



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3964 del 2012, proposto da:

Energas Engineering S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi e Stefano Ferla, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

contro

Comune di Prato, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Clarich, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, viale Liegi, 32;

nei confronti di

Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas, rappresentato e difeso dall'avv. Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazza Mazzini, 27;

Estra Spa;

Estra Reti Gas Srl;

Consiag Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00412/2012, resa tra le parti, concernente revoca e affidamento nuovo incarico per attività di supporto ai fini dell'espletamento della gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione gas naturale – Ris. danni - Parziale difetto di giurisdizione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Prato e di Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Clarizia, per delega di Clarich, e Capotorto;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. I, con la sentenza n. 412 del 1° marzo 2012, ha in parte dichiarato inammissibile (per difetto di giurisdizione in favore dell'A.G.O.) ed in parte respinto il ricorso proposto

dall'attuale appellante per l'annullamento: della Determinazione Dirigenziale n. 641 del 21.3.2011, pubblicata all'Albo Pretorio dal 21.3.2011 al 5.4.2011, comprensiva dell'allegato schema di convenzione, con la quale il Comune di Prato appellato, contestualmente revocava l'incarico, già conferito all'appellante Energas Engineering s.r.l. con Determinazione Dirigenziale n. 1302 del 28.5.2010 e conseguente stipulazione di Convenzione prot. 71858 del 28.5.2010 per supportare l'Amministrazione comunale negli adempimenti necessari ai fini dell'espletamento della gara per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale ed affidava un nuovo incarico, con identico oggetto rispetto a quello revocato, al Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas, con sede in Perugia, Via Cairoli n. 24; della Deliberazione della Giunta Comunale n. 96 del 25.3.2011, pubblicata all'Albo Pretorio dal 25.3.2011 al 9.4.2011, con la quale il Comune di Prato dava mandato al Responsabile del Procedimento di "individuare il soggetto che sia di supporto allo stesso, in relazione a quanto necessario alla predisposizione della procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione gas naturale nel Comune di Prato".

In primo grado veniva, inoltre, chiesta la declaratoria di inefficacia del contratto che fosse già stato stipulato, o che fosse successivamente stipulato, tra il Comune di Prato e il Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas per l'esecuzione dell'incarico affidato con l'impugnata Determinazione Dirigenziale n. 641/2011, nonché l'accertamento del diritto della Società odierna appellante al risarcimento di tutti i danni derivanti dall'esecuzione degli atti e dei provvedimenti impugnati.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che l'Amministrazione intimata, con i provvedimenti di cui è causa, ha assunto due decisioni contestuali: da un lato, ha preso atto dell'asserita indisponibilità della ricorrente nella prosecuzione dell'incarico a suo tempo affidato; dall'altro, lo ha affidato al controinteressato Consorzio Stabile Concessione Reti Gas.

Secondo il TAR, con la prima decisione il Comune di Prato ha preso atto dell'indisponibilità (asserita) da parte della ricorrente a proseguire l'esecuzione dell'incarico in discussione; quindi, l'Amministrazione non ha inteso procedere ad una revoca in senso proprio del provvedimento con cui esso è stato affidato ex art. 21-quinquies, l. 7 agosto 1990, n. 241, bensì ha inteso disporre una risoluzione del contratto all'epoca in essere con l'odierna appellante per mutuo dissenso (art. 1372, comma 1, c.c.); istituto civilistico sul quale il Giudice Amministrativo non può pronunciarsi per difetto di giurisdizione.

Per quanto riguarda l'affidamento dell'incarico al Consorzio controinteressato, osserva il TAR che sussistevano motivi di urgenza derivanti dalla previsione legislativa di procedere all'avviamento della gara, stante la scadenza imposta dall'art. 14 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164.

Né poteva ipotizzarsi, ha aggiunto il TAR, che l'urgenza fosse stata creata dalla stessa Amministrazione, poiché il prolungarsi della procedura è stato determinato dal gestore uscente, che non le ha messo a disposizione la documentazione necessaria.

In tali circostanze d'urgenza ed in ragione della particolarità e della specialità dell'incarico, ha concluso il TAR, ben poteva l'Amministrazione procedere all'affidamento dell'incarico de quo mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Con riguardo specifico alla revoca dell'incarico ad Energas (motivi Al. e A.2. del ricorso di primo grado), infondatezza della declinatoria di giurisdizione contenuta nella sentenza impugnata e sussistenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art. 133, lett. e), c.p.a., con riproposizione dei relativi motivi di ricorso di primo grado;
- Con riguardo ad entrambe le determinazioni contenute nella Determinazione Dirigenziale n. 641-2011 (revoca e

nuovo affidamento di incarico a soggetto terzo) e con riguardo alla Deliberazione GC. n. 96 del 25.3.2011, Omessa pronuncia del Giudice di primo grado sul motivo dedotto (violazione degli artt. 3 e 97 Cost., eccesso di potere per manifeste illogicità e irragionevolezza, nonché per contraddittorietà/contrasto tra atti amministrativi);

- Con riguardo specifico all'affidamento dell'incarico al Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas (Determinazione Dirigenziale n. 641-2011), error in iudicando: violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento; violazione degli artt. 49 e 56 del TFUE e dell'art. 2, d.lgs. n. 163-2006); violazione e falsa applicazione dell'art. 57, dell'art. 125, commi 9 e 11, e 91, comma 2, d.lgs. n. 163-2006; violazione e falsa applicazione del Regolamento per la disciplina dei contratti del Comune di Prato (art. 45, comma 2, lett. b) e art. 47); violazione dell'art. 3, 1. n. 241-1990; eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto, manifeste illogicità e irragionevolezza.

Con l'appello in esame, si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituivano l'Amministrazione appellata ed il Consorzio controinteressato chiedendo il rigetto dell'appello principale.

All'udienza pubblica del 12 novembre 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio di riassumere sinteticamente i termini della vicenda sotto il profilo fattuale.

Con Deliberazione n. 194 del 4.5.2010, la Giunta Comunale aveva indetto procedura aperta per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale, nominando il RUP e dando a questi mandato per gli atti conseguenti.

Il medesimo RUP adottava la determinazione n. 1302 del 28.05.2010, con la quale affidava all'odierna appellante, Energas Engineering s.r.l., l'incarico per la predisposizione degli atti di gara, nonché per l'assistenza tecnica e legale in tutte le fasi della procedura.

La relativa convenzione Prot. 001858 del 28.05.2010 sottoscritta con la società, che fissava gli obblighi derivanti da tale incarico, imponeva, all'art. 1.a., la determinazione e la richiesta del canone di concessione, nonché l'esame del rapporto in essere ed ogni aspetto legato alla pratica di attuazione del d.lgs. n. 164-00, inclusa la richiesta e l'esame della documentazione necessaria per l'espletamento della procedura di gara, comportando la collaborazione con gli Uffici e gli Amministratori comunali per la formazione degli atti di loro competenza.

In esecuzione del predetto incarico, la società appellante provvedeva a compiere, per mezzo del suo titolare Dott. Ilario Brugnettoni, tutta una serie di attività, dalla redazione di atti, alla predisposizione della corrispondenza da inviare al Gestore, alla consulenza tecnica e giuridica rivolta ai vari uffici del Comune, coinvolti nella procedura; attività che si interrompevano a partire dalla seconda metà del mese di giugno 2010.

Con nota del 9.3.2011, avente ad oggetto "Servizio di distribuzione del gas Metano - d.lgs. 164-2000 - Convenzione prot. 0071858 del 28.5.2010 - Definizione rapporti", la consulente Energas rimetteva all'Amministrazione la fattura n. 69 del 9.3.2011, "dichiarandosi, espressamente, soddisfatta di ogni sua spettanza per l'attività di consulenza e tecnica fin qui svolta".

Con deliberazione di Giunta Comunale n. 96 del 25.3.2011, l'Amministrazione appellata, a seguito di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico sotteso, ha deciso, nuovamente, di indire la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale, mediante procedura ristretta, ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163-06.

Con il medesimo atto, la Giunta ha conferito al RUP l'incarico di individuare un nuovo soggetto esterno di provata esperienza ed elevata professionalità nello specifico settore, per la predisposizione degli atti di gara.

A tale deliberazione è seguita la determinazione del RUP incaricato n. 641 del 21.3.2011, con la quale, previa

revoca della precedente Determinazione n. 1302-2010, si è affidato un nuovo incarico, avente identico oggetto a quello rinunciato, al Consorzio Stabile Concessioni Reti Gas.

Ritiene il Collegio, passando all'esame analitico dei motivi d'appello, che il primo motivo d'appello sia infondato. Il Collegio, infatti, condivide l'impostazione del TAR secondo cui la determinazione del RUP n. 641 del 21.3.2011, con la quale è stata revocata la precedente Determinazione n. 1302-2010, può ascrivere alla categoria degli atti paritetici e, in particolare, può ritenersi configurare un atto negoziale di risoluzione contrattuale, a prescindere dalla controvertibile tipologia di tale atto negoziale che spetterà al Giudice Ordinario qualificare e valutare sotto il profilo della competente disciplina civilistica.

In presenza, infatti, di un contratto di diritto privato qualificabile, come si dirà più oltre, quale contratto d'appalto di servizi, già stipulato ed in corso di esecuzione, non è ammissibile un intervento autoritativo in autotutela che incida sulla fase amministrativa a monte del contratto stesso, in quanto in tema di attività negoziale della pubblica amministrazione rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2013, 3133).

Peraltro, deve essere osservato più in generale che l'avvenuta stipulazione di un contratto di diritto privato costituisce una garanzia per il cittadino, che sia controparte contrattuale con la Pubblica Amministrazione, rispetto ad ogni intervento autoritativo che possa in qualche modo pregiudicare o condizionare l'esecuzione, al di fuori dei poteri contrattuali previsti dalla disciplina civilistica o dallo speciale regime, sempre di diritto privato, cui il contratto stesso rimane integralmente sottoposto.

E' pur vero che, anche quando si avvalga di strumenti alternativi all'attività di carattere provvedimentale, l'Amministrazione non perde il potere autoritativo di gestione dell'interesse pubblico (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6474); tale regola, tuttavia, incontra sempre il limite, per le ragioni anzidette, dell'avvenuta conclusione di un contratto di diritto privato, come nella specie è avvenuto.

Ed è pur vero, inoltre, che il testo del comma 1-bis dell'art. 21-quinquies cit. prevede espressamente la possibilità di revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incidente su rapporti negoziali, ma rimane circoscritta tale norma ai rapporti che non abbiano natura contrattuale, ove invece l'Amministrazione si è spogliata della sua veste di Autorità ed agisce in posizione di parità con le parti.

Parimenti infondato è il motivo di appello concernente l'asserita omessa pronuncia del TAR in ordine alle ulteriori censure mosse da controparte avverso la determinazione dirigenziale n. 641-2011 e la delibera G.C. n. 96-2011.

Infatti, non sussiste alcuna correlazione tra la revoca ivi disposta e la scelta di aggiudicare il servizio del gas sulla base di una procedura ristretta, anziché far ricorso alla procedura aperta, così come prima si era prescelto.

Per quanto riguarda, invece, il contestato ricorso alla procedura negoziata per scegliere il Consulente per ragioni di "urgenza", atteso che siffatte esigenze di celerità, in primis, non sussistevano, e comunque non sarebbero state adeguatamente rappresentate nel provvedimento impugnato, a prescindere dalla questione, pur rilevabile d'ufficio, che l'appellante non ha titolo per siffatta contestazione, non potendo ritenersi possibile che egli potesse concorrere ad un nuovo procedimento selettivo per l'attribuzione dell'incarico, stante le ragioni sottese alla revoca sopra descritta, con conseguente difetto di legittimazione, si deve ritenere che la censura sia anche infondata nel merito.

Infatti, la procedura in oggetto è classificabile tra gli incarichi di progettazione di importo non superiore a 100.000 Euro, per i quali trova applicazione l'art.91 del d.lgs. n. 163-2006, il cui comma 2 espressamente sancisce che gli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia di 100.000 Euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) f-bis), g) e h) dell'art. 90, nel rispetto dei principi di proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura di cui all'art.57,

comma 6, dunque proprio con procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando, come nella specie, così come peraltro era già stato fatto nel 2010 quando il Comune ha aggiudicato l'appalto all'odierna appellante, a prescindere dall'esistenza e, dunque, anche dall'esternazione di specifiche ragioni di urgenza, non imputabili alla Amministrazione, così come richiesto, in tutti gli altri casi, dall'art.57, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 163-2006.

Con riguardo al rispetto delle procedure competitive comunque previste anche se in maniera semplificata dall'art. 57 citato, si deve rilevare che, come emerge dagli atti (determina n. 1302/2010, doc. 3 Amministrazione), il Comune aveva già effettuato una ricerca di mercato relativa all'incarico in oggetto, all'esito della quale erano stati reperiti solo due soggetti, Enagas, aggiudicataria, e Lothas.

La proposta del Consorzio stabile (doc. 8 Amministrazione) è stata dunque legittimamente acquisita e confrontata con le offerte precedentemente pervenute ivi compresa quella di Enagas, (doc. 9- 10 Amministrazione), risultando oggettivamente più conveniente per l'Ente sia sotto il profilo economico, sia sotto il profilo della qualità e quantità dei servizi prestati, sia in relazione all'urgenza, comune oggettivamente sussistente, di concludere il servizio.

Urgenza da valutare, ovviamente, ex ante e non ex post, in relazione alle vicende giudiziarie sopravvenute che vedono un contenzioso aperto in relazione alla gara per l'affidamento del nuovo servizio di distribuzione del gas.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),
definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2013

IL SEGRETARIO

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

