

N. 00738/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01032/2011 REG.RIC.
N. 01050/2011 REG.RIC.
N. 00149/2012 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti numero di registro generale 1032 del 2011, integrato da motivi aggiunti, 1050 del 2011, 149 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposti rispettivamente da:

Metanprogetti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Emanuela A. Barison, Antonio Verrando, con domicilio eletto presso l'avv.to Emanuela A. Barison in Torino, corso Inghilterra, 41;

A.M.A.G. - Azienda Multiutility Acqua Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.to Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso l'avv.to Bruno Sarzotti in Torino, corso Re Umberto, 27;

Enel Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe De Vergottini,

Cesare Caturani, con domicilio eletto presso l'avv.to Barbara Rolando in Torino, corso Matteotti, 3 Bis;

contro

Comune di Valenza, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Scaparone, Jacopo Gendre, con domicilio eletto presso l'avv.to Paolo Scaparone in Torino, via S. Francesco D'Assisi, 14;

nei confronti di

A.M.V. Azienda Multiservizi Valenza Spa - Egea Ente Gestione Energia e Ambiente Spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Massimo Andreis, Giacomo Santi, con domicilio eletto presso l'avv.to Massimo Andreis in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1032 del 2011:

del provvedimento di esclusione della ricorrente Metanprogetti s.r.l. dalla gara d'appalto avente ad oggetto l'affidamento del Servizio pubblico locale di distribuzione del gas naturale, indetta dal Comune di Valenza, comunicata con nota prot. n. 22078/5gare in data 6/9/2011 e trasmessa in data 7.9.2011, anch'essa impugnata;

nonché degli atti tutti antecedenti, preordinati, consequenziali, fra cui:

la Determinazione del Settore Tecnico n. 149 in data 10.8.2011 e relativi allegati, con cui è stata nominata la Commissione di Gara;

il Bando di gara ed il relativo disciplinare, la lettera di invito n. 14406/2011; i verbali di gara e relativi allegati, gli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva e degli atti tutti connessi;

nonché, con i motivi aggiunti depositati il 20.1.2012, per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 248 del 16.12.2011 e relativi allegati con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio del Comune di Valenza, comunicata, ex art. 79 comma 5 D.Lgs. n. 163/2006, alla Metanprogetti S.r.l. con nota prot. n. 30975/5gare in data 22.12.2011, nonché per l'annullamento

degli atti tutti antecedenti, preordinati, consequenziali, versati in produzione documentale in data 30.12.2011 e segnatamente:

dei verbali di gara relativi alle sedute del 4.5.2011, 6.5.2011, 12.5.2011, 2.9.2011, e relativi allegati, secondo verbale in data 2.9.2011, 5.9.2011, 6.9.2011, 12.10.2011, 18.10.2011, in seduta pubblica ed in seduta segreta, 2.12.2011,

nonché, con i motivi aggiunti depositati in data 8.3.2012, per l'annullamento

della Determinazione Dirigenziale n. 149 in data 10.8.2011, con cui è stata nominata la Commissione giudicatrice dell'appalto relativo all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, sul

territorio comunale, depositata in giudizio dal Comune resistente in data 10.2.2012;

degli atti tutti relativi al giudizio di anomalia;

e per l'annullamento, la declaratoria di nullità o di inefficacia, la risoluzione o comunque la caducazione degli effetti del contratto di appalto medio tempore eventualmente stipulato dall'Amministrazione con l'aggiudicataria;

ovvero in via subordinata

per il risarcimento del danno subito dalla Società ricorrente.

quanto al ricorso n. 1050 del 2011:

della nota del Presidente della Commissione giudicatrice in data 6.9.2011 - trasmessa a mezzo fax il 7.9.2011 - con cui il Comune di Valenza ha comunicato alla ricorrente A.M.A.G. l'esclusione dalla procedura di gara ristretta per l'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas naturale in corso di svolgimento;

del verbale della Commissione giudicatrice, non noto, con cui il Comune di Valenza ha disposto a carico della ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara in discussione;

di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o consequenziale..

quanto al ricorso n. 149 del 2012:

della determinazione dirigenziale n. 248 del 16.12.2011 di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico locale di distribuzione di gas naturale nel territorio del

Comune di Valenza, comunicata con nota prot. n. 30975/5gare del 22.12.2011, ricevuta in data 2.1.2012, nonché di ogni determinazione presupposta, ivi inclusi tutti i verbali della predetta procedura; per l'accertamento del diritto della ricorrente di ottenere l'aggiudicazione della concessione in parola; per la declaratoria di inefficacia del contratto di concessione del servizio in oggetto, ove, medio tempore, stipulato; per l'accoglimento della domanda di subentro; per il risarcimento del danno.

Visti i ricorsi principali e incidentali, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Valenza e di A.M.V. Azienda Multiservizi Valenza Spa - Egea Ente Gestione Energia e Ambiente Spa;

Visto gli atti di costituzione in giudizio ed i ricorsi incidentali proposti dalla ricorrente incidentale Societa' A.M.V. S.p.A.- Azienda Multiservizi Valenzana e Societa' Egea Ente Gestione Energia e Ambiente S.p.A., rappresentate e difese dall'avv.to Massimo Andreis, con domicilio eletto presso l'avv.to Massimo Andreis in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

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 17 maggio 2012 la dott.ssa

Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le ricorrenti, con più ricorsi successivamente riuniti, hanno impugnato gli atti in epigrafe deducendo i motivi di ricorso *infra* separatamente elencati, con indicazione della ricorrente interessata.

A) A.M.A.G. s.p.a. ha contestato la propria esclusione dalla procedura per cui è causa deducendo i seguenti vizi di legittimità:

- 1) Violazione di legge, con riferimento al combinato disposto degli artt. 30 e 216 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 6 n. 7) del disciplinare di gara.
- 2) Violazione del principio generale di massima partecipazione in materia di affidamenti pubblici.

Ammessa con riserva in seguito ad ordinanza cautelare la ricorrente A.M.A.G. non è risultata aggiudicataria e non ha proposto impugnativa avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione intervenuta a favore dell'Azienda Multiservizi Valenzana s.p.a. All'udienza di merito la ricorrente A.M.A.G. ha unicamente insistito in relazione alla spese di lite, stante l'improcedibilità dell'impugnativa.

B) Metanprogetti s.r.l. ha impugnato li provvedimento che ne ha decretato l'esclusione dalla medesima procedura, deducendo i seguenti motivi di ricorso:

- 1) Violazione e/o falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 46 e

75 del d.lgs. n. 163/2006 e ss. mm.-. Violazione di legge per violazione del principio generale di legalità nell'esercizio dell'azione amministrativa, del principio di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità. Eccesso di potere, nella figura sintomatica della contraddittorietà per violazione del principio del dovere di soccorso istruttorio e del principio di tassatività delle cause di esclusione. Eccesso di potere nella figura sintomatica dell'errore sul fatto presupposto all'esercizio del pubblico interesse, nonché per errata valutazione dei presupposti, anche in diritto, all'adozione dell'atto impugnato. Ingiustizia grave e manifesta, irragionevolezza, sperequazione di trattamento, sviamento, illogicità e sproporzionalità.

2) Violazione e/o falsa applicazione di legge in relazione all'art. 84 d.lgs. 12/4/2006 n. 163, co. 2,8; violazione di legge e/o falsa applicazione di legge in riferimento all'art. 120, co. 4, regolamento contratti pubblici D.P.R. 5.10.2010, n. 207; violazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 92 D.P.R. n. 554/1999. Incompetenza.

Ha chiesto annullarsi gli atti impugnati e, in via gradata e subordinata, dichiararsi l'inefficacia del contratto o applicarsi alla stazione appaltante le sanzioni alternative e/o cumulative di cui all'art. 123 del d.lgs. 163/2006 nonché, accertata l'illegittimità dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante, condannarsi la medesima al risarcimento del danno per equivalente.

Ammessa con riserva alla procedura in sede cautelare, con successivo

ricorso per motivi aggiunti depositato in data 20.1.2012, parte ricorrente Metanprogetti s.r.l. ha impugnato l'intervenuta aggiudicazione definitiva a favore dell'Azienda Multiservizi Valenzana s.p.a. deducendo i seguenti ulteriori motivi di ricorso:

1)Violazione e falsa applicazione di legge in relazione all'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 co. 2 e 8; violazione di legge e/o falsa applicazione di legge in riferimento all'art. 120 co. 4 regolamento contratti pubblici d.p.r. n. 207/2010; violazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 92 d.p.r. 554/99. Incompetenza. Lamenta parte ricorrente la mancanza, in capo ai commissari esterni selezionati senza previa verifica di sussistenza di professionalità interne, della competenza nello specifico settore oggetto di appalto e conseguentemente la composizione numerica della commissione di gara.

Con secondi motivi aggiunti depositati in data 8.3.2012 parte ricorrente, in seguito all'intervenuto deposito in giudizio del provvedimento di nomina della commissione giudicatrice (determinazione dirigenziale n. 149 del 10.8.2011) ha dedotto il seguente motivo di ricorso:

1)Violazione e/o falsa applicazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, commi 2 e 8; violazione e/o falsa applicazione di legge in riferimento all'art. 120 co. 4 Regolamento Contratti Pubblici d.p.r. 5.10.2010 n. 207; violazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 92 D.P.R. n. 554/99. Violazione e/o falsa applicazione per violazione e/o falsa

applicazione di legge di cui all'art. 107 d.p.r. n. 267/2000 T.U.E.L. Eccesso di potere per violazione del principio di autonomia di impegno di spesa e organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Violazione e/o falsa applicazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 e dell'art. 6 di cui alla l. n. 241/1990. Violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere per difetto e/o insufficienza di istruttoria e di motivazione travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti. Incompetenza. Reitera parte ricorrente le censure già espresse con il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti in relazione alla composizione della commissione.

2) Violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 co. 7 e art. 51 c.p.c.; violazione di legge e/o falsa applicazione in riferimento all'art. 120 co. 4 Regolamento Contratti Pubblici D.P.R. 5.10.2010 n. 207; violazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 92 D.P.R. n. 554/1999. Violazione e/o falsa applicazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 107 d.p.r. n. 267/2000 T.U.E.L. Eccesso di potere per violazione del principio di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Disparità di trattamento. Imparzialità. Violazione e/o falsa applicazione di legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 e dell'art. 6 l. n. 241/1990. Violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere per difetto e/o insufficienza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti. Contesta ulteriormente parte ricorrente che il presidente della commissione versasse in condizione

di incompatibilità.

Si costituiva l'amministrazione resistente contestando in fatto e diritto gli assunti di cui ai ricorsi.

Si costituiva la controinteressata Azienda Multiservizi Valenzana s.p.a spiegando ricorso incidentale, ed in particolare evidenziando le seguenti ragioni, che avrebbero dovuto comportare l'esclusione dalla gara della ricorrente principale Metanprogetti s.r.l.:

1)Violazione e/o erronea applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare. Nello specifico: violazione e/o erronea applicazione di prescrizioni previste dalla *lex specialis*, con conseguente illegittima loro disapplicazione. Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 richiamato dalla *lex specialis*. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, falso presupposto, motivazione erronea o comunque perplessa. Sviamento. Violazione delle regole dalla *par condicio*. Contesta la ricorrente incidentale che la ricorrente principale abbia ommesso, nella prescritta documentazione amministrativa, di presentare talune delle dichiarazioni di cui all'art. 38 lett. mter) e 38 lett. b) del d.lgs. n. 163/2006

2)Violazione e/o erronea applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare. Nello specifico: violazione e/o erronea applicazione di prescrizioni previste dalla *lex specialis* con conseguente illegittima loro disapplicazione. Violazione e/o erronea applicazione degli articoli 75 e 113 D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, falso presupposto. Violazione delle regole della *par condicio*. Contesta la ricorrente incidentale l'idoneità

delle cauzioni provvisoria e definitiva presentate dalla ricorrente.

3)Violazione e/o erronea applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare. Nello specifico: violazione e/o erronea applicazione di ulteriori prescrizioni previste dalla *lex specialis* con conseguente illegittima loro disapplicazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, falso presupposto. Violazione delle regole della *par condicio* sotto ulteriori profili. Contesta la ricorrente incidentale l'assenza di autentica sulla cauzione definitiva prestata dalla ricorrente.

C) Con ulteriore ricorso, successivamente riunito, la ricorrente Enel Rete gas s.p.a. ha impugnato la determinazione n. 248 del 2011 di aggiudicazione ad A.M.V. s.p.a. deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1)Violazione e falsa applicazione delle prescrizioni della *lex specialis* previste a pena di esclusione. Vizio dell'istruttoria. Falso presupposto di fatto e di diritto. Travisamento. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità. Disparità di trattamento. Violazione del principio di *par condicio*. Si contesta, alla luce delle prescrizioni di gara, il difetto di sottoscrizione e timbratura della documentazione prodotta in gara dalla controinteressata.

2)Eccesso di potere per illogicità. Carezza di istruttoria. Falso presupposto di fatto e di diritto. Disparità di trattamento. Violazione del principio di *par condicio*. Ingiustizia manifesta. Contesta Enel Rete gas di essere stata penalizzata poiché lo stato di consistenza allegato alla procedura non evidenziava taluni macchinari oggetto di

manutenzione.

In subordine:

1) Illegittima composizione della Commissione giudicatrice. Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per errata applicazione dei principi in materia di nomina dei componenti della commissione giudicatrice. Difetto di motivazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990. Contesta parte ricorrente le modalità di nomina della commissione.

Si sono costituite la controinteressata e l'amministrazione preliminarmente eccependo la tardività del ricorso proposto da Enel Rete gas s.p.a..

Parte controinteressata ha altresì spiegato ricorso incidentale deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione e/o erronea applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare. Nello specifico: violazione e/o erronea applicazione di prescrizioni previste dalla *lex specialis* con conseguente illegittima loro disapplicazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, falso presupposto, vizi della motivazione, motivazione erronea o comunque perplessa. Mancata esclusione di offerta non verosimile. Violazione delle regole della *par condicio*. Contesta la ricorrente incidentale la validità del sopralluogo effettuato dal rappresentante della ricorrente.

2) Violazione e/o erronea applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare sotto ulteriori profili. Nello specifico: violazione e/o erronea applicazione di ulteriori prescrizioni previste

dalla *lex specialis* con conseguente illegittima loro disapplicazione. Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 richiamato dalla *lex specialis*. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, falso presupposto, difetto di motivazione, motivazione erronea o comunque perplessa. Violazione delle regole della *par condicio*. Contesta la ricorrente incidentale la mancanza delle prescritte dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 da parte di taluni dei soggetti muniti di legale rappresentanza nella società ricorrente.

All'udienza del 17.5.2012 la causa, previa riunione dei tre ricorsi, è stata discussa e decisa.

DIRITTO

1) Deve essere preliminarmente dichiarato improcedibile il ricorso proposto da A.M.A.G. s.p.a., in quanto la medesima, pur avendo impugnato la propria esclusione dalla procedura, dopo essere stata ammessa con riserva in sede cautelare, non ha impugnato la successiva determinazione di aggiudicazione a favore di A.M.V. s.p.a. in R.T.I. con Egea s.p.a.

2) Sempre preliminarmente devono essere respinte le eccezioni di tardività mosse dalle parti resistente e controinteressata in relazione al ricorso proposto da Enel Rete gas s.p.a.

Si contesta che suddetta ricorrente (unica delle ricorrenti a non aver anche subito un provvedimento di esclusione dalla procedura, la quale pertanto ha impugnato solo la finale determinazione di aggiudicazione a favore del raggruppamento temporaneo di impresa guidato da

A.M.V. s.p.a.) sarebbe decaduta dell'impugnazione.

Il ricorso introduttivo è stato notificato in data 31.1.2012 tuttavia, secondo le controparti, la ricorrente Enel rete gas s.p.a. avrebbe avuto previa comunicazione a mezzo posta elettronica dell'intervenuta aggiudicazione sin dal giorno 22.12.2011, sicchè il termine decadenziale di 30 giorni sarebbe spirato al più il 21.1.2012. Parte ricorrente non ha contestato la ricezione del messaggio di posta elettronica, prodotto in giudizio; dal suo testo si evince unicamente che la comunicazione recava la mera notizia dell'aggiudicazione al raggruppamento controinteressato, con in allegato i verbali della commissione giudicatrice ma non la determinazione finale di aggiudicazione, che è appunto l'atto impugnato e da impugnare.

Nessun effetto decadenziale può dunque essere ricondotto a suddetta comunicazione.

Contestano ulteriormente le controparti che, dal sito internet di monitoraggio della corrispondenza di Poste Italiane s.p.a., la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione a mezzo posta risulterebbe essere stata ricevuta da Enel Rete gas s.p.a. in data 30.12.2011, data rispetto alla quale la richiesta notificazione del 31.1.2012 sarebbe in ogni caso tardiva. Premesso che è onere della parte che eccepisce l'intervenuta decadenza comprovare il *dies a quo* dal quale intende far decorre il termine, dagli atti risulta che, contrariamente a quanto figura sul sito delle poste, il timbro di ricezione apposto sulla cartolina di ricevimento prodotta dalla ricorrente reca la data del 2.1.2012. E' evidente che, se pure al sito

internet delle poste lo stesso legislatore ha attribuito una valenza provvisoria di prova delle date di notificazione sino alla momento della materiale esibizione delle cartoline, non può escludersi che il medesimo rechi errori e soprattutto, detta valenza provvisoria, supplisce alla temporanea carenza delle cartoline recanti gli esatti timbri di spedizione/ricezione. Una volta disponibili e prodotte le cartoline non possono quindi avallarsi soluzioni con queste contrastanti sulle mera scorta di una registrazione informatica magari non corretta o aggiornata. D'altro canto l'amministrazione che ha formulato l'eccezione si è limitata ad appellarsi al sito internet delle poste omettendo la contemporanea produzione della cartolina di ritorno della raccomandata che, dato il lasso di tempo trascorso, verosimilmente sarà stata alla medesima restituita e che sarebbe l'unico documento effettivamente idoneo a contrastare le risultanze documentali evincibili dalla cartolina prodotta dalla ricorrente.

L'eccezione di tardività deve dunque essere respinta.

3) Si procede, per coerenza logica, all'analisi dei ricorsi incidentali proposti da A.M.V., inerenti la posizione delle ricorrenti Enel Rete gas s.p.a. e Metanprogetti s.r.l..

Stante la natura paralizzante dei ricorsi incidentali essi vengono analizzati per primi; la loro ritenuta infondatezza esime il collegio dall'ulteriore approfondimento circa il fatto che la valenza paralizzante sia idonea a precludere in ogni caso l'analisi tanto delle censure volte al conseguimento dell'aggiudicazione quanto di quelle volte a tutelare l'interesse strumentale all'integrale riedizione della

procedura.

3.1) Con il primo motivo di ricorso incidentale nel giudizio instaurato da Enel Rete gas s.p.a. si lamenta la non intervenuta esclusione della ricorrente per vizio di rappresentanza del soggetto dalla medesima incaricato dello svolgimento del sopralluogo prescritto dal bando. La legge di gara prescriveva l'effettuazione del sopralluogo a pena di esclusione (cfr. § 1, 2); IV lett. l) del disciplinare). Il successivo punto V), 5) prescriveva che il sopralluogo doveva effettuarsi, "a pena di esclusione dalla gara, entro e non oltre 4 giorni solari consecutivi prima della data di presentazione dell'offerta, esclusivamente dal legale rappresentante e/o dal direttore generale (da intendersi anche nel seguito come dai direttori generali) e/o dal direttore tecnico (da intendersi, anche nel seguito come dai direttori tecnici) dell'impresa ammessa (munito di idonea documentazione che ne comprovi la qualifica) ovvero da altro dipendente munito di delega sottoscritta dal legale rappresentante." Eccepisce la ricorrente incidentale che i soggetti delegati all'adempimento erano muniti di delega sottoscritta dall'ing. Brusamolino che, pur essendo un procuratore Enel (dunque legale rappresentante), risulta avere una procura con un limite, per la negoziazione, pari a 10.000.000,00 di € , importo inferiore al complessivo valore della gara.

L'assunto non è condivisibile per plurimi profili.

E' innanzitutto necessario interpretare la legge di gara in senso consono al generale principio del *favor participationis*, sicchè pare corretto limitare la sanzione espulsiva alla radicale mancata

effettuazione del sopralluogo (punto IV, l)) ovvero al mancato rispetto del termine di effettuazione del medesimo; non può infatti non osservarsi come la stessa legge di gara collochi la sanzione espulsiva in stretta correlazione con il termine per il sopralluogo mentre, in relazione all'individuazione della persona fisica incaricata, lasci al concorrente ampio margine di alternativa, salvo prescrivere che l'incaricato sia genericamente dotato di "rappresentanza", da intendersi, come è ovvio, idonea rispetto all'attività da compiersi, trattandosi di attività materiale e preparatoria alla partecipazione alla gara e non negoziale in senso stretto. Il limite di valore ai poteri del procuratore delegante risultante dalla procura (al di là delle ulteriori reciproche contestazioni delle parti circa la corretta determinazione del valore della concessione a base di gara) è un limite chiaramente riferito e riferibile ad attività negoziali e contrattuali in senso stretto e non certo ad attività puramente materiali, quale un sopralluogo; a ciò aggiungasi che la ricorrente ha presentato regolare domanda di partecipazione con sottoscrizione da parte dell'amministratore in carica con ciò, come anche dichiarato in giudizio, facendo propria a fini negoziali ogni eventuale pregressa attività. La doglianza deve essere respinta, posto che anche la complessiva accettazione della legge di gara da parte dell'amministratore-legale rappresentante impedirebbe a quest'ultimo (unico eventualmente interessato sul punto) di eccepire possibili difetti di rappresentanza del proprio incaricato, sicchè nessun tipo di pregiudizio può derivarne per la stazione appaltante e per la procedura di gara.

3.2 Con il secondo motivo di ricorso incidentale proposto avverso il ricorso Enel Rete gas s.p.a. si contesta che taluni soggetti, che dalla visura camerale della società ricorrente risultano essere muniti genericamente di poteri di rappresentanza, non avrebbero reso le prescritte dichiarazioni ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. La ricorrente incidentale formula la censura con generico rinvio alla visura camerale indicando poi, "in via esemplificativa", solo alcuni nominativi di soggetti che, da detta visura, risulterebbero avere i più svariati poteri di rappresentanza. La censura, per come formulata, si appalesa innanzitutto inammissibile per genericità. Essa risulta comunque chiaramente formalistica, poiché non si allega che sostanzialmente taluno di tali soggetti considerati tenuti alle dichiarazioni fosse privo dei requisiti morali di partecipazione, bensì si contesta indiscriminatamente la mancata produzione di una significativa mole di dichiarazioni in capo alle più svariate tipologie di rappresentanti. A ciò si aggiunga che il vigente art. 46 co. 1 bis del d.lgs. n. 163/2006 ha chiaramente risolto in senso sostanzialistico la disciplina degli effetti escludenti derivanti da eventuali carenze documentali delle domande di partecipazione a gare; contesta la ricorrente incidentale che la norma (entrata in vigore il 13.5.2011) non sarebbe applicabile alla procedura per cui è causa (il bando è stato pubblicato in G.U. il 10.3.2011). Senza addentrarsi sulla questione della possibile lettura della norma in termini processuali (e quindi in ogni caso immediatamente applicabile) ovvero sostanziali (e quindi applicabile alle procedure bandite successivamente alla sua entrata in

vigore), in analogia con quanto già dibattuto in giurisprudenza in relazione a simile disciplina “sostanzialista” evincibile dall’art. 21 *octies* della l. n. 241/90, non può non osservarsi che la norma rappresenta la formalizzazione di orientamenti giurisprudenziali sostanzialisti pregressi, la cui *ratio*, ancorchè solo successivamente positivamente normata, era quella di fornire una lettura delle disposizioni coerente con ragioni di tutela di reali lesioni del corretto svolgimento delle gare e non in senso inutilmente riduttivo del principio della concorrenza. Infine non si condivide neppure l’ampliamento “indefinito” dei soggetti ritenuti obbligati a rendere le prescritte dichiarazioni che si evince dalla doglianza. Non ignora il collegio che la giurisprudenza ha talvolta esteso l’obbligo inerente la dichiarazione dei requisiti di moralità al di là dell’ “amministratore munito del potere di rappresentanza” nonché del “direttore tecnico”, in carica o cessati nel triennio, uniche figure espressamente menzionate dall’art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. La *ratio* di suddetto orientamento giurisprudenziale è condivisibile se si contestualizza in relazione alle fattispecie di riferimento, ossia ipotesi chiaramente sintomatiche di intenti elusivi, in cui soggetti evidentemente privi dei requisiti di legge, risultavano sostanzialmente svolgere funzioni gestorie dell’impresa pur essendo privi di formale carica amministrativa, con elusione della disposizione normativa. In assenza tuttavia del benché minimo sintomo di intenti elusivi, neppure allegato nel caso di specie, e per di più a fronte di una impresa di grandi dimensioni come la ricorrente, che fisiologicamente presenta

diffusione nazionale con presenza di procuratori dedicati per le varie parti del territorio, l'ampliamento indiscriminato degli obblighi di dichiarazione porterebbe a ritenervi obbligati soggetti deputati a rappresentare l'azienda in aree territoriali del tutto avulse dalla gara di interesse, con il risultato di un inconfidente aggravamento procedurale privo di sostanziale significato di garanzia.

Insiste infine particolarmente la ricorrente incidentale sulla posizione dell'ing. Brusamolino, procuratore che ha rilasciato delega per il contestato sopralluogo; secondo la tesi della ricorrente incidentale, ammettendo la validità del sopralluogo e quindi della rappresentanza del Brusamolino, non potrebbe che concludersi per la necessità di rendere le prescritte dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 da parte del medesimo, dichiarazioni invece omesse. Ci si limita ad osservare che la legge di gara richiedeva che il sopralluogo trovasse legittimazione da parte del "legale rappresentante", non ulteriormente connotato (e già si è argomentato sulla ritenuta idonea rappresentanza legale da parte dell'ing. Brusamolino) mentre, come visto, la categoria individuata dall'art. 38 è quella, ulteriormente connotata, degli "amministratori muniti del potere di rappresentanza".

La censura deve dunque essere respinta con complessiva reiezione del ricorso incidentale.

4. Si procede quindi all'analisi del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata nel procedimento instaurato da Metanprogetti s.r.l.

4.1 Con il primo motivo di ricorso incidentale la controinteressata censura le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006

dalla ricorrente principale in particolare evidenziando che, quanto al requisito di cui all'art. 38 lett. b), i signori Marco Marengo (presidente del CDA), Giuseppe Tinelli (procuratore e direttore tecnico) e Silvia Grosso (amministratore delegato) avrebbero o omesso la dichiarazione o reso una dichiarazione inidonea; gli stessi avrebbero altresì reso dichiarazioni contraddittorie con riferimento all'art. 38 co. 1 lett. m ter.

Anche per questa censura si segue l'impostazione sostanzialista già ampiamente argomentata in relazione alla simile censura mossa nel ricorso incidentale proposto avverso il ricorso principale introdotto da Enel Rete gas; anche in questo caso, infatti, non solo non è in discussione che gli interessati effettivamente posseggano i prescritti requisiti ma le dichiarazioni sono tutte state rese, se pure le prime (art. 38 lett. b)) non in connessione con la prima istanza di ammissione ma con la successiva presentazione dell'offerta in risposta alla lettera di invito (che espressamente e nuovamente le menzionava ai fini della produzione) e le seconde (art. 38 lett. mter) con una dizione che, pur richiamando la pertinente normativa, risulta sintatticamente contorta; ritiene il collegio che, applicando i parametri già *supra* analizzati, non possa che concludersi che si tratta di irregolarità non incidenti sulla correttezza sostanziale della documentazione prodotta né sul possesso dei prescritti requisiti da parte degli interessati, con conseguente reiezione del gravame.

4.2 Con il secondo motivo di ricorso incidentale si lamenta che la ricevuta del deposito cauzionale provvisorio, che secondo la *lex*

specialis doveva essere inserita nella busta “B”, “offerta tecnico qualitativa”, è invece stata collocata dalla Metanprogetti s.r.l. nella busta “C”, offerta tecnico finanziaria; inoltre la cauzione provvisoria non è accompagnata dalla dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva prescritta dall’art. 75 co.8; ancora nella busta “C” la ricorrente avrebbe invece inserito una “garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva” per un importo insufficiente rispetto a quanto richiesto dal disciplinare di gara.

La censura, che ripropone anche le argomentazioni anche utilizzate dalla stazione appaltante per escludere la Metanprogetti s.r.l. dalla gara (il provvedimento di esclusione, su cui *infra* è stato a sua volta impugnato), è infondata. Quanto alla cauzione provvisoria, versata regolarmente presso la tesoreria comunale, la relativa ricevuta erroneamente è stata collocata nella busta “C” anzichè nella busta “B”. Ne discende che la cauzione è stata regolarmente costituita e il prescritto documento è stato regolarmente presentato nei termini di gara, fatta salva la sua erronea introduzione in una busta sbagliata; ciò non ha comportato alcuna lesione della regolarità della procedura (come potrebbe verificarsi ove viceversa erroneamente un documento contenente indicazioni circa l’offerta economica venisse “anticipatamente” inserito nella busta contenente l’offerta tecnica), sicchè non si ritiene che tanto possa portare all’esclusione di un concorrente.

Quanto all’impegno a costituire la cauzione definitiva una piana lettura della legge di gara evidenzia come il richiamo ivi contenuto

all'art. 75 del codice dei contratti, con effetti escludenti, sia interamente riferito alla parte che regola la cauzione provvisoria, senza alcuno specifico richiamo all'art. 75 co.8 (cfr- § 6, punto 4), V), 7) del disciplinare) . La disciplina della cauzione definitiva, secondo la legge di gara (cfr. § 11 del disciplinare), è invece interamente dettata in relazione agli obblighi dell'”aggiudicatario” ed alla fase di esecuzione. D'altro canto neppure per le procedure di appalto in senso stretto l'art. 206 del codice dei contratti, per quanto concerne il settore del gas, prevede l'applicabilità del disposto di cui all'art. 75 d.lgs. n. 163/2006.

La censura non può dunque trovare accoglimento.

4.3 Infine, con il terzo motivo di ricorso incidentale, la controinteressata si duole del fatto che la ricorrente Metanprogetti s.r.l. ha presentato una cauzione definitiva “UniCredit” sprovvista della richiesta autentica notarile delle firme del sottoscrittore, come invece prescritto dal disciplinare di gara. Il motivo è palesemente infondato; la cauzione definitiva e le sue formalità attengono, come già evidenziato, alla fase successiva all'aggiudicazione della gara, sicchè alcun vizio della pertinente documentazione inizialmente prodotta può esservi ravvisato.

5. Si passa dunque all'analisi dei ricorsi principali procedendo da quello proposto da Enel Rete Gas s.p.a. analizzando dapprima le censure con le quali la ricorrente intenderebbe conseguire l'aggiudicazione a proprio favore, proposte in principalità perché di maggior interesse rispetto a quelle che conducono ad una riedizione

della gara.

5.1 Con il primo motivo di ricorso si lamenta che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per violazione delle prescrizioni della legge di gara nella parte in cui prescriveva (§4, punto 3) del disciplinare) che, a pena di esclusione, tutti i documenti delle buste "A", "B" e "C" "nessuno escluso, in tutte le pagine e prima di copertina dovranno risultare timbrati e firmati dalla concorrente da parte di un suo legale rappresentante... Nell'ipotesi di R.T.I. ancora da costituirsi detti sopraccitati documenti saranno firmati e timbrati dalla mandataria e dalle mandanti con le stesse modalità anzi indicate".

La censura è infondata e sconta un esasperato formalismo.

La ricorrente formula un lunghissimo elenco di atti dell'offerta della controinteressata che mancherebbero delle prescritte sottoscrizioni.

Le contestazioni, per semplicità espositiva, si possono raggruppare in due categorie. Come correttamente evidenziato dalla controinteressata la ricorrente infondatamente lamenta in taluni casi presunte omesse sottoscrizioni di atti che, una lettura minimamente logica della legge di gara, non può portare a sostenere dovessero essere sottoscritti, tanto più a pena di esclusione, poiché trattasi di atti di provenienza da parte di terzi, privi di qualsivoglia manifestazione di volontà o impegno da parte del concorrente. Tanto può dirsi per la ricevuta di avvenuto versamento del contributo a favore dall'A.V.C.P., per la ricevuta di intervenuto deposito cauzionale provvisorio, per la fideiussione concernente la cauzione definitiva, per

i certificati camerali aziendali prodotti in originale. Ancora la produzione dello statuto sociale e dell'atto costitutivo era facoltativa, sicchè persino la loro mancata produzione non poteva influire sull'ammissione alla gara, non potendo perciò al medesimo fine rilevare la mancata sottoscrizione.

Le seconda serie di contestazioni si fonda poi su una lettura non consona della disposizione di gara che chiaramente prescriveva che, in caso di R.T.I. costituendo, ogni componente l'R.T.I. dovesse procedere alle prescritte sottoscrizioni; la censura mossa assume invece, senza che a tanto autorizzi la legge di gara, che detta sottoscrizione dovesse essere "congiunta" sicchè l'elencata documentazione, pur tutta prodotta con separate sottoscrizioni da parte dei vari componenti l'R.T.I. aggiudicatario, mancherebbe di sottoscrizione "congiunta".

Non essendo quest'ultima prescritta la censura è infondata.

5.2 Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente si duole di essere stata penalizzata nella predisposizione dell'offerta tecnica (valutata meno valida di quella dell'aggiudicataria) per una scorretta informativa da parte dell'amministrazione; in particolare quest'ultima avrebbe fornito ai concorrenti uno stato di consistenza nel quale non figuravano impianti con potenza inferiore ai 1200 Kw, sicchè la ricorrente non avrebbe previsto alcun tipo di manutenzione per suddetta tipologia di impianti, venendo per ciò penalizzata.

Sul punto è chiara ed esaustiva la replica dell'amministrazione resistente che ha dimostrato, da una lettura dell'offerta della

ricorrente prodotta in giudizio (cfr. doc. 8 p. resistente tabelle 3, 4, 5), che, tanto per gli impianti con potenza inferiore ai 1200 Kw che per quelli con potenza superiore, la ricorrente ha ritenuto di offrire, sotto lo specifico profilo della manutenzione preventiva programmata, semplicemente gli adempimenti minimi di legge i quali, per i primi tipi di impianto, non prevedono scadenze specifiche; ne deriva l'indicazione "non prevista" alla voce "manutenzione programmata" delle citate tabelle dell'offerta. Tuttavia, sotto altri aspetti (verifica funzionale, ispezione), l'offerta della ricorrente nelle medesime tabelle ha considerato espressamente la presenza degli impianti con potenza inferiore a 1200 kw, con ciò dimostrando che il concorrente ben era consapevole della loro presenza.

La censura è dunque infondata in fatto.

5.3 Con il terzo motivo di ricorso, mosso in via subordinata, la ricorrente ha contestato la composizione della commissione giudicatrice per violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006.

La censura collima con quella proposta anche da Metanprogetti s.r.l... Per economia di giudizio le due affini censure vengono valutate complessivamente, ancorchè le due ricorrenti le abbiano articolate sotto diversi profili.

Deve premettersi che la gara per cui è causa, finalizzata alla concessione del servizio pubblico locale di distribuzione del gas, come ampiamente contestato tanto dall'amministrazione che dalla controinteressata, è soggetta alla disciplina dettata dal solo articolo 30 del codice dei contratti (tramite il rinvio di cui all'art. 216 d.lgs. n.

163/2006) e quindi in particolare ai generali principi di evidenza pubblica, desumibili dal Trattato dell'Unione Europea, e ai principi generali relativi ai contratti pubblici, oltre che alle disposizioni puntualmente richiamate dall'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, tra le quali non figura l'art. 84.

La questione deve tuttavia essere nel caso di specie approfondita sia in fatto che in diritto.

Dal primo punto di vista, dalla determinazione di nomina della commissione giudicatrice (determinazione n. 149 del 10.8.2011, espressamente impugnata, in atti sub. doc. 10 di p. resistente) risulta che il dirigente competente, nell'atto di procedere alla nomina, ha richiamato tanto l'art. 84 in generale che sue puntuali disposizioni.

Si legge in particolare nella determinazione il seguente *incipit*: “visto l'art. 84 d.lgs. 163/2006...rilevato che i commi 2 e 4 del suddetto articolo 84 stabiliscono ‘La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto è composta da un numero dispari di componenti esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto’..4. I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta....che il comma 8 dell'art. 84 indica i commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante”.

La determinazione prosegue dando atto di aver proceduto alla pubblicazione all'albo pretorio e alla bacheca dei dipendenti di un

avviso per l'individuazione di possibili commissari interni, senza che pervenisse alcuna candidatura traendone la conclusione "dell'impossibilità di nominare componenti interni". La determinazione infine precisa: "considerata la necessità di individuare ulteriori soggetti, iscritti professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, come indicato nel medesimo art. 84 co. 8 secondo periodo lett. a)" e che sono pervenuti due soli *curricula* per altro ritenuti idonei si individuano i commissari esterni.

Dalla lettura dell'impugnata deliberazione si evince pertanto, a prescindere dall'astratta applicabilità delle singole disposizioni di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 al tipo di procedura per cui è causa, che, come contestato, l'amministrazione si è autovincolata al rispetto del disposto dall'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 in quanto puntualmente richiamato, precisamente affermando di rispettarne il dettato.

Per quanto qui di interesse sono stati richiamati quantomeno i seguenti elementi: professionalità dei componenti, previa individuazione dei commissari tra i dipendenti, successiva selezione esterna tra soggetti qualificati ed esperti dello specifico settore.

Sotto questo primo profilo si giustifica quindi la contestazione di violazione del disposto dell'art. 84, oltre alla censura di contraddittoria motivazione, formulata tanto dalla ricorrente Metanprogetti s.r.l. che dalla ricorrente Enel rete gas s.p.a..

Ritiene infatti il collegio di condividere l'assunto delle ricorrenti là dove in sostanza lamentano che, pur formalmente dichiarando di rispettare i parametri e i principi dettati dall'art. 84, la stazione

appaltante li ha violati nella loro *ratio*. In particolare si ritiene contraddittorio e non aderente al dettato normativo invocato dalla stessa amministrazione dichiarare dapprima di attenersi alla regola di previa individuazione quali commissari di dipendenti della stazione appaltante e successivamente rimettere l'effettivo funzionamento del meccanismo al sostanziale arbitrio degli interessati. Si attesta infatti di avere richiesto ai dipendenti di autocandidarsi e, preso atto che nessuno spontaneamente si è offerto, ci si è rivolti a liberi professionisti esterni. Siffatto *modus procedendi* non pare rispettoso del dettato normativo che non rimette il funzionamento del meccanismo procedimentale alla volontà degli interessati; il rigore procedimentale positivizzato è infatti finalizzato a circondare la formazione della commissione giudicatrice, elemento nevralgico per assicurarne la terzietà e competenza, di particolari e plurime garanzie. Siffatte garanzie seguono una scansione dettata da passaggi necessitati ed oggettivi e non possono essere rimesse a scelte volontarie della stazione appaltante o dei suoi dipendenti.

Questo primo profilo già inficia la nomina della commissione se solo si considera che l'amministrazione ha del tutto omesso di individuare una oggettiva carenza di professionalità adeguate al suo interno, semplicemente trasformando il sistema in una inedita forma di candidature spontanee, così vanificando un obbligo della stazione appaltante cui si accompagna un dovere d'ufficio dei suoi dipendenti. La soluzione suscita ulteriore perplessità abbinandola alle successive concrete modalità di individuazione dei componenti esterni, per

quanto in particolare concerne la figura dell'avv.to Chiesa (specificatamente contestata dalla ricorrente –Metanprogetti in punto possesso della specifica professionalità e da Enel Rete gas, non in relazione alla specifica professionalità, bensì per le modalità di scelta utilizzate sostanzialmente fiduciarie). Si lamenta infatti che i componenti esterni della commissione sono stati individuati con un meccanismo di sostanziale chiamata diretta fiduciaria degli unici due candidati proposti, omettendo qualsivoglia forma di selezione o comparazione tra più possibili aspiranti, come espressamente prescritto dal codice dei contratti e dal relativo regolamento. Anche da questo punto di vista la determinazione impugnata formula uno specifico richiamo all'art. 84 co. 8 lett. a), che impone appunto non solo che il professionista esterno chiamato a comporre la commissione abbia dieci anni di iscrizione all'albo professionale ma anche che sia scelto tra una rosa di candidati. Quello che pare essenziale nella norma (volendo anche prescindere dal puntuale meccanismo di “formazione di rose di candidati da parte degli ordini professionali”) e ne costituisce la *ratio* è la ulteriore procedimentalizzazione e soprattutto la struttura fisiologicamente comparativa del meccanismo di individuazione, proprio per scongiurare forme di fiduciaria chiamata diretta che non garantiscono all'esterno alcuna trasparenza. Il complessivo meccanismo dettato dall'art. 84 impone dunque innanzitutto di individuare i commissari all'interno della stazione appaltante (ritenendo il legislatore tale soluzione evidentemente non solo la più efficiente in termini di

economicità e semplificazione procedimentale ma anche di imparzialità), e solo ove vi siano obiettive carenze di organico o professionalità tali da poter inficiare la bontà delle valutazioni dell'offerta tecnica, è ammesso rivolgersi all'esterno, rispettando per altro precisi requisiti di professionalità dei prescelti, oltre che meccanismi selettivi trasparenti. La normativa tenta così di creare un delicato equilibrio tra esigenze di imparzialità/economicità dell'azione amministrativa (quest'ultima anche espressamente citata nella determinazione impugnata) e competenza della valutazione tecnica.

A ciò si aggiunga che la ricorrente Metanprogetti s.r.l. contesta la specifica professionalità del componente avv.to Chiesa. Da una lettura del *curriculum* dell'avv.to Chiesa emerge come la medesima sia certamente esperta sotto il profilo giuridico-amministrativo del settore delle concessioni del gas e delle gare in genere. Non ignora il collegio che la giurisprudenza fornisce, ai fini di una valida composizione della commissione, una interpretazione lata del concetto di "esperto nello specifico settore", evidenziando come una commissione giudicatrice non sia solo chiamata ad effettuare valutazioni tecniche in senso stretto (si da richiedere evidentemente la presenza di soggetti esperti del settore "strettamente tecnico" di riferimento della gara) ma comunque a gestire procedure amministrative, sicchè anche professionalità con queste caratteristiche risultano idonee. L'assunto è certamente condivisibile ma non può non considerarsi il contesto da cui origina: l'orientamento è riferito a fattispecie in cui è stata contestata (con insuccesso) la specifica

professionalità di componenti *interni* all'amministrazione. Esso quindi si giustifica anche su un ulteriore presupposto: è infatti certamente corretto assumere che è professionalmente competente alla gestione di una gara un dipendente esperto di processi e procedimenti amministrativi per non dover concludere che, quasi inevitabilmente, e in contrasto con lo spirito della normativa, ogni stazione appaltante (la quale fisiologicamente bandisce gare nei più svariati e spesso complessi settori tecnici) debba pressochè regolarmente rivolgersi all'esterno per la prevalente composizione delle commissioni giudicatrici, non disponendo al suo interno di professionisti tecnici specificatamente esperti di ogni settore di interesse. Per una nozione lata di "competenza" dei commissari al precipuo fine di consentire la composizione di commissioni preferibilmente "interne" all'amministrazione si veda *ex pluribus* C. Stato sez. V 28.1.2012 n. 3124 secondo cui: "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."

Tutt'altra cosa, con una sorta di eterogenesi dei fini, è che, come nel caso di specie, la stazione appaltante, in assenza di puntuali verifiche

oggettive di organico, tanto più se si considera che trattasi di Comune di medie dimensioni, si rivolga all'esterno non per una particolare professionalità tecnica in relazione allo specifico settore oggetto dell'appalto, bensì per una, ancorchè puntualmente qualificata, professionalità giuridico-amministrativa che è l'in sé dell'attività dell'amministrazione, con il risultato di demandare a terzi il cuore della propria funzione e di fare appello in maggioranza "al mercato per giudicare il mercato", con buona pace dei delicati equilibri procedimentali che circondano la formazione della commissione giudicatrice e ne presidiano la terzietà.

Si ritiene dunque che la soluzione adottata abbia comportato, nel caso di specie, una invalida formazione della commissione, sia per non essere stata in alcun modo condotta una oggettiva verifica circa la sussistenza di professionalità interne, quantomeno nel fisiologico ambito amministrativo, sia per una impropria scelta fiduciaria avulsa da ogni schema comparatistico, con una fuorviante applicazione di soluzioni giustificate in opposte specifiche circostanze e un complessivo esito contrastante con la *ratio legis*.

Quanto a quest'ultimo aspetto si osserva infine come le censure, complessivamente apprezzate, risulterebbero a parere del collegio fondate non solo in termini di puntuale violazione del disposto dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006, comunque invocato con autovincolo da parte dell'amministrazione, ma anche alla luce dei più generali principi comunitari e costituzionali di imparzialità, trasparenza ed economicità dell'azione amministrativa (tutti invocati

nei ricorsi introduttivi). Se è infatti indiscutibile che non ogni disposizione di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 trovi applicazione a procedure di concessione (mentre l'intero articolo è espressamente richiamato dall'art. 206 del codice dei contratti), ugualmente pacifico è che il complesso disposto dell'art. 84 in plurime parti è il precipitato di principi generali di evidenza pubblica, come tali validi anche nelle procedure di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006. Tanto si afferma ad esempio per la composizione dispari della commissione; tanto si ritiene altresì valere per la preferenza per i commissari interni all'amministrazione (che non garantiscono solo, come sembra affermare la controparte, un risparmio, per altro tanto economico che procedimentale ed espressione del principio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, ma anche una fisiologica e strutturale terzietà propria della pubblica amministrazione nel suo complesso) o ancora per modalità quantomeno comparative di scelta dei commissari esterni. Per l'importanza e generale applicabilità dei ricordati principi proprio in specifico anche al settore del gas in ipotesi di concessioni, sia in quanto espressione di principi generali che in quanto forma di auto vincolo, si veda C. Stato sez. V 25.7.2011 n. 4450 secondo cui: "deve innanzitutto rilevarsi che le disposizioni contenute nel citato articolo 84 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sono espressione di un principio di carattere generale riguardante tutte le gare di appalto di lavori, servizi e forniture, tese a dare concreta attuazione ai principi di imparzialità e buona amministrazione predicati all'articolo 97 della

Costituzione: in particolare, esse si sforzano di conciliare i principi di economicità, di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa con quelli di trasparenza, efficacia ed adeguatezza, obiettivizzando, per quanto possibile, la scelta dei componenti delle commissioni cui è demandata l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e così sottraendola a possibili elementi di eccessiva discrezionalità o di arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice che possano pregiudicarne proprio la trasparenza e l'imparzialità. Né può sostenersi che l'applicabilità di tali disposizioni sarebbe esclusa in concreto dal fatto che la gara di cui si tratta riguarda un contratto dei c.d. settori speciali, atteso che l'articolo 206 del ricordato decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dichiara espressamente applicabili anche per tali contratti alcuni articoli del codice dei contratti, tra cui proprio l'articolo 84; né vale ad escludere l'applicabilità di tale normativa la circostanza che nel caso di specie non si verterebbe in tema di appalto di lavori, servizi e forniture, ma di una concessione di pubblico servizio, giacché nelle delibere di indizione gara e nella stessa determina di nomina della commissione si fa più volte richiamo al citato esame.”

La censura deve dunque essere accolta; restano assorbiti gli ulteriori profili di censura della composizione della commissione evidenziati nella seconda serie di motiv aggiunti da Metanprogetti s.r.l. (presunto numero pari dei componenti la commissione, incompatibilità del presidente).

L'accoglimento delle duplice censura comporta il travolgimento delle

operazioni di gara a partire dal momento di nomina della commissione giudicatrice.

6. Restano da valutare le restanti ragioni di cui al ricorso introduttivo azionate da Mentanprogetti s.r.l., in relazione al provvedimento di esclusione dalla gara, adottato dalla stazione appaltante per ragioni afferenti presunti vizi della documentazione presentata. Posto che ha trovato accoglimento (anche su sollecitazione di altra ricorrente) la censura che implica la riedizione della gara e che le carenze addebitate alla Metanprogetti s.r.l. non le precluderebbero la partecipazione ad una nuova procedura, gli originari motivi di ricorso possano dirsi improcedibili; per altro le ragioni di esclusione invocate dalla stazione appaltante nel provvedimento impugnato sono anche state oggetto di un motivo di ricorso incidentale della controinteressata, già vagliato e respinto.

La questione risulta quindi interamente assorbita.

7. I ricorsi proposti da Metanprogetti s.r.l. e Enel rete gas s.p.a. devono dunque essere accolti nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

La complessità della vicenda giustifica la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

riuniti i ricorsi in epigrafe,

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti,

dichiara improcedibili i ricorsi principali limitatamente all'impugnativa di A.M.A.G. s.p.a. e Metanprogetti s.r.l. avverso i rispettivi provvedimenti di esclusione;

respinge i ricorsi incidentali proposti da A.M.V. s.p.a.;

in parziale accoglimento dei ricorsi principali proposti avverso la determinazione n. 248 del 16.1.2011 di aggiudicazione definitiva della concessione del servizio distribuzione di gas naturale nel Comune di Valenza da Metanprogetti s.r.l. e Enel Rete gas s.p.a., annulla la determinazione del Settore Tecnico n. 149 del 10.8.2011 di nomina della Commissione di gara ed atti consequenziali;

compensa le spese tra tutte le parti del giudizio

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/06/2012

IL SEGRETARIO

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