

REPUBBLICA ITALIANA

N.2348/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2441-2556 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

-Sul ricorso in appello n. 2441/2007, proposto dalla AGES S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Tarzia e Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto in Roma, Via di Ripetta, 142 presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari;

contro

la NUOVENERGIE S.r.l. in proprio e quale mandataria ATI, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gabriele Pafundi e Vito Salvadori, con domicilio eletto in Roma, Viale Giulio Cesare n. 14 A/4, presso l'avv. Gabriele Pafundi;

la ATI ASM Distr. Garbagnate Milanese e in proprio, non costituitasi;

la ATI A.E.M. S.p.A. e in proprio, non costituitasi;

e nei confronti del

Comune di Sesto Calende, non costituitosi;

-Sul ricorso in appello n. 2556/2007, proposto dal Comune di Sesto Calende, rappresentato e difeso dagli avv.ti Liberto Losa e Mario Sanino, con domicilio eletto in Roma, Viale Parioli n. 180 presso l'avv. Mario Sanino;

contro

la NUOVENERGIE S.r.l. in pr. e n.q. mandataria A.T.I..

SC

rappresentata e difesa dagli avv.ti Gabriele Pafundi e Vito Salvadori, con domicilio eletto in Roma, Viale Giulio Cesare n. 14 A/4 presso l'avv. Gabriele Pafundi;

la A.T.I. ASM Distribuzione Garbagnate Milanese, non costituitasi;

la A.T.I. AEM Ambiente Energia Mobilità Cremona S.p.A., non costituitasi;

e nei confronti della

AGES S.p.A., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del *TAR LOMBARDIA - MILANO: Sezione III n.19/2007*, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di distribuzione del gas naturale;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2007, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati G.F. Ferrari, G. Pafundi, M. Sanino e L. Losa;

Visto il dispositivo di decisione n.570/2007;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con i due appelli in epigrafe, la società Ages ed il comune di Seste Calende hanno chiesto la riforma della sentenza TAR LOMBARDIA – MILANO, Sezione III, n.19/2007, con la quale è stato accolto nei limiti indicati il ricorso (e relativi motivi aggiunti) proposto dalla società Nuovenergie, in proprio e quale mandataria della relativa ATI, avverso la determinazione n.1057/2005 del comune di Seste Calende, di approvazione dei verbali di gara ed affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale nel territorio comunale a favore dell'ATI capeggiata dalla società Nuovenergie, ed i relativi atti di gara.

Al riguardo il TAR ha ritenuto fondata la censura di difetto di motivazione prospettata nei motivi aggiunti in ordine alla determinazione con la quale la stazione appaltante aveva ritenuto congrua l'offerta economica della società AGES s.p.a., sebbene la stessa apparisse obiettivamente antieconomica e tale da mettere a rischio le stesse esigenze di qualità e sicurezza del servizio. In particolare il TAR, pur non ritenendo che l'ammontare dell'offerta in sé (pari all'82% del VRD-Vincolo ricavi distribuzione), sia pure tale da ingenerare dubbi di sostenibilità, risultasse assolutamente ingiustificabile, ha comunque concluso nel senso che la portata dell'offerta dovesse condurre ad un giudizio di verifica dell'offerta complessiva della concorrente, nelle sue molteplici e specifiche componenti, particolarmente attento, articolato, puntuale, comportante anche

approfondite valutazioni di tutti gli elementi tecnici, se del caso con ricorso a specifiche professionalità, atteso che la Commissione di gara nel provvedimento del 6 aprile 2005 si era limitata a rilevare, senza che venisse indicato alcun tipo di svolta istruttoria e peraltro in modo del tutto apodittico, che *“dopo aver attentamente esaminato le giustificazioni fornite dalla Ditta AGES in merito all’offerta economica presentata ritiene le stesse congruenti con l’offerta presentata e pertanto dichiara valida l’offerta presentata dalla Ditta AGES”*; che il mero riferimento all’attento esame delle giustificazioni non era sufficiente a dar conto di quanto nella specie espletato, sicchè gli elementi addotti a giustificazione permanevano obiettivamente controversi; che pertanto la stazione appaltante aveva l’obbligo di reiterare il procedimento medesimo alla luce delle indicazioni offerte in motivazione, in particolare procedendo ad attenta verifica, anche d’ordine tecnico, in relazione alle singole giustificazioni proposte dalla AGES .

2. Con il primo appello la società Ages ha dedotto quanto segue:
-il sub procedimento volto alla verifica dell’anomalia dell’offerta costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale e la motivazione della valutazione effettuata circa l’anomalia dell’offerta costituisce elemento decisivo ai fini della verifica della correttezza della valutazione effettuata, tuttavia la necessità di una puntuale ed analitica valutazione è generalmente richiesta

dalla giurisprudenza solo nel caso di giudizio negativo, mentre nel caso di valutazione positiva è sufficiente un riferimento alla giustificazioni offerte dall'impresa sottoposta a verifica (sezione IV n.3554/2004 , sezione V n.4949/2006, sez. VI n.3637/2002), per cui la sentenza del TAR è censurabile per aver ritenuto necessaria un'articolata motivazione anche nel caso di giudizio positivo sulle giustificazioni addotte dall'impresa ed inoltre per aver giudicato nel merito le relative giustificazioni;

-in ogni caso la tesi fondamentale sulla asserita anomalia dell'offerta Ages muove dal presupposto che essendo stata fissata dall'AEEG una soglia indicativa del 35-40% del VRD, quale corrispettivo massimo che le amministrazioni possono pretendere a base di gara, l'offerta di un canone superiore a detto limite (nella specie pari all'82% del VRD) sia significativa di una potenziale anomalia dell'offerta medesima, ma in tal modo non si tiene conto che il limite fissato dall'AEEG è solo indicativo e comunque concerne criteri orientativi per la redazione dei bandi di gara, per cui il concorrente nella predisposizione della propria offerta ha indubbiamente dei margini più ampi con il limite della sostenibilità economica, nel senso che deve assicurare la possibilità di svolgere il servizio;

- nella specie i chiarimenti forniti da Ages devono considerarsi idonei a comprovare la sostenibilità economica dell'offerta, con la possibilità di garantire un'elevata qualità del servizio prestato,

per cui correttamente la stazione appaltante, dopo aver attentamente esaminato le giustificazioni fornite da Ages e valutata la congruità delle stesse, ha dichiarato valida l'offerta presentata da Ages;

-Ages ha risposto alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante in data 1.3.2005 con una dettagliata relazione tecnica contenente le relative giustificazioni, che sono state poi vagliate dalla commissione giudicatrice e condivise dal responsabile del procedimento nel provvedimento di aggiudicazione, per cui sussisteva adeguata motivazione al riguardo sia pure per relationem;

-i chiarimenti forniti da Ages sono logici e congruenti rispetto all'insieme degli elementi dedotti a giustificazione della propria offerta ed anzi erano le considerazioni della ricorrente originaria ad operare un travisamento dei fatti (dati non aggiornati, omessa considerazione della presenza di un numero elevato di seconde case in zone con vocazione turistica, omessa previsione di un incremento consistente dei contatori da attivare);

-la metodologia applicata da Ages per calcolare il VRD non può ritenersi erronea e non è irragionevole la quantificazione dei costi e delle spese operata, né meritano adesione i dubbi avanzati sulla capacità di Ages di far fronte con proprio capitale all'impegno finanziario derivante dall'investimento prospettato.

3. Con il secondo appello il comune di Seste Calende ha dedotto

quanto segue;

-inammissibilità del ricorso originario in quanto non proposto da tutti i componenti della costituenda associazione temporanea;

-erroneità della sentenza del TAR nella parte in cui ha ravvisato l'inadeguatezza dell'istruttoria compiuta e la carenza di motivazione nel giudizio positivo sulla verifica dell'anomalia dell'offerta, atteso che le giustificazioni fornite da Ages hanno interessato tutti gli elementi indicati dal Comune, per cui la motivazione è da rinvenirsi nelle stesse giustificazioni presentate da Ages, che non possono ritenersi né manifestamente irrazionali né inficiate da vizi di travisamento;

-con riferimento all'incremento dell'utenza, le previsioni di Ages sono corrette in relazione al numero rilevante di abitazioni non ancora allacciate alla rete di distribuzione, tenuto anche conto della vocazione turistica del Comune e dell'incremento della rete di distribuzione effettuato in precedenza;

-le modalità di calcolo del VRD debbono ritenersi corrette, anche in considerazione dell'analogo risultato cui è pervenuto lo stesso perito del Comune.

In entrambi gli appelli si è costituita la società Nuovenergie che ha contestato l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario e comunque ha rilevato l'infondatezza degli appelli.

4. Con ordinanza n.2683/2007, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dagli appellanti.

In prossimità dell'udienza di discussione del ricorso tutte le parti hanno presentato memoria conclusiva.

La parte appellata ha rilevato che la società Ages aveva sostanzialmente fatto presente nelle sue giustificazioni che i ricavi netti sarebbero aumentati in conseguenza degli aumenti di utenza e consumo di gas, ma in tal modo non è stato tenuto conto del fatto che sulla base della disciplina prevista dalla delibera dell'AAEG n.170/2004 un aumento di utenza o di vettoriamento non può incidere sul VRD atteso che un incremento del fatturato in un determinato anno comporta un abbassamento delle tariffe nell'anno successivo per compensare lo scostamento del VRD; che inoltre, pur ammettendosi che le valutazioni della Commissione di gara possono limitarsi a richiamare in toto le giustificazioni fornite dall'impresa, nella specie erano stati posti alcuni quesiti cui la società Ages non aveva fornito risposta.

Il comune di Seste Calende ha sostanzialmente rinunciato all'eccezione di inammissibilità del ricorso originario in considerazione della pronuncia Corte di Giustizia CE in data 4.10.2007 C.492/2006, in base alla quale deve ritenersi ammissibile il ricorso proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica che abbia partecipato ad una procedura di aggiudicazione di appalto; ha quindi concluso per l'accoglimento

dell'appello nel merito.

La società Ages ha ribadito che nella specie il giudizio positivo sull'anomalia della propria offerta era motivato adeguatamente con il richiamo delle giustificazioni fornite; che erano inammissibili le difese prospettate dalla società appellata con riferimento alla ritenuta non congruenza delle risposte presentate rispetto ai quesiti posti dall'Amministrazione; che comunque le giustificazioni da essa fornite erano articolate ed attendibili; che era inconferente la disciplina di cui alla deliberazione AEEG n.170/2004, la quale era stata impugnata da vari operatori ed era entrata in vigore solo in data 4.10.2006, successivamente all'espletamento della procedura di gara in contestazione; che comunque la nuova disciplina veniva ad incrementare i margini conseguibili dalla gestione del servizio; che al 31.10.2007 il numero degli utenti attivi era pari a 3937 e che il gas erogato nel 2006 era quantificabile in m.c. 9.971.928.

All'udienza dell'11 dicembre 2007, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. I due appelli in epigrafe, già riuniti in sede cautelare, vanno riuniti anche in sede di merito in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

6. Priva di pregio è l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario sollevata dall'appellante comune di Seste Calende sul rilievo che l'impugnativa non era stata proposta da tutti i

partecipanti all'ATI costituenda, atteso che medio tempore è intervenuta la decisione Corte di Giustizia CE in data 4.10.2007 C.492/2006, in base alla quale deve ritenersi ammissibile il ricorso proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica che abbia partecipato ad una procedura di aggiudicazione di appalto, orientamento condiviso dal Collegio.

7.I due appelli sono fondati e meritano accoglimento.

Merita adesione la complessa doglianza con la quale i due appellanti sostengono sostanzialmente che il sub procedimento volto alla verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale e la motivazione della valutazione effettuata circa l'anomalia dell'offerta costituisce elemento decisivo ai fini della verifica della correttezza della valutazione effettuata, tuttavia la necessità di una puntuale ed analitica valutazione è generalmente richiesta dalla giurisprudenza solo nel caso di giudizio negativo, mentre nel caso di valutazione positiva è sufficiente un riferimento alle giustificazioni offerte dall'impresa sottoposta a verifica, per cui la sentenza del TAR è censurabile per aver ritenuto necessaria un'articolata motivazione anche nel caso di giudizio positivo sulle giustificazioni addotte dall'impresa (come nella specie) ed inoltre per aver giudicato nel merito le giustificazioni fornite da Ages.

7.1. Al fine di valutare adeguatamente detta doglianza, è opportuno sintetizzare il ragionamento in base al quale il TAR si è orientato per l'accoglimento del ricorso di 1° grado (e relativi motivi aggiunti). Il TAR ha ritenuto da una parte che l'ammontare dell'offerta in sé presentata da Ages (pari all'82% del VRD-Vincolo ricavi distribuzione), non risultasse assolutamente ingiustificabile, e dall'altra che comunque la portata dell'offerta dovesse condurre ad un giudizio di verifica dell'offerta complessiva della concorrente, nelle sue molteplici e specifiche componenti, particolarmente attento, articolato, puntuale, comportante anche approfondite valutazioni di tutti gli elementi tecnici, atteso che la Commissione di gara nel provvedimento del 6 aprile 2005 si era limitata a rilevare, senza che venisse indicato alcun tipo di svolta istruttoria e peraltro in modo del tutto apodittico, che *“dopo aver attentamente esaminato le giustificazioni fornite dalla Ditta AGES in merito all'offerta economica presentata ritiene le stesse congruenti con l'offerta presentata e pertanto dichiara valida l'offerta presentata dalla Ditta AGES”*; che il mero riferimento all'attento esame delle giustificazioni non era sufficiente a dar conto di quanto nella specie espletato, sicchè gli elementi addotti a giustificazione permanevano obiettivamente controversi; che pertanto la stazione appaltante aveva l'obbligo di reiterare il procedimento medesimo alla luce delle indicazioni offerte in

motivazione, in particolare procedendo ad attenta verifica, anche d'ordine tecnico, in relazione alle singole giustificazioni proposte dalla AGES .

7.2. Detto ragionamento del TAR non può essere condiviso in quanto da un lato si ritiene che l'offerta presentata dall'aggiudicataria Ages non sia del tutto ingiustificabile e dall'altro si presuppone che l'Amministrazione dovrebbe fornire elementi certi in ordine all'attendibilità dell'offerta presentata da un concorrente per poter esprimere un giudizio di superamento del sospetto di anomalia dell'offerta, mentre deve ritenersi sufficiente un giudizio di ragionevolezza sugli elementi di giustificazione forniti dall'impresa, il che può avvenire anche senza la necessità di ulteriore istruttoria.

Al riguardo si fa presente in primis che la giurisprudenza di questo Consiglio è costante nel ritenere che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme ed esso costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (Sez. IV, n. 435 del 14.2. 2005 e n.3097 dell'8.6.2007; sez. V, n.4856 del 20.9.2005; sez. VI, n.5191 del 7.9 2006).

Inoltre, per quanto riguarda la sufficienza o meno della motivazione sul giudizio di anomalia dell'offerta, il Collegio condivide l'orientamento secondo cui la motivazione viene richiesta rigorosa ed analitica nel caso di giudizio negativo sull'anomalia; in caso, invece, di giudizio positivo, ovvero di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti. Pertanto, il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate (sez. IV n.1658 dell'11.4.2007; sez. V, n.5314 del 5.10 2005 e n. 4949 del 23.8.2006 ; sez. VI n.5191 del 7.9.2006).

Nel caso in esame, la commissione giudicatrice si era espressa positivamente *“dopo aver attentamente esaminato le giustificazioni fornite dalla Ditta AGES in merito all’offerta economica presentata ritiene le stesse congruenti con l’offerta presentata e pertanto dichiara valida l’offerta presentata dalla Ditta AGES”*, e ciò costituisce adeguata motivazione essendo state fatte proprie dalla commissione le giustificazioni presentate dalla società Ages.

7.3.D'altra parte, non possono ritenersi inattendibili le giustificazioni fornite da Ages ed in particolare le modalità di calcolo del VRD (Vincolo ricavi distribuzione), debbono ritenersi plausibili, anche in considerazione dell'analogo risultato cui è pervenuto lo stesso perito del Comune ed inoltre il prospettato incremento dell'utenza, in relazione al numero rilevante di abitazioni non ancora allacciate alla rete di distribuzione, tenuto anche conto della vocazione turistica del Comune e dell'incremento della rete di distribuzione effettuato in precedenza, non risulta del tutto ingiustificato.

7.4.E' inammissibile invece la considerazione della parte appellata in ordine alla ritenuta non congruenza delle risposte presentate nelle giustificazioni da Ages rispetto ai quesiti posti dall'Amministrazione, atteso che tale aspetto non era stato dedotto in primo grado dalla ricorrente originaria ed è stato autonomamente (e perciò ultra petita) in qualche modo considerato dal TAR.

7.5.Così come è inammissibile l'ulteriore rilievo della parte appellata secondo cui, pur ammettendosi che i ricavi netti previsti da Ages sarebbero aumentati in conseguenza degli aumenti di utenza e consumo di gas, comunque sulla base della disciplina prevista dalla delibera dell'AAEG n.170/2004 un aumento di utenza o di vettoriamento di gas non potrebbe incidere sul VRD atteso che un incremento del fatturato in un determinato anno

comporterebbe abbassamento delle tariffe nell'anno successivo per compensare lo scostamento del VRD, trattandosi di aspetto non sollevato in primo grado. Comunque quest'ultima disciplina, la cui applicabilità alla gara in esame viene messa in discussione dalla società Ages nella memoria conclusiva, dovrebbe comportare un aumento di utenza o di vettoriamento di gas in ciascuno degli anni di svolgimento del servizio e perciò di introiti, salvo ridimensionamento nell'anno successivo per conseguente abbassamento delle tariffe e così di seguito.

8. Per quanto considerato, gli appelli debbono essere accolti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa riunione, accoglie gli appelli indicati in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, respinge il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio dell'11 Dicembre 2007 con l'intervento dei Signori:

Pres. Sergio Santoro

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Marco Lipari

Cons. Marzio Branca

Cons. Aniello Cerreto Est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 20 MAGGIO 2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi