

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2035 del 2014, proposto da: Gas Plus Reti S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via del Mascherino 72;

contro

Comune di Offlaga, rappresentato e difeso dagli avv. Paola Ramadori, Fiorenzo Bertuzzi, Silvano Venturi e Gianpaolo Sina, con domicilio eletto presso l'avv. Paola Ramadori in Roma, via Marcello Prestinari, 13;

nei confronti di

Coop. Pomilia Gas Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv. Enrico Soprano e Eduardo Riccio, con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA n. 00306/2014 e del dispositivo di sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 00181/2014, resi tra le parti, concernenti il rinnovo delle operazioni di gara.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Offlaga e della Coop. Pomilia Gas Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2014 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Boifava, per delega di Zoppolato, De Marco, per delega di Ramadori, e Soprano;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Brescia, Sez. II, con la sentenza 26 marzo 2014, n. 306 ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento della determinazione in data 11.2.2013, n. 19, recante la nomina della nuova commissione nella gara avente per oggetto l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale e della nota 12.1.2013, di riavvio della procedura di gara.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che con propria precedente sentenza 17 luglio 2012, n. 1363 era già stato accolto il ricorso basato sul conflitto di interessi in capo all'Ing. Franco Marfurt, con conseguente annullamento sia del provvedimento di nomina della commissione giudicatrice, sia di tutti gli atti adottati dalla Commissione stessa, inclusa l'aggiudicazione del servizio, per invalidità derivata.

Con la determinazione impugnata in questo giudizio (11.2.2013, n. 19) l'Amministrazione ha riattivato il procedimento e nominato la nuova Commissione aggiudicatrice, confermando tutti i componenti in precedenza prescelti, ad eccezione dell'Ing. Franco Marfurt (sostituito dal geom. Enzo Gaibotti).

Con motivi aggiunti di primo grado (depositati in data 25.6.2013) l'attuale

appellante ha impugnato anche l'aggiudicazione definitiva, deducendone l'invalidità derivata e sostenendo, nella sostanza, l'elusione della citata sentenza del TAR n. 1363-2012, in quanto l'Amministrazione avrebbe dovuto indire ex novo la gara, poiché nel caso in cui i motivi di annullamento ineriscano alla composizione illegittima della Commissione l'effetto caducante è radicale e travolge tutti gli atti di gara e poiché, peraltro, il vizio di legittimità riguardava il ruolo "onnivalente" assunto dall'Ing. Marfurt, ideatore e consigliere del Comune sull'avvio dell'intera operazione, perito della stima, redattore degli atti di gara e Commissario.

Ad avviso del TAR, la causa di incompatibilità che ha colpito l'Ing. Marfurt è quella stabilita all'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163-2006; pertanto, è compatibile la semplice sostituzione del componente afflitto da causa di incompatibilità e la susseguente ripresa della procedura dallo stadio "depurato" dal vizio, poiché detta norma non impone in alcun modo l'obbligo di una riedizione integrale della gara, per cui non è configurabile la dedotta violazione del giudicato.

Per il TAR sono da ritenersi infondate anche le altre censure di primo grado, poiché:

- non sussiste alcuna illegittimità derivante dall'avvenuta conoscenza delle offerte che hanno già costituito oggetto di valutazione nella precedente seduta di gara, alla luce della già richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 30-2012;
- nessun problema pone il fatto che le offerte siano risalenti nel tempo;
- quanto alla cauzione, l'art. 75, comma 4, del Codice dei contratti statuisce che la cauzione provvisoria "deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile"; una clausola di tale tenore è espressamente riportata nella polizza depositata dall'aggiudicataria;
- la violazione dei principi di segretezza e trasparenza per mancanza di notizie sugli accorgimenti adottati per preservare l'autenticità e l'integrità delle buste di gara non

sussiste: i plichi “sono stati perfettamente conservati in un armadio, chiuso a chiave, presso l’ufficio tecnico” e nella fattispecie concreta non affiora alcuna precedente operazione di manomissione che giustificasse l’adozione di particolari cautele nella conservazione dei plichi né vi è traccia di qualsivoglia altra anomalia;

- non è ravvisabile l’eccesso di potere per sviamento per inosservanza dell’obbligo di indire la gara per ambiti territoriali, poiché la sentenza n. 1770-2011 di questo Tribunale ha riconosciuto la possibilità di ultimare la selezione avviata alla luce della disciplina transitoria, mentre l’annullamento parziale disposto con la citata sentenza 1363-2012 non comporta (come già rilevato) la necessità di riattivare la procedura competitiva dal suo inizio, ma soltanto dalla nomina della nuova Commissione.

L’appellante, nell’atto d’appello e nel successivo atto per motivi aggiunti (qualificati come “ulteriori”), contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Erroneità della sentenza gravata per travisamento dei presupposti;
- Erroneità della sentenza gravata sotto altri profili;
- Erroneità della sentenza gravata per illogicità della motivazione; violazione dell’art. 99 c.p.a.

Con l’appello in esame, si chiedeva l’accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituivano il Comune e il controinteressato, che chiedevano il rigetto dell’appello.

All’udienza pubblica del 7 ottobre 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l’appello sia infondato.

Deve, preliminarmente, rilevarsi che il principio espresso motivatamente con l’ordinanza cautelare d’appello 28 maggio 2014, n. 2226, in relazione alla contestata rinnovazione parziale degli atti di gara, oggetto del presente giudizio, implica che la nomina di una commissione di gara contenente un commissario incompatibile

(così come è stato accertato giudizialmente nella precedente sentenza del TAR n. 1363-12) non solo inficia le decisioni e le determinazioni a valle, assunte dalla commissione stessa in quanto manifestazioni di volontà complessa imputabili a tale organo, ma preclude anche la nomina di tutti i medesimi commissari (e non solo di quello dichiarato incompatibile), a tutela dei principi di trasparenza e di imparzialità delle operazioni di gara.

Al riguardo la Sezione può anche richiamare l'orientamento, seguito più volte da questo Consiglio di Stato, secondo il quale non esiste un principio assoluto di unicità o immodificabilità delle commissioni giudicatrici, poiché tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni.

E' stata, quindi, ammessa la sostituzione avvenuta per indisponibilità di un componente in un momento in cui la commissione non aveva ancora cominciato le operazioni valutative (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169).

Al di fuori di tali limitati casi, connessi alle esigenze indispensabili di funzionamento della Commissione, tuttavia emerge con evidenza la considerazione giurisprudenziale della Commissione quale organo collegiale centrale a garanzia dell'imparzialità e della professionalità, sotto il profilo tecnico, delle valutazioni effettuate nelle gare pubbliche idonee a determinare la graduatoria, e quindi la vittoria, di un appalto pubblico.

Pertanto, ogni qualvolta emergano elementi che siano idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a comprometterne tale delicato e cruciale ruolo di garante di imparzialità delle valutazioni affidato alle commissioni di gara, la semplice sostituzione di un componente rispetto al quale sia imputabile la causa di illegittimità dovrebbe dunque ritenersi né ammissibile, né consentita, in particolare nelle ipotesi in cui la commissione abbia già operato e fornito le sue valutazioni in merito alle offerte presentate, come nel caso di specie e come l'ordinanza cautelare

di questo Consiglio ha sinteticamente evidenziato.

In ipotesi come quella all'esame, dunque, il rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari dichiarato incompatibile possano avere inciso nei confronti anche degli altri commissari durante le operazioni di gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo, impedisce la sua semplice sostituzione ed implica la decadenza e la necessaria sostituzione di tutti gli altri commissari.

E' evidente che, per contro, non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima, ai sensi degli artt. 84, commi 4 e 10, del Codice dei contratti pubblici, anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara, atteso che la stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13, emessa proprio in materia di gare per concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale, ed invocata da entrambe le parti con accenti differenti, ha stabilito inequivocamente e perentoriamente che "secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento".

Pertanto, vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non certo gli atti anteriori, anche in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte.

D'altro canto, non si vede perché la rinnovazione delle operazioni di gara dovrebbe essere tanto radicale da incidere su tutti gli atti a monte, compreso il bando di gara, il disciplinare e tutti gli atti in base ai quali è stata indetta la gara, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della

commissione, il che non incide affatto, né in senso logico né giuridico, sui predetti atti a monte del procedimento, non inficiandoli in alcun modo.

La rinnovazione radicale così disposta, come aspirerebbe parte appellante, finirebbe per pregiudicare gli interessi pubblici sottesi alla gara d'appalto, anche sotto il profilo dei costi amministrativi aggiuntivi, senza in alcun modo tutelare detti interessi pubblici, ma esclusivamente, ed in modo sbilanciato, l'interesse privato dell'appellante a poter formulare una nuova offerta competitiva.

Peraltro, l'espressione "rinnovazione della gara", cui fa menzione l'art. 122 c.p.a., evocato dall'anzidetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria 7 maggio 2013, n. 13, è compatibile con la sola rinnovazione delle valutazioni discrezionali, poiché una nuova commissione, rinominata in modo integrale, esercitando ex novo la discrezionalità tecnica che le è riconosciuta, potrebbe anche ribaltare l'esito della gara; in questo senso, si tratta di una "rinnovazione", cui può riferirsi l'espressione utilizzata dal legislatore nell'anzidetto art. 122 c.p.a.

Nel caso di specie, dunque, la disposta rinnovazione del procedimento potrebbe ritenersi in astratto illegittima soltanto in quanto non abbia interessato la sostituzione di tutti i precedenti commissari e non certo perché non ha riavviato ab initio l'intera gara.

Né potrebbe avere incidenza la circostanza che si tratterebbe di offerte presentate da oltre due anni (nel giugno 2011); formulate sulla base di un metodo tariffario ormai mutato ed in applicazione a parametri valutativi nel frattempo sostituiti, atteso che tale evenienza riguarderebbe tutte le gare per le quali il procedimento di valutazione, per ragioni fisiologiche o patologiche, si sia protratto nel tempo, il che non implica affatto che la gara sia da ritenersi illegittima.

All'esame approfondito della vicenda, cui è demandata l'udienza di merito e che non può essere effettuata in sede cautelare, attesa la fisionomia di tale giudizio, si deve tuttavia ritenere che, dal momento che la domanda di rinnovazione della gara

in questione non può essere accolta integralmente per le ragioni appena esposte, ma soltanto parzialmente, in correlazione alla necessaria sostituzione, come detto, di tutti i precedenti commissari, non possa riconoscersi un interesse concreto, attuale e differenziato all'accoglimento di tale censura.

Infatti, dall'esame della documentazione di gara emerge inequivocabilmente che il punteggio attribuito per il merito tecnico all'attuale appellante è risultato del tutto irrilevante per l'esito della gara, poiché Gas Plus si è classificata all'ultimo posto nell'ambito dell'attribuzione del punteggio economico.

Pertanto, neppure con il massimo punteggio previsto per il pregio tecnico, e l'affermazione non è nemmeno contestata dall'appellante, quest'ultima sarebbe in grado di colmare il divario con le offerte migliori, tenuto anche conto che la determinazione del punteggio per la componente economica dell'offerta è correlata all'applicazione di criteri meramente matematici, non suscettibili di apprezzamenti discrezionali.

La Commissione, infatti, ha stabilito, per l'offerta tecnica, i seguenti punteggi:

- Cooperativa Pomilia Gas s.c.r.l.: 14,691;
- Enel Rete Gas Gruppo F21 Retitalia: 19,400;
- Gas Plus Reti s.r.l.: 12,045;
- A2A Reti Gas s.p.a.: 16,828.

La Commissione, quindi, ha attribuito i punteggi per l'offerta economica, in conformità a quanto indicato al capo 3 della dichiarazione di gara e all'art. 11 del Bando di Gara, nel modo seguente:

- Cooperativa Pomilia Gas s.c.r.l.: 79,314;
- Enel Rete Gas Gruppo F21 Retitalia: 60,451;
- Gas Plus Reti s.r.l.: 13,355;
- A2A Reti Gas s.p.a.: 56,269.

Pertanto, l'esito della gara per l'appellante Gas Plus Reti s.r.l. è stato, in concreto,

determinato dai meri criteri matematici che presiedono alla valutazione dell'offerta economica e sarebbe stato, quindi, il medesimo qualsiasi fossero i componenti della commissione di gara, senza possibilità di invocare alcuna elusione della sentenza del TAR n. 1363-2012.

La tutela di principi di trasparenza e di imparzialità delle operazioni di gara risultano, quindi, in concreto pienamente e matematicamente garantiti nella presente procedura, scongiurando quel rischio, evidenziato, che il ruolo e l'attività di uno dei commissari dichiarato incompatibile possano avere inciso anche nei confronti degli altri commissari durante le operazioni di gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo.

Nella ripetizione della gara in esame, infatti, in relazione all'esito della valutazione dell'offerta dell'appellante, la valutazione discrezionale su cui teoricamente avrebbe potuto incidere la presenza del commissario incompatibile è totalmente irrilevante, in quanto parte appellante stessa, come documentato, giungerebbe comunque ultima anche solo applicando i criteri meramente matematici di cui all'offerta economica e pure attribuendo in ipotesi alla ricorrente il punteggio massimo previsto per l'offerta tecnica.

Tale rilievo scongiura anche la possibile compromissione del principio di segretezza delle offerte economiche sino all'esaurimento delle operazioni di valutazione di quelle tecniche (che invece è tutelato nel caso di riammissione dell'offerta illegittimamente pretermessa: perché la valutazione della componente tecnica di tale offerta viene compiuta senza possibilità di conoscere la componente economica), atteso che, nella specie, come detto, la componente tecnica finisce per essere concretamente ininfluenza sull'esito della gara in relazione alla posizione dell'attuale appellante.

Infine, si deve ribadire (visto che è stato oggetto di censura d'appello), quanto alla questione della custodia dei plichi, che ogni contestazione del concorrente, volta

ad ipotizzare una possibile manomissione o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, non può trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8): circostanze ed elementi nella specie insussistenti e, comunque, indimostrati.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendone i giusti motivi, segnatamente riferiti alle condizioni di incertezza giurisprudenziale in merito agli effetti rinnovatori del vizio riscontrato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **21/11/2014**

IL SEGRETARIO

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