T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 ottobre 2009, n.2575

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

Sul ricorso numero di registro generale 2702 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da: A. Spa, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. B.B. e dall'Avv. E.C., con domicilio eletto in Venezia presso lo studio dell'Avv. E.R.;

contro

Comune di C., in persona del Sindaco pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. G.B., con domicilio eletto in Venezia – Mestre presso lo studio dell'Avv. E.B.;

nei confronti di

P. s.c.a.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. R.D. e dall'Avv. A.D.M., con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 35, secondo comma, del T.U. approvato con R.D. 26 giugno 1924 n. 1054;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara per l'affidamento, tramite procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di C., nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, ivi segnatamente compresi – e per quanto occorra – l'annesso schema di contratto di servizio e i parimenti allegati "elenco prezzi" e "specifiche tecniche", e – ancora – la deliberazione del Consiglio Comunale di C. n. 36 dd. 25 settembre 2008; e per l'accertamento del diritto di ritenzione degli impianti fino al momento del pagamento delle indennità dovute al gestore uscente;

per quanto attiene ai primi motivi aggiunti di ricorso:

per l'annullamento della lettera di invito per l'affidamento, mediante procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas naturale; della "Precisazione su schema di contratto di servizio"dd. 22 gennaio 2008, nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente, ivi segnatamente compresi il bando di gara per l'affidamento, tramite procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di C., per quanto occorra l'annesso schema di contratto di servizio e i parimenti allegati "elenco prezzi" e "specifiche tecniche", e – ancora – la deliberazione del Consiglio Comunale di C. n. 36 dd. 25 settembre 2008; e – sempre - per l'accertamento del diritto di ritenzione degli impianti fino al momento del pagamento delle indennità dovute al gestore uscente;

per quanto attiene ai secondi motivi aggiunti di ricorso:

per l'annullamento della determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di C. n. 169 del 18/06/2009, con la quale è stato aggiudicato definitivamente alla P. s.c.a.r.l. il servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale: del verbale di aggiudicazione provvisoria prot. n. 1331 dd. 12 febbraio 2009 e della successiva correzione al verbale medesimo prot. n. 578 dd. 18 giugno 2009; della determinazione del predetto Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di C. n. 39 dd. 12 febbraio 2009 recante la nomina della Commissione giudicatrice della gara indetta per il predetto affidamento del servizio di distribuzione del gas nel territorio comunale; del "Verbale di gara a procedura ristretta - verifica

anomalia di offerta prot. n. 1737 del 27/02/2009"; nonché di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di C.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di P. S.c.a.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 15/09/2009 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Ritenuto quanto segue.
Con il ricorso e i motivi aggiunti di ricorso descritti in epigrafe la A. S.p.a., gestore uscente del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di C., chiede complessivamente l'annullamento della lettera di invito per l'affidamento, mediante procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas naturale; della "Precisazione su schema di contratto di servizio" dd. 22 gennaio 2008, nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente, ivi segnatamente compresi il bando di gara per l'affidamento, tramite procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di C., per quanto occorra l'annesso schema di contratto di servizio e i parimenti allegati "elenco prezzi" e "specifiche tecniche", e – ancora – la deliberazione del Consiglio Comunale di C. n. 36 dd. 25 settembre 2008, l'annullamento della determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di C. n. 169 del 18/06/2009, con la quale è stato aggiudicato definitivamente alla P. S.c.a.r.l. il servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale: del verbale di aggiudicazione provvisoria prot. n. 1331 dd. 12 febbraio 2009 e della successiva correzione al verbale medesimo prot. n. 578 dd. 18 giugno 2009; della determinazione del predetto Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di C. n. 39 dd. 12 febbraio 2009 recante la nomina della Commissione giudicatrice della gara indetta per il predetto affidamento del servizio di distribuzione del gas nel territorio comunale; del "Verbale di gara a procedura ristretta - verifica anomalia di offerta prot. n. 1737 del 27/02/2009"; nonchè di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto.
La ricorrente chiede – altresì - l'accertamento del diritto di ritenzione degli impianti fino al momento del pagamento delle indennità dovute al gestore uscente.
Al riguardo il Collegio rileva quanto segue:
Va respinta la censura di violazione degli artt. 14, commi 8 e 9 e 15, comma 6, del D.L.vo 23 maggio 2000 n. 164, in quanto l'ormai del tutto prevalente giurisprudenza – alla quale anche questa Sezione reputa di aderire – considera legittimo l'accollo da parte dell'Amministrazione Comunale degli obblighi economici che il "decreto Letta" impone al gestore subentrante nei confronti di quello uscente (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2008 e n. 6745 dd. 31 dicembre 2008).
Va respinta la censura di violazione dell'art. 14, comma 9, del D.L.vo 164 del 2000 in ordine al richiesto accertamento del diritto del gestore uscente ala ritenzione degli impianti concessi, posto che per propria natura il diritto di ritenzione presuppone l'inadempimento del soggetto obbligato, il quale ultimo non può sussistere allorquando il debito non sia – per l'appunto, come nel caso di specie, "liquido" sotto entrambi i profili della certezza della sua esistenza e della

determinatezza del suo ammontare, nonché "esigibile" (cfr. in tal senso la sentenza n. 2196 dd. 17 luglio 2009 resa da questa stessa Sezione.
Va respinta pure censura di violazione dell'art. 14, comma 6, del D.L.vo 164 del 2000 e dell'art. 46-bis del D.L. 1 ottobre 2007 n. 159 convertito in L. 29 novembre 2007 n. 222, posto che nel caso di specie la percentuale del 50% riservata dal bando di gara alla valutazione del prezzo con il residuo 50% lasciato alla valutazione della qualità dell'offerta va ritenuto conforme alle disposizioni di legge testé richiamate, le quali – peraltro - non fissano, se considerate per se stanti, quale peso ponderale deve essere rispettivamente attribuito all'elemento qualità e all'elemento prezzo nelle offerte.
E' ben noto che l'Amministrazione concedente il servizio è libera di bilanciare il peso degli elementi di valutazione contemplati dalla sovrastante disciplina legislativa e che a tale riguardo essa – altrettanto indubitabilmente – disponga di ben ampi margini di apprezzamento.
Peraltro, risulta – all'evidenza – coessenziale a tali margini il limite della ragionevolezza delle scelte effettuate, al fine di evitare che nella calibratura dei massimali dei punteggi da assegnare alle singole voci che concorrono all'individuazione dell'offerta migliore si determinino incongruenze di carattere, per così dire, "sistematico", e tali quindi da comportare sia un'incongruenza di fondo nello stesso metodo predisposto per la valutazione delle offerte, con il conseguente realizzarsi delle tipiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere (in particolare, quelle proprie dell'illogicità), sia il venir meno dello stesso fine perseguito dal legislatore mediante la disposizione testé riportata.
Sembra evidente, infatti, che il legislatore, allorquando ha esplicitamente accostato il parametro "delle migliori condizioni economiche" a quello delle "migliori condizioni di prestazione del servizio", nonché a quelli 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", riferendo l'insieme di tali criteri alle esigenze del "rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza", ha inteso, in relazione al contenuto dell'allora vigente art. 24 del D.L.vo 17 marzo 1995 n. 158 – recante l'attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori cc.dd. "esclusi" e comprendenti, tra l'altro, "il settore acqua, energia elettrica, gas, energia termica" mediante "la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, gas, energia elettrica, energia termica, nonché l'alimentazione delle suddette reti" (cfr. art. 3 D.L.vo 158 cit.) - chiarire che l'aggiudicazione del servizio di cui trattasi non deve avvenire mediante il mero riscontro del corrispettivo più elevato che l'Amministrazione introita dall'esercente il servizio (condizione, questa, sostanzialmente equiparabile al parametro del "prezzo più basso" prefigurato dall'art. 24, comma 1, lett. a) dello stesso D.L.vo 158 del 1995, avuto riguardo al minor esborso, ossia al maggior lucro finanziario conseguito dall'Amministrazione medesima), ma anche in funzione di ulteriori parametri di natura qualitativa, prefigurati "in via esemplificativa" in base "ad elementi diversi, variabili secondo la natura dell'appalto", dall'art. 24, comma 1, lett. b) del medesimo D.L.vo 158 del 1995 (cfr. ivi: "il termine di esecuzione o di consegna, il costo

di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo") e che, come è ben noto, configurano nel loro insieme il criterio di aggiudicazione secondo "l'offerta economicamente più vantaggiosa".
Orbene, ad avviso del Collegio, l'enunciazione dei predetti, diversi elementi di valutazione nel contesto del surriportato art. 14, comma 6, del D.L.vo 164 del 2000 va – per l'appunto - correttamente ricondotta in via sistematica ad un'ipotesi di aggiudicazione secondo il criterio dell' "offerta economicamente più vantaggiosa", nel quale l'elemento della maggiore remunerazione economica traibile dall'Amministrazione che mette a gara il servizio non deve assumere una valenza preponderante (in casi diversi dall'attuale e costantemente censurati da questa stessa Sezione laddove, ad esempio, veniva previsto un massimale di punteggio pari, a ben 69 punti e tale, dunque, da condizionare di per sé in modo del tutto evidente la sorte della gara: cfr., ad es., in tal senso anche la recente sentenza n. 1867 dd. 23 giugno 2009), ma deve consentire un margine accettabile di valutazione potenzialmente decisiva anche per gli altri elementi, a contenuto eminentemente qualitativo che il legislatore ha disposto siano valutati quali componenti dell'offerta economica, con fini evidentemente non pleonastici ma intesi alla tutela dei diritti e delle aspettative dell'utenza dei servizi pubblici locali, i quali a loro volta sono necessariamente deputati ad assolvere "fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali" (cfr. art. 112 e ss. del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e succ. modd. e intt.).
In tal senso, quindi, il riparto del punteggio attribuito in ragione del 50% all'elemento prezzo e del 50% attribuito all'elemento qualitativo soddisfa, ad avviso della Sezione, anche quanto l' Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas ha puntualizzato con segnalazione 18 ottobre 2005 al Parlamento e al Governo, ossia che: "6.- Gli elementi rilevanti per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas: Le migliori condizioni economiche, indicate all'articolo 14, comma 6, del decreto legislativo n. 164/00 rappresentano sicuramente uno degli elementi per l'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione e sono parte integrante del conseguente contratto di servizio. Tuttavia, l'affidamento del servizio di distribuzione del gas ad un'impresa da parte dell'Ente locale deve avvenire anche sulla base degli altri elementi indicati dallo stesso articolo 14, comma 6, del decreto legislativo n. 164 del 2000, tra i quali il livello di qualità e sicurezza del servizio ed i piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle sedi e degli impianti, elementi ai quali, per la fase di aggiudicazione della gara, deve essere attribuito un giusto peso, almeno comparabile con quello attribuito al corrispettivo offerto dal distributore per l'affidamento del servizio distribuzione".
Il criterio di riparto applicato nella presente fattispecie risulta conferente pure al parere/segnalazione rif. AS427 (bollettino AGCM n. 39/2007), reso in data 16 novembre 2007 con riferimento all'art. 46-bis del d.d.l. per la conversione del D.L. 159 del 2007.
L'interpretazione fornita dall' AGCM nel richiamato documento consultivo ha chiarito, infatti, al punto 19, come "non appare che l'obiettivo della gara possa essere soddisfatto da una selezione basata sulla misura del canone offerto per svolgere il servizio, anziché sui prezzi all'utente finale e sul miglior rapporto con la qualità del servizio reso. Invece, l'evidenza raccolta all'esito delle

prime gare esperite mostra che l'Ente Locale ha attribuito notevole rilievo, fra gli aspetti economici, al canone concessorio, che, oltre ad aver rappresentato nella maggior parte delle gare la variabile competitiva principale, ha assorbito anche fino al 70-80% del VRD, come definito dall'AEEG. Ciò potrebbe aver eroso parte dei margini di ricavo dell'impresa che, in un'ottica di breve periodo, potrebbe preferire ridurre glii investimenti, con ripercussioni negative sui livelli di sicurezza e qualità del servizio".

Va accolta, viceversa, con effetto assorbente la censura di violazione degli artt. 84, commi 2 e 4, 8 e 206 del D.L.vo 163 del 2006, nonché dei principi discendenti dall'art. 97 Cost., formulata per quanto segnatamente attiene alla nomina e alla composizione della Commissione giudicatrice della gara.

In via del tutto illegittima, infatti, il Responsabile dell'Area tecnica del Comune di C., dopo aver affermato nel contesto della propria determina n. 39 dd. 12 febbraio 2009, recante la nomina della Commissione medesima, che all'interno dell'Amministrazione Comunale "non vi è esperienza sufficiente per affrontare alcuni problemi tecnici connessi con l'esame delle offerte inerenti al servizio di distribuzione del gas, settore particolarissimo e per il quale il Comune non ha mai bandito gare", ha nondimeno omesso di nominare commissari esterni come inderogabilmente disposto, mediante precisi criteri di scelta, dal comma 8 del predetto art. 84, ma ha formato la Commissione stessa mediante membri esclusivamente interni all'Amministrazione medesima (ancorché dianzi ritenuti senza "esperienza sufficiente") affiancando ad essi, in via del tutto anomala, una sorta di "membro esterno" o "consulente" nella persona dell'Ing. F.M., a sua volta inibito dall'assumere la funzione di commissario in quanto già consulente della medesima Amministrazione Comunale nella fase di predisposizione degli atti di gara e che, peraltro, ha in questo modo materialmente assunto il ruolo del soggetto che di fatto ha espletato anche il procedimento successivo.

L'illegittimità con ciò realizzata risulta ben evidente, e i suoi effetti caducano – con altrettanta evidenza – l'intero procedimento di gara, rendendone necessario l'integrale rinnovo.

Tale ultima considerazione consente, pertanto, di respingere le domande di risarcimento del danno, potendo la parte ricorrente veder ricostituita l'integrità della propria sfera giuridica dalla nuova occasione – ad essa accordata – di partecipare ad un'ulteriore comparazione con la concorrenza.

5. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere, peraltro, integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione I^, definitivamente statuendo sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e , per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge le domande di risarcimento del danno.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15/09/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente FF, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

Stefano Mielli, Primo Referendario