



REPUBBLICA ITALIANA

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 2602 del 2009, proposto da:

ENEL RETE GAS S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Larga, n. 23

***contro***

COMUNE DI SUMIRAGO, rappresentato e difeso dall'avv. Liberto Losa, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, via Aurelio Saffi, n. 10

***nei confronti di***

POMILIA GAS S.C.R.L., rappresentata e difesa dagli avv.ti Rita D'Amore, Enrico Soprano ed Eduardo Riccio, con domicilio eletto presso l'avv.to Antonio Viggiano in Milano, via Fabio Mangone, n. 1

***per l'annullamento:***

- a) della determinazione del responsabile del servizio ll.pp. manutenzioni n. 85 del 7.9.09, avente ad oggetto "procedura ristretta per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del comune di Sumirago - aggiudicazione definitiva", con il quale è stata dichiarata efficace l'aggiudicazione definitiva del servizio di distribuzione del gas metano a favore della Pomilia Gas s.c.r.l.;
- b) della determinazione del responsabile del servizio ll.pp. manutenzioni n. 53 dell'8.6.2009, avente ad oggetto "approvazione verbale di aggiudicazione provvisoria per l'affidamento mediante procedura ristretta del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio del comune di Sumirago", con il quale sono state approvate le operazioni risultanti dal verbale di gara redatto in data 5.6.2009 ed è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria del servizio di distribuzione del gas metano a favore della Pomilia Gas s.c.r.l.; nonché del relativo verbale di aggiudicazione provvisoria (e dei suoi allegati), allegato alla predetta determinazione e facente parte integrale e sostanziale della stessa, redatto in data 5.6.2009, con il quale la commissione giudicatrice ha disposto l'aggiudicazione in via provvisoria del contratto, previa verifica dei requisiti di legge, a Pomilia Gas s.c.r.l.;
- c) delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche e di attribuzione dei relativi punteggi da parte della commissione, con particolare riferimento alla valutazione della proposta tecnica di Enel Rete Gas, nonché del relativo verbale del 5.6.2009 e delle relative tabelle riassuntive ad esso allegate;
- d) occorrendo, ove interpretati nel senso voluto dalla commissione giudicatrice, della lettera di invito (artt. 3 e 12) e del disciplinare di gara (art. 3);
- e) della determinazione del responsabile del servizio ll.pp. - manutenzioni n. 22 del 14.4.2009, recante

“costituzione della commissione di gara per l’apertura delle domande di partecipazione”;

f) della determinazione del responsabile del servizio ll.pp. - manutenzioni n. 48 del 1.6.2009, recante “costituzione della commissione di gara per l’aggiudicazione provvisoria del servizio”;

g) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale o connesso con i precedenti, ivi incluso il contratto di servizio, ove nelle more sottoscritto;

- nonché per l’accertamento del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno ingiusto da essa subito per effetto dell’illegittima condotta dell’amministrazione resistente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sumirago e di Pomilia Gas s.c.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 12 giugno 2013 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

I. In data 5 marzo 2009, il Comune di Sumirago ha indetto una procedura ristretta ai sensi dell’art. 55 del D.lgs. n. 163/2006 per l’affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio comunale della durata di anni dodici, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del D.lgs. 163/06. Risultata aggiudicataria l’impresa Pomilia Gas s.c.r.l. (con punti 96.962), Enel Rete Gas s.p.a., collocatasi al secondo posto della graduatoria (con punti 94.667), ha impugnato, con ricorso depositato in data 24 novembre 2009, il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti della procedura di affidamento in epigrafe.

I.1. Il Comune di Sumirago (con memoria in data 17.12.2009) si è costituita in giudizio, argomentando l’infondatezza del ricorso. Anche la controinteressata Pomilia Gas s.c.r.l. ha depositato, in data 18.12.2009, le sue difese.

I.2. Alla camera di consiglio del 18 dicembre 2009, le parti, preso atto della sottoscrizione in data 29 settembre 2009 del contratto di servizio e fornitura gas (ancora in corso di regolare esecuzione), hanno convenuto il rinvio della causa al merito.

I.3. La causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all’odierna udienza. Di seguito le motivazioni rese nella forma redazionale semplificata di cui all’art. 74 c.p.a.

II. In via pregiudiziale, il Collegio, letta l’eccezione di controparte, non può che rilevare la tardività della memoria depositata dalla controinteressata in data 28 maggio 2013, quindi successivamente alla scadenza del termine di 15 giorni liberi prima dell’udienza (ex artt. 73 e 119, comma 2, c.p.a.).

III. Venendo al merito, con una prima serie di argomentazioni la ricorrente lamenta il fatto che la Commissione di gara avrebbe ingiustificatamente penalizzato la propria offerta, incorrendo peraltro in una palese disparità di trattamento rispetto agli altri concorrenti. A dire dell’istante, considerato il punteggio comunque attribuito (la ricorrente si è classificata al terzo posto della graduatoria per il merito tecnico con uno scarto di soli 1,136 punti rispetto alla prima classificata e di 1,038 rispetto alla seconda, giungendo seconda nella classifica finale), la corretta valorizzazione dell’offerta ai fini dell’attribuzione del punteggio avrebbe determinato senz’altro l’aggiudicazione del servizio in suo favore.

In senso contrario, ritiene invece il Collegio che non sia ravvisabile, nella specie, né un immotivato

disconoscimento degli interventi proposti dalla ricorrente, né una disparità di trattamento rispetto agli altri concorrenti in gara.

III.1. Si esaminano, inizialmente, tra i vari rilievi svolti circa la valutazione della offerta tecnica, quelli concernenti la “campagna di messa a norma di n. 6 gruppi di riduzione e punti di misura per la protezione catodica” (cfr. voce 1.2.4 del Computo metrico), rispetto alla quale la società ricorrente sostiene di non avere ricevuto, del tutto ingiustificatamente, alcun punteggio.

Senonché, come fondatamente eccepito dall'amministrazione resistente, la mancata attribuzione del punteggio è pienamente conforme al punto 12 della lettera d'invito, alla cui stregua “...non verranno considerati investimenti, ai fini del calcolo dei punteggi, sia gli interventi relativi all'installazione di allacciamenti o contatori d'utenza o quant'altro rappresenti un'opera facente parte degli obblighi contrattuali durante il periodo di affidamento ...” (cfr. fasc. resistente - doc. n. 7). Nella previsione appena citata non può non rientrare anche la messa a norma di tutte le apparecchiature, trattandosi, con tutta evidenza, di presupposto tecnico pressoché indefettibile per la corretta gestione del sistema di P.C., rientrante, tra l'altro, nella obbligazione contrattuale di manutenzione ordinaria (cfr. art. 14 dello schema di contratto di servizio, fasc. resistente - doc. n. 5).

III.2. Sotto altro profilo, ENEL Rete Gas S.p.A. ha denunciato la mancata considerazione della proposta di fornitura e installazione di un impianto di odorizzazione ad iniezione da installarsi all'interno della cabina di alimentazione (cfr. voci 3.1 e 3.2 del computo metrico: “impianto di odorizzazione ad iniezione da installarsi all'interno della cabina di alimentazione”; “sonda di controllo del livello di odorizzante”).

Anche qui, tuttavia, è agevole constatare (cfr. fasc. resistente - doc. n. 9 e n. 12) come, costituendo l'odorizzazione del gas metano requisito legale della res in questione, il valore di esse sia stato, ugualmente per tutti i concorrenti, ragionevolmente ricompreso in quello attribuito “a forfait” per la installazione di una cabina REMI.

III.3. L'istante ha dedotto, altresì, l'illogicità della differente valorizzazione attribuita alla cabina di alimentazione offerta da Pomilia rispetto a quella offerta da Enel Rete Gas.

Senonché, è incontestato tra le parti che la cabina di alimentazione offerta dalla controinteressata garantisca una potenzialità di erogazione (6000 mc/h) superiore a quella della ricorrente (5.000 mc/h); cosicché non stupisce affatto che, alla voce “Installazione REMI”, sia stato attribuito un valore di € 230.000 con riguardo all'offerta dell'aggiudicataria, e quello minore di € 220.000 relativamente all'offerta della ricorrente.

Quanto, poi, al raffronto fra l'offerta di ENEL Rete Gas S.p.A. e quella di uno dei concorrenti in posizione ancora più subordinata in graduatoria (si deduce, all'uopo, che nelle tabelle di valutazione degli investimenti predisposte dalla Commissione giudicatrice sarebbe stato attribuito il medesimo valore, € 220.000, all'installazione di una cabina da 5.000 mc/h, offerta da Enel Rete Gas, e a quella di una cabina di potenzialità inferiore, da 4.000 mc/h, offerta da Edison D.G.), è dirimente osservare che l'attribuzione di un medesimo valore a fronte di cabine con potenzialità di erogazione diverse, non farebbe comunque venir meno l'ordine di graduazione tra l'offerta di Pomilia Gas e quella di ENEL Rete Gas.

III.4. A questo punto, accertata l'insussistenza di vizi quanto alla valutazione degli visti profili dell'offerta tecnica (riferiti, rispettivamente: alla campagna di messa a norma di n. 6 gruppi di riduzione e punti di misura per la protezione catodica; all'installazione di un impianto di odorizzazione ad iniezione da installarsi all'interno della cabina di alimentazione; alla valorizzazione attribuita dalla Commissione alla cabina di alimentazione), deve dichiararsi la carenza di interesse quanto alla restanti censure inerenti alle valutazioni espresse dalla Commissione sugli ulteriori investimenti, in punto di: - sistema di telecontrollo della pressione e n. 15 impianti di telecontrollo da installarsi su tutti i gruppi di riduzione; - n. 11 giunti dielettrici, comprensivi della realizzazione di n. 11 punti di misura per protezione catodica; - 10 punti fissi di misura per le analisi gascromatiche. Ciò in quanto,

l'apprezzamento di tali voci dell'offerta, come eccepito in via pregiudiziale dal comune, non avrebbe comunque permesso alla ricorrente di ottenere un punteggio complessivo tale da eguagliare quello conseguito dall'impresa aggiudicataria (in particolare, stando alle deduzioni della ricorrente, la valutazione degli investimenti attribuirebbe alla sua offerta un maggior valore di 1,755 punti, in grado di determinare la somma di 96,422 punti, comunque inferiore al punteggio assegnato alla aggiudicataria, pari a 96,962).

In ogni caso, anche nel merito, si osserva che: - quanto alla installazione dei giunti dielettrici, costituendo essi, al pari delle viti di fissaggio, parte integrante della relativa apparecchiatura di misura, anche per essi la mancata attribuzione di punteggio è giustificata dal sopra citato punto 12 della lettera di invito; - il valore delle proposte relative al "sistema di telecontrollo della pressione", a "n. 15 impianti di telecontrollo da installarsi su tutti i gruppi di riduzione", nonché "all'installazione di punti fissi di prelievo dei campioni dei gas", è stato incorporato nella voce "ammodernamenti tecnologici" con attribuzione di un valore forfettario per "installazione telecontrollo PC" e "installazione telecontrollo odorizzazione" (cfr. fasc. resistente - doc. nn. 9 e 12); - da ultimo, con riguardo ai punti di misura del grado di odorizzazione dei gas, la ragione per la quale non si rinvengono punteggi specificamente attribuiti alle voci dell'offerta di ENEL Rete Gas S.p.A. (denominate "installazione telecontrollo odorizzazione" e "installazione punti misura odorizzazione") sta semplicemente nel fatto che, per tutte i concorrenti che avessero proposto un impianto di telecontrollo dell'odorizzazione, la Commissione aveva stabilito di considerare i punti di misurazione quali componenti di tali impianto, con conseguente inclusione nella valutazione a forfait dello stesso (cfr. le tabelle di valutazione allegata all'atto di aggiudicazione: all. resistente doc. n. 9).

IV. Con un ulteriore ordine di motivi, la ricorrente lamenta vizi del procedimento attinenti alla composizione della Commissione giudicatrice. L'amministrazione, si afferma, in violazione del quarto comma dell'art. 84 del D.lgs. 163/06 (ai sensi del quale "*I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*"), avrebbe nominato, in sede di costituzione della commissione di gara, l'ing. Franco Marfut, il quale incontestabilmente avrebbe precedentemente prestato attività di assistenza tecnica, economico e legale all'Ente inerente alle procedure di presa in possesso degli impianti di distribuzione del gas svolta in ottemperanza del D.lgs. 164/2000. Si tratterebbe, secondo la ricorrente, di una attività di assistenza tecnica, economica e legale svolta nel corso di un'attività prodromica e strettamente legata all'affidamento del contratto, quindi del tutto incompatibile con la nomina dello stesso in seno alla commissione giudicatrice.

IV.1. In via preliminare, osserva il Collegio che, circa l'applicabilità di tale norma al tipo di affidamento per cui è causa, è sufficiente richiamare l'orientamento da ultimo espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (7 maggio 2013, n. 13; ma vedi anche Consiglio di Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332; Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2011, n. 224), alla cui stregua: "*in sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, comma 4 (relativo all'incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, del medesimo d.lgs.*". Da ciò discende l'irrelevanza dell'argomento, rappresentato dalla difesa avversaria, incentrato sul fatto che la stazione appaltante non si sarebbe autovincolata al rispetto delle disposizione di cui all'art. 84 citato con riguardo alla composizione della Commissione di gara.

IV.2. Tanto premesso, ritiene il Collegio che non possa ricondursi alla fattispecie d'incompatibilità prevista dall'art. 84, comma 4, del D.lgs. 163/2006, l'ipotesi del professionista che abbia "prestato attività di assistenza tecnica, economico e legale all'Ente inerente alle procedure di presa in possesso degli impianti di distribuzione del gas svolta in ottemperanza del D.lgs. 164/ 2000". In tal caso, infatti, si è trattato (il dato non è oggetto di specifica

contestazione) della redazione di una perizia sulla valorizzazione degli impianti di distribuzione del gas nel Comune resistente finalizzata alla definizione del rimborso da riconoscersi al gestore uscente (ai sensi degli articoli 14 e 15, del D.lgs. n. 164/2000) in cambio della presa di possesso degli impianti da parte del Comune. Tale attività, inerente evidentemente alla mera definizione del pregresso rapporto concessorio, non è assolutamente ricollegabile alla procedura di gara indetta per il ri-affidamento del servizio al nuovo gestore (di cui non costituisce una fase prodromica sul piano giuridico procedimentale, ma al più un presupposto empirico): si osserva, sul punto, che i precedenti citati, si riferiscono per lo più ad ipotesi in cui, colui che aveva rivestito il ruolo di commissario di gara, aveva svolto in precedenza (diversamente dal caso qui in discussione) opere di consulenza nella predisposizione dei provvedimenti direttamente connessi alla procedura di gara (per contro, le rationes della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2011, n. 4450, adottata con riferimento ad una fattispecie effettivamente concernente una consulenza per la presa di possesso degli impianti, invero non paiono focalizzate sulla compiuta disamina di tale specifica attività pregressa e, quindi, non sono dal Collegio reputate idonee a modificare il convincimento sopra espresso).

Quanto appena argomentato, del resto, è coerente con il fondamento della norma, consistente nell'obiettivo di scongiurare il conflitto di interessi che possa inverarsi in capo ad uno dei commissari in ragione del pregresso esercizio di poteri di definizione dell'oggetto della gara. Pur adottando un'interpretazione estensiva della norma, che ne ampli il precetto sino a ricoprire qualsiasi funzione o incarico relativi al contratto del cui affidamento si tratta, (senza limitarsi agli atti propri della procedura di affidamento), la ratio della disposizione in commento resta pur sempre quella di garantire alle parti del procedimento concorsuale la terzietà e l'imparzialità dell'organo decidente, la quale potrebbe risultare offuscata solo al cospetto di una previa attività oggettivamente "interferente" sui termini e sui criteri posti a base della valutazione delle offerte in competizione.

IV.3. Sulla scorta della impostazione seguita, è evidentemente del tutto irrilevante l'esame dell'ulteriore e distinta questione consistente nell'appurare se l'Ing. Marfurt abbia o meno svolto in seno alla commissione di gara una attività valutativa di tipo decisionale (carattere escluso dal comune resistente, secondo cui l'Ing. Marfurt sarebbe stato un mero consulente esterno, cosicché sarebbe esclusa in radice l'operatività della ipotesi di incompatibilità).

V. Gli ulteriori vizi sollevati concernono: - la mancata menzione delle ragioni che avrebbero reso opportuno affiancare ai due membri asseritamente esperti nel settore della distribuzione di gas naturale altri due consulenti esterni; - la decisione dell'amministrazione di scegliere i commissari diversi dal Presidente tra funzionari di altre amministrazioni non sarebbe stata in alcun modo motivata in ordine all'"accertata carenza in organico di adeguate professionalità"; - l'omissione dei titoli in forza dei quali il geom. Cirrione ed il geom. Bernardi sarebbero da considerarsi "esperti" dello specifico settore oggetto di gara.

V.1. Anche tali rilievi sono infondati.

In termini generali, deve reputarsi illegittima per violazione dell'art. 84, comma 8, del D.lg. n. 163 del 2006, la nomina come membro di una commissione incaricata della valutazione delle offerte in una gara d'appalto di un soggetto estraneo alla stazione appaltante senza aver motivato adeguatamente la mancanza di funzionari interni idonei a comporre la commissione. Tuttavia, nella specie, le ragioni di tale scelta, rappresentate dall'assenza di adeguate professionalità all'interno dell'amministrazione, devono ritenersi sufficientemente evidenziate mercé l'attestazione, contenuta nel provvedimento di nomina (cfr. fasc. resistente doc. n. 14 e 15), del ricorso a funzionari di altre amministrazioni, in possesso di adeguata esperienza nella materia sulla scorta del curriculum presentato, il che depone evidentemente nel senso dell'assenza di adeguate professionalità all'interno dell'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5352/2012); ciò, soprattutto, in ragione delle ridotte dimensioni del comune resistente (di circa 6.000 abitanti), circostanza la quale rende assolutamente verosimile la necessità di dover reperire

all'esterno i tecnici professionalmente qualificati a svolgere le funzioni di componenti la commissione di gara. Quanto al grado di esperienza dei commissari esterni, premesso che, secondo la condivisa giurisprudenza, il livello di conoscenze tecniche richiesto dalla specifica procedura di affidamento deve essere garantito dalla commissione di gara nella sua unitarietà (mentre non è richiesto che tale competenza sussista in eguale misura in capo a ciascuno dei commissari), nel caso di specie, l'esperienza dei membri della commissione (Geom. Cirrincione e Geom. Bernardi) è attestata dai curricula depositati in atti (cfr. all. resistente - doc. n. 17 e 18: il Geom. Enzo Cirrincione, in particolare vanta pregresse esperienze proprio nel settore della distribuzione del gas cui si riferisce l'oggetto del contratto; il secondo, invece, ha comunque una consolidata esperienza nell'area tecnico-amministrativa).

VI. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sez. I), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso nei termini di cui in motivazione;
- condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio in favore della stazione appaltante e della controinteressata, che si liquida in € 3.500,00 per ciascuna, oltre IVA e CPA come per legge;

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2013

IL SEGRETARIO

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