



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 780 del 2012, proposto da:

Metanprogetti S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Emanuela A. Barison, con domicilio eletto presso Emanuela A. Barison in Torino, corso Inghilterra, 41;

contro

Comune di Borgoratto Alessandrino, Comune di Frascaro;

nei confronti di

Azienda Multiutility Acqua Gas S.p.A. - A.M.A.G. S.p.A.;

per l'annullamento:

- della deliberazione della giunta comunale di Borgoratto Alessandrino n. 8 in data 15.3.2012 e della deliberazione della Giunta comunale di Frascaro n. 7 in data 18.4.2012, comunicate con nota prot. n. 813 del 13.6.2012, aventi ad oggetto l'aggiudicazione definitiva del servizio di distribuzione del gas metano nei comuni di Borgoratto e Frascaro, da affidarsi mediante procedura ristretta per mezzo di offerte segrete, in favore della AMAG spa;
- degli atti tutti antecedenti, preordinati, consequenziali, fra cui: la determinazione del responsabile del procedimento n. 1 in data 25.3.2011 e relativi allegati di indizione della procedura;
- della deliberazione della Giunta comunale di Borgoratto Alessandrino n. 28 in data 20.10.2011, di nomina della commissione di gara;
- del bando di gara ed il relativo disciplinare, la lettera di invito prot. n. 892 del 8.6.2012, i verbali di gara e relativi allegati, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, la richiesta di integrazione documentale inviata all'aggiudicataria provvisoria nelle more dell'aggiudicazione definitiva e degli atti tutti comunque connessi;
- per la declaratoria di inefficacia, nullità o per la risoluzione del contratto nel frattempo stipulato;
- in via subordinata per il risarcimento del danno, da quantificarsi in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2012 il dott. Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe indicato la ricorrente Metanprogetti s.r.l., premettendo di aver partecipato alla gara ristretta di cui agli atti in epigrafe indicati, indetta dal Comune di Borgoratto Alessandrino per la distribuzione del gas metano dei Comuni di Borgoratto Alessandrino e Frascaro e di essersi classificata al secondo posto, con una differenza di 1,15 dalla prima classificata AMA s.p.a., impugna l'aggiudicazione definitiva pronunciata a favore di questa ultima nonché i pregressi atti di gara deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

I) violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 12 del D. L.vo 163/06, violazione dei principi di parità di trattamento, eguaglianza e del divieto di integrazione documentale dell'offerta, violazione del giusto procedimento, ingiustizia grave e manifesta: risulta dagli atti della procedura che in un momento imprecisato la Stazione Appaltante ha chiesto chiarimenti ad AMAG s.p.a., in esito ai quali essa ha prodotto un *business plan* integrativo della offerta presentata, che in quanto tale non avrebbe potuto essere fatto oggetto di chiarimenti né essere successivamente valutato;

II) violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 86 del D. L.vo 163/06, dell'art. 14 comma 6 del D. L.vo 164/00, delle delibere della Autorità dell'Energia Elettrica e del Gas nn. ARG/elt 159/08 e ARG/gas 120/08, violazione dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità della azione amministrativa, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6 della L. 241/90, eccesso di potere per erroneità e/o difetto di istruttoria e motivazione, sviamento, irrazionalità ed illogicità, ingiustizia grave e manifesta: non si comprende infatti per quale ragione alla ricorrente siano stati attribuiti dei punteggi significativamente diversi e più bassi rispetto a quelli attribuiti alla aggiudicataria sebbene per previsioni tecniche simili a quelle indicate nella offerta tecnica di AMAG s.p.a., o in questa ultima addirittura assenti; il piano degli investimenti presentato da AMAG s.p.a., inoltre, mostra una gestione in perdita per tutto il periodo di durata del contratto, e ciò avrebbe dovuto indurre la Commissione a diverse valutazioni dell'offerta presentata da AMAG, tenuto conto del fatto che una gestione costantemente in perdita è indice di inaffidabilità della impresa e comporta comunque l'assenza di utile, circostanza questa particolarmente preoccupante dal momento che il maggior azionista di AMAG s.p.a., e cioè il Comune di Alessandria, è stato dichiarato in stato di dissesto.

Nessuno si è costituito in giudizio per la controinteressata AMAG s.p.a. né per la Stazione Appaltante.

Alla camera di consiglio del 6 settembre 2012 il Collegio accoglieva la domanda cautelare e per l'effetto sospendeva gli atti impugnati.

Il ricorso è stato infine introitato a decisione alla pubblica udienza del 18 ottobre 2012.

Il Collegio ritiene di dover confermare il giudizio di fondatezza, espresso in sede cautelare, relativo sia alla prima che alla seconda censura, questa ultima nella parte in cui evidenzia l'inaffidabilità di una offerta tecnica caratterizzata da un piano degli investimenti in costante passivo (censura erroneamente indicata come terzo motivo nella ordinanza cautelare del 6 settembre 2012).

Va al proposito rilevato che in data 27 gennaio 2012 AMAG s.p.a. ha trasmesso alla Stazione Appaltante, in risposta ad una richiesta di chiarimenti non meglio identificata, il conto economico, lo stato patrimoniale, i flussi di cassa, il piano finanziario ed il piano degli ammortamenti riferiti ai 12 anni di durata del contratto.

Orbene, non è dato sapere a quali fini sia stata richiesta tale documentazione, ma si deve ritenere che essa non servisse a dimostrare i requisiti di capacità tecnica ed economica in capo ad AMAG s.p.a., posto che a termini del bando: a) la capacità economica e finanziaria avrebbe dovuto essere dimostrata mediante referenze bancarie nonché mediante allegazione di un fatturato medio annuo almeno pari al valore annuo del servizio oggetto di gara, riferito agli ultimi tre anni; b) la capacità tecnica richiedeva la dimostrazione che nell'ultimo triennio la partecipante aveva

avuto in gestione contratti con non meno di 500 utenti complessivi, che l'organico medio annuo non era stato inferiore a due dipendenti, di cui uno diplomato, che in generale aveva avuto la capacità di gestire impianti simili a quelli oggetto di gara nonché situazioni di emergenza..

Di contro, atteso che l'aggiudicazione provvisoria era stata pronunciata dalla Commissione sin dall'11 dicembre 2011 é verosimile che la documentazione di che trattasi sia stata chiesta e prodotta non ai fini della interpretazione della offerta tecnica ma nell'ambito di un procedimento di verifica della offerta anomala. Di tal documentazione AMAG s.p.a. ha però prodotto alla Stazione Appaltante due versioni, una prodotta unitamente alla nota del 27 gennaio 2011 e l'altra unitamente ad una nota del 1° marzo 2012, nella quale si legge che *“Con riferimento alla ns. del 27/01/2012 prot. 74/R con la quale abbiamo trasmesso business plan relativo alla gara in oggetto, abbiamo ritenuto opportuno riaggiornare alcuni documenti dello stesso (conto economico, flussi di cassa, stato patrimoniale), tenendo conto di alcune valutazioni ulteriori. Più precisamente é stato rivisitato il VRD alla luce delle ipotesi di sviluppo nei 12 anni, sono stati iscritti i ricavi relativi agli ipotizzati nuovi allacciamenti, sono stati inseriti ricavi derivanti da prestazioni minori del distributore, sono stati capitalizzati alcuni costi relativi all'esecuzione degli allacciamenti di cui sopra.. La nuova situazione evidenzia margini positivi della gestione operativa nei 12 anni della concessione. Si é ritenuto di mantenere prudenzialmente l'onere finanziario relativo a mutui per investimenti, con la precisazione, però, che AMAG potrebbe anche fronteggiare detti impieghi totalmente o parzialmente, con fonti di finanziamento non onerose.”*

L'esame della documentazione di cui sopra, ed in particolare delle proiezioni relative al conto economico ed ai flussi di cassa, dimostrano che AMAG s.p.a. avrebbe lavorato in perdita per tutti i 12 gli anni di durata del contratto e che solo al termine di esso e tenendo conto delle circostanze precisate nella nota del 1° marzo 2012 essa avrebbe ristabilito una situazione di equilibrio finanziario in concomitanza con il subentro del nuovo gestore e con l'incasso dell'indennizzo per gli investimenti di cui all'art. 14 del D. L.vo 164/00: una situazione di mero equilibrio, però, in quanto l'esame delle proiezioni del conto economico prodotto con la nota del 1° marzo 2012 evidenzia che anche il 12° anno, nonostante gli introiti relativi all'indennizzo per gli investimenti , l'azienda avrebbe realizzato un utile pari ad Euro 1.044,88 euro prima della tasse, laddove il conto economico prodotto con nota del 27 gennaio 2012 riporta, anche per il 12° anno, una perdita di esercizio di Euro 35.549,18.

Orbene, il *business plan* prodotto il 1° marzo 2012 tiene conto di incassi relativi ad *“ipotizzati nuovi allacciamenti”* e di *“prestazioni minori del distributore”* e tali circostanze, per aver determinato delle diverse previsioni finanziarie, evidentemente non devono essere state incluse nella offerta tecnica presentata in origine: in altre parole, quanto emerge dai documenti sopra considerati consente di affermare che AMAG in sede di verifica della offerta anomala abbia modificato l'offerta, ipotizzando nuovi allacci (e così maggiori incassi) nonché *“minori prestazioni”* (e quindi minori costi) allo scopo di dimostrare che l'esplicazione del servizio avrebbe consentito di mantenere una gestione finanziaria in equilibrio. Tanto dimostra la fondatezza del primo motivo di ricorso, dal momento che aggiudicando in via definitiva il servizio a favore di AMAG s.p.a. l'Amministrazione ha implicitamente accettato una non consentita modifica della offerta tecnica.

D'altro canto, anche a voler tenere in considerazione le risultanze del *business plan* prodotto il 1° marzo 2012 desta comunque perplessità il fatto che la Stazione appaltante non abbia considerato il fatto che una azienda che opera in costante perdita di esercizio e che perciò deve costantemente ricorrere ad affidamenti bancari mancando altrimenti della liquidità necessaria (la tabella dei flussi di cassa evidenzia per tutti gli anni, tranne il 12°, una saldo negativo di circa 200.00 euro l'anno) non appare affidabile, nella misura in cui la carenza di liquidità e la carenza di utili compromette la capacità di gestire con la dovuta diligenza il servizio nonché di intervenire su eventuali situazioni di emergenza impreviste. Tale profilo é stato recentemente esaminato dalla Sezione nella sentenza n. 925/2012, la

quale, decidendo una questione identica sollevata nell'ambito di un ricorso proposto dalla stessa AMAG s.p.a., ha ritenuto macroscopicamente anomalo un piano economico finanziario che preveda un periodo ininterrotto di perdite di 11 anni, prevedendo poi un improvviso utile di impresa in concomitanza con l'incasso dell'indennizzo dovuto al gestore uscente, indennizzo che tecnicamente costituisce un mero rimborso spese e non una entrata. Nell'occasione la Sezione ha sottolineato come l'utile di esercizio costituisce una garanzia della corretta esecuzione del contratto, di guisa che ove chiamate a valutare offerte caratterizzate da prolungati periodi di perdita d'esercizio le stazioni appaltanti sono tenute ad indagare le ragioni della scelta di una simile strategia aziendale. Non constando che nel caso di specie tale criticità della offerta tecnica presentata da AMAG s.p.a sia stata specificamente esaminata deve essere accolta la relativa censura articolata dalla ricorrente nell'ambito del secondo motivo.

Il ricorso va conclusivamente accolto per le dianzi esposte ragioni, ogni ulteriore censura ritenuta assorbita.

Le spese del giudizio possono tuttavia essere compensate in ragione della mancata costituzione delle altre parti evocate in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario, Estensore

Giovanni Pescatore, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2012

IL SEGRETARIO

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