

Pubblicato il 23/07/2020

N. 04715/2020REG.PROV.COLL.
N. 07962/2016 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7962 del 2016, proposto da
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale
dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è domiciliata
ex lege;

contro

Comune di **Seveso**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Andena, con domicilio eletto
presso lo studio Giovanni Corbyons, in Roma, via Cicerone, n. 44;

nei confronti

Enel Sole s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Flavio Iacovone e Francesco Sciaudone, con domicilio
eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Pinciana, n. 25;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia -
Milano (Sezione Prima), n. 01356/2016, resa tra le parti, concernente la

mancata conformazione al parere dell'Autorità in ordine all'acquisizione di impianti di illuminazione e alla procedura negoziata per loro riqualificazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di **Seveso** e di Enel Sole s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Udita la relazione esposta dal Cons. Alessandro Maggio nella camera di consiglio del giorno 16/7/2020, svoltasi, ai sensi dell'art. 84, comma 5, del D.L.n.18 del 17 marzo 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare 13 marzo 2020, n. 6305 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con deliberazione consiliare 21/11/2014, n. 24 il Comune di **Seveso** ha disposto l'acquisizione al proprio patrimonio degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà di Enel Sole s.r.l. esistenti nel territorio comunale e al contempo ha affidato alla medesima società, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, i lavori di riqualificazione e di c.d. spromiscuamento di parte degli impianti acquisiti.

Ritenendo l'utilizzo della procedura negoziata per l'affidamento dei detti lavori, illegittimo in quanto lesivo delle norme poste a tutela della concorrenza, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha emesso il parere di cui all'art. 21-*bis*, comma 2, della L. 10/10/1990, n. 287.

Il comune ha, quindi, adottato la determina dirigenziale 2/2/2015, n. 42 e la delibera consiliare n. 8 del 28/4/2015, con le quali ha confermato l'affidamento dell'intervento di che trattasi alla Enel Sole mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, stabilendo, però, il differimento dell'acquisizione degli impianti oggetto dei lavori a un momento

successivo al completamento degli stessi, nonché l'acquisizione, per accordo bonario, degli impianti esclusi dal perimetro dell'intervento.

Tenuto conto che l'ente non si era adeguato ai rilievi mossi l'AGCM, ha impugnato davanti al T.A.R. Lombardia – Milano la citata delibera n. 24/2014.

Contestualmente l'Autorità ha reso un nuovo parere motivato sulla determina dirigenziale n. 42/2015 e sulla delibera consiliare n. 8/2015.

Poiché entro il termine di 60 giorni di cui all'art. 21-*bis*, comma 2, della citata L. n. 287/1990, il comune non ha riscontrato il parere, l'Autorità ha proposto motivi aggiunti con cui ha esteso l'impugnazione alla determina dirigenziale n. 42/2015 e alla delibera consiliare n. 8/2015.

L'adito Tribunale, con sentenza 8/7/2016, n. 1356, ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo e irricevibili i motivi aggiunti.

Avverso la sentenza ha proposto appello l'AGCM.

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio il Comune di **Seveso** e la Enel Sole.

Con successive memorie le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

All'udienza telematica del 16/7/2020 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nel ritenere tardivi i motivi aggiunti.

Il giudice di prime cure ha motivato le proprie conclusioni affermando che: <<“*ove si consideri che con il ricorso per motivi aggiunti sono impugnabili atti che si pongono in rapporto di sicura connessione oggettiva e soggettiva con quello oggetto del gravame principale (cfr. tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2003 n. 7632), e quindi, in sostanza, atti che si inseriscono nella medesima sequenza procedimentale di quello già gravato, non vi è motivo di ritenere che anche la proposizione dei motivi aggiunti debba essere preceduta dalla reiterazione del procedimento interlocutorio di cui al secondo comma dell'art. 21 bis citato.*

Se infatti la caratterizzazione funzionale di quel procedimento è quella di consentire una previa interlocuzione sulle possibili lesioni dei principi concorrenziali implicati dall'azione amministrativa esaminata, con fissazione nel parere dell'Autorità degli specifici profili delle violazioni contestate, allorquando l'atto successivo o consequenziale si ponga in linea di continuità con quello originariamente gravato, inserendosi nella medesima sequenza procedimentale, ed evidenziando analoghi profili di lesività rispetto all'interesse tutelato dall'AGCM, la reiterazione del preventivo modulo procedimentale potrebbe risultare inutile ed antieconomica.

Va osservato, peraltro, che lo strumento del ricorso per motivi aggiunti, nel processo amministrativo, risponde a finalità di economicità, celerità e non aggravamento per un verso, e per altro verso alla prioritaria esigenza di garantire un simultaneus processus per la definizione di fattispecie o vicende sostanzialmente unitarie o strettamente connesse. Finalità che si evidenziano anche, e con maggior forza, nei riti speciali, alla cui disciplina l'art. 21 bis terzo comma rimanda espressamente.

Il richiamo di cui al terzo comma citato ai riti speciali vale, quindi, a ribadire la priorità, anche nel procedimento de quo, delle esigenze di celerità e buon funzionamento; evidenziando uno dei principi ispiratori della normativa in esame alla luce dei quali l'interprete è tenuto a risolvere anche eventuali dubbi ermeneutici" (T.A.R. Lazio-Roma, n. 2720/2013)">>.

Tuttavia, l'esercizio del potere di impugnazione di cui al citato art. 21-bis, comma 2, L. n. 287/1990, sarebbe caratterizzato dalla necessaria e preventiva attivazione di una fase precontenziosa che implicherebbe l'adozione, da parte dell'Autorità, del parere motivato contemplato nella menzionata norma, con la conseguenza che la mancanza del detto parere renderebbe inammissibile l'eventuale azione giudiziale.

Da quanto sopra discenderebbe che la fase precontenziosa sarebbe essenziale anche nel caso in cui, come nella fattispecie, oggetto di impugnazione, mediante motivi aggiunti, sia un provvedimento modificativo di un precedente atto già impugnato dall'Autorità.

La doglianza così sinteticamente riassunta merita accoglimento.

Ai sensi dell'art. 21-*bis*, comma 2, della L. n. 287 del 1990, il ricorso dell'AGCM al giudice amministrativo, contro atti che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, deve essere preceduto, a pena d'inammissibilità, da un parere motivato diretto all'amministrazione interessata, nel quale siano indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate (Cons. Stato, Sez. IV, 28/1/2016, n. 323; Sez. V, 30/4/2014, n. 2246; C. Si., 9/10/2017, n. 428).

La fase precontenziosa è, quindi, in ogni caso necessaria, a nulla rilevando che l'atto amministrativo lesivo della concorrenza sia gravato, con motivi aggiunti, a valle di una precedente impugnazione, salvo il caso in cui la nuova determinazione sia meramente confermativa (ma non è questo il caso) del provvedimento impugnato col ricorso introduttivo.

In altre parole lo strumento giudiziale con cui l'atto anticoncorrenziale viene impugnato (ricorso introduttivo o motivi aggiunti) è del tutto neutro, rispetto alla disciplina dettata dall'art. 21-*bis*, comma 2, della L. n. 287/1990, per l'esercizio, da parte dell'AGCM, del potere di agire di cui alla suddetta norma. Contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale non è, pertanto, sufficiente a escludere la necessità del preventivo parere motivato la circostanza che *“l'atto successivo o consequenziale si ponga in linea di continuità con quello originariamente gravato, inserendosi nella medesima sequenza procedimentale, ed evidenziando analoghi profili di lesività rispetto all'interesse tutelato dall'AGCM”*.

Nella fattispecie, l'emissione del nuovo parere era resa necessaria dalle novità introdotte con la determinazione n. 42/2015 e con la delibera consiliare n. 8/2015.

Stante la rilevata necessità che si completasse la fase precontenziosa di cui al ricordato art. 21-*bis*, comma 2, prima che l'Autorità potesse agire in giudizio contro i nuovi provvedimenti adottati dal Comune di **Seveso** (determinazione n. 42/2015 e delibera consiliare n. 8/2015), è evidente l'errore commesso dal Tribunale nel dichiarare tardivi i motivi aggiunti, dato che non è contestato

che il termine di impugnazione, se computato dalla conclusione della fase precontenziosa, sia stato rispettato.

Dall'accoglimento del primo motivo consegue la necessità di affrontare i motivi di impugnazione non esaminati dal Tribunale.

Nello specifico occorre trattare le censure dedotte con i motivi aggiunti, atteso che l'interesse all'impugnazione della deliberazione consiliare n. 24/2014, gravata col ricorso introduttivo, deve ritenersi cessato, essendo stata quest'ultima oggetto di integrazioni e modifiche a opera della determina dirigenziale n. 42/2015 e della deliberazione consiliare n. 8/2015 (impugnate per l'appunto con i motivi aggiunti).

Col primo mezzo di gravame l'AGCM deduce l'insussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 57, comma 2, lett. b), del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163, per far ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

E invero, l'affidamento senza gara non potrebbe trovare giustificazione nel fatto che Enel Sole si avvalga di tecnologie su cui vanta un diritto di privativa industriale, atteso che ciò potrebbe legittimare una limitazione della concorrenza solo laddove si fosse in presenza di un prodotto con caratteristiche tecniche infungibili, non surrogabili da tecnologie alternative in grado di assicurare le medesime funzionalità.

Non sarebbe sufficiente a consentire il contestato affidamento diretto nemmeno la circostanza che Enel Sole sia titolare di un contratto per la gestione e la manutenzione degli impianti di illuminazione su tutto il territorio comunale, attesa l'anomalia derivante dal fatto che quest'ultima, pur essendo gestore e manutentore dal 1999 non abbia mai proceduto all'adeguamento degli impianti di che trattasi.

I limiti segnati dall'art. 57, comma 2, lett. b), citato, per l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, risulterebbero ulteriormente violati in quanto l'affidamento diretto sarebbe consentito solo qualora la sussistenza dei presupposti per farvi ricorso fosse chiara a priori,

non invece laddove, come nella specie, sia occorsa una profonda e complessa indagine comparativa di mercato per giungere a una siffatta scelta.

Oltre a ciò, l'attività istruttoria volta ad appurare la sussistenza dei presupposti di cui al menzionato art. 57, comma 2, lett. b), peraltro posta in essere successivamente alla decisione di affidare il servizio senza gara, risulterebbe carente.

L'amministrazione avrebbe, infatti, ritenuto il prodotto di Enel Sole migliore, dal punto di vista tecnologico ed economico, rispetto a quello di altri operatori del mercato, senza considerare che la sede naturale per compiere tali valutazioni comparative, sarebbe quella della gara pubblica.

Ugualmente irrilevante, ai fini di giustificare il ricorso alla procedura di che trattasi, sarebbe "il diritto esclusivo" di Enel Sole derivante dal fatto di essere proprietaria degli impianti da ammodernare.

Difatti, la previsione di acquistare la proprietà degli impianti da ammodernare solo a conclusione di tali lavori e non più in via preventiva, costituirebbe un mezzo per eludere la corretta applicazione delle regole in materia di contratti pubblici e di affidamento dei servizi pubblici locali, atteso che, in base a tali regole, il Comune avrebbe dovuto, anzitutto, procedere all'acquisto (bonario o tramite la procedura di riscatto) di tutti gli impianti di illuminazione pubblica per poi procedere, alla scadenza della convenzione con Enel Sole per la gestione degli impianti, all'affidamento del servizio in conformità al dettato legislativo che prevederebbe, in caso di ricorso al mercato, o l'obbligatorio utilizzo di una delle forme di aggregazione imposte ai comuni non capoluogo di provincia dal D.L. 24/4/2014, n. 66 (art. 9, comma 4, all'epoca in vigore), ovvero l'adesione alla relativa convenzione CONSIP.

Oltre a ciò la delibera consiliare n. 8 non modificherebbe la delibera n. 24/2014 laddove prevede l'affidamento a Enel Sole dei lavori di riqualificazione dei centri luminosi di proprietà comunale.

Il richiamo al fatto che Enel Sole sia proprietaria degli impianti da ammodernare sarebbe, comunque, inconferente.

Infatti laddove gli impianti siano, come nella specie, in parte di proprietà privata e in parte di proprietà pubblica occorrerebbe sempre la gara.

Col secondo motivo l'AGCM lamenta che l'amministrazione comunale non avrebbe adeguatamente motivato la scelta di procedere al contestato affidamento diretto.

Le doglianze, così riassunte, meritevoli di accoglimento si prestano a una trattazione congiunta.

L'art. 57 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (applicabile alla fattispecie *ratione temporis*) nell'individuare le ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, stabilisce, al comma 2, lett. b), che ciò è consentito: *“qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato”*.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale tale disposizione, in quanto si pone come eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, dev'essere interpretata in modo restrittivo, verificando la sussistenza dei presupposti per la sua applicazione col massimo rigore (Cons. Stato, Sez. III, 30/4/2019, n. 2787; 18/1/2018, n. 310; Sez. V, 13/6/2016, n. 2529; 7/6/2016, n. 2425).

Nel caso di specie, gli elementi che il Comune di **Seveso** ha addotto a sostegno della scelta di procedere al contestato affidamento senza gara, non risultano idonei a giustificare il ricorso alla procedura di cui all'invocato art. 57, comma 2, lett. b).

Infatti, la circostanza che Enel Sole si avvalga di tecnologie su cui vanta un diritto di privativa industriale, non è dirimente, atteso che, come correttamente dedotto dall'Autorità appellante, ciò avrebbe potuto consentire una limitazione della concorrenza, solo laddove si fosse dimostrato (ma così non è stato) che la detta società disponeva di un prodotto con caratteristiche tecniche infungibili, non surrogabili con tecnologie alternative in grado di

assicurare, in base al principio di equivalenza (art. 68, del citato D. Lgs. n. 163/2006 e art. 68 del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50), le medesime funzionalità.

E' ovvio poi che l'affidamento diretto non può giustificarsi sulla base di una valutazione comparativa con altre offerte svoltesi senza le garanzie proprie della gara a pubblica, la quale resta il luogo privilegiato per il confronto concorrenziale.

La procedura seguita dal comune appellato non può trovare fondamento nemmeno nella circostanza che gli impianti da ammodernare sono (in parte) di proprietà esclusiva di Enel Sole.

E invero, come esattamente rilevato dall'appellante, la previsione di acquistare la proprietà degli impianti di Enel Sole solo a valle dei lavori di ammodernamento e non preventivamente, costituisce un chiaro *escamotage* per eludere l'applicazione delle regole sulla gara pubblica.

Difatti, in assenza di specifiche disposizioni, gli atti amministrativi devono interpretati secondo le regole fissate dal codice civile per l'interpretazione del contratto, adeguate alla natura dell'atto medesimo, espressione di un potere pubblico.

In particolare, deve ritenersi consentito indagare la volontà dell'amministrazione alla luce del complessivo comportamento tenuto nel quadro di un'unitaria vicenda, applicando in via analogica i criteri interpretativi di cui agli artt. 1362 - 1365 cod. civ. (Cons. Stato, Sez. VI, 24/9/2019, n. 6378).

Nel caso di specie l'intento di aggirare le norme sulla concorrenza è reso evidente dalla complessiva valutazione della condotta tenuta dall'ente, il quale, in un primo momento aveva stabilito di acquisire gli impianti da Enel Sole e di affidare a questa in via diretta i lavori di riqualificazione (delibera consiliare n. 24/2014), e solo a seguito dei rilievi mossi dall'Autorità col primo parere *ex* art. 21-*bis* della L. n. 287 del 1990, in ordine alla violazione delle norme sulla concorrenza che da tale *modus agendi* sarebbe derivata, ha stabilito di

modificare l'ordine delle operazioni prevedendo prima lo svolgimento dei lavori e successivamente l'acquisizione degli impianti.

E del resto giova rilevare che, diversamente opinando, diverrebbe difficilmente giustificabile l'ingente esborso di risorse pubbliche per lavori che riguardano beni di proprietà privata.

Obietta il comune appellato (memoria difensiva depositata in data 14/1/2020) che il ricorso alla procedura negoziata sarebbe stato, comunque, legittimato dalla norma di cui all'art. 57, comma 5, lett. a), del D. Lgs. n. 163/2006, essendo quelli oggetto del contestato affidamento *“lavori o servizi complementari”* al contratto di gestione e manutenzione in corso di esecuzione da parte di Enel Sole, *“non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale ... divenuti necessari all'esecuzione del servizio...”*.

L'obiezione non è convincente per la dirimente ragione che non avendo l'amministrazione fatto riferimento all'ipotesi regolata dall'invocata norma, non ha accertato la sussistenza dei rigorosi presupposti in essa indicati per l'utilizzo della procedura negoziata, per cui allo stato non è dato sapere se gli stessi, nella fattispecie, fossero presenti o meno.

Risulta, altrettanto, fondata la censura concernente la dedotta violazione dell'art. 9, comma 4, del D.L. 24/4/2014, n. 66 (vigente all'epoca di adozione dei provvedimenti impugnati).

In base a tale norma, infatti, il comune appellato (in quanto non capoluogo di provincia) avrebbe potuto procedere *“all'acquisizione di lavori, beni e servizi solo nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. In alternativa, gli stessi Comuni possono acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia che procedano*

all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma".

L'appello va, in definitiva, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie l'impugnativa di primo grado e conseguentemente annulla i provvedimenti con essa gravati.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO

