

N. 00849/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01006/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1006 del 2010, proposto dal Consorzio Simegas, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vito Augusto Candia e Donato De Luca, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Donato De Luca in Catania, via Lago di Nicito,14;

contro

Consorzio Intercomunale "Valle dell'Halaesa", in persona del legale rappresentante pro-tempore, Commissione Aggiudicatrice della Procedura Aperta, in persona del Presidente pro-tempore;

nei confronti di

Gas Natural Distribuzione Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata e Liliana D'Amico, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Liliana D'Amico in Catania, via V. Giuffrida, 37;

per l'annullamento

- del verbale di gara dell'11 febbraio 2010, per l'affidamento della concessione della progettazione, costruzione e gestione del servizio di pubblica utilità relativi alla distribuzione del gas metano nei Comuni di Castel di Lucio, Pettineo e Motta d'Affermo;

- dei verbali di gara del 4.12.-17.12.2009 e dell'11 febbraio 2010;

- delle operazioni di gara successive alla illegittima ammissione della Gas Natural Distribuzione Italia s.p.a.;

- della delibera C.d.A. del Consorzio Intercomunale "valle d'Halaesa" n. 38 del 14.11.2009;

- della delibera C.d.A del Consorzio Intercomunale "valle d'Halaesa" n. 6 dell'11 gennaio 2010;
- ove occorra, della nota prot. n. 56 del 15 marzo 2010;
- della clausola del bando punto 7 relativa al criterio di aggiudicazione;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gas Natural Distribuzione Italia Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il Consigliere dott.ssa Alba Paola Puliatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando pubblicato sulla GURI del 17.8.2009, il Consorzio intercomunale "Valle d'Halaesa" indiceva una gara ai sensi dell'art. 153, commi 1-14 D.Lgs n. 163/2006 con procedura aperta per l'affidamento della concessione della progettazione, costruzione e gestione del servizio di pubblica utilità relativo alla distribuzione del gas metano nei Comuni facenti parte del Consorzio.

L'offerta della ricorrente, tra le due pervenute, veniva esclusa perché "il piano economico finanziario non risulta asseverato come prescrive il bando di gara", con conseguente indicazione quale promotore della controinteressata.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di diritto:

Incompetenza assoluta dell'organo che ha proceduto alla nomina della Commissione aggiudicatrice, in relazione agli artt. 107, commi 2, 3 e 5 D.Lgs 18.8.2000, n. 267, 84, comma 2, cod. appalti; art. 21, comma 5, l.r. n. 7/2002 e s.m.i. Violazione e mancata applicazione dell'art. 21, commi 2 e 5 l.r. n. 7/2002 e s.m.i.- Falsa applicazione dell'art. 84 D.Lgs. n. 163/2006 in relazione all'art. 7 del bando di gara e alla delibera C.d.A. n. 38 del 14.11.2009. La censura viene articolata sotto diversi profili.

Violazione e mancata applicazione delle prescrizioni del bando di gara-punto 8, relativo all'offerta economica-violazione e mancata applicazione dell'art. 153, comma 9, D.lgs n. 163/2006. Eccesso di potere per disparità di trattamento.

Violazione e mancata applicazione delle prescrizioni del bando di gara, punto n. 8, par. IV, lett. D).

Violazione e mancata applicazione dell'art. 3 l. .241/1990 e s.m.i. – difetto di motivazione con riferimento alla attribuzione dei "pesi" relativamente ai diversi "criteri".

Resiste in giudizio la controinteressata Gas Natural Distribuzione Italia s.p.a., con memoria e ricorso incidentale depositati il 20 maggio 2010, eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancanza di specifiche censure in ordine alla esclusione della ricorrente, nonché l'infondatezza del ricorso nel merito.

All'udienza del 23 marzo 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

-Il ricorso non merita accoglimento, a prescindere dalla sollevata eccezione di inammissibilità.

-Infondato è il primo motivo, col quale si lamenta sotto diversi profili, l'incompetenza della Commissione giudicatrice, in quanto sia la sua composizione, sia l'organo che l'ha nominata non sarebbero conformi al sistema normativo vigente in materia. In particolare, si fa rilevare che la Commissione è stata nominata con delibera del C.d.A. n. 38 del 14.11.2009, anziché con determina dirigenziale, come prevede l'art. 107 commi 2, 3 e 5 D.lgs n. 267/2000.

Osserva il Collegio che lo Statuto del Consorzio attribuisce al Consiglio di Amministrazione il compito di nominare le Commissioni di esperti per le gare di appalti (art. 16, , 2° comma, 8° punto dello Statuto). Inoltre, l'art. 2, comma 2, del D.Lgs 267/2000 prevede che le norme sugli Enti locali non si applicano ai Consorzi di detti Enti che gestiscono attività di rilevanza economica e imprenditoriale, qual è il Consorzio Intercomunale "Valle d'Halaesa", come si evince con chiarezza dallo Statuto del Consorzio, il quale all'art. 25, comma 1, prevede che la gestione dello stesso si ispira a criteri di imprenditorialità.

La nomina, secondo il ricorrente, sarebbe illegittima perché avvenuta ai sensi dell'art. 84 D.lgs. 163/2006 e non ai sensi dell'art. 21 l.r. 7/2002; ma il Collegio ritiene che non sia sufficiente a invalidare un atto amministrativo il mero riferimento ad una norma anziché ad un'altra, specie se non viene chiaramente indicato nella sostanza il vizio riscontrato.

Quanto alla composizione della Commissione da parte di componenti tecnicamente qualificati, e alle modalità di scelta degli stessi, risulta dalla delibera di nomina che, oltre al Presidente, i componenti sono cinque esperti, che sono stati scelti mediante sorteggio in seduta pubblica il 14.11.2009 (vista la carenza in organico di adeguate professionalità, di cui si dà atto), tra i Responsabili degli Uffici tecnici dei cinque Comuni consorziati e una rosa di architetti indicati dal Consiglio dell'Ordine degli Architetti di Messina con comunicazione prot. 271 del 10.11.2009.

Quanto alla sostituzione del Presidente della Commissione, con delibera del C.d.A. n. 6 dell'11.1.2010, come risulta dal verbale in pari data, va osservato che si è trattato di sostituzione "dovuta", a seguito di nomina del nuovo Direttore Generale del Consorzio Intercomunale, che presiede "di diritto" la Commissione, come previsto dall'art. 24 dello Statuto, nomina avvenuta con determinazione n. 1 dell'11.1.2010. Si dà atto nel verbale, peraltro, che la Commissione non aveva ancora proceduto ad alcuna valutazione delle offerte regolarmente presentate, il che rende superflua ogni considerazione circa la validità della "presa d'atto" da parte del nuovo Presidente delle operazioni già svolte.

Infondato ed inammissibile appare il secondo motivo di ricorso, con cui il Consorzio ricorrente si duole della propria esclusione dalla gara, che è stata disposta perché, in violazione del punto 8) del bando, il piano economico-finanziario presentato non era asseverato da una banca.

Sul punto, il Consorzio ricorrente si limita a rilevare la disparità di trattamento rispetto all'ammissione, della Gas Natural, che ha prodotto un piano asseverato non da una banca, ma dalla "RIA & PARTNERS".

Tuttavia, non può non rilevarsi come, riguardo alla propria offerta, la ricorrente non contesta l'avvenuta violazione del bando; mentre, relativamente all'offerta della controinteressata, il mero rilievo della disparità di trattamento non può essere di giovamento alla ricorrente, una volta acclarata per essa la violazione di una norma della lex di gara (precisamente la clausola "a pena di esclusione" di cui alla pag. 11 della copia del bando versata in atti dalla ricorrente).

Quanto alla circostanza che non sarebbe valida l'asseverazione del "piano" della controinteressata, si rileva che l'art. 37 bis della l. 109/94, recepita in Sicilia con l.r. 7/2002, consente che il citato piano sia asseverato anche da società di revisione contabile. Testualmente la norma prescrive la presentazione di: "un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966".

- Quanto al motivo con cui si lamenta che Natural Gas andava esclusa perché la dichiarazione resa relativamente alle imprese in situazione di controllo ex art. 2359 c.c. non sarebbe conforme al punto 8) del bando di gara, non avendo elencato le società controllate o controllanti la medesima, si osserva che l'inibizione della partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle dette situazioni di controllo s'inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità riconducibili ad un medesimo centro di interessi. (Consiglio Stato, sez. V, 07 ottobre 2008, n. 4850) Nella fattispecie, tuttavia, due sole essendo le partecipanti alla gara, nessuna conseguenza di carattere sostanziale potrebbe derivare dalla mancata specificazione nell'elenco prodotto da Natural Gas delle imprese in situazione di controllo, essendo facilmente evincibile per la stazione appaltante l'assenza tra le dette partecipanti della predetta situazione di controllo.

-Infine, con riguardo alla censura mossa col terzo motivo di ricorso, con cui si lamenta l'erronea attribuzione del punteggio alle offerte in gara, se ne rileva l'inammissibilità per carenza di interesse, essendosi riscontrata legittima l'esclusione della ricorrente (cfr. ex multis, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 02 luglio 2009, n. 6416).

- Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna il ricorrente Consorzio alle spese di giudizio, che liquida in euro 2.000,00, oltre contributo unificato, iva e cpa, in favore della resistente Gas Natural Distribuzione Italia s.p.a..

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Alba Paola Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

IL SEGRETARIO

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