



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5835 del 2011, proposto da:
Ascopiave s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Barel e Federica Scafarelli,
con domicilio eletto presso quest'ultima in Roma, via Giosue' Borsi n. 4;

contro

Comune di San Vito di Leguzzano, rappresentato e difeso dagli avv. Dario Meneguzzo e Orlando Sivieri, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Cosseria N. 5;

nei confronti di

Pasubio Group S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Colarizi ed Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Panama, 12;
Enel Rete Gas S.p.A.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00541/2011,
resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per servizio di distribuzione gas naturale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Vito di Leguzzano e di Pasubio Group S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Scafarelli, Sivieri e Colarizi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Ascopiave s.p.a., società concessionaria del servizio di distribuzione del gas per il Comune di San Vito di Leguzzano, è insorta, con ricorso integrato da due atti di motivi aggiunti, davanti al TAR Veneto, avverso gli atti con i quali l'amministrazione concedente:

- ha dapprima fissato al 31 dicembre 2009 la scadenza della concessione, contemporaneamente determinandosi nel senso di indire una procedura ad evidenza pubblica per procedere ad un nuovo affidamento del servizio;
- quindi, ha indetto la gara (bando pubblicato l'11 febbraio 2010), aggiudicandola alla Pasubio Group s.r.l., prima classificatasi con punti 87,588 (32,887 per l'offerta tecnica + 54,701 per l'offerta economica), seguita da Enel con punti 80,480 (37,169 + 43,311) ed infine da Ascopiave con punti 76,838 (43,448 + 33,390).

2. Il TAR adito in parte dichiarava inammissibile ed il parte respingeva l'impugnativa perché reputata infondata, statuendo che:

- la data di scadenza del servizio è stata individuata dal Comune resistente in conformità all'art. 23 del d.l. n. 273/2005, in mancanza di accordo sulla proroga di

un ulteriore anno, né questo deve ritenersi vincolato dalla previa individuazione degli ambiti territoriali di cui all'art. 46-*bis* del d.l. n. 159/2007;

- difetta l'interesse della ricorrente a dolersi della scelta del Comune, espressa nel bando di gara, di accollarsi il valore residuo degli impianti ex art. 14, comma 7, d.lgs. n. 164/2000, risultando questa del tutto indifferente per il gestore uscente, trattandosi oltretutto di scelta giustificata, in chiave di *favor participationis*, dalle positive ricadute sul margine di profitto conseguibile dall'aggiudicatario, nonché da finalità acceleratorie della procedura ad evidenza pubblica;

- parimenti è carente di interesse il privato ricorrente a censurare l'assenza di copertura finanziaria della delibera di indizione della gara;

- la prospettazione della ricorrente di irragionevolezza del canone atteso, pari all'80% del VRD (valore ricavi da distribuzione) è stata smentita dall'offerta dell'aggiudicataria, contenente un canone determinato in misura superiore alle previsioni (87% del VRD);

- la domanda volta a conseguire l'indennizzo ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/90 è inaccoglibile, non essendo ravvisabile nella vicenda in esame alcun atto di revoca;

- parimenti priva di fondamento è la pretesa di ritenere gli impianti fino all'effettivo pagamento dell'indennità dovuta per la loro acquisizione da parte del Comune, ai sensi dell'art. 14, comma 9, d.lgs n. 164/2000, in quanto presupposta ad un inadempimento del soggetto obbligato nel caso di specie non configurabile, vista la mancata quantificazione di tale indennità;

- la formula matematica impiegata per l'attribuzione dei punteggi per le offerte economiche, pur restringendo la forbice dei punteggi teoricamente a disposizione, consentiva comunque il rispetto della loro graduazione proporzionale, nè era stata fornita la prova che una diversa formula avrebbe determinato un diverso esito della gara;

- i criteri di attribuzione dei punteggi per gli investimenti fissati nella legge di gara non si prestano ad integrazioni da parte della Commissione giudicatrice: la previsione contenuta nel par. 12 della lettera d'invito, secondo cui la Commissione avrebbe attribuito ai vari tipi di investimento offerti un valore monetario calcolato per gruppi omogenei di cespiti sulla base delle offerte tecniche presentate costituisce nient'altro che un autovincolo nella valutazione dei progetti di investimento sulla base dei criteri di attribuzione dei punteggi fissati nella legge di gara;
- le concorrenti classificatesi in posizione peggiore della ricorrente avevano debitamente dichiarato, a mezzo dei rispettivi rappresentanti legali, l'insussistenza di tutte le cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, d.lgs. n 163/2006, dovendo in ogni caso farsi applicazione, in assenza di prova di precedenti penali, della regola del falso innocuo;
- le censure all'operato della Commissione nell'attribuzione dei punteggi sono parimenti inammissibili per mancato superamento della prova di resistenza;
- la ricorrente è priva di interesse a dolersi della presunta antieconomicità dell'offerta dell'aggiudicataria, essendosi collocata al terzo posto della graduatoria finale;
- le doglianze avverso la composizione di detto organo, in ragione della presenza di un membro in conflitto di interessi (arch. Andrea Testolin), di un consulente esterno (ing. Franco Marfurt) ingeritosi nelle operazioni di valutazione e per mancata motivazione del ricorso a membri esterni alla stazione appaltante sono infondate giacché: il preteso conflitto di interessi non è riferibile al componente interessato, ma al Comune di Creazzo del quale è dipendente; la prova delle ingerenze del consulente non è stata fornita; l'assenza di professionalità adeguate all'interno dell'ente è comunque desumibile dal contesto motivazionale del provvedimento di nomina;

- il responsabile del servizio tecnico dell'ente affidante aveva legittimamente nominato la Commissione di gara, in virtù del titolo di competenza derivantegli dall'art. 107, comma 2, t.u.e.l.

3. Nel presente appello la Ascopiave formula motivi concernenti: a) l'operato della Commissione nell'attribuzione dei punteggi e nella conseguente formazione della graduatoria finale; b) le modalità di nomina e la composizione della Commissione di gara.

3.1 Nei primi si duole dell'errata valutazione dei progetti di investimento proposti dalle concorrenti e parziale omesso esame della censura di primo grado da parte del TAR.

Sostiene che il confronto concorrenziale sia stato distorto ed ingiustificatamente appiattito verso il basso, attraverso l'impiego di una formula matematica tale da non consentire di raggiungere la distanza massima di 15 punti sui 50 teoricamente disponibili per l'offerta tecnica, e risultata concretamente pregiudizievole delle proprie chance di aggiudicazione, vista la migliore offerta presentata rispetto alle controinteressate.

3.1.1 A questo riguardo, critica il giudizio di irrilevanza della censura cui è giunto il TAR, stigmatizzando l'omissione in cui il Giudice di primo grado è incorso nell'esame della stessa. Evidenzia infatti che in essa si era dedotto che la Commissione aveva illogicamente sottovalutato il valore monetario degli investimenti da essa ricorrente proposti rispetto a quelli della seconda classificata Enel Rete Gas, mentre aveva ingiustificatamente attribuito a quest'ultima punteggi in misura eccessiva.

3.1.2 Sulla base di questa prospettazione, deduce che la statuizione di inammissibilità del motivo concernente la pretesa antieconomicità dell'offerta dell'aggiudicataria sarebbe travolta, ribadendo che l'offerta della Pasubio Group conduce ad una perdita sulla base della seguente operazione matematica:

dall'offerta economica presentata, pari ad € 2.309.832, devono essere sottratti € 2.009.553,84, pari al VRD riconosciuto al Comune concedente (87% dell'offerta), € 100.000 a titolo di canone *una tantum* da corrispondere al medesimo concedente, € 466.500 per gli investimenti promessi, così ottenendosi un risultato negativo di 266.221,84.

A sostegno dei motivi in esame la Ascopiave ripropone le istanze istruttorie di verifica o consulenza tecnica disattese dal TAR.

3.2 Con riguardo al secondo ordine di motivi, l'appellante ripropone le censure svolte in primo grado concernenti le modalità di nomina e la composizione della Commissione di gara: violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 per quanto concerne il ricorso a membri esterni ed assenza di competenza nella materia oggetto di gara di quelli nominati; violazione del dovere di astensione del responsabile del servizio tecnico, autonominatosi presidente dell'organo; presenza di un consulente esterno partecipante delle operazioni di valutazione spettanti in via esclusiva ai commissari; violazione del regolamento comunale sui contratti, per essere la nomina stata adottata dal suddetto responsabile anziché dal segretario comunale.

4. Così riassunti i motivi in cui si articola l'appello, devono essere esaminati con priorità quelli "sostanziali", indirizzati all'operato della Commissione nell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche ed alla mancata esclusione dell'aggiudicataria Pasubio, giacché dall'accoglimento degli stessi deriverebbe una piena soddisfazione dell'interesse azionato nel presente giudizio dalla Ascopiave, mentre l'accoglimento delle censure di ordine procedimentale, relative alle modalità di nomina e composizione dell'organo valutativo, determinerebbe una parziale rinnovazione della procedura di affidamento.

5. Con il primo motivo d'appello viene in rilievo l'operato della Commissione nell'attribuzione dei 38 punti a disposizione per il "*piano investimenti per lo sviluppo e il*

potenziamento della rete”, di cui al punto n. 6 del par. 12 della lettera d’invito, ripartiti nel seguente modo: 15 punti per *“manutenzione cabine e gruppi di riduzione”*; 5 punti per *“protezione catodica delle condotte”*; 3 punti per *“eventuali ammodernamenti tecnologici”*; 7 punti per *“eventuali estensioni di rete in nuove zone proposte in progetto”*; 4 punti per *“densità media utenti che comporta l’estensione obbligatoria e gratuita della rete”*; 2 punti per *“inizio lavori per estensione obbligatoria e gratuita di rete”*; 2 punti per *“termine lavori per estensione obbligatoria e gratuita di rete”*.

5.1 La Ascopiave lamenta, con riguardo al primo sub-punteggio, che il valore monetario degli investimenti da essa proposti sia stato valutato in misura inferiore rispetto agli analoghi investimenti proposti dalle concorrenti e che il riconoscimento dello stesso valore avrebbe condotto al punteggio di € 77.000 in luogo degli € 18.500 attribuiti.

Anche per quanto riguardo gli ammodernamenti tecnologici l’appellante enuclea un profilo di incoerente valutazione della propria proposta, contenente la previsione di installazione di sette dispositivi per altrettanti gruppi di riduzione, senza tuttavia che alla stessa siano stati riconosciuti punti, mentre alla seconda classificata Enel Rete Gas che ne aveva proposti solo 3 sono stati attribuiti € 2.400 di investimenti.

5.1.1 In sintesi lamenta quindi una illegittima sottovalutazione della propria offerta di € 58.500 per il primo sub punteggio e di € 2.400 per il secondo.

L’appellante ha anche comprovato di superare in tal modo la prova di resistenza, con le tabelle di cui alla memoria conclusionale, che evidenziano come sulla base di tali valori la propria offerta conseguirebbe 77,146 punti contro i 77,065 di Enel Rete Gas.

5.2 Prima di esaminare il motivo va comunque dato atto delle plurime eccezioni di inammissibilità sollevate al riguardo dal Comune di San Vito di Leguzzano e cioè: perché tendente a censurare il merito dell’operato tecnico-discrezionale della

Commissione; per mancato superamento della prova di resistenza; per novità nella parte in cui rivendica un maggior punteggio in ragione dell'inclusione tra gli investimenti proposti di un sistema elettronico di ottimizzazione del preriscaldamento del gas.

6. Le suddette prime due eccezioni dell'amministrazione appellata sono fondate nei termini di seguito precisati.

Prova troppo infatti la tesi secondo cui, nell'ambito del primo dei sub-punteggi di cui si è detto sopra, la Commissione avrebbe dovuto riconoscere alla Ascopiave i valori monetari di € 14.000 per ciascuno dei due gruppi di riduzione da 1.100 mc/h; 8.000 per ciascuno dei tre gruppi di riduzione da 650 mc/h; € 3.000 per il gruppo di riduzione da 110 mc/h.

L'assunto dell'appellante a sostegno di tale tesi si fonda sull'applicazione di un criterio proporzionalistico di tipo matematico, imperniato sul raffronto con i valori monetari attribuiti ai concorrenti per i medesimi cespiti.

Ma l'impostazione rigidamente proporzionalistica su cui si basa il motivo in esame non può essere seguita fino alle conseguenze pretese dalla Ascopiave, visto che la Commissione, da un lato ha attribuito lo stesso valore monetario a gruppi di riduzione di diversa capacità, come ad es. per i gruppi di riduzione offerti da tutti i concorrenti da 1.000 a 1.200 mc/h e dall'altro ha attribuito al gruppo di riduzione di 2.000 mc/h proposto da Enel Rete Gas 18.000 mc/h, cosicché non è possibile escludere che ai gruppi di minore capacità di cui si compone l'offerta dell'appellante, e cioè quelli da 650 e quello da 110 mc/h, i valori monetari ritenuti congrui fossero, in applicazione di criteri proporzionalistici progressivamente decrescenti, quelli rispettivamente di 7.000 e 2.000 euro, o valori ancora minori.

6.1 I rilievi ora svolti persuadono del fatto che il motivo, sotto le spoglie delle censure di eccesso di potere per illogicità e disparità di trattamento, si risolve in un

inammissibile sindacato sostitutivo del potere valutativo spettante all'amministrazione aggiudicatrice.

6.1.1 Da ciò consegue, in via di ulteriore corollario, che non vi è prova del superamento della prova di resistenza, poiché, come si evince dalle citate tabelle riportate dall'appellante nella propria memoria conclusionale, solo attraverso l'attribuzione dei punteggi nei termini anzidetti la stessa si collocherebbe in posizione peggiore rispetto ad Enel Rete Gas, maturando così l'interesse a contestare l'antieconomicità dell'offerta della Pasubio Group, prima classificata.

6.2 Parimenti deve essere rigettato il motivo con cui si censura l'omesso accoglimento delle istanze istruttorie con cui la Ascopiave aveva chiesto lo svolgimento di una verifica o di una consulenza tecnica.

6.2.1 Ciò per un duplice ordine di rilievi.

Innanzitutto perché il ricorso a tali mezzi è possibile solo una volta superata la prova di resistenza, all'esclusivo fine di cogliere, attraverso l'impiego di nozioni specialistiche, i vizi di logicità e travisamento dei fatti in cui l'amministrazione è incorsa nello svolgimento dell'attività tecnico-discrezionale e dunque nella fase afferente il merito del vizio di legittimità dedotto in sede giurisdizionale, successiva a quella preliminare di delibazione della sua ammissibilità.

6.2.2 In secondo luogo perché la richiesta in esame sottende un riesame delle offerte sostitutivo di quello riservato all'amministrazione, attraverso l'attribuzione dei valori monetari standard agli investimenti proposti secondo quanto l'appellante assume. Il che – come visto poc'anzi - esorbita evidentemente dai limiti entro i quali è consentito il ricorso in sede giurisdizionale a cognizioni tecnico-specialistiche e cioè allo scopo di verificare l'inattendibilità del criterio di giudizio e della concreta applicazione fattane dall'amministrazione nell'esercizio del suo apprezzamento discrezionale, senza alcun sindacato sostitutivo dello stesso.

7. Venendo ai motivi con cui si censura le modalità di nomina e la composizione della Commissione di gara, gli stessi sono infondati in forza di quanto *infra* specificato:

- è inammissibile per difetto di specificità del motivo ai sensi dell'art. 101 cod. proc. amm., nei termini da ultimo chiariti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con sent. 4 giugno 2011, n. 10, la censura incentrata sul presunto conflitto dell'arch. Testolin con la Ascopiave, avendo il TAR debitamente precisato che tale conflitto poteva prospettarsi con riguardo non già alla persona fisica ma al Comune di Creazzo alle cui dipendenze il predetto lavora e non avendo l'appellante enucleato alcuna puntuale critica a tale decisione, che in ogni caso si sottrae a qualsiasi critica;
- non è fondata la doglianza relativa alla mancata motivazione del provvedimento di nomina dei membri esterni;
- deve infatti convenirsi con quanto affermato sul punto dal Giudice di primo grado e cioè che la ragione di tale scelta è desumibile “*dal contesto del provvedimento di nomina*”, ed in particolare dalla menzione del ricorso a funzionari di altre amministrazioni, come in effetti consentito dal comma 8 del citato art. 84, in possesso di adeguata esperienza nella materia sulla base del curriculum appositamente presentato, il che depone evidentemente nel senso dell'assenza di adeguate professionalità all'interno dell'amministrazione;
- analogamente è infondata la censura concernente l'assenza di adeguate professionalità dei membri nominati, la quale si infrange di fronte della produzione in giudizio dei *curricula* dei membri, dai quali è dato evincere il possesso di adeguate professionalità per il tipo di servizio posto a gara, in particolare per quanto concerne l'ing. Gianfranco Cavion (dal 1984 al 2000 responsabile dei servizi tecnologici, tra cui quello di distribuzione del gas, per il Comune di Schio), così come deve riconoscersi competenza in materia di procedure ad evidenza pubblica,

ivi compreso il ridetto servizio di distribuzione del gas, all'arch. Andrea Testolin (che ha dichiarato di avere presieduto la Commissione di gara per la concessione del medesimo servizio per il comune di Creazzo);

- deve confermarsi il giudizio del TAR circa la mancata prova che il consulente esterno abbia influenzato il giudizio valutativo della Commissione, non avendo la Ascopiave fornito elementi di prova a sostegno della propria doglianza;

- correttamente lo stesso Giudice di primo grado ha richiamato l'art. 107 t.u.e.l, per ritenere legittimamente nominata la Commissione da parte del responsabile del servizio tecnico del Comune resistente (sotto questo profilo andava ricordato anche l'art. 109, relativo ai municipi di più ridotte dimensioni), cosicché non rilevano disposizioni contrarie di regolamento comunale, né coglie nel segno la censura con cui l'appellante deduce il conflitto di interessi in cui versava il presidente dell'organo che ha anche proceduto nella predetta veste di responsabile ad approvare gli atti della Commissione da lui stesso presieduta, essendo tale funzione cumulabile in capo alla figura apicale della struttura amministrativa comunale in seguito alle attribuzioni allo stesso della generalità delle funzioni di gestione attiva (in termini questa Sezione si è di recente espressa con la sentenza 27 aprile 2012 n. 2445).

In conclusione l'appello deve essere respinto, ma le spese di giudizio possono essere integralmente compensate, in ragione del numero e della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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