



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 1865 del 2013, proposto da:

- ACSM – AGAM Reti Gas Acqua S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Danilo Tassan Mazzocco e Giorgio Lezzi, ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Amedei n. 8, presso lo studio legale SZA;

***contro***

- il Comune di Como, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Maurizio Zoppolato, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in Milano, Via Dante n. 16;  
- il Comune di San Fermo della Battaglia, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Elisabetta Di Matteo, ed elettivamente domiciliato presso lo studio della stessa in Milano, Via Visconti di Modrone n. 3;

***nei confronti di***

- Enel Rete Gas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Ernesto Stajano e Giovanni Caputi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Milano, Via Dogana n. 3;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura ristretta per l'affidamento della concessione del servizio pubblico locale di gestione rete, impianti ed erogazione del gas naturale nel territorio del Comune di Como e del Comune di San Fermo della Battaglia (CO), adottato dal Comune di Como con determina del Dirigente del Settore reti, impianti tecnologici, strade n. 855 del 27 giugno 2013;  
- della comunicazione di aggiudicazione definitiva della gara in questione, trasmessa alla ricorrente con nota in data 28 giugno 2013, prot. n. 31075/2013, in cui si dà atto che la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto è il giorno 5 agosto 2013;  
- della delibera di Giunta del Comune di Como del 24 giugno 2013, avente a oggetto l'affidamento in concessione del servizio pubblico locale di gestione reti, impianti ed erogazione del gas naturale nel territorio del Comune di Como e di San Fermo della Battaglia: valutazioni sulla conclusione del procedimento;  
- del bando, dei verbali e delle operazioni di gara;  
- dei provvedimenti di nomina della Commissione giudicatrice;  
- di tutti gli atti e operazioni di gara e di ogni altro atto comunque connesso, precedente o successivo, preparatorio o consequenziale rispetto a quelli impugnati, ivi inclusi il bando di gara, la lettera d'invito, le deliberazioni e

determinazioni con cui si è proceduto all'approvazione della legge di gara, all'indizione della procedura e all'approvazione degli esiti della stessa, nonché tutta la documentazione costituente la *lex specialis* di gara, oltre al contratto di servizio, laddove sottoscritto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto n. 891/2013 con cui è stata accolta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso principale e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza di sospensione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Como, del Comune di San Fermo della Battaglia e di Enel Rete Gas S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Enel Rete Gas S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 17 dicembre 2013, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato in data 25 luglio 2013 e depositato il 26 luglio successivo la società ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura ristretta per l'affidamento della concessione del servizio pubblico locale di gestione rete, impianti ed erogazione del gas naturale nel territorio del Comune di Como e del Comune di San Fermo della Battaglia (CO), adottato dal Comune di Como con determina del Dirigente del Settore reti, impianti tecnologici, strade n. 855 del 27 giugno 2013, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe.

In punto di fatto va evidenziato che il Comune di Como, anche nell'interesse del Comune di San Fermo della Battaglia, in data 25 febbraio 2011 ha bandito una procedura ristretta per l'affidamento della concessione del servizio pubblico locale di gestione rete, impianti ed erogazione del gas naturale nel territorio del Comune di Como e del Comune di San Fermo della Battaglia. Alla gara partecipavano tre concorrenti e all'esito della stessa risultava aggiudicataria Enel Rete Gas S.p.a. Avendo la Stazione appaltante ritenuto anomala l'offerta dell'aggiudicataria, veniva nominata una specifica commissione tecnica che, all'esito del relativo procedimento, ne accertava la congruità.

Con il ricorso indicato in epigrafe si censurano gli atti della predetta gara per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 10 e 14 del disciplinare, del paragrafo 1, n. 1, punto v, della lettera d'invito e dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, per eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e per violazione e falsa applicazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione e per violazione del principio di par condicio fra i concorrenti.

In via subordinata, vengono eccepiti l'eccesso di potere sotto il profilo di palese errore di fatto, l'illogicità manifesta, l'incongruenza, l'irragionevolezza e l'incoerenza nell'attribuzione dei punteggi, la grave erroneità delle valutazioni tecniche operate dalla commissione giudicatrice, il difetto o erroneità di motivazione, la violazione e falsa applicazione della *lex specialis* in ordine all'adozione dei criteri di attribuzione dei punteggi, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione in relazione alle criticità segnalate dai tecnici incaricati dal Comune di valutare la congruità dell'offerta di ERG.

Sempre in via subordinata, vengono eccepiti la violazione e falsa applicazione dell'art. 84, commi 2 e 8, del D. Lgs.

n. 163 del 2006, nonché dell'art. 107 del D. Lgs. n. 267 del 2000 e l'eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e per difetto di istruttoria.

In via ulteriormente subordinata, si assume la violazione e falsa applicazione dell'art. 84, commi 2 e 8, del D. Lgs. n. 163 del 2006 con riferimento alla procedura di nomina della commissione incaricata di verificare la congruità dell'offerta di ERG, l'eccesso di potere per violazione delle specifiche indicazioni del comune e l'eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e per difetto di istruttoria.

Con decreto n. 891/2013 è stata accolta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso principale e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza di sospensione.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Como, il Comune di San Fermo della Battaglia e Enel Rete Gas S.p.A., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con ricorso incidentale proposto da Enel Rete Gas S.p.A., notificato in data 10 settembre 2013 e depositato il 20 settembre successivo, sono stati impugnati tutti gli atti del procedimento di gara, nella parte in cui non è stato accertato che la società AARGA andasse esclusa dalla procedura e che alla stessa dovesse essere attribuito un punteggio di gran lunga inferiore a quello di ERGAS.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle proprie posizioni.

Alla pubblica udienza del 17 dicembre 2013, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare va evidenziato che deve essere preventivamente scrutinato il ricorso incidentale proposto da Enel Rete Gas S.p.A. in quanto, avendo lo stesso carattere paralizzante, la sua eventuale fondatezza determinerebbe l'inammissibilità, per carenza di legittimazione ad agire, del ricorso proposto dalla ricorrente principale (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

Tale conclusione non appare in contrasto con la pronuncia della Corte di Giustizia U.E., sez. X, del 4 luglio 2013, causa C-100/12, secondo la quale "l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale"; siffatta pronuncia, in realtà, si riferisce al caso in cui abbiano partecipato alla gara soltanto due operatori economici, mentre nella fattispecie de qua hanno preso parte alla procedura tre imprese e, di conseguenza, la ricorrente principale non vanterebbe nemmeno un interesse strumentale alla ripetizione della gara in caso di fondatezza del suo ricorso, considerato che in siffatta evenienza l'appalto dovrebbe essere aggiudicato alla terza classificata e quindi ne discenderebbe l'impossibilità di riedizione della procedura concorsuale (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, III, 17 luglio 2013, n. 1882).

2. Passando all'esame del ricorso incidentale proposto da Enel Rete Gas S.p.A., lo stesso è fondato.

2.1. Con il primo motivo si assume l'illegittimità dell'ammissione alla procedura della ricorrente principale ACSM – AGAM Reti Gas Acqua S.p.A., in quanto la stessa non avrebbe prodotto, in sede di documentazione di gara, le

dichiarazioni relative all'impegno di applicare alle infrastrutture esistenti il piano delle emergenze.

## 2.2. La doglianza è fondata.

La lettera di invito a pag. 7, punto 3, prevedeva che il legale rappresentante dell'impresa concorrente dovesse dichiarare di applicare, entro 180 giorni dalla decorrenza del contratto di servizio, il piano delle emergenze alle infrastrutture esistenti, a pena di esclusione.

La mancanza di una tale dichiarazione – come evidenziato, richiesta a pena di esclusione – non risulta oggetto di contestazione e quindi ciò avrebbe dovuto determinare l'esclusione della ricorrente principale dalla gara.

In senso contrario non si può sostenere che l'applicazione del piano delle emergenze sia imposta dalla legislazione di settore e quindi sia del tutto inutile l'assunzione di un impegno in tal senso da parte del futuro gestore, atteso che un conto sono i vincoli contrattuali e un altro le prescrizioni normative, da cui discendono effetti diversi, anche in relazione alla possibile responsabilità per mancata osservanza degli obblighi legali. Nemmeno può essere condivisa la tesi secondo cui la ricorrente principale, in quanto gestore uscente, applicherebbe già il piano delle emergenze, visto che l'impegno richiesto non si riferiva al passato, ma ad una fase temporale successiva all'espletamento della gara, per la quale non possono valere gli impegni assunti con riguardo a differenti contesti temporali.

Inoltre, la circostanza che tale prescrizione sia contenuta nella lettera di invito e non nel bando di gara non determina, in assenza di un contrasto tra i due documenti, l'illegittimità della stessa, atteso che i requisiti di partecipazione possono essere contenuti sia nel bando che nella lettera di invito, che insieme formano la *lex specialis* di gara, purché la stessa sia resa accessibile ai concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5921).

Infine, la collocazione della prescrizione nella lettera di invito appare giustificata dalla circostanza che si tratta di un profilo legato all'esecuzione dell'appalto e non attinente alla precedente fase di qualificazione.

## 2.3. Pertanto, la predetta doglianza deve essere accolta.

3. Con il secondo motivo di ricorso incidentale si assume la violazione dell'obbligo dichiarativo da parte di ACSM – AGAM Reti Gas Acqua S.p.A., in seguito alla cessione del ramo di azienda dell'attività di distribuzione del gas naturale da parte di ACSM – AGAM S.p.A. che le avrebbe consentito di partecipare alla gara in oggetto.

### 3.1. La doglianza è fondata.

In seguito alla cessione del ramo d'azienda riguardante l'attività di distribuzione del gas naturale da parte di ACSM – AGAM S.p.A., la ricorrente principale ha ottenuto i requisiti per partecipare alla gara e, quindi, trattandosi di cessione avvenuta nel triennio precedente (essendo applicabile, *ratione temporis*, la disciplina anteriore all'entrata in vigore del decreto legge n. 70 del 2011), avrebbe dovuto produrre la dichiarazione di moralità ex art. 38, comma 1, lett. c, del D. Lgs. n. 163 del 2006 anche con riferimento agli amministratori cessati dalla carica ed operanti presso la società che ha ceduto il ramo d'azienda (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21; 4 maggio 2012, n. 10).

Nel caso di specie non si reputa applicabile quanto previsto dall'Adunanza plenaria n. 21 del 2012, secondo cui “i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare – in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) fino alla data di pubblicazione della presente decisione – solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali”, atteso che non si tratta di una acquisizione di un ramo d'azienda ordinaria, ma è proprio in forza di tale incorporazione che la ricorrente ha potuto acquisire i requisiti per partecipare alla gara oggetto del presente contenzioso, da cui discende necessariamente un obbligo dichiarativo, la cui

omissione non può ritenersi sanabile.

3.2. Pertanto, anche questa doglianza va accolta.

4. La fondatezza della sopra scrutinate censure, previo assorbimento delle restanti doglianze, determina l'accoglimento del predetto ricorso incidentale, con il conseguente venir meno della legittimazione da parte della società ricorrente allo scrutinio del ricorso principale, non potendosi censurare l'esito di una procedura da parte di un soggetto che doveva essere escluso dalla stessa (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

5. Pertanto, il ricorso principale proposto da ACSM – AGAM Reti Gas Acqua S.p.A. deve essere dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione ad agire, cui consegue altresì la reiezione della domanda di risarcimento del danno (peraltro formulata soltanto nelle conclusioni).

6. In relazione alla complessità, anche fattuale, della fattispecie oggetto di esame, le spese di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara inammissibile il ricorso principale indicato in epigrafe; respinge la domanda di risarcimento del danno formulata da ACSM – AGAM Reti Gas Acqua S.p.A.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/12/2013

IL SEGRETARIO

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