

N. 01515/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00581/2011 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 581 del 2011, proposto da:
A2a Reti Gas Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Todarello,
Giuseppe Fuda e Claudia Sarrocco, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv.to Chiara Ghidotti in Brescia, Via Solferino n. 55;

contro

Comune di Gorlago, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maurizio
Zoppolato e Angela Canta, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv.to Mauro Ballerini in Brescia, Via della Stazione n. 37;

nei confronti di

Unigas Distribuzione Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuliano
Sgobbi, Stefano Sonzogni e Mauro Ballerini, con domicilio eletto
presso lo studio di quest'ultimo in Brescia, Via della Stazione n. 37;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO IN DATA 15/3/2011 N. 56, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DEL GAS NATURALE NEL TERRITORIO COMUNALE;
- DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA IN DATA 11/3/2011;
- DEL VERBALE DELLA SESSIONE RISERVATA DI GARA DELL'11/3/2011, DI ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI PER L'OFFERTA TECNICA;
- DEL VERBALE DELLA SESSIONE PUBBLICA DI GARA DELL'11/3/2011, CHE DA' ATTO DELLA LETTURA DEI PUNTEGGI E DELL'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA;
- DI OGNI ALTRO ATTO PRESUPPOSTO, CONNESSO E CONSEGUENTE, COMPRESO IL DISCIPLINARE, GLI ALTRI VERBALI DI GARA, LA DETERMINAZIONE DI NOMINA DELLA COMMISSIONE N. 8 IN DATA 1/3/2011 E IL DINIEGO DI AUTOTUTELA SULL'INFORMATIVA DI RICORSO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gorlago e di Unigas Distribuzione Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Unigas Distribuzione Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2011 il dott.

Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas nel territorio comunale. Il metodo di affidamento prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e all'esito del confronto comparativo – che ha coinvolto solo la ricorrente e la controinteressata – quest'ultima si piazzava al primo posto con 97 punti (37 per la qualità e 60 per il prezzo) davanti ad A2A che riportava 88,50 punti (rispettivamente 37 e 51,50).

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione e falsa applicazione della lex specialis, dell'art. 102-bis del D.P.R. 917/86, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, poiché il valore dell'indennizzo da versare al gestore uscente doveva essere ammortizzato secondo i parametri predeterminati dall'AEEG in base alla vita utile degli impianti (art. 102-bis espressamente richiamato dal disciplinare a pag. 13 e dall'art. 6 del contratto servizio) mentre Unigas ha utilizzato un coefficiente del 2,5% ipotizzando una durata di 40 anni per ogni categoria di

cespite (immobili, condotte, impianti, etc.), ottenendo in tal modo indebitamente una rata di ammortamento più ridotta e costante;

b) Violazione del principio di par condicio tra i partecipanti, difetto di istruttoria, inosservanza dei principi comunitari di concorrenzialità, in quanto l'applicazione di una vita utile residua diversa da quella prevista dall'AEEG insinua un vizio che incide sulle condizioni alla base dell'offerta, con surrettizia modificazione dei tempi di ammortamento delle infrastrutture;

c) Omesso compimento della verifica di anomalia, in presenza dei presupposti per l'indagine stabiliti dal disciplinare nel caso di punteggi superiori ad 80/100;

d) Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza, difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti di fatto ed incoerenza del giudizio, in quanto le valutazioni della Commissione risultano illogiche ed incongruenti con l'attribuzione ad Unigas di punteggi qualitativi sproporzionati in confronto all'offerta di A2A;

e) Violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006 e dei principi di trasparenza, in quanto è stato nominato membro della Commissione un soggetto esterno che aveva svolto attività di consulenza nella preparazione degli atti di gara;

f) In via ulteriormente subordinata, violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006 e dei principi di non discriminazione e trasparenza, dato che i criteri e sotto-criteri di valutazione non sono stati accompagnati dalla determinazione dei sotto-pesi ponderali.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 668, adottata nella Camera di consiglio del 4/5/2011, questo Tribunale ha disposto il compimento di attività istruttoria, incaricando all'uopo il Responsabile del Settore Tecnico del Comune.

Nel frattempo, la controinteressata ha proposto ricorso incidentale, depositato il 23/5/2011, sostenendo che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa per i seguenti profili in diritto:

g) Violazione dell'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006 e dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, per omessa allegazione delle dichiarazioni di 6 procuratori speciali sull'insussistenza di cause di esclusione;

h) Violazione degli artt. 1, 3 e 6 della L. 241/90, degli artt. 3, 7 e 8 del disciplinare, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento, per l'avvenuta formulazione di un PEF difforme dalle prescrizioni della lex specialis di gara.

Dopo il deposito della relazione istruttoria, con ordinanza in data 10/6/2011 n. 891 questa Sezione, nel fissare l'udienza di trattazione della causa nel merito ai sensi dell'art. 55 comma 10 del Codice del processo amministrativo, disponeva una verifica nel contraddittorio delle parti, da affidare all'Ordine dei dottori commercialisti di Brescia, nella persona del suo Presidente (o delegato).

L'attività doveva consistere nel calcolo dell'ammortamento della somma di 2.235.000 € (da riconoscere al gestore uscente) secondo l'art. 102-bis del D.P.R. 917/86, e doveva altresì illustrare:

- se detto meccanismo doveva condurre all'individuazione di un valore identico per tutti i partecipanti alla gara;
- se i partecipanti (diversi dal gestore uscente) disponevano di sufficienti dati relativi ai cespiti per risalire al cd. valore a nuovo, ossia se in altri termini gli elementi a disposizione (come ad esempio i prospetti allegati all'atto di transazione con il gestore uscente) potevano consentire a qualunque impresa concorrente di effettuare correttamente l'ammortamento ex D.P.R. 917/86;
- se la controinteressata Unigas e la ricorrente A2A hanno esibito in sede di gara un prospetto idoneo a tale scopo;
- quale sia, alla luce dei dati esibiti da A2A in sede di gara, il dettaglio dell'ammortamento dalla stessa compiuto, allegando un piano il più possibile completo ed esaustivo idoneo a confermarne la correttezza.

In data 16/9/2011 l'incombente richiesto è stato adempiuto dal dott. Giosuè Nicoletti, incaricato dal Presidente dell'Ordine dott. Antonio Passantino.

Con le memorie conclusive e le repliche le parti hanno ribadito le rispettive prospettazioni.

Alla pubblica udienza del 19/10/2011 i ricorsi principale ed incidentale venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura l'aggiudicazione alla controinteressata della gara indetta dal Comune di Gorlago per l'affidamento del servizio del gas naturale nel territorio comunale. Con ricorso incidentale l'impresa dichiarata vincitrice lamenta a sua volta la mancata esclusione di A2A dalla procedura competitiva.

1. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7/4/2011 n. 4 (alla quale questa Sezione si è uniformata - cfr. per tutte la sentenza 10/8/2011 n. 1242) ha affermato il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale – diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara – deve essere sempre esaminato prioritariamente, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla selezione ed anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Ciò in quanto l'eventuale accoglimento del gravame incidentale di natura paralizzante (tendente, cioè, all'accertamento dell'illegittimità per mancata esclusione dalla gara del ricorrente principale), determina l'improcedibilità del gravame introduttivo.

L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, soltanto qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

Il Collegio deve quindi esaminare anzitutto il gravame incidentale, a prescindere dalla circostanza per cui il numero di imprese collocate

in graduatoria è pari a 2.

2. La ricorrente incidentale lamenta la violazione dell'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006 e dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione per omessa allegazione delle dichiarazioni di 6 procuratori speciali – contemplati dal certificato camerale – sull'insussistenza di cause di esclusione. Sostiene Unigas trattarsi di 6 soggetti (Bruno Cantoli, Antonio Bagini, Faustino Rossi, Dino Dei Tos, Amedeo Ciotta Potito, Francesco Genalizzi) titolari di poteri di rappresentanza analoghi a quelli degli autori della dichiarazione (come i Sigg.ri Gerli e Falchi) ed in possesso di significativi poteri gestionali.

La doglianza è priva di pregio.

2.1 Nella gara in esame, le disposizioni della lex specialis non si discostano dalla lettera dell'art. 38 invocato, che enuclea quali soggetti tenuti alla dichiarazione gli amministratori muniti di potere di rappresentanza ed il direttore tecnico della società. Infatti il paragrafo n. 3 del disciplinare – alla rubrica “Modalità di presentazione dell'offerta” – esige la dichiarazione sostitutiva secondo il modello A allegato, il quale a sua volta contempla espressamente l'attestazione “di non trovarsi in nessuna delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006”, con obbligo di produrre le dichiarazioni relative a tutti i soggetti elencati alle lettere b) e c) del medesimo articolo.

Occorre dunque soffermarsi sulla portata dell'art. 38 del D. Lgs.

163/2006, il quale al comma 1 lett. b) e c) individua come soggetti destinatari dell'obbligo di presentare la dichiarazione (per gli altri tipi di Società, come le Società di capitali) “tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e il direttore/i tecnico/i ...”.

2.2 Al riguardo il Collegio richiama il proprio precedente (sentenza Sezione 7/4/2011 n. 527, appellata con richiesta di misura cautelare respinta dal Consiglio di Stato) recante l'adesione all'indirizzo dei giudici di secondo grado secondo il quale una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese – essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione – in quanto tale assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori. E' stato in proposito precisato (Consiglio di Stato, sez. V – 25/1/2011 n. 513) che “Peraltro, anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). In altri termini le manifestazioni di volontà del procuratore possono produrre effetti nella sfera giuridica della società, ma ciò non significa che egli abbia un ruolo nella determinazione delle scelte

imprenditoriali, lasciate all'amministratore. Si deve, quindi, prendere atto che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli <<amministratori muniti di potere di rappresentanza>>: ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori. La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti”.

2.3 Non può neppure sottacersi l'orientamento del cd. “falso innocuo”, per il quale è doverosa una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, nella considerazione che il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 24/3/2011 n. 1795). Da ciò discende che solo la sussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 citato comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo. Di tale sussistenza non è stato addotto alcun principio di prova.

In definitiva non si ravvisa il vizio denunciato, trattandosi comunque di procuratori – e dunque di soggetti distinti dagli amministratori muniti del potere di rappresentanza – per i quali neppure affiorano in concreto indizi circa la ricorrenza di cause di esclusione ex art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006.

3. Con ulteriore censura la controinteressata lamenta la violazione degli artt. 1, 3 e 6 della L. 241/90, degli artt. 3, 7 e 8 del disciplinare, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento, per l'avvenuta formulazione di un PEF difforme dalle prescrizioni della lex specialis di gara: sostiene in particolare che nel PEF di A2A non vi è traccia dei coefficienti d'ammortamento per calcolare il valore residuo di 2.235.000 € al termine dei 12 anni (doc. 8 - pag. 10 tabella 3 per nuovi investimenti e pag. 11 tabella 4 per ammortamento indennizzo), mentre a pagina 13 appare un valore residuo di 1.550.505 € e non è chiaro quale parte di esso si riferisca al valore residuo dell'indennizzo (oltre all'impossibilità di verificare l'osservanza del divieto di rivalutazione del valore residuo di indennizzo).

3.1 Il Collegio ritiene utile, per ragioni di economia processuale, esaminare la doglianza congiuntamente al profilo principale dedotto da A2A nel suo gravame e riassunto alla lettera a) dell'esposizione in fatto, ferme restando le statuizioni rese al paragrafo 1. sul rapporto tra ricorso introduttivo ed incidentale. Parte ricorrente si duole della violazione e falsa applicazione della lex specialis, dell'art. 102-bis del

D.P.R. 917/86, del difetto di istruttoria e di motivazione, della violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, poiché il valore dell'indennizzo da versare al gestore uscente doveva essere ammortizzato secondo i parametri predeterminati dall'AEEG in base alla vita utile degli impianti (art. 102-bis espressamente richiamato dal disciplinare a pag. 13 e dall'art. 6 del contratto servizio) mentre Unigas ha utilizzato un coefficiente del 2,5% ipotizzando una durata di 40 anni per ogni categoria di cespiti (immobili, condotte, impianti, etc.), ottenendo in tal modo indebitamente una rata di ammortamento più ridotta e costante. Sostiene A2A che l'applicazione della norma del disciplinare imponeva una diversa vita utile secondo il tipo di bene (cfr. tabella AEEG doc. 10), e i concorrenti dovevano calcolare l'ammortamento utilizzando le informazioni disponibili (relazione di consistenza fisica dell'impianto e tabella di riepilogo valutazione a stima industriale del sistema distributivo gas); il metodo corretto utilizzato da A2A conduce ad un valore industriale residuo a scadenza di 1.042.664 € mentre Unigas esibisce 1.564.500 €.

3.2 La soluzione della vicenda è offerta dalla relazione dell'esperto incaricato dal Tribunale.

Dopo aver chiarito il concetto di vita utile – quale periodo di tempo durante il quale l'impresa prevede di poter utilizzare l'immobilizzazione – il dott. Nicoletti rammenta che il disciplinare di gara dispone che la somma di 2.235.000 € dovuta al concessionario

uscente dovrà essere ammortizzata nel corso dell'affidamento in ragione del disposto dell'articolo 102-bis del TUIR, senza riduzione del 20%. Pur premettendo che oggetto di ammortamento è sempre un costo, egli sottolinea che la somma predetta ha costituito oggetto di un accordo, per cui dovrebbe corrispondere alla stima dei cespiti alla data del 31/12/2009.

Una prima osservazione da compiere riguarda la mancata contestazione del metodo di ammortamento ai sensi dell'art. 102-bis in virtù del quale “Le quote di ammortamento del costo dei beni materiali strumentali per l'esercizio delle attività regolate di cui al comma 1 sono deducibili in misura non superiore a quella che si ottiene dividendo il costo dei beni per la durata delle rispettive vite utili così come determinate ai fini tariffari dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ...” (comma 2).

Le censure di A2A investono infatti la corretta applicazione della disposizione citata, mentre la parte avversa mette in dubbio la sua inderogabilità e la concreta possibilità di rispettarla con i dati a disposizione.

3.3 Il verificatore avverte anzitutto che il meccanismo previsto dalla lex specialis doveva condurre all'individuazione di un valore identico per tutti i partecipanti alla gara, dato che si fonda su un semplice calcolo numerico in base al costo sostenuto e alla vita utile degli impianti, anche se occorre conoscere – per ciascuna categoria di cespiti – il costo storico e il tempo trascorso dalla messa in opera

(dati normalmente esposti nello stato di consistenza). Peraltro il dott. Nicoletti rileva che nessuno dei partecipanti ha predisposto un piano d'ammortamento sul valore a nuovo o sul costo storico degli impianti, e che entrambi hanno fedelmente osservato il punto 7 del disciplinare di gara il quale stabiliva di considerare 2.235.000 € equivalente al costo.

3.4 A questo punto si tratta di comprendere se le concorrenti hanno esibito in sede di gara un prospetto conforme alla clausola che richiamava l'art. 102-bis.

Al quesito deve darsi risposta affermativa per la ricorrente A2A.

La doglianza sviluppata nel ricorso incidentale fa leva sulla mancanza di chiarezza e di verificabilità dei dati dichiarati dal gestore uscente, circostanza condivisa dallo stesso dott. Nicoletti. Il Piano dettagliato esibito allo stesso esperto da A2A (quesito n. 4) permette di sciogliere il dubbio e di ritenere intelleggibile il PEF (Piano Economico Finanziario) prodotto in sede di gara e di qualificare come sostanzialmente accettabile l'offerta alla luce del criterio di cui all'art. 102-bis. Detto Piano più dettagliato (allegato alla relazione) si discosta in misura trascurabile da quello presentato in sede di gara, e dimostra la credibilità dei risultati sintetici rappresentati con l'offerta. Osserva il Collegio che la scarsa chiarezza del PEF ben poteva essere sopperita con produzioni successive. Il PEF infatti è uno strumento che avvalora la sostenibilità economica dell'operazione e che per questo non può essere considerato assolutamente intangibile ed

immodificabile, ma viceversa suscettibile di specificazioni, chiarimenti, limitate integrazioni ed aggiustamenti (T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II – 26/5/2009 n. 1064 confermata in appello dal Consiglio di Stato, sez. V – 10/2/2010 n. 653): in ogni caso la delucidazione fornita ex post non altera la par condicio dei partecipanti, dal momento che si limita a chiarire la sostenibilità del Piano presentato e quindi a scomporre i valori aggregati (che restano sostanzialmente inalterati) in elementi di dettaglio.

Né è condivisibile il rilievo – esposto da Unigas nella memoria finale – per il quale soltanto A2A disponeva dei dati del costo storico e doveva effettuare l’ammortamento sulla base di essi, poiché la lex specialis faceva espresso riferimento alla cifra di 2.235.000, da considerare equivalente al costo in seguito alla transazione conclusa tra amministrazione e gestore uscente (cfr. pag. 4 della relazione del verificatore).

In conclusione il gravame incidentale è infondato e deve essere respinto.

3.5 E’ viceversa inaccettabile – in quanto palesemente difforme dall’art. 102-bis – il piano d’ammortamento elaborato da Unigas, basato sul coefficiente fisso e forfettario del 2,50% sull’importo dovuto al concessionario uscente: rileva il verificatore che il sistema utilizzato non consente il recupero del valore del cespite mediante il processo di ammortamento entro la durata vita utile stabilita dall’AEEG.

Parte ricorrente ha dimostrato che il metodo adottato da Unigas (e condiviso dall'amministrazione) è errato, poiché applica la quota di costo sul valore di un cespite già ammortizzato per un determinato periodo, considerandolo come valore originario ed estendendo in modo incongruo la sua vita utile.

Né è accettabile quanto affermato dalla difesa di Unigas, per cui detta Società avrebbe effettuato una stima ragionevole degli oneri d'ammortamento dei cespiti dell'attuale impianto tenendo conto di un costo storico verosimilmente inferiore al valore a nuovo: a tale asserzione si può opporre che la cifra indicata dalla lex specialis ed il richiamo all'art. 102-bis non hanno mai trovato contestazione, né in sede procedimentale né innanzi a questo giudice.

A questo punto devono essere tratte le conseguenze dell'inosservanza del metodo indicato nei documenti di gara.

Il Comune ed Unigas in proposito sottolineano che:

- non vi era alcuna comminatoria di esclusione e le invocate prescrizioni della lex specialis riguardano l'esecuzione del rapporto;
- il valore da ammortizzare a fine concessione non ha assunto alcun rilievo ai fini dell'aggiudicazione;
- il disciplinare non imponeva di recepire nel PEF i criteri di ammortamento di cui allo schema di contratto: contratto e disciplinare prevedevano l'indennizzo nella misura dell'art. 102-bis del T.U.I.R., e tuttavia a fini contabili interni l'aggiudicatario poteva applicare criteri diversi (l'affidatario non potrà ambire ad un

indennizzo maggiore rispetto a quello calcolato ex art. 102-bis);

- l'offerta Unigas soddisfa i contenuti obbligatori fissati dalla stazione appaltante (presentazione del PEF con costi, ricavi e ammortamenti, impegno a versare gestore uscente l'indennizzo di 2.235.000 €);
- il disciplinare non regolava in maniera specifica il calcolo degli oneri di ammortamento ed il PEF ha valenza informativa, si basa su stime unilaterali e sui criteri organizzativi interni e non incide sugli impegni negoziali assunti;
- in ogni caso con il riferimento all'art. 102-bis del D.P.R. 917/86 le quote di ammortamento possono subire variazioni per modifica delle vite utili ad opera dell'AEEG (nuovi provvedimenti a cadenza quadriennale) e per il rinnovo di alcuni cespiti in corso di gestione (con calcolo sui nuovi e non su quelli sostituiti);
- era impossibile applicare i criteri di ammortamento illustrati dalla ricorrente con i dati e documenti a disposizione: non era noto il valore iniziale da ammortizzare, mentre la transazione tra A2A e Comune (doc. 9) indica il valore industriale residuo per categorie di cespiti (e dunque non indica né il valore iniziale né il valore a nuovo) tra l'altro frutto di un negoziato non rispettoso della deliberazione AEEG invocata (doc. 9), con vite utili che non coincidono;

Detti rilievi non meritano apprezzamento.

3.6 Anzitutto si ribadisce che, se è vero che le informazioni diffuse al momento dell'indizione della gara non contemplavano il costo storico degli impianti, i concorrenti hanno avuto cognizione della

stima effettuata alla data del 31/12/2009, della vita reale di alcuni cespiti (fabbricati, recinzioni, impianti principali e sussidiari e punti di riconsegna) e degli anni di entrata in funzione e della vita media per altri (rete distribuzione, contatori, cfr. pag. 3 relazione – elenco dei beni allegato alla transazione). A prescindere dal procedimento adottato per raggiungere i valori della transazione, ciascun concorrente (anche diverso dal gestore uscente) era in grado di applicare il coefficiente di ammortamento secondo la vita utile (residua) indicata dall'AEEG, per giungere ad un valore identico al termine dei 12 anni. Le eventuali variazioni successive delle vite utili provocate da nuovi provvedimenti dell'AEEG non si sarebbero riverberate in via retroattiva sul confronto comparativo, il quale doveva svolgersi secondo le regole in vigore in quel preciso momento secondo la norma della *lex specialis* contenente il rinvio statico all'art. 102-bis.

3.7 Il risultato dell'operazione di ammortamento, se non era rilevante ai fini dell'attribuzione del punteggio, influiva in ogni caso sulle scelte strategiche relative alle altre componenti del PEF ed in particolare sul canone annuo da riconoscere al Comune, al quale era associato un punteggio consistente (35 punti sui 100 complessivi): è evidente che – come correttamente rilevato dalla difesa di A2A – il risparmio di 500.000 € sulle quote di ammortamento offriva ad Unigas l'opportunità di migliorare la propria offerta sotto altri profili e di ottenere un vantaggio non consentito dalla *lex specialis*. In buona

sostanza detta modalità di approccio ai costi periodici correlati alla somma dovuta al concessionario uscente ha irrimediabilmente leso la par condicio dei concorrenti, permettendo ad Unigas di avvalersi di spese più contenute e di far convergere il risparmio conseguito in altre proposte qualificanti dell'offerta. Non era necessaria in definitiva una specifica previsione di esclusione, poiché l'inosservanza di una regola chiara (ed incontestata) della *lex specialis* destinata a preconstituire la cornice – uguale per tutti – per la formulazione dell'offerta ha recato un *vulnus* alla regolarità della competizione, che preclude alla stazione appaltante di mantenere in gara il partecipante che se ne sia reso autore.

3.8 E' pertanto fondata anche la seconda censura del ricorso introduttivo, afferente alla violazione del principio di par condicio tra i partecipanti, al difetto di istruttoria, all'inosservanza dei principi comunitari di concorrenzialità, in quanto l'applicazione di una vita utile residua diversa da quella prevista dall'AEEG ha introdotto un vizio che ha inciso sulle condizioni alla base dell'offerta, con surrettizia modificazione dei tempi di ammortamento delle infrastrutture. Già si è detto che il maggior valore residuo a scadenza (ossia il rimborso spettante quale gestore uscente) ha consentito ad Unigas di creare una riserva di 500.000 € per migliorare la propria offerta economica.

E' vero che l'impegno finanziario al termine dei 12 anni è quello quantificato dall'art. 7 del capitolato – salvo il rischio di contenziosi

dovuti al fatto che l'amministrazione ha avallato un piano di ammortamento che conduce ad un risultato differente – ma in ogni caso il pregiudizio alla parità di trattamento delle imprese concorrenti si è già realizzato appunto con la differente modulazione delle quote di ammortamento ed il riutilizzo dell'economia per rendere l'offerta più appetibile (cfr. par. 3.7).

In conclusione la fondatezza delle prime due censure determina l'illegittimità dell'aggiudicazione, poiché la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

4. L'accoglimento delle doglianze di cui sopra soddisfa pienamente la pretesa di parte ricorrente e rende inutile l'esame di quelle successive concernenti l'omesso compimento della verifica di anomalia e l'illogicità ed incoerenza della procedura valutativa, che possono essere assorbite.

5. Quanto alle censure sull'illegittima composizione della Commissione e sulla mancata specificazione dei sotto-pesi ponderali, le stesse sono state formulate in via subordinata e pertanto l'accoglimento della domanda principale ad ottenere l'aggiudicazione depotenzia la loro portata. Con riguardo alla potestà di scelta sulla graduazione dei motivi di ricorso, il Collegio ritiene che il principio dispositivo che informa ogni tipo di processo ad impulso di parte – ed il giudizio amministrativo in particolare – comporta che il ricorrente abbia il potere di scegliere le domande da proporre e di indicare l'ordine da osservare nell'esame dei motivi, ed il giudice non

può affrontare le doglianze graduandole in modo difforme da quanto espressamente prospettato nel gravame introduttivo (cfr. sentenza Sezione 8/1/2011 n. 21).

6. In conclusione il gravame principale è fondato e merita accoglimento.

6.1 Alla luce dell'istanza di parte, deve essere poi disposta – ai sensi dell'art. 124 del c.p.a. – l'aggiudicazione in favore della ricorrente (seconda classificata) della gara in questione, fatta salva ovviamente la verifica della stazione appaltante di tutti i requisiti richiesti e di eventuali sospetti di anomalia.

Deve inoltre essere dichiarata, ai sensi dell'art. 122 del c.p.a. l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dal Comune di Gorlago con Unigas, con decorrenza dal trentesimo giorno dalla data di pubblicazione della presente sentenza.

Le spese di giudizio possono essere compensate, alla luce della complessità delle questioni dedotte.

7. Per quanto riguarda l'attività prestata dal verificatore dott. Giosuè Nicoletti, l'art. 66 comma 4 del Codice del processo amministrativo stabilisce che “si applicano le tariffe stabilite dalle disposizioni in materia di spese di giustizia, ovvero, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore”.

7.1 Il dott. Giosuè Nicoletti ha indicato la cifra di 9.784 €, oltre al 4% di contributo per Cassa previdenza dottori commercialisti. Osserva il Collegio che, in relazione alla natura dell'incarico, la

misura del compenso può essere stabilita applicando l'art. 2 dell'allegato al D.M. 30/5/2002, trattandosi di perizia espletata in materia contabile. In particolare l'incarico ha riguardato il calcolo di quote di ammortamento secondo le previsioni della lex specialis di gara, e la perizia è stata elaborata in modo chiaro, completo ed esaustivo. Il termine stabilito da questo Tribunale è stato sostanzialmente rispettato, ed il trascurabile ritardo non rende applicabile l'art. 52 comma 2 del D.P.R. 30/5/2002 n. 115 nel testo modificato dalla L. 69/2009, che prevede l'automatica riduzione dell'onorario di 1/3. Tenuto conto dei concreti connotati dell'attività svolta, caratterizzata da un'indagine di non rilevante difficoltà, non si ritiene tuttavia di riconoscere la maggiorazione per particolare complessità ai sensi dell'art. 52 comma 1 del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

7.2 Quanto alla concreta determinazione dell'onorario, è corretto il riferimento alla tabella per scaglioni di cui al predetto art. 2 ed il quantum esibito (di 4.892 € oltre al 4% per Cassa previdenza) è coerente con la cifra di riferimento oggetto di ammortamento pari a 2.235.000 €. L'onere di corrispondere la cifra indicata va posto a carico dell'amministrazione e della controinteressata in parti uguali secondo il principio di soccombenza. Il contributo unificato deve essere rimborsato alla parte ricorrente allo stesso modo, da parte del Comune per il 50% e per l'ulteriore 50% da parte di Unigas.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il gravame incidentale.

Accoglie il ricorso introduttivo e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Liquida il compenso al dott. Giosuè Nicoletti, commercialista incaricato della verifica, come illustrato in motivazione.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2011

IL SEGRETARIO

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