

Pubblicato il 07/09/2020

N. 05370/2020REG.PROV.COLL.

N. 01455/2020 REG.RIC.

N. 01615/2020 REG.RIC.

N. 01827/2020 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

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1455 del 2020, proposto dal Comune di Milano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano e Sara Pagliosa, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Polibio 15;

contro

Zi Rete Gas s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Stajano, Alberto Sciumé e Ludovico Viganotti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Sardegna 14;

nei confronti

Unareti s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo e Paolo Clarizia, Giacomo Santi,

con domicilio digitale eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Principessa Clotilde 2;

Comune di Baranzate, Comune di Bollate, Comune di Cinisello Balsamo, Comune di Corsico, Comune di Novate Milanese, Comune di Sesto San Giovanni, non costituiti in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1615 del 2020, proposto da Unareti s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo e Paolo Clarizia e Giacomo Santi, con domicilio digitale eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Principessa Clotilde 2;

contro

2i Rete Gas s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Stajano, Alberto Sciumé e Ludovico Viganotti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Sardegna 14;

nei confronti

Comune di Milano, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano e Sara Pagliosa, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Polibio 15; Comune di Baranzate, Comune di Bollate, Comune di Cinisello Balsamo, Comune di Corsico, Comune di Novate Milanese, Comune di Sesto San Giovanni, non costituiti in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1827 del 2020, proposto da 2i Rete Gas s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante

pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Stajano, Alberto Sciumé e Ludovico Viganotti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Sardegna 14;

contro

Comune di Milano, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano e Sara Pagliosa, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Polibio 15; Comune di Baranzate, Comune di Bollate, Comune di Cinisello Balsamo, Comune di Corsico, Comune di Novate Milanese, Comune di Sesto San Giovanni, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Unareti s.p.a., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo e Paolo Clarizia e Giacomo Santi, con domicilio digitale eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Principessa Clotilde 2;

per la riforma

quanto ai tre ricorsi in appello:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - sede di Milano (sezione quarta) n. 2598/2019, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Milano 1 - città e impianto di Milano;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione di 2i Rete Gas s.r.l., Unareti s.p.a. e del Comune di Milano nei rispettivi giudizi d'appello;

Visto l'appello incidentale condizionato della 2i Rete Gas s.r.l. nel giudizio d'appello proposto da Unareti s.p.a.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 9 luglio 2020, tenutasi con le modalità previste dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, gli avvocati Alberto Sciumé, Ernesto Stajano, Danilo Tassan Mazzocco, in sostituzione dell'avvocato Ludovico Viganotti, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Mario Pagliarulo, in sostituzione di Paolo Clarizia, Giacomo Santi e Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Milano, 2i Rete Gas s.r.l. e Unareti s.p.a. hanno separatamente appellato, per quanto di rispettivo interesse, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sede di Milano in epigrafe, con cui su ricorso della seconda è stata annullata l'aggiudicazione disposta dall'amministrazione comunale in favore di Unareti (con determinazione del 3 settembre 2018, n. 61) della procedura di affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ambito territoriale di Milano 1 – città e impianto di Milano (di cui al bando pubblicato il 30 dicembre 2015), nella quale la medesima 2i Rete Gas si era classificata al secondo posto della graduatoria.

2. La sentenza ha accertato che l'aggiudicataria Unareti avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché:

- era priva del requisito di affidabilità morale ex art. 38, comma 1, lett. c), dell'allora vigente Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara) a causa della mancata dichiarazione sul possesso del requisito da parte di A2A s.p.a. «*che controlla l'intero capitale sociale della società controinteressata*»;

- non aveva versato il contributo di funzionamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 [*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)*]; l'omissione era stata poi illegittimamente regolarizzata con il soccorso istruttorio della stazione appaltante (nella seduta del 27 marzo 2017), in violazione tuttavia dell'obbligo di versamento prima della presentazione dell'offerta previsto dall'ANAC con propria deliberazione n. 1377 del 21 dicembre 2016,

- aveva violato il principio di separatezza tra offerta tecnica ed offerta economica, con la presenza all'interno della prima di «*un foglio stampato fronte retro costituente il computo metrico estimativo di un intervento su un impianto sito nel Comune di Cinisello Balsamo*», destinato invece alla seconda.

3. La sentenza ha accolto anche il ricorso incidentale di Unareti, per indeterminatezza, quanto a mezzi e delle risorse umane messe a disposizione per l'esecuzione della concessione, dell'avvalimento cui la s.r.l. 2i Rete Gas ha fatto ricorso per supplire alla carenza dei requisiti di capacità tecnica ed economica previsti dalla normativa di gara, a mezzo del contratto con la propria controllante totalitaria s.p.a. 2i Rete Gas.

4. Nel costituirsi rispettivamente in resistenza all'appello del Comune di Milano e di 2i Rete Gas quest'ultima e Unareti hanno riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. i motivi dei rispettivi mezzi di impugnazione principale e incidentale di primo grado assorbiti dal Tribunale amministrativo.

5. Nell'appello proposto da Unareti 2i Rete Gas ha invece proposto appello incidentale condizionato, contenente il proprio motivo del ricorso incidentale condizionato di primo grado, dichiarato improcedibile dalla sentenza impugnata, diretto a sostenere l'illegittimità della normativa di gara laddove intesa a non consentirvi la qualificazione a mezzo di avvalimento, secondo quanto deduce Unareti.

DIRITTO

1. Va in primo luogo disposta la riunione dei tre appelli ai sensi dell'art. 96 Cod. proc. amm., perché proposti nei confronti della stessa sentenza di primo grado.

2. I medesimi appelli sono fondati nelle rispettive parti dirette a contestare l'accoglimento dei ricorsi principale e incidentale di primo grado.

3. Con riguardo al ricorso principale di 2i Rete Gas, gli errori della sentenza appellata sono i seguenti:

- il sopra richiamato art. 38, comma 1, lett. c), dell'ora abrogato Codice dei contratti pubblici si riferisce testualmente al «*socio unico persona fisica*»; la formulazione letterale della norma impedisce pertanto di estenderne l'ambito di applicazione *in malam partem* alla diversa ipotesi, qui ricorrente ma implicitamente esclusa dalla norma, del socio persona giuridica (negli stessi termini, con riguardo all'identica previsione dell'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici ora vigente, di cui al decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50: Cons. Stato, V, 20 novembre 2019, n. 7922).

- la statuizione di accoglimento della censura della 2i Rete Gas è peraltro errato sotto un ulteriore profilo, dato dal fatto che, come deduce Unareti nel proprio appello, le contestazioni della prima sono circoscritte al profilo meramente formale dell'omessa dichiarazione relativa alla causa di esclusione prevista dalla gara prevista dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, in un'ipotesi - il socio unico persona giuridica - non era prevista né dalla normativa di legge né da quella speciale di gara; a fronte della contestazione così sintetizzata non è stata tuttavia prospettata

sul piano sostanziale l'esistenza di precedenti penali in ipotesi concretamente incidenti sull'affidabilità morale dell'operatore economico ed invece non resi conoscibili alla stazione appaltante a causa dell'omissione dichiarativa (sul punto si richiama la sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato del 4 maggio 2012, n. 10).

- con riguardo al contributo ANAC, questa Sezione ha di recente statuito che l'obbligo del suo pagamento riguarda tutti i contratti di appalto di lavori servizi e forniture (sentenza del 30 gennaio 2020, n. 746), ma tale affermazione è stata resa in una controversia concernente una procedura di affidamento di un appalto di servizi in cui il bando richiedeva espressamente il contributo;

- opposto è il caso di specie, in cui un'analogha previsione non figura nella normativa speciale predisposta dal Comune di Milano per la procedura di gara in contestazione; né tanto meno essa è ricavabile dal citato art. 1, comma 67, legge n. 266 del 2005, testualmente riferito alle «*procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche*», laddove quella oggetto di giudizio concerne un servizio pubblico;

- il versamento del contributo, e la conseguente produzione in gara della relativa ricevuta, non era in particolare compreso tra i «*documenti*» che il paragrafo del bando di gara così intitolato imponeva ai concorrenti di produrre, sotto espressa comminatoria di esclusione (pag. 3 – 9);

- deve pertanto ritenersi legittimo l'operato del Comune di Milano il quale, constatato il fatto che la 2i Rete Gas aveva spontaneamente adempiuto all'obbligo di pagamento del contributo, ha consentito ad Unareti di fare altrettanto (in occasione della seduta di gara del 27 marzo 2017 e di quella successiva del 5 aprile 2017, in cui, a scioglimento della riserva sull'ammissione alla gara della controinteressata precedentemente assunta, si è dato atto che quest'ultima aveva pagato il contributo);

- a questo riguardo, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza di primo grado, devono ritenersi applicabili i principi di tutela della parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità affermati proprio con riguardo al contributo per il funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione dalla Corte di giustizia, nella sentenza 2 giugno 2016, C-27/15 (*Pippo Pizzò*);
- secondo la pronuncia ora richiamata i principi in questione ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico che non poteva prevedere una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara e non desumibile dalla legge, ma da una sua interpretazione estensiva di matrice giurisprudenziale o di provenienza dall'autorità di settore (in senso conforme: Cons. Stato, V, 19 aprile 2018, n. 2386, 27 giugno 2018, n. 3950);
- deve infine escludersi che Unareti sia incorsa in una commistione tra offerta tecnica ed economica per il fatto che nella prima era contenuto il computo metrico estimativo di un intervento su un impianto sito nel Comune di Cinisello Balsamo, facente parte della seconda (come accertato nel verbale di gara del 26 maggio 2017);
- l'irrisorio valore dell'intervento, consistente nella posa di una condotta di 544 metri per complessivi € 46.323,24, a fronte di un valore complessivo di interventi della specie offerti dall'aggiudicataria pari ad € 454.944.929,60, palesa la legittimità dell'operato della commissione giudicatrice, imperniato sul fatto che l'elemento dell'offerta economica in questione era *«del tutto marginale e insufficiente a consentire la ricostruzione sia della complessiva offerta economica sia di una parte essenziale di essa»* (così nel verbale di cui alla città seduta di gara);
- a questo riguardo, la giurisprudenza amministrativa è ormai assestata nel senso che il divieto va inteso in senso non già assoluto ma relativo, con riferimento cioè al caso concreto, in relazione al quale occorre verificare se l'anticipata conoscenza di un elemento dell'offerta economica già nell'ambito di quella tecnica abbia attitudine ad

influenzare la valutazione di quest'ultima (cfr. in questo senso, di recente: Cons. Stato, III, 9 gennaio 2020, n. 167);

- attitudine che nel caso di specie va esclusa per l'assoluta marginalità dell'intervento rispetto a quelli complessivamente previsti dall'aggiudicataria, come poc'anzi esposto.

4. Deve essere riformata anche la statuizione di accoglimento del ricorso incidentale di Unareti nei confronti di 2i Rete Gas, in accoglimento dell'appello di quest'ultima. L'avvalimento con cui l'originaria ricorrente principale si è qualificata in gara, attraverso la propria omonima capogruppo (in forma di s.p.a., laddove la concorrente è una s.r.l.) ha riguardato i seguenti requisiti: capacità tecnico-organizzativa, data dall'aver gestito impianti di distribuzione del gas naturale per un numero di clienti pari a 837.833, corrispondente al 50% di quelli inclusi nell'ambito territoriale oggetto della procedura di affidamento; capacità economico-finanziaria, derivante da un fatturato medio annuo di € 58.110.980,72, nel triennio precedente, pari al 50% del valore annuo del servizio posto a gara (rispettivamente ai sensi delle lettere «b» e «c» del § «*soggetti ammessi alla gara*» del bando di gara).

Ciò premesso, l'avvalimento in contestazione reca l'impegno della capogruppo 2i Rete Gas a mettere a disposizione della concorrente propria partecipata i requisiti in questione con rinvio a «*i mezzi e le risorse indicati nell'Allegato I, nonché ogni altro mezzo o risorsa necessaria alla gestione della concessione, come meglio precisato nel contratto di servizio di cui all'art. 4 che segue e dal presente Accordo*» (art. 2). Il contratto di servizio richiamato dalla citata disposizione contrattuale (allegato B al contratto di avvalimento) disciplina le attività e risorse che la capogruppo, definita nelle premesse contrattuali come «*secondo operatore nazionale*», si obbliga a mettere a disposizione della s.r.l. propria controllata, invece priva di dipendenti e dei requisiti necessari per partecipare alle procedure di affidamento del servizio di distribuzione del gas. Quindi, l'art. 2 del contratto di servizio elenca le attività che la capogruppo si impegna a prestare a

favore della propria controllata, suddivise in servizi di *staff* e attività tecniche di distribuzione del gas. L'allegato al contratto di servizio contiene a sua volta una dettagliata indicazione dei contenuti delle singole attività messe a disposizione della controllata. Da parte sua, l'allegato I, cui fa rinvio il sopra menzionato art. 2 del contratto di avvalimento, consiste in un elenco delle attrezzature, degli automezzi e dei sistemi informatici messi a disposizione della s.r.l. per l'esecuzione della concessione.

5. Sulla base di quanto finora rilevato, deve ritenersi che, diversamente da quanto statuito dal giudice di primo grado, nel contratto sono indicati in modo specifico i mezzi e le risorse aziendali messi a disposizione dalla s.p.a. capogruppo alla propria controllata s.r.l. 2i Rete Gas per l'esecuzione della concessione, in conformità ai principi espressi in materia dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 14 novembre 2016, n. 23.

L'opposta tesi affermata nella sentenza di primo grado, fondata sul fatto che sia per le risorse umane che per quelle materiali messe a disposizione dalla capogruppo non erano stati indicati il «*numero degli operatori preposti a tale attività in relazione alla concessione di cui è causa*», e non era stata fornita «*alcuna specifica indicazione di quantità*», postula un onere di specificità nella determinazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione del contratto pubblico che eccede i limiti della ragionevolezza, oltre che i criteri di ordine civilistico per ritenere validamente assunta un'obbligazione contrattuale. Ciò nella misura in cui, da un lato, essa pretende che in una fase antecedente alla concreta esecuzione del contratto siano indicati in misura puntuale gli addetti e i mezzi da impiegare nelle singole fasi di lavorazione; e dall'altro lato trascura che la determinabilità dell'obbligazione contrattuale ai sensi dell'art. 1346 Cod. civ. presuppone che di questa siano fissati nel regolamento pattizio i suoi contenuti essenziali e non ogni aspetto di dettaglio, anche il più marginale e definibile in sede esecutiva sulla base della concreta situazione in atto.

6. Nelle proprie difese 2i Rete Gas ha poi ribadito, a confutazione delle ulteriori argomentazioni contenute nella sentenza di primo grado, che la partecipazione alla gara in contestazione nel presente giudizio di un soggetto appositamente costituito si colloca in una strategia industriale dettata dalla clausola sociale prevista dalla normativa di settore [art. 2 del decreto del ministro dello sviluppo economico, di concerto con il ministro del lavoro e delle politiche sociali, del 21 aprile 2011 - *Disposizioni per governare gli effetti sociali connessi ai nuovi affidamenti delle concessioni di distribuzione del gas in attuazione del comma 6, dell'art. 28 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, recante norme comuni per il mercato interno del gas*]. Nella prospettiva, derivante da tale clausola, di assumere il personale attualmente impiegato nel servizio di distribuzione del gas per il territorio di Milano si colloca più precisamente la costituzione di un'apposita società, nella forma della società a responsabilità limitata, cui imputare le maestranze da rilevare in caso di esito favorevole della gara, e più in generale appositamente costituito per la commessa oggetto del presente giudizio, al quale il legame partecipativo con il primario operatore nazionale avrebbe poi assicurato per tutta la sua durata il necessario supporto operativo ed economico-finanziario. La deduzione ora sintetizzata consente infine di escludere i rischi espressi nella sentenza di primo grado di avvalimento meramente cartolare e di possibile esecuzione di fatto della concessione da parte di un soggetto estraneo alla gara, attraverso la sua surrettizia cessione o subappalto integrale, in violazione degli artt. 49, comma 10, e 118, comma 1, del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006.

Sono conseguentemente assorbite tutte le censure di 2i Rete Gas di contrarietà della statuizione da ultimo esaminata della sentenza di primo grado rispetto al diritto euro-unitario sollevate al riguardo.

7. L'erroneità delle statuizioni di accoglimento dei contrapposti mezzi di impugnazione di Unareti e 2i Rete Gas impone di esaminare i motivi di ricorso

respinti o assorbiti dalla sentenza di primo grado. Per economia di giudizio possono essere esaminati i motivi di quest'ultima, ricorrente principale contro l'aggiudicazione in favore della prima.

I motivi in questione sono tutti da respingere per le considerazioni di seguito esposte, per cui è assorbita ogni ulteriore questione riproposta in appello dalle altre parti in causa, ed in particolare Unareti.

8. Zi Rete Gas sostiene innanzitutto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 163 del 2006, che impediva la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici a coloro che avessero commesso *«gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio»* (Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture presso l'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 7 del previgente Codice dei contratti pubblici). Ciò a causa del fatto che il suo precedente presidente e legale rappresentante ha attestato che Unareti *«non si trova in nessuna delle cause di esclusione dei cui all'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163»* e che *«non risulta a carico dello scrivente e dei soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa nessuna altra causa che sia prevista dall'ordinamento quale impedimento alla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti da parte di Pubbliche Amministrazioni...»*, mentre il suo predecessore - titolare della carica nell'anno antecedente a quello di pubblicazione del bando di gara, oltre che direttore tecnico della stessa e rappresentante legale di due altre società controllate, poi fuse per incorporazione nella medesima Unareti - è stato condannato in sede penale per il reato di lesioni colpose aggravate in danno di due dipendenti, derivanti da un infortunio avvenuto per violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Secondo Zi Rete Gas la dichiarazione così sintetizzata sarebbe *«fals(a) e gravemente omis(s)iv(a)»* (pag. 28 dell'appello), mentre la sentenza di primo grado avrebbe

errato nel dare rilievo, ai fini della sopra citata lett. e) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, al fatto che l'autore delle violazioni non ricopriva alcuna carica in Unareti al momento della partecipazione di questa alla gara e le stesse non erano annotate nell'Osservatorio dell'ANAC; e, ai fini della lett. c) della medesima disposizione del previgente Codice dei contratti pubblici, al fatto che la condanna non è definitiva. In contrario l'originaria ricorrente principale sostiene che l'obbligo dichiarativo discendente dall'art. 38 in questione impone di fare menzione in sede di domanda di partecipazione di *«tutti i reati commessi dai suoi amministratori in carica e di quelli cessati nell'ultimo anno dall'indizione della gara per poter consentire alla S.A. ogni valutazione»* (pag. 29 dell'appello).

9. Il motivo va respinto.

Dall'incontestato fatto che la condanna in questione non è definitiva si ricava innanzitutto che, come correttamente statuito dalla sentenza di primo grado, essa non doveva essere dichiarata ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006. La disposizione ora richiamata ha infatti riguardo ai soggetti nei cui confronti *«è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale»*. Tanto meno l'obbligo dichiarativo affermato da 2i Rete Gas può essere desunto dalla normativa di gara, dal momento che in essa non si riscontra alcuna previsione estensiva rispetto alla sovraordinata disposizione di legge, volta cioè a comprendere anche le condanne non irrevocabili: nel paragrafo *«documenti»* il bando si limita infatti a richiamare l'art. 38 del previgente Codice dei contratti pubblici senza ulteriori specificazioni [lett. c) a pag. 4].

Sotto il profilo della lettera e) della medesima disposizione, al di là dell'assenza di annotazioni nell'osservatorio presso l'Autorità, ha invece carattere dirimente il fatto che il Comune di Milano anche una volta conosciuta tale condanna non definitiva non ha espresso alcun giudizio di gravità dell'infrazione alle norme in materia di

sicurezza sul lavoro, come pure sarebbe stato in suo potere fare, sulla base di una valutazione di affidabilità del proprio contraente di sua esclusiva competenza [in questi termini: Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312, con riguardo all'analoga causa di esclusione prevista dalla lett. f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006], rispetto alla quale gli obblighi dichiarativi posti a carico di quest'ultimo in sede di gara hanno carattere strumentale.

9. Del pari infondate sono le censure dell'originaria ricorrente principale di violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), dell'ora abrogato Codice dei contratti pubblici, derivante dall'omessa dichiarazione sul possesso dei requisiti di affidabilità morale ai sensi della medesima disposizione dei procuratori speciali di Unareti e delle società del gruppo A2A fuse per incorporazione nella medesima società aggiudicataria.

Per il rigetto della censura è sufficiente la circostanza che 2i Rete Gas si limiti ad affermare, senza dare prova di ciò, che tali procuratori speciali avrebbero avuto poteri gestori di ampiezza tale da renderli assimilabili ad amministratori di fatto, come invece richiesto dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nella sentenza del 16 ottobre 2013, n. 23. Sul punto le deduzioni dell'originaria ricorrente sono in particolare limitate al richiamo di alcuni poteri: disporre di crediti della società per operazioni fino a determinate soglie di valore: da 50 a 100 mln di euro; o di cariche ricoperte: delegato del datore di lavoro alla sicurezza. Tuttavia, in assenza della dimostrazione di un inserimento organico dei procuratori speciali in questione nella gestione societaria tali poteri specifici non consentono di qualificare questi ultimi come amministratori di fatto.

10. Infondate sono le ulteriori censure di 2i Rete Gas secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non avere sottoscritto per accettazione la copia del contratto di servizio in tutte le pagine, come invece richiesto dal bando di gara [§ «documentazione», punto n. 2)], ed in particolare il prezzario allegato a tale contratto

(allegato E1 al bando di gara). La censura ha carattere di puro formalismo, superabile sulla base del fatto che la copia del contratto di servizio, che la Unareti ha sottoscritto in tutte le pagine, e prodotto nel giudizio di primo grado, fa rinvio al prezzario (artt. 2.2 e 31.4), che sulla base di tale *relatio* può dunque ritenersi compreso nell'impegno contrattuale assunto dall'aggiudicataria nei confronti del Comune di Milano.

11. Analogo tenore formale ha la censura dell'originaria ricorrente, anch'essa infondata, diretta ad enucleare un'ulteriore ragione di esclusione dell'aggiudicataria, per la mancata dimostrazione di possedere da almeno un anno di un adeguato codice etico, come richiesto dall'art. 10, comma 4, del decreto del ministro dello sviluppo economico del 12 novembre 2011, n. 226 (*Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222*), cui fa rinvio il paragrafo «*soggetti ammessi alla gara*» del bando (lett. a). La censura è in particolare infirmata da un'errata comprensione degli obblighi a carico dei partecipanti alla procedura di gara in contestazione nel presente giudizio: diversamente da quanto deduce l'originaria ricorrente principale il bando non imponeva ai concorrenti di produrre il codice etico, che infatti non era incluso tra i «*documenti*» da produrre in base all'apposito paragrafo, ma solo di attestare di averne uno, e dunque di essere un operatore del settore della distribuzione del gas abilitato a partecipare alla gara secondo il regolamento "criteri" ora richiamato. A questa disciplina speciale Unareti si è quindi conformata, attraverso la seguente dichiarazione contenuta nella propria domanda di partecipazione alla gara «*l'impresa dispone dei requisiti di cui all'art. 10 D.M. 226/11 e s.m.i.*» [punto n. 1, lett. b)], sulla base della quale è rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il potere di svolgere le inerenti verifiche.

12. Nel proprio appello 2i Rete Gas ripropone inoltre le censure del proprio ricorso principale relative alla formulazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica di Unareti e alla valutazione che di esse ha dato la commissione giudicatrice.

13. Una prima contestazione concerne le modalità seguite da quest'ultima nell'attribuzione dei punteggi, avvenuta sulla base della media dei punteggi dei singoli commissari per ciascuno dei criteri di valutazione delle offerte, da cui è derivata la formazione di punteggi frazionati e non interi. Secondo 2i Rete Gas si sarebbe invece dovuto applicare *«il principio della maggioranza dei voti espressi dai Commissari, o almeno (...) il criterio dell'approssimazione del voto medio al numero intero più vicino tra quelli indicati nell'Allegato 1 al Bando di gara»*, i quali avrebbero evitato *«che una singola e frontale opposizione da parte di un Commissario a uno dei concorrenti possa diventare decisiva»*. Il riferimento è all'operato di uno dei cinque membri della commissione giudicatrice contraddistinto da una *«pregiudiziale pervicace opposizione e (...) continua dequotazione dell'offerta di 2iRG»* (pag. 42 dell'appello).

Un ulteriore profilo di illegittimità sarebbe dato dal fatto che la commissione ha optato per il criterio della media dei punteggi nella seduta riservata del 26 maggio 2017, dopo che i plichi contenenti le offerte erano stati aperti, e precisamente all'ultima delle sedute pubbliche, tenutasi il precedente 17 maggio 2017, dacché sarebbe conseguita una modificazione *a posteriori* dei criteri di valutazione predeterminati dalla stazione appaltante.

14. Il motivo è infondato in tutti i profili in cui esso si articola.

Dirimente è la considerazione che in assenza di criteri vincolanti sul punto o di divieti puntuali a livello di legge o di normativa speciale di gara (allegato 1 al bando, recante i criteri di valutazione delle offerte) non può essere ritenuta irragionevole la scelta della commissione di assegnare i punteggi finali per ciascun criterio di valutazione in base alla media dei punti attribuiti da ciascun commissario, con la conseguente formazione di frazioni di unità. Essa casomai è quella che risulta *ex*

ante in grado di esprimere in modo sintetico le singole valutazioni dei componenti dell'organo di gara. A ben guardare le contestazioni di 2i Rete Gas pretendono invece di desumere dagli esiti finali derivanti dall'applicazione della media dei punteggi dei singoli commissari, uno dei quali si è espresso in termini penalizzanti rispetto alla propria offerta (con 86,61 punti a fronte di punteggi sempre superiori a 90 di tutti gli altri commissari), un'illegittimità originaria che tuttavia postula una violazione di legge, regolamento o canoni generali dell'agire amministrativo che la ricorrente principale non è stata in grado di dimostrare e prima ancora di dedurre.

In secondo luogo, come eccepiscono il Comune di Milano e Unareti, 2i Rete Gas non deduce né dimostra che per effetto dei criteri di attribuzione dei punteggi che assume applicabili in luogo della media dei punti attribuiti dai singoli commissari, ovvero quelli della maggioranza dei singoli punteggi e dell'approssimazione del voto medio al numero intero più vicino, il punteggio finale delle offerte sarebbe cambiato a favore della prima. La domanda di riforma dei punteggi per i «*sub-criteri 1.9, 1.10, 1.11, C1.3, C1.4, C1.6*» oggetto della censura in esame deve pertanto ritenersi in apice inammissibile per mancato superamento della prova di resistenza, oltre che infondata per le considerazioni svolte in precedenza.

15. 2i Rete Gas deduce nondimeno ulteriormente plurimi errori in cui sarebbe incorsa la commissione giudicatrice per i diversi criteri di valutazione delle offerte tecniche, nei seguenti termini:

- per il sub-criterio C1.7 «*Quantità di rete complessivamente posata per estensione e potenziamento, solo se ritenuta attendibile e giustificata da un'accurata logica di ottimizzazione tecnico/economica nei sub-criteri 2, 3 e 4*», per i quali occorre ottenere un minimo di 9 punti, ed in cui l'originaria ricorrente principale ha invece ottenuto 8,2 punti, e pertanto non ha conseguito alcun punteggio per il sub-criterio C1.7, quest'ultima lamenta una pregiudiziale svalutazione della propria offerta da parte del commissario sopra menzionato, a fronte del massimo del punteggio attribuito da tutti gli altri

commissari per i presupposti sub-criteri C1.3 e C1.4, ed ulteriori errori commessi dagli altri commissari per il parimenti presupposto sub-criterio C1.2;

- per il sub-criterio C2.2, relativo agli interventi di rinnovo degli allacciamenti delle utenze aventi «*a) adeguata giustificazione nella relazione sulla base della vita utile dei componenti e dei riscontri evidenziati nei documenti guida e in particolare nelle relazioni sullo stato della rete e degli impianti; b) giustificazione solo parziale c) giustificazione insufficiente*», viene dedotto che a Zi Rete Gas sarebbero stati riconosciuti non già numero effettivo di metri degli allacciamenti offerti e giustificati (circa 1.870.000 metri), ma quelli arbitrariamente rideterminati dalla commissione (circa 160.000 metri), ed inoltre che non sono stati riconosciuti interventi che invece troverebbero adeguata giustificazione sulla base della vita utile dei componenti e dei riscontri evidenziati, secondo quanto previsto dal Comune di Milano nell'apposito documento allegato al bando di gara (documento guida);

- per contro, in relazione al medesimo sub-criterio C2.2 la valutazione favorevole dell'offerta di Unareti, da parte del commissario invece pregiudizialmente ostile alla ricorrente principale sarebbe stata agevolata dall'asimmetria informativa derivante dalla sua qualità di gestore uscente del servizio, grazie al quale l'aggiudicataria «*si è trovata nella condizione di quantificare con esattezza millimetrica la quantità di allacci in piombo da sostituire (195.584 metri)*» (pag. 23 del verbale n. 10 del 5 settembre 2017, riportato pag. 46 dell'appello);

- la commissione non avrebbe inoltre considerato il carattere condizionato ed indeterminato dell'offerta di rinnovo degli allacciamenti della medesima Unareti, poiché basata sugli esiti di un'ispezione da eseguirsi sugli allacciamenti esistenti; ed avrebbe per contro attribuito rilievo in negativo alla pretesa approssimazione di Zi Rete Gas nel calcolo della lunghezza degli allacci, che tuttavia non era oggetto di valutazione per il sub-criterio C2.2 e che non sarebbe comunque ravvisabile nel caso di specie;

- analogamente, per il sub-criterio C2.5, relativo alla «(q)uantità di rete complessivamente offerta per rinnovo rete ed allacciamenti, qualora nei subcriteri 1 e 2 gli interventi sono considerati adeguatamente giustificati», dipendente dunque da quello precedente, non sarebbe stato considerato il valore totale di rinnovo della rete e degli allacciamenti proposti dall'originaria ricorrente, comprendente non solo la parte interrata, come erroneamente ritenuto dalla commissione giudicatrice, ma anche le parti aeree e quelle "cantinate" fuori terra, per un valore complessivo pari a 1.869.055 metri, maggiore dei 671.795 metri offerti da Unareti;

- con riguardo al sub-criterio C3.7, relativo al «programma di interventi di efficienza energetica connessi con la rete e impianti distribuzione», la commissione avrebbe errato nel non considerare tutti i kw offerti da 2i Rete Gas, a causa del fatto che il commissario "ostile" si sarebbe arbitrariamente discostato dal criterio prestabilito dalla stazione appaltante ed incentrato sulla quantità di potenza offerta, misurata in kilowattora.

16. Nessuno dei pretesi errori è tuttavia configurabile, per le seguenti ragioni:

- la censura riferita al sub-criterio C1.7 è generica e comunque sollecita una rivalutazione di merito dei giudizi espressi dai commissari con riguardo ai sub-criteri richiamati e presupposti a quello in esame, ovvero i sub-criteri C1.2, C1.3 e C1.4, eccedente i limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo;

- risulta corretto l'operato della commissione anche per gli interventi proposti per il rinnovo degli allacciamenti delle utenze alla rete, ai sensi del sub-criterio C2.2, poiché nella propria relazione tecnica 2i Rete Gas ha indicato espressamente il dato di 165.975 metri «per rinnovo allacciamenti» (§ 7.3.5 della relazione, intitolato «Quantità di rete complessivamente offerta per rinnovo rete e allacciamenti»);

- sulla giustificazione degli interventi di rinnovo offerti sulla base della vita utile dei componenti e dei riscontri evidenziati va ribadito quanto sopra, e cioè che la censura, riferita al merito della valutazione di competenza della commissione giudicatrice, si pone al di là dei limiti del sindacato di legittimità attribuito al giudice amministrativo;

- sul punto va infatti dato atto che nell'allegato 2 al verbale di gara n. 18 dell'11 dicembre 2017 il commissario che secondo 2i Rete Gas avrebbe ingiustificatamente penalizzato la propria offerta e invece sopravvalutato quella della controinteressata, lo stesso componente della commissione giudicatrice motiva in modo analitico, e non specificamente contestato, le ragioni del punteggio attribuito alla prima, la quale, nel limitarsi ad offrire rinnovi in numero corrispondente a quanto previsto nel documento guida predisposto dal Comune di Milano, espressamente inteso come non vincolante, in relazione al numero e alla vita utile degli allacciamenti consegnerebbe al termine della concessione dodicennale *«un parco di derivazioni di utenza dell'Ambito "più vecchio" mediamente di circa 11 anni (...) in palese contrasto con l'esigenza imprescindibile di migliorare la sicurezza del sistema, senza gravare con costi impropri sui periodi successivi»* (pag. 23 del verbale da ultimo menzionato);

- considerazioni pertinenti al sub-criterio in esame, poiché relative comunque alla giustificazione degli interventi proposti, sono quelle espresse anche dagli altri commissari di gara, laddove questi sottolineano che l'offerta di 2i Rete Gas per gli interventi di rinnovo degli allacciamenti *«recepisce le indicazioni del Documento Guida in termini di numero degli allacciamenti ma relativamente all'estensione degli allacci valuta in modo inadeguato e eccessivamente approssimato la consistenza dell'impianto; in particolare si rileva che la lunghezza media degli impianti di derivazione di utenza sia nella parte interrata che in quella aerea risulta significativamente inferiore al valore riportato nel Documento Guida»*; ed ancora che *«nel determinare la lunghezza della rete corrispondente, adotta valori non in linea con (anzi palesemente differenti da) quelli dello stesso Documento Guida (...) non è dato ravvisare, per quanto riguarda i metri offerti dal concorrente (richiesti potenzialmente per il sub-criterio C2.5), un'adeguata in base alla vita utile dei componenti e dei riscontri evidenziati nel documento guida e in particolare nelle relazioni sullo stato della rete e degli impianti...»*; ed infine che *«seppure recepisce le indicazioni del documento guida con riferimento al numero di impianti da rinnovare, in relazione invece all'estensione degli allacci valuta in modo inadeguato e approssimativo la*

consistenza dell'impianto; in particolare, si rileva che la lunghezza degli impianti di derivazione di utenza (in parte interrata e aerea) risulta inferiore al valore indicato dalla Stazione Appaltante» (pag. 29, 32 e 36 del medesimo verbale);

- per quanto riguarda la pretesa asimmetria informativa, è sufficiente richiamare le puntuali controdeduzioni del Comune di Milano e di Unareti, in cui si sottolinea in modo convergente, e non *ex adverso* contestato, che in allegato al bando di gara erano stati forniti ai concorrenti i dati sulle fughe di gas e sugli allacci, ed evidenziare per il resto che non risulta dalla complessiva valutazione delle offerte che l'aggiudicataria si sia avvantaggiata per il fatto di essere gestore uscente, in relazione al quale, oltretutto, non è ragionevolmente ipotizzabile una conoscenza completa dello stato degli allacciamenti;

- con riguardo al medesimo sub-criterio non può inoltre ritenersi irragionevole - ma anzi confermativa di quanto da ultimo rilevato - l'offerta di Unareti di intervenire nel rinnovo degli allacciamenti all'esito di un'apposita ispezione, e dunque sulla base dell'effettiva esigenza degli stessi, fermo restando l'impegno alle sostituzioni nelle quantità dichiarate;

- le censure relative al sub-criterio C2.5 vanno conseguentemente respinte perché la valutazione delle offerte in relazione ad esso è condizionata da quella ottenuta nei sub-criteri C2.1 e C.2.2;

- la pretesa sottovalutazione dei kw offerti da 2i Rete Gas per gli interventi di efficienza energetica connessi con la rete e gli impianti distribuzione, previsti per il sub-criterio C3.7, si indirizza ad una non irragionevole valutazione della commissione di gara - ed in particolare del commissario che l'originaria ricorrente ritiene pregiudizialmente ostile - incentrata sul dato sostanziale costituito dall'effettiva realizzabilità degli interventi, in coerenza con la logica di ottimizzazione che permea la valutazione di offerte relative alla rete di distribuzione del gas; il commissario in questione ha quindi diffusamente esposto le ragioni, in sé non

implausibili, per cui parte dei kw offerti non erano da considerare, legate alle incertezze e ai rischi insiti nel trasposto di biogas (verbale di gara n. 23 del 30 gennaio 2018, pag. nn. 19 - 21).

17. Con ulteriori censure 2i Rete Gas contesta la valutazione della propria offerta in relazione ai sub-criteri C1.2, C1.3, C1.4 e C1.7, nell'ambito del criterio C1 «*Valutazione degli interventi di estensione e potenziamento della rete ed impianti*» (punteggio massimo previsto: 12 punti); al riguardo l'originaria ricorrente principale precisa che tali contestazioni «*non sono sufficienti ex se a condurre all'aggiudicazione in favore di 2iRG, tuttavia le stesse, in combinato disposto con altre doglianze di cui al presente ricorso (in primis con il motivo che precede)*» (pag. 53 dell'appello).

Il rigetto di queste ultime comporta l'inammissibilità delle censure, che per affermazione della stessa 2i Rete Gas non sono in grado di superare la prova di resistenza.

Peraltro, contrariamente a quanto la stessa 2i Rete Gas deduce in premessa, le medesime censure si pongono ancora una volta in una logica di contestazione nel merito delle valutazioni discrezionali dei commissari di gara nei confronti delle offerte. Ciò in particolare laddove si assume che l'«*ottimizzazione tecnico-economica*» degli investimenti cui fa riferimento il sub-criterio C1.2 sarebbe cosa diversa dal rapporto costi/benefici invece considerato da alcuni componenti della commissione.

La contestazione trova peraltro smentita nelle stesse definizioni dei due concetti rese dalla stessa originaria ricorrente principale, di seguito riportata: «*l'ottimizzazione tecnico-economica consiste nella ricerca della migliore soluzione realizzativa di un intervento a parità di costo, ovvero (...) la soluzione di minor costo di un intervento a parità di soluzione realizzativa, cercando il miglior equilibrio tra i due parametri tecnico ed economico di un determinato intervento*», mentre l'analisi costi/benefici «*ricerca gli interventi che, a parità di costo, producono i maggiori benefici alla collettività, ovvero quelli che a parità di benefici prodotti hanno un minor costo per la*

collettività stessa» (pag. 55 dell'appello). La sola differenza è data dunque dal fatto che in questo secondo caso costi e benefici trascendono la logica strettamente economica di profitto tipica dell'impresa per includere valutazioni di interesse per l'utenza del servizio di distribuzione del gas, che tuttavia - a smentita degli assunti dell'originaria ricorrente principale - sono connaturate all'immanente interesse pubblico sottostante servizio medesimo e dunque correttamente considerate da Unareti e poi dalla commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte. Quanto ora osservato trova conferma nel fatto che l'analisi costi/benefici è testualmente prevista dal sopra menzionato decreto ministeriale "criteri" n. 226 del 2011, nell'ambito della valutazione degli interventi per mantenimento in efficienza della rete e degli impianti (art. 15, comma 3, lett. c), per cui in questo senso va coerentemente inteso il riferimento operato dal sub-criterio in esame al concetto di «*ottimizzazione tecnico-economica*», e per converso rigettata l'interpretazione restrittiva propugnata dall'originaria ricorrente principale. Quest'ultima si fonda per giunta su un dato meramente letterale che è tuttavia contraddetto da quanto previsto nell'ambito dei criteri di valutazione delle offerte dall'allegato 1 al bando di gara, in cui si prevede che per lo sviluppo degli impianti il concorrente «*può motivando adeguatamente le proprie scelte, ottimizzare quanto previsto dal documento guida e prevedere anche interventi integrativi, evidenziando i benefici a fronte dei corrispondenti costi*»: il riferimento all'analisi costi/benefici va inteso *in primis* secondo ragione ma anche sul piano del costruito sintattico della frase a tutte le scelte di ottimizzazione dell'infrastruttura rispetto ai dati forniti dal documento guida e non ai soli interventi integrativi.

Analoghe considerazioni devono essere svolte:

- sia con riguardo al sub-criterio C1.3, relativo all'«*(e)stensione di rete propost(a)*», secondo una graduazione correlata alla percentuale di ottimizzazione degli interventi previsti nello studio guida predisposto dal Comune di Milano; sul punto 2i Rete Gas si diffonde ancora una volta sul concetto di ottimizzazione previsto nel sub-criterio

e sulla pretesa divergente interpretazione datane dal commissario ritenuto a lei “ostile”, che avrebbe illegittimamente inteso l’ottimizzazione in termini tecnico-economici, cosicché la valutazione sarebbe stata svolta non già sulla base del «*mero confronto fra quanto proposto dal concorrente e quanto invece stabilito dallo studio guida*» (pag. 57 dell’appello), con la duplice conseguenza di applicare due volte un unico parametro valutativo per i medesimi interventi valutabili ai fini dei due sub-criteri C1.2 e C1.3 e di valutazioni contraddittorie tra l’uno e l’altro da parte dei commissari;

- sia con riguardo al sub-criterio C1.4, concernente le «*sostituzioni per potenziamento delle rete e dei GRF*» (gruppi di regolazione finale), in relazione al quale viene ancora una volta contestato il giudizio discrezionale dello stesso commissario sulla giustificazione degli interventi proposti rispetto all’analisi di assetto rete svolta dal concorrente.

Va in particolare ribadito che le contestazioni di Zi Rete Gas sollecitano un sindacato di merito non consentito al giudice amministrativo su valutazioni di carattere discrezionale riservate alla commissione giudicatrice e svolte nel caso di specie entro i fisiologici limiti dell’opinabilità.

Al riguardo occorre aggiungere che per il sub-criterio C1.3 erano rilevanti le sole estensioni di rete offerte, mentre ai fini del sub-criterio C1.2 erano valutabili tutti gli investimenti previsti dal concessionario, dacché si ricava, da un lato, che nessun errore è ravvisabile nel fatto di impiegare il concetto di ottimizzazione tecnico-economica anche alle prime e, dall’altro lato, che nessuna contraddittorietà di giudizi è configurabile nelle diverse valutazioni fatte dai singoli componenti della commissione giudicatrice.

18. Zi Rete Gas ripropone ulteriori censure con riguardo ai sub-criteri 1.9, 1.10, 1.11, C1.6, C3.2, rispetto alle quali la stessa società lamenta la sottovalutazione della propria offerta e la sopravvalutazione di quella di Unareti, sempre ad opera del medesimo commissario pregiudizialmente ostile.

L'originaria ricorrente principale deduce quanto segue:

- per il sub-criterio 1.9 «(a) *deguatezza della relazione tecnica a descrivere adeguatamente il modello di calcolo e la metodologia utilizzata*», viene da un lato contestato il giudizio di sufficienza, e non ottimo, espresso dal commissario “ostile” nei confronti della propria relazione tecnica, incentrato non già sull'adeguatezza di questa, ma sul diverso criterio del «*“merito” del modello di calcolo e della metodologia utilizzata*»; e dall'altro lato censurato il fatto che lo stesso commissario abbia fondato la prevalenza dell'offerta dell'aggiudicataria sulla conoscenza della rete derivantegli dalla sua qualità di gestore uscente;
- per il medesimo sub-criterio 2i Rete Gas sostiene che lo stesso commissario avrebbe errato nel considerare che nella relazione tecnica di essa ricorrente principale si ipotizzi una distribuzione uniforme dei carichi sulla rete, secondo i valori aggregati previsti nel bando, senza alcun approfondimento sugli effettivi profili di consumo per tipi d'utenza, e che le simulazioni fatte sarebbero limitate (in numero di 8), senza considerare le ulteriori verifiche svolte; 2i Rete Gas lamenta inoltre che la valutazione della propria offerta sarebbe stata svolta attraverso una comparazione con quella di Unareti anziché in relazione al sub-criterio previsto dalla normativa di gara;
- anche per il sub-criterio 1.10, concernente l'«(a) *deguatezza della relazione e dei documenti progettuali a descrivere i risultati della verifica*», il commissario “ostile” avrebbe sovrapposto una sua personale valutazione del merito dei risultati di verifica, in violazione di quanto previsto nel bando di gara; sarebbe inoltre errato il giudizio espresso da un altro componente della commissione circa la mancanza nella relazione tecnica di 2i Rete Gas di un numero adeguato di simulazioni;
- per il sub-criterio 1.11, relativo all'«(a) *deguatezza della presentazione del piano temporale degli interventi in base alle verifiche*», graduata a seconda se questo: «a) *identifica e giustifica gli elementi significativi e stabilisce un ordine di priorità; b) fa solo un sommario esame*», si censura

la valutazione negativa del medesimo commissario perché limitata al «*numero di scenari indagati dal concorrente*» (verbale n. 18 dell'11 dicembre 2017), a fronte di un programma «*ampiamente giustificato sulla base delle verifiche fluidodinamiche effettuate*» e in cui è stabilito «*con assoluto rigore e chiarezza l'ordine di priorità degli interventi*» (così nell'appello di 2i Rete Gas, pag. 65 e 66), come ritenuto dagli altri componenti della commissione;

- per il sub-criterio C1.6, concernente le «*proposte di potenziamento delle cabine REMI*» (regolazione e misura), valutabili se «*a) recepiscono le finalità del progetto dello studio guida, ottimizzandolo e/o integrandolo con proposte condivisibili e adeguatamente giustificate; b) recepiscono quanto previsto nello studio guida; c) sono solo parzialmente giustificate; d) non sono giustificate*», vi sarebbe stata da parte del medesimo commissario un'«*ostinata opera di svilimento preconcepito dei meriti dell'offerta*» di 2i Rete Gas (pag. 66 dell'appello), incentrata sul preteso acritico recepimento dei dati contenuti nel documento guida a base di gara; e, per contro, una sopravvalutazione dell'offerta di Unareti, fondata tuttavia sulla stima non già fabbisogni teorici della rete distributiva previsti dal documento guida a base di gara, ma, in difformità da quest'ultimo, su quelli effettivi conosciuti in qualità di gestore uscente, oltre che in assenza di effettivi interventi di adeguamento sul sistema di erogazione attualmente esistente e di adeguate simulazioni fluidodinamiche;

- per il sub-criterio C3.2, relativo al «*numero di sistemi di dosaggio odorizzante ad iniezione o equivalenti in cabine REMI offerti*» sarebbe stata del pari sopravvalutata l'offerta di Unareti, nella parte in cui quest'ultima ha previsto la sostituzione di impianti “a lambimento di back up” su REMI esistenti e dunque non dunque su nuove cabine REMI, senza pertanto alcuna innovazione tecnologica.

19. Nessuna di queste censure può essere accolta.

Esse si collocano nuovamente in una sfera di merito insindacabile dell'operato della commissione giudicatrice, ed in particolare di uno o più dei suoi componenti,

rispetto a valutazioni di carattere tecnico-discrezionale non evidentemente illogiche, né distoniche rispetto ai criteri di valutazione predeterminati dall'amministrazione, su elementi dell'offerta di un servizio ad alta complessità tecnologica. Ciò risulta palese laddove 2i Rete Gas contesta che l'esame dei modelli di calcolo e dei metodi utilizzati nella formulazione dell'offerta tecnica, nelle verifiche e simulazioni, nel programma degli interventi sulla rete distributiva sia stato condotto sulla base del «*merito*» di tali operazioni anziché dell'«*adeguatezza*», come previsto dai sub-criteri di valutazione, in relazione ai quali termini non è peraltro chiaro se e in che misura vi sia un'effettiva differenza concettuale. Ad una valutazione di merito dell'organo a ciò deputato l'originaria ricorrente principale ne contrappone una alternativa, fondata sulla rivisitazione degli elaborati facenti parte delle offerte: operazione non consentita neppure attraverso l'esame parametrico della funzione amministrativa attraverso le figure di eccesso di potere elaborate dalla giurisprudenza amministrativa.

Anche le restanti censure relative alle proposte di potenziamento delle cabine REMI e ai sistemi di odorizzazione del gas sollecitano un sindacato nel merito delle valutazioni tecniche dell'organo di gara, non consentito al di fuori di casi di palese irrazionalità o travisamento dei fatti, che non sono nel caso di specie ravvisabili, avuto riguardo al fatto che la migliore valutazione dell'offerta di Unareti si fonda su considerazioni di carattere tecnico diffusamente esposte nei verbali di gara, oltre che sui margini di miglioramento consentiti ai concorrenti dal documento guida predisposto dal Comune di Milano per il piano di sviluppo della rete e degli impianti (cfr. in particolare il § 6).

20. Con un ulteriore censura 2i Rete Gas sostiene che la partecipazione alla gara di Unareti determinerebbe una situazione di conflitto di interessi, vietata ai sensi dell'art. 42, comma 2, del Codice dei contratti pubblici oggi vigente (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), a causa del controllo indiretto del Comune di

Milano in Unareti, attraverso la controllante totalitaria di quest'ultima A2A, a sua volta partecipata dall'amministrazione concedente pari al 25%.

Secondo l'originaria ricorrente principale il conflitto di interessi si sarebbe manifestato nelle seguenti plurime forme: accesso limitato e non completo consentito dal Comune di Milano nei propri confronti alle informazioni tecniche necessarie per la formulazione delle offerte; sottovalutazione della propria offerta e contrapposta sopravvalutazione dell'offerta dell'aggiudicataria espressa da alcuni commissari, derivante dall'asimmetria informativa di cui quest'ultima si è giovata; acritico recepimento dell'operato della commissione da parte dell'amministrazione; assenza di accorgimenti da parte di quest'ultima per assicurare l'imparziale selezione dei commissari e la valutazione delle offerte di competenza dei medesimi.

21. Il motivo è infondato.

22. In primo luogo l'art. 42 del codice dei contratti pubblici di cui al poc'anzi menzionato d.lgs. n. 50 del 2016 non è applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara in contestazione nel presente giudizio, poiché pacificamente bandita in epoca precedente alla sua entrata in vigore.

23. In ogni caso, la funzione della norma relativa al conflitto di interessi in esame consiste nel prevenire ogni situazione in cui *«lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che ha (sic) contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato»*. Così si è espresso questo Consiglio di Stato nel parere del 5 marzo 2019, n. 667, reso sullo schema di Linee guida ANAC relative all'«*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*» (§ 2.3), con l'ulteriore precisazione che nel settore dei contratti pubblici la descritta situazione determina il pericolo di una *«distorsione della concorrenza»* e che non sia *«garanti(ta) la parità di trattamento di tutti gli operatori economici»* (§ 3).

Il pericolo così descritto è nel caso di specie evidentemente escluso: nessun funzionario o dipendente del Comune di Milano risulta portatore di interessi personali o di terzi in contrasto con quelli della stessa amministrazione comunale; l'ipotesi non è del resto nemmeno prospettata dalla 2i Rete Gas, la quale invece contesta l'operato della commissione giudicatrice, formata da componenti esterni alla medesima amministrazione e - come da quest'ultima dedotto, documentato e non *ex adverso* contestato - appositamente selezionati in base alle loro competenze tecniche di elevata specializzazione.

24. Le contestazioni dell'originaria ricorrente principale si incentrano invece sul conflitto di interessi a livello istituzionalizzato, tra Comune di Milano e la propria società indirettamente partecipata (e per la 2i Rete Gas controllata) Unareti.

Anche sotto il profilo ora evidenziato le censure sono tuttavia infondate.

Nel senso che l'affidamento di un contratto ad un soggetto partecipato costituisca una fattispecie estranea al conflitto di interessi ai sensi degli artt. 42, comma 2, e 80, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 si è espresso questo Consiglio di Stato con il sopra citato parere del 5 marzo 2019, n. 667 sulle linee guida ANAC in materia.

Nell'atto consultivo in questione si è precisato (nel § 5) che pur a fronte dell'«*oggettiva problematicità di situazioni in cui una società controllata partecipi alla gara indetta dalla sua controllante*», non ha fondamento normativo «*il tentativo, ai limiti dell'abuso del diritto, di individuare indirettamente la regola nell'art. 42, comma 2 del codice*», la quale – come sopra chiarito - «*disciplina esclusivamente le situazioni di conflitto di interessi del funzionario pubblico*».

Il parere ha ulteriormente affermato che in questa situazione l'«*eventuale danno alla concorrenza derivante dalla partecipazione azionaria della stazione appaltante non potrebbe così essere imputato (sic) all'agente, salvo a ritenere che, poiché questi agisce nell'interesse della stazione, quindi potrebbe favorire la società controllata non per suo personale interesse ma per quello del terzo (stazione appaltante) incorrendo così nella ipotesi di interesse indiretto*».

Il parere ha messo quindi in evidenza, da un lato, l'insostenibilità della tesi che postula un conflitto di interesse nel caso di partecipazione alla gara di un soggetto controllato dalla stazione appaltante, per il paradosso cui si giungerebbe nel ritenere che quest'ultima sarebbe contemporaneamente il *«terzo avvantaggiato dal conflitto alla stessa stazione appaltante, riguardata schizofrenicamente ora come amministrazione aggiudicatrice ora come terzo»*; e dall'altro lato ha ribadito che *«il conflitto si deve verificare tra l'interesse funzionalizzato e l'interesse dell'agente o di un terzo con il quale l'agente versi in particolare rapporto tale da dividerne l'interesse stesso»*; infine ha concluso che non può esservi un conflitto nel caso in cui il terzo avvantaggiato sia la società partecipata, poiché essa *«rappresenta l'interesse del soggetto proprietario, vale a dire la stessa stazione appaltante»*, per cui *«l'interesse funzionalizzato e l'interesse terzo coinciderebbero»*.

25. Nella medesima linea del parere sulle linee-guida in materia si pone la giurisprudenza di questa Sezione, la quale ha posto in rilievo che l'ipotesi della partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica di una società partecipata dalla stazione appaltante, sebbene possa avere un *«impatto potenzialmente maggiore sul piano dell'imparzialità e della trasparenza»*, è tuttavia estranea all'ambito di applicazione della norma sul conflitto di interessi di cui al più volte richiamato art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, 17 aprile 2019, n. 2511).

In quest'ultima pronuncia si è aggiunto che nel settore dei contratti pubblici l'ipotesi del conflitto di interessi non può essere predicata in astratto, ma deve essere accertata *«in concreto sulla base di prove specifiche»*. Si richiede in altri termini che la *«minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione»* ex art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione alla causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. d), del medesimo codice, sia dimostrata sulla base di presupposti specifici.

26. Nella linea ora descritta si registrano le contestazioni della 2i Rete Gas relative in particolare alle valutazioni espresse da uno dei cinque commissari nei confronti della propria offerta.

Come tuttavia finora rilevato esse rimangono circoscritte in una sfera insindacabile di merito del giudizio discrezionale su elementi di elevata complessità tecnica oggetto delle censure sopra esaminate, mentre in assenza di elementi ulteriori, gravi e specifici di carattere sintomatico in grado di dimostrare una preordinata volontà dello stesso commissario - selezionato al pari degli altri quattro dal Comune di Milano mediante apposito avviso pubblico (prodotto nel giudizio di primo grado) - di agevolare la società partecipata dell'amministrazione concedente deve escludersi l'ipotesi del conflitto di interessi.

Del pari non è ravvisabile alcun conflitto di interessi per il comportamento tenuto dall'amministrazione in relazione all'istanza di accesso agli atti di gara di 2i Rete Gas, posto che il rifiuto parziale opposto dalla prima è stato ritenuto legittimo da questa Sezione (sentenza 12 giugno 2019, n. 3936).

27. Con ulteriori censure la 2i Rete Gas sostiene che l'offerta di Unareti non sarebbe conforme al regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale (decreto del ministro dello sviluppo economico del 12 novembre 2011, n. 226, più volte richiamato in precedenza), con riguardo particolare all'evidenziazione in essa del«*le richieste di modifica delle condizioni di interfaccia con la rete di trasporto nazionale (...), che potrebbero richiedere modifiche impiantistiche*» (art. 15, comma 2). Secondo 2i Rete Gas la Unareti avrebbe violato la disposizione regolamentare ora richiamata, per essersi limitata ad individuare le informazioni necessarie per le modifiche al collegamento della rete distributiva dell'ambito territoriale di Milano con quella di trasporto nazionale, da inviare al gestore di quest'ultima (SNAM) dopo l'aggiudicazione, anziché verificare in via preventiva con lo stesso gestore la fattibilità delle modifiche in questione.

L'originaria ricorrente principale aggiunge che l'«*importante aumento della capacità di erogazione... (pari a circa il 45% di quella attuale)*» della rete distributiva d'ambito prevista dalla controinteressata nella propria offerta (pag. 79 dell'appello), con dimensionamento delle cabine REMI con pressioni in ingresso e in uscita del gas superiori a quelle previste nel codice di rete del gestore della rete di trasporto nazionale comporterebbe l'impossibilità di realizzare l'intero sistema di erogazione progettato da Unareti.

28. L'irrealizzabilità dedotta deriverebbe inoltre da impedimenti di carattere urbanistico che quest'ultima non ha considerato nella propria offerta e cioè: per la cabina "REMI IV presa", situata all'interno dell'area del parco agricolo sud di Milano, sarebbe necessaria la preventiva dichiarazione di compatibilità ambientale ai sensi del vigente piano territoriale di coordinamento, da rendere sulla base di uno studio di fattibilità che l'aggiudicataria non ha predisposto; per la cabina "IRI a valle della IV presa", posizionata in un'area destinata a «*Grandi progetti di interesse pubblico*» dal vigente strumento urbanistico generale del Comune di Milano (piano di governo del territorio), e dunque a trasformazioni per la realizzazione di opere pregio ambientale e paesaggistico a fruizione collettiva, mentre Unareti ha considerato l'area medesima con destinazione a verde urbano esistente (in base piano dei servizi allegato al piano di governo), la quale tuttavia consente di insediare attività agricole e orto-floro-vivaistiche.

Secondo 2i Rete Gas se non da escludere, l'offerta della controinteressata avrebbe dovuto comunque essere penalizzata in termini di punteggio (per i sopra citati sub-criteri C1.1, C1.2 e C1.6).

29. Il motivo è infondato in tutte le censure in cui si articola.

30. Con riguardo alla fattibilità delle modifiche impiantistiche e delle condizioni di interfaccia con la rete di trasporto nazionale, di cui ai sensi del sopra citato art. 15, comma 2, d.m. n. 226 del 2011 va data evidenziazione in sede di offerta per

L'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas, deve condividersi l'interpretazione proposta dalle parti pubblica e privata resistenti, secondo le quali la disposizione regolamentare in esame limita appunto ad una rappresentazione in sede di offerta, non implicante alcuna preventiva approvazione. L'assunto trova conferma nel già citato allegato 1 al bando di gara, contenente i criteri di valutazione delle offerte tecniche, che con riguardo al piano di sviluppo degli impianti riproduce la disposizione regolamentare in esame, e dunque prevede che il concorrente *«dovrà evidenziare le richieste di modifica delle condizioni di interfaccia con la rete di trasporto nazionale e/o con le eventuali reti di trasporto regionali, che potrebbero richiedere modifiche impiantistiche»*. La tesi opposta invece propugnata da 2i Rete Gas urta sia contro il dato testuale dell'art. 15, comma 2, d.m. n. 226 del 2011, come trasposta nella normativa di gara; sia sul piano logico, in relazione al quale va osservato che in sede di offerta è sufficiente che siano illustrate le richieste di modifica, così da potere essere valutate dalla commissione giudicatrice, mentre solo una volta conseguita l'aggiudicazione e non prima si pone l'esigenza effettiva di ottenere dal gestore della rete di trasporto nazionale le modifiche necessarie per l'interconnessione della rete distributiva locale, attraverso la presentazione di richieste complete di ogni elemento a tal fine necessario.

Depone nel senso ora affermato la corrispondenza intercorsa tra la SNAM e l'originaria ricorrente principale, riprodotta nell'elaborato A17 *«Richieste di modifica interfaccia rete trasporto»* facente parte della propria offerta, la quale ha invece ritenuto di sottoporre alla prima le richieste di modifica delle condizioni di interfaccia con la rete di trasporto nazionale già in quella sede. In particolare nel riscontro che la stessa SNAM ha fornito all'istanza della 2i Rete Gas si afferma quanto segue: *«si comunica, per Vostra informazione non impegnativa per la scrivente, che la distanza cartografica indicativa in linea d'aria dalla nostra rete di trasporto avente pressione massima (MoP) 24 bar rel. è pari a circa 1,2 km. Si precisa che tale distanza potrebbe variare anche in modo significativo in funzione*

delle caratteristiche del territorio che saranno valutate solo a seguito di formale richiesta». Anche con riguardo alla pressione in entrata e in uscita nelle cabine Remi la risposta della SNAM è in grado di confutare le contestazioni di 2i Rete Gas, laddove si precisa quanto segue: «(1) a pressione minima contrattuale sarà compresa tra 6 bar rel. e 14 bar rel. e verrà definita nell'offerta di allacciamento» e «verrà definita nell'offerta di allacciamento...».

Quanto finora affermato consente di escludere che allo stato possa essere valutata la pretesa irrealizzabilità delle modifiche impiantistiche proposte dall'aggiudicataria.

31. Le censure dell'originaria ricorrente principale sono infondate anche con riguardo agli asseriti impedimenti di carattere urbanistico.

Come concordemente deducono il Comune di Milano e Unareti: la normativa di gara non richiedeva ai concorrenti di predisporre alcun progetto di fattibilità necessario per la realizzazione degli interventi previsti dai concorrenti per lo sviluppo della rete di distribuzione del gas; con specifico riguardo poi alla dichiarazione di compatibilità ambientale richiesta dal piano territoriale di coordinamento per interventi modificativi all'interno del parco agricolo sud di Milano, dall'art. 14 delle norme tecniche di attuazione del relativo strumento pianificatorio si desume che lo studio di fattibilità necessario per ottenere la dichiarazione di compatibilità ambientale è richiesto solo in vista della realizzazione effettiva delle opere; l'alternativa interpretativa propugnata da 2i Rete Gas è del resto irragionevole, nella misura in cui impone di anticipare in sede di gara lo studio di fattibilità in vista di una solo eventuale realizzazione dell'intervento.

Non dimostrata è inoltre l'asserita inconciliabilità delle cabine REMI e IRI con i «grandi progetti di interesse pubblico» ai sensi dello strumento urbanistico generale del Comune di Milano e con la destinazione a verde urbano secondo il piano dei servizi di esso facente parte, in relazione al quale Unareti deduce, senza alcuna contestazione avversaria, che secondo la normativa tecnica di attuazione del piano dei servizi infrastrutture quali gli impianti di distribuzione gas/metano «possono essere

localizzate su tutto il territorio comunale qualora tali infrastrutture si qualificano come opere di urbanizzazione primaria ai sensi dell'art. 44 comma 3 della L.R. 12/2005 e s.m.i. oppure come opere necessarie a garantire gli allacciamenti ai servizi pubblici».

32. Con un'ulteriore censura 2i Rete Gas sostiene che l'offerta di Unareti sarebbe carente in relazione al sub-criterio C1.2, in precedenza esaminato, con riguardo all'«*ottimizzazione tecnico-economica degli investimenti*» per l'estensione e potenziamento della rete e degli impianti, perché svolta sulla base di una non conferente analisi costi/benefici, laddove tale analisi era invece richiesta dalla normativa di gara per i soli interventi integrativi. Inoltre, l'analisi costi/benefici sarebbe stata erroneamente condotta attraverso il metodo SROI (*Social return on investment*) per prassi utilizzato «*per rilevare l'impatto sociale di attività no profit, e non per l'analisi costi-benefici di investimenti infrastrutturali*». Per effetto di ciò – conclude l'originaria ricorrente principale – l'offerta della Unareti avrebbe dovuto essere esclusa o comunque rivalutata con riguardo al sub-criterio in questione alla luce delle censure così formulate.

Per 2i Rete Gas vi sarebbe un ulteriore errore della commissione giudicatrice, in relazione al sub-criterio C1.6, relativo alle proposte di potenziamento delle cabine REMI, e parimenti oggetto di precedente censura. Secondo l'originaria ricorrente la capacità di erogazione della rete stimata da Unareti, pari a 365.000 Smc/h, sarebbe considerevolmente superiore sia rispetto a quella considerata dal Comune di Milano come base di gara, pari a circa 140.000 Smc/h, sia rispetto a quella prevista nell'offerta dell'originaria ricorrente principale, pari a circa 250.000 Smc/h, a causa dell'impiego di assunzioni basate su scenari di emergenza in modo difforme da quanto previsto dal documento guida predisposto dal Comune di Milano, pur a fronte di un'estensione invariata. Secondo 2i Rete Gas l'errore valutativo si sarebbe riflesso anche sui punteggi attribuiti ai concorrenti:

- per l'ottimizzazione degli interventi di estensione della rete, valutati nell'ambito del sub-criterio C1.3, in cui l'originaria ricorrente lamenta una sottovalutazione della

propria offerta pur a fronte del maggior numero di progetti di estensione presentati e redatti in conformità al documento guida predisposto dal Comune di Milano;

- per gli interventi di sostituzione per potenziamento delle rete e dei gruppi di regolazione finale GRF, oggetto del sub-criterio C1.4, in relazione al quale l'originaria ricorrente principale per un verso contesta la valutazione del commissario "ostile" sulle giustificazioni relative al dimensionamento degli dispositivi sulla base delle verifiche fluidodinamiche, e per altro verso lamenta che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe stata all'opposto valutata favorevolmente benché fondata su una stima della portata nominale svolta in difformità rispetto ai criteri predisposti dal Comune di Milano;

- sarebbe conseguentemente errata la valutazione per il grado di dettaglio del progetto proposto dai concorrenti ai sensi del sub-criterio C1.1.

33. Come eccepito da Unareti anche queste censure, per la gran parte ripetitive di quelle già esaminate in precedenza con riguardo ai medesimi sub-criteri, si situano in una sfera di merito delle valutazioni di carattere tecnico svolte dalla commissione giudicatrice, rispetto alle quali non sono prospettati errori palesi ed apprezzabili sul piano della legittimità amministrativa. Va al riguardo ribadito che il sindacato devoluto al giudice amministrativo non può in particolare sostanziarsi in un riesame complessivo delle offerte tecniche, invece sollecitato da 2i Rete Gas, ed in relazione al quale il Comune di Milano e l'aggiudicataria hanno controdedotto in modo puntuale ed articolato.

Le censure sono peraltro inficcate da alcuni rilievi non condivisibili, innanzitutto nella parte in cui si contesta l'utilizzabilità di analisi costi/benefici per piani di sviluppo della rete di distribuzione del gas, la quale invece - come in precedenza esposto - è coerente con le caratteristiche del servizio di distribuzione del gas e la normativa di settore, ed in particolare con il regolamento "criteri" di cui al d.m. n. 226 del 2011, recepito dalla normativa di gara in sede di definizione dei criteri di

valutazione delle offerte (allegato 1 al bando). A quanto ora ribadito può aggiungersi che l'originaria ricorrente principale non è in grado di indicare quale disposizione normativa di settore vieterebbe la metodologia di analisi seguita dall'aggiudicataria, dacché è evidente che le censure della prima si pongono su un piano di merito amministrativo, attinente alla valutazione tecnica delle offerte presentate in gara.

Le contestazioni di 2i Rete Gas non sono inoltre fondate nella parte in cui questa pretende di limitare l'analisi ai soli interventi integrativi e non a tutti gli investimenti nella rete, sulla base di un'irragionevole lettura restrittiva del citato allegato, il quale facoltizza il concorrente ad *«ottimizzare quanto previsto dal documento guida e prevedere anche interventi integrativi, evidenziando i benefici a fronte dei corrispondenti costi»*. Anche sul punto va ribadito quanto in precedenza esposto e cioè che l'ultimo inciso è da intendersi riferito sul piano letterale e secondo ragione non solo agli interventi integrativi ma al complessivo piano di sviluppo della rete e degli impianti, da predisporre in una logica di razionale ed equilibrata estensione dell'infrastruttura, in cui siano ponderati benefici e costi, ed alla quale corrisponde in sede di gara una premialità incentrata su progetti sostenibili e utili alla collettività. Nella descritta logica di carattere qualitativo sono quindi stati articolati i giudizi tecnici dei componenti della commissione giudicatrice nei confronti delle due offerte, nell'ambito dei quali non emergono errori palesi censurabili nella presente sede di legittimità. Così è a dirsi anche in relazione alla pretesa sovrastima della capacità di erogazione della rete ipotizzata da Unareti, fondata invece su approfondite verifiche svolte da quest'ultima nella propria relazione tecnica.

Da respingere è infine l'assunto dell'originaria ricorrente principale secondo cui la propria offerta sarebbe stata sottovalutata benché conforme al documento guida predisposto dal Comune di Milano. Va infatti ribadito che secondo quanto desumibile dal sopra menzionato paragrafo 6, relativo ai progetti di estensione e

potenziamento delle reti e degli impianti, le indicazioni in esso contenute non erano vincolanti per il concorrente nella ricerca delle soluzioni tecniche ottimali.

34. Con ulteriore ordine di censure 2i Rete Gas sostiene che l'offerta di Unareti sarebbe condizionata ed indeterminata, e perciò da escludere, perché subordinata alle richieste dei Comuni facenti parte dell'ambito territoriale in relazione alla quantità di rete offerta in estensione e in sostituzione di quella presente.

35. Si tratta di una censura infondata: l'indicazione degli investimenti negli appositi documenti di pianificazione predisposto dall'aggiudicataria, con annesse stime dei costi e programmazione dei tempi, rende l'impegno di quest'ultima certo ed esigibile, e come tale legittimamente valutabile in sede di gara, mentre il rinvio a future determinazioni delle amministrazioni interessate è dichiaratamente finalizzato a consentire a questi ultimi di adeguare nella fase di esecuzione della concessione i sedimi stradali e i sottoservizi alla posa delle opere.

36. 2i Rete Gas deduce un'ulteriore causa di esclusione dalla gara di Unareti, consistente nel fatto che quest'ultima avrebbe violato le norme di gara per il sub-criterio 1.9, relativo all'«(a) *deguatezza della relazione tecnica a descrivere adeguatamente il modello di calcolo e la metodologia utilizzata*», per il quale il Comune di Milano aveva posto un limite di 100 facciate dattiloscritte su foglio formato A4 (allegato 1 al bando di gara, recante i criteri di valutazione delle offerte). Secondo l'originaria ricorrente principale il limite sarebbe stato aggirato dall'aggiudicataria, attraverso il duplice rinvio contenuto nella relazione tecnica ad ulteriori elaborati contenenti il modello di calcolo e la metodologia richiesti dal sub-criterio, e cioè la «*relazione generale analisi fluidodinamica della rete e degli impianti*» (documento C.10) e la «*progettazione del modello di rete*» (documento C.1.1.1).

In subordine 2i Rete Gas sostiene che per il criterio in questione ad Unareti avrebbero dovuto essere attribuiti 0 punti, con conseguente ricaduta negativa anche per il connesso sub-criterio 1.10.

Del pari per la medesima originaria ricorrente principale sarebbe errata la valutazione con riguardo al sub-criterio 1.11, sia della propria offerta, sia di quella della controinteressata, a causa della «*totale inattendibilità delle analisi fluidodinamiche (...) nei dieci anni intermedi di concessione*» da cui quest'ultima sarebbe affetta.

37. Nemmeno queste censure possono essere accolte.

Per quanto concerne innanzitutto il superamento dei limiti dimensionali stabiliti dall'amministrazione per la relazione tecnica, in mancanza di tassative indicazioni e di comminatorie espulsive sul punto nel documento contenente i criteri di valutazione delle offerte, deve ritenersi conforme alla normativa la modalità di redazione della relazione tecnica seguita da Unareti, contenuta nel limite stabilito di 100 pagine, con il corredo degli ulteriori elaborati facenti parte integrante di essa. La controinteressata ha peraltro controdedotto sul punto sottolineando che la propria relazione tecnica contiene «*tutti gli elementi utili a definire sia il modello di calcolo sia la metodologia utilizzata*» (pag. 45 della memoria costitutiva), a conferma del fatto che le contestazioni sollevate da 2i Rete Gas non si indirizzano a prescrizioni di gara puntuali e tassative, ma da interpretare ed applicare con il fisiologico margine di elasticità connesso al grado di elevata complessità dei contenuti delle offerte.

Le contestazioni concernenti invece le analisi fluidodinamiche sono apodittiche e come tali inammissibili.

38. 2i Rete Gas contesta inoltre il punteggio massimo espresso all'unanimità dalla commissione giudicatrice nei confronti dell'offerta dell'aggiudicataria con riguardo al sub-criterio C2.1, relativo agli «*interventi di sostituzione proposti per rinnovo della rete*». L'originaria ricorrente principale sostiene che la proposta di sostituzione delle condotte in ghisa grigia con giunti meccanici «*privilegiando i diametri minori*» e dunque trascurando quelli di maggiori dimensioni (pag. 95 dell'appello), invece maggiormente esposti rischi di dispersione, avrebbe pertanto dovuto comportare una diversa valutazione dell'offerta, con l'attribuzione di 0 punti. Secondo 2i Rete

Gas dall'offerta così formulata deriverebbe *«una grave sottostima degli investimenti»*, per un ammontare di € 28,6 mln (*ibidem*). L'originaria ricorrente principale aggiunge che l'azzeramento del punteggio per il sub-criterio in questione impedirebbe la valutazione dell'offerta di Unareti anche per il consequenziale sub-criterio C2.5; ed inoltre che il mancato inserimento delle nuove condotte nelle simulazioni fluidodinamiche avrebbe *«una sicura incidenza anche sull'attribuzione del punteggio in relazione al sub-criterio 1.4»*, per il quale andrebbe azzerato il punteggio ottenuto dall'aggiudicataria (pag. 96 dell'appello).

39. Ulteriori contestazioni sono svolte con riguardo al sub-criterio C3.2 - *«(n)umero di sistemi di dosaggio dell'odorizzante ad iniezione o equivalenti in cabine RE.MI offerti»* - per il quale si sostiene che il massimo punteggio attribuito ad Unareti sarebbe inficiato da un evidente travisamento dei contenuti della sua offerta, nella misura in cui sono stati considerati otto sistemi invece dei tre effettivamente offerti: ciò a causa del fatto che tre dei sistemi di odorizzazione ad iniezione proposti sono in realtà associati a punti di immissione in rete di biometano non qualificabili come cabine REMI ed altri due si riferiscono a cabine REMI già esistenti e con impianti di odorizzazione già presenti. Inoltre in relazione al sub-criterio C3.7 - *«(p)rogramma di interventi di efficienza energetica connessi con la rete e gli impianti di distribuzione del gas naturale»* - 2i Rete Gas lamenta una disparità di trattamento con la propria offerta in relazione all'acquisto di biometano per autoconsumo, che dovrebbe comportare gli stessi rischi inerenti al trasporto valutati negativamente nei confronti di essa ricorrente principale.

40. Le censure sono infondate in tutti i profili in cui esse si articolano.

41. Quelle relative agli interventi di sostituzione delle condotte proposti da Unareti sono basate sull'*«esperienza operativa»* dell'originaria ricorrente principale e su argomentazioni di carattere apodittico: *«è dato incontestabile che la fragilità radiale delle condotte, cui generalmente è associata la dispersione, cresce con l'aumentare del diametro della*

condotta, e ciò in ragione della diminuzione del rapporto tra spessore e diametro» (pag. 95 dell'appello). Ai rilievi del tenore così descritto si contrappongono controdeduzioni del Comune di Milano e di Unareti nelle quali si afferma, da un lato, che le condotte con diametri minori hanno caratteristiche costruttive tali da renderle più fragili e sono inoltre più diffuse, con conseguente aumento del rischio di fughe di gas; e dall'altro lato che i materiali impiegati garantiscono il mantenimento delle caratteristiche fluidodinamiche delle condotte.

Nelle proprie difese depositate nel giudizio di primo grado Unareti ha più approfonditamente confutato sul piano tecnico le contestazioni avversarie, attraverso la *«Relazione tecnica di replica al Punto 1 del Doc. 56 depositato da 2iRG»*, nella quale si pone in rilievo l'esigenza di intervenire sulle condutture di minori dimensioni, posate sotto i marciapiedi, ad una profondità inferiore alle condutture di maggiore diametro invece poste al di sotto della carreggiata stradale, in un ambito contraddistinto da *«un elevato numero di sottoservizi in rapida evoluzione causa un maggior numero di rilavorazioni del manto sovrastante, con conseguente aumento della probabilità di danneggiamento della rete gas»*. Dall'esame comparato delle opposte tesi emerge in modo palese che la valutazione della commissione giudicatrice sul punto è rimasta circoscritta nell'ambito di un fisiologico margine di apprezzamento discrezionale non inficiato da errori di giudizio, ma supportato da ragioni tecniche obiettive poste a base dell'offerta dell'aggiudicataria.

Indimostrata è invece la supposta sottostima degli investimenti prospettata da 2i Rete Gas.

42. Anche per quanto riguarda i sistemi di odorizzazione ad iniezione non emerge alcun errore della commissione giudicatrice. Deve infatti ritenersi non superabile il rilievo difensivo della controparte secondo cui i sistemi ad iniezione del tipo di quelli da essa offerti costituiscono innovazioni tecnologiche rispetto ai sistemi preesistenti (a lambimento), e dunque meritevoli di valutazione per il sub-criterio

C3.2, così come il fatto che a tale riguardo siano stati valutati anche i sistemi da installare nei punti di immissione in rete di biometano, che per caratteristiche tecniche sono assimilabili ad un impianto REMI.

43. Nessuna disparità di trattamento è infine apprezzabile in relazione agli interventi di efficienza energetica previsti per il sub-criterio C3.7, dal momento che nel caso di Unareti, il biometano sarà fornito direttamente dalla società del gruppo A2A Ambiente e da questa immesso direttamente in rete, senza alcun trasporto fisico, come dall'aggiudicataria già dedotto a mezzo delle proprie difese tecniche nel giudizio di primo grado («*Relazione tecnica di replica al Doc. 59 depositato da 2iRG*»; § 3).

44. Con altra censura 2i Rete Gas contesta il fatto che la controinteressata non abbia stimato gli oneri rivenienti dai canoni per l'occupazione temporanea di spazio pubblico dovuta dal concessionario per la posa in opera della rete in base al contratto di servizio allegato al bando (art. 29), e perciò avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. Al medesimo riguardo l'originaria ricorrente sostiene che nell'offerta di controparte non sarebbero computati gli investimenti per tali interventi, con sottostima di € 76,5 mln, tale da incidere l'equilibrio economico-finanziario dell'offerta medesima.

45. Le censure vanno respinte.

Come dedotto da Unareti nelle difese depositate nel giudizio di primo grado («*Relazione tecnica di replica al Punto 2 del Doc. 56 depositato da 2iRG*») l'aggiudicataria ha infatti considerato gli oneri in questione all'interno del piano industriale nelle proprie spese generali ivi esposte (§ 3.2.4 della nota illustrativa), pari nel loro complesso al 13% dell'importo totale offerto. La descritta imputazione è a sua volta conforme ai chiarimenti dati al riguardo dal Comune di Milano (chiarimento reso in risposta al quesito n. 110: «*(l)e quote relative a COSAP o TOSAP sono da intendersi nelle spese generali che concorrono alla formazione dei prezzi...*»), oltre che coerente con l'incontestabile fatto che il relativo ammontare «*dipenda dalle caratteristiche del singolo intervento offerto*» (così

nel piano industriale della controinteressata). Tale circostanza oltre ad escludere una carenza di un elemento essenziale dell'offerta sanzionabile con la sua esclusione impedisce anche di configurare in essa una sottostima economica.

46. Zi Rete Gas deduce ulteriori carenze essenziali nell'offerta di Unareti, relativamente ai giustificativi economici della propria offerta, contenuti nei prezzari di essa facenti parte, sui quali la commissione giudicatrice aveva chiesto chiarimenti, mai forniti dall'aggiudicataria.

47. Per il rigetto della censura è sufficiente rilevare che l'amministrazione ha svolto una verifica di congruità sui prezzi di cui si compone l'offerta di Unareti, la quale si è conclusa positivamente – circostanza di cui viene dato atto nel verbale di seduta pubblica del 27 luglio 2018 - per cui è smentito l'assunto secondo cui quest'ultima non avrebbe reso i giustificativi richiesti.

48. Quest'ultima sostiene poi che l'offerta di Unareti non rispetterebbe i regolamenti comunali sulla manomissione del suolo pubblico, come richiesto dal contratto di servizio facente parte della normativa di gara, con particolare riguardo alla profondità degli scavi consentita e che l'aggiudicataria avrebbe violato con riguardo ai Comuni di Milano, per il quale l'aggiudicataria avrebbe previsto scavi di 60 cm di profondità contro gli 80 cm previsti quale misura minima (nelle *Norme per la posa dei servizi nel sottosuolo del Comune di Milano*), e Novate Milanese, per il quale sarebbe prevista una sezione di scavo più ridotta rispetto a quella prevista dall'amministrazione locale. Secondo Zi Rete Gas da tale violazione deriverebbe l'esclusione dalla gara di Unareti o comunque l'azzeramento del punteggio da questa ottenuto per il sub-criterio C1.1.

49. Anche tali censure vanno respinte, in base alle contrapposte deduzioni delle parti resistenti, ed in particolare di quelle contenute nella «*Relazione tecnica di replica al Punto 3 del Doc. 56 depositato da ZiRG*» depositata da Unareti nel giudizio di primo grado, secondo cui in base agli aggiornamenti alla regolamentazione comunale di settore

per Milano, compendiate nel «*Prontuario tecnico per utilizzo del sottosuolo*», sono consentiti scavi di profondità inferiore, in corrispondenza con l'adeguamento tecnologico dei servizi a rete sotterranei. La controinteressata ha ulteriormente dedotto sul punto attraverso il rilievo, non contestato da 2i Rete Gas, che scavi della profondità di quella da essa prevista per gli interventi sulla rete di distribuzione del gas sono consentiti in base alla normativa tecnica in materia, UNI 9165, a sua volta richiamata dalla normativa nazionale (decreto del ministro dello sviluppo economico del 16 aprile 2008: *Regola tecnica per la progettazione, costruzione, collaudo, esercizio e sorveglianza delle opere e dei sistemi di distribuzione e di linee dirette del gas naturale con densità non superiore a 0,8*; allegato A, § 1.3.2).

Con riguardo al Comune di Novate Milanese la censura è invece generica, come eccepito da Unareti, poiché in essa non si specifica quale sarebbe la violazione commessa.

50. 2i Rete Gas formula ulteriori censure di incongruità dell'offerta di Unareti, relative: al prezzo per le condotte in acciaio di diametro inferiore o uguale a DN 300; alla mancata considerazione dei costi di smantellamento e allontanamento delle condotte e degli allacci esistenti oggetto di sostituzione; a «*varie omissioni ed errori nella determinazione dei prezzi*»; da essere deriverebbe una sottostima di 120 milioni di euro che sommate a quelle precedentemente dedotte portano a 228 milioni di euro di sottostime, tali da dimostrare la «*totale incongruità dell'offerta di UNR sul piano economico e finanziario*».

51. La censura è generica.

Essa non contesta in modo puntuale il giudizio di congruità espresso dall'amministrazione all'esito dell'apposita verifica, come sopra esposto, né dimostra al di là della generica affermazione sopra riportata che l'equilibrio economico e finanziario della concessione sarebbe alterato.

52. Con un'ultima censura 2i Rete Gas contesta il giudizio di congruità all'esito del sub-procedimento di verifica ora menzionato dell'offerta di Unareti. Per l'originaria ricorrente al piano in questione avrebbero dovuto essere apportate delle rettifiche: divisione temporale e attualizzazione dei flussi di cassa in tredici periodi anziché dodici; allineamento dei ricavi rivenienti dai titoli di efficienza energetica alla normativa vigente al momento della pubblicazione del bando di gara; allineamento alle previsioni del bando di gara relative numero di dipendenti da assumere effettivamente nel primo anno, alle dismissioni tariffarie e al valore di riferimento iniziale. 2i Rete Gas sostiene che gli indicatori sopra menzionati dovrebbero essere rettificati di circa 132 milioni di euro e del 2% rispettivamente il VAN il TIR, ed in conseguenza di ciò il primo sarebbe negativo (-94,8 mln di euro) e il secondo, pari al 2,57%, non sarebbe in grado di remunerare il costo medio del capitale (WACC), pari a livello di gruppo A2A, di cui fa parte Unareti, al 5%.

53. Il motivo è infondato.

Quest'ultima ha controdedotto in modo puntuale alla censura, sulla base di una relazione tecnica depositata nel giudizio di primo grado, nella quale si evidenzia che: l'allegato 1 al bando di gara richiedeva di articolare il piano industriale in dodici periodi (schema B1 - «*Flusso di cassa*»); per i ricavi da titoli di efficienza energetica, in mancanza di indicazioni tassative nella normativa di gara, si è tenuto conto della più favorevole disciplina normativa decorrente dal 1° gennaio 2017, derivante dal decreto del ministro dello sviluppo economico dell'11 gennaio 2017 relativo ai "certificati bianchi"; nella determinazione del numero dei dipendenti da assumere nel primo anno - 451, contro i 489 previsti dal 2i Rete Gas nel proprio piano industriale - si sono considerate le «*dinamiche ordinariamente riscontrabili sulla base dell'esperienza dei gestori*» nel periodo intercorrente tra la formazione dei documenti a base di gara (2013) e la data di avvio della gestione del servizio (2017); del costo del personale è stata poi data giustificazione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta;

le dismissioni tariffarie sono state contabilizzate e valorizzate sulla base del piano degli investimenti.

Sulla base delle non implausibili giustificazioni fornite da Unareti e ora riportate deve escludersi che il giudizio di congruità espresso dal Comune di Milano nei confronti dell'offerta dell'aggiudicataria sia inficiato da errori.

54. In conclusione, gli appelli vanno accolti nei sensi di cui in motivazione.

Per l'effetto la sentenza di primo grado va riformata, nel senso che vanno respinti sia il ricorso principale della 2i Rete Gas, mentre il ricorso incidentale della Unareti va del pari respinto, per la parte relativa alla genericità dell'avvalimento della prima, e per il resto dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Anche l'appello incidentale della 2i Rete Gas va dichiarato conseguentemente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese del doppio grado dei giudizi possono essere compensate per l'estrema complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, così provvede:

- accoglie nei sensi di cui in motivazione gli appelli;
- per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso principale di 2i Rete Gas s.r.l. e, in parte, il ricorso incidentale di Unareti s.p.a., per il resto improcedibile;
- compensa le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio ex art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, del giorno 9 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO