



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 8278 del 2008, proposto da:  
Comune di Golasecca, rappresentato e difeso dall'avv. Liberto Losa, con domicilio  
eletto presso Gianmarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

*contro*

Molteni S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Todarello, Diego Vaiano,  
con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

*nei confronti di*

Ages S.p.A.;

*per la riforma*

della sentenza del TAR LOMBARDIA - MILANO -Sezione I n. 01567/2008, resa  
tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE  
DI GAS NATURALE.

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 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando spedito alla GUCE in data 11 maggio 2007, il comune di Golasecca, approvava il bando di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale nell'ambito del territorio comunale.

Con ricorso proposto dinanzi al Tar della Lombardia, la Molteni Spa impugnava il bando, la lettera di invito, il disciplinare e i relativi allegati.

L'amministrazione comunale in data 16 novembre 2007, con delibera n. 203, fissava nuovi termini di presentazione delle offerte e di apertura dei plichi presentati dai concorrenti.

La Molteni spa, al fine di non veder pregiudicata la propria azione, presentava la sua offerta nei termini imposti dal bando di gara.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della AGES spa, la Molteni spa proponeva motivi aggiunti.

Con sentenza n. 1567/08 il Tar della Lombardia accoglieva il primo motivo di ricorso, dichiarando la contrarietà del bando all'art 14 del D.Lgs. n.164/00 e alla delibera AEEG n. 237/00.

Con il presente appello il Comune di Golasecca ha riproposto l'eccezione di inammissibilità del ricorso, relativa alla mancanza di interesse all'impugnativa del bando, perché le relative clausole non avrebbero impedito la partecipazione alla gara e, in relazione all'art. 14 del D.Lgs. n.164/00, ha sostenuto la legittimità della prescrizione che obbligava all'ammortamento degli investimenti in un periodo di dodici anni, pari a quello dell'affidamento.

La Molteni spa, costituitasi in giudizio, ha sostenuto l'infondatezza dei motivi di appello, ed inoltre, in via devolutiva, ha riproposto i seguenti motivi, non esaminati dal giudice di primo grado:

-violazione dell'art. 14, co. 6 del D.Lgs n. 164/00, dei principi della direttiva CE 98/30, delle direttive 17 e 118 del 2004 e dei principi di efficienza, per l'eccessivo peso ponderale attribuito all'offerta economica rispetto a quella tecnica (69 punti su 100);

- violazione della L. n. 481/95, dell'art.14 del D.Lgs. n. 164/00, del D.Lgs. n. 163/06, dell'art. 4 della delibera AEEG n. 237/00, difetto di istruttoria, di motivazione, del principio di proporzionalità, sviamento, violazione dei principi comunitari e costituzionali, perché non sono stati resi noti i valori del VDR (vincolo sui ricavi di distribuzione) e delle voci che lo compongono;

-violazione dell'art. 14 del D.Lgs. n. 164/00 sotto ulteriore profilo, dell'art. 21 del D. Lgs. n. 164/00, illogicità, difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti, perché il bando prevedeva anche l'apertura di uno sportello utenti che, invece, doveva essere oggetto di separazione societaria;

-violazione dell'art. 14 del D.Lgs. n. 164/00 e dei principi comunitari in materia di esecuzione dei lavori pubblici, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto il bando non avrebbe adeguatamente precisato i lavori da realizzare e la loro consistenza;

-violazione della L. n. 481/95, dell'art. 14 della L n. 164/00, dei principi generali in materia di procedure concorsuali, anche in relazione agli artt. 97 e 113 Cost., indeterminatezza della lex specialis , violazione del principio di par condicio, perché non sono stati resi noti tutti i dati relativi allo stato di consistenza degli impianti di cui alla delibera dell'AEEG n. 168/04;

-violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dell'art.4 co. 8 e 9 e dell'art. 15 co. 5 del D.Lgs. 164/00, violazione dell'art. 24 del R.D. n.578/1925, dei principi i concorrenzialità

e di evidenza pubblica per irragionevolezza, illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e carenza dei presupposti, perché il bando non ha precisato in modo puntuale gli oneri che l'ente affidante ha inteso assumere a proprio carico;

-violazione dell'art. 14 del D.Lgs. n. 164/00, della delibera dell'AEEG n. 108/06, dell'art. 41 Cost. ed eccesso di potere per sviamento, perché non sarebbe stato correttamente definito il parametro a cui i concorrenti possono fare riferimento per modulare la loro offerta;

-Violazione dell'art 49 del D.legs. n.2006/63, dell'art.14 del D.Lgs.n. 164/00 ed eccesso di potere perché la clausola di cui al punto 10.4 del bando limiterebbe i poteri dell'aggiudicatario di appaltare i lavori a soggetti terzi

L'appellante, con memoria, ha sostenuto l'infondatezza di tali ulteriori motivi.

## DIRITTO

L'appello è fondato nel merito e ciò permette di non approfondire la censura di inammissibilità del gravame, proposta dal comune appellante nei confronti della Molteni spa, per mancanza di interesse alla impugnativa del bando.

Con il ricorso di primo grado la Molteni spa ha sostenuto 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 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: *“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. 4540/08, 6744/08).

Sono infondati anche gli ulteriori motivi dedotti in primo grado.

Si sostiene, in primo luogo, 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.

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

Anche questa 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.).

La Molteni spa sostiene, poi, l'illegittimità del bando nella parte in cui ha inserito, tra gli elementi di valutazione dell'offerta l'apertura di uno sportello utenti perché tale attività sarebbe di competenza delle società di vendita.

La censura è infondata in quanto l'apertura di uno sportello utenti può ritenersi un elemento qualitativo dell'erogazione del servizio i cui oneri possono farsi rientrare fra quelli del canone annuo che il singolo concorrente intende offrire.

E' infondata la censura secondo cui non sarebbero stati individuati i lavori da realizzare e la loro consistenza in quanto, come si evince dalla tavola relativa alla consistenza dell'impianto, il comune risulta interamente metanizzato e, pertanto, l'asserito profilo di indeterminatezza dei lavori da realizzare risulta essere insussistente.

Si sostiene, poi, che l'amministrazione non avrebbe fornito i dati necessari alla formulazione dell'offerta.

La censura risulta infondata in via di fatto atteso che, ai soggetti che ne abbiano fatta richiesta, è stata consegnata apposita relazione sullo stato di consistenza del metanodotto e che, inoltre, i concorrenti hanno avuto la possibilità di controllare l'impianto nel sopralluogo imposto dalla lettera di invito.

Si sostiene, poi, che l'ente affidante non avrebbe precisato gli oneri che lo stesso intendeva assumere a suo carico.

La censura è infondata in quanto risulta dal bando e anche dalla delibera n.17/07, che l'amministrazione ha inteso assumere su sé stessa tutti gli oneri.

Si sostiene, poi, che non sarebbero stati definiti i parametri a cui ancorare l'offerta.



La censura deve ritenersi infondata in relazione alla presenza di costi chiaramente definibili e classificabili.

Va respinta, infine, anche l'ultima censura, in quanto il richiamo al possesso dei requisiti dell'avvalimento non può considerarsi elemento limitativo delle facoltà di coloro che partecipano alla gara.

Per i suesposti motivi l'appello deve essere accolto.

Attesa la complessità delle questioni trattate, le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tar, respinge il ricorso di primo grado; compensa, tra le parti, le spese del giudizio.

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 23/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione