



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1458 del 2012, proposto da:

Enel Rete Gas Spa (Già 2igas Infrastruttura Italiana Gas S.r.l.), rappresentata e difesa dagli avv. Francesca Mazzonetto, Davide Volpe, Carlo Mongiat, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Elena Cappellaro in Milano, via Brera, 5;

***contro***

Comune di Paderno Dugnano, rappresentato e difeso dall'avv. Monica Modolo, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar, Via F.Corridoni 39;

***nei confronti di***

Società Italiana Per il Gas S.p.A. - Italgas, rappresentata e difesa dagli avv. Nicola Bassi, Marco Reggiani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nicola Bassi in Milano, via Serbelloni, 7;

Gelsia Reti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Santamaria, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, Galleria del Corso, 2;

***per l'annullamento***

della determinazione del Direttore Opere per il Territorio e l'Ambiente del Comune di Paderno Dugnano n. 319/PT del 27 aprile 2012, recante aggiudicazione definitiva per la concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale C.I.G. 0764470C96; nonchè di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paderno Dugnano e delle Società Italiana Per il Gas S.p.A. - Italgas e Gelsia Reti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La società ricorrente ha impugnato l'atto di aggiudicazione del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio comunale per un periodo di 12 anni, a favore della società controinteressata Italiana per il gas – Italgas, unitamente agli atti di gara.

Una prima aggiudicazione, che vedeva al primo posto la società Italgas e al secondo la società Gelsia e al terzo la ricorrente (allora con la denominazione E.ON Rete), è stata annullata da questo Tribunale (I Sez.), con sentenza n. 125 del 13 gennaio 2012, in accoglimento del motivo relativo al mancato avvio del sub procedimento di verifica dell'anomalia relativamente alle offerte delle due prime classificate.

La stazione appaltante ha quindi avviato il procedimento di verifica in merito alla sostenibilità economica dell'offerta.

La verifica dava esito positivo, per cui la graduatoria veniva confermata, secondo il seguente ordine: Italgas con punti 87/100, Gelsia con punti 81,1/100 e E.ON Rete gas (ora 2iGas Infrastruttura Italiana Gas), con punti 69,34/100.

La società ricorrente, dopo l'informativa ex art 243 bis D. lgs. 163/2006, ha impugnato l'aggiudicazione, articolando le seguenti censure, tutte relative alle offerte:

1) violazione e falsa applicazione dell'art 4 del disciplinare di gara; violazione del D.M. 52565 del 21 aprile 2011, violazione degli artt. 3 e 97 Cost. e 1 e 3 L. 241/90; eccesso di potere per difetto di istruttoria, incongruenza e sviamento: la aggiudicataria non destinerà tutto il personale al servizio sul territorio del Comune di Paderno Dugnano, in violazione a quanto disposto dall'art 4 del disciplinare e dal D.M. 21 aprile 2011; in base al numero delle persone destinate al servizio non viene garantito il rapporto ottimale di cui al DM sopra indicato;

2) violazione degli artt. 3 e 97 Cost. violazione degli artt. 1 e 3 L. 241/90 eccesso di potere di potere per difetto di istruttoria, incongruenza e sviamento: la voce "altri i costi di gestione" differente rispetto alla costo del lavoro, è stata indicata in modo generico; leggendo poi il conto economico in merito alla sostenibilità economica dell'offerta emerge che il totale dei costi operativi di gestione per anno sono pari al 18% del VRD (vincolo sui ricavi) del Comune: secondo l'AEEG la soglia ottimale del costo di gestione deve essere intorno al 45% del VRD;

3) violazione sotto un distinto profilo degli artt. 3 e 97 Cost. violazione degli artt 1 e 3 L. 241/90; eccesso di potere per difetto di istruttoria, incongruenza, sviamento ed antieconomicità: rispetto all'offerta di Gelsia, la ricorrente contesta la voce "costi di gestione", che è stata indicata in modo generico, senza la distinzione delle singole voci;

4) violazione sotto un distinto profilo degli artt. 3 e 97 Cost. violazione degli artt 1 e 3 L. 241/90; eccesso di potere per difetto di istruttoria, incongruenza, sviamento ed antieconomicità: Gelsia non ha chiarito le modalità con cui stima di far fronte alle esigenze di cassa generate in ciascun anno.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione comunale intimata e la società controinteressate, chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 21 giugno 2012 la domanda cautelare veniva rinunciata.

Il Collegio con ordinanza n. 754 del 22 marzo 2013, ha disposto una verifica, in considerazione della tecnicità dei profili di incongruenza dell'offerta rilevati, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., incaricando il Presidente dell'Autorità per l'energia e il gas, con facoltà di delega a funzionari di sua fiducia.

Questi i quesiti oggetto della verifica:

- con riferimento agli addetti: se il modello lavorativo e il numero di addetti indicati nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria siano sufficienti per garantire adeguatamente il servizio, anche alla luce dei parametri fissati nel DM 21 aprile 2011;

- con riferimento ai tempi di intervento sulle richieste dei clienti, se l'offerta economica sia compatibile con il

numero di addetti per p.d.r..

- se possano ritenersi attendibili la misura dei costi dichiarati da ITALGAS (corrispondente al 18,6% del VRD) e la mancata indicazione, nel conto economico presentato dall'aggiudicataria, degli oneri finanziari connessi agli investimenti necessari per la gestione del servizio nel periodo di affidamento.

La relazione conclusiva veniva depositata in data 8 novembre 2013.

All'udienza del 3 dicembre 2013, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 6 dicembre 2013 è stato depositato il dispositivo di sentenza.

## DIRITTO

1) Il presente ricorso è stato proposto avverso l'atto di aggiudicazione del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio del Comune di Pademo Dugnano, servizio aggiudicato alla società Italgas, odierna controinteressata.

La ricorrente si è classificata al terzo posto, dopo Italgas e Gelsia.

Contesta nei motivi di ricorso, la non congruità delle offerte delle prime classificate, in particolare rispetto al modello lavorativo e al numero dei lavoratori addetto ai punti di prelievo, nonché la violazione della "clausola sociale", introdotta nell'art 4 del Disciplinare di gara, che impone al gestore entrante di acquisire tutto il personale del gestore uscente.

Anche alla luce dell'esito della verifica, il ricorso deve essere respinto.

2) Prima di esaminare tutti i singoli profili, sono opportune alcune precisazioni.

2.1 Il D.M. 21 aprile 2011, contenente "Disposizioni per governare gli effetti sociali connessi ai nuovi affidamenti delle concessioni di distribuzione del gas in attuazione del comma 6, dell'art. 28 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, recante norme comuni per il mercato interno del gas" è entrato in vigore il 5 maggio 2011, quindi successivamente alla data di pubblicazione del bando, avvenuta il 13 gennaio 2011, nonché al termine di presentazione delle offerte.

Il DM introduce una disciplina nuova, per cui può trovare applicazione solo con riferimento alle gare bandite dopo la sua entrata in vigore, non solo in virtù del generale divieto di retroattività della legge, ma anche perché l'operatore economico deve poter formulare un'offerta sulla base di parametri certi, che non possono mutare nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

Per tale ragione non si può condividere la tesi di parte ricorrente, secondo cui il DM deve trovare applicazione, perché l'assunzione dei dipendenti "attiene alla fase di esecuzione del servizio e non alla fase dell'affidamento dello stesso".

Quindi, nel caso di specie, il profilo dell'assorbimento del personale è disciplinato dalla lex specialis e in particolare dall'art 4 del Disciplinare e dall'art 13 dell'allegato schema di contratto.

2.2 E' opportuno richiamare, in sintesi, l'esito della verifica sui tre quesiti posti nell'ordinanza collegiale:

- il rapporto addetto/punti di consegna (1 ogni 3.900) è stato ritenuto adeguato;
- l'aggiudicatario è in grado di assolvere, nel rispetto della normativa vigente e della regolazione dell'Autorità, gli impegni assunti nei confronti dell'Ente Locale concedente, in termini di qualità delle prestazioni offerte;
- rispetto agli oneri finanziari connessi agli investimenti necessari per la gestione del servizio, l'Autorità ha ritenuto che l'approccio seguito dall'aggiudicataria sia "coerente con le prassi di valutazione finanziaria".

L'eccezione sollevata da parte ricorrente circa la nullità della verifica, per la mancanza di contraddittorio, è infondata, in quanto è stata osservata la procedura posta nel codice per tale mezzo di prova.

3) Alla luce di queste precisazioni, si possono esaminare le censure e le argomentazioni introdotte nei motivi di ricorso, rammentando che esula dal potere del giudice amministrativo entrare nel merito del giudizio con cui la Commissione di gara ha valutato le giustificazioni dell'offerta prodotte dall'aggiudicataria, essendo il sindacato

giurisdizionale circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento.

3.1 Nel primo motivo parte ricorrente lamenta la violazione dell'art 4 del disciplinare di gara e dell'art 13 del contratto di servizio, nonché del DM 21 aprile 2011, l'incongruenza e il difetto di istruttoria, poiché l'aggiudicataria utilizza personale impiegato nella gestione degli impianti di Comuni contermini, senza tra l'altro aver indicato nell'offerta la destinazione effettiva del personale non utilizzato sul territorio comunale di Paderno Dugnano (punti I e III del motivo in esame).

Viene altresì offerto un servizio inefficace e antieconomico, perché non verrebbe rispettato il rapporto ottimale tra persona dedicata alla gestione e pdr (punto II del motivo).

Da ultimo (punto IV) si lamenta la mancata richiesta di chiarimenti da parte della commissione sulla capitalizzazione dei costi del personale in misura pari al 25% degli investimenti.

Il motivo non è fondato.

Va in primo luogo richiamato l'orientamento formatosi sul valore della clausola sociale, in base al quale "la clausola sociale impone l'obbligo di continuità nell'assunzione dei lavoratori dipendenti dalla precedente affidataria dell'appalto, va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. I lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. Nel caso in cui la c.d. "clausola sociale" sia stata richiamata espressamente dal bando, essa assume portata cogente, sia per gli offerenti che per l'Amministrazione. Ciò implica che l'offerente non può obliare la portata riducendo ad libitum il numero di unità impiegate nell'appalto cui rapportare il servizio; ovvero, a tutto concedere, potrebbe così operare, chiarendo però il formale rispetto della detta prescrizione, richiamando la "flessibilità" affermata dal diritto vivente, e disponendo che le unità assunte vadano adibite ad altre mansioni e servizi" (da ultimo Cons. Stato n. 5725 del 2 dicembre 2013).

L'art 4 del disciplinare prevede che "l'aggiudicataria della gara ha l'obbligo di assumere il personale dipendente del Gestore uscente dedicato alla gestione degli impianti, come indicato nell'art 12 dello schema di contratto di servizio, salvo rinuncia degli interessati".

Nel contratto di servizio la disposizione in materia è l'art 13.4 lett e), che tra gli adempimenti, impone al gestore: "all'atto della consegna degli impianti in sede di aggiudicazione, ad assumere il personale già dipendente del precedente gestore, dedicato alla gestione delle reti degli impianti nel territorio di Paderno Dugnano".

Dalla disciplina della *lex specialis* si evince che il nuovo gestore deve assumere i dipendenti del gestore uscente, precedentemente addetti al servizio gas, ma non può dedursi alcun obbligo a mantenere gli stessi sull'impianto del Comune di Paderno Dugnano.

In tal senso la semplice interpretazione letterale delle due disposizioni: l'art 4 si limita ad introdurre l'obbligo di assorbimento del personale; l'art 13.4 dello schema di contratto di servizio, individua il personale da assorbire, (cioè quello addetto al servizio); se la volontà della stazione appaltante fosse stata quella di mantenere il personale assorbito sul territorio comunale, avrebbe precisato "dedicandolo alla gestione delle reti degli impianti del territorio di Paderno Dugnano".

Come affermato nella decisione sopra riportata, il nuovo gestore ha certamente l'obbligo prioritario di rispettare le mansioni proprie del "personale assorbito", solo nel caso in cui ciò non sia possibile, impiegarli in altri settori, e

solo quale extrema ratio, fare ricorso alle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali.

Nel caso di specie non si ravvisa pertanto la violazione lamentata, poichè le mansioni vengono rispettate, ma, per una scelta organizzativa e gestionale, di ottimizzazione delle risorse, alcune unità vengono assegnate agli impianti di altri comuni limitrofi.

Né la clausola sociale impone al nuovo gestore, all'atto della sottoscrizione, di indicare dove destinerà il personale, come ritiene parte ricorrente.

Ha puntualmente osservato la difesa di Italgas. e il Collegio condivide tale lettura, che in ogni caso neppure il D.M. 21 aprile 2011 impone l'assegnazione dei lavoratori negli stessi luoghi, limitandosi l'art 2 a garantire "la salvaguardia delle condizioni economiche individuali in godimento, con riferimento ai trattamenti fissi e continuativi e agli istituti legati all'anzianità di servizio".

3.3 Quanto alla lamentata violazione contenuta nel punto II, circa il rapporto ottimale - 1.500 pdr/addetto- definito dal Ministero dello Sviluppo Economico con D.M. del 21 aprile 2011 e necessario alla corretta gestione del servizio, si rinvia all'esito della verifica.

L'Autorità ha accertato la congruità dell'offerta, in relazione al numero degli addetti ai punti di riconsegna e alla tipologia di servizio offerto, prendendo come parametri di raffronto non solo il DM 21 aprile 2011, (che come detto non sarebbe applicabile all'appalto de quo), ma quelli fissati dalle delibere dell'Autorità, in materia di modalità di esecuzione delle prestazioni fornite dalle imprese di distribuzione del gas, in particolare le delibere 28 dicembre 2000 n. 236/00 e 2 marzo 2000 n. 47/00, nonché la delibera 7 agosto 2008 ARG/gas 120/08 "Regolazione della qualità dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012".

Ha ritenuto l'Autorità che il valore soglia richiamato da parte ricorrente, cioè 1.500 punti di riconsegna per addetto "rappresenta un valore al di sotto del quale si paleserebbe una inefficienza nell'utilizzo del personale per la gestione del servizio". Precisa il verificatore che ciò "è avvalorato anche dalla lettura delle premesse motivazionali del decreto 21 aprile 2011, dalle quali si evince che la definizione di un numero punti di riconsegna per addetto è funzionale a garantire la verifica della congruità dell'entità del personale indicato dai gestori uscenti, al fine di evitare comportamenti opportunistici da parte del gestore uscente e ostacoli al processo di efficienza operativa".

Per tale ragione il verificatore ha ritenuto che il rapporto proposto, di 1/3.900 per l'impianto di Paderno Dugnano (che conta 21.788 punti di riconsegna), non solo non violerebbe la soglia minima del D.M., ma garantisce un adeguato livello di servizio.

L'offerta economica è stata ritenuta compatibile anche rispetto ai tempi di intervento sulle richieste dei clienti: l'Autorità ha rilevato che l'aggiudicataria si avvale di un Centro di supervisione integrato, dispone di un numero verde e di sistemi informativi funzionali a garantire a ciascuna unità territoriale dislocata sul territorio nazionale l'accessibilità all'applicazione informatica di cartografia e di gestione delle utenze. In tal modo vengono ridotti i tempi di risposta alle richieste di intervento, ottimizzando anche l'assegnazione delle risorse in caso di richieste di pronto intervento, essendo Italgas dotata di un sistema informativo "Workforce Management".

Sempre nel primo motivo, al punto IV, si lamenta l'illegittimità dell'operato della Commissione che non avrebbe richiesto alcuna precisazione circa la capitalizzazione dei costi del personale.

Anche questa censura non può trovare accoglimento, dal momento che, come si vedrà nel punto successivo, l'offerta di Italgas è stata ritenuta coerente e sostenibile, anche dal punto di vista dei costi del personale e della voce investimenti e finanziaria.

4) Nella seconda censura si contesta la voce dell'offerta "altri costi di gestione" diversi dal costo del lavoro, per l'acquisizione esterna di beni/prestazioni e servizi: rileva parte ricorrente che dalla documentazione non si evince una indicazione precisa e dettagliata dei costi per singole voci, ma solo dati generici.

L'incongruità dell'offerta emergerebbe perché i costi operativi di gestione sono pari a 18,6% del VRD che è pari a € 244.517,00, mentre in media i costi di gestione sono pari al 45% del VRD, percentuale che consente una gestione del servizio tale da garantire i dovuti livelli di qualità e sicurezza in una realtà locale assunta a riferimento.

Il VRD è il vincolo sui ricavi di distribuzione, determinato dalla delibera dell'Autorità 6 novembre 2008 ARG/gas 159/08, valore che dipende dal capitale investito, dalla quota di ammortamento e dai costi operativi.

Tuttavia, come ha osservato la difesa dell'Amministrazione Comunale, la ricorrente ha preso come riferimento di calcolo per i costi di gestione, il parametro medio del 45% del VRD, applicandolo senza tenere conto della realtà di impresa della concessione.

La valutazione dell'Autorità è invece effettuata globalmente sull'offerta, esaminando i vari piani finanziari presentati, giungendo ad un giudizio complessivo, di coerenza e di affidabilità.

Rileva l'Autorità che l'aggiudicataria propone un modello organizzativo volto alla ottimizzazione dell'utilizzo delle risorse sul territorio, dedicando risorse di gestione e attività di investimento in proporzione variabile lungo l'arco di tempo di durata della concessione.

Tale ripartizione è valutata come adeguata dall'Autorità, rispetto alla conduzione dell'impianto e allo svolgimento delle attività inerenti gli investimenti, prevedendo una flessione degli investimenti all'approssimarsi della fine del periodo concessorio.

Sulla base quindi dell'esito della verifica anche le contestazioni relative ai profili di diseconomicità dell'offerta, sono infondate.

5) A seguito del rigetto dei motivi articolati verso la prima classificata, viene meno l'interesse all'esame dei due motivi articolati verso la seconda classificata, poiché in ogni caso, la ricorrente non potrebbe ottenere l'aggiudicazione del servizio.

6) Per le ragioni sopra riportate, supportate dalle osservazioni contenute nella verifica, il ricorso deve essere respinto.

La complessità della questione sottoposta giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

Dovrà invece essere posta a carico della società ricorrente il compenso che verrà richiesta dall'Autorità per la verifica, da liquidarsi con separato provvedimento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2014

IL SEGRETARIO

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