



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 Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1884 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Zigas Infrastruttura Italiana Gas S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Elena Cappellaro, Francesca Mazzonetto e Davide Volpe, con domicilio eletto presso lo studio del primo, Milano, Via Brera, n. 5

***contro***

Comune di Paderno Dugnano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Monica Modolo, con domicilio eletto in Milano presso la Segreteria del TAR

***nei confronti di***

Società Italiana per il Gas S.p.A. - Italgas, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Nicola Bassi e Marco Reggiani, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, Via Mozart, n. 9;

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

*per l'annullamento*

dell'aggiudicazione di cui al verbale n. 10 del 19.4.2011 di cui alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale di Paderno Dugnano; della nota comunale del 9.5.2011 prot. n. 639; di tutti i verbali relativi alla gara predetta e segnatamente del verbale n. 11; del diniego tacito di annullamento in autotutela;

atti impugnati con il ricorso principale

della determinazione del Direttore del Settore Opere per il Territorio e l'Ambiente del Comune di Paderno Dugnano arch. Franca Rossetti n. 408/PT del 7.6.2011, recante l'aggiudicazione definitiva della gara; del relativo avviso di aggiudicazione prot. n. 33942 spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. in data 10.6.2011; della comunicazione prot. n. 33970 del 10.6.22 con cui il Comune di Paderno Dugnano - Settore Opere per il Territorio e l'Ambiente ha comunicato ad E.ON RETE s.r.l. (ora 2iGas Infrastruttura italiana gas s.r.l.) il predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva alla Società Italiana per il Gas S.p.A.; di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso, collegato conseguente, con ulteriore riserva di motivi aggiunti;

atti impugnati con i motivi aggiunti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paterno Dugnano, della Società Italiana per il Gas S.p.A. - Italgas e di Gelsia Reti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2011 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

#### FATTO e DIRITTO

Con bando spedito alla G.U.U.E. il 13.1.2011, il Comune di Paterno Dugnano ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (proposta tecnica punti 55 e offerta economica punti 45) cui la ricorrente Zi Gas Infrastruttura Italiana gas S.r.l. (già E.ON RETE S.r.l.) ha partecipato classificandosi al terzo posto alle spalle delle odierne controinteressate Italgas S.p.A. e Gelsia Reti S.r.l.

La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria determinata con verbale del 19.4.2011, deducendo l'illegittimità della mancata esclusione della seconda classificata per non conformità della offerta economica a quella prescritta dalla disciplina di gara, l'omissa verifica di anomalia, nonché l'incongruità di entrambe le offerte prime

classificate.

L'Amministrazione e le controinteressate, tutte costitutesi in giudizio, hanno replicato alle avverse censure, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con atto datato 21.6.2011, la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva reiterando le medesime censure già oggetto del ricorso introduttivo.

Nella camera di consiglio del 27.7.2001 la causa è stata rinviata al merito ed all'esito della pubblica udienza del 14.12.2011 è stata assegnata in decisione.

Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto la non conformità dell'offerta economica della seconda classificata per violazione del punto II.2 del bando e dell'art. 3 del disciplinare di gara nella parte in cui prevedevano che l'offerta delle concorrenti dovesse essere al rialzo rispetto al valore determinato quale percentuale di corrispettivo desunta dal valore dei vincoli di ricavo (VRDIloc e VRMcapex) fissato al 26% del VRD della località di Paterno Dugnano: importo determinato per l'anno 2007 in € 2.151.746,00 e quindi corrispondente a € 559.453,96 (arrotondato a € 560.000,00 e indicato quale valore a base di offerta per determinare il corrispettivo annuo.

Gelsia ha offerto un incremento percentuale del 29,001%, ma indicando un corrispettivo annuo pari a € 1.183.482,00 (non corrispondente alla percentuale indicata) e un corrispettivo

complessivo per l'intera durata della gestione pari a € 14.201.781,00.

Il presidente della Commissione, nella seduta pubblica del 19.4.2011 (verbale n. 10), rilevata la mancata corrispondenza fra l'incremento percentuale ed il corrispettivo annuo ha ritenuto di considerare "valido l'importo relativo al corrispettivo annuo espresso in cifre e in lettere, anche perché questo è il dato da assoggettare all'attribuzione del punteggio".

Il delegato dell'impresa, presente alla seduta, ha riconosciuto l'errore affermando che l'impresa aveva, in realtà, offerto un incremento percentuale del 29,001% da sommarsi alla percentuale del 26% posta a base d'asta e che tale percentuale complessiva del 55,001% sarebbe stata applicata all'importo di € 2.151.746,00 corrispondente al VRD dell'anno 2007.

La ricorrente ritiene che l'offerta in tali termini formulata non sarebbe conforme alla disciplina di gara e come tale sarebbe indeterminata in quanto ancorata ad elemento variabile quale il VRD e, pertanto, inammissibile.

Il bando di gara al punto II.2 (conformemente a quanto stabilito all'art. 3 del disciplinare) prevedeva che l'importo dell'appalto fosse "composto da 3 voci: 1) il rimborso *una tantum* di € 30.000,00 per spese tecniche sostenute nella determinazione del valore industriale dell'impianto; 2) il rimborso del valore industriale degli impianti come previsto dal D.Lgs. 164/2000, dell'importo complessivo di € 8.547.818,20; 3) il corrispettivo previsto ai sensi del D.Lgs. n.

164/2000, desunto dal valore dei vincoli VRDloc e VRMcapex di cui alla delibera dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il Gas n. 159/08; il VRD della località di Paterno Dugnano è pari ad € 2.151.746,00; il valore percentuale in relazione al VRD, nella misura del 26%, pari ad € 559.453,96 (arrotondato ad € 560.000,00) costituisce base di offerta in aumento della presente gara, per determinare il corrispettivo annuo”.

Coerentemente alla richiamata disposizione, il modello di offerta economica allegato al bando prevedeva che i concorrenti specificassero l'offerta in tre voci:

- “incremento percentuale dell'importo a base di gara pari a :...”;
- “importo del corrispettivo annuo: (base gara + incremento): ...(che rappresenta il “Pei”, ovvero il valore che rileva in questa sede).”
- “importo complessivo per l'intera durata del contratto: [(base gara + incremento) x 12]: ...” .

Sulla base della descritta disciplina, l'importo complessivo si determinava sulla base di due componenti fisse e di una variabile con la conseguenza che solo quest'ultima rilevava ai fini della determinazione della miglior offerta economica.

Il disciplinare di gara, a conferma della vista impostazione, prevedeva che il punteggio da attribuirsi all'offerta economica fosse calcolato in applicazione della seguente formula matematica: “ $p = PM \times P_{min}/P_{ei}$ ”, dove:  $p$  è il punteggio da attribuire alla proposta dell'iesimo concorrente idoneo;  $PM$  è il punteggio massimo

conseguibile per la miglior proposta economica, fissato in punti 45 ...; Pmin è il valore minimo offerto ...; Pei è il valore dell'offerta iesima”.

Le concorrenti hanno offerto quale “Pei” (risultante dall'importo corrispondente al VRD, vincolo sui ricavi della distribuzione, fissato dal bando in un minimo di € 560.000,00, cui doveva aggiungersi l'incremento offerto), € 1.262.920,54 Italgas, € 1.183.482,00 Gelsia ed € 711.200,00 la ricorrente, riportando, nell'ordine, un punteggio di 45/45, 42,15/45 e 25,34/45 che, sommato ai punteggi assegnati all'esito delle valutazioni tecniche ha determinato la seguente graduatoria: Italgas punti 87/100, Gelsia punti 81,1/100 e la ricorrente punti 69,34/100.

La ricorrente ha contestato la conformità del dato esposto dalla seconda classificata, Gelsia, in quanto non coerente a quello percentuale riportato alla precedente voce di offerta, allegando che l'importo in questione sarebbe frutto di un procedimento di calcolo che conferirebbe all'offerta un connotato di variabilità in quanto ancorato ad un dato variabile (il VRD).

La censura è infondata.

La disciplina di gara era chiara nel prevedere che il dato rilevante ai fini del calcolo del punteggio economico utilizzando la già illustrata formula matematica fosse il corrispettivo annuo.

L'importo di € 1.183.482,00 rappresenta nella specie il corrispettivo annuo, il che non può essere messo in discussione, atteso che

corrisponde esattamente ad un dodicesimo dell'importo complessivo per l'intera durata del contratto (12 anni).

Ne deriva che l'indicazione di una percentuale pari a 29,001 non può che essere frutto di un errore materiale (peraltro giustificato dalla non felice formulazione della disciplina di gara) assolutamente ininfluente sulla corretta definizione del parametro economico da valutarsi.

Con il secondo motivo, la ricorrente ha dedotto il mancato esperimento del procedimento di verifica dell'anomalia relativamente alle offerte classificatesi ai primi due posti.

In particolare ha rilevato che, nonostante il disciplinare di gara precisasse che “la Stazione appaltante valuterà la congruità delle offerte presentate secondo le disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.”, nessun procedimento di verifica di congruità è stato attivato nonostante le concorrenti Italgas e Gelsia, avessero formulato un'offerta di canone annuo pari, rispettivamente, al 125,52% e 111,34% (quest'ultimo dato è ricavato, parametrando il dato offerto, ancorché nelle contestate forme già illustrate, all'importo a base di gara).

La Commissione, infatti, nella seduta riservata del 19.4.2011 (verbale n. 11) ha ritenuto di non attivare il sub procedimento di anomalia, richiamando un principio di “inapplicabilità della disciplina sull'anomalia dell'offerta in caso di concessioni”, affermato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1784/2011.



Secondo la ricorrente la richiamata sentenza si sarebbe limitata a riconoscere alla Stazione appaltante la possibilità di auto assoggettarsi al sub-procedimento di anomalia, come in realtà sarebbe stato fatto nel caso di specie.

L'Amministrazione si è difesa sul punto, affermando l'inapplicabilità tanto dell'art. 86, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 in quanto nessuna delle tre offerte in gara ha riportato un punteggio pari a 4/5 del massimo previsto in relazione sia al prezzo che ai profili tecnici, quanto del successivo comma 3, stante l'assenza di specifici elementi indizianti in ordine ad una potenziale anomalia delle offerte in questione.

Le censure sono fondate.

La Stazione appaltante, con la disciplina di gara, si è autovincolata all'esperimento delle verifiche di anomalia disciplinate dal Codice dei contratti pubblici ed avrebbe dovuto procedere ai sensi del D. Lgs. n. 163/2006, debitamente motivando un eventuale giudizio di congruità.

Il richiamo operato alla citata decisione del Consiglio di Stato è, infatti, inconferente in quanto non è stato ivi affermato che la verifica di anomalia non sarebbe in linea di principio inapplicabile nell'ipotesi di una concessione di servizi, ma che, fermo restando l'art. 30, comma 1 del D. Lgs. n. 163/2006, la Stazione appaltante ben poteva autovincolarsi a darvi corso, come nella specie è puntualmente avvenuto.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto con assorbimento delle ulteriori censure con conseguente annullamento dei provvedimenti adottati a valle dell'omessa verifica di anomalia e con salvezza delle valutazioni già operate.

Sussistono, tuttavia, in virtù della peculiarità della vicenda trattata, giuste ragioni per compensare le spese.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Marco Poppi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2012

IL SEGRETARIO

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