



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 1418 del 2012, proposto da:

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

contro

Comune di Paderno Dugnano, rappresentato e difeso dall'avv. Monica Modolo, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar, in via F. Corridoni 13;

nei confronti di

Società Italiana Per il Gas Per Azioni - Italgas, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Reggiani, Nicola Bassi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Milano, via Mozart 9;

2 i Gas Infrastruttura Italiana Gas Srl;

per l'annullamento

della determinazione 319 a data 27/4/2012 nella parte in cui il Direttore del Settore Opere per il Territorio e per l'Ambiente del Comune ha definitivamente aggiudicato alla ITALGAS s.p.a. l'appalto per il servizio di distribuzione del gas naturale per un periodo di dodici anni;

della determinazione 251/PT del 06704/2012; del verbale n. 12 del 06/04/2012; del verbale n. 3A del 27/03/2012, nonché di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paderno Dugnano e della Società Italiana Per il Gas Per Azioni - Italgas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato l'atto di aggiudicazione del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio del Comune di Paderno Dugnano per un periodo di 12 anni, a favore della società controinteressata Italiana per il gas – Italgas, unitamente agli atti di gara.

Una prima aggiudicazione, che vedeva al primo posto la società Italgas, al secondo la società Gelsia e al terzo la società E.ON Rete, è stata annullata da questo Tribunale (I Sez.), con sentenza n. 125 del 13 gennaio 2012, accogliendo il motivo relativo al mancato avvio del sub procedimento di verifica dell'anomalia relativamente alle offerte delle due prime classificate.

La stazione appaltante ha quindi avviato il procedimento di verifica in merito alla sostenibilità economica dell'offerta.

La verifica dava esito positivo, per cui la graduatoria veniva confermata, secondo il seguente ordine: Italgas con punti 87/100, Gelsia con punti 81,1/100 e E.ON Rete con punti 69,34/100.

La società ricorrente, dopo l'informativa ex art 243 bis D. lgs. 163/2006, ha impugnato l'aggiudicazione, articolando le seguenti censure, tutte relative alle offerte:

1) violazione e falsa applicazione dell'art 4 del disciplinare di gara e dell'art 13 del contratto di servizio; violazione degli artt. 86 e 87 D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per travisamento dei presupposti, contraddittorietà, disparità di trattamento, illogicità manifesta in relazione alla mancata rilevazione dell'inattendibilità del costo del lavoro indicato dalla aggiudicataria in misura nettamente insufficiente per coprire il costo del lavoro per l'acquisizione dei dipendenti utilizzati sulla rete gas e per garantire il servizio;

2) violazione e falsa applicazione dell'art 4 del disciplinare di gara e dell'art 13 del contratto di servizio; eccesso di potere di potere per travisamento dei presupposti, contraddittorietà, disparità di trattamento, illogicità manifesta, in relazione alla mancata rilevazione dell'inattendibilità dell'offerta: l'aggiudicataria sostiene di poter gestire i 22.637 punti di riconsegna del gas (p.d.r.) con soli 7,48 addetti al posto degli attuali 13; questo non rispetterebbe secondo la ricorrente il valore di soglia di efficienza (1.500 pdr/addetto) definito dal Ministero dello Sviluppo Economico con D.M. del 21 aprile 2011 e necessario alla corretta gestione del servizio. La stazione appaltante non avrebbe quindi effettuato un controllo sulla attendibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, nella cui offerta il numero di risorse indicato è troppo basso per il servizio offerto, anche considerando che Italgas si è impegnata ad evadere le richieste dei clienti in metà tempo rispetto a quelli di servizio previsti dall'AEEG, nella delibera 120/2008;

3) eccesso di potere di potere per travisamento dei presupposti, contraddittorietà, disparità di trattamento, illogicità manifesta in relazione alla mancata rilevazione dell'inattendibilità dell'offerta: sono stati considerati i soli oneri legali per la rateizzazione del pagamento, ma non gli oneri finanziari per gli investimenti.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione comunale intimata e la società controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 21 giugno 2012 la domanda cautelare veniva rinunciata.

All'udienza del 12 dicembre 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

Il Collegio con ordinanza n. 587 del 4 marzo 2013, ha disposto una verifica, in considerazione della tecnicità dei profili di incongruenza dell'offerta rilevati, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., incaricando il Presidente dell'Autorità per l'energia e il gas, con facoltà di delega a funzionari di sua fiducia.

Questi i quesiti oggetto della verifica:

- con riferimento agli addetti: se il modello lavorativo e il numero di addetti indicati nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria siano sufficienti per garantire adeguatamente il servizio, anche alla luce dei parametri fissati nel DM 21 aprile 2011;

- con riferimento ai tempi di intervento sulle richieste dei clienti, se l'offerta economica sia compatibile con il numero di addetti per p.d.r..

- se possano ritenersi attendibili la misura dei costi dichiarati da ITALGAS (corrispondente al 18,6% del VRD) e la mancata indicazione, nel conto economico presentato dall'aggiudicataria, degli oneri finanziari connessi agli investimenti necessari per la gestione del servizio nel periodo di affidamento.

La relazione conclusiva veniva depositata in data 8 novembre 2013.

All'udienza del 3 dicembre 2013, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 6 dicembre 2013 è stato depositato il dispositivo di sentenza.

DIRITTO

1) Il presente ricorso è stato proposto avverso l'atto di aggiudicazione del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio del Comune di Pademo Dugnano, servizio aggiudicato alla società Italgas, odierna controinteressata.

I motivi di ricorso vertono sulla congruità dell'offerta della prima classificata; in particolare la ricorrente contesta il modello lavorativo e l'insufficienza del numero dei lavoratori addetto ai punti di prelievo, inferiore rispetto a quello ottimale. In tal modo non verrebbe neppure rispettata la "clausola sociale", introdotta nell'art 4 del Disciplinare di gara, che impone al gestore entrante di acquisire tutto il personale del gestore uscente.

Afferma inoltre che il numero di addetti non sarebbe sufficiente per garantire il servizio ai clienti, per il quale l'aggiudicataria ha anche offerto una riduzione dei tempi di intervento, rispetto ai tempi standard previsti dall'AEEG nella delibera 120/2008.

Anche alla luce dell'esito della verifica, il ricorso deve essere respinto.

2) Prima di esaminare tutti i singoli profili, sono opportune alcune precisazioni.

2.1 Il D.M. 21 aprile 2011, contenente "Disposizioni per governare gli effetti sociali connessi ai nuovi affidamenti delle concessioni di distribuzione del gas in attuazione del comma 6, dell'art. 28 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, recante norme comuni per il mercato interno del gas" è entrato in vigore il 5 maggio 2011, quindi successivamente alla data di pubblicazione del bando, avvenuta il 13 gennaio 2011, nonché al termine di presentazione delle offerte.

Il DM introduce infatti una disciplina nuova, per cui può trovare applicazione solo con riferimento alle gare bandite dopo la sua entrata in vigore, non solo in virtù del generale divieto di retroattività della legge, ma anche perché l'operatore economico deve poter formulare un'offerta sulla base di parametri certi, che non possono mutare nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

Quindi, non trovando applicazione il DM, il profilo dell'assorbimento del personale è disciplinato dalla lex specialis e in particolare dall'art 4 del Disciplinare e dall'art 13 dell'allegato schema di contratto.

2.2 E' opportuno richiamare, in sintesi, l'esito della verifica sui tre quesiti posti nell'ordinanza collegiale:

- il rapporto addetto/punti di consegna (1 ogni 3.900) è stato ritenuto adeguato;

- l'aggiudicatario è in grado di assolvere, nel rispetto della normativa vigente e della regolazione dell'Autorità, gli impegni assunti nei confronti dell'Ente Locale concedente, in termini di qualità delle prestazioni offerte;

- rispetto agli oneri finanziari connessi agli investimenti necessari per la gestione del servizio, l'Autorità ha ritenuto che l'approccio seguito dall'aggiudicataria sia "coerente con le prassi di valutazione finanziaria".

3) Alla luce di queste precisazioni, si possono esaminare le censure e le argomentazioni introdotte nei motivi di ricorso, rammentando che esula dal potere del giudice amministrativo entrare nel merito del giudizio con cui la Commissione di gara ha valutato le giustificazioni dell'offerta prodotte dall'aggiudicataria, essendo il sindacato giurisdizionale circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più

ampio margine di apprezzamento.

3.1 Nel primo motivo parte ricorrente lamenta la violazione dell'art 4 del disciplinare di gara e dell'art 13 del contratto di servizio, nonché degli artt. 86 e 87 D. Lgs. 163/2006, in quanto l'aggiudicataria avrebbe indicato un costo del lavoro in € 249.606 all'anno, insufficiente ed inferiore rispetto a quello obbligatorio per legge e necessario per coprire il costo dei dipendenti del gestore uscente, quantificati in € 590.250,00, come da clausola sociale ex art 4 del Disciplinare e art 13 del Contratto di Servizio.

Le giustificazioni rese in sede di verifica della congruità dell'offerta rivelerebbero un indice di inattendibilità dell'offerta, laddove Italgas pretende di utilizzare personale impiegato nella gestione degli impianti di Comuni contermini: non sarebbe "lecito confondere il personale dipendente di appalti distinti, che ha e deve avere mansioni ben definite in ogni singolo appalto, se non con il rischio di non poter comprendere a carico di quale concedente vengano addossati i relativi costi operativi e contrattuali di dipendenti utilizzati in comune su più concessioni".

Ciò denota, sempre secondo la tesi di parte ricorrente, la inattendibilità dell'offerta sotto il profilo economico e gestionale, poiché le risorse umani mancanti non sono state considerate nel piano economico finanziario e i dipendenti sono stati addetti a concessioni limitrofe.

Il motivo non è fondato.

Va in primo luogo richiamato l'orientamento formatosi sul valore della clausola sociale, in base al quale "la clausola sociale impone l'obbligo di continuità nell'assunzione dei lavoratori dipendenti dalla precedente affidataria dell'appalto, va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. I lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. Nel caso in cui la c.d. "clausola sociale" sia stata richiamata espressamente dal bando, essa assume portata cogente, sia per gli offerenti che per l'Amministrazione. Ciò implica che l'offerente non può obliame la portata riducendo ad libitum il numero di unità impiegate nell'appalto cui rapportare il servizio; ovvero, a tutto concedere, potrebbe così operare, chiarendo però il formale rispetto della detta prescrizione, richiamando la "flessibilità" affermata dal diritto vivente, e disponendo che le unità assunte vadano adibite ad altre mansioni e servizi" (da ultimo Cons. Stato n. 5725 del 2 dicembre 2013).

L'art 4 del disciplinare prevede che "l'aggiudicataria della gara ha l'obbligo di assumere il personale dipendente del Gestore uscente dedicato alla gestione degli impianti, come indicato nell'art 12 dello schema di contratto di servizio, salvo rinuncia degli interessati".

Nel contratto di servizio la disposizione in materia è l'art 13.4 lett e), che tra gli adempimenti, impone al gestore: "all'atto della consegna degli impianti in sede di aggiudicazione, ad assumere il personale già dipendente del precedente gestore, dedicato alla gestione delle reti degli impianti nel territorio di Paderno Dugnano".

Dalla disciplina della *lex specialis* si evince che il nuovo gestore deve assumere i dipendenti del gestore uscente, precedentemente addetti al servizio gas, ma non può dedursi alcun obbligo a mantenere gli stessi sull'impianto del Comune di Paderno Dugnano.

In tal senso la semplice interpretazione letterale delle due disposizioni: l'art 4 si limita ad introdurre l'obbligo di assorbimento del personale; l'art 13.4 dello schema di contratto di servizio, individua il personale da assorbire, (cioè quello addetto al servizio); se la volontà della stazione appaltante fosse stata quella di mantenere il personale assorbito sul territorio comunale, avrebbe precisato "dedicandolo alla gestione delle reti degli impianti del territorio di Paderno Dugnano".

Come affermato nella decisione sopra riportata, il nuovo gestore ha certamente l'obbligo prioritario di rispettare le mansioni proprie del "personale assorbito", solo nel caso in cui ciò non sia possibile, impiegarli in altri settori, e solo quale extrema ratio, fare ricorso alle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali.

Nel caso di specie non si ravvisa pertanto la violazione lamentata, poichè le mansioni vengono rispettate, ma, per una scelta organizzativa e gestionale, di ottimizzazione delle risorse, alcune unità vengono assegnate agli impianti di altri comuni limitrofi.

Ha puntualmente osservato la difesa di Italgas. e il Collegio condivide tale lettura, che in ogni caso neppure il D.M. 21 aprile 2011 impone l'assegnazione dei lavoratori negli stessi luoghi, limitandosi l'art 2 a garantire "la salvaguardia delle condizioni economiche individuali in godimento, con riferimento ai trattamenti fissi e continuativi e agli istituti legati all'anzianità di servizio".

4) Nella seconda censura si lamenta la violazione dell'art 4 del disciplinare di gara e dell'art 13 del contratto di servizio sotto altro profilo: l'aggiudicataria sostiene di poter gestire i 22.637 punti di riconsegna del gas (p.d.r.) con soli 7,48 addetti al posto degli attuali 13; questo non rispetterebbe secondo la ricorrente il valore di soglia di efficienza (1.500 pdr/addetto) definito dal Ministero dello Sviluppo Economico con D.M. del 21 aprile 2011 e necessario alla corretta gestione del servizio. La stazione appaltante non avrebbe quindi effettuato un controllo sulla attendibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, in cui il numero di risorse indicato è troppo basso per il servizio offerto, anche considerando che Italgas si è impegnata ad evadere le richieste dei clienti in metà tempo rispetto a quelli di servizio previsti dall'AEEG, nella delibera 120/2008.

I profili posti in questo motivo sotto stati oggetto della verifica, ed in particolare nei primi due quesiti.

L'Autorità ha accertato la congruità dell'offerta, in relazione al numero degli addetti ai punti di riconsegna e alla tipologia di servizio offerto, prendendo come parametri di raffronto non solo il DM 21 aprile 2011, (che come detto non sarebbe applicabile all'appalto de quo), ma quelli fissati dalle delibere dell'Autorità, in materia di modalità di esecuzione delle prestazioni fornite dalle imprese di distribuzione del gas, in particolare le delibere 28 dicembre 2000 n. 236/00 e 2 marzo 2000 n. 47/00, nonché la delibera 7 agosto 2008 ARG/gas 120/08 "Regolazione della qualità dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009-2012".

Ha ritenuto l'Autorità che il valore soglia richiamato da parte ricorrente, cioè 1.500 punti di riconsegna per addetto "rappresenta un valore al di sotto del quale si paleserebbe una inefficienza nell'utilizzo del personale per la gestione del servizio". Precisa il verificatore che ciò "è avvalorato anche dalla lettura delle premesse motivazionali del decreto 21 aprile 2011, dalle quali si evince che la definizione di un numero punti di riconsegna per addetto è funzionale a garantire la verifica della congruità dell'entità del personale indicato dai gestori uscenti, al fine di evitare comportamenti opportunistici da parte del gestore uscente e ostacoli al processo di efficienza operativa".

Per tale ragione il verificatore ha ritenuto che il rapporto proposto, di 1/3.900 per l'impianto di Paderno Dugnano (che conta 21.788 punti di riconsegna), non solo non violerebbe la soglia minima del D.M., ma garantisce un adeguato livello di servizio.

L'offerta economica è stata ritenuta compatibile anche rispetto ai tempi di intervento sulle richieste dei clienti: l'Autorità ha rilevato che l'aggiudicataria si avvale di un Centro di supervisione integrato, dispone di un numero verde e di sistemi informativi funzionali a garantire a ciascuna unità territoriale dislocata sul territorio nazionale l'accessibilità all'applicazione informatica di cartografia e di gestione delle utenze. In tal modo vengono ridotti i tempi di risposta alle richieste di intervento, ottimizzando anche l'assegnazione delle risorse in caso di richieste di pronto intervento, essendo Italgas dotata di un sistema informativo "Workforce Management".

5) L'ultimo motivo verte su un ulteriore profilo di inattendibilità dell'offerta: sarebbero stati considerati i soli oneri legali per la rateizzazione del pagamento, ma non gli oneri finanziari per gli investimenti.

La stessa Italgas sostiene di reperire le risorse finanziarie “attraverso la struttura finanziaria centralizzata del gruppo di appartenenza”, aggiungendo che il tasso medio di indebitamento è pari al 3,58%, tasso che non risulterebbe applicato al piano economico finanziario presentato.

Anche questo motivo, alla luce di quanto dichiarato dall’Autorità, che ha esaminato la Relazione in merito alla sostenibilità economica dell’offerta, non può essere accolto.

Rileva l’Autorità che l’aggiudicataria propone un modello organizzativo volto alla ottimizzazione dell’utilizzo delle risorse sul territorio, dedicando risorse di gestione e attività di investimento in proporzione variabile lungo l’arco di tempo di durata della concessione.

Tale ripartizione è valutata come adeguata dall’Autorità, rispetto alla conduzione dell’impianto e allo svolgimento delle attività inerenti gli investimenti, prevedendo una flessione degli investimenti all’approssimarsi della fine del periodo concessorio.

Rispetto agli oneri finanziari connessi agli investimenti necessari per la gestione del servizio, ha osservato l’Autorità, che gli oneri vengono riportati nei prospetti relativi ai flussi di cassa annuale, solo nel caso in cui il finanziamento del progetto presupponga l’accensione di un mutuo, di norma soggetto ai tassi agevolati.

Anche su questo punto l’offerta di Italgas è risultata coerente con le prassi di valutazione finanziaria.

Per tali ragioni, il motivo non può trovare accoglimento.

6) Per le ragioni sopra riportate, supportate dalle osservazioni contenute nella verifica, il ricorso deve essere respinto.

La complessità della questione sottoposta giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

Dovrà invece essere posta a carico della società ricorrente il compenso che verrà richiesta dall’Autorità per la verifica, da liquidarsi con separato provvedimento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l’intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Primo Referendario

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2014

IL SEGRETARIO

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