



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 1290 del 2010, proposto da:
Pasubio Group S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Maria Cristina D'Alessandro e
Antonio Ferretto, con domicilio eletto presso Maria Cristina
D'Alessandro in Roma, via Flaminia, 366;

contro

Ascopiave S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Barel e Luigi Manzi, con
domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico
Confalonieri, 5;

nei confronti di

Comune di Isola Vicentina, in persona del Sindaco p.t.,
rappresentato e difeso dagli avv. Dario Meneguzzo e Orlando Sivieri,

con domicilio eletto presso Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria N. 5;

Ati Linea Distribuzione S.r.l. - Gestir S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 02579/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 02579/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ascopiave S.p.A. e del Comune di Isola Vicentina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Zini, per delega dell'avv. Ferretto, Manzi e Sivieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Ascopiave s.p.a., concessionaria del servizio di distribuzione del gas naturale nel Comune di Isola Vicentina in regime di proroga e classificatasi terza nella procedura ristretta, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal medesimo

Comune , ha impugnato con ricorso e con successivi motivi aggiunti la deliberazione comunale recante indirizzi sulla procedura di gara, il bando , la lettera d'invito e l'aggiudicazione definitiva in favore di Pasubio Group s.r.l. .

Con successivo ricorso ha altresì impugnato , unitamente all'aggiudicazione definitiva, la determinazione di nomina della Commissione di gara e gli atti concernenti la procedura comprese le rettifiche intervenute in corso di gara.

Il Tar, riuniti i ricorsi, richiamando la propria giurisprudenza in materia, li ha accolti annullando il bando di gara e la delibera comunale che ne aveva determinato il contenuto, ritenendo sperequato il punteggio preminentemente orientato a favore del contenuto economico dell'offerta.

Propone appello l'aggiudicataria Pasubio Group riproponendo in primo luogo le eccezioni pregiudiziali concernenti la carenza di interesse della ricorrente all'impugnazione delle clausole del bando per non avere queste natura immediatamente lesiva e , comunque, all'annullamento degli atti di gara.

Nel merito, censura la sentenza di primo grado contestando che la distribuzione del punteggio contrastasse con l'art. 14, comma 6 del d. lgs. n. 164 del 2000 essendo essa rimessa ad una valutazione discrezionale della p.a.

Costituendosi in giudizio, Ascopiave, oltre a contrastare le eccezioni pregiudiziali di rito, ha riproposto alcuni dei motivi di merito

proposti contro gli atti di gara, non esaminati dal primo giudice, ma comunque a suo dire dirimenti, relativi alla violazione degli artt. 64 e 67 del codice dei contratti pubblici, attesa la difformità della lettera di invito rispetto al bando di gara tale da turbare la par condicio tra i concorrenti ed alterare l'andamento della gara; la nomina anticipata e l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice; il difetto di istruttoria e l'illogicità per la mancata considerazione della circostanza dell'interconnessione della rete di distribuzione del Comune di Isola Vicentina con quella di altri comuni limitrofi.

Si è costituito il Comune di Isola Vicentina a sostegno dell'appellante.

All'udienza del 27 settembre 2011, in vista della quale le parti hanno presentato memorie, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. Occorre, preliminarmente, affrontare l'eccezione pregiudiziale sollevata dall'appellante circa la carenza di interesse della Ascopiave all'impugnazione del bando e degli atti di gara.

L'eccezione è infondata, alla luce della consolidata giurisprudenza (di recente, Cons. St. Ad. Pl. 11.1.2011, n. 3; Sez. V, 15.10.2010, n. 7515, 21.2.2011, n. 1082) secondo cui l'interesse strumentale alla riedizione integrale della procedura di gara di cui sia titolare un'impresa che abbia legittimamente partecipato alla gara, così differenziando la propria posizione rispetto a quella di un qualsiasi operatore del settore che aspiri, di fatto, a partecipare ad una futura selezione, è idoneo a radicare la legittimazione ad agire, in quanto collegato ad

una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione è realizzabile unicamente mediante il rinnovo della procedura.

Non occorre poi soffermarsi sulla immediata lesività delle disposizioni di bando impugnate, avendo la ricorrente in primo grado provveduto comunque ad impugnare gli atti di gara in esito all'aggiudicazione in favore di Pasubio Group.

3. Nel merito, occorre osservare che sulla questione su cui si fonda la pronuncia di accoglimento il gravame di Pasubio coglie nel segno, alla luce della giurisprudenza formatasi anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 1.6.2011 n. 93, *ratione temporis* inapplicabile alla presente fattispecie (a partire da Cons. St. Sez. V, 19.9.2008, n. 4540; 31.12.2008, n. 6744; 26.1.2009, n. 370; 4.1.2011, n. 2; 17.1.2011, n. 224) – cui il Collegio intende conformarsi - di segno opposto alla sentenza di primo grado.

Sul punto, occorre infatti ribadire che la lettera dell'art. 14, comma 6 del decreto legislativo n. 164 del 2000, non prevedendo una predeterminazione del valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, ha lasciato spazio alla discrezionalità della stazione appaltante da esercitare in relazione agli interessi specifici ed alle condizioni della rete; peraltro, la preponderanza attribuita all'elemento economico dell'offerta non è tale da marginalizzare

completamente l'elemento della qualità tecnica, mentre è controbilanciata, sul piano economico, dalla decisione dell'ente di farsi carico completamente dei costi in favore del gestore uscente, così non risultando né sproporzionata né irragionevole. La sicurezza è inoltre garantita secondo quanto previsto dal contratto di servizio.

4. Occorre, tuttavia, esaminare gli ulteriori motivi, originariamente proposti con il ricorso di primo grado e non esaminati in quanto assorbiti, ritualmente sottoposti dalla difesa della Ascopiave.

Questa ha denunciato l'illegittimità degli atti di gara per violazione degli articoli 64 e 67 del codice dei contratti pubblici, in considerazione dei mutamenti intervenuti in corso di gara sull'ammontare della cauzione e sul versamento di una somma una tantum e per difformità tra bando e lettera di invito nell'indicazione di alcuni pesi ponderali.

Ciò avrebbe comportato, oltre ad un andamento anomalo della procedura, in cui i concorrenti non erano tempestivamente messi in grado di conoscere con certezza le regole, una lesione della par condicio dei partecipanti, i quali avrebbero formulato la propria offerta senza conoscere in anticipo quali pesi la Commissione avrebbe applicato.

Le controparti - in particolare il Comune - sostengono l'irrilevanza di meri errori materiali, peraltro inidonei a fondare l'interesse della ricorrente, prontamente emendati dalla stazione appaltante e superabili da parte dei partecipanti in base al principio della

prevalenza del bando sulla lettera di invito.

Le modifiche (ovvero correzioni, secondo l'impostazione del Comune) della lettera d'invito rispetto al bando hanno riguardato sia l'importo della cauzione, sia alcuni pesi ponderali. La Commissione di valutazione, che in un primo momento aveva applicato i pesi indicati nella lettera di invito, è stata riconvocata ed ha rivisto il proprio operato, applicando i pesi ponderali del bando senza, peraltro, effetti ai fini della formulazione della graduatoria finale.

Deve osservarsi che nelle procedure ristrette vale la regola dell'inderogabilità del bando da parte della lettera d'invito, correlata sia alla funzione meramente integrativa della lettera d'invito rispetto al bando, sia alla necessità che le prescrizioni rese note alla generalità degli aspiranti a partecipare alla gara non possano essere modificate con un atto rivolto alle sole imprese che abbiano chiesto di partecipare. L'applicazione di detta regola comporta che ove la stazione appaltante riscontri una illegittimità ovvero intenda modificare le prescrizioni del bando di gara, non può procedere ad una sua rettifica mediante la lettera d'invito, ma è tenuta ad utilizzare per la modifica lo strumento del *contrarius actus*. Parimenti, quando illegittimità vengano riscontrate nella lettera d'invito, né l'amministrazione né la Commissione hanno il potere di emendarla dopo l'apertura delle offerte, avendo la possibilità di annullare l'intera gara (Cons. St. Sez. V, 17.10.2008, n. 5095).

Sebbene quindi, sotto il profilo interpretativo, il contrasto tra bando

e lettera d'invito vada risolto in base alla prevalenza del primo, quale *lex specialis* della selezione concorsuale (Cons. St. Sez. V, 29.3.2004, n. 1660, che richiama il parere della Sez. II, n. 149 del 7 marzo 2001), ciò non toglie che la difformità tra i due atti – indipendentemente dai motivi che abbiano, consapevolmente o per mero errore materiale, indotto l'amministrazione alla modifica delle prescrizioni nella lettera d'invito - sia idonea, in concreto, a pregiudicare l'imparzialità e l'applicazione uniforme delle regole nei confronti di tutti i partecipanti. La Ascopiave, al pari degli altri concorrenti, al momento di presentare l'offerta, ha dovuto tener conto della contraddittoria modifica delle prescrizioni sulle cauzioni (modifica della cauzione una tantum, reintroduzione, a pochi giorni dalla scadenza del termine di scadenza per la partecipazione, dell'obbligo di versamento una tantum della somma di 250.000 euro) ed ha presentato un'offerta confidando (o, comunque, potendo confidare, non prevedendo il successivo comportamento della Commissione di valutazione) nell'attribuzione di pesi ponderali contenuti nella lettera d'invito difformi da quelli indicati nel bando.

Il comportamento della stazione appaltante e della Commissione – che prima ha applicato le regole della lettera d'invito per poi correggersi applicando i pesi indicati nel bando - avvalorava lo stato di incertezza e la turbativa al corretto ed uniforme svolgimento della procedura di selezione denunciato da Ascopiave e la violazione dei principi di correttezza, pubblicità, trasparenza e par condicio tra i

concorrenti di cui agli articoli 2, 64 e 67 del codice dei contratti pubblici , applicabili a tutte le procedure di scelta, sia dell'appaltatore che del concessionario, anche in base all'espresso richiamo contenuto nell'art. 30 dello stesso codice.

5. Illegittima deve anche considerarsi la nomina della Commissione di gara, avvenuta in data 21 marzo 2008, anteriormente al termine da ultimo stabilito per la presentazione delle offerte del 21 maggio 2008. Ininfluyente appare, invero, la circostanza che il termine per la presentazione delle offerte fosse stato originariamente fissato per il 31 dicembre 2007, visto che la regola per cui la costituzione della commissione deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte deve trovare applicazione in concreto, secondo le circostanze del caso e, quindi, il suo rispetto va valutato tenendo conto del termine effettivo di scadenza.

La disposizione dell'art. 84, comma 10 del d. lgs. n. 163 è espressione di un principio di ordine generale, rispondente ad esigenze di imparzialità della procedura di gara, allo scopo di evitare collusioni tra commissari e concorrenti, ed è applicabile ad ogni specie di competizione (Cons. Stato Sez. V, 24-03-2011, n. 1784).

Anche la sua violazione , quindi, comporta l'illegittimità della procedura di selezione impugnata.

6. La fondatezza dei motivi esaminati, rimasti assorbiti nella sentenza di primo grado, esime il Collegio dalla valutazione delle restanti censure di primo grado riproposte da Ascopiave.

In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza di primo grado confermata, sebbene con diversa motivazione.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado con diversa motivazione.

Spese compensate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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