

Consiglio di Stato, Sez. V, 4 gennaio 2011, n. 2

Contratti della P.A. – Gara - Affidamento del servizio di distribuzione del gas -
Predeterminazione del valore ponderale dell'elemento qualità e dell'elemento prezzo –
Discrezionalità della stazione appaltante – Sussiste.

N. 00002/2011 REG. DEC.

N. 09514/2009 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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9514 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Comune di Piovene Rocchette;

contro

Edison Dg Spa;

nei confronti di

Pasubio Group Srl;

per la riforma

del dispositivo di sentenza n.80/2009 e della sentenza n.746/ 2010, del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I resi tra le parti, concernenti AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Edison Dg Spa e di Pasubio Group Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2010 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Ferrettini, per delega dell'Avv. Clarizia, Pafundi, Sansone e Anania, per delega del'Avv. Ferretto.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Piovene Rocchette ha impugnato la sentenza del Tar Veneto n.746 in data 9 marzo 2010, notificata in data 31 marzo 2010 con cui, in accoglimento del ricorso dell'impresa Edison D.G., quarta classificata, sono state annullate la gara - esperita con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'attribuzione di un peso ponderale di 66 punti su 100 al canone annuo - e l'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Piovene Rocchette.

L'impugnata pronuncia , riprendendo i precedenti del medesimo tribunale, poggia sulla considerazione che l'art. 14, comma 6 del d.lgs. n. 146 del 2000, nel prevedere che la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas 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 di potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese

concorrenti, ha prefigurato una serie di parametri di carattere qualitativo cui l'amministrazione, pur nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, deve riservare una valutazione potenzialmente decisiva al fine di evitare che nella calibratura dei massimali dei punteggi da assegnare alle singole voci si determinino incongruenze di fondo. Nella specie, l'attribuzione di un peso ponderale di 66 punti destinato al canone annuo offerto e di altri 11 punti legati comunque ad aspetti economici dell'offerta ridurrebbe eccessivamente il peso dell'offerta qualitativa, oltrepassando i limiti della ragionevolezza delle scelte effettuate.

L'impugnazione del Comune, presentata dapprima contro il dispositivo e, poi, integrata avverso la sentenza, si basa sui seguenti motivi:

- violazione ed erronea applicazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000 per non avere il Tar valutato in concreto l'esercizio della discrezionalità nell'attribuzione del peso all'elemento canone, in considerazione degli esborsi da sostenersi da parte del Comune per il rimborso di accessioni ed impianti realizzati dal precedente concessionario (lo stesso Edison), dello stato ottimale degli impianti, della già completa metanizzazione del territorio;

- idoneità del peso attribuito a rendere potenzialmente decisiva la superiorità dell'offerta sotto il profilo qualitativo, come dimostrato dall'offerta originariamente vincitrice (della concorrente Pomilia Gas, poi esclusa) non contenente la migliore offerta economica;

Ha, inoltre, controdedotto a tutte le ulteriori censure assorbite in primo grado.

La Pasubio Group ha presentato appello incidentale riproponendo le eccezioni processuali avanzate in primo grado e, nel merito, sostenendo l'erroneità della sentenza a causa della discrezionalità dell'amministrazione nell'attribuire i punteggi ai diversi elementi qualitativi ed economici, per avere trascurato le condizioni di fatto che non avrebbero potuto determinare un bando diverso da quello indetto dall'amministrazione comunale, per essere comunque riconosciuto un valore

congruo agli elementi di tipo qualitativo. Ha riproposto argomenti difensivi anche riguardo agli altri motivi avanzati dalla ricorrente in primo grado , non esaminati.

Si è costituita Edison D.G. s.p.a., contestando, in rito, l'irricevibilità dell'appello di Pasubio per tardività del deposito, avvenuto oltre il termine di dieci giorni vigente per effetto dell'entrata in vigore del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 nonché l'inammissibilità dell'appello del Comune per mancata contestazione di un capo autonomo della motivazione di accoglimento della sentenza, inerente la violazione del disposto dell'art. 46 bis del D.L. n. 157/2007. Insiste, nella invocazione di tale disposizione in base alla quale non potrebbe essere privilegiato il canone riconosciuto all'amministrazione rispetto alle condizioni di vantaggio per i consumatori. Sottolinea , altresì, la fondatezza degli altri motivi di ricorso tra cui la violazione dell'art. 84, comma 8 d.Lgs. n. 163/2006 per non essere stato scelto il componente esterno della Commissione di valutazione sulla base di elenchi forniti dagli ordini professionali e per non essere iscritto ad un ordine professionale.

Le parti hanno depositato diffuse memorie.

All'udienza del 22 ottobre 2010 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Va, preliminarmente, dichiarata l'irricevibilità dell'appello incidentale della Pasubio perché depositato oltre il termine stabilito dall'art. 245 del decreto legislativo n. 163 del 2006 come modificato dall'art. 8 del decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 vigente al momento della presentazione del gravame.

2. E', invece, da respingere l'eccezione di inammissibilità dell'appello del Comune di Piovene Rocchette per mancata contestazione di un capo della motivazione di accoglimento della sentenza appellata, in relazione alla violazione dell'art. 46 bis del DL 1 ottobre 2007 n. 159, nel testo modificato dall'art. 2, comma 175 L. 24 dicembre 2007, n. 244.

Invero, il riferimento alla violazione dell'art. 46 bis contenuto nella sentenza di primo grado, lungi dal poter essere considerato alla stregua di un capo autonomo della motivazione della sentenza, rispecchia la questione di fondo della controversia, ossia l'obbligo per l'amministrazione di osservare un diverso bilanciamento nell'individuazione dei punteggi del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo rilievo maggiore ad elementi quali il livello di qualità e sicurezza del servizio e i piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle sedi e degli impianti. A riguardo, il Collegio rileva che l'appello si dirige proprio a contestare l'astratta applicazione di tali criteri - che l'art. 46 bis riprende esattamente dall'art. 14 d.lgs. n. 164/2000, richiamato espressamente - indipendentemente da una valutazione in concreto delle circostanze di fatto da parte dell'amministrazione, così investendo anche quella parte della sentenza che l'Edison intenderebbe sorretta da un'autonoma motivazione.

3. Nel merito, l'appello è fondato.

La controversia ripropone la questione, già più volte risolta dalla Sezione con decisioni dalle quali non si intende discostarsi, della legittimità dell'attribuzione di un peso ponderale di 66 punti su 100 al canone annuo di affidamento, ritenuta dal primo giudice illogica ed incongrua in quanto eccessivamente riduttiva del parametro qualitativo rispetto a quello economico, in contrasto con l'art. 14, comma 1 d.lgs. 164/2000.

Questa Sezione (Cons. St. Sez. V, 31.12.2008, n. 6745, 22.6.2010 n. 3890, 13.10.2010, n. 7454) ha avuto modo di ribadire, in fattispecie del tutto simili a quella oggetto del presente ricorso, che "la scelta di attribuire il peso di due terzi circa all'elemento economico non appare né irragionevole né sproporzionata mentre il rilievo significativo al dato economico appare giustificato dalla decisione dell'amministrazione di farsi integralmente carico dell'onere di rimborso spettante

al gestore uscente esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo e coerente con il rilievo prima svolto circa le buone condizioni di manutenzione della rete.”

Invero, dal combinato disposto dell'art. 14 d.lgs. n.164/2000 e dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 si desume che nessun vincolo sussiste in ordine ad una predeterminazione del valore ponderale dell'elemento qualità e dell'elemento prezzo, ma è dato alla pubblica amministrazione esercitare la propria discrezionalità in funzione delle condizioni concrete caratterizzanti la specifica procedura, garantendo i requisiti minimi di sicurezza degli impianti e delle strutture e gli ordinari interventi di manutenzione.

Non è stato infatti contestato che la rete e gli impianti fossero in buono stato di manutenzione e coprissero il territorio interessato dal servizio, tanto da comportare il rimborso da parte del Comune al vecchio gestore di oneri di notevole entità. Alla stregua di tali elementi di fatto, considerati in concreto dall'amministrazione con valutazione che il Collegio ritiene esente da illogicità o incongruità, non possono essere ritenuti come vincolanti nemmeno i suggerimenti espressi dall'Autorità dell'energia e dall'Autorità Garante della Concorrenza in segnalazioni o pareri che affrontano la materia delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas in via generale e vanno necessariamente comparati con le circostanze concrete di cui l'amministrazione deve farsi carico.

Altrettanto sintomatica della logicità e non distorsività della attribuzione dei pesi è la capacità di un'offerta qualitativamente migliore di superare quella caratterizzata dal canone maggiore, dimostrata dalla prima aggiudicazione del servizio ad un'impresa (la Pomilia Gas, poi esclusa) che non aveva offerto il canone più elevato.

Né può attribuirsi alla disposizione di cui all'art. 46 bis del D.L. n. 159/2007 l'introduzione di nuovi criteri che debbano guidare l'amministrazione nell'esercizio

della discrezionalità amministrativa quanto alla indicazione dei valori ponderali. La norma, infatti, non fa che ribadire i fattori da considerare nei bandi , dando rilievo “in maniera adeguata” – ossia coerente alle circostanze concrete della specifica procedura- alle condizioni economiche offerte ed in particolare a quelle a vantaggio dei consumatori, agli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, ai piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti. Non si ravvedono, pertanto, motivi tali da segnare una discontinuità rispetto ai casi già esaminati dalla Sezione e decisi nei sensi richiamati.

4. Venendo all'esame degli ulteriori motivi rimasti assorbiti in primo grado, alcuni dei quali trattabili congiuntamente per la loro stretta connessione, il Collegio ritiene che nessuno di essi meriti accoglimento.

5. L'atto di indirizzo per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas rientra nella competenza del Consiglio comunale in base all'art. 42, n. 2 lett.

a) d.lgs. n 267/2000 concernendo l'organizzazione del servizio. In merito, va osservato che esso non attiene alla fase di indizione della gara che, come atto di gestione, esula dalle competenze consiliari, ma ad aspetti organizzativi non prestabiliti che , pertanto, non possono che essere valutati dall'organo di indirizzo dell'ente.

6. Dall'individuazione dei bacini territoriali prevista dall'art. 46 bis , finalizzata al raggiungimento dei migliori livelli di efficienza e di riduzione dei costi in ambiti territoriali ottimali, come già questa Sezione ha evidenziato , “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 (dec. 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), 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 del 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. 46bis.” (Cons. St. n. 3890/2010).

7. Rientra poi nella discrezionalità del Comune la scelta circa l'accollo degli oneri del gestore uscente, finalizzata allo scopo di aprire alla concorrenza la gestione del servizio mediante pubblica gara, in piena sintonia con lo spirito della normativa di settore nazionale ed europea.

8. Quanto, infine , alla dedotta violazione dell'art. 84, comma 8 d. lgs. n. 163/2006 per la partecipazione alla Commissione di gara, come componente esterno, dell'ing. Marfurt , non appartenente ad elenchi offerti dall'Ordine degli ingegneri, né iscritto all'ordine stesso, il Collegio osserva come il bando di gara richiami espressamente come norme applicabili alla procedura l'art. 14 d.lgs. n. 164/2000 e l' art. 83 d.lgs. n. 163/2006 mentre non contenga alcun riferimento all'art. 84 per quanto riguarda la composizione della Commissione giudicatrice. Tale omissione ,

unitamente al ricorso di elementi propri della concessione di servizio pubblico , come tale sottratta alle disposizioni del codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 70, comma 1 dello stesso codice (Cons. St. Sez. V, 11.5.2009, n. 2864) , induce il Collegio a ritenere necessario l'accertamento, in concreto, del rispetto delle finalità dell'art. 84, comma 8 del d. lgs. n. 163/2006, espressione del principio per cui i commissari devono essere “ periti peritorum della materia sulla quale devono esprimere il loro delicato giudizio e che il possesso dei requisiti di cui si è discorso debba essere valutato anche in relazione ai concreti aspetti sui quali i medesimi devono formulare il loro giudizio” (Cons. St. 14.10.2009, n.6297). Ciò considerato, tenuto conto del peculiare oggetto e della specifica disciplina applicabile alla gara ,caratterizzata da elevato tecnicismo delle valutazioni, non ripetitività delle procedure,intraprese in base ad una recente normativa, esiguità di esperti in grado di svolgere l'incarico con sufficienti competenze tecniche specifiche ed ambito locale della ricerca del componente , ritiene che la scelta discrezionale dell'amministrazione caduta sull'ing. Marfurt, dotato, come risulta dalla copiosa documentazione depositata dal Comune , di competenze tecniche specifiche in materia di servizi di distribuzione del gas, non possa considerarsi affetta dai vizi denunciati.

9. In conclusione, l'appello del Comune deve essere accolto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello del Comune di Piovene Rocchette e dichiara irricevibile l'appello incidentale di Pasubio Group s.r.l.; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2011

IL SEGRETARIO

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