



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

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9789 del 2010,
proposto da:

ENEL RETE GAS S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto
presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n. 142;

contro

COMUNE DI LEVATE, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avv. Alessandro Pagano, con domicilio eletto presso Giovanni Di Gioia in
Roma, piazza Mazzini, n. 27;

nei confronti di

POMILIA GAS S.C.R.L., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avv. Enrico Soprano e Eduardo Riccio, con domicilio
eletto presso l'avv. Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, Sez. II, n 2989 del 19 agosto 2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE GAS NATURALE;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Levate e di Pomilia Gas Soc Arl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Ferrari, Pagano e Soprano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Levate, con bando in data 23 dicembre 2008, in esecuzione della delibera del Commissario Straordinario n. 46 dell'11 agosto 2008 e della determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 455 del 10 dicembre 2008, indiceva una gara a procedura ristretta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base della valutazione di specifici elementi e relativi pesi ponderali, puntualmente indicati (1. valore delle opere – a prezzo di mercato – di cui al progetto offerto, peso ponderale 1; 2. ribasso percentuale sui prezzi delle opere eseguite su richiesta del Comune o degli utenti, come da allegato elenco prezzi, peso ponderale 2; 3. importo unitario del contributo per gli allacci d'utenza, peso ponderale 3; 4. importo aggiuntivo del contributo per gli allacci di utenza, per ogni ml. di tubazione eccedente rispetto a quelli compresi nel precedente punto 3, peso ponderale 2; 5. canone annuo di affidamento, peso

ponderale 50; 6. piano d'investimenti e potenziamento della rete, peso ponderale 35; 7. condizioni per gli allacciamenti ed il servizio agli utenti, peso ponderale 7).

All'esito della procedura, cui partecipavano le società Enel Rete Gas S.p.A., Cooperativa Pomilia Gas s.c.r.l., S.I.M.E. S.p.A. e A2A Reti Gas S.p.A., la commissione di gara, giusta verbale in data 27 maggio 2009, aggiudicava provvisoriamente il servizio alla Cooperativa Pomilia Gas s.r.l. che aveva conseguito il punteggio più elevato (punti 98,055, di cui punti 40,491 per l'offerta tecnica e punti 57,564 per quella economica).

Esaminate le giustificazioni dell'offerta anormalmente bassa, formulate con nota in data 9 giugno 2009, ai sensi degli artt. 86, 87 e 88 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, giusta richiesta di cui alla nota prot. 3433/PM del 1° giugno 2009, la commissione di gara riteneva valida l'offerta della società Cooperativa Pomilia Gas S.p.A. (verbale di gara del 15 giugno 2009) e con determinazione n. 81 del 25 settembre 2009 del Responsabile del Servizio Tecnico l'appalto veniva definitivamente aggiudicato alla predetta società.

2. La società Enel Rete Gas S.p.A., la cui offerta si era collocata al secondo posto nella graduatoria della ricordata procedura di gara (con punti 93,440, di cui punti 40,695 per l'offerta tecnica e punti 52,745 per quella economica), con ricorso notificato il 1° dicembre 2009 impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, la ricordata determinazione n. 81 del 25 settembre 2009 (comunicata con nota prot. 6012/MP del 28 settembre 2009), la determinazione n. 10 del 10 febbraio 2009 di nomina della commissione di gara e tutti gli altri atti di gara (verbali della commissione e indizione della gara), lamentandone l'illegittimità per "violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d. lgs. n. 164/2000, con particolare riferimento all'art. 87 - eccesso di potere nelle figure sintomatiche della illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta, contraddittorietà, carenza istruttoria e motivazione" (per la

sostanziale inattendibilità finanziaria dell'offerta dell'aggiudicataria, erroneamente ritenuta valida, a causa dell'incongruenza del piano economico – finanziario quanto alla contraddittorietà della quantificazione degli investimenti sugli impianti di distribuzione, alla mancata considerazione della non attualizzazione dei flussi di cassa prospettati, alla sottostima dei costi del personale e all'incongruenza dei costi di manutenzione ordinaria della rete), nonché in via subordinata “violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d. lgs. 163/2006, con particolare riferimento all'art. 84 – violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione – eccesso di potere nelle figure sintomatiche della illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, contraddittorietà, carenza di istruttoria e motivazione” (in relazione alla situazione di incompatibilità in cui versava un membro della commissione di gara, l'ing. Marfurt) e “violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione del d. lgs. 163/2006, con particolare riferimento all'art. 13 - eccesso di potere nelle figure sintomatiche della illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, contraddittorietà, carenza di istruttoria e motivazione, disparità di trattamento” (per l'asserita introduzione da parte della commissione di gara ai fini della valutazione delle offerte di ulteriori criteri, non previsti nella *lex specialis*).

3. L'adito tribunale, sez. II, con la sentenza non definitiva n. 1528 dell'8 aprile 2010, nella resistenza dell'intimato Comune di Levate e della controinteressata Pomilia Gas s.c.r.l., accogliendo le censure spiegate con il primo motivo, ordinava all'amministrazione appaltante una nuova verifica dell'offerta dell'aggiudicataria, chiarendo che ciò imponeva di “attendere gli sviluppi della successiva attività amministrativa prima di decidere se esaminare le censure proposte in via subordinata, tese ad ottenere la caducazione dell'intera procedura selettiva e la sua integrale rinnovazione”.

A tanto l'amministrazione comunale di Levate provvedeva riattivando effettivamente il procedimento di verifica di anomalia (nota prot. 2437/MP del 23 aprile 2010) e chiedendo ulteriori giustificazioni integrative dell'offerta alla Società Cooperativa Pomilia Gas sc.r.l., al cui esito la commissione di gara, giusta verbale in data 4 maggio 2010, dichiarava nuovamente valida l'offerta presentata, con conseguente conferma dell'aggiudicazione definitiva (determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 66 del 10 maggio 2010).

4. Con motivi aggiunti (da valere eventualmente anche come ricorso autonomo) la società Enel Rete Gas S.p.A. chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, l'annullamento anche di tali nuovi provvedimenti, avverso i quali reiterava sostanzialmente le censure già sollevate con il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, ritenendo in particolare in alcun modo dissipati, anche dopo la nuova valutazione, i dubbi sulla attendibilità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

5. L'adito tribunale, sez. II, con la sentenza n. 2989 del 19 agosto 2010, respingeva definitivamente il ricorso proposto dalla società Enel Rete Gas S.p.A..

In particolare, secondo il predetto tribunale, la nuova attività provvedimentale dell'amministrazione appaltante aveva consentito "di chiarire i profili di irrazionalità e contraddittorietà emersi in prima battuta", rendendo attendibile il quadro economico dell'offerta presentata dall'aggiudicatario e dunque infondati i rilievi mossi dalla società ricorrente; sempre ad avviso del tribunale, non sussisteva il dedotto vizio di legittimità della procedura di gara per la dedotta incompatibilità del membro della commissione di gara, ing. Marfurt, atteso che quest'ultimo aveva svolto in concreto una semplice attività di consulenza, senza ingerirsi nel rapporto negoziale da instaurarsi; tanto più che l'amministrazione aveva puntualmente evidenziato la carenza in organico di adeguate professionalità; inoltre era infondato, in fatto ancora prima che in diritto, anche il terzo motivo di censura,

relativo alla pretesa introduzione da parte della commissione di gara di ulteriori motivi di valutazione delle offerte non previsti nella *lex specialis*.

6. Enel Rete Gas S.p.A. ha chiesto con rituale e tempestivo atto di appello la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di tre motivi di gravame, con cui sono state riproposte le censure sollevate in primo grado, a suo avviso, superficialmente apprezzate, approssimativamente esaminate e sbrigativamente respinte con motivazione farraginosa, lacunosa ed inaccettabile.

Hanno resistito all'appello il Comune di Levate e la società Pomilia Gas S.p.A., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone quindi il rigetto.

Le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive.

7. All'udienza pubblica del 31 maggio 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. E' infondato il primo motivo di gravame con il quale l'appellante ha lamentato che la sostanziale anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, erroneamente non riscontrata, né dall'amministrazione, né dai primi giudici, non era stata affatto chiarita dall'ulteriore attività di verifica ordinata con la sentenza non definitiva n. 1528 dell'8 aprile 2010 dello stesso Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia.

8.1. Invero l'appellante ha sottolineato le asserite macroscopiche incongruenze che emergerebbero dal piano economico – finanziario presentato dall'aggiudicataria quanto: a) alla contraddittoria quantificazione degli investimenti sugli impianti di distribuzione (in quanto, a fronte di un'indicazione di €. 494.663 [valore in riferimento al quale sarebbe stato attribuito il punteggio in sede di gara], nel piano economico – finanziario la voce investimenti indicherebbe il diverso importo di €. 392.000, non potendo in nessun caso tenersi conto dell'utile d'impresa cui avevano fatto ricorso le controparti per giustificare lo scarto); b) alla mancata

considerazione della non attualizzazione dei flussi di cassa prospettati da Pomilia Gas s.c.r.l. (questione del tutto rilevante per la stessa durata dell'appalto fissata in 12 anni, per contro irrilevante, apodittica, non verificata e neppure apprezzata dall'amministrazione essendo stata la mera deduzione dell'aggiudicataria di poter contare su capitale proprio; ciò senza contare che le nuove giustificazioni fornite a seguito della disposta attività istruttoria dei primi giudici erano differenti da quelle originarie, senza che neppure tale palese diversità fosse stata rilevata dall'amministrazione); c) alla lamentata sottostima dei costi del personale (essendo incongruo il richiamo dell'aggiudicataria alla circostanza di essere affidataria di servizi identici in altri comuni limitrofi, questi ultimi essendo in realtà notevolmente distanti dal Comune di Levate, rispettivamente 80 e 170 Km., il che rendeva evidentemente perplessa la stima dei costi per le stesse contraddittorie e aleatorie prospettive di utilizzazione del personale ed i relativi costi); d) alla incongruenza dei costi di manutenzione ordinaria della rete (trattandosi di somme irrisorie - €. 0,20 al metro per anno – assolutamente lontane dai costi medi di qualsiasi società di distribuzione del gas).

8.2. Occorre al riguardo rilevare che, come emerge dalla documentazione in atti a fronte delle “nuove” giustificazioni dell'offerta rese dalla Pomilia Gas s.c.r.l. con la nota in data 30 aprile 2010, l'amministrazione (e per essa la commissione di gara, giusta verbale in data 4 maggio 2010):

a) quanto alle voci di spesa relativa ai costi del personale addetto al servizio, ha verificato ed affermato che: 1) le voci del costo del personale riguardavano l'attività di sportello (12 ore settimanali) e di manutenzione ordinaria, per complessivi €. 11.041,91 ed i costi per servizi esternalizzati di reperibilità e pronto intervento di €. 3.600,00, indicati nel P.E.F. nella voce Manutenzione rete, Gestione Servizi, per un totale di €. 14.641,91; 2) tali giustificazioni erano specifiche ed esaustive, in quanto espresse come costi del personale per l'attività di sportello (con indicazione del

livello dell'addetto, del monte ore settimanale, del monte ore annuo, del costo orario lordo e del costo lordo annuale complessivo; come costi del personale per manutenzione (attraverso tabella di descrizione degli impianti, tipologia da porre in essere, frequenza minima di intervento, ore annue dedicate e specificate per tipologia di intervento, costo annuo dell'addetto con relativo costo orario e globale, lordo); come costi del servizio di reperibilità/pronto intervento (con indicazione dell'esternalizzazione del servizio a mezzo di contratto di assistenza con ditta artigiana in loco e costo annuo complessivo; 3) tali previsioni erano anche aderenti alle previsioni del Piano Economico Finanziario (ove era indicato un importo complessivo lordo di €. 14.709,20, tenuto conto anche delle operata (sia pur a livello informale) verifica della correttezza dei valori unitari tabellari di costo del personale;

b) quanto alla questione dei "comuni limitrofi", ha preso atto della dichiarata fattibilità dell'utilizzo, presso il Comune di Levate, del personale impegnato nei comuni di Sumirago, Creazzo, oltre che di Lallio e Capriolo, non apparendo necessaria una presenza continuativa sul posto di personale sia per le operazioni di manutenzione ordinaria (con cadenza settimanale), sia per le attività di sportello, e apparendo per contro ragionevole l'ipotesi di una presenza per l'attività di sportello e per l'ordinaria manutenzione, stante il ricorso all'esternalizzazione della (sola) attività di pronto intervento/reperibilità: il che rendeva plausibile la prospettata ipotesi di ottimizzazione del personale presente nei comuni in cui l'aggiudicataria già svolgeva il servizio e soddisfacenti le giustificazioni;

c) quanto agli asseriti esigui costi di manutenzione degli ampliamenti delle reti, ha osservato che, come puntualmente precisato nelle giustificazioni, la loro incidenza era minima "dal momento che l'esecuzione a nuovo delle stesse e i costi di manutenzione sino al termine del contratto possono, con tutta evidenza, essere

coperti dai ricavi conseguenti all'acquisizione delle nuove utenze sui tratti di ampliamento...”;

d) quanto alla questione dei flussi di cassa, ha rilevato che l'utile di gestione si realizzava al dodicesimo anno della gestione e che dal P.E.F. già dal quinto anno si evidenziava un flusso di cassa positivo, ciò apparendo “...in linea con i rientri finanziari prevedibili per molti tipi di investimenti imprenditoriali: pertanto, non si riscontra aleatorietà nell'ipotizzare - peraltro con stime cautelative – un risultato di gestione ascrivibile all'ipotesi di piano finanziario presentato in sede d'offerta, né si riscontrano particolari rischi per la stazione appaltante...”.

8.3. Ciò posto, la Sezione osserva che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo di discostarsi, l'esame delle giustificazioni presentate dal soggetto che è tenuto a dimostrare la non anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica dell'amministrazione che si sottrae al sindacato di legittimità allorché non sia inficiata da macroscopici vizi di illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza e/o travisamento di fatti che nel caso di specie non sussistono (C.d.S., sez. V, 28 luglio 2008, n. 3406; 29 gennaio 2009, n. 497; 18 agosto 2010; 23 novembre 2010, n. 8148).

Inoltre le eventuali incongruità contenute nell'offerta e nel piano economico - finanziario non sono di per sé idonee a riverberarsi sull'offerta presentata dall'aggiudicataria, giacché il piano economico – finanziario, essendo ontologicamente diverso dall'offerta, ben può contenere indicazioni, specificazioni, chiarimenti, limitati integrazioni ed aggiustamenti, valutabili dall'amministrazioni ai fini del giudizio complessivo di validità ed affidabilità dell'offerta, senza che ciò possa in alcun modo far ritenere stravolta l'offerta originaria presentata; deve anche aggiungersi che la giurisprudenza ha anche precisato che “laddove l'amministrazione consideri congrua l'offerta sulla base delle spiegazioni fornite dal concorrente in sede di verifica dell'anomalia non occorre che la relativa

documentazione sia fondata su una articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, essendo sufficiente anche una motivazione per relationem...”(C.d.S., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708), tanto più che la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica, mirando invece ad accertare se l’offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell’appalto ,

8.4. Sulla scorta di tali principi giurisdizionali, la Sezione è dell’avviso che le pertinenti e approfondite motivazioni, con le quali l’amministrazione ha considerato adeguate ed esaustive le giustificazioni dell’offerta, ritenendola valida, in quanto non macroscopicamente illogiche, irragionevoli e arbitrarie e per di più supportate dalle altrettanto pertinenti osservazioni dell’aggiudicataria, si sottraggano come tali al sindacato giurisdizionale, costituendo, per contro, i rilievi mossi dall’appellante espressione di giudizi e valutazioni del tutto personali e come tali inammissibili, integrando un’ipotesi di mero dissenso dalle valutazioni proprie dell’amministrazione.

Le censure devono essere pertanto disattese.

9. E’ invece fondato il secondo motivo di gravame, proposto in via subordinata, con il quale è stata lamentata l’illegittimità del procedimento di gara, culminata nell’impugnato provvedimento di aggiudicazione, per violazione dell’art. 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, avendo fatto parte della commissione di gara, quale membro esperto o consulente, l’ing. Franco Marfut, che, come emergeva dagli atti, versava in una macroscopica situazione di incompatibilità, avendo provveduto tra l’altro alla stessa preparazione degli atti di gara, alla perizia di stima del valore degli impianti e all’analisi economico – patrimoniale del servizio.

9.1. Al riguardo deve innanzitutto rilevarsi che le disposizioni contenute nel citato articolo 84 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sono espressione di un principio di carattere generale riguardanti tutte le gare di appalto di lavori, servizi e forniture, tese a dare concreta attuazione ai principi di imparzialità e buona amministrazione predicati all'articolo 97 della Costituzione: in particolare, esse si sforzano di conciliare i principi di economicità, di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa con quelli di trasparenza, efficacia ed adeguatezza, obiettivizzando, per quanto possibile, la scelta dei componenti delle commissioni cui è demandata l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e così sottraendola a possibili elementi di eccessiva discrezionalità o di arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice che possano pregiudicarne proprio la trasparenza e l'imparzialità.

Né può sostenersi che l'applicabilità di tali disposizioni sarebbe esclusa in concreto dal fatto che la gara di cui si tratta riguarda un contratto dei c.d. settori speciali, atteso che l'articolo 206 del ricordato decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dichiara espressamente applicabili anche per tali contratti alcuni articoli del codice dei contratti, tra cui proprio l'articolo 84; né vale ad escludere l'applicabilità di tale normativa la circostanza che nel caso di specie non si verterebbe in tema di appalto di lavori, servizi e forniture, ma di una concessione di pubblico servizio, giacché nelle delibere di indizione gara e nella stessa determina di nomina della commissione si fa più volte richiamo al citato esame.

Esso, poi, dopo aver stabilito che, quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice (comma 1), composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto (comma 2) e che la predetta commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante

incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente (comma 3), al comma 4 ha previsto che i commissari diversi dal Presidente, non devono aver svolto, né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, mentre al successivo ottavo comma prevede ancora che i commissari diversi dal presidente sono selezionati fra i funzionari della stazione appaltante e che, in caso di accertata assenza nell'organico di adeguata professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra i funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle categorie di: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'albo di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

9.2. Ciò posto, occorre rilevare che, come emerge sia dalla determinazione n. 10 del 10 febbraio 2009 (“Nomina commissione di gara per l'affidamento, tramite procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Levate”) che dalla successiva determinazione n. 51 del 26 maggio 2009 (“Affidamento, tramite procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Levate. Costituzione della commissione di gara per l'aggiudicazione provvisoria del servizio) l'ing. Franco Marfurt è stato chiamato a far parte della commissione di gara, prima in qualità di membro esperto e poi nell'asserita qualità di consulente di gara, per aver prestato “...attività di assistenza tecnica, economica e legale all'Ente inerente alle procedure di presa di possesso degli impianti di distribuzione del gas svolta in ottemperanza del D. Lgs. 164/2000...”.

Orbene, a prescindere da ogni altra considerazione sulla singolarità della doppia nomina della commissione di gara, non può non evidenziarsi che, al di là del mero dato formale, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, dall'esame degli atti di gara relativi alla valutazione delle offerte (ai fini dell'aggiudicazione provvisoria) e delle giustificazioni dell'offerta della Pomilia Gas s.c.r.l. (ai fini del giudizio di anomalia e dell'aggiudicazione definitiva), il predetto ing. Marfurt risulta aver partecipato continuativamente e a pieno titolo di membro della predetta commissione di gara, contribuendo quindi all'adozione delle relative determinazioni, non limitandosi, invece, a fornire quella attività occasionale di supporto tecnico ab externo, propria del consulente (in termini, C.d.S., sez. V, 16 marzo 2011, n. 1628).

Per la sua peculiare (pacifica) condizione di aver prestato attività fondamentale nella fase di preparazione della gara, il predetto ing. Marfurt versava quindi in una situazione di incompatibilità e non poteva essere membro della commissione di gara: come tale i relativi atti di costituzione e la successiva attività da essa svolta, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva, devono considerarsi irrimediabilmente viziati e devono essere annullati (così C.d.S., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577, secondo cui "Ai sensi dell'art. 84, d.lg. n. 163 del 2006, applicabile anche nei settori speciali in quanto richiamato espressamente dall'art. 206, d.lg. n. 163 del 2006, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, va nominata una Commissione di gara, e in tale Commissione i componenti diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta (comma 4). È chiaro che l'incompatibilità, mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad es. incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi

di predisposizione della legge di gara, e simili. L'incompatibilità non può estendersi a qualsivoglia funzionario dipendente dalla stazione appaltante, che svolge incarichi amministrativi o tecnici che non sono relativi allo specifico appalto”).

10. L'accoglimento del secondo motivo di gravame, che determina la caducazione della gara, esime la Sezione dall'esame del terzo motivo di censura, concernente la pretesa introduzione da parte della commissione di gara di ulteriori sub – criteri di valutazione dell'offerta.

11. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere respinto per la fondatezza del secondo motivo di gravame e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso proposto in primo grado da Enel Rete Gas S.p.A., con conseguente annullamento degli atti impugnati.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica nondimeno la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Società Enel Rete Gas S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II, n. 2989 del 19 agosto 2010, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della stessa, accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso proposto in primo grado dalla società Enel Rete Gas e annulla gli atti impugnati in primo grado.

Dichiara interamente compensate 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 31 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/07/2011

IL SEGRETARIO

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