



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3902 del 2013, proposto da:

Enel Rete Gas s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Marcello Molè ed Emanuela Quici, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Nicolò Porpora 16;

contro

Comunità Montana Triangolo Lariano, Comune di Barni, Comune di Caglio, Comune di Caslino D'Erba, Comune di Castelmarte, Comune di Eupilio, Comune di Lasnigo, Comune di Magreglio, Comune di Proserpio, Comune di Pusiano, Comune di Rezzago, Comune di Sormano, Comune di Valbrona di Polla, Comune di Canzo, Comune di Bellagio, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Marco Radice e Sergio Cesare Cereda, con domicilio eletto presso Ferdinando Maria De Matteis in Roma, via di Porta Pinciana 4;

nei confronti di

Acsm - Agam Reti Gas - Acqua s.r.l., in persona dell'amministratore

delegato e legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Danilo Tassan Mazzocco ed Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Principessa Clotilde 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – SEDE DI MILANO, SEZIONE III, n. 00834/2013, resa tra le parti, concernente affidamento della concessione del servizio di gestione distribuzione del gas metano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'appello incidentale della Comunità Montana Triangolo Lariano e dei Comuni in epigrafe e l'atto di costituzione di Acsm - Agam Reti Gas - Acqua 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 21 gennaio 2014 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Quici, Molé, Cereda, Clarizia e Tassan Mazzocco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di gara indetta dalla Comunità montana Triangolo Lariano, con bando pubblicato il 19 giugno 2011, per l'affidamento in concessione per la durata di dodici anni del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio dei quattordici Comuni deleganti la predetta Comunità aggiudicatrice (Barni, Bellagio, Caglio, Canzo, Caslino D'Erba, Castelmarte, Eupilio, Lasnigo, Magreglio,

Proserpio, Pusiano, Rezzago, Sormano, Valbrona).

Gli atti di gara, fino all'aggiudicazione definitiva in favore della Acsm - Agam Reti Gas - Acqua s.r.l., prima classificata, venivano impugnati davanti al TAR Lombardia – sede di Milano, dalla seconda graduata Enel Rete Gas s.p.a., con ricorso e successivi motivi aggiunti.

2. Per quanto qui ancora di interesse, la società ricorrente sosteneva che:

- la normativa di settore vigente all'epoca di indizione della gara inibiva la concessione del servizio di distribuzione del gas naturale ad aggregazioni di enti pubblici concessionari non corrispondenti agli ambiti territoriali minimi previsti dall'art. 46-*bis* d.l. n. 159/2007 (“Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale”);

- la Comunità montana non aveva acquisito i contratti di affitto ed acquisto di ramo di azienda che la controinteressata aveva autodichiarato a comprova del possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara;

- pur avendo sottoposto a verifica di anomalia l'offerta economica presentata da quest'ultima, l'amministrazione non si era avveduta di profili di inattendibilità, concernenti in particolare i costi di gestione del servizio ed il costo del personale che l'aggiudicataria avrebbe dovuto assumere alle proprie dipendenze in virtù della clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara.

3. Dopo avere disatteso le eccezioni preliminari sollevate dall'amministrazione, il TAR adito respingeva l'impugnativa, osservando che:

- l'indizione della gara in forma di spontanea associazione di comuni deve ritenersi convalidata dalla norma transitoria contenuta nell'art. 24, comma

4, d.lgs. n. 93/2011 (“Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE”), la quale fa salve le gare indette prima dell’entrata in vigore di quest’ultimo provvedimento normativo e cioè prima del 29 giugno 2011, ed in ogni caso valida *ab origine* in virtù dell’art. 14, comma 1, d.lgs. n. 164/2000 (“Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144”), che ammette espressamente tale conformazione soggettiva del soggetto concedente;

- il possesso in capo alla controinteressata dei requisiti di qualificazione imposti dalla normativa di gara era stato provato in seguito all’istruttoria appositamente disposta, residuando unicamente un profilo di mera irregolarità formale, a causa del fatto che la Comunità montana aveva acquisito i documenti probatori necessari solo successivamente all’aggiudicazione;

- i profili di inattendibilità dedotti dalla ricorrente non erano *“talmente gravi da alterare l’equilibrio economico dell’intera offerta”*.

4. Enel Rete Gas ha formulato appello, nel quale ripropone i suddetti motivi e le consequenziali domande di reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente contenute nei motivi aggiunti di primo grado.

5. La Comunità montana Triangolo Lariano e i Comuni indicati in epigrafe hanno proposto appello incidentale, nel quale reiterano le eccezioni di inammissibilità del primo motivo di impugnativa, respinte dal TAR.

6. Si è costituita in resistenza anche la controinteressata Acsm - Agam reti gas - acqua s.r.l..

DIRITTO

1. Deve essere esaminato con priorità l'appello incidentale, con cui sono riproposte le eccezioni di irricevibilità e inammissibilità per acquiescenza del primo motivo dell'appello principale.

Entrambe tali eccezioni non sono fondate.

1.1 L'onere di tempestiva impugnazione del bando è infatti circoscritto alle sole clausole di esso contenenti requisiti di ammissione idonei ad escludere la concorrente (Ad. plen. C.d.S., n. 1 del 23 gennaio 2003), ipotesi che in questo caso non viene in rilievo.

1.2 Non può del pari configurarsi in capo all'Enel Rete Gas alcuna acquiescenza per il fatto di avere partecipato alla gara.

Tale comportamento non implica alcuna rinuncia alla conseguente impugnativa, potendo lo stesso essere ricondotto alla necessità di premunirsi di un titolo di legittimazione per quest'ultima e dunque non potendosi da esso inferire una inequivoca volontà di accettazione del provvedimento.

2. Respinto dunque l'appello incidentale, può passarsi all'esame nel merito del primo motivo d'appello, il quale è parimenti infondato.

2.1 Vista l'epoca di indizione, la gara rientra pacificamente nella norma transitoria contenuta nel sopra citato art. 24, comma 4, d.lgs. n. 93/2011.

Quest'ultima è entrata in vigore il 29 giugno 2011, mentre il bando di gara è stato pubblicato il 19 giugno precedente. Detta norma è chiara nel fare salve le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale per le quali *“alla data di entrata in vigore del presente decreto”* gli enti locali

“abbiano pubblicato bandi di gara”.

2.2 Non ha poi pregio sostenere che con l'inciso iniziale agli *“enti locali”*, la ridetta disposizione abbia inteso fare riferimento al solo singolo Comune.

In contrario giova osservare, in primo luogo, che la disciplina di settore consente l'aggregazione di enti (art. 14, comma 1, d.lgs. n. 164/2000 sopra citato).

In secondo luogo, sul piano letterale, l'art. 24, comma 4, opera un generico riferimento agli enti locali, senza alcuna distinzione.

In terzo luogo, il ragionamento teleologico svolto da Enel Rete Gas, secondo cui la deroga all'ambito territoriale deve essere consentita entro limiti i più ristretti possibile, contiene una insanabile contraddizione, visto che l'indizione di una gara per un servizio coincidente con il territorio di un singolo comune, in luogo di un'aggregazione di comuni, è quanto di più distante (certamente molto più di quest'ultima ipotesi) dagli obiettivi della legislazione di settore invocata dall'appellante principale stessa, ed in particolare rispetto alla fissazione di ambiti ottimali minimi.

3. Anche il secondo motivo d'appello è infondato.

3.1 L'Enel Rete Gas non contesta in esso che l'aggiudicataria Acsm - Agam Reti Gas – Acqua sia effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione imposti dalla gara. Ciò è stato a chiare lettere affermato dal TAR, a confutazione del terzo motivo del ricorso di primo grado, qui riproposto, senza che a tale statuizione sia indirizzata alcuna critica nel motivo in esame.

In quest'ultimo, infatti, l'appellante principale si limita a stigmatizzare l'omesso espletamento di apposita istruttoria da parte dell'ente aggiudicatore in sede di verifica del possesso dei requisiti ex artt. 11,

comma 5, e 12 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006. Tuttavia, in disparte il fatto che si verte in una procedura di affidamento non già di un appalto pubblico di servizi, ma di una concessione di pubblico servizio, alla quale si applicano le sole disposizioni del codice dei contratti pubblici espressive dei principi generali indicati all'art. 30 del codice citato, nonché a quelle eventualmente richiamate dalla normativa di gara, l'Enel Rete Gas fonda la censura in esame esclusivamente sul fatto di non avere reperito nel fascicolo acquisito in sede di accesso agli atti di gara i contratti di cessione ed affitto d'azienda adottati dalla controinteressata a comprova dei requisiti in questione. La medesima appellante non contesta tuttavia quanto *ex adverso* asserito, e cioè che a tale acquisizione documentale ha provveduto la Comunità montana successivamente all'aggiudicazione definitiva.

Può pertanto convenirsi con quest'ultima sul punto, vale a dire che si tratta al più di mera irregolarità formale, mentre non risulta comunque lesa alcun interesse sostanziale, inerente nel caso di specie al doveroso possesso in capo all'aggiudicataria dei requisiti di qualificazione individuati dall'amministrazione aggiudicatrice.

4. Residua dunque il terzo ed ultimo motivo d'appello, il quale è invece fondato per quanto concerne le censure di carente istruttoria ed insufficiente motivazione riferite rispettivamente al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della Acsm - Agam Reti Gas - Acqua ed al giudizio (implicito) di attendibilità di quest'ultima.

4.1 Il motivo si fonda su una circostanza fattuale incontrovertibile, consistente nella discrasia tra gli "*altri costi operativi*", complessivamente esposti dall'aggiudicataria per tutta la durata del servizio nel conto

economico sintetico presentato in sede di giustificazioni dell'offerta economica, e gli *“altri costi di gestione”*, indicati invece nella tabella di analisi dei costi esposti nel conto economico: il primo dato si attesta di € 1.951.000; per contro nell'analisi del conto economico gli stessi sono indicati per un ammontare di € 2.976.000, determinato da valori superiori alle corrispondenti voci di conto economico sintetico a partire dal quinto anno di esercizio.

4.2 Degno di menzione è il fatto che la stessa Acsm – Agam non contesta trattarsi della medesima posta contabile, malgrado la diversa denominazione impiegata.

La controinteressata si difende osservando, in primo luogo, che essendo in contestazione una procedura di affidamento di concessione di servizio pubblico, non sono ad essa applicabili, in difetto di richiamo da parte della legge di gara, le disposizioni del codice dei contratti pubblici sulla verifica di non anomalia delle offerte; in secondo luogo, quanto alla discrasia dedotta da controparte, asserisce essersi trattato di un *“errore materiale”*, dovendosi comunque annettere prevalenza al conto economico sintetico (pag. 20 della memoria costitutiva).

4.3 Il Collegio osserva che non è rilevante l'applicabilità o meno delle disposizioni del codice dei contratti pubblici sulla verifica di congruità delle offerte. L'Enel Rete Gas ha infatti dedotto censure di difetto di istruttoria e motivazione, nonché di contraddittorietà in atti, nei confronti dell'esito del sub-procedimento che l'amministrazione, pur non obbligata dalla legge, ha inteso ciò nondimeno effettuare, autovincolandosi al rispetto dei canoni generali dell'agire amministrativo enucleati dall'odierna appellante principale nelle censure in esame.

La seconda difesa rende invece evidente la fondatezza delle stesse, visto che da essa si ricava la prova che il giudizio di congruità dell'offerta espresso dalla Comunità montana è inficiato da un'omessa rilevazione di una grave discordanza tra dati economici esposti dall'aggiudicataria.

4.4 La medesima circostanza, inoltre, è idonea a superare l'argomentazione adottata dal TAR a confutazione del motivo in esame e cioè che questo deve fornire la prova che sia alterato *“l'equilibrio economico dell'intera offerta”*.

Come osserva infatti l'appellante principale, l'utile prima delle imposte dichiarato dall'aggiudicataria ammonta ad € 769.000.000, e dunque ad un importo inferiore alla discrasia sopra rilevata. La differenza complessiva (oltre 1 milione di euro) è quindi significativa, tenuto conto che la base d'asta è di 12 milioni ed è inoltre astrattamente in grado di rendere l'offerta dell'aggiudicataria antieconomica e dunque nel complesso inattendibile per mancanza di utile (in questo senso è la giurisprudenza incontrastata di questo Consiglio di Stato: Sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073; Sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2956, 23 luglio 2012, n. 4206; Sez. V, 15 aprile 2013, n. 2063).

4.5 Le medesime censure sono del pari fondate in relazione agli oneri economici preventivati dalla controinteressata in conseguenza dell'applicazione della clausola sociale contenuta nella legge di gara.

Se infatti deve convenirsi con quest'ultima circa il fatto che l'obbligo di assunzione non implica la necessità di destinare le maestranze assunte al servizio posto a gara (in termini non dissimili si è espressa la IV Sezione di questo Consiglio di Stato nella sentenza 2 dicembre 2013, n. 5725), deve altrettanto chiaramente sottolinearsi che l'impresa deve nondimeno giustificare come intenda sopperire al minor personale dedicato allo

svolgimento del servizio rispetto al gestore precedente, attraverso l'indicazione delle concrete soluzioni organizzative aziendali in grado di incrementare l'efficienza operativa.

Nulla di tutto ciò è avvenuto nel caso di specie, tanto in sede di verifica dell'anomalia quanto nel presente giudizio.

4.5.1 A quest'ultimo riguardo, nelle proprie difese la controinteressata si limita ad affermare di potere garantire lo svolgimento del servizio con sole due unità grazie *“alla propria forte presenza territoriale ed alle economie di scala garantite dalla titolarità di numerose concessioni in territori limitrofi”* (così a pag. 3 della memoria conclusionale). L'assunto, tuttavia, non è corroborato da dati e prove specifiche, relative ad esempio ai comuni vicini già serviti, al personale ad esso dedicato in relazione all'entità del servizio, in grado di potere apprezzare la non irragionevolezza di tale stima previsionale.

Per contro è provato, risultando in modo incontestabile sul piano numerico dalle giustificazioni prodotte in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, che a fronte delle 8 unità precedentemente impiegate nel medesimo ambito territoriale, ed oggetto di obbligo assunzionale, la Acsm – Agam ipotizza nella propria offerta l'impiego di sole 2 unità.

4.5.2 Nella citata memoria conclusionale quest'ultima pone in evidenza la circostanza che in realtà la stessa appellante principale aveva impiegato cinque addetti, ciò essendo emerso in sede di consegna degli impianti avvenuta nel corso del giudizio.

La circostanza non è tuttavia idonea a mutare avviso, visto il minore numero di unità comunque ipotizzato dalla stessa.

Parimenti inidonea è la verifica eseguita dalla Comunità montana in esecuzione dell'ordinanza istruttoria del TAR emessa nel giudizio di primo

grado. L'amministrazione, in linea con l'impostazione difensiva tenuta dalla controinteressata in sede processuale, ha affermato cioè che parte del costo per il personale necessario allo svolgimento del servizio deve ritenersi inglobato "*in altre voci di costo*", ed in particolare in quelle capitalizzate per il piano degli investimenti.

Tale giustificazione postuma non chiarisce tuttavia quante unità la Acsm – Agam ipotizza di impiegare nel servizio.

5. In conclusione l'appello principale deve essere accolto sotto tale profilo e, in riforma della sentenza di primo grado, devono essere annullati gli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Quanto alle conseguenze derivanti da tale annullamento, Enel Rete Gas trae da essa la conseguenza secondo cui dovrebbe essere accolta anche la propria domanda di subentro nel contratto di concessione, argomentando tale tesi in base ad una pretesa irripetibilità di detto sub-procedimento ed invocando a proprio conforto il precedente della III Sezione di questo Consiglio di Stato costituito dalla sentenza 28 maggio 2012, n. 3134.

Acsm – Agam afferma invece che in questo caso occorrerebbe procedere ad una rinnovazione della verifica nella quale le sia consentito di giustificare la discrasia rilevata in sede giurisdizionale.

5.1 Quest'ultimo assunto è da condividere, visto che il motivo sopra accolto si sostanzia in un difetto di istruttoria e motivazione, i quali comportano *naturaliter* il riesercizio del potere amministrativo.

6. Conseguentemente, in accoglimento nei sensi ora precisati dell'appello principale, deve essere riformata la sentenza di primo grado, dovendosi accogliere il ricorso colà proposto ed annullare gli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia e la conseguente aggiudicazione in

favore della controinteressata.

Non possono invece essere accolti i motivi aggiunti di primo grado, giacché le *chances* di conseguimento del contratto ad essi sottese sono reintegrate per effetto del suddetto annullamento e conseguente riesercizio del potere amministrativo di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti, avuto riguardo alla complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge l'appello incidentale;
- accoglie nei sensi di cui in motivazione l'appello principale;
- per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso di Enel Rete Gas s.p.a., annullando gli atti con esso impugnati.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2014

IL SEGRETARIO

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