



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8074 del 2008, proposto da:
Comune di Dueville, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Testa, con domicilio
eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Enel Rete Gas Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ferrari, con
domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta N.142;

nei confronti di

Linea Distribuzione Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Dario De Pascale, con
domicilio eletto presso Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi N. 5;

per la riforma

della sentenza del TAR VENETO - VENEZIA :Sezione I n. 02189/2008, resa tra
le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS
NATURALE NEL COMUNE DI DUEVILLE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2009 il Cons. Adolfo Metro e uditi per le parti gli avvocati ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara spedito per la pubblicazione sul BUCÉ in data 30/5/07, il comune di Dueville avviava la procedura di affidamento, mediante licitazione privata, del servizio di distribuzione di gas naturale nell'ambito del territorio comunale.

La Enel Rete Gas presentava, entro il termine di scadenza (17/7/07), domanda di partecipazione alla gara.

Peraltro, con ricorso notificato il 31/7/07, la stessa impugnava il bando dinanzi al Tar del Veneto, sostenendo l'illegittimità di una serie di clausole ritenute immediatamente lesive, in quanto preclusive di una corretta formulazione dell'offerta, chiedendone l'annullamento.

Nelle more, il comune provvedeva ad inoltrare la lettera di invito relativa alla procedura di gara in oggetto, che veniva impugnata con motivi aggiunti, per illegittimità derivata.

Con ulteriori motivi aggiunti la Enel Rete Gas impugnava il provvedimento di affidamento del servizio all'aggiudicataria, la “ Linea Distribuzione srl ” e chiedeva la declaratoria di inefficacia del contratto ed il risarcimento dei danni.

Con la sentenza n. 2189/08 il Tar accoglieva il ricorso sul presupposto che, nel bando di gara, illegittimamente era stato attribuito maggior peso alla componente economica dell'offerta rispetto a quella tecnica e che il comune si era accollato, in luogo del gestore subentrante, l'onere di rimborsare i valori residui dell'ammortamento al gestore uscente.

Avverso tale decisione ha proposto appello il comune di Dueville e si è costituita in giudizio l'aggiudicataria; entrambe hanno sostenuto i seguenti motivi di gravame:

- erroneità della sentenza nella parte in cui ha riconosciuto alla Enel Rete Gas, la permanenza di un interesse ad ottenere l'annullamento dell'intera gara, essendosi la stessa classificata al settimo posto e non essendo state proposte specifiche censure avverso le modalità di svolgimento della gara;
- violazione dell'articolo 132, II co n. 4 c.p.c., dell'art. 2909 c.c., incongruità ingiustizia manifesta e difetto di motivazione, in quanto la sentenza appellata difetterebbe di motivazione, essendosi limitata a richiamare genericamente il contenuto di una sentenza resa tra parti diverse e relativa ad altro giudizio;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 14, VI co. del D.Lgs. 164/00, erroneità ed ingiustizia manifesta, inammissibile sindacato del Tar su scelte discrezionali dell'amministrazione, avendo tale giudice ritenuto fondata la doglianza proposta avverso le previsioni del bando di gara relative alla distribuzione dei punteggi tra offerta economica ed offerta tecnica;
- contraddittorietà ed illogicità manifeste della sentenza e violazione dell'art. 21 della L. n. 1034/71, in quanto la censura relativa al divieto, nei confronti del gestore uscente, di corrispondere eventuali rimborsi al gestore entrante è stata sollevata per la prima volta, con i secondi motivi aggiunti, e quindi, tardivamente rispetto al bando di gara, dovendo, comunque, tale disposizione ritenersi legittima;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 14, VI co. del D.Lgs. 164/00, contraddittorietà ed illogicità della sentenza nella parte in cui si è ritenuto che la previsione, in capo al gestore, di un periodo di ammortamento accelerato, contenuto nel periodo di 12 anni, non possa considerarsi legittimo;
- irrilevanza della mancata indicazione, nella lettera di invito, dei valori del VRD (vincolo sui ricavi di distribuzione) con riferimento al fatto che il comune ha

predisposto una relazione tecnica con cui è stato calcolato il valore standard del VDR.

DIRITTO

L'appello è fondato nel merito e ciò permette di non approfondire le prime due censure, sulla mancanza di interesse al gravame della Enel Rete Gas e sulla carenza di motivazione della sentenza appellata.

I motivi di gravame proposti in primo grado sono infondati alla stregua di analoghi pronunciamenti di questa sezione su ricorsi aventi analogo contenuto, le cui motivazioni possono essere qui richiamate .

Con un primo motivo la Enel Rete Gas sostiene che il bando sarebbe illegittimo con riferimento alla ripartizione dei punteggi di gara, in quanto questi sarebbero preordinati a dare valore preponderante all'offerta economica, con l'attribuzione di un peso ponderale di 69 punti su 100; ciò sarebbe in contrasto con le prescrizioni dell'art. 14. VI co. del D.Lgs. n. 164/00, che ha previsto il contemperamento tra le condizioni economiche e le prestazioni di servizio, al fine di mantenere livelli di sicurezza e qualità del servizio e contrasterebbe anche con il parere ASS 427 dell'AGC (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato); né ciò sarebbe giustificabile alla luce del fatto che la stazione appaltante, come nella fattispecie, ha deciso di accollarsi gli oneri di pagamento del rimborso spettante alla stazione uscente, ai sensi del co. VII dell'art. 14 cit., perché questo sarebbe proprio il motivo della illegittima attribuzione di un rilevante peso ponderale al canone annuo offerto dal gestore che, in tal modo riuscirebbe a far ricadere tali oneri sul nuovo aggiudicatario.

Occorre, al riguardo, muovere dal dato positivo, che dispone: "Nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento

per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio”.

“La lettera della norma evidenzia che il legislatore non ha predeterminato il valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, lasciando spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete. D'altra parte, la scelta di attribuire il peso di due terzi circa all'elemento economico non appare irragionevole né sproporzionata: da un lato, infatti, l'elemento qualitativo (segnatamente, le voci relative al piano investimenti per lo sviluppo e il potenziamento della rete” ed alle “condizioni per gli allacciamenti e il servizio agli utenti”,– ciascuna articolata in sotto-criteri) non viene marginalizzato in modo da perdere ogni rilievo al fine di influenzare la scelta dell'aggiudicatario; dall'altro lato, il riconoscimento di un rilievo significativo al dato economico appare giustificato dalla decisione dell'amministrazione di farsi integralmente carico dell'onere di rimborso spettante al gestore uscente ai sensi dell'art. 14 comma 8 del D. Lgs. n 164, esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo” (C.S. V 4540/08, 6744/08)

Né risulta che, nella fattispecie, non siano efficacemente garantiti i requisiti minimi di sicurezza degli impianti o gli ordinari interventi di manutenzione.

Non essendo evidenziabili elementi di palese illogicità la censura deve, pertanto, ritenersi infondata.

Con un ulteriore motivo, si sostiene l'illegittimità dell'imposizione contenuta nel bando di gara, con cui si prevedono piani di ammortamento degli investimenti sulla rete di distribuzione tali da concentrare l'ammortamento stesso nel breve

periodo di 12 anni di affidamento del servizio, in quanto ciò violerebbe la norma che, invece, prevede la possibilità di ammettere un valore residuo di ammortamento e comporterebbe, inoltre, costi non remunerativi dell'attività di gestione.

Al riguardo, l'art. 14, comma 7, del decreto legislativo n. 164/200 prescrive che “Il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente ...”.

“Il tenore letterale della disposizione qualifica come meramente eventuale la sussistenza di un valore residuo degli ammortamenti riferiti agli investimenti effettuati dal distributore uscente; tale valore determina la consolidazione del relativo onere economico a carico del nuovo gestore. Il legislatore non ha quindi posto una regola puntuale, preferendo rimettere ogni apprezzamento sul punto non solo nell'ambito delle autonome scelte imprenditoriali del concessionario ma anche nella sfera di esercizio della potestà di indirizzo e di regolazione dell'Ente concedente. Tale interpretazione della portata della norma si sposa con l'esigenza di valutare la soluzione più efficiente con riguardo alla situazione del caso concreto in guisa da evitare l'imposizione, nelle future procedure, in capo all'aggiudicatario, di un significativo onere economico tale da fungere da fattore deterrente rispetto alla partecipazione competitiva alla procedura selettiva. La norma, in definitiva, individua i criteri per la corretta commisurazione dell'indennizzo spettante al distributore uscente, consentendo che l'ammontare degli investimenti sia perimetrato per relationem in base all'offerta presentata in sede di gara alla stregua delle vincolanti prescrizioni di gara. La norma non vieta, in sostanza, all'ente locale

di introdurre prescrizioni sui contenuti dell'offerta relativi all'ammortamento e consente agli offerenti di modulare l'ammortamento degli investimenti secondo le proprie strategie tecnico-economiche.

Tale essendo la corretta esegesi del dato normativo, la Sezione reputa che la scelta adottata, in seno al combinato disposto del bando di gara e della lettera di invito, di imporre l'ammortamento accelerato in 12 anni, non incorra in un giudizio negativo sul piano della ragionevolezza e della congruità avuto riguardo, alle circostanze specifiche che connotano la procedura in parola.

Se ne ricava che non risulta neanche sotto questo aspetto censurabile la decisione dell'amministrazione di prevedere un limite temporale agli ammortamenti ammissibili che si è visto essere non assoluto e, soprattutto, non irragionevole alla luce delle condizioni dell'impianto e della possibilità di incentivare la partecipazione, con offerte competitive, alla procedura selettiva.” (C.S cit.)

Infine, si sostiene la mancata indicazione, nel bando e nella lettera di invito, del VRD, il che impedirebbe la verifica della redditività della gestione.

Anche quest'ultima censura deve ritenersi infondata atteso che, come confermato dall'assenza di contestazioni o richieste di chiarimenti nel corso della procedura si deve concludere che le imprese come l'appellante le quali vantano una consolidata esperienza nel settore hanno, comunque, potuto ricavare dalla relazione tecnica predisposta dal comune e dagli ulteriori dati a disposizione, elementi sufficienti per giungere ad una stima accettabile del VDR e per formulare la propria offerta (C.S. cit.).

Per tali motivi il ricorso deve essere accolto, essendo fondati i motivi di appello.

In relazione alla complessità delle questioni, le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Accoglie l'appello e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2009 con l'intervento dei Signori:

Aniello Cerreto, Presidente FF

Carlo Saltelli, Consigliere

Gabriele Carlotti, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione