex adverso invocata, poiché quest'ultima –senza ancora definire la riforma di settore- si sarebbe limitata a rinviare a tempo indeterminato la proposizione delle gare per l'affidamento del servizio (con ogni conseguenza di illegittimità interna e comunitaria, che sarebbe scaturita da un'applicazione letterale e prematura della normativa stessa).

Nel corso del giudizio è peraltro sopravvenuto il d.m. 18.10.2011 con cui sono stati definiti gli ambiti di riferimento (nel caso di specie, il comune di Avezzano appartiene all'ambito L'Aquila 2 sud-ovest), mentre con d.m. 12 novembre 2011 n. 226 sono stati approvati i nuovi criteri cui dovranno attenersi le gare d'ambito.

Il delineato ius superveniens è stato diversamente commentato dalle parti in causa.

Secondo la società ricorrente, anche a voler accedere alla tesi difensiva del comune circa la originaria incompletezza della riforma del servizio per ambiti, tale incompletezza sarebbe ormai definitivamente superata dalla normativa di attuazione di fine 2011, per cui del tutto inconfigurabile si paleserebbe la pretesa di controparte di portare a compimento procedure di gara ormai incompatibili con i sistemi d'ambito. Il comune ha invece sostenuto che il vaglio sulla legittimità della lettera di invito andrebbe comunque riportato al quadro normativo allora vigente, fermo restando che mancherebbe ancora a tutt'oggi un meccanismo idoneo a garantire certezza nel tempestivo espletamento delle nuove gare d'ambito (da qui la necessità di proseguire la gara già indetta).

Alla pubblica udienza dell'11.7.12 la causa è stata riservata a sentenza.

Va in primis disattesa l'eccezione in rito formulata dal comune marsicano; in realtà la ricorrente ha correttamente ritenuto che l'atto lesivo della procedura di gara intrapresa dall'amministrazione non fosse da riportare al bando (adottato prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 93/11 di cui si assume la violazione), il profilo lesivo afferendo invece alla "spedizione" ormai tardiva della lettera di invito, avvenuta nonostante la preclusione determinata dal citato decreto 93/11, secondo cui, in caso di mancato invio di tale atto di gara prima dell'entrata in vigore del decreto stesso (29.6.11), la stazione appaltante avrebbe dovuto abbandonare le procedure in corso, effettuando per l'avvenire le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione "*...unicamente per ambiti territoriali di cui all'articolo 46-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222*".

In buona sostanza, ciò che si lamenta nel gravame non è l'indizione della gara, ma la sua prosecuzione nonostante le dedotte preclusioni di legge, ed in tal senso nessuna inammissibilità può scaturire dalla mancata impugnativa del bando.

Nel merito il ricorso è fondato.

Non è controverso in causa che la lettera di invito sia stata inviata oltre il dies ad quem individuato dal decreto legislativo 93/11 e pertanto lo stesso ente civico riconosce che, secondo il disposto di tale norma, la procedura di gara in questione non avrebbe dovuto avere sviluppo alcuno.

Si è invece visto come l'amministrazione abbia impostato la sua linea difensiva sostenendo che proprio l'applicazione di quella legge avrebbe determinato un grave vulnus ai principi nazionali e comunitari di libera concorrenza.

In contrario va tuttavia precisato che –al di là di possibili profili di incostituzionalità della norma già sottoposti dal

Tar Lombardia al pendente scrutinio della Corte Costituzionale (sul punto, cfr. Ordinanza 539/12, con ogni conseguente evoluzione della vicenda che dovesse scaturire, se tale questione venisse condivisa)- trattasi di legge in vigore che le amministrazioni sono tenute ad osservare, senza che possano predicarsi dirette disapplicazioni di comodo, tra l'altro in un contesto di mera attuazione di una presupposta disposizione del 2007 (legge di conversione n. 222 sull'istituzione delle gare di ambito per la distribuzione del gas), disposizione che sarebbe spettato semmai al legislatore abrogare, modificare o sostituire, fatto salvo ovviamente l'esito del pendente giudizio di costituzionalità. In ogni caso il decreto legislativo 93/11 –lungi dal consentire il ricorso al rinnovo espresso o tacito dei contratti- mira ad evitare che i singoli Comuni continuino a bandire isolatamente le gare per nuovi affidamenti, finendo così per allontanare l'entrata a regime del nuovo sistema di gare, da condurre in riferimento a tutte le utenze raggruppate per singoli ambiti; la conseguenza di tale inibizione di nuove gare per singoli ambiti comunali potrà essere quella di un ricorso alla prosecuzione delle gestioni esistenti per il tempo necessario ad individuare il nuovo concessionario d'ambito, utilizzando cioè l'istituto della proroga –ben diverso, per la sua provvisorietà e strumentalità rispetto al rinnovo, vale a dire alla novazione di un rapporto esaurito- tenendo conto però (al contrario di quanto sostenuto dalla società Italgas) che non trattasi di un diritto soggettivo ad ottenere tale proroga da parte del concessionario uscente, bensì di un obbligo in capo a quest'ultimo di assicurare il servizio in via transitoria, se e nei limiti in cui l'ente pubblico ritenga di non ricorrere ad altre formule organizzative consentite dall'ordinamento, (formule che devono intendersi non precluse dall'art. comma 7 u.p. secondo cui "...il gestore uscente *resta comunque obbligato* a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento"); va peraltro precisato che tale previsione –individuando proprio in quell'obbligo la soluzione tendenziale e normalizzata, per assicurare medio tempore la continuità del servizio - finisce nel contempo per conferire allo stesso soggetto obbligato un qualificato interesse legittimo alla proroga in questione, oltre che –in relazione al caso di specie- anche un qualificato interesse processuale alla stessa proposizione del gravame.

In ogni caso, come condivisibilmente osservato da Tar Umbria n. 131/12, il rischio che la necessità di procedere per ambiti minimi ottimali comporti, a tempo indeterminato, il blocco delle gare e la prosecuzione delle concessioni scadute, è ormai venuto meno, grazie alla definizione delle disposizioni attuative previste dall'articolo 46-bis; infatti:

- gli ambiti territoriali minimi sono stati individuati con il d.m. 19 gennaio 2011 n. 51913 (G.U. n. 74 del 31 marzo 2011);

-con il succitato d.m. 18 ottobre 2011 (G.U. s.o. n. 252 del 28 ottobre 2011) sono stati poi individuati i Comuni di ciascun ambito;

-infine con il d.m. 12 novembre 2011, n. 226 (pubblicato nella G.U. s.o. n. 22 del 27 gennaio 2012, e pertanto entrato in vigore l'11 febbraio 2012), è stato definito il regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale.

Pertanto, quand'anche un simile rischio si fosse delineato in precedenza, "...non può invocarsi ora, essendo maturati tutti i presupposti che consentono ai Comuni di indire gare d'ambito, anche se con le difficoltà ed i condizionamenti derivanti dal fatto che, nelle more, non poche concessioni sono state rinnovate separatamente" (tar Umbria 131/12), e senza che in contrario rilevi ancora l'attuale pendenza di modesti adempimenti residuali.

Quanto poi alle affermazioni del patrono civico relative agli strumentali ritardi con cui la ricorrente avrebbe riscontrato le richieste istruttorie del Comune (così finendo per causare slealmente il ritardo nelle spedizioni delle lettere di invito), trattasi di questione –peraltro confutata dalla ricorrente medesima nelle sue memorie difensive- comunque irrilevante nel presente giudizio, non potendo valere a scusare l'intempestività del bando e a rimettere in

termini il Comune, stante la natura imperativa dell'articolo 24, comma 4, del d.lgs. 93/2011, fermo restando che un simile comportamento (ove acclarato) potrebbe dare luogo in altra sede all'applicazione di sanzioni per abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea, senza escludere una richiesta risarcitoria da parte del Comune (anche su questo punto cfr. tar Umbria 131/12).

Concludendo sul punto, va accolta la domanda della società mirata all'annullamento della lettera di invito, recte, alla determinazione dell'ente intimato di dare prosecuzione alla procedura a suo tempo bandita (in luogo di una sua doverosa archiviazione), nonostante che la lettera di invito sia stata spedita dopo il termine ultimo previsto dal decreto legislativo, termine al rispetto del quale veniva subordinata la possibilità di ultimare la gara in corso.

Va invece respinta la domanda di accertamento del diritto della ricorrente a proseguire nella gestione provvisoria del servizio, e ciò poiché si è sopra visto come nella soggetta materia non sussista alcun diritto soggettivo perfetto alla proroga in capo al precedente gestore.

Sussistono ragioni per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) accoglie il ricorso in epigrafe, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Elvio Antonelli, Presidente FF

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

Maria Abbruzzese, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2012

IL SEGRETARIO

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