

Publicato il 31/07/2020

N. 03437/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04042/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4042 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

2I Rete Gas S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Stajano, Giovanni Caputi, Enrico Campagnano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ernesto Stajano in Roma, via Sardegna n.14;

contro

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Giacomo Pizza, Bruno Ricci, Eleonora Carpentieri, Anna Ivana Furnari, Gabriele Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Cristina Carbone in Napoli, p.zza Municipio, P.zzo San Giacomo;

Comune di Portici, Comune di Ercolano, Comune di San Giorgio A

Cremano, Comune di Torre Annunziata, Comune di Torre del Greco, in persona dei legali rappresentanti p.t., non costituiti in giudizio;

Arera - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz n. 11;

per l'annullamento

nel ricorso principale - del bando di gara per “l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Napoli 1 - Città di Napoli e Impianto Costiero”, indetto con Determinazione Dirigenziale n. 15 del 19/08/2019, Rep. n. 226/19. II.1.5, e pubblicato su GUUE 2019/S160-395297 del 21/08/2019, nonché pubblicato su GURI V Serie Speciale n. 99 del 23/08/2019;

- del disciplinare di gara e dei relativi allegati, nella misura in cui impediscono la presentazione di una offerta seria e consapevole, oltre ad imporre uno svantaggio concorrenziale, e quindi, la effettiva partecipazione alla gara, nonché nella parte in cui stabiliscono il termine per la presentazione delle offerte;

- di ogni atto presupposto, successivo, connesso e/o collegato, compresi ove occorra e per quanto di interesse la nota prot. PG/2019/759153 del 18.09.2019, ed i chiarimenti del 24 e del 27 settembre 2019 in particolare nella parte in cui non prorogano il termine per la presentazione delle offerte:

per l'annullamento con i motivi aggiunti depositati il 26 novembre 2019- del disciplinare di gara come rettificato in data 16/10/2019, nella parte relativa al criterio di valutazione dell'offerta tecnica denominato C.4.b) “Programma progetti di investimento di risparmio energetico”, nella misura in cui introduce valori di riferimento ai sub-criteri di valutazione dell'offerta tecnica che impediscono la presentazione di una offerta seria ed ostacolano in maniera decisiva la partecipazione alla gara della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e di Arera - Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente e di Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2020 la dott.ssa Anna Corrado;

Visto l'art. 4 del d.l. 28 del 30 aprile 2020 come convertito in legge 25 giugno 2020, n. 70;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara pubblicato sulla GUUE 2019/S160-395297 del 21/08/2019, il Comune di Napoli, in qualità di stazione appaltante delegata, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Napoli 1 - Città di Napoli e Impianto Costiero.

In data 11.09.2019, la ricorrente ha avanzato all'Amministrazione un'istanza di modifica e integrazione degli atti di gara, che apparivano viziati da profili di illegittimità e da carenze informative tali da non consentire l'elaborazione di un'offerta e una valutazione seria sulla sua sostenibilità; nel contempo veniva richiesta proroga del termine per la presentazione delle offerte, manifestandosi l'intenzione di procedere con l'impugnazione del bando di gara nel caso di mancata soluzione delle criticità.

Con nota prot. PG/2019/759153 del 18.09.2019, il Comune di Napoli ha riscontrato la predetta istanza ammettendo la sussistenza delle rilevate carenze informative ed impegnandosi a richiedere al Gestore uscente i dati necessari al fine di riscontrare le richieste di integrazioni e modifiche pervenute, e prospettando l'assunzione delle necessarie determinazioni in ordine alla richiesta di proroga del termine di presentazione delle offerte.

Nelle more di nuove determinazioni da parte della stazione appaltante e in assenza di un provvedimento di proroga del termine di ricezione delle offerte,

in considerazione dell'imminente scadenza dei termini entro i quali proporre il ricorso, la ricorrente ha impugnato il bando e gli atti di gara per i seguenti motivi:

I. Violazione di legge. Contrarietà all'art. 1, comma 1 lett. l) e all'art. 9 comma 6 lett. a) del D.M. 226/2011. Violazione dei principi di concorrenza, par condicio, massima partecipazione. Disparità di trattamento. Difetto di istruttoria. Violazione art. 79 del Codice. Violazione dell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici.

II. Violazione di legge. Contrarietà all'art. 9 comma 6-bis del D.M. 226/2011. Violazione dei principi di concorrenza, par condicio, massima partecipazione. Disparità di trattamento. Difetto di istruttoria. Violazione dell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici.

III. Violazione dell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici. Violazione dei principi del Trattato posti a garanzia della effettiva concorrenzialità e par condicio dei concorrenti. Violazione dei principi di imparzialità, proporzionalità, ragionevolezza e buona amministrazione.

IV. Violazione del principio di equilibrio economico finanziario della concessione - Difetto di istruttoria in relazione ai parametri A3 e C.2 – subcriterio 3 del Disciplinare di gara. Violazione dell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici

V. Difetto di istruttoria e di motivazione in relazione al punto C.4.b) del Disciplinare di gara. Violazione D.M. 226/2011. Violazione dell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici

In data 30.09.2010, a seguito di informazioni aggiuntive necessarie per l'elaborazione delle offerte, la Stazione Appaltante ha disposto la prima proroga dei termini di gara alle ore 12:00 del 27.11.2019, in luogo di "ore 12:00 del 21.10.2019" con avviso pubblicato sulla GUUE n. 192 del 04.10.2019 e sulla GURI n. 117 del 04.10.2019.

Successivamente, in data 16.10.2019, la Stazione Appaltante ha pubblicato il disciplinare di gara rettificato sul sito istituzionale del Comune di Napoli.

Con avviso pubblicato sulla GUUE n. 203 del 21.10.2019 e sulla GURI n. 123 del 18.10.2019, la Stazione Appaltante ha prorogato ulteriormente i termini di gara alle ore 12:00 del 10.02.2020 in luogo di “ore 12:00 del 27.11.2019” sulla scorta della Determinazione Dirigenziale n. 25 del 15.10.2019, con la quale il Servizio Strade e Grandi Reti Tecnologiche, aderendo ai rilievi formulati dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ordine ai termini di gara ed ai criteri di valutazione dell’offerta economica, ha provveduto ad approvare il nuovo Disciplinare di Gara.

Il termine per la presentazione delle offerte, infine, è stato prorogato al primo luglio 2020 a causa dell’emergenza Covid-19.

Richiamato interamente il ricorso originario parte ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti il predetto disciplinare di gara nella parte relativa al criterio di valutazione dell’offerta tecnica denominato C.4.b) “Programma progetti di investimento di risparmio energetico”, per le seguenti motivazioni in:

I. Difetto di istruttoria e di motivazione in relazione al punto C.4.b) del Disciplinare di gara. Violazione D.M. 226/2011, art. 1 commi 34 e 34 bis L. n. 239/2004, art. 8 comma 2 bis L. n. 287/1990. Eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza, logicità e congruità.

Con la rettifica del disciplinare di gara la Stazione Appaltante, oltre a non sanare le illegittimità già evidenziate nel ricorso introduttivo, i cui motivi restano fermi, avrebbe introdotto il criterio C.4.b), afferente a “Programma progetti efficientamento energetico”. La ricorrente a tale ultimo riguardo censura l’introduzione del criterio C.4.b) il quale pregiudica la regolarità della gara, perché: (i) implica valori di riferimento relativi ai sub-criteri di valutazione degli interventi di efficienza energetica nn. 1 e 2, che rendono ingiustificatamente gravosa ed in ultima analisi allo stato impossibile per la ricorrente, la partecipazione alla gara: (ii) impone di predisporre un progetto di efficientamento energetico, con relativa analisi di fattibilità tecnica, relativamente ad attività che esulano dall’oggetto sociale della deducente, e

che sono vietate dalla legge per le società che esercitano l'attività di distribuzione del gas in regime di monopolio (a seguito di gara per la concessione); (iii) rappresenta in sostanza un "mascherato" requisito soggettivo di partecipazione alla gara restrittivo della concorrenza, risultando necessario rivolgersi ad una società operante nel settore dell'efficientamento energetico; (iv) limita e riduce la concorrenza favorendo l'*incumbent*, che conosce meglio il territorio, le relative dinamiche e i desiderata "ambientalistici"; (v) rappresenta un criterio indefinito e generico perché non vengono chiariti i caratteri essenziali del progetto da presentare (da cui potrebbe derivare un meno macroscopico problema di par condicio dei concorrenti) nonché requisiti e competenze che l'impresa redattrice del progetto di efficientamento dovrebbe possedere; (vi) viola il principio di proporzionalità e determina, oltre ogni ragionevole dubbio o comunque secondo il criterio del più probabile che non, l'esito della gara attribuendo decisivi 5 punti all'offerta tecnica.

Risultano costituite in giudizio ARERA, AGCM e il Comune di Napoli, tra le amministrazioni intimato.

Alla pubblica udienza dell'8 luglio 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In considerazione delle attività svolta dall'amministrazione e in ragione dell'adozione della determinazione dirigenziale n. 25 del 15/10/2019 con cui è stato rettificato il disciplinare di gara il ricorso introduttivo deve intendersi proposto soltanto per il quinto motivo del ricorso (mentre le prime 4 censure con lo stesso formulate sono divenute improcedibili – cfr. memoria del ricorrente del 21 giugno 2020 - risultando superate dai provvedimenti successivi adottati dal Comune), riproposto con il ricorso per motivi aggiunti, con il quale la società ricorrente ha impugnato il nuovo disciplinare di gara limitatamente al paragrafo C.4.b).

Per questa parte il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati.

Ragionevolmente con le considerazioni del Comune deve intendersi che l'introduzione del criterio C.4.b), afferente a "Programma progetti efficientamento energetico" nella *lex specialis* non costituisce, in via generale, un criterio a carattere escludente né limitativo della partecipazione, in quanto prevede la possibilità che si ottenga un punteggio aggiuntivo in presenza di progetti di investimento di risparmio energetico.

Il paragrafo C.4.b) in contestazione prevede, infatti, la possibilità di proporre un Programma di progetti di investimento di risparmio energetico, per un punteggio massimo di 5 punti. E cioè *"Qualora Il Piano industriale includa una proposta degli interventi di efficientamento energetico che siano sviluppati nel territorio dell'ambito , la Commissione di gara valuterà la qualità della proposta, sulla base del beneficio che otterranno sia gli Enti Concedenti che la cittadinanza.*

Il punteggio sarà attribuito mediante la griglia di sub criteri in tabella 4b e utilizzando la seguente formula troncando il valore alla seconda cifra decimale:".

L'introduzione di tale criterio non sembra penalizzare la partecipazione degli operatori del settore, per come lamentato dalla ricorrente, anche considerando che a tale programma potrà attribuirsi un punteggio massimo di 5 punti su un totale di 100; inoltre vi è anche da considerare che in questa fase della procedura di gara (il termine per la presentazione delle offerte, tra l'altro, in ragione dell'epidemia da Covid-19 risulta spostato al primo luglio 2020 come da nota del Comune di Napoli, prot. 416140 del 16/06/2020), appare anche poco radicato l'interesse all'impugnativa di detto criterio in ragione della sua scarsa lesività tenuto conto che lo stesso potrà rappresentarsi come tale solo nel corso della gara o alla fine della stessa, quando sarà chiaro chi ha partecipato, se è stato presentato dai partecipanti tale programma, come è stato valutato e l'eventuale punteggio attribuito.

Inoltre, tale criterio, contrariamente da quanto affermato dalla ricorrente non sembra che comporti una partecipazione "incongruamente difficoltosa" ovvero che si tratti di una disposizione abnorme e irragionevole che rende il

rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, per come lamentato.

Né si tratterebbe di un onere aggiuntivo per la “effettiva” partecipazione alla gara in quanto la presentazione del programma è facoltativa.

Tra l'altro non va tralasciato di considerare che è proprio il DM 226/2011 (art. 13) che prevede tra i criteri da inserire e porre come base di gara la eventuale realizzazione di interventi di efficienza energetica, addizionali rispetto agli eventuali obiettivi annuali del distributore del gas naturale. Tale criterio non sembra penalizzante né irragionevole anzi si pone in linea con tutte le politiche (più generali) di risparmio energetico che riguardano i vari settori; e la circostanza di introdurre un punteggio premiale appare logico e congruo al fine di incentivare gli interventi di efficientamento energetico.

Come chiarito dal Comune, Servizio Strade e Grandi Reti Trasporti, con la nota del 6 febbraio 2020, versata in atti, l'intento del Ministero è quello di cogliere “ *l'opportunità delle gare d'ambito per conseguire, attraverso di esse, l'ulteriore obiettivo, strettamente e direttamente collegato alla politica energetica, perseguita ormai da molti anni, di promuovere la realizzazione di interventi di risparmio energetico*”. In particolare, il Ministero:

- *ha inserito, tra i criteri da porre a base di gara, l'eventuale realizzazione di interventi di efficienza energetica nell'ambito gestito, addizionali rispetto agli eventuali obiettivi annuali del distributore di gas naturale, che danno luogo all'emissione di titoli di efficienza energetica utilizzabili per soddisfare gli impegni assunti dal distributore in sede di gara;*
- *ha precisato che tali interventi devono derivare da progetti di riduzione dei consumi di energia primaria nel territorio dell'ambito oggetto di gara. Sono ammissibili tutte le tipologie di titoli relative a riduzione dei consumi sugli usi finali di gas naturale o di energia elettrica, a riduzione di altri combustibili, a impianti di cogenerazione ad alto rendimento nonché a risparmi di energia primaria derivanti da interventi per rendere più efficienti le reti elettriche o del gas naturale, chiarendo, dunque, in maniera inequivocabile che detti interventi sono svincolati dalla distribuzione del gas in quanto tale”.*

Infine alcuna discordanza o sovrapposizione si crea con il criterio A6, criterio economico, considerato che il criterio di cui al quinto motivo di ricorso (criterio C.4.b) ha una valenza premiale per il concessionario che si impegna a realizzare interventi di efficientamento energetico. Né si comprendono bene le ragioni esposte dalla ricorrente secondo cui il bando così formulato costringerebbe la stessa ad associarsi ad una impresa terza.

Alla luce delle esposte argomentazioni, il ricorso introduttivo va in parte dichiarato improcedibile e in parte infondato mentre il ricorso per motivi aggiunti va respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta):

-) dichiara in parte improcedibile il ricorso introduttivo e in parte lo respinge;
-) respinge i motivi aggiunti;
-) condanna parte ricorrente a pagare le spese di lite che liquida in euro 1.000,00 per ciascuna delle Amministrazioni costituite per complessivi euro 3.000,00 (tremila) oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Anna Corrado, Consigliere, Estensore

Rita Luce, Consigliere

L'ESTENSORE
Anna Corrado

IL PRESIDENTE
Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO