

N. 01628/2011REG.PROV.COLL.  
N. 05153/2010 REG.RIC.



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 5153 del 2010, proposto da:

Enel Rete Gas Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avv. Luisa Torchia, Tommaso Di Nitto, con  
domicilio eletto presso Luisa Torchia Ed Altri S.T.P. in Roma, via Sannio,  
65;

*contro*

Comune di Tezze Sul Brenta, in persona del Sindaco *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'avv. Giacinto Miraglia, con domicilio eletto  
presso Giacinto Miraglia in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 20;

*nei confronti di*

Ascopiave Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Barel e Federica Scafarelli, con  
domicilio eletto presso Federica Scafarelli in Roma, via Giosue' Borsi N. 4;  
Agsm Distribuzione Srl;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n.

01005/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DIDISTRIBUZIONE GAS METANO NEL TERRITORIO DEL COMUNE DI TEZZE SUL BRENTA - RIS.DANNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Tezze Sul Brenta e di Ascopiave Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2010 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Torchia, Miraglia e Scafarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto da Enel Rete Gas avverso la determinazione del Segretario Comunale del Comune di Tezze sul Brenta (Vicenza) n. 936 del 28 dicembre 2009 - con il quale sono stati annullati gli atti relativi alla gara finalizzata all'affidamento, tramite procedura ristretta, del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio di Comune di Tezze sul Brenta - in uno con gli atti presupposti e conseguenti, ivi compresi gli atti di proroga del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale a favore di Ascopiave S.p.a..

2. Va rammentato, in punto di fatto, che la determinazione di autotutela, per quanto in questa sede rileva, è stata motivata in ragione, tra l'altro, della presenza, in seno alla Commissione di gara, dell'Ing. Marfurt nonostante questi avesse prestato la propria attività nella fase di predisposizione degli atti di gara. Si legge, in particolare, nel provvedimento gravato in prime cure, che la nomina : "a)... è avvenuta in violazione dell'art. 84 del D.L.vo

12 aprile 2006 n. 163”, b) l’Ing. Marfurt ha prestato la propria attività tanto nella fase di predisposizione degli atti di gara quanto nella fase successiva in veste di “consulente esterno” della Commissione; infatti: I) con deliberazione n. 45 del 2007 il Consiglio Comunale ha approvato la perizia tecnica redatta dal medesimo Ing. Marfurt relativa alla valorizzazione degli impianti di distribuzione del gas nel Comune di Tezze sul Brenta e alla definizione del rimborso al gestore uscente, diretta ad aggiornare la perizia del 26 febbraio 2006 redatta dal medesimo Ing. Marfurt contenente l’analisi tecnico-economica del servizio di distribuzione del gas e la determinazione della quota da corrispondere al gestore uscente (Ascopiave S.p.a.); trattasi di atti presupposti e integranti il bando di gara; II) l’Ing. Marfurt ha prestato la propria attività nella fase di predisposizione degli atti di gara, in virtù del rapporto di consulenza instaurato, come si evince dalla deliberazione di Consiglio Comunale n. 47 del 2007, predisponendo – altresì – la lettera di invito e il contratto di servizio comunale. E’ quanto palesa l’illegittimità consistente nell’aver il medesimo soggetto espletato tanto il procedimento precedente quanto il procedimento successivo al bando di gara”.

3. Tali essendo le coordinate fattuali della vicenda che occupa il Collegio, si deve convenire con il Primo Giudice in ordine alla legittimità dell’atto di autotutela gravato in prime cure avuto riguardo al dato assorbente della presenza dell’Ing. Franco Marfurt nella Commissione giudicatrice nominata al fine di quel procedimento.

La Sezione deve, in particolare, osservare che la tesi centrale, posta a fondamento dell’appello, secondo cui Marfurt sarebbe stato soltanto un mero consulente della Commissione giudicatrice della gara, senza integrare la stessa, è smentita dall’analisi – letterale, sostanziale e sistematica – degli atti di gara. Si consideri, infatti, che la determinazione del Responsabile di Area del Comune di Tezze sul Brenta n. 455 dd. 16 giugno 2009 reca

inequivocabilmente la nomina del Marfurt a “membro” della Commissione medesima (cfr. doc. 13 di parte resistente in primo grado), mentre il processo verbale di gara del 29 luglio 2009 (cfr. doc. 2), indica il Marfurt quale membro dell’organo collegiale e partecipante ad ogni effetto alle sue deliberazioni. Più in generale dall’esame dei documenti relativi alla gara (cfr., soprattutto, i documenti 17, 18 e 19) si ricava, con nettezza, che, nonostante il riferimento nominalistico alla veste di consulente, il suddetto Marfurt ha partecipato continuativamente a tutte le riunioni della Commissione, non limitandosi a fornire un occasionale supporto tecnico esterno ma contribuendo in modo pieno ed organico alla formazione del processo decisionale ed alla conseguente assunzione delle decisioni dell’organo collegiale. Ne deriva, che, in omaggio al canone ermeneutico che impone di annettere rilevanza, in sede qualificatoria, al dato sostanziale a preferenza della veste formale, merita condivisione l’affermazione svolta dal Primo Giudice secondo cui il Marfurt è stato nominato ed ha operato quale membro, *pleno iure*, della Commissione. Si deve soggiungere che le regole poste dalla legge (art. 84 del codice dei contratti pubblici) in ordine ai criteri di scelta dei componenti della commissione ed alla composizione complessiva dell’organo collegiale, laddove impongono il ricorso a professionalità tecnicamente attrezzate, sarebbero con evidenza eluse se si consentisse l’attribuzione ad un soggetto esterno di compiti decisionali determinanti in sede di valutazione delle offerte tecniche, tali da esautorare la Commissione nell’espletamento di un compito di sua pertinenza.

Va osservato poi che l’atto di ritiro appare giustificato anche sul piano dell’interesse pubblico perseguito, se si considera, per un verso, la gravità e la rilevanza della violazione perpetrata, con il conseguente rischio di contenzioso, e, dall’altro lato, l’intervento dell’atto di ritiro in un torno di tempo anteriore alla stipulazione del contratto ed al conseguente consolidamento del relativo affidamento in capo al soggetto

l'aggiudicatario.

Ne deriva la legittimità dell'atto di annullamento d'ufficio e della proroga del servizio disposta in favore del gestore in servizio, da intendersi limitata, in coerenza con la normativa comunitaria e nazionale, con riguardo al tempo strettamente indispensabile per la riedizione della procedura competitiva.

4. E' invece fondata in parte la domanda risarcitoria proposta dall'appellante.

Si deve, infatti, considerare che la complessiva condotta amministrativa, concretatasi nella nomina di una Commissione in chiaro contrasto con il dettato di legge e nella conseguente prosecuzione della procedura di gara, affetta da tale vizio genetico, sostanzia gli estremi dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. Tale condotta ha implicato la lesione della libertà negoziale in quanto ha comportato, a carico dell'appellante, il dispendio di energie in una procedura di gara destinata a non trovare definizione a seguito delle illegittimità in cui è incorsa la stazione appaltante.

Ne deriva la sussistenza dei presupposti, oggettivi e soggettivi, per il riconoscimento della responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c..

Ne deriva la fondatezza della domanda tesa a conseguire il risarcimento del danno emergente rappresentato dalle spese sostenute dalla parte ricorrente per la partecipazione alla procedura, quantificabili nella misura di euro 15.849,00, misura indicata dall'appellante senza essere contestata dal Comune appellato, da reputarsi congrua in relazione alle caratteristiche della procedure ed agli oneri partecipativi ad essa sottesi.

A detta somma vanno aggiunti gli interessi legali, a far tempo dalla data di notificazione del ricorso di primo grado fino al dì del soddisfo.

Non è invece meritevole di accoglimento, in quanto non supportata da

idonei elementi di prova, la richiesta di risarcimento del danno parametrato al lucro cessante per la perdita di altre favorevoli occasioni contrattuali.

5. In definitiva l'appello va accolto limitatamente alla domanda di risarcimento del danno emergente nella misura sopra specificata.

La sentenza va invece confermata per il resto.

Stante la parziale soccombenza dell'appellante, sussistono i presupposti per la compensazione delle spese del giudizio d'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, condanna il Comune di Tezze sul Brenta al risarcimento dei danni in favore dell'appellante nei sensi in motivazione specificati.

Conferma per il resto la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2011

IL SEGRETARIO

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