



degli atti di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio comunale, e in particolare:

del bando di gara pubblicato nella G.U.C.E. in data 16 giugno 2004 e di tutti gli atti ivi menzionati e incluse le deliberazioni dei competenti organi comunali di approvazione degli stessi documenti di gara;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

è sui motivi aggiunti proposti dalla ricorrente con atto notificato in data 21 marzo 2005 e depositato in data 1 aprile 2005

per l'annullamento

della lettera di invito datata 18 febbraio 2005, dello schema di contratto e comunque di qualsiasi altro atto comunque connesso, precedente o successivo, preparatorio o consequenziale;

visto il ricorso notificato in data 28 settembre 2004 e depositato in data 13 ottobre 2004;

visti i motivi aggiunti di impugnazione;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Viggiù;

viste le memorie difensive delle parti;

udito alla pubblica udienza del 29 giugno 2005, relatore il cons. Domenico Giordano, l'avv. Fabio Todarello per le ricorrenti;

visti gli atti tutti della causa;

ritenuto quanto segue in:

#### FATTO e DIRITTO

1) Con deliberazione consiliare n.44 del 24 novembre 2003, il Comune di Viggiù ha disposto la cessazione, a far data dal termine ultimo del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2005, del rapporto concessorio in essere con \*\*\* s.r.l., e il riscatto anticipato, rispetto alla data di scadenza del 31 dicembre 2027 prevista nella relativa convenzione, del servizio di distribuzione del gas e dei relativi impianti.

Di seguito, con determinazione n.2021 del 10 giugno 2004 del dirigente responsabile del settore, è stata indetta la licitazione privata per l'affidamento del servizio, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ed è stato approvato il relativo bando di gara.

I suindicati provvedimenti sono stati impugnati dalla società concessionaria del servizio con ricorso n.1084/04; la contestuale domanda di sospensione cautelare è stata respinta dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n.398 del 25 gennaio 2005, che è stata pronunciata nel contesto normativo risultante dalla sopravvenuta l.n.239/04.

A seguito di detta pronuncia, l'amministrazione comunale ha riattivato la procedura concorsuale con la diramazione delle lettere di invito alle imprese interessate.

2) Con il ricorso in epigrafe \*\*\*, associazione che riunisce le imprese operanti nelle attività della filiera del gas, nonché \*\*\* s.p.a. (che nel corso del giudizio ha assunto la nuova denominazione di \*\*\* s.p.a.), società attiva nel settore della distribuzione del gas, hanno impugnato gli atti di indicazione della gara, assumendone l'illegittimità per plurimi motivi.

In particolare le esponenti censurano:

a) la previsione del bando di gara che impone al gestore, a pena di esclusione, di esaurire l'ammortamento degli impianti entro i dodici anni dell'affidamento, senza lasciare alcun onere residuo in capo al futuro gestore subentrante;

b) l'art. 7 del bando, nella parte in cui prevede che il termine di decorrenza iniziale dell'affidamento, fissato per il 1° gennaio 2006, "potrà subire variazioni, per accordo consensuale fra il Comune e il Gestore subentrante, qualora ciò si rendesse necessario per motivi tecnici o per cause di forza maggiore";

c) la mancata indicazione dei valori concernenti il VRD e le sue componenti CCD e CGD, su cui parametrare l'offerta economica;

d) la previsione del bando che rimette ai concorrenti la progettazione definitiva ed esecutiva delle opere di realizzazione degli impianti di distribuzione, senza mettere a disposizione dei partecipanti un progetto che contenga almeno le informazioni critiche relative al servizio e all'impianto;

e) la previsione che, riservando alla valutazione dell'offerta economica un punteggio molto elevato, pari a 45 punti, favorisce i concorrenti che formuleranno la migliore offerta economica, relegando ad un ruolo marginale la qualità e l'efficienza del servizio offerto;

f) l'art. 9 del bando, nella parte in cui non prevede il diritto dei concorrenti, in possesso di qualificazione ISO, a prestare cauzione in misura dimezzata;

g) l'indeterminatezza del bando, in quanto esso non esclude espressamente che a carico dell'aggiudicatario non siano posti costi impropri, quali quelli derivanti dalla conclusione del contenzioso in essere con la concessionaria uscente o riconducibili agli oneri di riscatto, in base alle previsioni dell'art.15 del decreto Letta;

h) la clausola contenuta nell'art.15, lett. f), del bando, che, escludendo l'insorgere di obblighi a carico del Comune fino alla sottoscrizione del contratto di servizio, introduce una illegittima causa di esonero dell'amministrazione dalla responsabilità precontrattuale.

Con motivi aggiunti le ricorrenti hanno impugnato anche la lettera di invito, indirizzando la stessa le censure già dedotte avverso il bando di gara.

3) Il Comune di Viggiù si è costituito in giudizio, deducendo con memoria l'inammissibilità del ricorso per difetto del requisito dell'attualità dell'interesse e sostenendo comunque l'infondatezza delle censure esposte nel gravame.

Con ordinanza n. 842 del 6 aprile 2005, è stata accolta la domanda cautelare proposta in via autonoma dalle ricorrenti con atto notificato in data 16 marzo 2005.

Con memorie depositate in prossimità dell'udienza di discussione, le parti hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

All'udienza, la difesa delle ricorrenti si è opposta al deposito tardivo della memoria presentata dalla parte resistente; di seguito la controversia è stata affidata alla decisione del Collegio.

4) In via preliminare deve esaminarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse concreto e attuale. In proposito, la difesa resistente ha evidenziato che le clausole impugnate non impediscono la partecipazione alla gara, ma configurano le regole di selezione e di aggiudicazione della gara, non aventi immediata valenza lesiva.

L'eccezione non ha fondamento.

La Sezione ha già avuto occasione di precisare che devono ritenersi immediatamente impugnabili le clausole illegittime che impediscono la formulazione di un'offerta o costringono comunque il partecipante a formulare un'offerta di contenuto diverso rispetto a quella che avrebbe potuto formulare in base ad una *lex specialis* legittima.

Infatti, le valutazioni e le decisioni dell'offerente in ordine alla formulazione della proposta (e, ancora più a monte, in merito alla partecipazione alla gara), sono influenzate in modo specifico e determinante dalle clausole della *lex specialis*, sicché l'illegittimità di tale disciplina comporta anche la violazione del principio di concorrenzialità (cfr. CdS sez. V. n. 2990/00), poiché è evidente che - sulla base della disciplina di gara - l'impresa esegue valutazioni tecniche ed economiche tese alla formulazione di un'offerta concorrenziale potenzialmente in grado di assicurare l'aggiudicazione. Sotto questo profilo una disciplina illegittima influenza negativamente le scelte imprenditoriali, imponendo la formulazione di un'offerta diversa da quella che potrebbe essere concepita sulla base di una *lex specialis* legittima, con conseguente lesione del principio di libera concorrenza, riconosciuto a livello costituzionale e comunitario.

In casi del genere, il pregiudizio sofferto consiste nell'impossibilità per l'impresa di aderire alla proposta contrattuale comunale e, quindi, attiene alla stessa condizione di partecipante alla gara.

In tale quadro, la lesività delle clausole contestate non si manifesta con l'aggiudicazione, ma nel momento anteriore in cui esse sono assunte come regole della procedura ed acquistano il valore proprio di arresto procedimentale per l'impresa che non intenda affrontare il rischio di rendersi aggiudicataria di un rapporto contrattuale che comporti l'assunzione di oneri impropri.

Le clausole che incidono in questo modo ledono immediatamente la posizione soggettiva dell'impresa alla formulazione di un'offerta che scaturisca da determinazioni consapevoli che possano consentire la partecipazione alla gara alle migliori condizioni; clausole siffatte comportano un onere di impugnazione immediata, risultando chiaro l'interesse a ricorrere avverso le regole di gara che ledono in concreto il principio di libera concorrenza ed ostacolano la corretta formulazione della proposta contrattuale.

Nel caso di specie, avuto riguardo alla concreta fisionomia della procedura in contestazione e all'interesse dedotto in giudizio, che è volto ad impedire lo svolgimento della gara alle condizioni stabilite nella *lex specialis*, il Collegio ritiene quindi che ricorrono i presupposti utili per l'impugnazione immediata del bando.

5) In accoglimento dell'opposizione formulata all'udienza, deve giudicarsi tardiva, e come tale inammissibile, la memoria difensiva dell'amministrazione, che è stata depositata (in data 28 giugno 2005, e quindi) in violazione del termine di cui all'art. 23, quarto comma, l.n.1034/71 nella misura dimezzata di cinque giorni liberi prima dell'udienza di discussione.

Risolte le questioni preliminari, può procedersi all'esame nel merito del ricorso.

6) Con il primo motivo le ricorrenti censurano il bando di gara nella parte in cui prevede, a pena di esclusione, che alla scadenza del periodo di affidamento "non dovranno risultare valori residui di ammortamento a carico del gestore subentrante".

Le esponenti sostengono che l'obbligo di completo ammortamento delle opere realizzate durante il periodo di gestione del servizio contrasta con l'art.14, ottavo comma, del D.Lgs. n. 164/2000, che riconosce espressamente il diritto del gestore, al termine dell'affidamento, di conseguire dal distributore subentrante una somma pari al valore residuo degli ammortamenti oggetto del precedente affidamento. La prescrizione censurata, oltre ad espropriare il gestore della facoltà di libere scelte imprenditoriali, erode il margine di VRD, in quanto supera la percentuale del 2% attribuita alla voce "s" (corrispondente al coefficiente di ammortamento annuo) nella formula elaborata dall'art.4 della delibera AEEG n.237/00.

L'amministrazione resistente osserva che l'indicazione contenuta nel bando costituisce il frutto di scelte discrezionali, ispirate all'esigenza di evitare di trasferire sui futuri concessionari oneri economici eccessivi, che potrebbero di fatto impedire l'ingresso di nuovi operatori nel mercato interno del gas naturale.

La censura è fondata.

6.1) Come noto, le norme comuni per il mercato comunitario del gas sono state recepite nell'ordinamento nazionale a mezzo del D.Lgs. 23 maggio 2000 n.164 (cd. decreto Letta; di seguito anche: il decreto), il quale ha disciplinato l'affidamento e l'esercizio del servizio di distribuzione del gas naturale, in particolare prevedendo all'art.14 l'assetto regolamentare definitivo e introducendo, con l'art.15, il "regime di transizione nell'attività di distribuzione", al fine di regolare la fase di passaggio dal previgente assetto, caratterizzato da una molteplicità di concessioni rilasciate (e frequentemente rinnovate) all'industria privata a mezzo di affidamenti diretti, al nuovo sistema improntato alla messa in concorrenza dei servizi di distribuzione, da affidare esclusivamente mediante procedure ad evidenza pubblica per periodi non superiori a dodici anni.

Nel porre le condizioni volte a favorire l'ingresso di nuovi soggetti nel mercato reso contendibile, il decreto si è preoccupato di disciplinare l'accesso alle infrastrutture di rete, la disponibilità delle quali è evidentemente essenziale per la gestione e la fornitura del servizio.

Si tratta, come appare innegabile, di un profilo particolarmente delicato, dal momento che la regolazione delle modalità di conferimento al nuovo gestore della disponibilità degli impianti, attraverso i quali avviene la distribuzione del gas, si rivela idonea a condizionare l'apertura effettiva del mercato, al punto che essa, se non adeguatamente calibrata, potrebbe persino ostacolare l'emergere e lo sviluppo della concorrenza.

A tali finalità rispondono le disposizioni del decreto dirette a disciplinare il passaggio degli impianti di distribuzione dal gestore uscente a quello subentrante e a definire il meccanismo di rimborso dovuto al primo per acquisire la disponibilità della rete.

Ed invero il decreto, se da un lato è intervenuto a regolare situazioni in cui si rendeva necessario riconoscere ai gestori uscenti un indennizzo per il valore delle reti e degli impianti di distribuzione che, nella pluralità dei casi, sono stati realizzati dall'industria privata (seppure con investimenti remunerati mediante il riconoscimento di un'apposita voce nella tariffa a carico degli utenti),

dall'altro è stato chiamato dai principi comunitari a comporre un sistema capace di aprire alla concorrenza reale l'accesso al mercato interno del gas naturale; il che implica l'esigenza di evitare di porre a carico dei nuovi gestori oneri eccessivi e, come tali, insostenibili da parte degli operatori economicamente più deboli.

6.2) In questa prospettiva si iscrive la disciplina dettata a regime dall'art.14, che introduce un sistema volto ad impedire il formarsi di barriere capaci di contrastare l'ingresso di nuovi operatori nel mercato liberalizzato della distribuzione del gas naturale.

La disposizione prevede, al quarto comma, che "Alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale. Gli stessi beni, se realizzati durante il periodo di affidamento, sono trasferiti all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara e nel contratto di servizio."

La norma in esame cataloga due diversi regimi per la proprietà degli impianti; in particolare essa considera l'infrastruttura di rete preesistente all'affidamento, separatamente dagli impianti che sono stati installati nel corso dell'affidamento medesimo. La prima è di proprietà dell'ente locale e, conferita in possesso al gestore, "rientra", al termine della concessione, nella piena disponibilità dell'ente proprietario; invece, la proprietà dei secondi appartiene al gestore che li ha realizzati e, alla scadenza della concessione, viene trasferita all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara o nel contratto di servizio.

La stessa norma, con riguardo agli oneri da porre a carico del gestore subentrante stabilisce, all'ottavo comma, che "Il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente e corrispondenti ai piani di ammortamento oggetto del precedente affidamento, al netto degli eventuali contributi pubblici a fondo perduto".

Ai sensi del successivo comma nove, l'entità degli oneri gravanti sul nuovo gestore deve essere indicata nel bando di gara e concorre a definire le condizioni che regolano il confronto competitivo, unitamente alle altre previsioni che compongono la *lex specialis* di gara in funzione delle esigenze di rilevanza pubblica che l'amministrazione deve perseguire.

La disciplina applicabile "a regime" stabilisce, quindi, che il nuovo gestore, per espletare il servizio di distribuzione, non è tenuto ad acquisire, a titolo oneroso, la proprietà degli impianti preesistenti (che appartiene all'ente locale), ma unicamente a subentrare o a estinguere le obbligazioni assunte dal precedente affidatario per gli investimenti realizzati secondo il programma di ristrutturazione e potenziamento della rete, oggetto del pregresso affidamento, nonché a riconoscere all'affidatario medesimo il valore residuo dei nuovi investimenti realizzati nel corso dell'affidamento e non ancora interamente ammortizzati.

Il relativo indennizzo grava sul gestore subentrante, che – in base alle previsioni contenute nel comma nove - acquisisce la disponibilità della rete dalla data del pagamento, o di offerta reale, della somma corrispondente agli oneri relativi ai ratei degli investimenti realizzati dal distributore uscente e non ammortizzati.

La regola si giustifica in ragione del fatto che, come precisato nella tabella 15 allegata alla delibera n.122/02 dell'AEEG, la vita fisica utile degli impianti ha una durata (da 20 a 50 anni,

secondo le varie categorie di cespiti) normalmente superiore al periodo (di 12 anni) di affidamento del servizio; il che fa risultare, a fine rapporto, un valore residuo degli investimenti oggetto del precedente affidamento che il gestore uscente non ha potuto ammortizzare, i cui oneri devono essere assunti dal gestore subentrante quale corrispettivo per la disponibilità di impianti, aventi piena efficienza produttiva e dotati del residuo valore intrinseco non abbattuto finanziariamente nel corso dell'esercizio precedente.

6.3) Nel sistema a regime l'effetto anticoncorrenziale risulta quindi realizzato mediante la tendenziale separazione della gestione del servizio dalla proprietà delle infrastrutture di rete; quest'ultima appartiene alla titolarità dell'ente concedente, che (eventualmente dietro pagamento di un canone d'uso) ne affida la disponibilità al nuovo gestore, sul quale gravano unicamente gli oneri resi necessari dalle esigenze di ammodernamento e sviluppo degli impianti, secondo i piani di investimento oggetto del precedente affidamento (per la parte residua non ammortizzata), ovvero presentati in sede di gara e recepiti nei nuovi contratti di servizio.

L'obiettivo di liberalizzare il mercato è stato perseguito dalla riforma del settore mediante soluzioni che non impongono il completo e forzoso ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del primo affidamento, ma che anzi riconoscono il diritto del gestore di trasferire sul distributore subentrante gli oneri corrispondenti al valore residuo degli investimenti nella misura risultante dai piani di ammortamento oggetto dell'affidamento, tenuto conto della vita tecnica mediamente riconosciuta per cespiti di tale natura.

Deve quindi convenirsi con le parti ricorrenti che il meccanismo concepito dall'ente concedente si pone in contrasto con l'art.14 del decreto.

6.4) Esso, inoltre, tradisce le finalità che avrebbero ispirato l'amministrazione nel confezionare la contestata prescrizione.

Ciò appare evidente se si considera che la delibera AEEG n.237/00, recante la definizione dei criteri per la determinazione delle tariffe per la distribuzione del gas, ha fissato nel 2% il coefficiente di ammortamento annuo del capitale investito (voce "s" della formula tariffaria).

Il meccanismo predisposto in detta delibera prevede quindi che i costi degli investimenti eseguiti sulla rete di distribuzione verranno remunerati con un tasso di ammortamento pari all'indicata misura percentuale (che corrisponde ad una vita fisica utile degli impianti di 50 anni).

Ne consegue che l'ammortamento forzoso dell'intero capitale investito nei dodici anni di durata dell'affidamento determina l'insorgere di costi non coperti dalla tariffa e non altrimenti recuperabili mediante il meccanismo delineato dall'art.14, ottavo comma, del decreto.

Il che – favorendo i soggetti più forti economicamente e in grado di assorbire con altre entrate i costi degli investimenti - finirebbe paradossalmente per provocare un effetto anticoncorrenziale, concretando l'obiettivo opposto a quello di liberalizzare il mercato interno del gas naturale, che l'amministrazione sostiene di aver voluto perseguire con la misura in questione.

6.5) In accoglimento della censura deve quindi disporsi l'annullamento della prescrizione contenuta nella parte finale dell'art.2 del bando di gara, che impone l'obbligo di completo ammortamento degli investimenti entro la durata dell'affidamento.

7) Il secondo motivo si indirizza avverso l'art.7 del bando di gara, il quale prevede che la data di inizio del servizio, fissata al 1° gennaio 2006 in continuità con il termine del periodo transitorio di

cui all'art.15 del decreto, potrà essere consensualmente differita, per motivi tecnici o di forza maggiore.

In tale prescrizione le ricorrenti intravedono pesanti elementi di indeterminatezza per il rischio che la consegna degli impianti e l'inizio dell'affidamento possano essere prorogati sine die, fino all'esito della controversia promossa dal precedente gestore, che ha contestato la legittimità della delibera (n.44/03) con cui il Comune ha dichiarato la cessazione del rapporto concessorio e ha disposto il riscatto degli impianti a far data dal 31 dicembre 2005.

La censura è infondata.

L'art.15 lett. i) del bando di gara, in doveroso rispetto dei principi di trasparenza e di lealtà, ha informato i concorrenti del contenzioso in essere con il gestore uscente, la cui pendenza non può ovviamente costituire motivo di esonero dall'osservanza dell'obbligo, imposto all'ente locale dall'art. 15 del D.Lgs. n.164/00, di procedere - alla scadenza del periodo transitorio - all'affidamento del servizio mediante gare ad evidenza pubblica.

In tale contesto, la stazione appaltante ha introdotto nel bando di gara una clausola di salvezza, con cui ha previsto la possibilità di differire il termine iniziale del servizio esclusivamente in presenza di motivi tecnici o di forza maggiore e comunque previo accordo delle parti.

La proroga del termine richiede quindi il consenso dell'affidatario, in mancanza del quale il servizio dovrà avere inizio alla data indicata nel bando; qualora ciò risulti impedito per cause di forza maggiore o per altri motivi tecnici ostativi, l'aggiudicatario, al decorso del termine previsto dall'art.15 lett. b) del bando, avrà facoltà di recedere dall'impegno assunto. Il che esclude il rischio paventato nel ricorso di costringere l'affidatario a mantenere ferma la propria offerta, per un tempo indefinito, e di esporsi al rischio connesso a modifiche sfavorevoli del regime tariffario o ad altri eventi incidenti negativamente sull'equilibrio economico presente al momento dell'offerta.

Il Collegio ritiene che la soluzione predisposta dall'amministrazione, lungi dall'insinuare elementi di indeterminatezza nella procedura, costituisca - nella situazione data - un prudente ed equilibrato contemperamento degli interessi in gioco.

8) Il terzo motivo è incentrato sul rilievo che la mancata indicazione, nel bando di gara e nella lettera di invito, dei valori del VRD (vincolo sui ricavi di distribuzione) e delle voci che lo compongono, consistenti nel CGD (costo di gestione dell'attività di distribuzione) e CCD (costo del capitale investito, comprensivo degli ammortamenti tecnici), impedisca la formulazione di un'offerta seria e remunerativa.

La censura è fondata.

Come è stato chiarito dall'AEEG nella delibera n.237/00, e nei chiarimenti resi per la sua corretta applicazione, il VRD "definisce...i costi massimi riconosciuti relativi alla gestione, agli ammortamenti e alla remunerazione dei costi di capitali relativi all'attività di distribuzione, per la totalità dei clienti allacciati".

Detti costi di distribuzione, suddivisi nelle due componenti relative ai costi di gestione (CGD) ed ai costi di capitale per gli investimenti (CCD), sono derivanti dagli elementi specifici del territorio servito, quali il numero dei clienti finali, la lunghezza e la portata della rete, i volumi distribuiti.

Si tratta, quindi, di dati, basati sullo stato di consistenza della rete di distribuzione e sui caratteri del mercato locale, la cui conoscenza si rivela essenziale per consentire all' esercente di calcolare le tariffe di distribuzione e per poter formulare un' offerta insieme sostenibile e competitiva.

Nel caso in esame, la scheda tariffaria che è stata consegnata ai concorrenti non reca alcuna indicazione circa il valore del VRD e delle sue componenti; il che, come fondatamente denunciato dalle ricorrenti, costringe alla predisposizione di un' offerta non adeguatamente ponderata e, come tale, affatto aleatoria.

Il deficit informativo che connota la procedura di gara si rivela quindi idoneo ad alterare le condizioni concorsuali e ad impedire che l'aggiudicazione della gara avvenga "sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio", come richiesto dall'art. 14, sesto comma, del decreto.

L'accoglimento della censura assorbe il successivo motivo del ricorso, volto a lamentare la mancata indicazione del canone massimo, parametrato ai limiti percentuali sul VRD, che sono stati individuati dall'AEEG (nel noto parere 31 luglio 2003) quali indice di un' offerta remunerativa.

9) Con il quinto motivo le ricorrenti censurano la *lex specialis* di gara in ragione del fatto che la stessa non ha adeguatamente precisato i lavori da realizzare, lasciando ai partecipanti l'onere di procedere alla loro progettazione definitiva ed esecutiva.

La doglianza deve essere condivisa.

Il bando ha posto a carico del gestore la progettazione e la realizzazione delle opere e degli impianti strumentali al servizio di distribuzione del gas, senza indicare la natura, il volume e la consistenza degli interventi necessari.

Questi, come sembra potersi evincere dallo schema del contratto di servizio, non si esauriscono in opere di manutenzione e di potenziamento della rete esistente, ma comportano anche la costruzione di imprecisate opere per la metanizzazione del territorio comunale.

Si rendevano quindi necessarie ulteriori specificazioni, quanto meno a livello di progetto preliminare di massima, al fine di permettere ai concorrenti di valutare la portata e l'incidenza degli investimenti necessari e di predisporre un' offerta consapevole e ponderata.

10) Con il sesto motivo le ricorrenti assumono che i parametri di aggiudicazione previsti dal bando, attribuendo il maggior peso ponderale (45 punti) al canone, favoriscono i concorrenti che formuleranno la migliore offerta economica, a discapito della qualità del servizio e delle finalità sottese alla riforma del settore, che è volta ad assicurare il rispetto di elevati standard di qualità e di costanti livelli di efficienza del servizio.

La censura non ha fondamento.

L'art.14 del decreto non reca indicazioni circa il peso da attribuire ai singoli elementi da prendere in considerazione ai fini della valutazione delle offerte.

Ne discende che l'ente concedente è libero di bilanciare il peso dei parametri valutativi e dispone di ampi margini di apprezzamento, con il solo limite della ragionevolezza delle scelte effettuate, circa il dosaggio dei punteggi da assegnare alle singole voci che concorrono alla selezione dell'offerta migliore.

A questo proposito, appare frutto di ragionevole, e come tale insindacabile, esercizio di discrezionalità il peso ponderale attribuito al “canone annuo di affidamento”, che costituisce un elemento in grado di offrire alle imprese invitate alla procedura un campo di effettivo esercizio della propria competitività.

Né può ritenersi sottovalutato l’aspetto qualitativo dell’offerta in funzione delle esigenze dell’utenza, tenuto conto che il bando riserva un peso ponderale significativo al “piano degli investimenti” (17 punti) e alle “condizioni per gli allacciamenti e il servizio agli utenti” (15 punti).

11) E’ infondato anche il settimo motivo del ricorso.

Come già anticipato in sede cautelare, in materia di cauzione provvisoria nell’appalto di servizi non è applicabile la normativa dettata per le gare di appalto dei lavori pubblici dall’art. 30 della L. 11 febbraio 1994 n. 109, il quale non è suscettibile di estensione analogica (cfr. CdS, V sez. 21 gennaio 2002 n. 350 e TAR Lombardia Milano, sez. III 14 novembre 2000 n. 6377); e ciò non può che non valere anche con riferimento al beneficio di ridurre la polizza fideiussoria al 50% prevista dall’art. 8 comma 11 quater, per le imprese in possesso di certificazione di qualità, regolamentando tali articoli lo stesso istituto (cfr. TAR Toscana, II 31 gennaio 2005 n.346).

12) Con l’ottavo motivo di censura le ricorrenti lamentano che il bando evidenzia ulteriori elementi di indeterminatezza, in quanto non ha espressamente esonerato l’aggiudicatario dal farsi carico degli oneri derivanti dalla conclusione del contenzioso relativo all’indennità di riscatto anticipato da riconoscere al gestore uscente.

La censura è fondata.

In proposito il Collegio osserva che la clausola di esonero, contenuta all’art.15 lett. m) del bando, non presenta diretta attinenza con la questione in esame.

Essa ha richiamato le indicazioni dell’art.14, ottavo comma, del decreto per informare i concorrenti che gli stessi non saranno tenuti a versare al gestore uscente gli importi corrispondenti al valore residuo degli investimenti, i cui oneri sono stati assunti a carico dell’ente locale “con opportuna delibera di Consiglio comunale”.

La clausola, nel suo tenore letterale, non esenta espressamente i concorrenti dal dovere di far fronte ai differenti oneri previsti dall’art.15, quinto comma, del decreto, il quale ha posto a carico dei nuovi affidatari l’obbligo di corrispondere ai titolari delle concessioni soggette a scadenza anticipata un indennizzo determinato in applicazione del criterio di stima industriale degli impianti, fissato dall’art.24 del R.D. n.2578/25 per l’ipotesi di riscatto anticipato delle pregresse concessioni, che presenta evidenti simmetrie con l’istituto dell’abbreviazione forzata della loro durata, introdotto dalla riforma del settore.

La mancata indicazione di tali oneri, la cui consistenza - per analogia al disposto di cui all’art.14, nono comma, del decreto - deve essere indicata nel bando di gara, palesa un ulteriore motivo di indeterminatezza della lex specialis.

In sede di rielaborazione della disciplina di gara, dopo l’annullamento disposto con la presente decisione, l’amministrazione comunale dovrà pertanto risolvere l’ambiguità che connota attualmente la clausola contenuta nell’art.15 lett. m), precisando la reale consistenza degli oneri che l’ente affidante ha inteso assumere a proprio carico.

13) L'ultimo motivo del ricorso censura la previsione contenuta nell'art.15 lett. f) del bando, in ragione del fatto che essa, escludendo l'insorgere di obblighi in capo al Comune fino alla sottoscrizione del contratto, si risolve in una clausola unilaterale di esonero dalla responsabilità dell'amministrazione per eventuali illeciti riferibili alla fase precontrattuale.

La censura è infondata.

La clausola del bando non può infatti assumere valore di esclusione o limitazione della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, ma deve essere interpretata in continuità con il contesto in cui la stessa è inserita.

Con la prescrizione in esame, l'ente affidante, dopo aver richiamato la regola comune nelle gare pubbliche, secondo cui l'aggiudicazione impegna solo l'impresa mentre il vincolo contrattuale per l'amministrazione sorge soltanto con l'effettiva stipula del contratto, ha inteso riservarsi la facoltà di non procedere alla stipulazione del contratto con il soggetto risultato aggiudicatario, qualora reputi non convenienti gli esiti della gara.

Tale facoltà non comporta tuttavia l'esercizio di un potere arbitrario e insindacabile.

La giurisprudenza ha già avuto occasione di precisare che clausola contenuta nel disciplinare di gara, secondo cui l'amministrazione ha la facoltà di stipulare o non il contratto con la ditta risultata provvisoriamente aggiudicataria deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti (cfr. CdS sez. VI, 30 settembre 1997 n. 1418).

Il fatto che il vincolo contrattuale per l'amministrazione appaltante sorga soltanto con la effettiva stipula del contratto, non esclude quindi l'obbligo dell'amministrazione medesima di comportarsi secondo buona fede nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, né esonera l'amministrazione dalla responsabilità precontrattuale qualora la sua condotta, in tale fase, possa essere ritenuta non improntata al rispetto delle regole di correttezza.

14) Per tutte le considerazioni che precedono, il ricorso e i motivi aggiunti, aventi identico contenuto delle censure formulate nell'atto introduttivo del giudizio, devono essere accolti, con conseguente annullamento del bando di gara e della lettera di invito, nelle sole parti corrispondenti alle censure giudicate fondate.

Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 4351/04, così dispone:

accoglie il ricorso e i motivi aggiunti, nei sensi di cui in motivazione; per l'effetto annulla i provvedimenti con essi impugnati, nelle parti specificate in motivazione; compensa per intero le spese tra le parti.

Così deciso in Milano il 29 giugno 2005 in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - presidente

Domenico Giordano - cons. est.

Daniele Dongiovanni - ref.