

Publicato il 21/03/2022

N. 00217/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00682/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 682 del 2021, proposto da Società Europam s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Bilanci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Roma 11/1;

contro

il Comune di Genova, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli e Nicola Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; la Società Consip s.p.a., non costituita in giudizio;

nei confronti

di Antas s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Pisapia e Francesco Dei Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determina dirigenziale 22 gennaio 2021 n. 2021-188.0.0.-2, avente ad oggetto la rinegoziazione del contratto relativo al servizio energia dal 1° febbraio 2021 al 2 ottobre 2028.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Genova e di Antas s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2022 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la società Europam s.p.a., azienda leader nel mercato nazionale dell'energia ed affidataria di numerosi appalti pubblici per la riqualificazione energetica di immobili, ha impugnato la determina dirigenziale del Comune di Genova 22 gennaio 2021 n. 2021-188.0.0.-2, di rinegoziazione, con la società controinteressata Antas s.p.a., (aggiudicataria della c.d. convenzione SIE3 lotto n. 1 di Consip) del contratto relativo al servizio energia dal 1° febbraio 2021 al 2 ottobre 2028, al canone annuo di € 4.672.805,19 oltre IVA, per un importo complessivo di € 35.952.207,49 oltre IVA..

Esponde: - che il 30 giugno 2021 il Comune di Genova e la soc. Antas presentavano pubblicamente il progetto "*frammenti di energia*", che doveva consentire di avviare cantieri per l'efficientamento energetico di 30 edifici scolastici, in forza di un contratto aggiudicato quasi cinque anni prima, nel settembre del 2016; - che, con istanza 7 luglio 2021, Europam chiedeva di accedere a tutti gli atti relativi al nuovo contratto ed a quello precedente, stipulato nel 2016 con Antas; - che, con nota 11 agosto 2021, il Comune ha riscontrato l'istanza, comunicando che "*la documentazione inerente al contratto di rinegoziazione stipulato, in forza dell'art. 6 comma 2 lettera b) dell'Allegato II del D.lgs. 115/2008 tra il Comune di Genova e la società Antas s.p.a., è stata pubblicata, ai sensi dell'art. 29 del D.lgs. 50/2016 e del D.lgs. 33/2013, nel sito web istituzionale del Comune di Genova, sotto la sezione 'Amministrazione Trasparente', ed è disponibile ed*

estraibile” al link indicato; - che la società Antas è risultata aggiudicataria della gara Consip SIE3, lotto n. 1 (Regioni Liguria, Piemonte e Valle d'Aosta), ed ha stipulato la relativa convenzione in data 20 novembre 2014, in forza della quale il fornitore si è obbligato ad accettare Ordinativi Principali di Fornitura (OPF) da pubbliche amministrazioni sino a concorrenza dell'importo massimo complessivo stabilito dalla convenzione stessa ed ai prezzi e condizioni prestabiliti; - che con l'emissione degli ordinativi di fornitura vengono conclusi i contratti tra le amministrazioni ed il fornitore, con l'individuazione dell'importo della fornitura ed il luogo di esecuzione; - che l'importo complessivo del lotto 1, fissato in € 81.000.000 IVA esclusa, costituiva l'importo massimo complessivo della gara (artt. 2 e 4), come indicato nel bando (Sez. II.3); - che l'art. 5 della Convenzione prevedeva una durata di ventiquattro mesi a decorrere dal 24.11.2014, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori dodici mesi; - che nel bando di gara era indicato che l'appalto non sarebbe stato soggetto a rinnovo; - che gli atti di gara precisavano che i singoli contratti di fornitura attuativi della Convenzione, stipulati entro il termine di durata della convenzione dalle amministrazioni contraenti mediante ordinativi principali di fornitura, avrebbero avuto una durata di sei anni; - che eventuali atti aggiuntivi avrebbero potuto essere emessi *“obbligatoriamente entro la data di scadenza della Convenzione”*, e non avrebbero comportato variazione della durata di sei anni del contratto di fornitura, decorrente dall'attivazione del primo servizio; - che, dal sito della Consip, risulterebbe che, con riferimento al lotto n. 1 della gara SIE3, l'importo della fornitura è stato aumentato fino ad € 113.400.000 (rispetto al massimale di partenza di € 81.000.000), e che l'importo complessivo così determinato risulta esaurito; - che il Comune di Genova ha aderito in data 26 settembre 2016 alla Convenzione SIE 3 lotto 1 stipulata tra Consip e Antas in data 20 novembre 2014, per il periodo 1.2.2016-2.10.2022 e per un importo complessivo per sei anni contrattuali di € 34.499.985,79 IVA compresa; - che il Comune ed Antas hanno avviato una rinegoziazione al fine di estendere la

durata del contratto, onde dare corso ad ulteriori interventi di riqualificazione tecnologica atti ad incrementare l'efficienza energetica degli immobili comunali; - che in data 14.10.2020 è stata aggiudicata la nuova Convenzione Consip per la fornitura del Servizio Integrato Energia, Edizione 4, Lotto 2 "Liguria e Piemonte"; - che, con la determina impugnata, il Comune ha ritenuto opportuno dare corso alla rinegoziazione con Antas piuttosto che aderire alla nuova convenzione Consip SIE 4, previo obbligo di Antas di adeguarsi alle eventuali condizioni maggiormente favorevoli della nuova convenzione.

Lamenta che la rinegoziazione tra il Comune di Genova ed Antas non costituirebbe una proroga ma un rinnovo del contratto, e che il Comune, per dare corso ad ulteriori interventi strutturali di riqualificazione tecnologica atti ad incrementare l'efficienza energetica dei propri immobili, avrebbe dovuto indire una apposita gara ad evidenza pubblica, piuttosto che rinegoziare la convenzione con due anni di anticipo rispetto alla scadenza contrattuale (2.10.2022).

A sostegno del gravame ha dedotto quattro motivi di ricorso, come segue.

A) Con riferimento all'impugnazione degli atti relativi alla rinegoziazione contrattuale.

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 2, lett. b), dell'All. 2 al D.Lgs. 30 maggio 2008 n. 115. Violazione della Convenzione tra Consip ed Antas 20 novembre 2014 e del contratto tra Comune di Genova ed Antas del 2016. Violazione dell'art. 27 D.M. 28 ottobre 1985 e degli artt. 310 e 311 D.P.R. 207/2010. Difetto assoluto di presupposto. Difetto di istruttoria.

La rinegoziazione sarebbe illegittima vuoi perché la convenzione tra Consip ed Antas stabiliva per i contratti una durata massima (sei anni) non prorogabile, vuoi perché l'importo del massimale della convenzione Consip, ancorché incrementato, sarebbe esaurito.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 2, lett. b), dell'All. 2 al D.Lgs. 30 maggio 2008 n. 115 sotto altro profilo. Violazione della

Convenzione tra Consip ed Antas 20 novembre 2014 e del contratto tra Comune di Genova ed Antas del 2016. Difetto assoluto di presupposto. Difetto di istruttoria.

Negli atti non vi sarebbe alcuna indicazione dei lavori (di partecipazione del fornitore del contratto energia all'investimento per l'integrale rifacimento degli impianti e/o la realizzazione di nuovi impianti e/o la riqualificazione energetica dell'involucro edilizio per oltre il 50 per cento della sua superficie) che potrebbero giustificare la proroga/rinegoziazione oltre il termine massimo (10 anni) di cui all'art. 6 comma 3 dell'allegato II al D. Lgs. n. 115/2008.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 2, lett. b), dell'All. 2 al D. Lgs. 30 maggio 2008 n. 115. Violazione della convenzione tra Consip ed Antas 20 novembre 2014. Difetto assoluto di presupposto. Difetto di istruttoria. Violazione dell'art. 106 D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e dei principi di evidenza pubblica. Difetto di presupposto e di istruttoria.

Posto che la rinegoziazione comporta modifiche sostanziali quanto a canone, durata, remunerazione dei nuovi interventi e obbligo del fornitore di adeguare i corrispettivi sulla base della nuova gara Consip SIE4, essa esulerebbe dai casi in cui l'art. 106, comma 1, lett. e), e comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 consente la modifica dei contratti di appalto senza una nuova procedura di affidamento, e avrebbe comunque richiesto la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e la comunicazione all'ANAC.

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 163, 183 e 191 D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267. Difetto di presupposto.

Posto che il visto di regolarità contabile attesta la copertura finanziaria per i soli esercizi 2021 e 2022, la disposta rinegoziazione sarebbe illegittima anche in quanto priva della necessaria copertura finanziaria per gli esercizi dal 2023 al 2028.

Alla domanda impugnatoria accede domanda di accertamento del diritto di accesso a tutta la documentazione relativa al nuovo contratto e a quello

stipulato nel 2016 tra il Comune e Antas.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Genova e la società controinteressata Antas s.p.a., preliminarmente eccependo l'irricevibilità del ricorso per tardività ex art. 120, comma 2, c.p.a. e la sua inammissibilità per difetto di legittimazione e di interesse (sul rilievo che, ove Antas non dovesse adeguarsi alle migliori condizioni della Convenzione SIE4, ai fini dell'individuazione di un nuovo affidatario per il servizio energia l'Amministrazione si rivolgerebbe naturalmente all'operatore aggiudicatario della nuova convenzione Consip, senza necessità di effettuare alcuna nuova specifica procedura ad evidenza pubblica), nel merito controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 20.10.2021, n. 289 la sezione ha respinto la domanda cautelare, e, con ordinanza 24.12.2021, n. 1111, ha dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse la domanda di accesso in corso di causa, avendo il Comune di Genova reso disponibile, seppur tardivamente, tutta la documentazione richiesta.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza dell'11 marzo 2022 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

In accoglimento delle eccezioni sollevate dalle parti resistenti, il ricorso dev'essere dichiarato irricevibile per tardività, essendo stato proposto oltre il termine semestrale di cui all'art. 120, comma 2, c.p.a..

In proposito, la sezione ritiene di richiamare – ex art. 88 comma 2 lett. d) c.p.a. – il precedente costituito dalla propria sentenza 14.10.2021, n. 876, ribadendo che *“In base alla predetta disposizione (riproduttiva del previgente art. 245, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, come novellato dal d.lgs. n. 53/2010), “Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del*

bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto". Pertanto, accanto alla regola generale secondo cui gli atti della procedura vanno impugnati entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione o comunicazione (art. 120, comma 2, primo periodo, e comma 5, c.p.a.), per i casi in cui sia mancata la pubblicità del bando e dell'avviso di aggiudicazione l'art. 120, comma 2, secondo periodo c.p.a. stabilisce l'impossibilità di promuovere il giudizio dopo il decorso del termine decadenziale di sei mesi dalla stipula del negozio. Si tratta di una norma di chiusura del sistema delle impugnazioni in materia di contratti pubblici, di derivazione comunitaria (v. art. 2-septies della direttiva 89/665/CEE e art. 2-septies della direttiva 92/13/CEE), che fissa un termine ultimo di gravame non superabile, impedendo che gli esiti del procedimento di affidamento possano essere rimessi in discussione dopo il predetto arco temporale (in argomento cfr., ex aliis, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 13 luglio 2020, n. 1707; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 19 giugno 2019, n. 547; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6 maggio 2014, n. 417). Come evidenziato in dottrina e in giurisprudenza, il termine massimo semestrale, preclusivo della proposizione del ricorso, opera a prescindere dalla conoscenza degli atti (in ipotesi) illegittimi da parte del soggetto leso (cfr. Cons. St., commissione speciale, parere n. 368 in data 1° febbraio 2010; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 13 luglio 2020, n. 1707, cit., secondo cui la norma "ha introdotto una presunzione legale di conoscenza ai fini della decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso"). La ratio della previsione, derogatoria dei tradizionali principi in materia di impugnazione degli atti amministrativi, risiede nel contemperamento della tutela dell'interesse legittimo con le esigenze di celerità e certezza proprie della materia dei contratti della pubblica amministrazione, garantite mediante la stabilizzazione dell'affidamento non gravato entro sei mesi dalla sottoscrizione dell'accordo negoziale. Il termine semestrale si applica in tutti i casi in cui siano state omesse le formalità pubblicitarie e, quindi, non soltanto quando il confronto competitivo abbia avuto luogo senza rendere conoscibili all'esterno i relativi atti, ma anche nelle fattispecie in cui l'amministrazione non abbia nemmeno esperito la procedura comparativa, affidando direttamente il contratto ad un operatore privato (v.

T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 13 luglio 2020, n. 1707, cit.) o ad una società in house”.

Si tratta di principi affermati in una fattispecie in cui la società ricorrente aveva diritto ad una comunicazione individuale, e che debbono pertanto valere – a più forte ragione – nel caso di specie, in cui il termine impugnatorio decorreva, secondo i principi generali, dalla conoscenza legale, ovvero “*dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge*” (art. 41 comma 2 c.p.a.).

Ai sensi dell’art. 124 del T.U.E.L, infatti, “*tutte le deliberazioni del comune e della provincia sono pubblicate mediante pubblicazione all’albo pretorio, nella sede dell’ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge*”, ed è noto che per “deliberazioni” si intendono, pacificamente, anche le determinazioni dirigenziali (cfr., per tutte, Cons. di St., V, 18.6.2018, n. 3719).

Orbene, il Comune di Genova ha provato che la determinazione dirigenziale a contrattare 22 gennaio 2021 n. 2021-188.0.0.-2, di approvazione dello schema di contratto di rinegoziazione, è stata pubblicata, ai sensi dell’art. 32 della legge 18 giugno 2009, n. 69 e s.m.i, nell’albo pretorio *on line* del Comune dall’1.2.2021 al 16.2.2021 (doc. 11 delle produzioni 18.10.2021 di parte comunale).

Né vale opporre una pretesa nullità e/o inefficacia della disposta rinegoziazione, in quanto priva della necessaria copertura finanziaria per gli esercizi dal 2023 al 2028.

A parte il fatto che si tratterebbe di un vizio (*sub specie* di violazione di legge) dell’atto amministrativo piuttosto che del contratto, suscettibile di condurre al suo annullamento piuttosto che alla sua nullità, è dirimente il rilievo che l’art. 183 comma 6 del T.U.E.L. consente l’assunzione di obbligazioni e dei corrispondenti impegni di spesa anche sugli esercizi successivi a quello in corso, quando si tratti di spese connesse a contratti o convenzioni pluriennali, ovvero necessarie per garantire la continuità dei servizi connessi con le funzioni fondamentali, o ancora quando riguardino spese derivanti da

contratti di somministrazione relative a prestazioni periodiche o continuative di servizi di cui all'art. 1677 del codice civile.

In ogni caso, la mancanza dell'attestazione di copertura finanziaria di cui all'art. 153 comma 5 T.U.E.L. non costituisce causa di nullità del contratto, quanto, piuttosto, di inefficacia relativa (ovvero che può essere fatta valere solo dall'amministrazione), nel senso che il rapporto obbligatorio intercorre tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura in difetto di copertura finanziaria (art. 191 comma 4 D. Lgs. n. 267/2000).

Irricevibile per tardività è anche la domanda risarcitoria.

Ai sensi dell'art. 30 comma 3 c.p.a., *“la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo”*.

Ovviamente, per “conoscenza” deve intendersi la conoscenza “legale” dell'atto, derivante dalla sua notificazione individuale o dalla sua pubblicazione, ove prevista dalla legge (art. 41 comma 2 c.p.a.).

Donde la tardività (anche) dell'azione risarcitoria, proposta oltre il centoventesimo giorno dalla pubblicazione all'albo pretorio della determinazione dirigenziale impugnata.

In considerazione della soccombenza (virtuale) del Comune di Genova sulla domanda di accesso in corso di causa, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile per tardività.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2022

con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Referendario

L'ESTENSORE

Angelo Vitali

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO