

Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890

1. Contratti della P.A. - Appalti per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale – Discrezionalità della P.A. nella determinazione del valore ponderale da attribuire all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte – Sussiste.

2. Contratti della P.A. - Commissioni di gara - Incompatibilità ex art. 84 del Codice dei contratti pubblici – Ipotesi in cui un componente esterno della Commissione di gara abbia in precedenza predisposto la documentazione di gara - Non sussiste.

3. Contratti della P.A. - Gare indette da enti locali – Commissioni di gara – Partecipazione del responsabile del procedimento o del dirigente di un ente locale – Possibile.

N. 03890/2010 REG. DEC.

N. 08353/2009 REG. RIC.



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 8353 del 2009, proposto da:
Comune di San Martino Buon Albergo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato
e difeso dall'avv. Alberto Arrigo Gianolio, con domicilio eletto presso lo Studio
dell'avv. Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria, N. 5;

contro

Italcogim Reti Spa, in persona del rappr. legale p.t., rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso di lui in Roma, via di Ripetta,
N.142;

-AGSM Rete Gas Srl, ora AGSM Distribuzione, in persona del legale rappr. p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso di lui
in Roma, corso Vittorio Emanuele II, N.18;

-Molteni Spa, in persona del legale rappr. pt., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Fabio Todarello, Giuseppe Fuda e Alessandro Gigli,, con domicilio eletto presso
quest'ultimo in Roma, via G. Paisiello, N. 55;

nei confronti di

-Gritti Gas Rete Srl, in persona del legale rappr. p.t., rappresentata e difesa dagli
avv.ti Giovanni Cocco e Aldo Russo, con domicilio eletto presso Studio Grez in
Roma, corso V. Emanuele II, N.18;

-Varna Srl, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 01867/2009,
resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE
GAS NATURALE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italcogim Reti Spa , di Agsm Rete Gas Srl
e di Molteni Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gritti Gas Rete Srl, che ha proposto anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2010 il Cons. Aniello Cerreto e uditi per le parti gli avvocati l'avv. Gianolio, l'avv. Ferrari, l'avv. Chierroni, su delega dell'avv. Iaria, e gli avv. ti Gigli e Cocco;

Visto il dispositivo di decisione n.33/2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza n.1867/2009, il TAR Veneto ha riunito ed ha accolto, nei limiti di cui in motivazione, i tre ricorsi proposti dalla società Italcogim Reti (n.1060/2007), dalla società AGSM Reti Gas (n. 1988/2008) e dalla società Molteni (n.20205/2008) avverso gli atti di gara per l'affidamento del servizio distribuzione gas naturale nel territorio del comune di San Martino Buon Albergo e relativa aggiudicazione alla società Gritti Gas Reti.

In particolare il TAR , dopo aver rilevato che doveva ritenersi ormai legittima la scelta dell'Amministrazione comunale di indire la gara per effetto della decisione Sez. V n.1299/2008, che aveva respinto il ricorso proposto dalla società Italcogim Reti (gestore uscente) avverso la delibera di riscatto anticipato del servizio, ha respinto alcune censure mosse alla disciplina di gara (contenimento della durata degli ammortamenti, mancata indicazione dell'ammontare rimborso spettante al gestore uscente e apertura di uno specifico sportello di informazione per l'utenza) ed ha accolto la censura comune ai tre ricorsi di sperequazione tra aspetto economico ed aspetto qualitativo dell'offerta in quanto alla parte economica vengono attribuiti di fatto ben 77 punti (66 punti per il canone annuo + 11 punti

legati comunque ad aspetti economici dell'offerta) mentre i profili tecnici assumono un peso pari a soli 23 punti. Ha quindi assorbito le ulteriori censure.

2.L'Amministrazione comunale ha proposto appello avverso detta sentenza, deducendo quanto segue:

-contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, la componente economica dell'offerta è costituita dal solo canone annuo di affidamento per il quale il bando di gara prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 66 punti/100; le voci del paragrafo 12 del bando di gara contrassegnate con i numeri da 1 a 4 (per complessivi 11 punti) non attengono alla componente economica dell'offerta ma alla componente tecnica (voce 1) e al servizio agli utenti (voci 2-4);

-l'art. 14, comma 6° , D. L.vo n.164/2000 non fornisce indicazioni circa il rilievo da attribuire ai singoli elementi da tener presenti per l'aggiudicazione della gara, per cui vi è ampia discrezionalità dell'Amministrazione nei limiti della ragionevolezza delle scelte effettuate;

-nella specie, la scelta operata dal Comune di attribuire un peso significativo al canone di affidamento offerto (fino a 66 punti) è giustificata da un lato dal fatto che l'amministrazione si è fatta carico dell'indennizzo spettante al gestore uscente e dall'altro dal buono stato di manutenzione e potenziamento in cui si trova la rete di distribuzione del gas, tenuto conto che i requisiti minimi di sicurezza degli impianti e delle strutture e gli interventi di manutenzione vanno comunque garantiti con il contratto di servizio, come chiarito dal Consiglio di Stato (sez. V , n. 4540/2008 e n. 5217/2009);

L'appellante ha quindi esaminato anche le censure assorbite dal TAR, osservando quanto segue;

-insussistenza della violazione art. 46 bis D. L. 1° ottobre 2007 n.159 (convertito dalla L: 29 novembre 2007 n. 222) come modificato dall'art. 2 comma 175 L. 24 dicembre 2007 n.244 . dedotta dal società Italcogim sul presupposto che

L'Amministrazione non avrebbe potuto indire la gara per l'affidamento del servizio senza previa individuazione dei criteri di gara e di valutazione delle offerte, nonché degli ambiti territoriali minimi;

-influenza ed infondatezza della censura avanzata dalla società Molteni in ordine all'art. 17 del contratto di servizio che impone al gestore di verificare l'idoneità degli impianti post contatore;

-infondatezza delle censure avanzate da AGSM con riferimento alle valutazioni effettuate dalla commissione di gara in ordine all'impianto di telecontrollo ed alle opere da realizzare; oltre che inammissibili in relazione alla differenza di punteggio (3,823) rispetto alla prima classificata (94,844) ed al punteggio massimo attribuibile per ammodernamento tecnologico (0,5) e per opere da realizzarsi (punti 1) ;

-le apparecchiature di silenziamento proposte dall'aggiudicataria andavano valutate in quanto aggiornate rispetto a quelle esistenti, contrariamente a quanto sostenuto da AGSM;

-non vi è stata disparità di trattamento o contraddittorietà in ordine alla valutazione della sostituzione di cinque armadi di protezione dei gruppi di riduzione, atteso che AGSM aveva proposto la sostituzione integrale dei gruppi di riduzione per cui la relativa valutazione è stata effettuata con riferimento alla stima complessiva dell'intervento, mentre l'aggiudicataria aveva previsto il mantenimento dei gruppi esistenti con la sostituzione dei soli armadi;

-correttamente l'offerta dell'aggiudicataria non è stata ritenuta anomala sia perché sostanzialmente analoga a quella proposta da AGSM , sia perché le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria erano persuasive;

-contrariamente a quanto sostenuto da AGSM, la Commissione ha correttamente valutato il piano di investimenti tenendo conto dei criteri stabiliti dal bando di gara;

-il giudizio sulla non anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria è stato correttamente fornito dalla Commissione di gara ed il relativo verbale in data 7 agosto 2008 è stato poi approvato dalla Stazione appaltante il 14 successivo;

-la Commissione di gara era stata correttamente presieduta dal geom. Anderloni il quale era anche il responsabile del procedimento;

- l'ing. Marfut, il quale in precedenza aveva svolto solo attività di consulenza, non si trovava in situazione di incompatibilità.

3. Si sono costituite in giudizio le ricorrenti in primo grado, che hanno chiesto il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio anche l'aggiudicataria originaria, che ha proposto appello incidentale, osservando quanto segue:

- il TAR ha errato nell'accogliere la censura relativa al presunto carattere sperequativo della previsione di un punteggio prevalentemente orientato a favorire il contenuto economico delle offerte rispetto alla loro valenza tecnica, non tenendo conto che nella specie non si tratta di appalto di servizio ma di una concessione di servizio con conseguente applicazione dei principi generali sui contratti pubblici e non della specifica normativa di cui al D. L.vo n. 163/2006 ;

-in ogni caso la scelta dell'Amministrazione di dare prevalenza all'aspetto economico rispetto a quello qualitativo è giustificata in relazione allo specifico appalto, che occorre tener presente ai fini di un'adeguata distribuzione del punteggio secondo quanto indicato dal 46° "considerando" della direttiva Cee 2004/18;

-non condivisibilità della censura della società AGSM sul carattere anomalo dell'offerta dell'istante, dal momento che la verifica di anomalia è stata regolarmente svolta e l'esito è stato adeguatamente motivato;

-regolarità della composizione della Commissione di gara

4. Tutte le parti costituite hanno presentato memoria conclusiva.

La società Italcogim ha insistito sul carattere sperequativo del punteggio, rilevando che anche una parte rilevante dei 16 punti previsti per il piano di sviluppo e potenziamento della rete era stata attribuiti sulla base dell'aspetto economico degli interventi proposti, per cui i punteggi ottenuti dalle offerte tecniche si erano rivelati in concreto del tutto ininfluenti ai fini dell'individuazione della migliore offerta. Ha quindi riproposto la censura assorbita dal TAR, secondo cui la gara non poteva essere indetta se non dopo individuazione dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta, nonché degli ambiti territoriali minimi.

La società Molteni ha ribadito la correttezza della sentenza di primo grado.

La società AGSM ha ulteriormente illustrato la sperequazione dei punteggi attribuibili, rilevando che anche gli aspetti tecnici dell'offerta erano stati valutati dal punto di vista economico. Ha quindi riproposto la rubrica del primo motivo di ricorso; ha illustrato le ragioni in base alle quali l'offerta dell'aggiudicataria doveva essere considerata anomala; ha fatto presente che la Commissione di gara non aveva valutato per nulla l'aspetto tecnico dei progetti proposti; che la valutazione sull'anomalia dell'offerta doveva essere effettuata dalla Stazione appaltante e non dalla Commissione di gara; che la composizione della commissione di gara era illegittima in quanto di essa aveva fatto parte in qualità di presidente il geometra Anderloni, che aveva approvato anche gli atti di gara, ed in qualità di membro l'ing Marfurt, che aveva predisposto gli atti di gara.

Il Comune e la società Gritti hanno ulteriormente illustrato le doglianze proposte nell'appello principale ed in quello incidentale, chiedendo la riforma della sentenza del Tar.

All'udienza del 22 gennaio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello principale e quello incidentale sono fondati nei limiti di cui in motivazione.

5.1. Viene in esame il complesso delle doglianze con le quali le parti appellanti (principale ed incidentale) contestano la conclusione del TAR di accoglimento della censura comune ai tre ricorsi originari di illegittimità del bando di gara, con aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per sperequazione tra aspetto economico ed aspetto qualitativo dell'offerta in quanto alla parte economica verrebbero attribuiti di fatto ben 77 punti (66 punti per il canone annuo + 11 punti legati comunque ad aspetti economici dell'offerta) mentre i profili tecnici assumerebbero un peso pari a soli 23 punti/100.

5.2. Va in primo luogo condiviso il rilievo degli appellanti che nella specie il bando di gara attribuisce agli aspetti tecnici un peso di 34 punti e non di 23, contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di primo grado,

Invero, le voci del paragrafo 12 del bando di gara contrassegnate con i numeri da 1 a 4 (per complessivi 11 punti) attengono al valore delle opere proposte nel progetto offerto (n.1) , al ribasso percentuale offerto sui prezzi delle opere richieste dal Comune (n.2) e agli importi unitario ed aggiuntivo del contributo per gli allacci richiesti dall'utenza (n.3 e n.4). Si tratta in sostanza di elementi tecnici dell'offerta in quanto attinenti ad opere rivolte al miglioramento della rete distributiva del gas o all'incremento degli allacci, anche se valutati per semplificare il giudizio alla Commissione di gara in riferimento all'incidenza economica di ciascun intervento, fermo restando che tali opere debbono osservare determinate specifiche tecniche ed essere conformi alla perfetta regola d'arte, come precisato nello schema di contratto di servizio di cui all'art. 4 del bando di gara.

Sul presupposto di tali dati (punti 66/100 per il canone annuo di affidamento e punti 34/100 per il complesso degli aspetti tecnici considerati nel bando di gara) occorre perciò esaminare il problema della sperequazione riscontrata dal TAR tra aspetto economico ed aspetto qualitativo.

5.3. Al riguardo il Collegio, anche se non mancano precedenti di questo Consiglio inclini a richiedere un determinato equilibrio tra aspetti tecnici e qualitativi dell'offerta (V. Sez. VI, 4 settembre 2006 n.5100) non ha motivi per discostarsi dall'orientamento di questa Sezione che recentemente ha valorizzato, proprio con riferimento alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, l'ampia discrezionalità spettante alla pubblica amministrazione nel determinare gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete, salvo macroscopica irragionevolezza dei relativi criteri (V. le decisioni 19 settembre 2008 n. n.4540 e 5 settembre 2009 n. 5217).

IL bando di gara di gara richiama, per quanto interessa, sia l'art. 14 del D. L.vo 23 maggio 2000 n. 164 (il quale al comma 6° prevede i criteri sulla cui base debbono essere affidate le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale) sia l'art. 83 del D. L.vo 12 aprile 2006 n.163 ai fini dell'affidamento del servizio sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa stabilendo poi specificamente gli elementi di valutazione ed i pesi ponderali massimi da assegnare alle offerte.

In particolare l'art. 14, comma 6°, prevede che “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”.

L'art. 83 D. vo n.53/2006 a sua volta, dopo aver indicato a titolo esemplificativo gli elementi da tener presente, demanda alla disciplina di gara la determinazione dei criteri di valutazione e della ponderazione attribuita a ciascuno di essi.

Per cui, dal combinato disposto delle menzionate norme si desume che il legislatore non ha inteso predeterminare 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.

In tal senso del resto depone anche il “considerando” 46 della direttiva CEE 2004/18, il quale con riguardo all'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa espressamente riconosce che la concreta determinazione dei relativi criteri economici e qualitativi “dipende dall'oggetto dell'appalto”.

5.4. D'altra parte, nel caso in esame 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 non viene marginalizzato in modo da perdere ogni rilievo al fine di influenzare la scelta dell'aggiudicatario (come desumibile dal risultato della gara, in cui la Coingas con il miglior punteggio tecnico avrebbe vinto la gara se avesse ottenuto nell'offerta economica un punteggio almeno pari a quello di AGSM); dall'altro lato, il riconoscimento di un rilievo significativo al dato economico appare giustificato nel caso in esame 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. L.vo. n 164/2000, esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo.

Inoltre, la scelta di un rilevante peso agli aspetti economici appare coerente anche in relazione alle buone condizioni di conservazione della rete distributiva esistente, come documentato in atti .

5.5.Né la indicata distribuzione dei punteggi, può comportare una sottovalutazione dei requisiti minimi di sicurezza degli impianti e delle strutture in quanto tali aspetti debbono comunque essere efficacemente garantiti, come pure gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, ai sensi delle prescrizioni al riguardo recate dallo schema di contratto di servizio di cui all'art. 4 del bando di gara.

5.6.Sono inammissibili poi le deduzioni delle ricorrenti originarie tendenti a mettere in discussione anche i 16 punti previsti dal bando di gara per il piano di investimento per lo sviluppo e potenziamento della rete, che secondo la loro prospettazione sarebbero pur essi attribuibili unicamente sulla base dell'aspetto economico degli interventi proposti, atteso che a tanto non è pervenuto neppure il Giudice di primo grado, con la conseguenza che simile contestazione doveva semmai avvenire con appello incidentale e non con semplice memoria idonea solo a riproporre le censure assorbite dal TAR.

5.7.Non può essere condivisa invece la specifica doglianza dell' appellante incidentale tendente ad un'attenuazione dei principi che regolano l'aggiudicazione delle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in considerazione del fatto che nella specie si tratterebbe non di un'appalto di servizio ma di una concessione di servizio, atteso che la normativa applicabile nella specie non dipende dall'aspetto segnalato ma da una corretta interpretazione dell'art. 83 D. L.vo n.163/2006 in combinato disposto con l'art. 14 D. L.vo n. 154/2000, come in precedenza precisato.

7.Occorre ora esaminare le censure assorbite dal TAR ed espressamente riproposte in appello dai ricorrenti originari.

7.1.La società Molteni non ha riproposto in appello censure assorbite in primo grado e di conseguenza il suo ricorso originario può ritenersi infondato.

7.2.Per quanto concerne la società Italcogim, viene in rilievo unicamente la censura di violazione dell'art. 46 bis D. L. 1° ottobre 2007 n.159 (convertito dalla L. 29 novembre 2007 n. 222), come modificato dall'art. 2 comma 175 L. 24 dicembre 2007 n.244, sul presupposto che l'Amministrazione non avrebbe potuto indire la gara per l'affidamento del servizio senza previa individuazione dei criteri di gara e di valutazione delle offerte, nonché degli ambiti territoriali ottimali di utenza da parte dei Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica .

La tesi di Italcogim è infondata sotto molteplici aspetti.

Invero, questa Sezione ha già evidenziato, con orientamento che è condiviso dal Collegio, che dalle menzionate disposizioni non può desumersi l'introduzione di una moratoria sine die delle procedure di gara nel settore della distribuzione del gas naturale. Tanto più che finora non sono stati ancora individuati i bacini ottimali di utenza e i criteri di selezione, nonostante siano abbondantemente scaduti i termini, previsti dall'art. 46 bis cit., per lo svolgimento dei relativi adempimenti (V. la citata decisione n.5217/2009). Tale conclusione è confortata dalla necessità di rispettare i principi comunitari in materia di tutela della concorrenza e libertà di prestazione dei servizi (cfr. in termini Cons. St., sez. V, 30 settembre 2008, n. 5213/ord.), nonché le stesse finalità descritte dal comma 1° dell'art. 46 bis di “garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali”.

Inoltre, occorre considerare, come rilevato dal Comune appellante, che i singoli comuni non sembrano obbligati ad aderire ad un determinato bacino ai fini dell'indizione della gara essendo necessaria una specifica scelta in tal senso, come emerge dal complesso delle disposizioni di cui al menzionato art. 46 bis nelle parti

in cui si prevedono da parte dei Ministri competenti misure di incentivazione delle operazioni di aggregazioni (comma 2) e la facoltà dei comuni interessati alle nuove gare per il bacino di utenza ottimale di incrementare il canone di concessione entro i limiti indicati dalla norma stessa (comma 4).

Di conseguenza il singolo comune può legittimamente bandire isolatamente la propria procedura ad evidenza pubblica di affidamento del servizio anche in assenza dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta e della previa identificazione dei bacini ottimali di utenza di cui al richiamato art. 46-bis.

Pertanto, anche il ricorso di primo grado della società Italcogim può considerarsi infondato, fermo restando quanto statuito dal TAR per effetto della decisione della Sezione n. 1299/2008. in relazione alle censure avanzate avverso la deliberazione comunale di riscatto del servizio e conseguenti vizi di illegittimità derivata proposti avverso l'indizione della gara.

7.3. Residuano da esaminare le censure riproposte dalla società AGSM, che si è classificata nella relativa graduatoria al 2° posto con punti 91,021 rispetto al punteggio di 94,844 conseguito dalla prima classificata (società Gritti), con una differenza tra di esse di punti 3,823.

Tali censure contestano il risultato della gara sotto tre aspetti e precisamente con riferimento alla competenza e alla composizione della Commissione giudicatrice, alla valutazione effettuata dalla Commissione delle offerte delle prime due classificate e al giudizio di non anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

7.3.1. Priva di pregio è innanzitutto la censura di illegittima composizione della Commissione giudicatrice per essere presieduta dallo stesso soggetto che poi ha approvato gli atti di gara.

E' stato chiarito che nell'ambito degli enti locali non sussiste un rigido divieto di partecipazione dei dirigenti alle commissioni di gara. Infatti, il rafforzamento del modello della responsabilità dirigenziale innescato dal processo di privatizzazione

del pubblico impiego, sottolinea l'opposta esigenza che il dirigente segua direttamente le procedure del cui risultato è tenuto a rispondere. In questa logica va annoverato il disposto dell'art. 107 del D. L.vo n. 267/2000, che prevede tra le attribuzioni di competenza dirigenziale il potere di presiedere le commissioni di gara e di stipulare i contratti in correlazione con la responsabilità per l'esito delle gare medesime.

Così come non vi è incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, analogamente deve ritenersi nel caso in cui al dirigente di un ente locale che ha svolto le funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara, atteso che detta approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale (V. la decisione della Sezione 12 giugno 2009 n.3716).

7.3.2. Non può poi accogliersi la censura di incompatibilità ex art. 84 D. L.vo n.163/2006 dell'ing. Marfurt, quale componente esterno della Commissione, in quanto in precedenza incaricato di predisporre la documentazione di gara.

La norma invocata stabilisce che “i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”, mentre nel caso in esame vi è stata solo attività di consulenza sulla documentazione di gara e non sul contratto da stipulare.

7.3.3. Neppure vale sostenere che la competenza sul giudizio di anomalia spetta alla Stazione appaltante e non alla commissione di gara, che nella specie invece l'aveva svolto direttamente.

E' pur vero che l'art. 88 D. L.vo n. 163/2006, richiamato dal bando di gara, nello stabilire che "la Stazione appaltante, se del caso mediante specifica commissione, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta, tenendo conto delle giustificazioni fornite.", attribuisce alla Stazione appaltante il potere di verificare ed escludere le offerte anormalmente basse, ma dalla menzionata disposizione non è dato desumere una competenza esclusiva al riguardo, dovendosi tener conto anche dell'art. 84 dello stesso decreto in base al quale "quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice...". Per cui in tra i poteri spettanti alla commissione di gara può ritenersi implicitamente compresa, in mancanza nel caso in esame di contraria disciplina di gara, anche la valutazione delle offerte sospettate di anomalia al fine di poter determinare la migliore tra le offerte.

D'altra parte, nella specie, le valutazioni effettuate dalla Commissione di gara, che è pur sempre un organo straordinario dell'Amministrazione, sono state poi fatte proprie dalla Stazione appaltante mediante l'approvazione degli atti di gara con determinazione dirigenziale del 14 agosto 2008.

7.3.4. Per quanto concerne la contestazione mossa alla valutazione effettuata dalla Commissione delle offerte delle prime due classificate, essa è in parte inammissibile ed in parte infondata.

Le apparecchiature di silenziamento proposte dall'aggiudicataria andavano valutate in quanto aggiornate rispetto a quelle esistenti, come precisato dall'Amministrazione che sul punto non è stata contestata.

Non vi è stata poi disparità di trattamento o contraddittorietà in ordine alla valutazione della sostituzione di cinque armadi di protezione dei gruppi di riduzione, atteso che AGSM aveva proposto la sostituzione integrale dei gruppi di riduzione per cui la relativa valutazione è stata effettuata con riferimento alla stima

complessiva dell'intervento, mentre l'aggiudicataria aveva previsto il mantenimento dei gruppi esistenti con la sostituzione dei soli armadi, come precisato dall'amministrazione sul punto non contestata.

Contrariamente a quanto sostenuto da AGSM, la Commissione ha correttamente valutato il piano di investimenti tenendo conto dei criteri stabiliti dal bando di gara, i quali le consentivano di determinare il valore economico degli investimenti proposti ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio. D'altra parte nel settore della distribuzione del gas le soluzioni tecniche richieste per il potenziamento e la gestione del servizio, come sottolineato dall'Amministrazione, sono piuttosto standardizzate e comunque precisate nelle specifiche tecniche da osservare, per cui appare ragionevole la scelta di valutare tale piano in considerazione dei costi degli investimenti come stimati dalla Commissione; la quale peraltro, come previsto nella lettera di invito, doveva eliminare dal calcolo dei punteggi gli investimenti facenti parte degli obblighi contrattuali e quelli inutili ai fini del servizio.

Possono dichiararsi inammissibili per carenza di interesse, invece, le residue censure avanzate da AGSM con riferimento alle valutazioni effettuate dalla commissione di gara in ordine all'impianto di telecontrollo per ammodernamento tecnologico (valutabile al massimo 0,5 punti) ed alle opere da realizzare (valutabile al massimo 1 punto). Invero la differenza di punteggio della seconda classificata rispetto alla prima è di punti 3,823 per cui, pur sottraendosi punti 1,5 all'aggiudicataria, la seconda classificata, anche se le venissero attribuiti altri 1,5 punti, non potrebbe comunque superare la prima in classifica.

7.3.5. Prive di pregio sono infine le doglianze della seconda classificata con riferimento al giudizio sulla non anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria espresso dalla commissione di gara e convalidato dal responsabile del procedimento.

Invero, tenuto presente l'indirizzo giurisprudenziale (che il Collegio condivide) secondo il quale il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha

natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (C.d.S., IV, 20 maggio 2008, n. 2348; Sez. V 18 settembre 2009 e Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4933). il giudizio di attendibilità sull'offerta presentata da Gritti GAS (e relative giustificazioni) appare sufficientemente motivato da parte della commissione di gara, la quale ha evidenziato tra l'altro i seguenti aspetti, che non appaiono irragionevoli al Collegio e precisamente:

-il valore del canone di affidamento a favore del Comune è allineato con quello offerto da altri gestori della zona;

-l'impresa ha già personale disponibile in zona per il servizio di pronto intervento e per l'attività di manutenzione ordinaria;

-l'attività di manutenzione straordinaria è alquanto limitata tenuto conto del buono stato in cui si trova la rete distributiva;

-la quota di margine di profitto spettante al gestore anche se non elevata (circa euro 132.000 annui) non è del tutto evanescente.

7.5. Pertanto anche il ricorso originario di AGSM deve essere respinto.

8. In conclusione, l'appello principale e quello incidentale debbono essere accolti come in motivazione, con riforma della sentenza del TAR.

Sussistono giusti motivi per la compensazione integrale delle spese di entrambi i gradi di giudizio in considerazione della complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, come da motivazione accoglie l'appello principale e l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, respinge i ricorsi originari.

Spese compensate per i due gradi.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2010 con
l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione