

N. 06285/2013REG.PROV.COLL.
N. 06810/2012 REG.RIC.
N. 08693/2012 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 6810 del 2012, proposto da:

Società Italiana per il Gas S.p.A. - Italgas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Bassi e Marco Reggiani, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Vagnozzi in Roma, viale Angelico 103;

contro

Comune di Velletri, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Capozzi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Maggisano in Roma, via Costantino Morin, n. 1;

sul ricorso numero di registro generale 8693 del 2012, proposto da:

Comune di Velletri, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Capozzi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Maggisano in Roma, via Costantino Morin, n. 1;

contro

G6 Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica,

rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Colagrande e Stefano Ferla, con domicilio eletto presso l'avv. Roberto Colagrande in Roma, viale Liegi, n. 35 B;

nei confronti di

Società Italiana per il Gas S.p.A. - Italgas, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Bassi e Marco Reggiani, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Vagnozzi in Roma, viale Angelico, n. 103;

Enel Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Molè, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, via Nicolò Porpora, n. 16;

per la riforma,

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione II *ter* n. 6418/2012, resa tra le parti, concernente la gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas nel Comune di Velletri

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Velletri, di G6 Rete Gas S.p.A., di Società Italiana per il Gas S.p.A. - Italgas e di Enel Rete Gas S.p.A.;

Visto l'appello incidentale proposto da G6 Rete Gas S.p.A.;

Visto l'appello incidentale proposto da Enel Rete Gas S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Nicola Bassi, Alessandra Capozzi, Roberto Colagrande, Stefano Ferla e Marcello Molè;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Velletri con bando pubblicato sulla GUUE del 12 agosto 2010 indiceva una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, da aggiudicarsi secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura partecipavano tre imprese operanti nel settore che si classificavano nel seguente ordine: al 1° posto Italgas con 96,167 punti; al 2° Enel Rete Gas con 77,524 punti; al 3° G6 Rete Gas (gestore uscente) con 69,753 punti.

Nella seduta del 14 marzo 2011, veniva disposta dalla commissione di gara l'aggiudicazione provvisoria in favore di Italgas.

2.- G6 Rete Gas con ricorso al TAR Lazio impugnava l'aggiudicazione provvisoria disposta con verbale della commissione di gara n. 5 del 14 marzo 2011, gli atti del procedimento e la *lex* di gara limitatamente ad alcune prescrizioni, formulando censure concernenti le posizioni in graduatoria di Italgas e di Enel Rete Gas (ERG), sul presupposto, pur con fisiologiche differenziazioni interne, che le offerte di Italgas e di ERG non fossero adeguatamente remunerative dal punto di vista economico, in quanto non destinate a produrre un congruo livello di utile e in contrasto dal punto di vista tecnico con le richieste del Comune concedente e altre censure riguardanti le modalità di svolgimento della procedura di gara al fine di ottenere la rinnovazione della gara e una nuova *chance* di vittoria.

Intervenuta l'aggiudicazione definitiva con determinazione dirigenziale dell'11 gennaio 2012, G6 notificava motivi aggiunti (secondi motivi aggiunti al ricorso introduttivo), riproponendo avverso l'aggiudicazione definitiva tutte le censure dedotte avverso l'aggiudicazione provvisoria e, dopo l'accesso agli atti di gara, notificava i terzi motivi aggiunti incentrati su un asserito ritardo di Italgas nell'invio al Comune della documentazione richiesta ai fini della formalizzazione degli esiti di gara.

3.- Italgas, dopo la notifica dei motivi aggiunti aventi ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della gara, notificava ricorso incidentale, lamentando l'omessa esclusione dalla gara di G6 che in violazione delle regole di gara ed in particolare del paragrafo XV della lettera di invito, aveva inserito nella busta contenente la proposta tecnica anche l'indicazione dello sconto percentuale offerto sull'indennizzo richiesto al termine dell'affidamento oggetto di gara.

4.- Enel Rete Gas che dopo l'espletamento della gara aveva acquistato l'intero pacchetto azionario di G6 e aveva chiesto al Comune di essere svincolata dall'offerta a suo tempo presentata, ricevendo un rifiuto, notificava ricorso incidentale, sostenendo che il relativo interesse sarebbe sorto in conseguenza dell'impugnazione incidentale di Italgas e sarebbe fondato sull'esigenza di salvaguardare comunque le ragioni del gruppo societario.

Il ricorso incidentale era affidato a censure identiche a quelle dedotte dalla ricorrente principale.

5.- In sede di precisazione delle conclusioni, G6 Rete Gas s.p.a. dichiarava di non avere più interesse alla coltivazione del gravame nei confronti di Enel Rete Gas a causa delle novità emerse nell'assetto societario; Italgas eccepiva l'inaammissibilità sopravvenuta del ricorso di G6 per conflitto di interesse tra la seconda e la terza classificata in graduatoria. Per il resto le ricorrenti si riportavano ai propri atti difensivi.

6.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con sentenza n. 6418 del 2012 depositata il 13 luglio 2012, così decideva:

a) respinte le eccezioni preliminari di irricevibilità e improcedibilità, accoglieva il ricorso incidentale proposto da Italgas e, per l'effetto, annullava "con efficacia *ex nunc* l'azione amministrativa nella parte in cui non aveva escluso dalla gara la ricorrente principale G6 Rete Gas, la cui offerta tecnica conteneva anche elementi dell'offerta economica;

b) dichiarava inammissibile con riguardo alle censure dedotte in via principale il ricorso proposto da G6 Rete Gas, ma ritenuto che residuasse in capo alla ricorrente principale G6 un interesse qualificato a ottenere l'annullamento della gara nella sua totalità ai fini della rinnovazione, accoglieva il ricorso su una delle censure dedotte in via subordinata, quella relativa al vizio del procedimento, essendo avvenuta in seduta riservata l'apertura di alcuni plichi contenenti le offerte tecniche e, per l'effetto, annullava gli atti di gara;

c) dichiarava inammissibile il ricorso incidentale di Enel Rete Gas.

7.- Con atto di appello notificato il 12 – 13 settembre 2012, iscritto al n. 6810 del 2012, Italgas rimasta in sostanza soccombente nel giudizio di primo grado, essendo stata invalidata l'aggiudicazione definitiva disposta a suo favore dal Comune di Velletri, chiedeva l'annullamento o la riforma della suddetta sentenza del TAR Lazio, deducendone l'erroneità alla stregua dei seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 39 del codice del processo amministrativo e dell'art. 100 del codice di procedura civile; violazione e falsa applicazione dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, nonché degli articoli 121 e seguenti del codice del processo amministrativo; violazione degli articoli 21 *quinquies*, 21 *octies* e 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241; erroneità e contraddittorietà della motivazione.

Secondo l'appellante, la sentenza, differenziando la legittimazione del ricorrente principale in relazione alle censure, con conseguente difetto di legittimazione rispetto alle censure dirette ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria e della seconda classificata e di conseguire, quindi, l'affidamento diretto del servizio e, ritenendo invece, sufficiente a radicare la legittimazione il mero fatto storico dell'avvenuta partecipazione alla gara quanto alle censure dirette all'integrale annullamento della gara per vizi relativi alle modalità di svolgimento ovvero alla fase preliminare della

procedura di evidenza pubblica, si porrebbe in radicale contrasto nei suoi esiti finali con l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 che per caso analogo di fondatezza dell'azione incidentale avrebbe sancito il rigetto per inammissibilità del ricorso principale in ogni sua parte, riconducendo a razionalità e sistematicità il tema della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo.

Inoltre, l'applicazione in via analogica delle norme del codice del processo amministrativo (artt. 121 e segg.) sulla modulazione degli effetti della sentenza di annullamento, avrebbe finito con l'eludere i principi normativi propri delle sentenze demolitorie, attribuendo al giudice una discrezionalità nel determinare la decorrenza degli effetti demolitori, la cui retroattività sarebbe consustanziale al nostro diritto amministrativo;

2) violazione e falsa applicazione dei principi in tema di conflitto di interessi; omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia, in relazione al censurato sopravvenuto conflitto di interesse processuale tra la seconda e la terza classificata;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241; violazione e falsa applicazione dei punti 7 e 8 del paragrafo XIX della lettera di invito; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; contraddittorietà di motivazione, non sussistendo il vizio del procedimento relativo all'apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche.

8.- G6 Rete Gas S.p.A. a sua volta proponeva appello incidentale per l'annullamento o la riforma della sentenza nella parte in cui:

a) avrebbe disatteso, ovvero non avrebbe esaminato le eccezioni di irricevibilità e improcedibilità del ricorso incidentale proposto in primo grado da Italgas;

b) avrebbe dichiarato parzialmente inammissibile il ricorso con riferimento alle censure avanzate in via principale;

c) nell'ambito delle censure avanzate in via subordinata a tutela dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, avrebbe dichiarato assorbite le censure ulteriori rispetto a quella accolta avente ad oggetto l'apertura in sede riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche dei concorrenti.

L'appello incidentale veniva affidato alle seguenti censure:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 42 c.p.a.; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui al combinato disposto degli artt. 39 c.p.a. e 112 c.p.c.; illogicità e contraddittorietà della motivazione, perché il giudice di primo grado avrebbe erroneamente disatteso l'eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale di Italgas proposto circa 11 mesi dopo la proposizione del ricorso principale contro l'aggiudicazione provvisoria e l'eccezione di improcedibilità in ogni caso del ricorso incidentale in base al principio desumibile dalla Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, secondo cui devono essere esaminate prioritariamente le censure che possano concretamente riflettersi sull'accertamento della legittimazione al ricorso, la cui fondatezza impedendo l'ingresso nella procedura selettiva della documentazione relativa alla formulazione dell'offerta tecnica, ne avrebbe precluso la utilizzazione ai fini della esclusione dalla gara;

2.- erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui avrebbe dichiarato parzialmente inammissibile il ricorso con riferimento alle censure dedotte in via principale, che sarebbe stato doveroso comunque esaminare trattandosi di ricorsi "incrociati" con finalità escludente da parte delle uniche imprese partecipanti alla gara e, quindi le censure espressamente riproposte con le quali si sosteneva che: a) l'offerta di Italgas era palesemente incongrua e nettamente in perdita alla luce delle risultanze del Piano Economico Finanziario presentato e delle norme di gara e legislative applicabili; b) presentava specifici ed evidenti elementi di incongruità in

relazione ai costi operativi esposti nel suo Piano Economico Finanziario e rispetto ai vincoli derivanti dalla disciplina tariffaria, come enucleati dall'Autorità per l'energia ed il gas in atti ufficiali; c) mancava di autonomo progetto definitivo degli interventi obbligatori alla stregua della disciplina di gara; d) non prevedeva – per errore progettuale – alcuni interventi tecnicamente necessari ai fini dell'assetto fluidodinamico dell'impianto con ulteriori riflessi sulla congruità dell'offerta stessa; e) Italgas aveva provveduto a trasmettere tardivamente all'amministrazione comunale la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione, ai fini dell'aggiudicazione definitiva;

3) erroneità della sentenza nella parte in cui avrebbe assorbito le censure ulteriori rispetto a quella accolta in relazione al principio della domanda come declinato dal nuovo codice del processo amministrativo (art. 34 c.p.a.) che comporterebbe il dovere del giudice di pronunciarsi su tutti i motivi dedotti.

9.- Rete Enel Gas (ERG) si costituiva in giudizio con atto depositato il 24 settembre 2012 e con ricorso incidentale in appello notificato il 12 ottobre 2012, chiedeva l'annullamento della sentenza TAR Lazio II *ter* n. 6418 del 2012, nella parte in cui aveva dichiarato inammissibile “*per carenza di presupposti*” il ricorso incidentale da essa proposto in primo grado.

10.- Con autonomo atto di appello notificato il 27 novembre 2011, iscritto al n. 8693 del 2012, il Comune di Velletri impugnava la sentenza TAR Lazio, sezione II *ter* n. 6418 del 2012, chiedendone l'annullamento o la riforma perché erronea alla stregua dei seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dei punti 7 e 8 del paragrafo XIX della lettera di invito; violazione e falsa applicazione degli articoli 120 e 283 del d.p.r. n. 207 del 2010 in combinato disposto con l'art. 12 del d. l. n. 52 del 2012 convertito nella legge n. 94 del 2012; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; contraddittorietà

della motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241; violazione e falsa applicazione dell'art. 100 del codice di procedura civile; violazione e falsa applicazione dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, in quanto non sarebbe stata violata la disposizione della lettera di invito in ordine all'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti l'offerta e perché la violazione di forme procedurali non determinerebbe l'invalidità degli atti laddove non sia dimostrato un concreto pregiudizio da parte del ricorrente, nonché per violazione dei principi fissati dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, in ordine alla carenza di legittimazione processuale del ricorrente principale in caso di accoglimento del ricorso incidentale.

11.- Enel Rete Gas S.p.A. e G6 Rete Gas S.p.A. si costituivano in giudizio, contestando le tesi difensive del Comune di Velletri.

Le parti depositavano memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 12 luglio 2013, precisate le conclusioni nei termini di cui agli atti difensivi, i giudizi venivano assunti in decisione.

DIRITTO

1.- Gli appelli vanno riuniti ai sensi dell'art. 96, comma 1 del codice del processo amministrativo, trattandosi di impugnazioni proposte contro la stessa sentenza.

2.- Una prima questione, che precede da un punto di vista logico ogni altra, riguarda l'ammissibilità del ricorso incidentale di primo grado di Italgas.

Italgas, nel giudizio di primo grado instaurato da G6, aveva proposto ricorso incidentale con il quale lamentava che l'offerta di G6 non fosse stata esclusa, malgrado contenesse nella busta destinata all'offerta tecnica, anche l'indicazione dello sconto percentuale proposto sull'indennizzo richiesto al termine dell'affidamento.

Il Giudice di primo grado aveva accolto il ricorso incidentale, respingendo l'eccezione di tardività sollevata dalla difesa di G6 che viene riproposta con

l'appello incidentale, qui in esame, cui resistono gli appellanti principali: Italgas e il Comune di Velletri (che, invero, dedica alla questione poco più che un cenno).

2.1 –Secondo G6 (che sul punto richiama la sentenza n. 2613 del 2012 della terza sezione del Consiglio di Stato) il ricorso incidentale in primo grado di Italgas sarebbe stato da dichiarare irricevibile in quanto tardivo perché proposto dopo la notifica dei motivi aggiunti con i quali era impugnata l'aggiudicazione definitiva, allorché il termine per proporre il ricorso incidentale si era irrimediabilmente consumato.

2.2 - L'assunto è fondato.

Il ricorso al giudice amministrativo, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa, va assimilato alla citazione nel giudizio civile e, quindi, caratterizzato dalla *provocatio ad iudicium* con la conseguenza che l'atto introduttivo del giudizio con cui il soggetto chiede tutela è l'atto determinante e qualificante l'ulteriore sviluppo del giudizio e rispetto a tale atto devono essere apprestate e modulate le difese delle parti evocate in giudizio entro i termini fissati dalle norme processuali pena la decadenza.

La notifica del ricorso introduttivo, pertanto, vale a fissare ineludibilmente il momento delle scelte utili alla tutela della situazione giuridica tanto per il ricorrente che per tutte le altre parti, rilevando quale invito ad apprestare le proprie difese e implicando la cristallizzazione del *thema decidendum* con riguardo non solo agli atti con lo stesso aggrediti ma anche in relazione agli atti successivi della procedura e impone anche ai contraddittori lo stesso comportamento processuale.

Corollario di tale impostazione è che l'azione volta a paralizzare l'azione principale non può che essere fatta valere nei termini decorrenti dal ricorso principale.

Infatti, l'interesse del controinteressato a reagire con ricorso incidentale a detta impugnazione per negare la sussistenza di quel titolo, nasce per

effetto della scelta difensiva operata dal ricorrente principale con la notifica del ricorso che, come detto, vale a fissare ineluttabilmente il momento delle scelte utili alla tutela della situazione giuridica anche per il controinteressato.

In conclusione, il ricorso incidentale che assume un contenuto complesso ma innestato sulla matrice comune della “difesa attiva” non può non risentire, pena l’abuso dello strumento processuale a discapito delle altre parti, delle preclusioni che gravano sul ricorrente principale.

Non è consentito, quindi, al contraddittore di rinviare a momento successivo – graduandole sul futuro ed eventuale comportamento processuale del ricorrente principale - difese che trovano causa e ragione nelle censure contenute nel ricorso introduttivo, pena la decadenza dalla possibilità stessa di giovarsene.

2.3 – In base a tali principi, nel caso in esame, contraddistinto dall’impugnazione con il ricorso introduttivo dell’aggiudicazione provvisoria, il ricorrente incidentale non poteva rinviare le deduzioni ed eccezioni alla successiva fase della impugnazione dell’aggiudicazione definitiva, essendo suo onere reagire tempestivamente alla *provocatio ad iudicium*, pena la decadenza dalla possibilità stessa di far valere le proprie deduzioni ed eccezioni, venendo ad essere altrimenti alterata la corretta sequenza delle domande, eccezioni e contro domande sottoposte allo scrutinio del giudice.

2.4- Tale prospettazione non è in alcun modo compromessa dalle circostanze che il ricorso introduttivo avesse ad oggetto l’aggiudicazione provvisoria e che l’impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria di un appalto o di un servizio pubblico sia meramente facoltativa e debba essere integrata dall’impugnazione dell’aggiudicazione definitiva pena l’improcedibilità del ricorso.

Tale evenienza, peraltro eventuale, ben potendo il giudizio concludersi con

sentenza prima che intervenga l'aggiudicazione definitiva, non incide sulle regole del processo che impongono alla parte che scelga la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria l'onere di rispettare il termine e di dedurre contro tale atto tutti i motivi di doglianza con conseguente preclusione di proporre in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva motivi che avrebbe potuto far valere in precedenza (il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva, quando sia stata già impugnata quella provvisoria, si riduce agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più a vizi nuovi sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria, atteso che, come già detto, il ricorso principale vale a cristallizzare il *thema decidendum* con riguardo non solo agli atti con lo stesso aggrediti ma anche degli atti successivi della procedura).

In tal caso, dunque, il ricorso incidentale dovrà essere modulato alle difese del ricorrente principale con conseguente decadenza da difese ed eccezioni non dedotte tempestivamente, ma rinviate ad un momento successivo, quello della impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

2.5- Quanto al principio di parità delle parti, invocato dal giudice di primo grado sull'assunto che "*si attribuirebbe al ricorrente principale la possibilità di anticipare il dies a quo per la proposizione del ricorso, laddove l'aggiudicazione definitiva potrebbe anche non intervenire ed il bene della vita non essere realmente attribuito*", tale principio sarebbe contraddetto, snaturando la regola dello sviluppo logico del giudizio quale sede di confronto delle posizioni delle parti, pur sempre governato dai principi della regolarità della costituzione del rapporto processuale, ove si attribuisse al ricorrente incidentale, nell'ambito della propria strategia processuale, la facoltà di rinviare le proprie deduzioni *ad libitum*, in disparte la considerazione metagiuridica che il giudizio avente ad oggetto l'aggiudicazione provvisoria potrebbe definirsi prima ancora che intervenga l'aggiudicazione definitiva, ove le parti (ed in particolare l'amministrazione) abbiano interesse ad una definizione del

giudizio prima che il procedimento si concluda.

2.6 – Né è utile a contestare tale impostazione l'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla difesa di Italgas (Cons. Stato, sezione quinta, n. 2007 del 2012; n. 7460 del 2010) sulla natura di mero atto procedimentale interno dell'aggiudicazione provvisoria caratterizzato dalla semplice aspettativa dell'aggiudicatario provvisorio alla conclusione del procedimento avvalorata dalla necessità del soggetto, che pur non essendovi tenuto, abbia impugnato immediatamente e in via autonoma il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto, di impugnare successivamente anche l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso.

Tale orientamento giurisprudenziale si è formato con riguardo al rapporto tra aggiudicazione provvisoria e definitiva nell'ambito del procedimento amministrativo, con i consequenziali effetti sul processo, ma non affronta la diversa problematica, prettamente processuale, del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, qui in esame.

2.7- In applicazione dei principi sin qui esposti, va rilevata la tardività del ricorso incidentale di primo grado di Italgas.

E' pacifico, infatti, che il ricorso incidentale di Italgas è stato notificato il 20 marzo 2012, ben oltre il prescritto termine di 30 giorni a decorrere dalla notifica del ricorso principale proposto da G6 contro l'aggiudicazione provvisoria avvenuta in data 21 aprile 2011.

Il ricorso di G6 avverso l'aggiudicazione provvisoria era, peraltro, assistito da tutte le prescritte condizioni dell'azione (legittimazione e interesse) e, come tale perfettamente ammissibile e suscettibile di essere autonomamente deciso nel merito, sicché il ricorso incidentale teso a paralizzare le domande contenute in detto ricorso principale, avrebbe dovuto essere tempestivamente proposto nel rispetto del termine di cui all'art. 42 c.p.a., decorrente dall'impugnazione dell'aggiudicazione

provvisoria.

Erroneamente il giudice di primo grado ha ritenuto tempestivo il ricorso incidentale di Italgas, mentre era irrimediabilmente tardivo e non poteva che essere dichiarato irricevibile.

Va, in conseguenza, accolto il primo motivo dell'appello incidentale di G6 e va riformata la sentenza del TAR nella parte in cui ha annullato con efficacia *ex nunc* l'azione amministrativa per omessa esclusione dalla gara della ricorrente principale G6 Rete Gas.

3.- A tal punto devono ritenersi improcedibili le censure dedotte dalle appellanti principali, Italgas s.p.a. e amministrazione comunale di Velletri, in relazione alla parte della sentenza di primo grado qui riformata, articolate sia con riguardo alla modulazione degli effetti dell'azione demolitoria (*annulla con efficacia ex nunc l'azione amministrativa, nella parte in cui non ha escluso dalla gara la ricorrente principale G6*), sia con riguardo alla parziale inammissibilità del ricorso principale di G6, con salvezza della legittimazione limitatamente all'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

3.1- Comunque, le critiche mosse da Italgas e sinteticamente accennate anche dal Comune di Velletri al potere discrezionale del giudice di determinare la decorrenza degli effetti demolitori delle sue sentenze di annullamento non attengono tanto al potere riconosciuto in via generale al giudice amministrativo di calibrare gli effetti retroattivi della tutela costitutiva (cfr. sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755; sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340), oggi trasfuso negli artt. 120 e segg. del codice del processo amministrativo in relazione alle sentenze di annullamento in materia di appalti, quanto invece all'uso che ne ha fatto il giudice di primo grado nel rispetto del principio di parità delle parti e di tutela della libertà di concorrenza nella materia dei contratti pubblici, conservando la legittimazione del ricorrente principale, pur in presenza

dell'accoglimento del ricorso incidentale e, quindi, si risolvono nella dibattuta e più generale problematica del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

3.2- Questa problematica e, quindi, se sia o meno corretto il *decisum* del giudice di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che, malgrado la disposta esclusione di G6 dalla gara, permanesse la legittimazione processuale nei limiti dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara è stata affrontata da tutte le parti di questo giudizio (appellanti principali: Amgas e Comune di Velletri) e (appellanti incidentali: G6 e Enel Rete Gas), che hanno prospettato tesi meritevoli di attenzione, seppure sotto profili contrapposti.

Le appellanti principali assumendo l'erroneità della sentenza impugnata per contrasto con le conclusioni dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, nei capi in cui, pur accogliendo il ricorso incidentale di Italgas, non avrebbe dichiarato senz'altro integralmente improcedibile l'impugnazione di G6, che per effetto dell'accoglimento dell'incidente processuale era stata esclusa dalla gara, mantenendo in piedi la legittimazione processuale e l'interesse all'impugnativa sia pure limitata all'interesse alla rinnovazione della gara.

Le appellanti incidentali G6 e Enel Rete Gas, lamentando l'applicazione troppo rigida della soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria con la nota sentenza n. 4 del 2011 (che ha riesaminato la diversa soluzione fatta propria dall'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008), non potendo dubitarsi che il ricorrente principale, pur dopo l'accoglimento del ricorso incidentale, conservi una posizione soggettiva che lo differenzi dal *quisquis de populo*, allorché il ricorrente principale prospetti censure afferenti la fase preliminare della gara, cui è sotteso l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

La disputa arricchita da riferimenti dottrinari, giurisprudenziali e al diritto comunitario (da una parte essendo sopravvenuta sul tema, la sentenza 4

luglio 2013 - causa C -100/2012 della Corte di Giustizia e dall'altra, essendo stata nuovamente rimessa all'Adunanza Plenaria la problematica dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale la cui correttezza è stata larvatamente criticata anche dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza 21 giugno 2012, n. 10294 (cfr. ordinanza della quarta sezione n. 2681 del 17 maggio 2013 e, seppure in relazione a presupposti di diritto diversi da quelli oggetto del presente giudizio, ordinanza della quinta sezione n. 2059 del 15 aprile 2013), rimane, invero, assorbita per effetto dell'accertata tardività del ricorso incidentale di Italgas e della riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha fatto applicazione dei criteri controversi sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

3.3 - Rimane ugualmente assorbita anche la questione sollevata da G6 con l'impugnazione incidentale, relativa all'ordine di esame delle censure nel caso di ricorsi c.d. incrociati di due sole partecipanti.

Secondo l'appellante incidentale, in base al principio desumibile dalla Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, vanno esaminate prioritariamente le censure che possano concretamente riflettersi sull'accertamento della legittimazione al ricorso e, quindi, nel caso, la censura relativa all'apertura in seduta riservata delle offerte tecniche, la cui fondatezza avrebbe impedito l'ingresso nella procedura selettiva della documentazione relativa alla formulazione dell'offerta tecnica, precludendone la utilizzazione ai fini della esclusione dalla gara.

La questione tutt'altro che peregrina si risolve anch'essa nella più ampia problematica del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale e rimane assorbita, essendo venuti meno i presupposti sui quali era articolata.

4.- Deve essere ora esaminata la prima questione formulata da Italgas con l'appello principale e l'unica spiegata dal Comune di Velletri con il proprio atto di appello, ovvero quella inerente all'apertura in seduta riservata dei

plichi contenenti le offerte tecniche, il cui esame è anche pregiudiziale rispetto alle ulteriori eccezioni e censure dedotte da G6 con la propria impugnazione incidentale.

4.1- Italgas e il Comune di Velletri contestano la sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto sussistente il vizio del procedimento dedotto dalla ricorrente principale G6, relativo all'apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche.

Secondo il giudice di primo grado, tale *modus procedendi* dell'amministrazione avrebbe violato le prescrizioni della lettera di invito e si sarebbe posto in contrasto con il principio di necessaria pubblicità delle operazioni concorsuali.

Il percorso motivazionale del TAR è corretto e va condiviso.

4.2- La prescrizione XV della lettera di invito predisposta dall'amministrazione stabiliva che la presentazione dell'offerta tecnica – elementi qualitativi avvenisse con le seguenti modalità: *La busta 2 "offerta tecnica – elementi qualitativi" dovrà contenere a pena di esclusione tre ulteriori plichi debitamente sigillati e controfirmati suddivisi come segue Plico A piano di investimento, Plico B organizzazione e sicurezza, Plico C innovazioni.*

La successiva disposizione stabiliva che *nella prima seduta pubblica la Commissione verificherà l'ammissibilità dell'offerta e la completezza documentale di cui alla Busta n. 1 "Documentazione Amministrativa".*

Espletate le incombenze di cui al punto precedente la Commissione procederà nella stessa seduta pubblica all'apertura della Busta n. 2 "Offerta tecnica – elementi qualitativi e alla verifica dell'integrità della documentazione richiesta. Ultime le suindicate operazioni la Commissione si riconvocherà in seduta riservata per procedere alla valutazione dell'Offerta tecnica – elementi qualitativi e alla assegnazione del relativo punteggio.

Dal verbale n. 1 del 28 febbraio 2011 che documenta tali fasi della gara risulta che la Commissione, verificata la regolarità della documentazione

amministrativa, procedeva alla presenza dei rappresentanti delle imprese all'apertura della busta 2 (offerta tecnica – elementi qualitativi) e alla verifica della integrità dei plichi “A”, “B” e “C” contenuti nella stessa.

A questo punto la Commissione congedava i rappresentanti delle ditte e proseguiva in seduta riservata l'esame della documentazione tecnica (La seduta pubblica si concludeva con la seguente attestazione a verbale *“Risultano regolarmente pervenuti ed integri i plichi della busta n.2 relativi alle ditte...”*).

La seduta proseguiva, quindi, in forma riservata (nel verbale n. 1 si legge *“...la Commissione prosegue in seduta riservata l'esame della documentazione in maniera continuativa (...).”*

Risulta, quindi pacifico che non è avvenuta in seduta pubblica l'apertura dei tre plichi sigillati (A, B e C) contenuti nella busta 2, con la necessaria identificazione dei relativi contenuti.

Tale modo di procedere non risulta conforme alle disposizioni contenute al par. XIX, punti 7 e 8 della lettera di invito che, conformemente ai principi generali di trasparenza e imparzialità delle procedure di gara, al punto 7) stabiliva che nella prima seduta pubblica, la Commissione è tenuta a procedere *“all'apertura della Busta n. 2 “Offerta tecnica – Elementi qualitativi e alla verifica dell'integrità della documentazione richiesta”,* e non già dell'integrità dei soli Plichi destinati a contenere tale documentazione.

Orbene aprire in seduta pubblica la sola busta esterna, quando questa contiene soltanto tre plichi chiusi, equivale sostanzialmente in termini di garanzie di trasparenza ed effettiva controllabilità dei contenuti documentali, ad aprire sia la busta che i sottoplichi direttamente in seduta riservata.

In un caso e nell'altro i concorrenti presenti alla seduta si trovano di fronte semplicemente a buste chiuse di cui ignorano il contenuto.

Nel caso in esame, peraltro, le operazioni di apertura dei plichi A, B e C e

di verifica del relativo contenuto non solo non sono avvenute in seduta pubblica ma non risultano verbalizzate nemmeno nella seduta riservata.

Evidente, quindi, il *vulnus* dei principi di trasparenza ed imparzialità delle procedure ad evidenza pubblica e della disposizione del bando di gara e dalla pubblicità che il bando imponeva per tali operazioni.

4.3- Va da sé che la regola del bando di gara, peraltro, non impugnato *in parte qua*, conforme a principi di pubblicità e trasparenza già affermati dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 13 del 28 luglio 2011, (successivamente introdotti nell'ordinamento con la legge n. 94 del 2012 di conversione del d. l. n. 52 del 7 maggio 2012) era vincolante per la commissione di gara e la sua violazione, alla stregua di vizio del procedimento, si riflette sull'attività procedimentale invalidandola.

A fronte di tale situazione appare priva di pregio la prospettazione del Comune di Velletri, secondo cui la locuzione verbalizzata *“la Commissione prosegue in seduta riservata l'esame della documentazione tecnica in maniera continuativa”* implicherebbe l'apertura in seduta pubblica dei plichi contenuti nella busta n. 2, atteso che, come detto sopra, dal verbale n. 1 del 28 febbraio 2011 che documenta tali fasi della gara risulta che la Commissione *“verificata la regolarità della documentazione amministrativa, procedeva alla presenza dei rappresentanti delle imprese all'apertura della busta 2 (offerta tecnica – elementi qualitativi) e alla verifica della integrità dei plichi “A”, “B” e “C” contenuti nella stessa.*

A questo punto la Commissione congedava i rappresentanti delle ditte e proseguiva in seduta riservata l'esame della documentazione tecnica

La seduta pubblica si concludeva con la seguente attestazione a verbale *“Risultano regolarmente pervenuti ed integri i plichi della busta n.2 relativi alle ditte...”*

Insomma non risulta deducibile dai verbali, né da altro elemento addotto al giudizio che in seduta pubblica siano stati aperti i plichi A, B e C e sia stato

verificato che non avevano subito manomissioni ed il contenuto fosse integro, nel mentre la documentazione depositata fa ritenere che i suddetti tre plichi A, B e C non siano stati aperti in seduta pubblica.

4.4- Né può seriamente sostenersi che l'obbligo per legge di aprire in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dei documenti prodotti sia stato fissato per legge a decorrere dal 9 maggio 2008, mentre l'apertura dei plichi di cui trattasi è avvenuta il 28 febbraio 2011, atteso che la prescrizione nel caso in esame era vincolante perché contenuta nella *lex* di gara.

4.5- Privo di pregio è il riferimento alla mancanza di concreto pregiudizio, atteso che esso è immanente nella violazione delle norme di trasparenza e pubblicità, la cui violazione non consente di conoscere il concreto contenuto dei plichi, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli (Cons. Stato, Adunanza Plenaria 28 luglio 2011, n. 13).

4.6- Quanto al fatto che tale regola non potrebbe valere in relazione alle concessioni ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006, è sufficiente considerare che la regola è affermata nella *lex* di gara e che, pertanto, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, in disparte la considerazione che anche la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio in concessione richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria 31 luglio 2012, n. 31).

5.- Va ora esaminata l'altra censura dedotta dall'appellante principale Italgas.

5.1- Italgas con l'appello principale lamenta l'omessa pronuncia del giudice di primo grado su un punto decisivo della controversia, in relazione al censurato sopravvenuto conflitto di interesse processuale tra la seconda e la terza classificata.

Il riferimento è all'intervenuta incorporazione di G6 in Enel Rete Gas per acquisto da parte di quest'ultima dell'intero pacchetto azionario di G6.

L'assunto è infondato, non essendo ravvisabile alcun potenziale conflitto di interessi a seguito di incorporazione avvenuta dopo l'espletamento della gara, tanto più che G6 ha rinunciato a far valere qualunque doglianza contro Enel Gas e quest'ultima non ha fatto che coltivare l'azione inizialmente intrapresa, pur nella nuova posizione giuridica di cointeressata e non più controinteressata di G6.

5.2- Le doglianze di Italgas e del Comune di Velletri sono dunque infondate e vanno respinte, sicché la sentenza di primo grado *in parte qua* deve essere confermata.

6.- Vanno ora esaminate le altre questioni dedotte da G6 con la propria impugnazione incidentale.

6.1- G6 assume che erroneamente il giudice di primo grado avrebbe assorbito le altre censure da essa dedotte in ordine ai vizi del procedimento e ne chiede l'esame, espressamente riproponendole, richiamando il dovere del giudice di esaminare anche le censure ulteriori rispetto a quella accolta al fine di ottenere l'annullamento della procedura e la sua rinnovazione in relazione al principio della domanda come declinato dal nuovo codice del processo amministrativo (art. 34 c.p.a.).

6.2 - Il principio desumibile dal codice del processo in base al quale il giudice deve pronunciarsi su tutti i motivi dedotti dal ricorrente il cui accoglimento sia idoneo ad arricchire il contenuto del giudicato ed il correlativo vincolo conformativo al riesercizio del potere conformativo, non consente tuttavia di superare preclusioni di ordine processuale.

Le regole dell'assorbimento non consentono di esaminare censure relative a documenti o fasi della procedura di evidenza pubblica che non possono trovare ingresso nel giudizio, atteso che l'accertata illegittimità della procedura di evidenza pubblica, essendosi svolta in seduta segreta la

verifica dell'integrità e della documentazione inserita nei plichi contenuti nella busta destinata all'offerta tecnica, preclude la possibilità di esaminare a qualsivoglia fine documenti travolti dalla declaratoria di illegittimità e dall'annullamento della procedura.

Comunque, le censure cui si riferisce l'appellante incidentale G6, sull'utilizzazione di un criterio valutativo non pertinente e diverso da quello previsto dalla *lex specialis* per l'attribuzione dei punteggi relativi all'innovazione tecnologica; sull'illegittima applicazione del criterio relativo a "interventi sugli impianti principali" e sul difetto di motivazione in merito all'attribuzione dei punteggi relativi a "interventi sulle altre parti dell'impianto", sono inammissibili perché dette censure attengono al merito dell'azione amministrativa.

6.3- Quanto alle censure relative a vizi della *lex* di gara in relazione all'indennizzo al gestore uscente, sulla conoscibilità di elementi economici dell'offerta in sede di valutazione delle offerte tecniche, sui criteri di aggiudicazione, sugli elementi di valutazione, attenendo a profili tecnico discrezionali e non risultando suffragate da elementi probatori di pari valenza vanno ritenute inammissibili per genericità.

In conclusione l'appello incidentale di G6 va accolto limitatamente all'asserita inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado di Italgas.

7.- Rimane da esaminare l'appello incidentale proposto da ERG con cui la società chiede l'annullamento della sentenza n. 6418 del 2012 nella parte in cui, respinta l'istanza di estromissione dal giudizio, ha dichiarato inammissibile per carenza dei presupposti il ricorso incidentale da essa proposto.

Secondo il giudice di primo grado, ERG, che aveva acquistato nelle more del giudizio l'intero pacchetto azionario di G6, avrebbe finito con assumere la posizione di cointeressata di G6 ed in tale qualità non avrebbe potuto giovare dello strumento del ricorso incidentale, avendo l'onere di proporre

azione principale nel termine di legge.

ERG contesta la decisione, assumendo che la propria azione andrebbe assimilata ad un'eccezione e, come tale esclusa da ogni portata caducatoria connessa al decorso del tempo .

Invero, la identità di interessi tra ERG e G6 non consente di ravvisare in ERG la posizione di contro interessato, apparendo la sua azione piuttosto che un ricorso incidentale un intervento adesivo, sicché correttamente il TAR lo ha ritenuto inammissibile per carenza dei presupposti che individuano la posizione del contro interessato.

L'appello di ERG in conseguenza deve essere respinto.

8.- In conclusione, riuniti gli appelli, deve essere accolto entro i limiti di cui in motivazione l'appello incidentale di G6 e, per l'effetto, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso incidentale di primo grado di Italgas; devono essere respinti gli appelli di Italgas e del Comune di Velletri e l'appello incidentale di ERG.

La complessità della controversia comporta la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

riunisce gli appelli;

giudicando sull'appello incidentale di G6 Rete Gas s.p.a. lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto in riforma della sentenza di primo grado dichiara inammissibile il ricorso incidentale di Italgas;

giudicando sugli appelli di Italgas e del Comune di Velletri li rigetta;

giudicando sull'appello incidentale di ERG lo rigetta.

Compensa per entrambi i gradi le spese le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013

con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2013

IL SEGRETARIO

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