

N. 03691/2011REG.PROV.COLL.  
N. 08848/2010 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 8848 del 2010, proposto da:

Tea Sei S.r.l. - Servizi Energetici Integrati, in proprio e n.q. di mandataria R.T.I. con Asep Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Ermes Coffrini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, via Panama, 12;

*contro*

Enel Rete Gas Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Cesare Caturani, Giuseppe De Vergottini e Roberto Manservisi, con domicilio eletto presso Giuseppe De Vergottini in Roma, via Antonio Bertoloni, 44;

*nei confronti di*

Comune di Porto Mantovano, rappresentato e difeso dall'avv. Letizia Mazzarelli, con domicilio eletto presso Letizia Mazzarelli in Roma, via Panama 58;

Comune di San Giorgio di Mantova;

*e con l'intervento di*

E.On Rete Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Barbara Masi, Rolando

Pini, Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria N. 5;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 04058/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO PUBBLICO DI DISTRIBUZIONE GAS NATURALE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Enel Rete Gas Spa e di Comune di Porto Mantovano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Roberto Chieppa e uditi per le parti gli avvocati Colarizi, Caturani, Manservisi e Mazzarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 4058/2010 il Tar per la Lombardia, sezione di Brescia, ha accolto il ricorso proposto da Enel Rete Gas s.p.a. avverso l'aggiudicazione definitiva a favore del costituendo R.T.I. composto da TEA SEI Servizi Energetici Integrati s.r.l. e A.SE.P. s.p.a. della procedura per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale sui territori dei Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio di Mantova (respingendo il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria).

Tea Sei S.r.l. - Servizi Energetici Integrati, in proprio e n.q. di mandataria R.T.I. con Asep Spa, ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Enel Rete Gas s.p.a. si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del

ricorso; mentre il comune di Porto Mantovano ha chiesto l'accoglimento dell'appello e la reiezione del ricorso principale di primo grado.

E' intervenuta in giudizio ai sensi dell'art. 109 c.p.a. E.ON Rete s.r.l., che ha dapprima chiesto l'accertamento del proprio diritto all'aggiudicazione e ha successivamente dichiarato il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione dell'atto di intervento.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione dell'esito della gara indetta dal comune di Porto Mantovano per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale sui territori dei Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio di Mantova.

L'appellante contesta le statuizioni con cui il Tar ha respinto il suo ricorso incidentale e ha accolto il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione in suo favore.

I motivi di appello, da esaminare in maniera sintetica ai sensi dell'art. 120, comma 10, c.p.a., sono privi di fondamento con riferimento alla questione posta con ricorso incidentale in primo grado e sono, invece, fondati in relazione al provvedimento di aggiudicazione.

2.1. Con riguardo alla reiezione del ricorso incidentale, qui confermata, si rileva che:

a) il certificato DURC presentato dalla ricorrente di primo grado ha una validità trimestrale ed è quindi idoneo ai fini dell'ammissione alla gara, tenuto conto che la validità di tre mesi del DURC è prevista dall'art. 39-septies del D.L. n. 273/05, conv. in L. n. 51/2006 (come peraltro riconosciuto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione n. 1 del 2010 e con la circolare interpretativa n. 35 del 2010 del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali);

b) a prescindere dal mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'appellante circa la gara cui il DURC andava riferito, l'acquisizione di un

D.U.R.C. per ciascuna procedura è prevista solamente dalla citata circolare e non poteva comunque costituire motivo di esclusione dalla gara.

2.2. In riforma dell'impugnata sentenza, va invece respinto il motivo del ricorso di primo grado accolto dal Tar in relazione alla cauzione prestata dalla sola mandataria dell'Ati aggiudicataria, in quanto:

a) nel caso di specie, non è applicabile il principio invocato dal Tar, secondo cui nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti, in quanto il punto 11 del Disciplinare di gara della gara prevedeva che i documenti di cui al punto 11.4 (la garanzia provvisoria, per l'appunto) avrebbero dovuto essere presentati esclusivamente dalla mandataria, ponendo chiaramente una regola della procedura a cui si è attenuta l'aggiudicataria;

b) non trova alcun riscontro nella *lex specialis* della gara la tesi secondo cui tale previsione andrebbe riferita solo ai raggruppamenti di imprese già costituiti;

c) la cauzione presentata era quindi conforme alle regole della gara, perdendo così di rilievo la questione della omessa sottoscrizione della cauzione da parte della mandante.

2.3. Sono, infine, privi di fondamento i motivi assorbiti in primo grado e riproposti in appello dalla Enel Rete Gas s.r.l., considerato che:

a) l'attribuzione di un punteggio numerico per gli elementi dell'offerta tecnica è giustificata dall'elevato grado di dettaglio dei criteri e sub-criteri, in relazione ai quali l'assegnazione dei punteggi deriva spesso dall'applicazione di formule matematiche;

b) il punteggio assegnato per il punto 1.b è frazionato nelle singole sottovoci indicate nel Disciplinare di gara anche con riferimento ai punteggi

massimi e per la sottovoce “sistemi finalizzati alla funzionalità degli impianti” il punteggio pari a 0 su un massimo di 2 attribuito alla Enel Rete gas non è scalfito dalle contestazioni mosse da quest’ultima, che sono per lo più inerenti ad una presunta omessa valutazione di elementi relativi al telecontrollo, che assumono rilievo per la diversa sottovoce dei “sistemi finalizzati alla sicurezza degli impianti”; anche l’installazione di nuovi contatori e di correttori di misura non può essere riferita alla funzionalità degli impianti, trattandosi di singole apparecchiature, non valutabili per la contestata sottovoce (il profilo relativo alle soluzioni gestionali non è stato, infine, supportato da adeguata dimostrazione circa la sua rilevanza per il punteggio in questione);

c) confermato il punteggio attribuito per la sottovoce “sistemi finalizzati alla funzionalità degli impianti”, è priva di rilevanza la contestazione del punteggio sottovoce dei “sistemi finalizzati alla sicurezza degli impianti”, in quanto l’accoglimento delle censure potrebbe al massimo condurre ad attribuire alla Enel rete gas il massimo punteggio di 2, con un incremento di 0,80 punti a fronte di una superiore differenza complessiva di punti 1,37;

d) è infondata la censura inerente il vizio della nomina della Commissione, in quanto il procedimento di cui all’art. 84, comma 8, del d. lgs. n. 163/06 non si applica alla procedura in questione che attiene ad una concessione di pubblico servizio (cui si applica l’art. 30 del codice dei contratti pubblici, che non richiama il citato art. 84); la stessa sentenza invocata dall’appellata riguarda l’applicazione anche alle concessioni del principio generale della competenza tecnica dei componenti della commissione, e non della procedura di nomina (Cons. Stato, V, n. 1386/2011).

3. In conclusione, il ricorso in appello va accolto e, in riforma dell’impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso di primo grado, anche con riferimento alle domande aventi ad oggetto il contratto.

Va dichiarata l’improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse

dell'atto di intervento di E.ON Rete s.r.l., avuto riguardo alla successiva e già richiamata dichiarazione di E.ON.

In considerazione della peculiarità in fatto della controversia, ricorrono i presupposti per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e dichiara improcedibile l'atto di intervento in appello di E.ON Rete s.r.l. e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Compensa tra le parti 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 24 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2011

IL SEGRETARIO

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