

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte****(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 158 del 2015, proposto da:

Aqva 430 S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Bardelli, Francesca Maria Colombo, Maria Alessandra Bazzani, Francesca Mastroviti, con domicilio eletto presso l'avv.to Francesca Mastroviti in Torino, Via Amedeo Peyron, 47;

contro

Comune di Ormea, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Vincenzo Enrichens, Alessandra Mollo, con domicilio eletto presso l'avv.to Vincenzo Enrichens in Torino, Via Morghen, 28;

nei confronti di

Calore Verde, Ormea Sviluppo Legno S.r.l., Valentini Gianfranco;

per l'annullamento

- della determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Ormea n. 162 in data 22 dicembre 2014, avente ad oggetto "Asta pubblica per la vendita della proprietà superficiaria e la costituzione del diritto di superficie quindicennale, attraverso pubblico incanto, dell'area denominata "ex cartiera" del Comune di Ormea nell'ambito del progetto "filiera legno". Mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria", comunicata all'aggiudicataria provvisoria Aqva 430 S.r.l. con nota prot. 2014/P/0005424 in data 24 dicembre 2014;- della nota prot. 2014/P/0005424 in data 24 dicembre 2014, a firma del Responsabile del Procedimento, avente ad oggetto "... Invio provvedimento";- della Deliberazione

della Giunta Comunale di Ormea n. 165 in data 12 dicembre 2014, avente ad oggetto "Asta pubblica per la vendita della proprietà superficaria e la costituzione del diritto di superficie quindicennale, attraverso pubblico incanto, dell'area denominata "ex Cartiera" del Comune di Ormea nell'ambito del progetto "Filiera Legno". Determinazioni in ordine alla mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria";- della nota prot. 2014/P/0004471 in data 29 ottobre 2014, inviata dal Comune di Ormea a Calore Verde S.r.l.;- per quanto occorrer possa, della nota prot. 2014/A/0004921 in data 25 novembre 2014, inviata da Calore Verde S.r.l. al Comune di Ormea, richiamata e fatta propria nei provvedimenti di non aggiudicazione;nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, consequenziale e comunque connesso, tra cui, per quanto occorrer possa- dell'avviso di asta pubblica, del disciplinare, della bozza di convenzione per la progettazione, realizzazione e gestione di un impianto di cogenerazione alimentato da biomassa legnosa derivante da risorse locali, della rete di collegamento all'impianto di teleriscaldamento esistente, nonché di un impianto di lavorazione del materiale legnoso, delle condizioni di vendita, della bozza di convenzione per l'uso delle risorse forestali finalizzate alla gestione ed al funzionamento degli impianti di cogenerazione alimentato da biomassa legnosa e di lavorazione del materiale legnoso siti nel Comune di Ormea nonché della Deliberazione della Giunta Comunale n. 48 in data 9 aprile 2014 e della Determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 26 in data 14 aprile 2014;- dei verbali delle sedute pubbliche del 16 e del 23 maggio 2014 nonché dei verbali di tutti le ulteriori sedute, sia pubbliche sia riservate, della procedura;nonchè- della Deliberazione della Giunta Comunale di Ormea n. 115 in data 23 settembre 2014, avente ad oggetto "Asta pubblica per la vendita della proprietà superficaria e la costituzione del diritto di superficie quindicennale, attraverso pubblico incanto, dell'area denominata "ex Cartiera" del Comune di Ormea nell'ambito del progetto "Filiera Legno". Determinazioni";- della nota

prot. 2014/P/0003758 in data 16 settembre 2014, inviata dal Comune di Ormea a Calore Verde S.r.l. e della risposta di Calore Verde S.r.l. alla nota prot. 2014/P/0003758 in data 16 settembre 2014;- della Convenzione tra il Comune di Ormea e Calore Verde S.r.l. Rep. 1280 in data 25 settembre 2011 in parte qua come in esposizione;- della nota prot. 2014/P/0003434 in data 20 agosto 2014, inviata dal Comune di Ormea ai Comuni aderenti all'iniziativa "Filiera del Legno" e delle risposte dei Comuni aderenti all'iniziativa "Filiera del Legno" alla nota prot. 2014/P/0003434 in data 20 agosto 2014;- della nota prot. 2014/P/0003764 in data 16 settembre 2014, inviata dal Comune di Ormea al Consorzio Forestale Monte Armetta e della risposta del Consorzio Forestale Monte Armetta alla nota prot. 2014/P/0003764 in data 16 settembre 2014;nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Ormea;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2015 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR deducendo che il Comune di Ormea, in data 24.4.2014, ha avviato una asta pubblica per la vendita della proprietà superficiaria quindicennale e realizzazione di impianto di cogenerazione collegato al teleriscaldamento.

Secondo i termini del bando, a fronte della cessione per 15 anni di una proprietà superficiaria dell'area denominata "Ex Cartiera", l'aggiudicataria avrebbe dovuto

progettare, realizzare e gestire un impianto di cogenerazione di elettricità, alimentato da biomassa legnosa e connesso all'impianto di teleriscaldamento del Comune di Ormea.

L'aggiudicazione doveva realizzarsi in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e la ricorrente risultava prima in graduatoria, conseguendo l'aggiudicazione provvisoria, comunicatale in data 5.6.2014.

Effettuato un approfondimento istruttorio il Comune decideva di non procedere all'aggiudicazione definitiva, evidenziando che il prezzo di vendita dell'energia termica alla società di gestione del teleriscaldamento cittadino (società partecipata del Comune) che sarebbe stato praticato dall'aggiudicataria, alla luce dell'offerta pervenuta in gara, sarebbe stato superiore a quello di produzione diretta da parte del gestore stesso, sicchè non risultava più praticabile lo scopo ultimo della gara.

Non si procedeva all'aggiudicazione definitiva.

E' insorta la società ricorrente, deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1)Violazione *favor participationis* e *par condicio*; violazione dell'affidamento. Violazione della *lex specialis* e del principio del buon andamento. Violazione del principio di imparzialità e dell'art. 1337 c.c., dell'art. 1 l. n. 241/90, dell'art. 97 Cost. Violazione dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006; violazione affidamenti e art. 11 d.lgs. n. 163/2006.

Lamenta parte ricorrente che l'amministrazione, solo dopo l'aggiudicazione provvisoria, abbia acquisito i dati di costo sostenuti per l'alimentazione del teleriscaldamento da parte dell'attuale gestore ed abbia quindi rilevato che l'aggiudicataria avrebbe fornito calore a prezzi ben superiori e non accettabili per il gestore; in pratica la mancata aggiudicazione definitiva sarebbe dipesa da una valutazione di dati (costi di cessione del calore) postumi e mancanti negli atti di gara.

2)Difetto di presupposti; sviamento, violazione rd. n. 827/1924; violazione trasparenza. Illogicità. Violazione *lex specialis*. Carezza di istruttoria e

motivazione; violazione art. 1 l. n. 241/90; violazione art. 97 Cost.. Contraddittorietà. Violazione dei principi in materia di gare pubbliche. L'amministrazione avrebbe fatto dipendere la mancata aggiudicazione definitiva da carenze inerenti una prestazione del tutto accessoria, estranee quindi all'oggetto principale del contratto; in ogni caso le ragioni di non convenienza addotte dal Comune riguarderebbero la società partecipata Calore Verde e non il Comune stesso, con sviamento del fine.

3) Violazione *par condicio* e trasparenza. Violazione del principio di imparzialità. Violazione dell'art. 1 l. n. 241/90 e 97 Cost.. Violazione art. 2 d.lgs. n. 163/2006; violazione principio di segretezza, contraddittorio, *favor participationis*; carenza di istruttoria e motivazione. Violazione trasparenza. I dati che hanno comportato la valutazione di non convenienza sono stati assunti *ex post*, presso un soggetto terzo e senza contraddittorio con l'interessata.

4) Carenza di istruttoria, motivazione, illogicità. Sviamento, violazione trasparenza, irragionevolezza, genericità. I dati assunti dall'amministrazione per valutare troppo esosa l'energia offerta in prospettiva dalla ricorrente non sarebbero comunque corretti

5) Sviamento. Violazione art. 1337 c.c., violazione del dovere di lealtà e canoni di buona fede e correttezza. Violazione affidamenti, responsabilità della p.a.. In subordine evidenza parte ricorrente come i provvedimenti adottati intendano sostanzialmente raggiungere un effetto di autotutela che configura una ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Si chiede pertanto annullarsi gli atti impugnati ed, in subordine, condannarsi l'amministrazione al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale.

Si costituiva l'amministrazione resistente evidenziando che il presupposto fondante la gara risultava costituito proprio dalla realizzazione dell'impianto di teleriscaldamento; le condizioni offerte in gara dall'aggiudicataria avrebbero

necessariamente comportato un aggravio delle tariffe praticate ai cittadini pari al 100%.

La realizzazione e la gestione dell'impianto di cogenerazione risultavano, dunque, essere obbligazioni essenziali e non meramente accessorie nella legge di gara.

Contestava altresì parte resistente la sussistenza di un potenziale affidamento in capo alla società ricorrente.

In prossimità della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare parte resistente ha depositato ulteriore nota del Comune, indirizzata alla società controinteressata, con la quale si evidenziava che l'offerta di quest'ultima appariva carente rispetto alle prescrizioni di gara e si dava conseguentemente atto che entrambe le offerte non erano suscettibili di favorevole valutazione.

All'udienza fissata per la decisione sull'istanza cautelare le parti chiedevano rinvio del giudizio al merito.

All'udienza dell'8.7.2015 la causa è stata discussa e decisa nel merito.

DIRITTO

Ritiene il collegio indispensabile una corretta qualificazione in fatto e diritto della vicenda.

Le parti oscillano, nelle loro difese, tra l'invocazione delle disposizioni di cui al r.d n. 827 del 1924 (dichiarato applicabile della legge di gara) e l'invocazione delle disposizioni previste dal d.lgs. n. 163/2006, in tema di contratti pubblici. L'oscillazione non è casuale, in quanto rispecchia l'ambiguità che percorre l'intera procedura.

La gara risulta denominata "asta pubblica attraverso pubblico incanto per la vendita di proprietà superficiaria quindicennale e realizzazione attraverso filiera corta legno energia di impianto di cogenerazione collegato al teleriscaldamento". L'amministrazione non ha, in linea di principio, seguito la disciplina del codice dei contratti pubblici, in quanto ha formalmente disciplinato la gara quale

contratto di vendita di un diritto di superficie per quindici anni riferito a terreni di proprietà comunale, dichiarando applicabile la disciplina di cui al r.d. n. 827 del 1924.

Risulta tuttavia di chiara evidenza, leggendo le disposizioni del bando e del capitolato, che l'oggetto principale (tanto dal punto di vista economico quanto dal punto di vista della stessa disciplina di gara) non fosse certo la vendita al miglior offerente di un diritto di superficie quanto, piuttosto, la realizzazione da parte dell'aggiudicatario, entro 24 mesi dall'acquisto del diritto stesso, di un impianto di cogenerazione, destinato ad essere collegato all'impianto di teleriscaldamento cittadino e ad essere gestito, sempre dall'aggiudicatario, secondo un piano tariffario individuato in gara, per i restanti 13 anni di durata del diritto di superficie.

Ancorchè parte ricorrente qualifichi la realizzazione e gestione dell'impianto di cogenerazione quale "onere accessorio" del contratto di vendita di superficie è palese, dall'insieme degli atti di gara, che tale ultimo aspetto rappresenta invece il cuore e la sostanza del rapporto contrattuale.

Innanzitutto il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e il disciplinare prevede l'attribuzione di 20 punti per il prezzo (aumento sulla base d'asta per l'acquisto del diritto di superficie) e di 80 punti per l'offerta tecnica (realizzazione e gestione dell'impianto); tale ultimo aspetto nulla avrebbe a che fare con una mera vendita di diritto di superficie e risulta invece determinante per l'aggiudicazione. Nella disciplina dell'offerta tecnica è poi dettagliatamente prescritta la redazione di un "*business plan*", che altro non è che un piano economico finanziario inerente la realizzazione e gestione dell'impianto, analogo a quello che viene richiesto in ipotesi di concessione e gestione di opere. A pagina 2 dell'avviso di asta pubblica, poi, si fissano una serie di clausole risolutive espresse (che, per definizione, qualificano il connesso inadempimento essenziale per le parti) in buona parte attinenti alla tempistica di realizzazione

dell'impianto, alla sua gestione, alla sua manutenzione.

In pratica, per quanto i singoli punti del bando, nel titolo, évochino elementi astrattamente riferibili alla sola vendita (le rubriche sono rispettivamente riferite a “elementi catastali”, “coerenze”), nel contesto della disciplina si trovano, al primo punto, l'obbligo di realizzare e gestire l'impianto, al secondo punto, l'obbligo di predisporre la documentazione tecnica inerente l'impianto e il piano economico finanziario.

Non è quindi in alcun modo condivisibile la tesi di parte ricorrente, secondo la quale la realizzazione e gestione dell'impianto di cogenerazione sarebbe stato un mero “accessorio” di un contratto di superficie.

Quanto agli atti adottati: parte ricorrente evidenzia in taluni punti della difesa che, avendo l'amministrazione invocato l'applicazione del r.d. del 1924 (che appare evidentemente inappropriata alla luce dell'evidenziato oggetto sostanziale del contratto), non dovrebbe distinguersi tra aggiudicazione provvisoria e definitiva.

Tuttavia la legge di gara chiariva espressamente che: a) l'amministrazione si riservava la facoltà di non aggiudicare l'asta; b) l'efficacia dell'aggiudicazione restava anche subordinata all'approvazione del bilancio 2014.

Nel verbale del 23.5.2014 (in atti sub. doc. 4 di parte ricorrente), che parte ricorrente qualifica “aggiudicazione provvisoria” (e da cui fa discendere le proprie legittime aspettative; nelle successive difese, la stessa ricorrente pare sostenere che l'atto abbia acquisito una valenza di aggiudicazione definitiva, secondo il meccanismo del vigente codice dei contratti), si legge che il presidente della commissione, dato atto dei punteggi e della graduatoria che vedeva la ricorrente prima qualificata, dichiarava chiusa la procedura, facendo salva la verifica dei requisiti demandata al RUP.

In pratica il verbale in questione non ha alcuna valenza di aggiudicazione, essendone subordinata l'efficacia alla verifica dei requisiti in capo alla prima classificata; ancora la stessa legge di gara subordinava ulteriormente l'efficacia di

qualsivoglia aggiudicazione all'approvazione del bilancio (intervenuta solo in data 30.9.2014).

Infine era consentito non procedere ad alcuna aggiudicazione, circostanza verificatasi in fatto.

Nelle more, e precedentemente all'approvazione del bilancio, già in data 5.6.2014, il Comune chiariva ulteriormente di ritenere l'affidamento disposto a verbale non idoneo ad integrare aggiudicazione, in attesa di verifica dei requisiti. Successivamente l'amministrazione ha approfondito l'istruttoria con riferimento al piano tariffario proposto dalla ricorrente ed alla possibilità di cessione del calore alla propria partecipata, rilevandone la non convenienza rispetto alla situazione in essere e non concludendo la gara.

In fatto la procedura è abortita.

Ritiene dunque il collegio che nessun provvedimento di aggiudicazione, tenuto conto dell'invocata disciplina del r.d. del 1924, sia stato pronunciato a favore della ricorrente, benché appaia improprio l'uso della terminologia "aggiudicazione provvisoria/definitiva", desunta a rigore dal vigente codice dei contratti; era infatti chiaro, tanto dal verbale del 23.5.2014, quanto dalla legge di gara, che riservava comunque all'amministrazione la facoltà di non aggiudicare, che, per la formale conclusione della procedura, occorreva un atto del RUP, mai intervenuto.

E' poi evincibile in atti che l'amministrazione, dopo aver ritenuto non conveniente l'offerta dell'aggiudicataria, ha altresì escluso l'unica altra concorrente dalla gara e di fatto la procedura non ha avuto alcun esito favorevole per alcun concorrente, come per altro la legge di gara ammetteva.

In siffatto contesto la ricorrente non può ottenere benefici dalla tutela annullatoria, invocata in ricorso in via principale, posto che, a fronte di una gara che non ha avuto alcun esito a favore di alcun concorrente, anche l'annullamento degli atti che hanno valutato non conveniente l'offerta della ricorrente non

comporterebbe di per sé il diritto per quest'ultima di ottenere la conclusione della gara sostanzialmente interrottasi prima della fine del procedimento.

Ciò per cui la ricorrente conserva interesse è evidentemente la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, ove si riscontri una lesione del suo affidamento in termini di impegno in trattative inutili.

In questo senso, d'altro canto, sono le ultime difese di parte ricorrente.

Sul punto sussiste la giurisdizione del GA, perché la procedura non si era conclusa con l'individuazione del contraente; come poi stabilito da Cons. St., Ad. plen., n. 6/2005 anche nel contesto della gestione dell'evidenza pubblica l'amministrazione non è sciolta da doveri di rispetto dei principi di buona fede e correttezza a tutela dell'affidamento suscitato nei potenziali offerenti.

Se tali sono i presupposti, si deve altresì rilevare che la verifica circa la sussistenza di un affidamento idoneo ad ingenerare responsabilità precontrattuale (presupposto di ogni forma di questo tipo di responsabilità) non può che concernere la complessiva situazione in fatto creatasi, a prescindere dagli specifici argomenti addotti dall'amministrazione negli atti impugnati per non concludere la procedura. La responsabilità precontrattuale in questo contesto mantiene, infatti, comunque la sua caratteristica di responsabilità da comportamento e non da singolo atto, ancorchè trattasi di comportamento di gestione dell'evidenza pubblica.

Per la maggioritaria giurisprudenza civile la responsabilità precontrattuale è assimilabile ad una responsabilità aquiliana, sicchè il soggetto che la invoca ha l'onere di comprovare la sussistenza di tutti i presupposti in fatto e diritto che la caratterizzano, primo tra i quali il proprio ragionevole affidamento, alla cui tutela sono finalizzati gli obblighi di correttezza e buona fede gravanti sulla controparte (*ex pluribus* si veda Cass. sez. III 29.7.2011 n. 16735).

Assunto che l'onere della prova grava in capo alla ricorrente, il primo requisito fondante l'intera struttura della responsabilità precontrattuale è dato dalla

sussistenza di un suo ragionevole affidamento, oggetto di potenziale lesione.

Nel caso di specie l'intera procedura si presentava caratterizzata da tali anomalie e palesi violazioni dei principi di evidenza pubblica da non poter essere considerata idonea a suscitare alcun tipo di legittimo affidamento in un ragionevole operatore del mercato.

La scorretta qualificazione giuridica del rapporto (nel quale evidentemente è del tutto prevalente la concessione di costruzione e gestione quindicinale di un impianto con costi da recuperarsi tramite tariffe a carico dell'utenza, aspetto che avrebbe imposto altri meccanismi di evidenza pubblica), non costituisce un mero errore di valutazione "interno" alla sfera giuridica dell'amministrazione (come tale ragionevolmente ignorabile da una controparte in buona fede), né nasce da "asimmetrie informative" e nozioni solo a conoscenza della parte pubblica e sconosciute alla controparte privata; lo scollamento tra oggetto della gara e procedure adottate si evince *ex se* dagli atti di gara. In definitiva parte al collegio che nessun operatore ragionevole del mercato dei pubblici appalti possa invocare un "affidamento" a fronte di una procedura documentalmente strutturata *contra legem*.

Manca quindi in capo ai concorrenti il pre-requisito del legittimo affidamento nella dovuta conclusione della procedura, presupposto indispensabile per valutare se la condotta dell'amministrazione abbia o meno soddisfatto canoni di lealtà e correttezza.

La domanda risarcitoria non può quindi trovare accoglimento, restando assorbite le questioni in tema di quantificazione del danno.

Considerato che dagli atti si evince che, ai fini della realizzazione dell'impianto, sarebbero stati chiesti finanziamenti comunitari e che gli introiti del contratto sarebbero stati connessi con l'approvazione del bilancio 2014 pare opportuno disporre la trasmissione di copia della presente sentenza alla Procura presso la sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti per il Piemonte, per quanto

di eventuale competenza.

Ai sensi dell'art. 1 co. 32 della l. n. 190/2012: "Nelle controversie concernenti le materie di cui al comma 1, lettera e), dell'articolo 133 del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il giudice amministrativo trasmette alla commissione ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza"; si dispone pertanto la trasmissione all'ANAC della presente decisione, per quanto di eventuale competenza.

Considerata la novità della questione le spese sono compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

respinge il ricorso;

compensa le spese di lite;

manda alla segreteria di trasmettere copia della presente sentenza alla Procura presso la sezione giurisdizionale regionale della Corte dei Conti per il Piemonte e all'ANAC, per quanto di eventuale competenza.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Paola Malanetto, Primo Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

