

Consiglio di Stato, Sez. V, 21 settembre 2010, n. 7024

Contratti della P.A. – Concessione di servizi pubblici - Affidamento a trattativa privata per presunta maggiore convenienza tecnico-economica dell'intervento proposto – Illegittimità.

N. 07024/2010 REG. DEC.

N. 04415/2009 REG. RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4415 del 2009, proposto da:
Concessionaria Reti Gas S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Pavirani,
Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia N. 88;

contro

Comune di Tempio Pausania, rappresentato e difeso dagli avv. Rosanna Patta,
Sergio Segneri, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via
Portuense, 104;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00146/2009, resa tra le parti, concernente PROGETTAZIONE IMPIANTO ED ATTUAZIONE SERVIZIO PUBBLICO DISTRIBUZ.GAS (RIS.DANNI).

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Tempio Pausania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2010 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Patta, Segneri e Pavirani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con convenzione conclusa in data 8 febbraio 1992 il Comune di Tempio Pausania affidava alla società Concessionaria Reti Gas s.r.l. (di seguito CO.RE.GAS) la progettazione e costruzione della rete urbana di gas e la gestione del servizio di distribuzione dello stesso per la durata di 30 anni a partire dalla data della fornitura del gas metano, e comunque fino al 31.12.2030.

Nella perdurante vigenza di tale convenzione, avendo la CO.RE.GAS s.r.l. appreso che il medesimo Comune di Tempio Pausania, quale ente capo fila dell'Organismo di Bacino n. 2, aveva indetto un avviso pubblico di project financing per la scelta del promotore per la "progettazione, realizzazione e gestione di distribuzione del gas nei comuni di Tempio Pausania (Comune capofila), Aggius, Calangianus, Bortigiadas, Luras appartenenti all'Organismo di Bacino 2", con ricorso dinanzi al T.A.R. Sardegna n. 139/2006 impugnava gli atti di tale procedura concorsuale.

Per resistere a tale ricorso si costituiva il Comune di Tempio Pausania, in proprio e quale capofila dell'Organismo di Bacino n. 2, chiedendo che il ricorso fosse dichiarato inammissibile e comunque respinto in quanto infondato.

Con sentenza n. 1367/2008, depositata in data 11 luglio 2008 il T.A.R. Sardegna, disattese le eccezioni di inammissibilità sollevate dal Comune resistente e dalla società Fiamma 2000, annullava l'avviso impugnato nella parte in cui concerne anche il territorio del Comune di Tempio Pausania.

Ad avviso dei primi giudici *“poiché al tempo della indizione della gara per l'individuazione del promotore finanziario (l'avviso pubblico risulta in pubblicazione dal 30 ottobre 2006) la convenzione tra il Comune di Tempio Pausania e la ricorrente CO.RE.GAS. s.r.l. era vigente, ciò comportava l'obbligo del Comune di non affidare a terzi la realizzazione dei lavori della rete e la gestione del servizio di distribuzione del gas (quantomeno per la durata del periodo transitorio ...)”*, gli atti di indizione della procedura di project financing, impugnati con il ricorso, sarebbero, pertanto, illegittimi.

Tale sentenza è stata impugnata dal Comune di Tempio Pausania con ricorso n. 62/2009, chiamato alla discussione unitamente a quello in epigrafe (n. 4415/2009). Successivamente alla pubblicazione della prefata sentenza n. 1367/2008, con deliberazione consiliare n. 45 dell'11.8.2008 veniva disposto da parte del Comune di Tempio Pausania l'annullamento in via di autotutela della deliberazione C.C. n. 98 dell'1.7.1991 (di affidamento a trattativa privata a CO.RE.GAS della concessione), con contestuale dichiarazione dell'inefficacia della convenzione stipulata l'8.2.1992.

Avverso tale provvedimento di autotutela, CO.RE.GAS proponeva dinanzi al medesimo T.A.R. il ricorso n. 902/2008, deciso con sentenza in forma semplificata n. 146/2009 del 31.1.2009, che ha dichiarato la inammissibilità del ricorso in ragione della invalidità della procura speciale.

Tale sentenza forma oggetto del presente giudizio di appello proposto da CO0.RE.GAS.

Si è costituito il Comune di Tempio Pausania, che ha eccepito l'infondatezza nel merito sia dell'appello, che delle censure del ricorso di primo grado, non esaminate dalla sentenza in quanto assorbite dalla pronuncia di inammissibilità.

Con ordinanza n. 109 del 29 marzo 2010, resa nel giudizio di appello n. 62/2009, la Sezione ha disposto la rimessione sul ruolo della causa ai fini della riunione e della trattazione congiunta con il presente ricorso n. 4415 del 2009, pendente avanti alla stessa Sezione e fra le stesse parti.

Le parti hanno depositato memorie e la causa, chiamata congiuntamente per la trattazione con il ricorso n. 62/2009, è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza dell'11 maggio 2010.

DIRITTO

L'appello è infondato nel merito.

Come accennato nella parte in fatto, con l'appellata sentenza in forma semplificata n. 146/2009, il T.A.R. Sardegna ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla CO.RE.GAS in ragione della invalidità della procura speciale alle liti.

Il Tribunale sardo ha richiamato la propria giurisprudenza, secondo la quale, in base all'articolo 83, 3° comma, del codice di procedura civile, applicabile anche al processo amministrativo, la procura speciale può essere rilasciata anche su foglio separato, unito all'atto giudiziale cui si riferisce con apposita spilletta, ma ciò è eccezionalmente consentito solo laddove nelle pagine dell'atto giudiziale medesimo non vi sia spazio sufficiente a contenerla (cfr., T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 dicembre 2008, n. 2166; id., 26 giugno 2007, n. 1351; 25 gennaio 2006, n. 44 e 30 giugno 2005 n.1541), ha affermato che ciò deve ritenersi *“secondo un principio fondamentale che non può essere messo in discussione neanche a seguito della modifica introdotta nell'art. 83 del c.p.c. dall'art. 1 della legge 27 maggio 1997, n. 141 ... per cui in presenza di elementi di fatto, ricavabili dalle modalità con le quali è stato formato (anche graficamente) il ricorso introduttivo,*

che dimostrino il mancato rispetto del principio su richiamato, il giudice anche d'ufficio deve dichiarare inammissibile il ricorso per l'invalidità della procura speciale?

Si prospetta, dunque, la questione della validità della procura *ad litem* apposta su fogli separati ed aggiunti al ricorso mediante spillette metalliche.

Secondo l'appellante, nella specie si evincerebbe con chiarezza la piena validità della procura apposta su foglio separato, in quanto la collocazione della procura, anche se conferita su foglio separato, è idonea a dare la certezza circa la provenienza dalla parte del potere di rappresentanza e a consolidare la presunzione di riferibilità della procura al giudizio cui l'atto stesso fa riferimento.

Il motivo di appello appare, invero, conforme alla giurisprudenza prevalente (Cass. 26 febbraio 2008, n. 5033; Cass. 21 maggio 2007, n. 11741; Cass. 25 gennaio 2005, n. 1428; Cass. 16 luglio 2004, n. 13178; Cons. St., 18 ottobre 2002, n. 5730; Cons. St. 13 marzo 2002, n. 1489), che afferma che il rispetto del requisito di specialità della procura sarebbe con certezza deducibile, in base all'interpretazione letterale, teleologica e sistematica, dell'art. 83 c.p.c. (nella nuova formulazione recata nella legge 27 maggio 1997, n. 141) per il fatto che il mandato forma materialmente corpo con il ricorso od il controricorso, essendo la posizione topografica della procura idonea a dar luogo alla presunzione di riferibilità della procura medesima al giudizio cui l'atto accede e che ove si mettesse in dubbio il momento temporale di rilascio della procura, si potrebbe agevolmente osservare che la stessa, qualora – come nel caso di specie – risultasse apposta prima della relata di notificazione, ciò attesterebbe che era materialmente congiunta al ricorso al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario e, quindi, al momento della notificazione, così che non potrebbero residuare dubbi circa l'antiorità del conferimento del mandato rispetto alla notifica dell'atto.

La sentenza, dunque, andrebbe riformata per quanto attiene alla inammissibilità del ricorso introduttivo; tuttavia, poiché nelle ipotesi di errata declaratoria, da parte del

giudice di primo grado, di inammissibilità del ricorso è escluso che occorra il rinvio, avendo tale giudice consumato il proprio potere decisionale, e dovendo, quindi, la controversia essere ritenuta dal giudice di appello, occorre ora passare ad esaminare il merito della causa.

Con specifico riferimento alla doglianza della ricorrente, volta a contestare le determinazioni del Comune di abbandonare la scelta del 1991 asseritamente assunte in violazione del principio dell'affidamento dell'interessata CO.RE.GAS in ragione del tempo trascorso ed in assenza di adeguata motivazione, in disparte quanto rilevato, in proposito, dal Comune appellato, vale a dire che la CO.RE.GAS non poteva vantare alcun concreto affidamento in ordine alla esecuzione della convenzione a suo tempo stipulata con il Comune resistente, in quanto l'atto di concessione in favore di CORE.GAS del servizio relativo alla rete gas nel Comune di Tempio Pausania non ha mai avuto alcun seguito, dal momento che a distanza di oltre quindici anni dalla stipulazione della convenzione, non era stato dato ancora avvio ad alcuna attività esecutiva, ovvero a uno studio di fattibilità, deve osservarsi che il Comune di Tempio Pausania ha adottato le iniziative ed i provvedimenti oggetto di causa, in attuazione degli obblighi imposti dalla Regione Sardegna nell'ambito delle iniziative di avviamento del processo di metanizzazione del territorio regionale.

Invero, come già rilevato in primo grado e ricordato nella memoria dal Comune appellato, la Regione Sardegna con deliberazione G.R. n. 21/20 del 3 maggio 2004 ha adottato il Piano di metanizzazione per le reti urbane e relative infrastrutture, prevedendo, fra l'altro, la suddivisione del territorio regionale in 38 bacini di utenza.

La medesima Regione, nel dettare i nuovi indirizzi in merito all'oggetto, all'entità del finanziamento ed ai criteri di priorità nell'individuazione dei bacini prioritari da

finanziare, con disposizione vincolante per i Comuni, ha previsto di realizzare il progetto di metanizzazione per Bacini d'utenza (e non per singoli Comuni).

Il Comune di Tempio Pausania è stato designato dalla Regione quale Comune Capofila del Bacino d'utenza n. 2, comprendente, oltre al territorio di Tempio Pausania, i Comuni di Aggius, Bortigiadas, Calangianus e Luras.

Pertanto, considerata la necessità (oltre che l'urgenza) di reperire le risorse per la realizzazione della rete del gas nel rispetto di tali disposizioni regionali, il Comune di Tempio Pausania, nell'indicata veste di Ente Capofila del Bacino n. 2, ha necessariamente partecipato al bando indetto dalla Regione Sardegna per la selezione dei Bacini prioritari, idonei a partecipare al primo intervento per lo sviluppo della rete di distribuzione del metano in Sardegna secondo le previsioni della Deliberazione n. 54/28.

A tal fine, con Deliberazione della Giunta Comunale n. 40 del 27.2.2006 l'Amministrazione comunale ha approvato l'iniziativa ed espresso la volontà di presentare apposita domanda di finanziamento e con Deliberazione C.C. n. 20 del 9.3.2006 ha deciso di partecipare al bando regionale suindicato, mediante l'associazione tra i Comuni facenti parte del Bacino n. 2.

In data 5.4.2006, tra i Comuni aderenti al Bacino è stata, dunque, stipulata la prevista convenzione per la costituzione della forma associativa (ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. 267/2000), denominata "Organismo di Bacino n. 2", finalizzata alla realizzazione e gestione del primo intervento per lo sviluppo della rete di distribuzione del metano, secondo le procedure previste dalla D.G.R. 54/28 del 22.11.2005.

La Regione Sardegna ha riconosciuto il Bacino di utenza n. 2 come integralmente finanziabile per l'importo complessivo di euro 9.811.568,00 di cui euro 4.709.552,64 di contributo della Regione Autonoma Sardegna.

Orbene, come fondatamente eccepito dall'Amministrazione appellata, la scelta del Comune e l'adeguatezza della relativa motivazione deve essere valutata non in astratto, sulla base del mero lasso di tempo trascorso dalla stipulazione della convenzione, ma in concreto, in relazione alla circostanza che la convenzione in parola, non solo non ha avuto alcun seguito, ma è stata seriamente compromessa sia in ragione del tempo trascorso nell'assoluta inerzia delle parti (la ricorrente si era limitata a predisporre, nel 2000, soltanto la planimetria dell'impianto di distribuzione e la relazione tecnica), sia in conseguenza delle deliberazioni della Giunta Regionale del 2004 e del 2005 in ordine alla metanizzazione del territorio regionale, il cui contenuto, mentre rendeva obbligatorio l'adeguamento ai principi del c.d. decreto Letta delle convenzioni relative alle reti già in essere, precludeva (e preclude) la possibilità di realizzare reti per Comuni singoli.

Tuttavia, come giustamente osservato dalla difesa del Comune, la CO.RE.GAS non ha mai assunto alcuna iniziativa a tutela della propria posizione rispetto alle nuove disposizioni Regionali ed ai provvedimenti assunti dal Comune di Tempio Pausania in ossequio alle stesse, assumendo così una condotta che, valutata unitamente al lungo lasso di tempo (oltre 15 anni) trascorso nell'inerzia delle parti (rispetto alla convenzione), non può che essere significativa dell'inesistenza, o del venir meno di qualsiasi affidamento sui vincoli nascenti dalla convenzione del 1992.

Non possono poi sussistere dubbi neppure sulla congruità della motivazione espressa dal Consiglio Comunale con la deliberazione impugnata.

In essa, infatti, si dà atto di voler adottare una scelta in grado, non solo di ripristinare la legalità sulla base delle indicazioni fornite dal T.A.R. Sardegna con la citata sentenza n. 1367/2008, ma anche di realizzare l'interesse pubblico, come risultante dall'attenta e puntuale comparazione di tutti gli interessi coinvolti (ivi compresi quelli di CO.RE.GAS espressi dalla medesima società durante la fase

partecipativa del procedimento), di cui si dà conto nell'articolata motivazione della stessa delibera impugnata.

L'abbandono in via definitiva del percorso originariamente prescelto (circa 20 anni or sono) per la metanizzazione del territorio comunale risultava, infatti, oggettivamente indispensabile in ragione delle sopravvenute disposizioni normative e del mancato avvio, alla data di entrata in vigore delle medesime, di qualsiasi servizio di distribuzione del gas.

La corretta applicazione delle citate disposizioni regionali imponeva, peraltro, al Comune resistente di assumere tutti i provvedimenti effettivamente adottati, nonché di indire la procedura di project financing impugnata dalla medesima appellante con il citato ricorso n. 139/2006, deciso dal T.A.R. Sardegna con la sentenza n. 1367/2008 (appellata dal Comune esponente davanti a questo Consiglio con il ricorso n. 62/09).

Né può essere condiviso l'assunto della ricorrente, secondo il quale (quarto motivo del ricorso di primo grado) l'esistenza della convenzione non sarebbe stata di ostacolo alla partecipazione dell'Organismo di Bacino di cui fa parte il comune di Tempio Pausania alla gara indetta dalla Regione Sardegna ed al conseguimento dei finanziamenti previsti, in quanto la deliberazione della Giunta regionale n. 54/28 del 22.11.2005 dispone espressamente che le Convenzioni per la realizzazione delle reti già in essere, adeguate ai principi del c.d. decreto Letta, debbano essere considerate vigenti.

Nel caso di specie alcun intervento è mai stato avviato.

La convenzione di cui si discute, infatti, non ha mai avuto esecuzione in quanto la realizzazione della rete poteva e doveva avvenire soltanto a seguito dell'integrale finanziamento pubblico dell'intervento.

Infondate si rivelano altresì le argomentazioni poste a sostegno del sesto motivo di ricorso.

Infatti, è pacifico che in tema di affidamento di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, mediante concessione, i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato C.E.), nonché quelli che governano la materia dei contratti pubblici, impongono alle amministrazioni di procedere salvaguardando la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, "mediante l'utilizzo di procedure competitive selettive".

Per contro, le "circostanze speciali" che consentono il ricorso alla trattativa privata non possono essere quelle connesse alla mera presunta maggiore convenienza tecnico-economica dell'intervento proposto.

Pertanto, anche nel caso di concessione di pubblici servizi, il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto ai casi di impossibilità di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza, ovvero della sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale (cfr., per tutte, Cons. St., Sez. V, 18 giugno 2001, n. 3213).

Pertanto, salvi i superiori rilievi in riferimento all'articolata motivazione che sorregge la deliberazione impugnata, l'affidamento diretto alla CO.RE.GAS s.r.l. della concessione in questione, in quanto effettuato in spregio della menzionata normativa, ben poteva essere annullato dall'Amministrazione in ragione dell'accertata esigenza di ripristinare la legalità.

Deve rilevarsi, peraltro, che le prevalenti ragioni di pubblico interesse emerse in sede

di comparazione delle posizioni coinvolte erano (e sono) in grado di giustificare anche l'esercizio del potere discrezionale di revoca della stessa deliberazione C.C. n. 98 del 1.7.1991, essendo venute meno, nelle more dell'avvio dell'esecuzione della convenzione stipulata nel gennaio 1992, le ragioni sottese alla realizzazione del progetto di metanizzazione secondo le originarie determinazioni. Con la

conseguenza che, a fronte della legittima scelta discrezionale dell'Amministrazione, la CO.RE.GAS vanterebbe, tutt'al più, un mero diritto all'indennizzo, inteso appunto quale ristoro che deve essere corrisposto al privato a causa del venir meno dell'assetto di interessi definito con la convenzione.

Tuttavia, l'obbligo indennitario (e non risarcitorio) può essere invocato solo se l'attività unilaterale dell'Amministrazione abbia inciso *abexterno* su un rapporto convenzionale in essere (cfr. Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 390), mentre nella specie, come si è detto, alla convenzione in questione non è mai stata data concreta attuazione.

Da quanto finora detto consegue, dunque, che l'appello è infondato.

Considerata la peculiarità della fattispecie, sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese, competenze ed onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/09/2010

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

Il Dirigente della Sezione