

N. 02433/2016REG.PROV.COLL.

N. 01963/2014 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 1963 del 2014, proposto da:
2I Rete Gas s.p.a. (già Enel Rete Gas s.p.a.), in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati
Giovanni Corbyons e Francesca Mazzonetto, con domicilio eletto presso
il primo, in Roma, via Cicerone 44;

contro

Comune di Paderno Dugnano, in persona del sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Corrado Diaco, con domicilio eletto
presso Carmelo Giurdanella, in Roma, via dei Barbieri 6;

nei confronti di

Società italiana per il gas s.p.a. - Italgas, società soggetta all'attività di
direzione e coordinamento di Snam s.p.a., in persona del procuratore
speciale avvocato Marco Reggiani, rappresentata e difesa dagli avvocati
Nicola Bassi e Alessio Minutoli, con domicilio eletto presso Daniele
Vagnozzi in Roma, via Bazzoni 3;
Gelsia Reti s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE III, n.
116/2014, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del
servizio di distribuzione del gas naturale per il Comune di Paderno
Dugnano

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paderno Dugnano e
della Società Italiana per il Gas s.p.a.;
Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 16 aprile 2014, n. 1661;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il consigliere
Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Mazzonetto, Diaco, e
Vagnozzi, per delega di Bassi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. 2I Rete Gas s.p.a. (già Enel Rete Gas s.p.a.) impugna gli atti della procedura di affidamento in concessione dodicennale del servizio di distribuzione del gas, indetta dal Comune di Paderno Dugnano con bando pubblicato il 13 gennaio 2011, nella quale si è collocata al terzo posto della graduatoria finale, dietro la prima classificata Società italiana per il gas s.p.a. - Italgas, dichiarata conseguentemente aggiudicataria (con determinazione n. 319 del 27 aprile 2012), e la Gelsia Reti s.r.l., collocatasi al secondo posto. Enel Rete Gas deduce che le offerte di queste due imprese sarebbero insostenibili economicamente ed avrebbero pertanto dovuto essere escluse all'esito del sub-procedimento di verifica di anomalia svolte nei loro confronti dall'amministrazione.
2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sede di Milano, adito in primo grado, ha respinto il ricorso, giudicando congrua l'offerta dell'aggiudicataria sulla base della verifica esperita (effettuata da un delegato del presidente dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nominato verificatore con ordinanza n. 754 del 22 marzo 2013) e dichiarando conseguentemente improcedibili le doglianze rivolte dalla ricorrente nei confronti della concorrente seconda classificata.
3. Con il presente appello 2I Enel Rete Gas deduce la nullità della verifica e ripropone le censure già formulate nel ricorso davanti al Tribunale amministrativo.
4. Si sono costituite per resistere al mezzo il Comune di Paderno Dugnano e l'aggiudicataria.
5. Con ordinanza del 16 aprile 2014, n. 1661, la Sezione ha respinto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la 2I Rete Gas sostiene che la verifica sarebbe nulla sotto un duplice profilo.
In primo luogo l'appellante si duole che le attività svolte dall'ausiliario siano consistite in analisi di carattere documentale e non si siano indirizzate ad accertare la corrispondenza al vero di quanto dichiarato dall'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia, attraverso sopralluoghi, ispezioni e controlli presso la stessa, in conformità alla funzione tipica della verifica. Inoltre, la 2I Rete Gas deduce la violazione del contraddittorio, a causa della mancata considerazione delle osservazioni del proprio consulente tecnico di parte (I motivo d'appello).
2. Entrambe le censure sono infondate.
Il verificatore si è attenuto all'incarico affidatogli dal Tribunale amministrativo nella citata ordinanza n. 754 del 22 marzo 2013. Il giudice di primo grado ha infatti disposto l'incombente istruttorio sui seguenti quesiti: «- con riferimento agli addetti: se il modello lavorativo e il numero di addetti indicati nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria siano sufficienti per garantire adeguatamente il servizio, anche alla luce dei parametri fissati nel DM 21 aprile 2011; - con riferimento ai tempi di intervento sulle richieste dei clienti, se l'offerta economica sia compatibile con il numero di addetti per p.d.r. (punto di riconsegna n.d.e.) - se possano ritenersi attendibili la misura dei costi dichiarati da ITALGAS (corrispondente al 18,6% del VRD) e la mancata indicazione, nel conto economico presentato dall'aggiudicataria, degli oneri finanziari

connessi agli investimenti necessari per la gestione del servizio nel periodo di affidamento».

Quindi, a questi quesiti il verificatore ha fornito risposta nella relazione depositata nel giudizio di primo grado l'8 novembre 2013, dopo avere esaminato gli atti ed i documenti di causa.

3. Occorre al riguardo precisare che la scelta dell'ausiliario circa gli accertamenti da compiere al fine di adempiere all'ordine istruttorio è espressiva di valutazioni di carattere ampiamente discrezionale, insuscettibili di determinare alcuna invalidità.

Né questa può ritenersi discendere dalla natura dell'incombente istruttorio. Come in particolare evidenziato dalla controinteressata Italgas, gli assunti di 2I Rete Gas sono smentiti dal tenore letterale dell'art. 63, comma 4, Cod. proc. amm., in cui si prevede che il giudice possa disporre la verifica quando reputi necessario avvalersi di «particolari competenze tecniche» in ordine non solo all'«accertamento di fatti», ma anche per l'«acquisizione di valutazioni». La medesima disposizione del Codice del processo amministrativo specifica ulteriormente che qualora lo ritenga «indispensabile», il giudice possa disporre una consulenza tecnica. A ben vedere, la verifica (art. 66 Cod. proc. amm.) consiste essenzialmente in un accertamento disposto al fine di completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali; mentre la consulenza tecnica (art. 67 Cod. proc. amm.) si estrinseca in una valutazione di situazioni da utilizzare ai fini della decisione, dall'oggetto non meramente ricognitivo e circoscritto a un fatto specifico, e la cui soluzione implica specifiche cognizioni tecniche (tra tante, Cons. Stato IV, 8 marzo 2012, n. 1343; III, 18 marzo 2013, n. 1571; VI, 10 maggio 2013, n. 2543; VI, 12 febbraio 2014, n. 682; VI, 12 novembre 2014, n. 5552).

4. Nondimeno, trattandosi in entrambi i casi di procedimenti cognitivi tecnici, analogamente alla consulenza tecnica la verifica può essere effettuata non solo per ricostruire fatti oggetto del potere amministrativo implicativi di discipline tecnico-specialistiche, ma anche per verificare se le valutazioni tecniche svolte dall'amministrazione risultino corrette e conformi ai principi ed ai canoni di tali discipline.

Alla luce di quanto rilevato è irrilevante la circostanza, sottolineata dall'appellante in sede di discussione, che con ordinanza del 5 maggio 2016, n. 1826 (resa nel giudizio iscritto al n. di r.g. 8378/2015), questa V Sezione abbia disposto una consulenza tecnica su quesiti analoghi a quelli formulati nel presente giudizio dal Tribunale amministrativo lombardo.

5. La 2I Rete Gas non può nemmeno dolersi che il verificatore non abbia assicurato il contraddittorio.

A parte che il diritto di difesa è stato esercitato con pienezza dalla odierna appellante dopo il deposito della relazione dell'ausiliario, attraverso le attività di cui all'art. 73, comma 1, Cod. proc. amm., deve rilevarsi che a differenza dell'art. 67, relativo alla consulenza tecnica d'ufficio, l'art. 66 Cod. proc. amm. non prevede espressamente la facoltà di nomina di consulenti di parte, e che nel caso di specie il giudice di primo grado nulla ha disposto al riguardo né ha ordinato al verificatore di svolgere i propri accertamenti in contraddittorio con le parti.

6. Può dunque passarsi all'esame dei restanti motivi dell'appello di 2I Rete Gas, concernenti il merito della presente vicenda contenziosa.

7. Con un primo ordine di censure (motivi II e III) la società appellante sostiene che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe anomala perché non recante l'utilizzo di tutti e 13 gli addetti al servizio da essa impiegati nella precedente gestione. Sarebbe così violato l'art. 2 del decreto del Ministro per lo sviluppo economico del 21 aprile 2011 (Disposizioni per governare gli effetti sociali connessi ai nuovi affidamenti delle concessioni di distribuzione del gas), prevedente il passaggio del personale dal gestore uscente a quello subentrante, pari a tredici addetti, nonché la clausola sociale contenuta nell'art. 4 del disciplinare di gara. L'offerta di Italgas sarebbe quindi inidonea a garantire una gestione del servizio adeguata dal punto di vista della sicurezza, della qualità, e dell'efficienza, giacché non verrebbe assicurato il rapporto ottimale di addetti per punti di riconsegna (che identifica il punto fisico in cui il gas naturale viene consegnato dal fornitore e prelevato dal cliente finale) di 1.500 punti di riconsegna per ogni addetto, fissato dal comma 4 del citato art. 2 del D.M. 21 aprile 2011. Infatti – prosegue 2I Rete Gas – i soli sei addetti previsti dall'aggiudicataria, determinando un rapporto di uno per 3.900 punti di riconsegna, rendono l'offerta di questa insostenibile rispetto agli accennati parametri di sicurezza qualità ed efficienza del servizio.

8. I motivi devono essere respinti.

9. In primo luogo, con riguardo all'applicazione del D.M. 21 aprile 2011 alla procedura di gara in contestazione, non vi sono ragioni per discostarsi da quanto ritenuto dal giudice di primo grado. Il regolamento non è infatti applicabile poiché la sua entrata in vigore, avvenuta il 5 maggio 2011, è successiva alla data di pubblicazione del bando di gara, risalente al 13 gennaio 2011, cosicché lo stesso non è fonte regolatrice della procedura di gara oggetto del presente giudizio.

10. In contrario non giova all'appellante sottolineare invece che il decreto in esame non reca alcuna disciplina transitoria.

Infatti, per costante orientamento di questo Consiglio di Stato, la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola, cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione non può sottrarsi (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

Pertanto, anche per ragioni di tutela dell'affidamento delle prime, deve escludersi che il *ius superveniens* possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, altrimenti venendo sacrificati i «principi di certezza e buon andamento, con sconcerto delle stesse e assoluta imprevedibilità di esiti, ove si imponesse alle Amministrazioni di modificare in corso di procedimento le regole di gara per seguire le modificazioni normative o fattuali intervenute successivamente alla adozione del bando» (Cons. Stato, III, 1° settembre 2014 n. 4449; in termini anche: VI, 20 ottobre 2014, n. 5170).

11. Quanto alla clausola sociale contenuta nel disciplinare, deve sottolinearsi che, come già rilevato dal Tribunale amministrativo, Italgas le ha prestato piena osservanza, assumendo l'impegno di assumere alle proprie dipendenze tutto il personale impiegato dall'odierna appellante nella precedente gestione.

Il fatto che la controinteressata non ne abbia confermato l'integrale destinazione al medesimo servizio, ma ad altri svolti in aree limitrofe, per dichiarate ragioni di economia della gestione, non integra una violazione dell'obbligo imposto dalla *lex specialis*.

12. Infatti, secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (da ultimo: III, 30 marzo 2016, n. 1255, 9 dicembre 2015, n. 5598, 5 aprile 2013, n. 1896; V, 25 gennaio 2016, n. 242; VI, 27 novembre 2014, n. 5890) la clausola sociale va interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale garantita dall'art. 41 della Costituzione: per cui, fermo l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle proprie dipendenze, il nuovo gestore del servizio può collocarne alcuni in altri contratti da esso eseguiti (e anche ricorrere agli ammortizzatori sociali previsti dalla legge allorché in esubero), quando nell'organizzazione prefigurata per quello in contestazione gli stessi risultino superflui. Quindi, secondo questo condivisibile indirizzo la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può esser tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento.

Come ha poi puntualmente rilevato il giudice di primo grado, la clausola sociale dell'art. 4 del disciplinare di gara si colloca nella linea qui descritta, imponendo al gestore entrante di assorbire il personale di quello uscente; ma non già di destinarlo all'esecuzione di quel medesimo contratto.

13. Passando quindi alla questione del rapporto addetto al servizio / punto di riconsegna, per le ragioni sopra esposte deve innanzitutto escludersi che possa fungere da parametro di valutazione della sua rispondenza a criteri di sicurezza, qualità ed efficienza del servizio quello il valore di 1.500 previsto dall'art. 2, comma 4, del decreto ministeriale del 21 aprile 2011. Come chiarito dal verificatore, tale valore costituisce una soglia minima «al di sotto del quale si paleserebbe una inefficienza nell'utilizzo di personale per la gestione del servizio», che non rende automaticamente insostenibili invece valori superiori.

14. L'ausiliario nominato dal giudice di primo grado ha quindi ritenuto congruo il rapporto di 1/3.900 risultante dall'offerta di Italgas, in virtù dell'organizzazione aziendale di quest'ultima, ed in particolare della presenza in essa di una struttura di supervisione integrata e sistemi informativi di gestione delle utenze idonei a ridurre i tempi di risposta alle richieste di intervento dell'utenza.

Sul punto, l'appellante si limita a richiamare le considerazioni svolte a proposito dell'asserita nullità della verifica, perché tradottasi nell'acquisizione di valutazioni tecniche anziché nel mero accertamento di fatti, senza contrapporre specifici elementi in grado di denotare un'evidente erroneità in un giudizio tecnico-discrezionale, per oggetto analogo a quello svolto dall'amministrazione concedente in sede di verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, come invece sarebbe stato suo onere ai sensi dell'art. 64, comma 1, del Codice del processo amministrativo.

15. La 2I Rete Gas ripropone quindi un ulteriore profilo di anomalia dell'offerta di Italgas, conseguente al fatto che i costi operativi di gestione da essa stimati per lo svolgimento del servizio di distribuzione del gas per il Comune di Paderno Dugnano si attestano al 18% del vincolo sui ricavi di distribuzione (VRD), percentuale al di sotto del 45% prevista dall'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico quale valore adeguato per una gestione adeguata a garantire la qualità e l'efficienza del servizio (motivo IV d'appello).

16. Il motivo deve essere respinto.

Sul punto, Italgas ha debitamente posto in evidenza che il parametro enucleato dall'Autorità di settore costituisce un valore medio, che prescinde dalla singola realtà aziendale, per cui valori rispetto ad esso inferiori non sono di per sé sintomatici di un'offerta inattendibile. Ciò precisato, anche a questo nel caso di specie non vi sono elementi per sostenere che la valutazione di congruità effettuata dall'amministrazione sia irragionevole, alla luce di circostanze specifiche che inducono a ritenere plausibile il valore risultante dall'offerta dell'aggiudicataria. Si tratta in particolare del radicamento territoriale di questo gestore, cui si è sopra già fatto riferimento, e che consente allo stesso di svolgere il servizio di distribuzione del gas per il Comune di Paderno Dugnano senza necessità di incrementare i propri costi operativi, in particolare attraverso ulteriori investimenti, e conseguentemente senza dovere assumere ulteriori oneri finanziari.

17. In sede di verifica dell'anomalia Italgas ha quindi fornito spiegazioni specifiche e del tutto plausibili circa le proprie strategie di ottimizzazione dell'efficienza del servizio e le relative ricadute in punto costi di struttura (nella relazione in merito alla sostenibilità economica dell'offerta). In particolare, preso atto che dei tredici dipendenti impiegati dall'odierna appellante per il servizio nei confronti del Comune di Paderno Dugnano due sono destinati ad andare in pensione nel corso dei dodici anni di durata della concessione oggetto del presente giudizio, la stessa non ha previsto alcuna sostituzione, mentre per gli altri ha prefigurato un impiego in attività di investimento (progettazione e direzione di nuovi lavori, realizzazioni di nuovi allacciamenti, posa di contatori). Pertanto, i costi inerenti ai primi devono essere proporzionalmente ridotti, mentre per i secondi è corretta l'imputazione di quota parte ad investimenti soggetti a capitalizzazione. A quest'ultimo riguardo, Italgas ha stimato in sede di giustificazioni una percentuale del 60% del costo complessivo del lavoro, in linea con le altre sue gestioni e senza che al riguardo si riscontri alcuna specifica censura da parte dell'appellante.

Italgas ha quindi fornito alcune ulteriori indicazioni circa possibili recuperi di efficienza nel corso della durata della concessione, sia grazie al sistema tariffario applicabile sia grazie alla propria presenza territoriale quale gestore in aree prossime a Paderno Dugnano, e quindi con la possibile realizzazione di economie di scala, grazie anche a futuri pensionamenti di ulteriore personale.

Ebbene, a fronte di tutto ciò non si riscontrano censure della 2I Rete Gas idonee a fare emergere palesi irrazionalità nel giudizio di non anomalia espresso dall'amministrazione e di inattendibilità dell'offerta dell'aggiudicataria.

18. L'infondatezza delle censure indirizzate al giudizio svolto dal Comune di Paderno Dugnano con riguardo all'offerta di Italgas rende quindi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'esame delle analoghe doglianze svolte da 2I Rete Gas nei confronti della concorrente seconda classificata, Gelsia Reti s.r.l. e riproposte nel presente appello ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

19. In conseguenza del rigetto della domanda di annullamento dell'aggiudicazione, devono essere respinte le consequenziali domande della società appellante di subentro nel contratto, previa dichiarazione di inefficacia di quello stipulato con Italgas, e di risarcimento per equivalente.

20. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

In applicazione del criterio della soccombenza 2I Rete Gas s.p.a. deve essere condannata a rifondere alle parti appellate costituite le spese del presente grado di giudizio, per la cui liquidazione si rinvia al dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante 2I Rete Gas s.p.a. a rifondere al Comune di Paderno Dugnano e alla Società italiana per il gas s.p.a. – Italgas le spese del presente grado di giudizio, liquidate in € 10.000,00, oltre agli accessori di legge, per ciascuna parte appellata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini,	Presidente
Claudio Contessa,	Consigliere
Fabio Franconiero,	Consigliere, Estensore
Raffaele Prosperi,	Consigliere
Alessandro Maggio,	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2016

IL SEGRETARIO