



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 numero di registro generale 3047 del 2009, proposto da:  
Pasubio Group S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Cristina D'Alessandro ed Antonio Ferretto, con domicilio eletto presso Maria Cristina D'Alessandro in Roma, via Flaminia, 366;

***contro***

Enel Rete Gas S.p.A., non costituita;

***nei confronti di***

Comune di Isola Vicentina, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Orlando Sivieri e Dario Meneguzzo, con domicilio eletto presso Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria N. 5;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00205/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS NATURALE NEL TERRITORIO COMUNALE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale del Comune di Isola Vicentina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Zini, per delega dell'avv. Ferretto, e Sivieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

ENEL Rete Gas ha impugnato con un primo ricorso e con successivi motivi aggiunti il bando di gara, la lettera d'invito e l'aggiudicazione definitiva a Pasubio Group s.r.l. relativi alla gara con procedura ristretta, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la distribuzione di gas naturale indetta dal Comune di Isola Vicentina, in cui è risultata settima classificata, chiedendo altresì il risarcimento del danno.

Le doglianze si sono appuntate sulla previsione del bando dell'obbligo di ammortamento degli investimenti per il periodo di gestione di 12 anni, sullo squilibrio del punteggio previsto in 66 punti per l'offerta del canone, in 12 punti per profili concernenti aspetti economici ed in 22 punti per l'offerta tecnica, sulla mancata previsione del vincolo sui ricavi di distribuzione (VRD) ai sensi della delibera n. 237/2000 dell'AEEG, sul largo anticipo dell'indizione della gara rispetto all'inizio del servizio (1° gennaio 2010), sulla illegittimità della previsione dell'obbligo di istituzione di uno sportello per gli utenti.

E' stata poi sollevata, come ulteriore motivo di impugnazione della lettera d'invito, la violazione dell'art. 46 bis del D.L. 1.10.2007, n. 159 per non essere stata la gara bandita in relazione agli istituendi bacini ottimali di utenza. Con gli ulteriori motivi

aggiunti , è stata altresì impugnata l'aggiudicazione della gara per la violazione dell'art. 79 d.p.r. n. 163 del 2006 .

Il Tar, con la sentenza n.205/2009 in data 28 gennaio 2009, respinte le eccezioni di rito sollevate dal Comune e dalla controinteressata resistenti, ha richiamato i propri precedenti in contenziosi del tutto analoghi ed ha accolto il ricorso contro il bando di gara per violazione della disciplina di cui al d. lgs. n. 164/2000, respingendo la domanda di risarcimento del danno.

Propongono appello, rispettivamente in via principale e con appello incidentale improprio, sia la controinteressata Pasubio che il Comune di Isola Vicentina che ripropongono le eccezioni pregiudiziali già sollevate in primo grado e, nel merito, censurano la sentenza di primo grado per assenza di motivazione e , comunque, per la sua erroneità in relazione all'infondatezza dei motivi accolti nel loro complesso , richiamando pronunce di segno contrario del Consiglio di Stato.

Con ordinanza n. 2606 del 26 maggio 2009, il Consiglio di Stato ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

Non si è costituita la parte appellata.

La fondatezza degli appelli esime il Collegio dall'esaminare le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado riproposte in chiave impugnatoria.

In effetti, su tutti i profili di ricorso accolti dal primo giudice si è ormai consolidata, anteriormente alle modifiche intervenute a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 1.6.2011 n. 93, ratione temporis inapplicabile alla presente fattispecie, una giurisprudenza di segno contrario alla pronuncia di primo grado, favorevole all'appellante (a partire da Cons. St. Sez. V, 19.9.2008, n. 4540; 31.12.2008, n. 6744; 26.1.2009, n. 370; 4.1.2011, n. 2; 17.1.2011, n. 224), alla quale il Collegio non può che aderire e conformemente alla quale , tenuto conto delle circostanze di fatto che contraddistinguono la presente procedura selettiva, osserva , in sintesi, quanto segue:

- l'art. 14, comma 7 del decreto legislativo n. 164/2000 va interpretato nel senso di ammettere ogni apprezzamento all'ente concedente sull'opportunità di imporre, nelle future procedure, in capo all'aggiudicatario, un significativo onere economico tale da fungere da fattore deterrente rispetto alla partecipazione alle procedure selettive, consentendo di introdurre prescrizioni sui contenuti dell'offerta relativi all'ammortamento accelerato degli investimenti in 12 anni, tenuto conto del genere di investimenti richiesti, relativi all'adeguamento ed alla manutenzione, tali da permettere ai concorrenti di formulare un'offerta in grado di garantire una gestione in equilibrio e non antieconomica nel periodo considerato; la legittimità della previsione dell'ammortamento accelerato è avvalorata dal contenuto delle delibere AEEG n. 237/2000, n. 206/1995 e n. 170/2004, da cui si traggono sicuri elementi, alla luce della normativa fiscale italiana e della durata convenzionale tariffaria delle infrastrutture, secondo cui non sussiste per le stazioni appaltanti un divieto di stabilire ammortamenti degli investimenti in tempi brevi;
- la lettera dell'art. 14, comma 6 dello stesso decreto legislativo, non prevedendo una predeterminazione del valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, ha lasciato spazio alla discrezionalità della stazione appaltante da esercitare in relazione agli interessi specifici ed alle condizioni della rete; peraltro, la preponderanza attribuita all'elemento economico dell'offerta non è tale da marginalizzare completamente l'elemento della qualità tecnica, mentre è controbilanciata, sul piano economico, dalla decisione dell'ente di farsi carico completamente dei costi in favore del gestore uscente; la sicurezza è inoltre garantita secondo quanto previsto dal contratto di servizio;
- la doglianza fondata sulla mancata indicazione dei valori sui ricavi di distribuzione (VRD) è smentita dalla messa a disposizione da parte del Comune di tutta la documentazione inerente al servizio utile a consentire ai partecipanti di

formulare un'offerta remunerativa, tra cui le planimetrie della rete, le specifiche del servizio, la relazione tecnica ed il sopralluogo agli impianti;

- l'indicazione dei bacini territoriali di cui all'art. 46 bis della legge n. 222/2007, peraltro successiva all'indizione della gara, è finalizzata al raggiungimento dei migliori livelli di efficienza e riduzione dei costi in ambiti territoriali ottimali, ma non può tradursi in una moratoria sine die delle procedure di gara nel settore della distribuzione del gas, in carenza della concreta individuazione dei bacini ottimali di utenza e dei criteri di selezione, né può considerarsi sussistente un divieto di avvio della procedura di selezione con anticipo rispetto al termine iniziale di esercizio da parte del nuovo gestore, stante, peraltro, la complessità delle fasi della selezione;

- rientra nella discrezionalità dell'ente appaltante, non sindacabile se non per profili di evidente irragionevolezza nella specie non rilevabili, l'attribuzione di due punti per la creazione di uno sportello utenti, con funzioni unicamente orientative dell'utenza e non commerciali;

- non comporta illegittimità della procedura di aggiudicazione, ma assume rilievo ai soli fini della decorrenza dei termini di decadenza per esercitare i mezzi di tutela giurisdizionale l'omessa comunicazione dell'esito della gara ai sensi dell'art. 79 del codice dei contratti pubblici (Cons. St. Sez. VI, 15.6.2009, n. 3823).

Conclusivamente, l'appello va accolto e la sentenza riformata mediante il rigetto del ricorso di primo grado di Enel Rete Gas.

L'incertezza giurisprudenziale sulle questioni poste all'epoca della presentazione del ricorso di primo grado e la mancata coltivazione del giudizio in grado di appello da parte di Enel Rete Gas, non costituita, giustificano la compensazione delle spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie sia l'appello principale che l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Dispone la compensazione delle 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 27 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2012

IL SEGRETARIO

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