



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 233 del 2009, proposto da:
Enel Rete Gas S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Prof. Giuseppe Franco
Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv. Teresio Bosco in Torino, via Susa, 40;

contro

Comune di Verbania, rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Delzanno, con
domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Pittaluga in Torino, via Duchessa Jolanda,
7;

nei confronti di

Societa' Molteni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Fuda, Bruno
Sarzottti, Fabio Todarello, con domicilio eletto presso l'avv. Bruno Sarzottti in
Torino, corso Re Umberto, 27; Societa' Italiana Per il Gas P.A -Italgas,
rappresentata e difesa dall'avv. Prof. Luca Nanni, con domicilio eletto presso l'avv.
Giovanni Caramello in Torino, via L. Colli, 3;

Sul ricorso numero di registro generale 229 del 2009, proposto da:
Societa' Italiana Per il Gas P.A. - Italgas, rappresentata e difesa dall'avv. Prof. Luca Nanni, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Caramello in Torino, via L. Colli, 3;

contro

Comune di Verbania, rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Delzanno, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Pittaluga in Torino, via Duchessa Jolanda, 7;

nei confronti di

Molteni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Fuda, Bruno Sarzotti, Fabio Todarello, con domicilio eletto presso l'avv. Bruno Sarzotti in Torino, corso Re Umberto, 27;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 233 del 2009:

del verbale di gara del 21 luglio 2008, conosciuto dalla ricorrente in data 17.12.2008:

del verbale di gara del 26 agosto 2008 "prima seduta di commissione giudicatrice", conosciuto dalla in data 17.12.2008:

- del verbale di gara del 5 settembre 2008 "seduta di connucazione", conosciuto dalla ricorrente in data 17.12.2008:

del verbale di gara relativo alle "sedute della commissione giudicatrice (data incontri: 11 settembre 2008, 3 ottobre 2008, 4 ottobre 2008, 6 ottobre 2008, 8 ottobre 2008, 11 ottobre 2008, 13 ottobre 2008 e 18 ottobre 2008", conosciuto dalla ricorrente in data 17.12.2008;

- del verbale di gara del 5 novembre 2008, recante l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Molteni S.p.A, conosciuto dalla ricorrente in data 17.12.2008;
- dell'aggiudicazione provvisoria e dei connessi provvedimenti comunali;
- del verbale di gara del 28 novembre 2008, recante "valutazione di congruità offerta economica ditta Molteni S.p.A.", conosciuto dalla ricorrente in data 17.12.2008;
- di tutti gli eventuali ulteriori verbali di gara;
- della determinazione dirigenziale n. 1805 del 15.12.2008, recante in oggetto "Gara di appalto a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale ai sensi dell'art. 14 del DLS 164/00. aggiudicazione alla ditta Molteni S.p.A. di Roncadelle (BS)", conosciuta in data 16.12.2008, e dei connessi provvedimenti comunali, ivi compresa la proposta di determinazione dell'ufficio Appalti n. 230 del 15.12.2008;
- dell'aggiudicazione definitiva;
- della nota del Dirigente ufficio appalti prot. n. 51328 del 16.12.2008 recante "Gara d'appalto a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale ai sensi dell'art. 14 del DGL. 164/00. Comunicazione ai sensi dell'articolo 79 comma 5 del D.LGS. 163/2006;
- di tutti gli atti di nomina della Commissione giudicatrice della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nel comune di Verbania;
- della Determinazione del Responsabile del dipartimento affari generali - appalti del comune di Verbania n. 1093 del 19/08/2008, recante in oggetto "Gara di appalto a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 164/00. Nomina Commissione giudicatrice";

- in subordine, del disciplinare di gara del 26/05/2008, limitatamente alla parte in cui non esprime sub-criteri di valutazione necessari alla modulazione delle offerte dei concorrenti.

nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno ingiusto dalla stessa subito ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 33 e ss. d.lgs. 31.3.1998, n. 80, in primis in forma specifica, ed in subordine per equivalente e la conseguente condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in primis in forma specifica e solo in subordine per equivalente, con pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti, da quantificarsi in corso di causa, anche in via equitativa, unitamente ad interessi e a rivalutazione monetaria. Degli atti e documenti non noti si chiede l'acquisizione in via istruttoria, ai sensi degli art. 21, comma 6, L. 1034/1971 e 210 c.p.c., con espressa riserva di interporre motivi aggiunti..

quanto al ricorso n. 229 del 2009:

- 1) della Determinazione dirigenziale n. 1805 del 15 dicembre 2008, comunicata alla ricorrente a mezzo fax in data 16 dicembre 2008 con lettera prot. n. 0051328 in pari data - pure impugnata - avente ad oggetto l'aggiudicazione a Molteni S.p.A. della gara di appalto a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio del Comune di Verbania;
- 2) di tutti gli altri atti, anche allo stato non conosciuti, connessi o coordinati, presupposti o preordinati, successivi o consequenziali a quelli impugnati, fra i quali si indicano la Determinazione dirigenziale n. 613 del 26 maggio 2008 di indizione della gara, il relativo bando, il disciplinare di gara lo schema di contratto di servizio e i verbali di gara e la nota trasmessa dal Comune di Verbania all'Italgas a mezzo lettera raccomandata a.r. prot. n. 0001613 del 14 gennaio 2009; ovvero, in subordine, per l'annullamento dell'intera procedura di gara e in ogni caso per la dichiarazione di nullità, per l'annullamento e/o per la dichiarazione di inefficacia

3) del contratto concluso tra il Comune di Verbania e Molteni S.p.A. e, in via subordinata, per il risarcimento del danno arrecato alla ricorrente dalla illegittima procedura di gara, da quantificarsi alla stregua delle indicazioni giurisprudenziali, quanto meno nella misura del mancato utile pari al 10 per cento del valore della concessione, sulla intera durata. Degli atti e documenti non in possesso della ricorrente o a questa non noti si chiede l'acquisizione in via istruttoria, con espressa riserva di interporre motivi aggiunti..

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Verbania;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Societa' Molteni S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Societa' Italiana Per il Gas P.A -Italgas;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Verbania;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Molteni S.p.A.;

Esaminate le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le Camere di Consiglio del 8.10.2009 e del 3.12.2009;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 08/10/2009 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe notificato il 14 febbraio 2009 al Comune di Verbania, alla aggiudicataria Molteni S.p.A. (infra: Molteni) ed alla seconda classificata Società Italiana per il Gas p.a. - IT ALGAS (infra: Italgas), Enel Rete Gas S.p.A. (infra: Enel Rete Gas) ha impugnato i provvedimenti aventi ad oggetto la gara d'appalto bandita ai sensi degli artt. 14 e 15 del d. lgs. n. 164 del 23 maggio 2000, per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas metano nel

territorio del Comune di Verbania, per un importo di circa 22.000.000 di euro, che, a stare alle dichiarazioni dei patroni delle parti, ascendono a circa 60.000.000 nei dodici anni di gestione, per l'incidenza dell'indotto in termini di investimenti ed altri accessori.

La ricorrente Enel Rete Gas, che nella graduatoria è risultata al terzo posto con punti 83,771 dietro Molteni con punti 85,344 e Italgas con punti 83,870, ha rubricato con un primo motivo di ricorso, "violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 84 del d. 19s. n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 6, del d. 19s. n. 165/2001; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Violazione del Disciplinare di gara, con particolare riferimento all'art. 13. Violazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa e di parità di trattamento, nonché del principio di pubblicità delle sedute di gara. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifeste, difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto nonché per disparità di trattamento".

2. Ha articolato con il rubricato detto mezzo distinte censure che possono così essere riassunte:

1) due dei tre componenti della Commissione giudicatrice, entrambi esterni all'Amministrazione che aveva bandito la gara, risulterebbero privi delle necessarie competenze tecniche, essendo uno Direttore dell' Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale Verbano Cusio Ossola e Pianura Novarese e l'altro il Direttore Generale Acque Nord S.r.l., operante nel settore del servizio idrico integrato. Non sarebbe pertanto ad essi attribuibile la qualifica di "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" richiesta dall'art. 84, comma 2 del d.lgs. n. 163 del 2006. I due componenti di cui si è detto opererebbero infatti nell'ambito del servizio idrico integrato.

2) la Commissione di gara avrebbe violato il disposto dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, avendo "elaborato criteri di valutazione delle offerte tecnico - gestionali ulteriori rispetto a quelli già previsti nel bando di gara";

3) la Commissione di gara avrebbe altresì violato l'obbligo di pubblicità delle operazioni di apertura e di verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte tecnico-gestionali, avendo svolto le suddette operazioni non in seduta pubblica. La circostanza si desume, secondo la ricorrente, dal verbale di gara, ove è scritto che "la Commissione giudicatrice in data 11 settembre 2008 riprende i lavori finalizzati alla valutazione tecnica della documentazione contenuta nel plico B) delle offerte presentate dalle ditte partecipanti", senza che si dia atto della presenza dei rappresentanti delle imprese partecipanti alla gara.

Enel Rete Gas svolge inoltre un secondo motivo di gravame, rubricando "violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del Disciplinare di gara, limitatamente agli artt. 11 e 12. Violazione dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa e di parità di trattamento. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifesta, difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, nonché per disparità di trattamento", lamentando che la Commissione di gara avrebbe errato nella attribuzione dei punteggi alle concorrenti che l'hanno preceduta nella graduatoria finale, vale a dire Molteni e Italgas.

Il motivo si compone nelle seguenti censure:

1) erroneamente, secondo Enel Rete Gas, la Commissione di gara avrebbe valutato le offerte concernenti gli "interventi di risparmio energetico" di cui al punto 4 del paragrafo "offerta tecnica gestionale" dell'art. 12 ("criteri di aggiudicazione") del Disciplinare di

gara. Secondo la deducente, infatti, la Commissione di gara avrebbe valutato acriticamente le offerte delle imprese che l'hanno preceduta, là dove avrebbe

dovuto attribuire ad esse punteggi minori, tali da consentire alla stessa Enel Rete Gas di superarle nella graduatoria finale;

2) Enel Rete Gas censura inoltre il giudizio formulato dalla Commissione di gara con riguardo al "valore delle opere offerte" di cui al punto 2 del paragrafo "offerta economica" dell'art. 12 del Disciplinare di gara. La censura colpisce la valorizzazione dei nuovi allacciamenti e dei nuovi misuratori proposti da Molteni, sebbene il Comune avesse precisato che gli interventi valutabili ai fini della determinazione del valore complessivo delle opere offerte non avrebbe dovuto ricomprendere la posa in opera di nuove derivazioni di utenza.

3.1. Le parti hanno tutte depositato numerose memorie difensive, in particolare producendo l'Italgas, memoria difensiva con contestuale ricorso incidentale l'1 aprile e memoria il 10 luglio; l'Enel memorie il 2 aprile, il 10 luglio e il 2 ottobre 2009; la Molteni, memoria e contestuale ricorso incidentale l'11 marzo e memoria il 5 maggio e il 10 luglio 2009; il Comune di Verbania atto di costituzione l'11 marzo 2009.

L'aggiudicataria Molteni S.p.A ha anche proposto, come indicato, un ricorso incidentale con memoria, ritualmente notificata, depositata l'11. 3.2009, con il quale lamenta l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'ENEL, reclamando che la sua offerta doveva essere esclusa perché esponeva investimenti per un importo superiore al tetto massimo di € 2.000.000 consentito dal disciplinare di gara, nonché per una discrasia tra il piano degli investimenti prefigurato nel piano economico finanziario e quello esposto invece nel piano industriale tecnico, che a norma della legge di gara e dei successivi chiarimenti diramati dal Comune sul punto, dovevano essere necessariamente "allineati".

3.2. Pervenuto l'affare alla pubblica Udienza del 16.7.2009 la Sezione, udita la analitica discussione dei patroni delle parti, disponeva incombente istruttorio con ordinanza. Finalizzato all'acquisizione dell'offerta economia e di quella tecnica

complessive, comprensive anche dei piani economico finanziario e industriale tecnico, prodotta in gara dall'Enel. L'istruttoria veniva ottemperata il 25.9.2009 nei termini fissati con la relativa ordinanza collegiale.

Alla pubblica Udienza dell'8.10.2009, udite le brevi conclusioni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano, il complessivo e corposo materiale di causa veniva introitato per la definitiva decisione di merito.

DIRITTO

1.1. Deve preliminarmente il Collegio darsi carico di scrutinare il ricorso incidentale, interposto dalla Molteni s.p.a aggiudicataria con la memoria, ritualmente notificata, depositata l'11. 3.2009.

Siamo al cospetto di un ricorso incidentale di tipo paralizzante, con il quale la controinteressata aggredisce direttamente lo stesso profilo afferente alla legittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta della ricorrente, onde provocarne la declaratoria di illegittimità della sua partecipazione.

1.2. La Sezione ha già a più riprese acquisito il principio di diritto secondo il quale qualora in una gara d'appalto alla quale prendano parte e siano ammesse più di due imprese, la controinteressata interponga un ricorso incidentale inteso a conseguire la declaratoria di illegittimità della partecipazione e presupposta ammissione alla gara dell'impresa che riveste la posizione processuale di ricorrente principale, il gravame incidentale deve necessariamente essere scrutinato con priorità rispetto al ricorso principale, in quanto ove ne sia delibata la fondatezza, il ricorso principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione a ricorrere della ricorrente principale, a motivo dell'annullamento ex tunc della sua ammissione alla gara, il quale importa la privazione ab origine, in capo a quest'ultima del titolo processuale a dolersi dell'aggiudicazione della gara alla controinteressata (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 16.1.2009, n. 83; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 10.11.2008, n. 2858), laddove nel caso in cui alla gara partecipino due sole imprese nessuna priorità può predicarsi a

vantaggio del gravame incidentale, poiché l'ordinamento costituzionale non ritaglia a favore del ricorrente incidentale alcuna iperprotezione, sorgendo quindi per il Giudicante l'esigenza di giustizia di esaminare, comunque, anche il ricorso principale, ancorché si prospetti fondato il mezzo incidentale e dovendo in tali evenienze procedersi all'annullamento giurisdizionale dell'intera procedura concorsuale (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11.2.2009, n. 401). Questi principi la Sezione non può non ribadire, procedendo, dunque, al previo scrutinio del mezzo incidentale spiegato dall'aggiudicataria Molteni.

1.3. Venendo al merito del gravame incidentale, va detto che lamenta la controinteressata che la legge di gara vietava ai concorrenti di proporre investimenti per opere superiori a € 2.000.000. Enel ha proposto tali investimenti per un ammontare inferiore di 1 euro a siffatto tetto, ma ha inoltre previsto nei suoi piani allegati all'offerta tecnica, "investimenti per l'acquisizione di nuovi clienti finali" per un ammontare di € 1.06.571 euro nei 12 anni di durata dell'affidamento posto in gara. Ergo, avrebbe superato la soglia di 2 milioni stabilita a pena di esclusione, oltre che dal disciplinare, da un chiarimento diramato dalla s.a. (doc. 9 produzione controinteressata).

Altro profilo di censura incidentale invoca le prescrizioni della pag. 13 del disciplinare che imponeva la piena conformità dei contenuti del piano economico finanziario a quelli del piano industriale tecnico sub B, componente dell'offerta tecnica. Enel ha omesso di inserire i predetti investimenti per allacciamenti nel piano industriale tecnico, salvo indicarli come "investimenti per l'acquisizione di nuovi clienti finali", come detto, nel solo piano economico finanziario, componente dell'offerta economica. Risulterebbe quindi violata anche l'illustrata prescrizione di gara.

1.4.1. Ambedue le censure si profilano nitidamente infondate, sol che si conduca una attenta e sinottica lettura ed analisi delle dedicate disposizioni del disciplinare di gara.

Orbene, va, anzitutto, disattesa la prima doglianza, secondo la quale il limite dei 2 milioni abbraccerebbe tutti gli investimenti che il concorrente in generale riteneva di poter offrire.

Siffatta linea interpretativa urta frontalmente con la tassativa e chiara prescrizione del disciplinare, il quale a pag. 13, paragrafo “offerta economica”, indica le voci della stessa che vengono valorizzate, ossia prese in considerazione ai fini del punteggio.

Invero, tra queste figura, nel quadro del complessivo punteggio di 60 punti attribuibili per la componente economica dell’offerta (mentre 40 sono riservati alla componente tecnica), la voce 2, “valore delle opere offerte”, premiabile con 10 punti, attribuibile con la formula “Piesimo= 10 (Vo/Vm), dove Piesimo è il punteggio da assegnare. Ebbene, il dividendo Vo è descritto come “il valore delle opere oggetto di valutazione”, che tra breve verranno individuate.

Segue poi la disposizione invocata dalla Molteni come recante il limite dei 2 milioni. Detta norma di gara precisa: “Non saranno considerati valori delle opere superiori a 2.000 di euro”.

E’, peraltro, evidente e consequenziale alla precedente didascalia del dividendo Vo appena riportata, che la predetta prescrizione che impone la soglia invalicabile dei 2 milioni, è riferita unicamente al “valore delle opere oggetto di valutazione”, poiché questo è il significato del Vo.

1.4.2. Osserva, quindi, il Collegio che la sede della lex specialis idonea a far luce su quali siano queste opere oggetto di valutazione è indubbiamente la parte che dettaglia l’attribuzione del punteggio tecnico, ossia il paragrafo “offerta tecnica e gestionale” (pagg. 16 e ss.). Invero il punteggio per la componente tecnica

dell'offerta, massimo 40 punti, è scomposto nei quattro fattori criteriali di cui si tratterà nella disamina del primo motivo del ricorso principale e tra questi campeggia, per evidenti ragioni di importanza, il criterio 1, dedicato al “piano industriale; estendimenti, potenziamenti, ammodernamenti, manutenzioni” piano consente di conseguire al massimo 14 punti.

Al riguardo, l'illustrazione motiva, contenente anche dei sub criteri, relativa all'attribuzione dei predetti 14 punti per il piano industriale, precisa che “i punteggi del punto 1 saranno assegnati” sulla base di una serie di sub criteri e in applicazione di una formula matematica, identica nella sua prima parte per gli allacciamenti e per i contatori, che è la seguente: “Piesimo= (Qoff/Qmax” (etc.).

Sul punto, il disciplinare precisa subito che Qoff è “il numero degli allacciamenti modificati offerto” e, per i contatori, “il numero dei contatori sostituiti offerto”, mentre Qmax è il numero di detti oggetti massimo offerto.

Ne risulta evidente, dunque, che la componente tecnica afferente alle opere oggetto di valutazione nell'ambito della parte tecnica dell'offerta è circoscritta agli allacciamenti e ai contatori modificati, che funge da dividendo che viene diviso per il numero massimo di allacciamenti modificati e di contatori sostituiti offerto.

1.4.3. Costituiscono oggetto di valutazione e generano punteggio, pertanto, unicamente gli interventi di modifica (allacciamenti) o di sostituzione (contatori) dell'esistente.

Ne consegue ulteriormente, quindi, che il limite di 2 milioni di euro indicato a pag. 13 e riferito, come poc'anzi precisato, alle sole opere oggetto di valutazione, astringe i soli interventi di modifica o di sostituzione, rispettivamente degli allacciamenti e dei contatori offerti dal concorrente, posto che, stando alla declaratoria della formula riportata e impiegata per l'assegnazione del punteggio alla componente tecnica dell'offerta e in particolare al piano industriale, è oggetto di valutazione solo “il numero di allacciamenti modificati offerto” e il “numero di

contatori sostituiti offerto” (fattori entrambi individuati come dividendo Qoff a pag. 17 del disciplinare).

L’interpretazione così ricostruita, che discende pianamente dalla lettura sinottica delle disposizioni, delle formule e delle relative didascalie contenute alle pagg. 14 e 17 del disciplinare, è inoltre confermata dalla stessa Amministrazione, che, con il chiarimento del 14.7.2008 (doc. 17 produz. ricorr.), precisa che “gli interventi di cui sopra si intendono riferiti agli allacciamenti già esistenti”.

Ragion per cui unicamente dette opere oggetto di valutazione, ai sensi dell’art. 12, punto 1 del disciplinare (pag. 14) come più sopra illustrato, dovevano essere offerte dal concorrente entro il limite di importo i 2 milioni.

Correttamente, dunque, Enel le ha indicate e contenute nel limite di € 1.999.999 nell’offerta economica, acquisita in copia autentica dalla Sezione con l’Ordinanza istruttoria del luglio 2009 e prodotta il 25.9.2009.

Concludendo, dunque, le suindicate opere valutabili ai fini dell’attribuzione del punteggio per il criterio 1 Piano industriale e, correlativamente, quindi, ai fini dell’attribuzione del punteggio complessivo e circoscritte, come spiegato, agli interventi su allacciamenti e misuratori esistenti (dei quali il concorrente l’Enel propone la modifica o sostituzione), sono stati valorizzati nell’offerta economica e contenuti nel prescritto tetto di € 2 milioni.

1.5. 1. Viceversa, il piano economico finanziario da inserire nel plico C, a norma dell’art. 11, pag. 13 del disciplinare, in coerenza del resto con la ratio e la natura di tale documento di carattere economico - necessario a comprovare la redditività della gestione - doveva rappresentare tutti gli investimenti che il singolo concorrente ipotizzava e proponeva e che quindi doveva sostenere durante il periodo di gestione del servizio. Involgeva, quindi, oltre agli investimenti di cui si è sopra discettato, idonei a conseguire punteggio, anche gli altri investimenti, dipendenti dall’aumento della clientela finale, abbracciando pertanto non solo le

modifiche degli allacciamenti e le sostituzioni di contatori esistenti, ma anche la realizzazione di nuovi allacciamenti e la posa di nuovi misuratori corrispondentemente all'acquisizione di nuovi clienti (nuove abitazioni o attività produttive e commerciali che chiedano la somministrazione del servizio di gas metano, etc.).

A tal riguardo, condivisibilmente la ricorrente chiarisce che se non avesse inserito nel piano economico finanziario tali nuovi ipotizzati investimenti avrebbe “certamente falsato le valutazioni in esso contenute”(memoria ENEL del 2.4.09, pag. 3).

1.5.2. Ma siffatti nuovi investimenti, che correttamente non sono stati considerati dalla ricorrente da computare nell'importo massimo di 2 milioni indicato nell'offerta economica e riferito come spiegato ai soli interventi sull'esistente e come tali gli unici suscettibili di valutazione e punteggio, compaiono solo nel piano economico finanziario, non sono idonei a generare punteggio e pertanto non sono stati inseriti nell'offerta tecnica sub specie di piano industriale, il quale era circoscritto alle sole opere oggetto di valutazione ai fini del punteggio.

Ne consegue che detti nuovi investimenti non vanno tenuti in considerazione ai fini del giudizio sul superamento o meno del tetto dei 2 milioni, limitato, ripetesì, ai soli interventi idonei a far conseguire punteggio ossia a quelli di modifica dell'esistente. Ragion per cui è infondato il profilo di censura del ricorso incidentale che lamenta il superamento del ridetto limite di importo di 2 milioni di euro, che scaturirebbe dal dato che Enel oltre agli investimenti in tale limite contenuti ed esposti nell'offerta economica, ha proposto anche “investimenti per l'acquisizione di nuovi clienti finali” per € 1.096.571.

1.6.1. Per altro verso, non si ravvisa alcuna dicotomia tra le indicazioni e gli importi di opere e, quindi tra i contenuti, del piano industriale tecnico e quelli del piano economico finanziario, posto che quest'ultimo riporta solo la previsione dei

nuovi investimenti che l'Enel ha previsto di dover sostenere durante il servizio ma che non sono suscettibili di essere valutati ai fini del punteggio. Viceversa, nel piano industriale tecnico Enel ha esposto solamente le opere oggetto di valutazione e cioè rilevanti ai fini del conseguimento del punteggio per il subcriterio "1.piano industriale."

Ha prestato, dunque, osservanza alle disposizioni esplicitate dal Comune con il chiarimento in data 1.7.2008 (doc. 9 produzione controinteressata del 11.3.09) secondo il quale "le opere che sono state valorizzate solamente nell'offerta economica devono essere perfettamente allineate con le opere inserite nel piano industriale inserito nell'offerta tecnica", disposizione che invece la Molteni ritiene violata.

Nessuna infrazione di siffatta prescrizione è invece dato ravvisare al Collegio, al lume di tutte le considerazioni, comparazioni di disposizioni e dettagli tecnici finora svolte, se si tiene conto che l'allineamento che il Comune richiedeva con il riportato chiarimento è stato effettuato dall'Enel e nella misura in cui ha indicato nell'offerta economica le sole opere inserite nel piano industriale tecnico componente dell'offerta tecnica, ossia le sole opere valutabili e produttive di punteggio (interventi sull'esistente) perché atti a conseguire innovazioni e miglioramenti dell'efficienza della rete distributiva, al di là dei semplici nuovi allacciamenti.

L'allineamento precisato dal Comune è, infatti, insito nella delineata corrispondenza che è dato apprezzare tra opere suscettive di punteggio e come tali indicate nell'offerta economica e correttamente contenute nel limite di 2 milioni, e opere illustrate nel piano industriale tecnico come opere oggetto di valutazione e concretanti solo interventi di modifica o sostituzione dell'esistente.

Conclusivamente, rimarca il Collegio di non ravvisare né l'infrazione del limite dei 2 milioni di euro, né la violazione del preteso "allineamento" tra il piano

economico finanziario e il piano industriale tecnico, posto che il divisato allineamento concerne solo la parte delle opere suscettibili di valutazione e come tale indicate nell'offerta economica e infine corrispondenti – e perciò allineate – a quelle indicate nel piano industriale tecnico allegato all'offerta tecnica come opere idonee a generare punteggio (interventi di modifica e sostituzione dell'esistente).

1.6.2. Non fa traslare i termini giuridici della illustrata questione l'ulteriore argomento speso dalla difesa della controinteressata nel corso della discussione dell'Udienza del 16.7.2009, ossia l'assunto che, comunque, gli investimenti per nuovi allacciamenti, ancorché non valutabili ai fini del punteggio, sarebbero stati rimborsati dal Comune nel corso della gestione siccome rientranti nel complessivo investimento da ammortizzare al termine della concessione.

Trattasi all'evidenza di considerazione di natura metagiuridica che non può rilevare sul piano del giudizio in punto all'avvenuta o meno violazione della *lex specialis*, giudizio per il quale rileva unicamente valutare se l'omesso inserimento, da parte dell'Enel, di detti nuovi investimenti anche nell'offerta tecnica violi o meno la *lex specialis*. Giudizio il cui esito negativo si è più sopra profusamente argomentato.

Per tutte le suesposte considerazioni, dunque, il ricorso incidentale si profila infondato e va pertanto respinto.

1.1. Approdando alla disamina del ricorso principale va detto che ritiene la Sezione di procedere allo scrutinio del secondo ordine di censure, che compongono sempre il primo motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente si duole dell'asserito illegittimo operato della commissione di gara, la quale avrebbe elaborato, ai fini dell'attribuzione del punteggio per il merito tecnico delle offerte, criteri di valutazione ulteriori rispetto a quelli già previsti nel bando di gara, in violazione dell'art. 83 del Codice dei contratti, il quale fa obbligo alle stazioni appaltanti di indicare ed elencare i criteri di valutazione e di precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, nonché di prevedere, ove

necessario, i sub – criteri e i sub – pesi o i sub punteggi che siano ritenuti eventualmente necessari alla formulazione della valutazione dell'aspetto tecnico delle offerte e dell'espressione del punteggio.

La censura riveste perotata sssorbente, consentendo al Collegio di non procedere alla disamina del primo motivo, appuntato sulla illegittima composizione della Commissione .

Prima di trattare dell'inquadramento e della soluzione giuridica della questione, peraltro già nota e meditatamente affrontata dalla Sezione, ritiene doveroso il Collegio procedere ad appurare la fondatezza o meno in fatto della censura elevata dalla ricorrente.

1.2. All'uopo procede il Collegio ad un approfondito e capillare esame delle prescrizioni del disciplinare di gara che recano già una articolata definizione di parametri di valutazione del merito tecnico, esposti in macrocategorie cui corrispondono macropunteggi e in sottocategorie cui sono correlati sottopunteggi. Va precisato, quindi, che il disciplinare di gara, molto ben allestito, contiene già sia i criteri principali di valutazione e i rispettivi punteggi base, sia dei sub criteri con corrispondenti sub .- punteggi o sub-pesi che sostanziano una scomposizione dei criteri e punteggi principali.

La lex specialis ha, dunque, optato per l'utilizzazione della facoltà concessa, ove necessario, dall'art. 83, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006, di definire già dei sub criteri e sub- pesi, che evidentemente sono stati ritenuti necessari, stante probabilmente la delicatezza dei giudizi da esprimere.

Orbene, dall'attenta lettura del disciplinare (doc. 2 produzione ricorrente) risulta che a pag 16, il paragrafo "offerta tecnica e gestionale" sancisca l'attribuibilità per la medesima di un massimo di 40 punti e individua nell'ambito di tale tetto di punteggio, quattro macrocriteri con i rispettivi punteggi, così elencati: 1. piano industriale; estendimenti, potenziamenti, ammodernamenti, manutenzioni:punti

14; 2.organizzazione del servizio: livelli di qualità, sportello, ecc.: punti 10; 3. sicurezza e continuità: punti 10; 4. interventi di risparmio energetico: punti 6.

2.2.1. Principiando dalla riflessione intorno al criterio 3 “sicurezza e continuità”, che è quello maggiormente intaccato dall’opera - che già può definirsi creativa della Commissione di gara - osserva il Collegio che a fronte dei predetti 10 punti, a pag. 19 del disciplinare è contenuta una proposizione discorsiva che si atteggia sia a criterio di attribuzione del punteggio massimo assegnabile per il suindicato criterio principale, sia a sede di specificazione ed individuazione di particolari sub-criteri, mentre alle pagine successive vengono legittimamente, come anticipato, definiti dei sottocriteri di detto criterio principale.

La stessa metodica è seguita relativamente a ciascuno degli altri tre criteri principali elencati a pag. 16, paragrafo “offerta tecnica gestionale”.

Orbene, la proposizione “motivazionale” cui ci si riferiva poc’anzi, chiarisce che “i punteggi del punto 3 saranno assegnati in base ai miglioramenti offerti rispetto agli obblighi di servizio minimi previsti dall’Art. 11 della delibera n. 168 del 2004, relativamente alla percentuale annua di rete in media e bassa pressione sottoposta ad ispezione, al numero annuo di misure del grado di odorizzazione per migliaio di clienti finali, e rispetto al tempo di arrivo sul luogo di chiamata per pronto intervento”(Disciplinare, pagg. 19-20).

La *lex specialis*, addentrandosi nell’operazione di specificazione, contempla con riguardo al criterio in analisi (sicurezza degli impianti e continuità) dei legittimi sottocriteri con i relativi sub-punteggi del criterio principale e del corrispondente complessivo punteggio di 10 punti, prevedendo, ad es., 3 sottopunti per la “percentuale di rete in media pressione”, 3 per la “percentuale di rete in bassa pressione”, i quali vengono attribuiti con l’ausilio di una formula matematica via via variabile a seconda del singolo sottocriterio e sottopunteggio.

Per quanto qui di interesse è, inoltre, contemplata l'assegnazione di 2 sottopunti per il sub criterio, precisato nella riportata proposizione criteriiale-motivazionale di cui a pag. 19-20, del “numero annuo di misure del grado di odorizzazione per migliaio di clienti finali”. Siffatto parametro integra un subcriterio legittimamente definito dalla *lex specialis*.

2.2.2. Si arresta qui l'opera di affinamento e definizione svolta dal disciplinare relativamente al criterio 3 “sicurezza e continuità”, null'altro specificando ed anche consentendo di specificare da parte della Commissione di gara, posto che la disposizione di cui all'art. 83, comma 4 del Codice dei contratti è chiara ed imperativa nello stabilire che “il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub – criteri e i sub - pesi o sub – punteggi”.

Senonché, la Commissione di gara, relativamente al criterio in commento “sicurezza degli impianti”, ha elaborato una nuova regola di giudizio, assolutamente non prevista dalla *lex specialis*, coniandola e introducendola ex post alla lettera c) del Verbale del 26.8.2008 (doc. 4 ricorrente).

Giova ai fini dell'analisi, ricondurre l'attività concettuale ed elaborativa svolta sul punto dalla Commissione a tre ordini di dinamiche concettuali e di astrazioni categoriali, che verranno dipoi partitamente sviscerate punto per punto. In tal senso, può il Collegio affermare che l'organo tecnico di gara ha operato in tre direzioni dianoetiche:

1. coniando due nuovi e non previsti sub – criteri;
2. scomponendo i due punti previsti per il sub criterio definito nel disciplinare come afferente al “numero annuo di misure del grado di odorizzazione per migliaio di clienti finali”(pag. 20) in due sottopunteggi, ossia 0,8 p. per gli impianti di odorizzazione e 1,2 p. per i “telecontrolli/teleallarmi”. La scomposizione in discorso, effettuata alla lettera c) del citato verbale, va infatti intuitivamente riferita al sub criterio appena riportato, relativo al numero annuo di misure del grado di

odorizzazione per migliaio di clienti finali, posto che essa non appare certo riferibile al differente sub criterio, pure definito a pag. 20 del disciplinare, della percentuale di rete in media e bassa pressione. Conviene inoltre anche anticipare che entrambi questi ultimi sottopunteggi sostanziano contestualmente anche ulteriori due sottocriteri, assolutamente non previsti dal disciplinare, di un sottocriterio invece ivi legittimante definito;

3. discriminando all'interno del criterio principale "sicurezza degli impianti", per aver precisato che il relativo punteggio sarebbe stato assegnato "valorizzando gli interventi di potenziamento e innovazione tecnologica rispetto a quelli di mantenimento".

2.3.1. Procede ora il Collegio ad illustrare partitamente ciascuno dei suindicati tre ordini di metodiche osservate dalla Commissione nell'opera di creazione di nuovi sub criteri, seguendo l'enumerazione sopra fissata.

1. NUOVI SUB- CRITERI E CRITERI. Come dianzi già posto in luce, il disciplinare della gara all'esame, nell'ambito del criterio secondario, cui può essere apparentato un intervento afferente all'odorizzazione, si limita a contemplare il "numero annuo di misure del grado di odorizzazione per migliaio di clienti finali" (pag. 19-20), ma non prevede affatto la voce criteriale "impianti di odorizzazione". E ciò non solo nell'ambito del suindicato criterio secondario o subcriterio, ma, in generale, nel quadro di tutti gli altri criteri secondari definiti nel quadro del criterio principale "sicurezza impianti".

Per contro, la Commissione ha dichiaratamente affermato alla lettera C) del verbale in scrutinio, di assegnare il punteggio "in base ai seguenti criteri": "impianti di odorizzazione", concetto ed entità che all'evidenza differiscono in toto dalle mere "misure del grado di odorizzazione per migliaio di clienti finali" unicamente individuate nel disciplinare quale subcriterio.

Ne consegue che l'organo valutativo ha illegittimamente introdotto ex post in sede di gara un nuovo subcriterio assolutamente inesistente nella legge di gara, in aperta violazione di tutti i principi comunitari, promananti già dalla sentenza della Corte di Giustizia 24.11.2005 e poi recepiti all'art. 83, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006.

2.3.2. Con assoluta e maggiore evidenza, inoltre, l'opera creativa della Commissione risalta se si considera l'altro subcriterio da essa coniato e giustapposto, sempre nella lettera C) relativa al criterio "sicurezza impianti", a quello degli impianti di odorizzazione, là dove è stato ad esso affiancato anche un ulteriore parametro, ossia i "telecontrolli/teleallarmi".

Ebbene, di siffatti dispositivi, rectius della loro rilevanza ai fini del punteggio per il merito tecnico, non è assolutamente traccia nelle pagg. 19-21 del disciplinare, dedicate alla più precisa specificazione del criterio generale sulla sicurezza degli impianti gas.

E' dunque il Collegio al cospetto di nuovi criteri, affatto inesistenti nella lex specialis e dunque coniatati in corso d'opera dall'organo di gara, che non aveva alcuna competenza in merito.

2.3.3. Al riguardo, non è senza pregio la notazione svolta dall'Enel (memoria del 2.10.2009) la quale evidenzia che nessun concorrente ha formulato proposte tecniche circa gli impianti di odorizzazione, tranne la controinteressata e l'impresa Italcogim, le quali peraltro hanno conseguito solo punti 0,05 cadauno.

Appare conseguentemente fondata la doglianza sul punto elevata dalla ricorrente e, cioè, che se essa avesse avuto a priori contezza dell'esistenza dei due illustrati sotto criteri elaborati dalla Commissione nonché de loro rilievo ponderale in termini di punteggio, avrebbe formulato la sua offerta proponendo, appunto, la realizzazione per il Comune di impianti di odorizzazione e di telecontrolli e teleallarmi, potendo così conseguire un punteggio più alto di quello ottenuto nel complesso.

Siffatta notazione il Collegio approfondirà scrutinando l'eccezione di carenza di interesse alla censura in esame, svolta dalla controinteressata.

3.4. Ma la delineata osservazione pone in risalto il succo della ratio sottesa alla norma di cui all'art. 83, comma 4 del Codice e tramandata dalla giurisprudenza comunitaria: le imprese partecipanti alla gara devono essere messe ex ante al corrente di quelli che sono i criteri e sub criteri di attribuzione del punteggio, proprio al fine di poter articolare la loro offerta proponendo aspetti o particolari della stessa atti a permettere di conseguire specifici sub - punteggi in relazione ai singoli sub criteri e sub punteggi definiti dalla legge di gara. Difettando, com'è avvenuto nella specie, siffatta conoscenza iniziale, ne risulta vulnerato l'affidamento dei partecipanti e la stessa par condicio competitorum.

2) SCOMPOSIZIONE DEI PUNTEGGI E CREAZIONE DI SUB – POUNTEGGI E SUB – PESI.

Come ricordato, il disciplinare consentiva l'attribuzione di 10 punti per il criterio principale della sicurezza degli impianti, poi scomponendolo in sottopunteggi (tempo di arrivo per pronto intervento:3; percentuale di rete in bassa pressione, 2 e media pressione 3; misure del grado di odorizzazione, 2).

La Commissione, invece, ha ulteriormente scomposto il sotto punteggio inerente le predette “misure del grado di odorizzazione” - pur dopo avere peraltro già illegittimamente tramutato tale subcriterio in quello degli impianti di odorizzazione e telecontrolli/teleallarmi - in rispettivi ulteriori sub – punteggi, ossia 0,8 per gli impianti di odorizzazione e 1,2 per i telecontrolli/teleallarmi.

Ebbene, siffatta ulteriore scomposizione del sub – punteggio di 2 punti per i subcriterio “misure del grado di odorizzazione” assomma alla già individuata illegittimità insita nell'aver tramutato tale subcriterio in quello “impianti di odorizzazione” e “telecontrolli/teleallarmi”, l'ulteriore illegittimità consistente

nello scomporre il predetto sub punteggio di due in 0,8 per i primi e 1,2 per i secondi neointrodotti sub criteri.

3.1. Orbene, rimarca al riguardo la Sezione che l'art. 83, comma 4 del Codice dei contratti non interdice alla Commissione solo la creazione di sub criteri, ma anche la stessa formazione di meri sub – pesi e sub – punteggi, la quale, come del resto la Sezione ha già osservato (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9.9.2008, n.1887) configura un'autonoma illegittimità, da sola sufficiente a far ritenere violato l'art. 83, anche qualora si dovesse ritenere che la commissione non abbia creato sub criteri, per essere, in ipotesi, le relative precisazioni, già rinvenibili nelle declaratorie dei criteri definite dalla legge di gara.

Precisa, quindi sul punto il Collegio, riprendendo quelle notazioni, che a colorare di illegittimità l'operato di una commissione di gara, è sufficiente che essa allestisca sotto-punteggi o sotto-pesi di un determinato punteggio o sottopunteggio già delineato in sede di *lex specialis*, ancorché l'operato dell'organo di gara non trasmodi nella creazione di sub-criteri, ossia di nuove proposizioni o definizioni concettuali che si pongano su un piano di differenziazione rispetto alle proposizioni presenti nel disciplinare ed individuanti i criteri o i sottocriteri.

3.DISCRIMINAZIONE TRA GLI STESSI SUBCRITERI CONIATI EX POST.

L'opera creativa del seggio di gara non si è arrestata, peraltro, ai profili tutti finora delineati ma ha anche introdotto un ulteriore aspetto di innovatività, là dove ha generato anche una discriminazione, quanto all'attitudine a procurare punteggio, tra gli stessi nuovi sub criteri elaborati ex post. Depone in tal senso l'incipit della lettera c) del verbale del 26.8.2008 in analisi, secondo il quale “il punteggio è assegnato valorizzando gli interventi di potenziamento e innovazione tecnologica rispetto a quelli di mantenimento”. Tale precisazione si atteggia ad indicazione generale valevole per ambedue i neointrodotti criteri.

3.2. Orbene, rimarca il Collegio che la riportata prescrizione criteriiale non è contemplata nel disciplinare di gara e si risolve essa stessa in un ulteriore nuovo subcriterio, in forza del quale consegue che nell'ambito degli stessi nuovi sub criteri indicati negli "impianti di odorizzazione" e "telecontrolli/teleallarmi" l'organo valutatore attribuisce maggior peso e rilievo ponderale ai fini dell'assegnazione dei punteggi, agli interventi di innovazione tecnologica e di potenziamento rispetto a quelli di manutenzione.

Risulta all'evidenza dunque nuovamente vulnerato l'affidamento dei concorrenti, i quali se avessero saputo ex ante della preferenza della commissione per gli impianti aggiuntivi e di innovazione, avrebbero potuto formulare la loro offerta privilegiando gli stessi rispetto a quelli di mantenimento.

4.1. Le illustrate illegittimità concernenti la lettera c) del verbale in scrutinio e il criterio "sicurezza degli impianti", basterebbero già a formulare una diagnosi di illegittimità dell'operato della Commissione di gara e ad accogliere dunque anche la seconda parte del motivo in esame, integrante una specifica censura.

Ritiene tuttavia utile il Collegio a corroborare il suo convincimento, procedere alla disamina anche della lettera f) del citato verbale, che svela un'illegittimità ancor più macroscopica.

Ebbene, per gli "interventi di risparmio energetico", criterio principale, il disciplinare consentiva l'attribuzione massima di 6 punti, poi prevedendo a fronte dei tale criterio, un ulteriore sub criterio a pag 21, indicandolo nella "qualità progettuale" di detti interventi intesi al risparmio energetico, subcriterio a fronte del quale il punteggio principale di 6 veniva scomposto, legittimamente, in un sub – punteggio di 3 punti, mentre gli altri 3 residuavano per l'altro sub criterio della quantità degli impianti predetti.

Al riguardo, il disciplinare, quanto al subcriterio "qualità progettuale" conteneva espressioni descrittive assai generiche, prevedendo che il relativo sub punteggio di

3 venisse assegnato “secondo la qualità progettuale delle opere proposte desunta dal progetto preliminare”, precisazione quanto mai tautologica.

Orbene, la commissione, a fronte della rilevata indeterminatezza della definizione del sottocriterio in questione, ha elaborato ben 4 nuovi sub criteri, spalmando e ripartendo tra di essi il sub punteggio di 3 punti.

In particolare, rileva in proposito il Collegio, che la lettera f) del verbale del 26.8.2008 sancisce, anche qui con espressa ammissione, che “il punteggio è assegnato in accordo ai seguenti criteri:

Efficacia degli interventi previsti a favore degli edifici pubblici comunali (...) punti max 1;

Congruenza dei tempi di realizzazione degli interventi proposti con il calcolo del TEP risparmiati nell’arco dei 12 anni di affidamento (sic!) – punti max 1;

Completezza delle soluzioni proposte – punti max 0,5

Certezza dell’efficacia delle soluzioni proposte – punti max 0,5”.

Non necessitano defatiganti sforzi esegetici per cogliere l’evidente innovatività della riportata regola di gara, coniata in corso d’opera dalla Commissione. Basti ribadire che alla pag. 21 del disciplinare, dedicata alla definizione dei due sub criteri del punteggio 4, ossia del criterio principale “interventi di risparmio energetico” di cui a pag. 16, figura solo la menzione del subcriterio “qualitativa” descritto nei tautologici termini appena riportati e che, tra l’altro, occupano solo una linea e mezza della pagina.

Ebbene, a fronte di siffatta scarna e tautologica precisazione della legge di gara la Commissione ha creato una regola del tutto nuova, coniando i ben 4 nuovi sub criteri più sopra riportati.

Oltretutto, il seggio di gara ha poi anche scomposto il sub punteggio di 3, legittimamente contemplato a pag. 21 del disciplinare, in quattro sub – pesi e sub – punteggi, in tal autonomamente infrangendo la cogente disposizione di cui all’art.

83, comma 4 del Codice dei contratti, che, come più sopra evidenziato, riserva alla legge di gara, interdicendola alla commissione, la creazione non solo di sub criteri ma anche di sub – pesi e sub punteggi.

4.2. Emerge, pertanto, dall'analisi della lettera f) del verbale del 26.8.2009 un'ulteriore lampante violazione della predetta tassativa e imperativa norma del d.lgs. n. 163/2006.

Per concludere sul punto, merita anche di essere denotato che è la stessa Commissione di gara a fornire la controprova della delineata creatività e innovatività del suo intervento.

Viene infatti ribadita più volte dalla Commissione l'affermazione, integrante una espressa ammissione del censurato modus agendi e riportata nel verbale successivo riferito alle sedute dell'11 settembre e successive (doc. 6 ricorrente), ove in più punti e, segnatamente, in apertura dell'illustrazione conclusiva dell'attività di valutazione relativamente ad ogni subcriterio, si legge la seguente affermazione: “principi e criteri di attribuzione dei punteggi individuati nella seduta del 26 agosto 2008, sono applicati come di seguito riportato” (verbale cit., pagg. 2,3,4,5).

Da tutto quanto finora illustrato e argomentato emerge con tratti di scura evidenza la violazione dell'art. 83 comma 4 del d.lgs. n. 163/2006.

5.1. Tutto ciò precisato sul piano dell'analisi documentale, sul piano giuridico, come accennato, la Sezione ha già meditatamente raggiunto la conclusione che non può non ribadire con la presente decisione, secondo cui la definizione, da parte della Commissione di gara, di sottocriteri di valutazione delle offerte, l'introduzione di sub pesi e sub punteggi, prima ammessa dalla giurisprudenza a limitative condizioni, è oggi vietata dal disposto dell'art. 83, comma 4 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163. Tale norma stabilisce infatti che “Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi.(...)(T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9.9.2008, n. 1887).

La novella del Codice dei contratti ha una nota scaturigine comunitaria, affondando le radici negli approdi cui pervenne la Corte di Giustizia a seguito di pregiudiziale interpretativa sollevata dal Consiglio di Stato, il quale pure aveva fatto registrare voci oscillanti nella giurisprudenza delle Sezioni consultive, in ordine alla possibilità che la commissione specificasse i criteri di valutazione definiti nel bando. La Corte del Lussemburgo, enunciò quindi il principio secondo cui il diritto comunitario consentirebbe alla Commissione la mera precisazione di pesi relativi di ciascun criterio prestabilito nel bando, legittimandola quindi a individuare meri sub – pesi, con esclusione della possibilità di allestire nuovi sub criteri. La stessa facoltà di individuazione di detti sub pesi veniva, peraltro, astretta a precise condizioni: “il diritto comunitario non osta a che una Commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall’Amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d’oneri o del bando di gara, purché una tale decisione non modifichi i criteri di aggiudicazione dell’appalto definiti nel capitolato d’oneri o nel bando di gara, non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione e non sia stata adottata tenendo conto di elementi che³ possano avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti”. (Corte giustizia CE, sez. II, 24 novembre 2005, n. 331)

5.2. Osserva sul punto il Collegio come il Codice dei contratti ha invece esteso il divieto di introduzione postuma da parte della commissione di elementi valutazionali, già sancito dalla citata decisione del Giudice comunitario per gli elementi individuanti criteri e sottocriteri, anche alla mera articolazione e scomposizione relativa dei punteggi, accomunando come già precisato, i due fenomeni nell’unica prescrizione di cui all’art. 83, comma 4, secondo cui è il bando

la sede di individuazione sia dei sub criteri, ove necessari, che dei sub – pesi e sub – punteggi.

La Corte dei Giustizia ha poi più di recente enunciato una più restrittiva ed omnicomprensiva ermeneusi, affermando che “tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa devono essere noti ai potenziali offerenti sin dal momento della presentazione delle offerte. Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti”.(Corte di Giustizia CE, Sez. I, 24 gennaio 2008, n. 532).

E' utile segnalare che la giurisprudenza, del resto, si è più volte attestata sulla stessa posizione che il Collegio ritenne di assumere nel precedente di cui alla richiamata Sentenza n. 1887/2008, avendo già affermato che la norma in analisi “ormai limita la discrezionalità della commissione di gara nella specificazione dei criteri di valutazione delle offerte, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri(T.A.R. Toscana, Sez. II, 1.7.2008, n. 1710; in terminis, già T.A.R. Emilia-Romagna - Parma, 28-05-2007, n. 385; T.A.R. Emilia – Romagna, Bologna, Sez. II, 21.5.2008, n. 1978 secondo cui tale divieto esprime un principio generale applicabile anche alle procedure non disciplinate espressamente dal Codice).

Più recentemente si è posto nel solco delle delineate coordinate ermeneutiche anche il T.A.R. centrale, che ha statuito che “Nel caso di gare pubbliche svolte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve escludersi la possibilità dell'introduzione da parte della commissione di gara di nuovi criteri o sub criteri oltre quelli già fissati e indicati nel bando di gara, dovendosi limitare al massimo la discrezionalità della medesima commissione, atteso peraltro che l'introduzione di nuovi criteri di valutazione delle offerte si porrebbe in contrasto

con il principio di parità di trattamento e di par condicio tra imprese” (TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III QUATER - sentenza 18 luglio 2009 n. 7103). Si e poi più recentemente posta sulla medesima linea interpretativa la stessa I Sezione del T.A.R. Lazio, confermando l’illegittimità dell’introduzione ad opera della commissione di gara di sub criteri di valutazione delle offerte nelle procedure di scelta del contraente basate sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I TER - 4 novembre 2009 n. 10828)

Non ritiene il Collegio di ravvisare ragioni esegetiche di opposto segno tali da indurre a non confermare la giurisprudenza della Sezione di cui alla suindicata sentenza 1887 del 2008 e alla unanime opinione che sta informando concordemente la giurisprudenza amministrativa.

Ne consegue che, essendo stata più sopra disvelata e argomentata in fatto la lamentata creazione di sub criteri da parte della Commissione, la censura di cui alla seconda parte del primo motivo merita di essere accolta.

6.1. Deve tuttavia il Collegio affrontare l’eccezione sollevata dalla controinteressata circa la carenza di interesse della ricorrente alla censura appena valutata fondata, sull’assunto che l’Enel difetterebbe di interesse a dolersi dell’operato della Commissione relativamente all’introduzione di sottocriteri e sottopunteggi, avendo conseguito il punteggio più alto tra tutti i concorrenti proprio per il merito tecnico dell’offerta.

L’eccezione non persuade il Tribunale e va disattesa siccome infondata.

Al riguardo, evidenzia il Collegio che se è vero che l’Enel ha ottenuto più punti di tutti gli altri concorrenti proprio per l’aspetto tecnico della sua offerta, e precisamente 32,47 punti, è altrettanto incontrovertibile che tale punteggio non è certo il massimo che avrebbe potuto conseguire e che per alcune voci e sub criteri illegittimamente conati ex post dalla Commissione di gara, la deducente non ha

ottenuto alcun punteggio, proprio perché ignorava il relativo rilievo ponderale, a d essi a posteriori conferito dal seggio di gara

6.2.1. Basti riflettere, solo a titolo esemplificativo, ai due contestati sottocriteri del criterio “sicurezza degli impianti”, ossia alla previsione di “impianti di telecontrollo/teleallarme”, valutabili punti 1,2 e degli “impianti di odorizzazione” valutati invece punti 0,8. Ebbene, non conoscendo l’Enel l’esistenza di simili nuovi sub criteri non previsti dalla lex specialis, non ha formulato, come pure più sopra rilevato, alcuna offerta di realizzazione di impianti di quel tipo(come del resto hanno fatto le altre imprese, ad eccezione della Molteni e di Italcogim). Qualora, quindi, la ricorrente avesse conosciuto l’esistenza di tali sottocriteri e del relativo peso ai fini del punteggio, avrebbe potuto calibrare la sua offerta prefigurando alla Commissione la realizzazione di siffatti impianti, il che le avrebbe consentito di ottenere un punteggio aggiuntivo (se non addirittura punti 2).

6.2.2. La medesima considerazione va inoltre svolta con riguardo ai due nuovi sub criteri individuati alla lettera d) del verbale del 26.8.2008, ossia a quelli, elaborati nell’ambito del criterio degli “interventi finalizzati alla funzionalità degli impianti”, individuati negli impianti di “Telemisura” e in quelli consistenti in “sistemi di modellizzazione e gestione delle reti”, ambedue valutati 0,5 punti.

Se l’Enel avesse saputo ex ante, come era doveroso in ossequio ai canoni di par condicio competitorum e di tutela dell’affidamento e del “clare loqui” che sottendono la ratio della necessità che tutti gli elementi di valutazione delle offerte siano elencati nella legge di gara e previamente portati a conoscenza alla generalità degli offerenti, che proponendo l’installazione di impianti di “Telemisura” e di “sistemi di modellizzazione e gestione delle reti” avrebbe potuto ottenere 0,5 punti cadauno, la ricorrente avrebbe potuto articolare la sua offerta offrendo di realizzare durante la gestione del servizio anche le descritte due tipologie di impianti, la cui importanza ai fini del punteggio la deducente ignorava al momento

dell'allestimento della sua offerte. Avrebbe potuto quindi l'Enel conseguire un ulteriore punto o una sua frazione, la quale, sommata ai 2 punti o a 1 punto o frazione ottenibili per gli altri due sottocriteri in precedenza ricordati, avrebbe consentito alla ricorrente di trapiandare lo "spread" di 1,5 punti che separa la sua offerta da quella della Molteni aggiudicataria, posto che la vincitrice ha ottenuto punti 85,344 contro i punti 83,771 conseguiti dalla ricorrente.

Dalle illustrate considerazioni discende che va riconosciuto all'Enel l'interesse a censurare l'illegittima creazione da parte della Commissione di gara di ulteriori sub criteri e relativi sub – pesi e sub – punteggi.

L'eccezione di carenza di interesse si rivela pertanto infondata e va per l'effetto respinta.

7.1.1. Resta ora da scrutinare il ricorso incidentale proposto dall'Italgas s.p.a, seconda classificata, contestualmente alla memoria depositata in data 11.3.2009.

Tale mezzo, definito dalla deducente come ricorso incidentale è in realtà diretto contro i provvedimenti di aggiudicazione della gara alla Molteni s.p.a. (in particolare contro la determina dirigenziale del 15.12.2008). al dichiarato fine di "ottenere la declaratoria di illegittimità degli atti limitatamente alla valutazione dell'offerta di Italgas", mirando quindi a conseguire una migliore valutazione dell'offerta di sé medesima per via della declaratoria di illegittimità del punteggio attribuito alla Molteni s.p.a., contro la quale anche la ricorrente ha indirizzato il ricorso principale.

Consegue all'evidenza che la ricorrente Italgas aziona una posizione soggettiva, riguardata anche nella visuale processuale, di segno uguale a quella fatta valere dalla ricorrente principale, che pure è insorta contro l'aggiudicazione alla controinteressata Molteni.

Tale essendo l'obiettivo cui tende l'iniziativa contenziosa dell'Italgas, obbligata si prospetta la declaratoria di inammissibilità del ricorso in scrutinio, posto che esso

non possiede i caratteri funzionali del gravame incidentale, il quale, come di recente profusamente chiarito dalla Sezione, è uno strumento che l'ordinamento appresta a favore del soggetto controinteressato, affinché questi possa contrastare l'iniziativa giudiziale del primo, contrapponendogli una controazione mediante la quale egli aspira ad ottenere l'annullamento del medesimo provvedimento gravato con il ricorso incidentale, ma per profili che se accolti minano la posizione del primo ricorrente, fino all'esemplare e culminante caso in cui con il mezzo incidentale, non a caso definito paralizzante, si tenda a conseguire una declaratoria di illegittimità e conseguente annullamento della stessa ammissione alla gara del ricorrente principale, dimodoché la pronuncia che sancisca che egli non doveva essere ammesso alla competizione, importa processualmente che lo stesso non aveva neanche titolo a dolersi dell'aggiudicazione al controinteressato ricorrente in via incidentale, determinando così l'inammissibilità per difetto di legittimazione ad agire del ricorso principale (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11.2.2009, n. 401).

7.1.2. Osserva quindi la Sezione, in termini più generali, che non può riconoscersi la natura di ricorso incidentale al ricorso spiegato in adesione a quello del ricorrente principale, difettando l'intrinseco carattere di controazione al mezzo del ricorrente principale, che connota in ogni caso l'iniziativa contenziosa del ricorrente incidentale, il quale non può quindi condividere con il ricorrente principale una situazione di sostanziale cointeresse, da ravvisare tutte le volte, come nella specie, in cui il ricorrente sedicente incidentale colpisca non già la posizione del ricorrente principale ma quella del controinteressato, aspirando alla pronuncia di illegittimità dell'aggiudicazione in suo favore, ancorché per profili a lui vantaggiosi.

7.2. Va anche soggiunto che l'obiettivo "di ribadire la collocazione in graduatoria di Italgas davanti alla ricorrente principale Enel Rete Gas", enunciato nelle conclusioni del ricorso incidentale in analisi, appare generico, non facendo traslare

i termini giuridici della questione, e si profila oltretutto anche irraggiungibile, posto che il ricorso principale è inteso ad ottenere il radicale annullamento della gara.

E rispetto a siffatto conseguito risultato del gravame principale, il ricorso incidentale dell'Italgas, venendo annullata in radice la gara, non può produrre il divisato e sperato risultato di ribadire la collocazione della predetta impresa al secondo posto in graduatoria, discendendone che il mezzo in scrutinio si prospetta, oltre che inammissibile per le ragioni più sopra chiarite, anche improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

8.1. Il ricorso dell'Italgas n. 229/09, riunito a quello in disamina, mediante il quale detta impresa impugna e censura l'aggiudicazione alla Molteni e in particolare la misura del punteggio ad essa assegnato per la componente tecnica dell'offerta, è invece improcedibile per carenza di interesse sopravvenuta alla presente decisione di accoglimento del ricorso 233.09, la quale travolge in radice tutta la gara.

Dal che consegue che nessun vantaggio deriverebbe all'Italgas dall'annullamento della sola aggiudicazione alla Molteni, posto che l'accoglimento delle radicali censure involgenti tutta la gara ne importa il suo annullamento.

8.2. La presente decisione demolitoria comporta, inoltre, che l'Amministrazione comunale di Verbania è tenuta ad indire una nuova procedura di gara, previa l'adozione di provvedimenti di autotutela sul contratto d'appalto medio tempore stipulato con la Molteni s.p.a, in assenza delle quali l'Enel potrà adire nuovamente questo Giudice mediante il giudizio di ottemperanza onde conseguire, attraverso la nomina, se necessario di un Commissario ad acta, il risultato finale della caducazione del contratto d'appalto medio tempore sorto in esito all'aggiudicazione illegittima e con la presente sentenza annullata ovvero del ritiro del consenso negoziale originariamente prestato dalla parte pubblica, e da revocare anche per difetto di legittimazione o di rappresentanza del soggetto stipulante per

conto dell'Amministrazione, difetto sopravvenuto ma con effetti ex tunc, in forza della presente sentenza di annullamento dell'aggiudicazione.

Le spese di lite possono peraltro essere compensate in ragione della delicatezza e della difficoltà delle questioni trattate.

La motivazione della presente decisione è stata redatta nei termini di cui alla L. n. 176/1982 ma pubblicata in ritardo a causa di ripetuti malfunzionamento del nuovo sistema informatico della Giustizia Amministrativa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – Prima Sezione, definitivamente pronunciando sui riuniti ricorsi in epigrafe indicati così decide:

quanto al ricorso n. RG 233/2009:

- RESPINGE il ricorso incidentale proposto da Molteni SpA;
- ACCOGLIE il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, tranne il Disciplinare di Gara del 26.5.2008, come impugnato in subordine.

- DICHIARA INAMMISSIBILE IN PARTE e IMPROCEDIBILE il ricorso incidentale proposto da Societa' Italiana Per il Gas P.A. – Italgas;

quanto al ricorso n. RG 229/2009:

dichiara lo stesso IMPROCEDIBILE

Compensa integralmente le spese di lite tra le costituite parti per entrambi i giudizi.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 8 ottobre 2009 e 3.12.2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2009

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

IL SEGRETARIO