



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 214 del 2012, proposto da:

G6 Rete Gas s.p.a., rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Mantovan e Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Venezia, San Marco, 4255;

contro

Comune di San Bonifacio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Veronese con domicilio eletto in Venezia-Marghera, via delle Industrie, 19/c - Palazzo Lybra;

nei confronti di

Multiservizi S.B. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Conforto, con domicilio eletto presso Vittorio Fedato in Venezia, Santa Croce, 269;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della comunicazione del responsabile del procedimento, prot. n. 34888 del 22 dicembre 2011, recante in oggetto "*Gara per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas metano nel territorio del Comune di San Bonifacio*";
- della determinazione dirigenziale n. 685 del 21 dicembre 2011, recante in oggetto "*l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas metano nel territorio del Comune di San Bonifacio - Approvazione Verbali di gara e aggiudicazione definitiva alla Ditta Multiservizi S.B. s.r.l.*";
- dell'aggiudicazione definitiva stessa;
- di tutti i verbali di gara e delle operazioni della Commissione e, in particolare, dei verbali di gara del 18 ottobre 2011, 24 ottobre 2011, 28 ottobre 2011, 11 novembre 2011, 18 novembre 2011, 2 dicembre 2011, nella parte in cui hanno ritenuto di non sottoporre a verifica di congruità, e in seguito escludere, l'offerta presentata da Multiservizi S.B. s.r.l. ed hanno disposto l'aggiudicazione del servizio in favore della medesima impresa;
- dell'aggiudicazione provvisoria;
- della lettera d'invito e relativi allegati quale atto presupposto;
- di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto;
- per l'accertamento del diritto di G6 Rete Gas s.p.a. ad aggiudicarsi la gara con condanna dell'amministrazione comunale a provvedere in tal senso, ovvero in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti;

- per la declaratoria d'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Bonifacio e di Multiservizi S.B. s.r.l..

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2012 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 214/2012) notificato e depositato in termini, G6 Rete Gas s.p.a. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe specificati, relativi all'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas metano nel territorio del Comune di San Bonifacio (Vr) per un periodo di dodici anni.

2. A sostegno della richiesta di annullamento la ricorrente deduce, con unico e articolato motivo di gravame, le seguenti censure:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost: violazione e falsa applicazione delle direttive 98/30/CE, 2003/55/CE e 2009/73/CE; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 164/2000, con particolare riferimento all'art. 14; violazione e falsa applicazione del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 aprile del 2011 ("*Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale*"); violazione e falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, con specifico riferimento agli artt. 86, 87 e 88; violazione e falsa applicazione della lettera d'invito, con specifico riferimento ai punti 6, 5 e 10; violazione del principio di parità tra i concorrenti; violazione del principio del giusto procedimento; violazione dei principi di buona amministrazione, trasparenza ed imparzialità; violazione dei principi di libera concorrenza; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia, irragionevolezza e illogicità manifeste sviamento; difetto di motivazione e d'istruttoria.

2.1. Lamenta, nello specifico, la mancata sottoposizione dell'offerta aggiudicataria al procedimento di verifica dell'anomalia di cui all'art. 86 e ss. del d. lgs. 163/2006.

3. Il Comune di San Bonifacio si è costituito in giudizio per resistere al ricorso, contestando le tesi difensive *ex adverso* svolte e concludendo per la reiezione delle domande avanzate dal ricorrente.

4. Si è, altresì, costituita in giudizio la controinteressata Multiservizi S.B. s.r.l. la quale ripropone, nella sostanza, le medesime argomentazioni difensive svolte dall'amministrazione resistente.

5. La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del giorno 11 ottobre 2012 e, quindi, trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Con il proposto gravame G6 Rete Gas s.p.a. deduce la violazione delle disposizioni di cui agli artt. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 10 della lettera d'invito, in conseguenza del mancato espletamento della verifica di anomalia sull'offerta presentata dalla società aggiudicataria.

7. Secondo la prospettazione di parte ricorrente, detta offerta avrebbe dovuto essere sottoposta al controllo di congruità per aver abbondantemente superato la soglia di anomalia di cui alla richiamata disciplina normativa.

8. Il motivo è infondato e, pertanto dev'essere respinto.

9. Giova rilevare al riguardo che il caso in esame riguarda una procedura di affidamento di un servizio pubblico (distribuzione di gas).

10. Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, la disciplina sull'anomalia delle offerte non si estende alle concessioni di servizi in quanto le disposizioni in esso contenute non si applicano ad esse, salvo quelle della Parte IV (sul contenzioso) e l'art. 143, comma 7 (durata della concessione superiore a trenta anni), in quanto compatibili; di conseguenza, per quanto attiene a dette concessioni, l'applicazione di norme, non direttamente richiamate dall'art. 30 del d. lgs. n. 163/2006, rientra nella stazione appaltante, la quale può decidere di auto vincolarsi ed assoggettarsi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; tuttavia, ove la legge di gara non abbia fatto alcun richiamo alla procedura di anomalia dell'offerta, gli artt. 86-88 del codice degli appalti pubblici non possono trovare diretta applicazione (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784).

11. Orbene, osserva il Collegio che nel caso di specie l'art. 10 della lettera d'invito ha espressamente stabilito che: *"Formata la graduatoria provvisoria, la commissione procederà, poi, con riguardo alla migliore offerta al controllo dei contenuti del piano economico Finanziario inserito nell'offerta economica. Ove da tale controllo dovessero emergere elementi di possibile anomalia, la Commissione procederà alla verifica di congruità dell'offerta, richiedendo ove necessario apposite giustificazioni all'Offerente. Se al termine della verifica effettuata la Commissione dovesse valutare l'offerta anomala rispetto alla prestazione, in maniera tale da pregiudicare lo svolgimento del servizio in termini economici e di sicurezza, provvederà ad escludere dalla gara l'offerta stessa"*.

12. Ad avviso del Collegio la citata disposizione della *lex specialis* di gara, non impone alla commissione giudicatrice il dovere di attivazione del procedimento previsto dagli artt. 86-88 del codice dei contratti pubblici, bensì soltanto quello di svolgere, nel caso in cui avesse ravvisato possibili elementi di anomalia, una *"verifica di congruità"* della migliore offerta presentata *"richiedendo ove necessario apposite giustificazioni all'Offerente"*.

13. Ebbene, osserva il Collegio che nel caso di specie la commissione esaminatrice ha correttamente applicato l'art. 10 della lettera d'invito, attenendosi scrupolosamente alle modalità di verifica dell'anomalia dell'offerta così come delineate dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara.

14. Infatti, nella seduta in data 11 novembre 2011 la commissione ha formato la graduatoria provvisoria che ha visto quale aggiudicataria la società contro interessata.

15. Nella successiva seduta del 2 dicembre 2011 la commissione ha quindi sottoposto il piano economico finanziario presentato dalla società aggiudicatrice al controllo di congruità di cui all'art. 10 della lettera d'invito escludendo eventuali sintomi di anomalia dell'offerta.

16. In particolare è stato riscontrato che:

- *I ricavi e costi risultano essere stimati in linea con quanto presentato nell'Offerta Economico e Gestionale.*

- *Gli investimenti risultano essere in linea con quanto presentato nell'offerta Economico e Gestionale e nel piano degli investimenti per lo sviluppo, il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, per l'innovazione tecnologica e gestionale e ambientale.*

- *risultano rispettate tutte le condizioni – sia di fatto sia di diritto – in base alle quali dovrà svolgersi il servizio (cfr. verbale di gara n. 6 del 2 dicembre 2011).*

17. Sotto questo profilo, quindi, il proposto motivo di gravame non può essere accolto, avendo la commissione di gara aggiudicato il servizio di distribuzione del gas alla Multiservizi S.B. s.r.l., dopo aver coattamente valutato l'insussistenza di eventuali sintomi di anomalia dell'offerta vincitrice, dando altresì conto delle ragioni poste a fondamento della valutazione effettuata.

18. Parimenti infondate appaiono, infine, le ulteriori censure con cui parte ricorrente contesta la legittimità del provvedimento di aggiudicazione, affermando che i profili di anomalia dell'offerta economica aggiudicataria, non

troverebbero alcuna ragionevole spiegazione nella “*Relazione a giustificazione dell’offerta*” presentata dalla società vincitrice.

19. Non trova infatti riscontro, dalla documentazione posta agli atti di causa, l’affermazione di parte ricorrente secondo cui il canone offerto dalla contro interessata risulterebbe pari a una volta e mezzo l’ammontare dell’intera quota tariffaria destinata alla remunerazione dei costi di gestione del servizio con la conseguenza che “*al netto delle somme spettanti al Comune a titolo di canone di affidamento e di quelle destinate al recupero dei costi di investimento, non rimane più nulla, in capo a Multiservizi, del ricavo tariffario per finanziare l’imprescindibile gestione ordinaria degli impianti in rete*” (cfr. pagg. 9-13 del ricorso).

20. Invero, è agevole rilevare, dalle schede tariffarie allegate alla documentazione di gara, che le componenti VRDloc e VRMcapex, la cui sommatoria costituisce la base di calcolo per la formulazione dell’offerta percentuale relativa al canone, rappresentano solo una parte del ricavo tariffario complessivo (VRT), rispetto al quale le predette componenti assumono un peso pari a circa il 56% dell’intero vincolo dei ricavi ammessi (cfr, in particolare, l’art. 3 della lettera d’invito e il doc. 7 del foliaro depositato dalla controinteressata).

21. Ne consegue, ad avviso del Collegio, che non sussistono ragioni tali da far ritenere, sotto i profili della manifesta illogicità, irragionevolezza e del travisamento dei fatti, che l’offerta presentata da Multiservizi S.B. s.r.l., non sia idonea a garantire il corretto equilibrio finanziario del servizio di distribuzione del gas, atteso che il canone offerto dalla predetta società, ancorchè pari al 150% della sommatoria delle componenti VRDloc e VRMcapex, rappresenta, all’incirca, poco più della metà del ricavo tariffario totale (VTR).

22. Priva di pregio appare poi la successiva censura in base alla quale il carattere anomalo dell’offerta aggiudicataria discenderebbe del fatto che il Piano Economico Finanziario di Multiservizi S.B. s.r.l. reca saldi negati per otto dei dodici degli anni di durata complessiva dell’affidamento del servizio in concessione,; in realtà la somma algebrica dei risultati delle singole annualità riportate nell’allegato n. 2 del menzionato Piano Economico Finanziario, dà comunque luogo ad un saldo finale di valore positivo che, in quanto tale, è insuscettibile di presentare eventuali profili di anomalia.

23. Destituito di fondamento è, altresì, il profilo di censura concernente la mancata indicazione nel predetto Piano Economico Finanziario, dell’intero ammontare degli oneri derivanti dalle retribuzioni dei tre dipendenti allo stato impiegati nella gestione del servizio, considerato che, fermo restando l’obbligo per il nuovo gestore di provvedere all’assunzione dei tre dipendenti già impiegati nella gestione del servizio (conformemente a quanto previsto dal d.m. 21 aprile 2011, pubblicato nella G.U. n. 102 del 4.05.2011), nessuna disposizione della *lex specialis* di gara vieta allo stesso, di predisporre un piano in cui la spesa per il personale possa anche non gravare per intero sui costi del servizio medesimo (cfr., punto 6.5, pag. 16 della lettera d’invito).

24. Parimenti infondata è la successiva censura secondo la quale il carattere anomalo dell’offerta aggiudicataria discenderebbe dal mancato inserimento nel Piano Economico e Finanziario di Multiservizi S.B. s.r.l. dei costi d’imposta, non potendo tali oneri incidere sulla sostenibilità economica del Piano nel suo complesso, in misura tale da concludere per l’irragionevolezza delle valutazioni che la commissione giudicatrice ha effettuato nell’ambito del procedimento di valutazione della congruità dell’offerta aggiudicataria del servizio.

25. Privi di pregio appaiono, infine, gli ultimi due profili di doglianza con cui la ricorrente, sempre al fine di dimostrare l’incongruità dell’offerta economica della società controinteressata, asserisce che il Piano Economico e Finanziario di quest’ultima conterebbe una voce denominata “*quota cessione gasdotto*” di cui non si comprenderebbe la natura, e che la voce “*debiti finanziari*”, contenuta nel medesimo Piano, farebbe riferimento ad un contratto di mutuo insuscettibile di essere ammortizzato nel corso della durata del servizio.

26. Rileva, invero, il Collegio, che la voce “*quota cessione gasdotto*” contenuta nell’allegato n. 4 del Piano

Economico e Finanziario presentato dall'aggiudicataria, altro non è che il rimborso (avente a oggetto il valore residuo non ammortizzato delle opere realizzate durante la gestione, a fronte del trasferimento della proprietà delle opere medesime) dovuto a fine gestione al concessionario uscente, ai sensi dell'art. 14, comma 8, del d. lgs. n. 164/2000.

27. Per quel che riguarda, invece, l'asserita incapacità della società aggiudicataria di ammortizzare durante il periodo di gestione del servizio i debiti finanziari contratti, occorre rilevare che detta evenienza non può rappresentare un indice di anomalia dell'offerta presentata, atteso che, ai sensi del succitato art. 14, comma 8, del d. lgs. n. 164/2000, l'obbligo per *"il nuovo gestore (...) a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere quest'ultime"*, garantisce comunque il regolare funzionamento del servizio, anche nell'ipotesi in cui l'impresario uscente non abbia ancora ammortizzato in tutto o in parte gli investimenti effettuati.

28. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso dev'essere respinto.

29. Ritiene peraltro il Collegio che, attesa la natura della controversia, sussistano giusti motivi per compensare tra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2012 con l'intervento dei signori magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2012

IL SEGRETARIO

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