

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29991-nel-codice-dei-contratti-la-disposizione-dell-art-84-co-10-riporta-quella-specifica-per-gli-appalti-di-lavori-pubblici-dettata-dall-art-21-co-7-della-legge-n-109-1994-secondo-cui-la-nomina-dei-co>

Autore: Lazzini Sonia

Nel Codice dei contratti, la disposizione dell'art. 84, co. 10 riporta quella specifica per gli appalti di lavori pubblici dettata dall'art. 21 co. 7 della legge n. 109/1994, secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione giudica

C.St. 06.07.2010 n. 4311

Nel Codice dei contratti, la disposizione dell'art. 84, co. 10 riporta quella specifica per gli appalti di lavori pubblici dettata dall'art. 21 co. 7 della legge n. 109/1994, secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione giudicatrice devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte.

Finalità dell'art. 84 co. 10 del Codice è infatti di assicurare che le stazioni appaltanti osservino, nella nomina delle commissioni di gara e nella scelta dei componenti, quei rigorosi principi di correttezza e trasparenza necessari ad assicurare il corretto svolgimento della procedura ed evitare ogni forma di possibile coinvolgimento dei singoli commissari con le imprese partecipanti.

la società ricorrente non ha dato alcuna dimostrazione di avere subito pregiudizi dalla nomina della commissione anteriormente al termine di presentazione delle offerte né dedotto, anche come principio di prova, che la presenza della commissione nel momento della ricezione delle offerte abbia cagionato una qualche influenza di taluna delle partecipanti sui componenti la commissione stessa.

Con riferimento alla nomina nella commissione di componenti esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, sono richiesti il possesso di capacità tecniche e professionali coerenti con l'importanza dell'appalto con riferimento al possesso di un titolo di studio adeguato e la pregressa esperienza nel settore

Con la memoria di costituzione ed altre due successive memorie, la società Controinteressata ha riproposto espressamente i secondi motivi aggiunti di violazione degli artt. 84 e 206 del D.Lgs. n. 163/2006, dichiarati assorbiti dalla sentenza di primo grado, il cui esame precede in via logica quello del merito degli appelli del comune e dell'aggiudicataria.

3. E' oggetto di censura la composizione della commissione di gara, sotto il duplice profilo della nomina, intervenuta anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, in difformità del decimo comma dell'art. 84 e del possesso, in capo ai nominati, dei requisiti tecnici e di professionalità necessari per formulare un giudizio pienamente consapevole delle offerte presentate dai partecipanti.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

La censura è priva di fondamento sotto ambedue i profili.

3.2. Sotto il profilo temporale, sono controverse sia l'applicazione dell'art. 84, co. 10, D.Lgs. n. 163/2006 al procedimento preordinato all'affidamento di servizi, sia la necessità che la nomina debba essere successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. A favore della necessità è orientata prevalentemente la giurisprudenza di primo grado (T.A.R. Molise, Campobasso, I, 23 settembre 2009, n. 651; T.A.R. Puglia Bari I, 26 marzo 2009, n. 676; T.A.R. Piemonte, Torino, II, 16 febbraio 2008, n. 266; T.A.R. Lazio, Roma II, 13 febbraio 2008, n. 1268; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 27 novembre 2007, n. 1854; T.A.R. Lombardia, Milano, I, 19 aprile 2007, n. 1897).

3.3. Nel Codice dei contratti, la disposizione dell'art. 84, co. 10 riporta quella specifica per gli appalti di lavori pubblici dettata dall'art. 21 co. 7 della legge n. 109/1994, secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione giudicatrice devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte.

Già anteriormente al Codice era però esclusa l'applicazione della regola alle gare dirette all'aggiudicazione di appalti di servizi (T.A.R. Lazio, Roma, III, 16 novembre 2006): ciò in quanto nessuna norma, in materia di appalti pubblici di servizi, impone la posticipazione della nomina della

commissione rispetto alla presentazione delle offerte (Cons. Stato. VI, 12 novembre 2003, n. 7251). La regola della nomina e della costituzione della commissione giudicatrice successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte era conseguentemente ristretta agli appalti di lavori e non poteva considerarsi espressione di un principio di carattere generale e, di conseguenza, non poteva trovare applicazione per le procedure di appalti di servizi e forniture (Cons. Stato, VI, 3 dicembre 1998, n. 1648).

3.5. Anche se con riferimento alle gare indette con il criterio del prezzo più basso e non all'offerta economicamente più vantaggiosa, questo Consiglio ha ritenuto che la nomina della commissione giudicatrice dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte non codifica un principio di carattere generale in materia di appalti (Cons. Stato IV, 23 settembre 2008, n. 4613). L'affermazione è stata ripresa con riferimento al pubblico servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale in regime di concessione, perché non direttamente applicabile agli affidamenti di un servizio pubblico: il principio non può ritenersi operante in ogni caso forza di un autovincolo dell'amministrazione (Tar Lombardia Brescia, 12 giugno 2009, n. 1221).

3.6. La necessità che negli appalti di servizi la commissione di gara sia nominata dopo scaduto il termine di presentazione delle offerte non si rinviene neanche dall'art. 206 del Codice, laddove dispone l'applicazione alla Parte III, relativa ai contratti pubblici nei settori speciali, delle norme contenute nella parte II, titolo I relativa ai contratti nei settori ordinari, di una circoscritta serie di articoli, fra i quali figura espressamente l'art. 84.

3.7. Che tale disposizione sia espressamente richiamata fra quelle dei settori ordinari da applicare ai settori speciali, non comporta, ad avviso del Collegio, che la nomina della commissione di gara prima del termine di presentazione delle offerte implichi in ogni caso l'annullamento della procedura nel suo insieme. Nel decreto legislativo n. 158/1995, relativo alle procedure di appalti nei settori ex esclusi nei quali è compresa la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per la fornitura del servizio al pubblico di distribuzione del gas, gli artt. 17 e 24 non contengono alcuna menzione delle commissioni di gara e dei tempi e modalità connessi alla loro nomina. La genericità dell'art. 206 nel fare rinvio all'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006 implica che la violazione dell'ordine temporale fra la presentazione delle domande e la nomina della commissione di gara non determini sempre e comunque l'annullamento dell'intera procedura qualora la commissione di gara sia nominata in un momento diverso da quello che la norma prevede.

3.8. Finalità dell'art. 84 co. 10 del Codice è infatti di assicurare che le stazioni appaltanti osservino, nella nomina delle commissioni di gara e nella scelta dei componenti, quei rigorosi principi di correttezza e trasparenza necessari ad assicurare il corretto svolgimento della procedura ed evitare ogni forma di possibile coinvolgimento dei singoli commissari con le imprese partecipanti.

Per l'affidamento del servizio di che trattasi, la nomina della Commissione di gara, avvenuta con determina del direttore generale n. 329 del 3 agosto 2007, anche se è anteriore al termine del 26 settembre 2007 previsto per la consegna della documentazione contenenti le offerte delle partecipanti, è successiva all'arrivo nel Comune delle domande di partecipazione, come si evince dallo stesso provvedimento, nel quale si dà atto che all'esito della pubblicazione del bando di gara erano pervenute undici domande di partecipazione.

4.1. Al momento della nomina era perciò da escludere che potessero pervenire al comune ulteriori domande di partecipanti nei cui confronti i commissari potessero esercitare qualsivoglia influenza in modo tale da indurre che gli oneri di trasparenza e di correttezza non potessero rimanere osservati.

4.2. D'altra parte, la società Controinteressata non ha dato alcuna dimostrazione di avere subito pregiudizi dalla nomina della commissione anteriormente al termine di presentazione delle offerte né dedotto, anche come principio di prova, che la presenza della commissione nel momento della ricezione delle offerte abbia cagionato una qualche influenza di taluna delle partecipanti sui componenti la commissione stessa.

4.3. Conseguo perciò l'infondatezza della censura in esame.

Conformemente all'art. 84, co. 2 D.Lgs. n. 163/2006, la Commissione era composta dal direttore generale del comune, dal dirigente del servizio tecnico e dal responsabile finanziario

5.2. Con riferimento alla nomina nella commissione di componenti esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, sono richiesti il possesso di capacità tecniche e professionali coerenti con l'importanza dell'appalto con riferimento al possesso di un titolo di studio adeguato e la pregressa esperienza nel settore (Cons. Stato, VI, 14 ottobre 2009 n. 6297).

5.3. Con riferimento ai predetti requisiti, va disatteso che il titolo di studio dei due componenti (diploma di geometra e di ragioneria) e del presidente (diploma di laurea in giurisprudenza) non fosse idoneo a garantire la preparazione necessaria per la valutazione e le scelte da effettuare onde individuare la migliore offerta: trattandosi nella specie di formulare valutazioni aventi rilievo essenzialmente economico sulla gestione del servizio e sulla convenienza delle offerte per la collettività.

5.4. E' perciò da disattendere la necessità, sostenuta da Controinteressata, di una specifica esperienza nel settore della distribuzione del gas, in quanto le scelte da effettuare non impingevano tanto in problemi tecnici di realizzazione dell'impianto quanto in problemi economici di ottimizzazione del servizio da rendere per le quali è senz'altro sufficiente la conoscenza delle esigenze proprie degli amministrati.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4311 del 6 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 04311/2010 REG.DEC.
N. 10341/2009 REG.RIC.
N. 10553/2009 REG.RIC.



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10341 del 2009, proposto dal Comune di Costabissara, in persona del sindaco, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alberto Arrigo Gianolio e Orlando Sivieri, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Cosseria, n. 5;

contro

La società Controinteressata S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv.ti Bruno Barel e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

società ALFA Group S.r.l., in persona del legale rappresentante, non costituito;

Sul ricorso numero di registro generale 10553 del 2009, proposto dalla società ALFA Group S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Adavastro, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

La società Controinteressata S.p.a., in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dagli avv.ti Bruno Barel e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

Il Comune di Costabissara in persona del sindaco, legale rappresentante, non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Veneto - Venezia: Sezione I, n. 02016/2009, .

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Controinteressata S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2010 il Cons. Cesare Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Sivieri e Reggio D'Acì, quest'ultimo per delega dell'Avv. Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con convenzione del 23 aprile 1980 n. 86 di rep. il Comune di Costabissara affidò in concessione a Veneta Gestione Servizi Pubblici s.p.a., oggi Controinteressata s.p.a., il servizio di distribuzione del gas nel territorio comunale per la durata di ventinove anni decorrenti dal primo giorno del mese successivo a quello di registrazione della convenzione medesima.

1.1. Con la successiva convenzione del 16 maggio 2000 n. 648 di rep., la scadenza della concessione venne modificata e fissata al 31 dicembre 2016, a fronte dell'impegno assunto dalla società concessionaria per la realizzazione di alcune estensioni di rete.

1.2. Ricorrendo i presupposti di ordine temporale fissati dall'art. 24, co. 1, R.D. 15.10.1925 n. 2578, il Comune di Costabissara, con delibera consiliare del 5 aprile 2006 n. 22, esercitò, a far tempo dal 10 agosto 2007, il riscatto anticipato del servizio, secondo la clausola contenuta nella convenzione n. 86 del 23 aprile 1980.

2. La delibera era impugnata al T.A.R. del Veneto da Controinteressata s.p.a. con ricorso notificato il 17 ottobre 2006 sull'assunto che la facoltà dei Comuni di esercitare il riscatto anticipato del servizio era venuta meno a seguito della entrata in vigore del D.Lgs. n. 164/2000.

2.1. Secondo Ascopoiave, il Comune di Costabissara aveva implicitamente rinunciato alla facoltà di riscatto con la convenzione n. 648 di rep. del 16 maggio 2000 (primo motivo); era poi erronea la determinazione dell'indennizzo spettante ad Controinteressata s.p.a. per lo scioglimento del rapporto concessorio e alla

delibera di riscatto non era allegato il progetto economico - finanziario con l'indicazione dei mezzi necessari per far fronte al pagamento (secondo motivo); non era poi stato comunicato l'avvio del procedimento (terzo motivo); erano stati, infine, violati i criteri di ordine temporale fissati nell'art. 24, commi 1 e 2, del R.D. n. 2578/1925 ai fini dell'esercizio del riscatto (quarto motivo).

2.2. Il Comune di Costabissara, costituitosi in giudizio chiedeva la reiezione del ricorso.

2.3. Con delibera di giunta n. 38 del 6 marzo 2007 seguita dalla determinazione del segretario - direttore generale n. 93 del 13 marzo 2007, il Comune indiceva la gara mediante licitazione privata per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas per dodici anni, da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa ed approvò il bando di gara e il contratto di servizio.

2.4. Avverso i citati provvedimenti e i documenti di gara successivamente approvati erano proposti da Controinteressata s.p.a. i motivi aggiunti notificati il 30 marzo 2007, con i quali si censurava l'illegittimità derivata e l'eccesso di potere.

2.5. Secondo la società ricorrente, il Comune non poteva sostituirsi al gestore subentrante nel pagamento della indennità spettante al gestore uscente (primo motivo); l'obbligazione assunta dal Comune era poi indeterminata, in assenza di termini e modalità di pagamento (secondo motivo); l'obbligazione era priva di copertura finanziaria (terzo motivo); il canone di concessione percepibile dal nuovo gestore del servizio era stato sovrastimato dal Comune che, nel bando, aveva illegittimamente previsto un punteggio eccessivo per tale elemento dell'offerta (quarto motivo); la scelta del Comune di accollarsi il pagamento dell'indennità spettante al gestore uscente era infine illogica in quanto comportava un decremento finanziario (quinto motivo).

2.6. Il fondamento dei motivi era contestato dal Comune di Costabissara con rituale memoria.

3. Alla procedura per l'affidamento del servizio partecipavano sei imprese del settore, fra le quali Controinteressata s.p.a. e ALFA Group s.r.l., risultato primo in graduatoria con il punteggio complessivo di 97,093, al quale era aggiudicato il servizio in via provvisoria, nella seduta del 27 settembre 2007 della Commissione di gara.

3.1. Nella gara, la ricorrente Controinteressata s.p.a. si classificava al quarto posto con punti 84,519 e il servizio era aggiudicato in via definitiva a ALFA Group con determinazione n. 483 r.g. - n. 17441 prot. in data 22 novembre 2007 del Responsabile dell'area tecnica cui seguiva la stipulazione del contratto.

3.2. Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 26 ottobre 2007, Controinteressata s.p.a. impugnava la lettera d'invito, le tabelle di attribuzione punteggio "plico B", l'attribuzione punteggio "plico C" e il verbale di aggiudicazione provvisoria.

3.3. Nei motivi era prospettata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 69, della L. n. 239/2007 in relazione alla delibera di riscatto (primo motivo); era contestato il criterio di ripartizione dei punteggi previsto dal bando di gara in quanto asseritamene sbilanciato in favore della componente economica della offerta (secondo motivo), era censurata la previsione del bando di gara riguardante la apertura di uno sportello utenti quale elemento di valutazione delle offerte (terzo motivo), era dedotta l'erroneità della indicazione del valore del VRD e la mancanza di indicazioni circa le opere connesse alla gestione del servizio da progettarsi dai concorrenti (quarto motivo).

3.4. Con ulteriori motivi aggiunti, notificati il 5 dicembre 2007, Controinteressata impugnava la determinazione n. 483 r.g. - n. 17441 prot. in data 20 novembre 2007, di aggiudicazione del servizio a ALFA Group s.r.l., il verbale della Commissione di gara riguardante la verifica della anomalia di offerta, la nota

comunale prot. n. 17711/07 in data 28 novembre 2007 e la determinazione n. 329 r.g. - n. 12203 in data 3 agosto 2007, di nomina della Commissione di gara.

3.5. In aggiunta all'illegittimità derivata (primo motivo) erano contestate la nomina e la composizione della Commissione di gara per contrasto con l'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006 (secondo motivo), erano censurate le valutazioni della Commissione di gara in punto di verifica della anomalia della offerta dell'aggiudicataria (terzo motivo) ed era dedotta l'illegittimità della nota prot. n. 17711/07 in data 28 novembre 2007 con la quale era stata intimata la consegna degli impianti entro il 12 dicembre 2007 onde poter dare corso al nuovo affidamento (quarto motivo).

3.6. Con ricorso incidentale, ALFA Group s.r.l., costituitasi in giudizio sosteneva che la società doveva essere esclusa dalla gara per incongruità della offerta presentata.

4. Dopo l'accoglimento dell'istanza cautelare con ordinanza n. 940, del 12 dicembre 2001 il tribunale Amministrativo Regionale del Veneto respingeva il ricorso nella parte in cui era impugnata la deliberazione consiliare che aveva disposto il riscatto anticipato del servizio di distribuzione del gas e, previa reiezione del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, lo accoglieva nella parte in cui impugnava la lex specialis della gara limitatamente al rilevato squilibrio del peso ponderale attribuito all'offerta economica rispetto all'offerta tecnica: annullava, conseguentemente, il bando "in parte qua" e gli atti tutti della gara..

5. Avverso la sentenza ha, in parte qua, proposto l'appello n. 10341/09 il Comune di Costabissara. Nel giudizio si è costituita la società Controinteressata s.p.a. chiedendone il rigetto.

5.1. La sentenza è stata, inoltre appellata dalla s.r.l. ALFA Group, con ricorso n. 10553/05. Nel giudizio si è costituita la società Controinteressata s.p.a.

6. La causa viene in decisione all'udienza del 9 marzo 2010.

DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata, è stato accolto in parte qua il ricorso proposto dalla società Controinteressata nei confronti dei provvedimenti con il quali il Comune di Costabissara ha affidato, previa procedura concorsuale, il servizio servizio di distribuzione del gas dal 10 agosto 2007 alla società ALFA Group.

1.1. Più esattamente del ricorso originario e dei successivi motivi aggiunti, il Tribunale territoriale ha ritenuto infondato l'atto introduttivo avverso la delibera consiliare n. 22 del 5 aprile 2006 con la quale il Comune ha proceduto al riscatto anticipato del servizio. Del primo ricorso per motivi aggiunti nei confronti del bando di gara, sono stati dichiarati irricevibili i primi tre motivi, parte del quarto motivo ed il quinto motivo con cui sono state contestate, rispettivamente, la facoltà del Comune di sostituirsi al gestore subentrante nel pagamento della indennità spettante al gestore uscente (primo motivo), l'indeterminatezza della obbligazione comunale riguardante la corresponsione dell'indennità (secondo motivo), l'assenza di copertura finanziaria per far fronte al pagamento (terzo motivo), l'irragionevolezza dell'aspettativa del Comune di percepire un canone di concessione di Euro 164.000, pari al 57% del VRD (parte del quarto motivo) e la illogicità della scelta del Comune di accollarsi il pagamento dell'indennizzo ridetto in quanto comportante una perdita per le casse dell'ente (quinto motivo).

1.2. Il Tribunale amministrativo regionale del Veneto ha, invece, accolto il quarto motivo del primo ricorso per motivi aggiunti nella parte relativa all'illegittimità della previsione del bando di gara riferita alla ripartizione dei punteggi, i cui criteri sono stati ritenuti eccessivamente sbilanciati in favore della componente economica della offerta.

1.3. Gli altri motivi prospettati con il secondo ed il terzo ricorso per motivi aggiunti sono stati dichiarati assorbiti.

2. La sentenza è impugnata con l'appello n. 10341/2009 dal Comune di Costabissara e con appello n. 10553/2009 dalla società ALFA Group, aggiudicataria della gara.

Gli appelli vanno riuniti e decisi con un'unica decisione per evidenti motivi di connessione oggettiva (art.335 c.p.c.).

2.1. Con la memoria di costituzione ed altre due successive memorie, la società Controinteressata ha riproposto espressamente i secondi motivi aggiunti di violazione degli artt. 84 e 206 del D.Lgs. n. 163/2006, dichiarati assorbiti dalla sentenza di primo grado, il cui esame precede in via logica quello del merito degli appelli del comune e dell'aggiudicataria.

3. E' oggetto di censura la composizione della commissione di gara, sotto il duplice profilo della nomina, intervenuta anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, in difformità del decimo comma dell'art. 84 e del possesso, in capo ai nominati, dei requisiti tecnici e di professionalità necessari per formulare un giudizio pienamente consapevole delle offerte presentate dai partecipanti.

3.1. La censura è priva di fondamento sotto ambedue i profili.

3.2. Sotto il profilo temporale, sono controverse sia l'applicazione dell'art. 84, co. 10, D.Lgs. n. 163/2006 al procedimento preordinato all'affidamento di servizi , sia la necessità che la nomina debba essere successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. A favore della necessità è orientata prevalentemente la giurisprudenza di primo grado (T.A.R. Molise, Campobasso, I, 23 settembre 2009, n. 651; T.A.R. Puglia Bari I, 26 marzo 2009, n. 676; T.A.R. Piemonte, Torino, II, 16 febbraio 2008, n. 266; T.A.R. Lazio, Roma II, 13 febbraio 2008, n. 1268; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 27 novembre 2007, n. 1854; T.A.R. Lombardia, Milano, I, 19 aprile 2007, n. 1897).

3.3. Nel Codice dei contratti, la disposizione dell'art. 84, co. 10 riporta quella specifica per gli appalti di lavori pubblici dettata dall'art. 21 co. 7 della legge n. 109/1994, secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione giudicatrice devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte.

3.4. Già anteriormente al Codice era però esclusa l'applicazione della regola alle gare dirette all'aggiudicazione di appalti di servizi (T.A.R. Lazio, Roma. III, 16 novembre 2006): ciò in quanto nessuna norma, in materia di appalti pubblici di servizi, impone la posticipazione della nomina della commissione rispetto alla presentazione delle offerte (Cons. Stato. VI, 12 novembre 2003, n. 7251). La regola della nomina e della costituzione della commissione giudicatrice successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte era conseguentemente ristretta agli appalti di lavori e non poteva considerarsi espressione di un principio di carattere generale e, di conseguenza, non poteva trovare applicazione per le procedure di appalti di servizi e forniture (Cons. Stato, VI, 3 dicembre 1998, n. 1648).

3.5. Anche se con riferimento alle gare indette con il criterio del prezzo più basso e non all'offerta economicamente più vantaggiosa, questo Consiglio ha ritenuto che la nomina della commissione giudicatrice dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte non codifica un principio di carattere generale in materia di appalti (Cons. Stato IV, 23 settembre 2008, n. 4613). L'affermazione è stata ripresa con riferimento al pubblico servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale in regime di concessione, perché non direttamente applicabile agli affidamenti di un servizio pubblico: il principio non può ritenersi operante in ogni caso forza di un autovincolo dell'amministrazione (Tar Lombardia Brescia, 12 giugno 2009, n. 1221).

3.6. La necessità che negli appalti di servizi la commissione di gara sia nominata dopo scaduto il termine di presentazione delle offerte non si rinviene neanche dall'art. 206 del Codice, laddove dispone l'applicazione alla Parte III, relativa ai contratti pubblici nei settori speciali, delle norme contenute nella parte II, titolo I relativa ai contratti nei settori ordinari, di una circoscritta serie di articoli, fra i quali figura espressamente l'art. 84.

3.7. Che tale disposizione sia espressamente richiamata fra quelle dei settori ordinari da applicare ai settori speciali, non comporta, ad avviso del Collegio, che la nomina della commissione di gara prima del termine di presentazione delle offerte implichi in ogni caso l'annullamento della procedura nel suo insieme. Nel decreto legislativo n. 158/1995, relativo alle procedure di appalti nei settori esclusi nei quali è compresa la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per la fornitura del servizio al pubblico di distribuzione del gas, gli artt. 17 e 24 non contengono alcuna menzione delle commissioni di gara e dei tempi e modalità connessi alla loro nomina. La genericità dell'art. 206 nel fare rinvio all'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006 implica che la violazione dell'ordine temporale fra la presentazione delle domande e la nomina della commissione di gara non determini sempre e comunque l'annullamento dell'intera procedura qualora la commissione di gara sia nominata in un momento diverso da quello che la norma prevede.

3.8. Finalità dell'art. 84 co. 10 del Codice è infatti di assicurare che le stazioni appaltanti osservino, nella nomina delle commissioni di gara e nella scelta dei componenti, quei rigorosi principi di correttezza e trasparenza necessari ad assicurare il corretto svolgimento della procedura ed evitare ogni forma di possibile coinvolgimento dei singoli commissari con le imprese partecipanti.

4. Per l'affidamento del servizio di che trattasi, la nomina della Commissione di gara, avvenuta con determina del direttore generale n. 329 del 3 agosto 2007, anche se è anteriore al termine del 26 settembre 2007 previsto per la consegna della

documentazione contenenti le offerte delle partecipanti, è successiva all'arrivo nel Comune delle domande di partecipazione, come si evince dallo stesso provvedimento, nel quale si dà atto che all'esito della pubblicazione del bando di gara erano pervenute undici domande di partecipazione.

4.1. Al momento della nomina era perciò da escludere che potessero pervenire al comune ulteriori domande di partecipanti nei cui confronti i commissari potessero esercitare qualsivoglia influenza in modo tale da indurre che gli oneri di trasparenza e di correttezza non potessero rimanere osservati.

4.2. D'altra parte, la società Controinteressata non ha dato alcuna dimostrazione di avere subito pregiudizi dalla nomina della commissione anteriormente al termine di presentazione delle offerte né dedotto, anche come principio di prova, che la presenza della commissione nel momento della ricezione delle offerte abbia cagionato una qualche influenza di taluna delle partecipanti sui componenti la commissione stessa.

4.3. Conseguenza perciò l'infondatezza della censura in esame.

5. Con l'ulteriore censura qui riproposta, viene contestato il possesso, in capo ai componenti la commissione, della esperienza e professionalità necessari per valutare le offerte dei concorrenti, in violazione dell'art. 84, co. 2 D.Lgs. n. 163/2006.

5.1. Conformemente all'art. 84, co. 2 D.Lgs. n. 163/2006, la Commissione era composta dal direttore generale del comune, dal dirigente del servizio tecnico e dal responsabile finanziario

5.2. Con riferimento alla nomina nella commissione di componenti esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, sono richiesti il possesso di capacità tecniche e professionali coerenti con l'importanza dell'appalto con riferimento al possesso di un titolo di studio adeguato e la pregressa esperienza nel settore (Cons. Stato, VI, 14 ottobre 2009 n. 6297).

5.3. Con riferimento ai predetti requisiti, va disatteso che il titolo di studio dei due componenti (diploma di geometra e di ragioneria) e del presidente (diploma di laurea in giurisprudenza) non fosse idoneo a garantire la preparazione necessaria per la valutazione e le scelte da effettuare onde individuare la migliore offerta: trattandosi nella specie di formulare valutazioni aventi rilievo essenzialmente economico sulla gestione del servizio e sulla convenienza delle offerte per la collettività.

5.4. E' perciò da disattendere la necessità, sostenuta da Controinteressata, di una specifica esperienza nel settore della distribuzione del gas, in quanto le scelte da effettuare non impingevano tanto in problemi tecnici di realizzazione dell'impianto quanto in problemi economici di ottimizzazione del servizio da rendere per le quali è senz'altro sufficiente la conoscenza delle esigenze proprie degli amministrati.

6. Vanno poi respinti gli ulteriori motivi aggiunti assorbiti e riproposti espressamente da Controinteressata:

6.a) è inammissibile il secondo motivo aggiunto nel ricorso depositato il 7 dicembre 2007: l'eventuale anomalia delle prime due offerte esaminate non produce alcun effetto favorevole nei confronti della società Controinteressata, qualificatasi quarta nella procedura di gara;

6.b) è infondato il terzo motivo aggiunto di difetto di istruttoria per avere il comune disposto la consegna immediata degli impianti della rete di distribuzione parte di una più ampia rete unitaria a servizio di altri impianti. Nella censura riproposta nulla si deduce anzitutto circa la sua erroneità in punto di fatto, eccepita da società ALFA Group, per mancanza di interconnessione delle reti rispetto ai comuni di Isola Vicentina e di Monteviale. La censura non considera poi l'onere, contrattualmente stabilito, del gestore uscente di riconsegnare al comune una rete efficiente e funzionante, sicché le soluzioni tecniche necessarie per approntare la separazione delle reti gravano sulla stessa Controinteressata e non possono

assurgere a causa d'illegittimità del provvedimento neppure sotto il profilo istruttorio.

6.2. Devono essere infine trattati unitamente al merito degli appelli i motivi aggiunti di violazione della delibera dell'AEEG 28.12.2000, n. 237, riproposti sub c) e d) della memoria Controinteressata in data 21.01.2009.

7. Con la sentenza impugnata è stata accolta la quarta censura del ricorso per motivi aggiunti notificato il 30 marzo 2007 -avverso i provvedimenti con i quali è stata indetta la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas all'offerta economicamente più vantaggiosa e sono stati approvati il bando di gara e il contratto di servizio- nella parte in cui il bando di gara premierebbe in modo assolutamente preponderante il canone annuo di affidamento (peso ponderale 69/100) a discapito di tutti gli altri elementi di valutazione fra cui quelli di ordine tecnico.

7.1. Secondo i primi giudici, anche se l'art. 14, co. 4 del D.Lgs. 164/2000 non ha determinato il peso ponderale da attribuire all'elemento qualità e all'elemento prezzo delle offerte, la scelta non deve contrastare con i criteri di ragionevolezza a proporzionalità. È stato pertanto ritenuto confliggente con gli anzidetti criteri che il comune si sia assunto l'onere di liquidare in proprio i rimborsi spettanti al gestore uscente con innegabili effetti sul canone di affidamento della gestione.

7.2. Nell'attribuire agli enti locali l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale mediante gara regolata da apposito contratto di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'AEEG, l'art. 14, co. 6 del D.Lgs. n. 164/2000 prevede che "la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti", nel rispetto degli standard

qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza.

7.3. La rilevanza del dato positivo per escludere la violazione dei principio di proporzionalità rilevato nella sentenza impugnata è stato già considerato dalla Sezione nella decisione n. 4540 dell'8 aprile 2008, secondo la quale “il legislatore non ha predeterminato il valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, lasciando spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete. D'altra parte, la scelta di attribuire il peso di due terzi circa all'elemento economico non appare irragionevole né sproporzionata: da un lato, infatti, l'elemento qualitativo (segnatamente, le voci relative al piano investimenti per lo sviluppo e il potenziamento della rete” ed alle “condizioni per gli allacciamenti e il servizio agli utenti”, – ciascuna articolata in sotto-criteri) - non viene marginalizzato in modo da perdere ogni rilievo al fine di influenzare la scelta dell'aggiudicatario; dall'altro lato, il riconoscimento di un rilievo significativo al dato economico appare giustificato dalla decisione dell'amministrazione di farsi integralmente carico dell'onere di rimborso spettante al gestore uscente ai sensi dell'art. 14 comma 8 del D.Lgs. n. 164, esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo e, soprattutto, appare coerente con il rilievo prima svolto circa le buone condizioni di manutenzione della rete. A confutazione delle doglianze al riguardo articolate si deve poi aggiungere che i requisiti minimi di sicurezza degli impianti e delle strutture debbono comunque essere efficacemente garantiti come pure gli ordinari interventi di manutenzione, ai sensi delle prescrizioni al riguardo recate dal contratto di servizio”.

7.4. La soluzione non appare contraddetta sotto il profilo dell'economicità per il comune, dalla delibera dell'AEEG n. 237 del 28.12.2000 che sottolinea come la normativa fiscale italiana permette tempi di ritorno degli investimenti più brevi rispetto alla vita reale degli stessi in quanto consente l'ammortamento delle reti in dieci o dodici anni a fronte della loro reale efficienza per un periodo molto maggiore (circa sessanta anni).

7.5. L'appello è quindi meritevole di accoglimento anche sotto questo profilo, diversamente da quanto sostiene la società Controinteressata nei motivi aggiunti riproposti sub c) e d) della memoria del 21.01.2009

8. Gli appelli riuniti devono essere conclusivamente accolti e la sentenza impugnata deve essere riformata. Oltre che per le ragioni esaminate in questa sede consegue il rigetto del ricorso in primo grado di Controinteressata nella parte in cui è stato accolto dalla sentenza di primo grado.

8.1. Le spese del doppio grado devono essere compensate data la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie gli appelli riuniti n. 10341/09 del Comune di Costabissara e n. 10553/09 della società ALFA Group. In riforma della sentenza impugnata, rigetta anche in parte qua il ricorso originario e relativi motivi aggiunti di Controinteressata.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere, Estensore

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione