

N. 03124/2012REG.PROV.COLL.

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 10530 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Molteni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Franco Gaetano Scoca e Fabio Todarello, con
domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca, in Roma, via G.Paisiello, 55;

contro

Comune di Varallo Pombia, rappresentato e difeso dall'avv. Gaspare Bertolino, con domicilio
presso Segreteria Sezionale Cds, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Enel Rete Gas Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto
presso Giuseppe Franco Ferrari, in Roma, via di Ripetta, 142;
Italgas - Societa' Italiana per il Gas, Femca Cisl - Novara, Uilcem/Uil - Novara;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 00088/2010, e della
sentenza n. 115/11, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI
DISTRIBUZIONE GAS NATURALE

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Varallo Pombia e di Enel Rete Gas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il Cons. Adolfo Metro e uditi, per le parti,
gli avvocati Gigli, in sostituzione dell'avv. Scoca, Bertolino e Ferrari;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in esame la Molteni spa ha appellato il dispositivo di sentenza n. 88/10 del Tar
Piemonte e, con motivi aggiunti, la sentenza n. 115/11, resa a motivazione di tale dispositivo, con la
quale è stato respinto il ricorso proposto avverso l'affidamento del servizio di distribuzione del gas
metano nel territorio comunale di Varallo Pombia (No), in favore di "Rete Enel Gas" (ERG).

I motivi di appello, preordinati all'esclusione della prima classificata, con conseguente
aggiudicazione in favore dell'odierna appellante o, in subordine, alla caducazione dell'intera
procedura di gara, possono così riassumersi:

1-violazione dell'art. 86, co. 2 del D.Lgs. n. 162/06, travisamento dei presupposti di fatto e di
diritto, carenza di istruttoria per mancata considerazione dell'art. 15, co. 5 del D.Lgs. n. 164/00,
dell'art. 23 del D.L. n. 173/05, conv. nella L. n. 51/06 e dell'art. 64 del D.L. n. 159/07, illogicità,

eccesso di potere e sviamento nella verifica sulla congruità dell'offerta fatta da ERG, perchè giustificata da economie di scala derivanti dalla attuale gestione di 39 concessioni nella provincia che, però, potrebbero non essere mantenute per la durata del rapporto oggetto di impugnativa, essendo tutte in scadenza, al massimo, entro il 2012 e non essendo dimostrabile che la ERG potrà aggiudicarsi le gare che saranno bandite dopo la loro scadenza;

2-errata e falsa applicazione della *lex specialis* sotto molteplici profili, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità manifesta ed eccesso di potere per sviamento, in quanto la realizzazione della c.d. “cabina di regolazione e misura” (cabina RE.MI.), è stata prevista dalla controparte a decorrere solo dal quinto anno di gestione, fatto che comporterebbe gravi effetti negativi sotto il profilo tecnico-gestionale, nè risulta individuata la localizzazione dell'opera;

3-indeterminatezza, violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/06, sviamento di potere e carenza di motivazione perchè la Commissione, in base a criteri stabiliti *ex post*, avrebbe stralciato, a buste aperte, alcuni elementi dell'offerta (come, ad es., la sostituzione dei contatori o la estensione della rete), senza che i criteri di valutazione fossero individuati in via preliminare;

4-violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del D. Lgs. n. 163/06, dei principi in materia di funzionamento delle Commissioni di gara, dei principi del giusto procedimento e di trasparenza, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, violazione dell'art. 97 Cost., contraddittorietà, illogicità e sviamento, perchè la nomina dei commissari sarebbe avvenuta in violazione del cit. art. 84, che dispone che i membri della Commissione di gara siano “esperti” nello specifico settore oggetto del contratto;

5-violazione e falsa applicazione del medesimo art. 84, del principio di collegialità e degli altri principi sopra richiamati, per l'illegittima presenza, durante la procedura di gara, di un tecnico esterno, che risulta aver prestato consulenza a favore del comune nelle fasi preliminari all'indizione della procedura; si chiede, al riguardo, la prova per testimoni in ordine all'illegittima presenza della stessa persona durante le fasi non pubbliche della gara con presumibile partecipazione ai giudizi di valutazione delle offerte, malgrado che lo stesso non facesse parte della Commissione;

6-indeterminatezza, violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/06, sviamento di potere e carenza di motivazione in relazione alle disposizioni che prevedevano di formulare l'offerta raggruppando gli investimenti in “gruppi omogenei”, senza predefinire, *ex ante*, il contenuto di tali gruppi, né il “valore” che sarebbe stato attribuito alle relative opere; in subordine, si sostiene l'irrazionalità del criterio previsto dalla *lex specialis*, che ha disposto la valorizzazione dell'offerta economica, perchè ciò impedirebbe una valutazione qualitativa dell'offerta;

7-violazione e falsa applicazione dell'art. 14, co. 8 e dell'art. 15 co. 5 del decreto n. 164/00, violazione degli artt. 4 e 35 della Costituzione, perchè la “*lex specialis*” non ha previsto la “clausola sociale”, ossia, l'obbligo della nuova gestione di assumere il personale che, precedentemente, operava sull'impianto;

8-eccesso di potere per perplessità e indeterminatezza, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/90, carenza di motivazione e di istruttoria, violazione del T.U.E.L. sotto molteplici profili, illogicità manifesta, violazione del principio del buon andamento della P.A. e dell'art. 87 Cost., eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione della originaria Convenzione stipulata con la ricorrente il 30-8-84, del principio dell'affidamento, illogicità manifesta, per non avere il comune definito preventivamente il valore di stima industriale dell'impianto; illegittimità della perizia predisposta dal comune, sia sotto il profilo soggettivo, sia

sotto il profilo della violazione delle norme di contabilità, con conseguente violazione del diritto di proprietà della ricorrente e delle disposizioni del D. lgs. n. 164/00 ;

9-violazione e falsa applicazione della delibera dell'AEEG n. 159/08, indeterminatezza degli atti di gara, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, illogicità manifesta, per errato calcolo del metodo tariffario utilizzato per determinare il ricavo della gestione, e quindi, dell'importo posto a base d'asta, a cui andava parametrato il canone percentuale da offrire al comune;

10-violazione dei principi in materia di giusto procedimento e di trasparenza dell'azione amministrativa, violazione dell'art. 97 Cost. con riferimento ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, sviamento dalla causa tipica, illogicità manifesta, per la sproporzione del punteggio attribuito all'offerta economica rispetto all'offerta tecnica ;

11-indeterminatezza del bando e violazione dell'art. 83 del D.Lgs.n. 163/06, per eccesso di delega e violazione dell'art. 76 Cost. in connessione all'art. 41 della L. n. 144/09, con riferimento alla disciplina del periodo transitorio, nella parte in cui abbrevia la durata dei rapporti convenzionali in corso ;

12-eccesso di potere per indeterminatezza e contraddittorietà degli atti di gara, carenza di istruttoria, violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 89, e 133 del D.Lgs. n. 163/06, violazione dei principi di imparzialità, buon andamento dell'amministrazione e tutela della concorrenza, illogicità manifesta, perché l'elenco dei prezzi posto a base di gara non sarebbe attendibile, in quanto non allineato ai prezzi di mercato .

Si sono costituite in giudizio l'Enel Rete Gas spa ed il comune di Varallo Pombia che, con articolate memorie, hanno sostenuto l'infondatezza dell'appello .

DIRITTO

L'appello è infondato.

1-Con il primo motivo l'appellante sostiene che l'offerta ERG avrebbe dovuto considerarsi anomala o, comunque, inadeguata a sostenere gli oneri economici connessi alla gestione del comune, perché i motivi in base ai quali è stata giustificata la sostenibilità dell'offerta sarebbe fondata sulla disponibilità di altre concessioni nella provincia che, però, risultano in scadenza, al massimo, entro il 31/12/12, con la conseguenza che le stesse non sarebbero in grado di assicurare le economie di gestione del servizio con riferimento all'intera durata dell'affidamento.

Il motivo è infondato.

Come ampiamente motivato dal giudice di primo grado, la ERG ha attestato la presenza di una unità operativa sul posto, nel comune di Borgomanero ed il supporto di una struttura gestionale-operativa nel comune di Biella, a breve distanza da Varallo Pombia.

La presenza di tali strutture risulta indipendente dal numero dei comuni nei quali ERG risulta affidataria dei servizi e dalla loro riconferma dopo il 2012, essendo comunque dimostrata una specifica organizzazione territoriale che permette di ottimizzare la logistica e la tempestività del servizio.

Pertanto, non illogicamente, la Commissione di gara ha ritenuto “ che dalla lettura dell'elaborato del piano economico finanziario si evincono dati che confermano la redditività dell'affidamento per tutta la sua durata”; tale motivazione non appare censurabile in base alla pacifica giurisprudenza secondo cui “ il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione del potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità” (C.S. n. 3890/10; n. 5589/09).

2-Con il secondo motivo si sostiene l'illegittimità della concessione in favore di ERG per la mancata previsione della immediata installazione di una cabina di “Regolazione e Misura” (RE.MI.) che avrebbe dovuto considerarsi elemento essenziale e necessario dell'offerta.

Al riguardo, premesso che la realizzazione di una cabina di RE.MI. non era prevista dalla lex specialis, essendo la rete distributiva comunale già interconnessa ad un altro impianto gestito dalla Molteni e che tale impianto, in base a specifiche disposizioni dell'AEEG poteva essere utilizzato anche da ERG, mediante gestione congiunta, va rilevato che la previsione dell'installazione di una cabina di decompressione nel successivo quinto anno, costituisce elemento aggiuntivo dell'offerta e non mancato adempimento di un obbligo di gara.

Nè può ritenersi la sussistenza di un vizio di comparazione tra progetti non omogenei (dato che la ricorrente avrebbe offerto la disponibilità della cabina fin dal primo anno) in quanto la stessa rientra tra gli investimenti offerti, che sono stati calcolati in modo identico rispetto a tutte le offerte presentate, perchè i criteri valutativi stabiliti dalla lettera di invito devono ritenersi riferiti soltanto al valore economico dell'offerta, da valutarsi con riferimento al momento della conclusione del contratto.

Nessun rilievo, poi, può essere attribuito al fatto che non è stato individuato il luogo dove verrà installata la cabina, trattandosi di scelte urbanistiche che saranno verificate al momento dell'installazione.

3-Con il motivo successivo si sostiene che la Commissione di gara avrebbe arbitrariamente proceduto a stralciare (ex post) alcuni elementi dell'offerta, così riducendo o incrementando, a buste aperte, i punteggi attribuibili ai concorrenti.

La censura è inammissibile in quanto all'appellante, con riferimento a tale parametro, è stato attribuito il punteggio più alto al netto dallo stralcio delle proposte dalla stessa contestato e che, pertanto, tale criterio non ha potuto influire sull'aggiudicazione.

Nè può farsi riferimento all'interesse strumentale alla caducazione dell'intera procedura, attesa l'infondatezza del motivo; infatti, ai sensi dell'art. 12 della lettera di invito, nessun ulteriore sub criterio o sub punteggio è stato introdotto dalla commissione rispetto a quelli indicati, atteso che le proposte stralciate riguardano interventi relativi a zone di sviluppo urbanistico non previste o per le quali le spese di allaccio, comunque, devono essere poste a carico di coloro che richiederanno gli interventi.

4-E' infondato il quarto motivo con il quale, ai sensi dell'art. 84 del D.Lgs. n. 164/06, si afferma l'incompetenza dei componenti della commissione di gara.

Come evidenziato dalla prevalente giurisprudenza, il requisito generale della competenza nello specifico settore al quale si riferisce l'oggetto del contratto, richiesta anche per i componenti interni, deve valutarsi compatibilmente con la struttura degli enti locali senza esigere, necessariamente, che l'esperienza professionale copra tutti gli aspetti oggetto della gara.

Nella fattispecie, la “ratio” della norma appare rispettata, atteso che i componenti della Commissione risultano appartenenti all'area tecnico-ambientale e a quella tecnico-amministrativa.

5-Va respinto anche il motivo in cui si afferma l'illegittima presenza di un tecnico esterno alle sedute della Commissione, non essendoci alcun principio di prova in ordine alla partecipazione di tale persona alle valutazioni della Commissione, atteso che ciò avrebbe dovuto essere contestato mediante querela di falso del verbale, per omessa indicazione della partecipazione alle sedute di un soggetto estraneo.

6-Con il successivo motivo si sostiene l'illegittimità delle disposizioni che prevedevano di formulare l'offerta raggruppando gli investimenti in gruppi omogenei in quanto, in tal modo, la Commissione avrebbe avuto la possibilità di determinare, sia la collocazione degli investimenti, sia il valore in base a cui premiare l'una o l'altra voce.

Il motivo è infondato.

La Commissione, infatti, non ha introdotto alcun elemento di valutazione aggiuntivo avendo la stessa ricondotto, secondo una procedura "automatica", gli interventi offerti da ciascun concorrente a ciascuna delle voci di valutazione (art. 3, punto 6 della lettera di invito), distinguendo, poi, le diverse tipologie di intervento proposte e attribuendo a ciascuna un valore economico standard.

Pertanto, nessuna ulteriore suddivisione dei punteggi previsti dal Disciplinare è stata effettuata dalla Commissione.

Né può ritenersi che la stazione appaltante avrebbe anticipato, in sede di valutazione tecnica, quanto doveva essere oggetto di offerta economica in quanto, trattandosi di gara da aggiudicarsi secondo l'offerta economica più vantaggiosa, per attribuire il punteggio di merito agli investimenti tecnici doveva, necessariamente, farsi riferimento al loro valore monetario.

7-Si sostiene, di seguito, la violazione della c.d. "clausola sociale".

Il motivo risulta inammissibile perché l'appellante non ha fatto richiesta al comune di assegnazione di personale, né ha contestato la memoria di controparte con cui si rileva l'inesistenza di postazioni con personale dell'appellante, dedicate all'esclusivo servizio degli impianti del comune di Varallo Pombia.

8-Con l'ottavo motivo si sostiene che il comune non avrebbe predefinito il valore di stima industriale dell'impianto dell'appellante, di cui si era accollato il riscatto, con conseguente violazione delle norme di contabilità, nonché del diritto di proprietà.

La censura è inammissibile perché, avendo l'amministrazione previsto di farsi carico del valore del riscatto delle strutture, tutte le contestazioni relative alla determinazione di tale valore, peraltro già rimesse alla sede arbitrale, non hanno alcun rilievo sulla gara oggetto del presente gravame.

9-Con il motivo successivo si lamenta l'erroneità del sistema tariffario utilizzato dall'AEEG ai sensi della delibera n. 159/09, per determinare il ricavo di gestione e l'impianto posto a base d'asta, in quanto sarebbero stati utilizzati i criteri del 2008, non più vigenti nel 2009.

La censura è infondata atteso che, sulla base dei regimi transitori e in attesa della determinazione delle nuove tariffe aggiornate, gli operatori possono applicare le vecchie tariffe e che la stessa appellante ha piena conoscenza del regime tariffario applicato alla gestione de qua.

10-Si sostiene, poi, l'esistenza di una sproporzione tra punteggio attribuito all'offerta tecnica e quello attribuito all'offerta economica.

Il motivo è infondato perchè l'art. 14, co. 6 del D.Lgs. n. 164/00 non ha fornito puntuali indicazioni circa il rilievo da attribuire ai singoli elementi che compongono le offerte presentate dai concorrenti e che, pertanto, non può ritenersi sussistere alcuna violazione della normativa (C.S. n. 224/11).

Inoltre, il riconoscimento di un rilievo significativo al dato economico risulta giustificato dalla decisione dell'amministrazione di darsi carico dell'onere di rimborso spettante alla gestione uscente.

11-Con il successivo motivo si afferma l'illegittimità dell'art. 15 del D.Lgs. n. 162/00 con riferimento alla brevità del regime transitorio stabilito dalla normativa.

Il motivo è infondato in considerazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia sulla incompatibilità del diritto comunitario della concorrenza con i regimi di proroga dell'assegnazione delle concessioni.

12-Infine, con l'ultimo motivo, si rileva, con riferimento agli artt. 89 e 113 del d.Lgs. n. 163/00, che l'elenco prezzi posto a base di gara non sarebbe attendibile, perché difforme dai prezzi di mercato.

La censura è infondata in quanto le norme richiamate, ai sensi dell'art 30 del richiamato D.Lgs., non si applicano alle concessioni di servizi per i settori speciali, come anche specificato dall'art. 3 n. 5 che richiama espressamente il settore del gas.

L'appello, pertanto, deve essere respinto, perché infondato.

Attesa la peculiarità delle questioni trattate, le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa, tra le parti, le spese del giudizio,

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2012

IL SEGRETARIO

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