



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 7347 del 2009, proposto da:  
Enel Rete Gas Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Mole', con domicilio eletto presso Marcello Mole' in Roma, via della Farnesina, n. 272;

***contro***

Comune di Terzigno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Sartorio, con domicilio eletto presso Giuseppe Sartorio in Roma, via Luigi Luciani , n.1;

***nei confronti di***

-Ministero dello Sviluppo Economico, non costituito;  
-Costruzioni Dondi Spa, non costituita;  
-Cosap - Consorzio Stabile Appalti Pubblici, non costituitoa;  
-Conscoop-Consorzio Fra Cooperative di Produzione e Lavoro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Renato Docimo e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso Filippo Lattanzi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, n. 47;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 03080/2009, resa tra le parti, concernente REALIZZAZIONE E GESTIONE SISTEMA DISTRIBUZIONE GAS NEL TERRITORIO COMUNALE-RISARCIMENTO DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Terzigno e di Conscoop-Consortio Fra Cooperative di Produzione e Lavoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. Aniello Cerreto e uditi per le parti gli avvocati Molè, Morelli, per delega di Sartorio, e Lattanzi;

Visto il dispositivo di decisione n. 226/2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR Campania ha respinto il ricorso proposto dalla società Enel Rete Gas avverso il provvedimento di esclusione per anomalia dell'offerta dalla gara per l'affidamento, per la durata di 12 anni, della concessione di progettazione, costruzione e gestione del sistema di distribuzione del gas naturale nel territorio del comune di Terzigno.

In particolare, il TAR ha ritenuto che sussisteva fondamento giuridico-positivo per procedere alla verifica di anomalia; che tale verifica non poteva ritenersi limitata all'economicità della gestione del servizio dovendosi tener conto anche delle condizioni particolarmente favorevoli di cui godeva l'offerente; che il relativo compito spettava alla Commissione esaminatrice, che la motivazione della valutazione sull'anomalia dell'offerta poteva essere sindacata dal giudice

amministrativo sotto il profilo della logicità ma senza invadere il merito spettante all'Amministrazione; che la contestazione in ordine alle aliquote di ammortamento utilizzate per stabilire la durata della vita media degli impianti non evidenziava aspetti tali per inficiare il giudizio formulato; che non poteva ritenersi viziata la rilevata incoerenza tra il Piano economico-finanziario allegato all'offerta e la curva dell'utenza.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria, deducendo quanto segue:

-contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, la formula delle “avvertenze” concernente l'anomalia dell'offerta economica si riferisce solo alla congruenza delle offerte in relazione all'economicità della gestione, per cui la commissione di gara tenendo conto delle aliquote di ammortamento previste dalla AEEG nella delibera n.170/2004 ha introdotto un elemento di valutazione del tutto estraneo alla disciplina di gara;

-il Tar non si è pronunciato sulla censura con la quale si denunciava con motivi aggiunti la mancata procedimentalizzazione della verifica dell'anomalia con conseguente violazione del principio del contraddittorio in sede di conferma dell'esclusione dalla gara;

-il Tar si è sottratto al dovere di apprezzare la correttezza delle valutazioni espresse dalla commissione di gara prima in ordine all'esclusione della ricorrente e poi della relativa conferma, negando anche rilievo al comportamento contraddittorio della commissione che inizialmente aveva ritenuto di dover rimettere ad una commissione contabile la valutazione della congruità dell'offerta e poi aveva deciso sul punto direttamente;

-sono comunque inconsistenti le ragioni che hanno indotto la commissione di gara all'esclusione della ricorrente.

3. Costituitisi in giudizio il Comune di Terzigno e il Conscoop hanno chiesto il rigetto dell'appello, richiamando la sentenza del TAR.

Con ordinanza n. 5055/2009, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante;

In prossimità dell'udienza di discussione, le parti hanno presentato memoria conclusiva.

All'udienza del 30 marzo 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione

4. L'appello è infondato.

4.1. Priva di pregio è la doglianza con la quale si sostiene che la formula, contenuta nel disciplinare di gara, delle "avvertenze" concernente l'anomalia dell'offerta economica si riferirebbe solo alla congruenza delle offerte in relazione all'economicità della gestione.

Invero, l'"avvertenza offerte anomale", prevede il potere-dovere della commissione di procedere alla verifica ed all'eventuale esclusione delle offerte ritenute anomale, non limitando a tal fine la richiesta di giustificazioni fondate sull'economicità della gestione del servizio, ma più complessivamente anche sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente.

D'altra parte, in caso di procedura di gara indetta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'anomalia non si limita all'elemento prezzo, ma è rivolta anche agli elementi qualitativi dell'offerta, nonché al rapporto tra le due componenti, in presenza, come nel caso di specie, di un significativo scarto tra ridotto prezzo offerto ed elevato standard qualitativo delle prestazioni.

Per cui, correttamente la commissione ha ritenuto di prendere in considerazione il piano di ammortamento presentato dalla ricorrente, considerato che l'offerta economica doveva indicare anche l'ammontare del valore patrimoniale residuo

degli investimenti da riconoscere al gestore al termine della concessione ai sensi del punto 19.3 del bando di gara.

4.2. Né si può dubitare della sussistenza in capo all'Amministrazione del potere di adattare il metodo di individuazione dell'anomalia alla specificità della gara, il che trova conferma nella nuova disciplina della materia dettata dall'art. 86 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, di attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che oltre ai casi di verifica obbligatoria dell'anomalia di cui al comma 2° ( "nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara."), consente nel comma 3° la verifica facoltativa dell'anomalia nel prevedere che "in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

4.3. E' poi insussistente la denunciata contraddittorietà procedimentale per aver ritenuto la commissione di gara in un primo momento necessario nominare apposita "commissione contabile" per la verifica di anomalia delle offerte (verbale n. 10) e poi ha proceduto direttamente a tale verifica (verbale n. 11), dopo aver preso atto che un potere del genere spetta normalmente alla stessa commissione di gara fino alla formale chiusura della gara pubblica (V. le decisioni della Sezione 3 febbraio 2000, n. 661 e 5 luglio 2006 n. 4267), in difetto di una disposizione normativa ovvero di una espressa previsione della disciplina di gara che disponga in senso contrario (V. la decisione della Sezione 24 ottobre 2002, n. 5846). Tanto più che nella specie lo stesso disciplinare di gara, proprio a proposito dell'"avvertenza offerte anomale", attribuiva alla "commissione" la verifica e l'eventuale esclusione di offerte ritenute anomale.

4.4. Per quanto concerne le ragioni di esclusione dalla gara dell'offerta della ricorrente per anomalia, occorre tener conto non solo del verbale n.12 ma anche del verbale n.13 in cui è stata integrata dalla commissione giudicatrice la originaria valutazione negativa operata, a seguito dell'accoglimento dell'ordinanza cautelare del TAR.

Né il riesame operato nel verbale n.13 può ritenersi una inammissibile elusiva reiterazione delle motivazioni già poste a fondamento del precedente provvedimento di esclusione, in quanto trattasi, in ragione del suo specifico corredo motivazionale, della rinnovata valutazione delle giustificazioni prodotte dall'odierna ricorrente a seguito della iniziale richiesta di chiarimenti effettuata dalla commissione su determinati aspetti.

Con la conseguenza che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non occorre procedere a richiedere alla ricorrente nuovi chiarimenti in tale fase cautelare in quanto già in precedenza offerti e che ora occorre solo riesaminare sulla base dell'ordinanza del TAR.

4.5. Non è condivisibile il rilievo dell'appellante secondo cui il Tar si sarebbe sottratto al dovere di apprezzare la correttezza delle valutazioni espresse dalla commissione di gara prima in ordine all'esclusione della ricorrente e poi della relativa conferma.

Il Giudice di primo grado infatti ha fatto applicazione del principio secondo cui la possibilità del sindacato giurisdizionale, seppure non esclusa, deve normalmente limitarsi al mero controllo di legittimità dell'atto adottato dall'amministrazione all'esito del procedimento di valutazione delle giustificazioni, e che il relativo giudizio può essere censurato in sede di legittimità solo ove se ne possa desumere in maniera indubitabile la illogicità, l'incoerenza o l'erroneità (V. Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847, 11 luglio 2008, n. 3481; sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4933; sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1231 e 30 ottobre 2009 n.5708). Nella verifica

dell'anomalia, pertanto, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo allorquando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, e ciò a causa della presenza di dubbi circa l'idoneità dell'offerta minata da spie strutturali di inaffidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2002, n. 2334).

Alla luce delle superiori considerazioni, le valutazioni operate con gli atti amministrativi gravati si sottraggono alle censure proposte da parte ricorrente, non potendosi ravvisare in alcun modo i prospettati profili di erroneità ed evidente incongruenza, dovendosi inoltre confermare sul punto i seguenti rilievi del TAR.

In primo luogo, la contestazione in merito alle aliquote di ammortamento (con riferimento sia all'inutilizzabilità a tal fine dei dati contenuti nella delibera AEEG 170/04 in quanto non richiamata nei documenti di gara, sia dell'estraneità di tale voce rispetto ai criteri di attribuzione dei punteggi) non evidenzia quel segnalato livello di evidenza necessario per inficiare il giudizio operato dall'amministrazione, apparendo per converso ragionevole l'aver utilizzato, quale parametro attendibile per stabilire la durata della vita media degli impianti e quindi il valore residuo degli investimenti alla scadenza della concessione, le aliquote fornite da un autorità istituzionalmente preposta a questo settore di mercato, sì da operare secondo criteri tecnicamente uniformi e corretti.

Per gli stessi motivi di rilevanza e di incidenza sul valore residuo di riscatto alla scadenza della concessione (in relazione sia alla posizione del concessionario subentrante sia dell'Amministrazione in caso di nuova gara andata deserta), non appare censurabile, con riguardo alla contestata incoerenza tra Piano Economico Finanziario allegato all'offerta dell'odierna ricorrente e la curva dell'utenza,

l'argomentata incoerenza tra i dati del PEF e quelli tecnici emergenti dal progetto (elaborati rispettivamente con utili a servire circa 7000 e 4275 utenze).

Con riguardo poi al profilo inerente gli investimenti previsti a progetto, deve rilevarsi come, in disparte la questione sull'astratta modificabilità dei dati indicati nel Progetto preliminare, viene in rilievo una significativa e non giustificata asimmetria tra valore complessivo del progetto e valore di istruttoria.

Da ultimo, l'inosservanza del dedotto obbligo di comunicazione non costituisce causa sopravvenuta di invalidità dell'aggiudicazione, incidendo esclusivamente sul distinto profilo della tutela del diritto di difesa degli interessati e rilevando soltanto sul piano della tempestività o tardività dell'impugnativa contro l'aggiudicazione; e, per altro verso, nessuna efficacia invalidante possiede nemmeno la eventuale inosservanza dei termini per la stipula del contratto ai sensi dell'art. 11, comma 9, del citato D. Lgs. 163/06 .

5. Per quanto considerato, l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio per la complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere



**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione