



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE Sent. n. 1783/2008

PER LA SARDEGNA - SEZIONE PRIMA

Ric. n. 913/2007

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n° 913/07 proposto da Fiamma 2000 s.p.a., in persona del Presidente e legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eulo Cotza e Paolo Cotza, presso il cui studio in Cagliari, piazza Michelangelo n°14, è elettivamente domiciliata;

contro

l'Unione dei Comuni del Basso Campidano, in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Cagliari nella via Tuveri n. 84, presso lo studio dell'avv. prof. Andrea Pubusa, che lo rappresenta e difende, giusta delibera del Comitato Esecutivo n. 41 del 22 novembre 2007;

l'Organismo di Bacino n. 37, in persona del legale rappresentante, non costituito;

il Comune di Monastir, in persona del legale rappresentante, non costituito;

l'Ufficio Tecnico dell'Organismo di Bacino n. 37 –
Comune di Monastir, in persona del legale responsabile, non
costituito;

e nei confronti di

CPL Concordia Società Cooperativa, con sede in Concordia
sulla Secchia (MO), in persona del Presidente e legale
rappresentante;

P.E.A. – Progetto Energia Ambiente s.r.l., con sede in
Milano, in persona dell'Amministratore Unico e legale
rappresentante pro tempore;

tutte rappresentate e difese dall'avv. Laura Ghidotti e
dall'avv. Gianmarco Tavolacci, ed elettivamente domiciliate
presso lo studio legale del secondo in Cagliari, Via Carbonia n.
22;

della C.L.S. (Cispel Lombardia Services) s.r.l., in persona
del legale rappresentante, non costituito;

del Comune di Nuraminis, in persona del legale
rappresentante, non costituito;

del Comune di San Sperate, in persona del legale
rappresentante, non costituito;

del Comune di Ussana, in persona del legale
rappresentante, non costituito;

del Comune di Sestu, in persona del legale rappresentante,
non costituito;

per l'annullamento

- della deliberazione dell'Unione dei Comuni del Basso Campidano 11 Agosto 2007 n. 30, recante "*Individuazione del promotore finanziario e dichiarazione di pubblico interesse. Realizzazione della metanizzazione del cavidotto multiservizi del Bacino n. 37*", mediante la quale, nell'ambito del procedimento di *project financing*:

a) sono stati approvati e recepiti i verbali del Commissione Tecnica esaminatrice e la relazione conclusiva formulata dal pertinente R.U.P.;

b) la proposta del Associazione Temporanea di Imprese "CPL Concordia Soc. Coop." e " P.E.A. – Progetto Energia e Ambiente s.r.l." è stata reputata di pubblico interesse" ai fini di legge;

c) l'indicata A.T.I. è stata nominata "promotore";

- della determinazione del Responsabile dell'Ufficio Tecnico dell'Unione dei Comuni del Basso Campidano del 20 luglio 2007 n. 77, mediante la quale ci si è affidati alla C.L.S. – Cispel Lombardia Services S.r.l. per la consulenza e assistenza tecnica e giuridico legale al Responsabile del procedimento, per la valutazione delle proposte pervenute;

- di ogni ulteriore atto comunque connesso, ivi compresi, ove occorra: il pertinente "*avviso pubblico indicativo di project financing*" nella parte in cui prescindesse dai principi di integrità dei plichi contenenti la proposta e di pubblicità delle sedute inerenti ai procedimenti ad evidenza pubblica, nonché

nella parte in cui non prevedesse l'esclusione dal procedimento nel caso di allegazione alla proposta di documentazione e progettazione incompleta o inadeguata; le note dell'Organismo di Bacino n. 37, Area Tecnica, del 30 agosto 2007, prot. 861, e 4 settembre 2007, prot. 569; i verbali delle sedute della Commissione consultiva nella parte in cui non escludono l'A.T.I. controinteressata e la sua proposta, nonché nella parte in cui reputano preferibile la proposta della medesima rispetto a quella di Fiamma 2000 s.p.a.; la "relazione tecnica" attinente alla citata consulenza, fornita dalla C.L.S. s.r.l.; i verbali delle pertinenti sedute della Conferenza dei Sindaci, in particolare del 2 agosto 2007, n. 1, 6 agosto 2007, n. 2; la determinazione amministrativa concernente la divulgazione della data della seduta relativa all'apertura dei plichi.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni del Basso Campidano e delle società controinteressate.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Nominato relatore per la pubblica udienza del 28 maggio 2008 il referendario Giorgio Manca e uditi, altresì, gli avvocati delle parti come da separato verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. - Mediante avviso pubblico datato 30 ottobre 2006, l'Organismo di Bacino n. 37 ha informato che l'Unione dei Comuni del Basso Campidano (in prosieguo: l'Unione), ai sensi dell'art. 152 e ss. del d.lgs del 12 aprile 2006, n. 163, intendeva realizzare, con il concorso finanziario di operatori privati, la rete di gas metano e di cavidotto multiservizi dei centri abitati, delle aree commerciali e produttive dei Comuni appartenenti all'Unione.

Con riferimento a tale procedimento ad evidenza pubblica, hanno presentato proposta di *project financing* la ricorrente Fiamma 2000 s.p.a. e la costituenda A.T.I. tra le società CPL Concordia Società Cooperativa e P.E.A. s.r.l. (in prosieguo: ATI CPL Concordia).

L'amministrazione appaltante ha successivamente provveduto alla nomina di un consulente economico-finanziario (con determinazione del responsabile del Servizio Tecnico dell'Unione, del 18 giugno 2007, n. 63) e alla attribuzione alla società C.L.S. – Cispel Lombardia Services s.r.l. dell'incarico professionale per la consulenza ed assistenza tecnica e giuridico-legale al responsabile del procedimento (determinazione del 20 luglio 2007, n. 77). Sulla scorta dello “*schema di valutazione comparativa tra le due proposte pervenute*” predisposto dalla C.L.S s.r.l., il Consiglio di Amministrazione dell'Unione, con

deliberazione 7 agosto 2007 n. 30, ha dichiarato di pubblico interesse la proposta presentata dall'ATI CPL Concordia.

2. - Con il ricorso notificato il 14 novembre 2007 e depositato il successivo 19 novembre, la ricorrente Fiamma 2000 s.p.a. impugna gli atti, meglio indicati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi:

1° Violazione di legge ed eccesso di potere per erroneo presupposto di fatto e di diritto, in quanto nell'impugnato avviso pubblico si prevede che *"l'Organismo di Bacino ... individuerà, a suo insindacabile giudizio, la proposta da mettere in gara"*, previsione sicuramente in contrasto con gli artt. 24 e 113 Costituzione.

2° Violazione della *lex specialis* del procedimento, in quanto la proposta dell'ATI CPL Concordia è risultata mancante di elaborati relativi al cavidotto multiservizi, e avrebbe dovuto conseguentemente essere esclusa dal procedimento. Inoltre la proposta avrebbe dovuto essere esclusa anche in ragione della mancata previsione della disponibilità di un "deposito principale" per il G.P.L., come previsto dall'art. 13 del d.lgs. n. 128/2006, considerato che in Sardegna non è attualmente disponibile il metano. Da ciò anche la illegittimità dell'avviso pubblico e della deliberazione regionale n. 54/28 del 22.11.2005, per violazione del citato art. 13 d.lgs. n. 128/2006.

3° Violazione di legge. Contraddittorietà tra atti del procedimento. Violazione dei principi comunitari e nazionali in

tema di trasparenza amministrativa e di partecipazione delle ditte concorrenti ai procedimenti ad evidenza pubblica. Violazione dell'art. 97 della Costituzione e del canone del giusto procedimento. Eccesso di potere. Sviamento. Illegittimità derivata.

La società ricorrente premette, in linea di fatto, di non avere ricevuto alcuna notizia sugli sviluppi del procedimento, dopo la presentazione della proposta. Solo dalla lettura del provvedimento finale impugnato ha appreso che «*in data 2.01.2007 (sarebbe stato) pubblicato all'Albo Pretorio dell'Unione l'avviso per l'apertura in seduta pubblica delle predette proposte*». Rileva, in primo luogo, che nessuna previsione della *lex specialis* contemplava detta modalità di comunicazione. Inoltre, tale modalità è affetta da illogicità posto che alla data di pubblicazione (2 gennaio 2007) erano già pervenute le offerte e dunque sarebbe stato logico contattare direttamente le due società concorrenti.

Tali circostanze comportano violazione dei principi di trasparenza e pubblicità della gara che, con riferimento alla fase di verifica della ammissibilità delle offerte, riguarda ogni tipo di gara.

4° Violazione di legge. Contraddittorietà tra atti del procedimento. Violazione dei principi comunitari e nazionali in tema di trasparenza dell'azione amministrativa e di partecipazione dei concorrenti nei procedimenti ad evidenza

pubblica. Violazione dell'art. 97 della Costituzione e del canone del giusto procedimento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Sviamento. Illegittimità derivata.

Le censure di cui al precedente motivo di ricorso sono estese al procedimento relativo all'attribuzione dell'incarico di consulenza alla società C.L.S. srl, del quale la ricorrente non è stata informata. Si deduce la illegittimità dell'affidamento diretto alla C.L.S., nonché la violazione dell'art. 91, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 che, per gli incarichi di importo inferiore ai 100.000,00 euro, impone il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità. Per illegittimità derivata, è illegittima anche la valutazione comparativa redatta dalla società di consulenza, i verbali delle conferenze dei Sindaci, delle relazioni del R.U.P. e la delibera del C.d.A. dell'Unione di individuazione della proposta.

5° Sempre con riguardo all'incarico di consulenza assegnato alla C.L.S. s.r.l., viene rilevato come questa società non ritrovi in posizione di terzietà rispetto alla società CPL Concordia, in quanto la società incaricata risulta partecipata al 100% dalla Confservizi Lombardia, associazione della quale fa parte anche la CPL Concordia. Inoltre agli aderenti alla Confservizi Lombardia la C.L.S. srl riserva uno sconto del 10% sui servizi offerti.

6° Erroneo presupposto di fatto e di diritto, travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, sommarietà dell'agire

amministrativo. Violazione di legge. Carente ponderazione di interessi. Illogicità manifesta. Sviamento. Muovendo dalla premessa che le valutazioni effettuate dalla società di consulenza costituiscano la effettiva scelta dell'amministrazione appaltante, si deduce contro di esse, in primo luogo, la circostanza che siano state formulate da soggetti che non vantano esperienza specifica nel settore e che non sono muniti di titoli adeguati. Si osserva, inoltre, come nello svolgimento del procedimento di valutazione delle proposte si sia verificata una sostituzione della società di consulenza al consulente finanziario originariamente nominato. Nel merito della valutazione, si contesta che la proposta della Fiamma 2000 *“nasc(a) come progetto che utilizza il G.P.L. e che con la disponibilità del gas metano ... (deve essere) adeguata ... alla nuova fonte energetica”*. La proposta di Fiamma 2000 si adegua al fatto che il metano non sarà disponibile e la rete dovrà iniziare ad operare col G.P.L. .

7° Violazione di legge. Incompetenza. Contraddittorietà. Il consiglio di amministrazione dell'Unione non è competente in ordine alla scelta della proposta, che attiene ai poteri di gestione amministrativa e non di indirizzo politico.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio, con atto depositato il 18 dicembre 2007, l'Unione dei Comuni del Basso Campidano, chiedendo che il ricorso sia respinto in quanto infondato.

Con atto depositato il 2 dicembre 2007 si sono costituite in giudizio le società controinteressate, componenti della ATI CPL Concordia. Con memoria depositata il 22 maggio 2008, solleva eccezione di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse, a seguito della comunicazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, da parte della stazione appaltante, della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in gara da Fiamma 2000.

L'ATI CPL Concordia ha, inoltre, proposto ricorso incidentale per l'annullamento degli atti della procedura selettiva nella parte in cui non prevedono l'esclusione della società Fiamma 2000 s.p.a. e dell'offerta da essa presentata, con particolare riferimento:

- della deliberazione dell'Unione dei Comuni del Basso Campidano 11 Agosto 2007 n. 30;
- dei verbali attinenti alle sedute del procedimento;
- della relazione conclusiva dell'Ufficio Tecnico dell'Organismo di Bacino n. 37, redatta in data 6 agosto 2007;
- del "Quadro riassuntivo e di confronto", redatto in data 28 luglio 2007.

Nei confronti di tali atti vengono dedotti i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 74 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'offerta della Fiamma 2000 risulta presentata da soggetto privo dei relativi poteri rappresentativi. La procura notarile conferita dal legale rappresentante al sig.

Ciambella non conferisce il potere di esprimere la volontà negoziale di partecipare alla procedura di selezione e di formulare la relativa proposta.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 153 e 154 del d.lgs. n. 163/2006 – Eccesso di potere per sviamento – Eccesso di potere per contraddittorietà fra motivazione e dispositivo. La proposta presentata da Fiamma 2000 non avrebbe dovuto superare la preliminare fase di valutazione della fattibilità, in quanto il progetto non riguarda la realizzazione di un impianto di distribuzione del gas metano, come invece richiesto dall'avviso pubblico in base al quale è stata indetta la procedura di *project financing* e dalla deliberazione della Giunta Regionale n. 54/28 del 22 novembre 2005. Come si evince dalla relazione 6 agosto 2007 dell'Ufficio Tecnico dell'Organismo di Bacino n. 37, “la proposta della soc. Fiamma 2000 nasce come progetto che utilizza GPL”. Illegittimamente, dunque, gli organi della procedura hanno omesso di escludere la proposta di Fiamma 2000, per la contraddittorietà tra motivazione e dispositivo della decisione.

Alla pubblica udienza del 28 maggio 2008 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso, proposta dalle società controinteressate. Basti rilevare che la comunicazione

all'Autorità di Vigilanza della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati (che, peraltro, di per sé, non ha nemmeno effetti lesivi) nessuna influenza può esercitare sugli effetti giuridici degli atti impugnati col ricorso in esame. Rispetto al quale, dunque, rimane immutato l'interesse della ricorrente ad ottenere la decisione giurisdizionale.

2. - Il primo dei motivi del ricorso principale è manifestamente infondato, in quanto appare evidente, in base agli artt. 24 e 113 Cost., che un provvedimento amministrativo (quale l'avviso pubblico in questione) non potrebbe sottrarsi al sindacato giurisdizionale, azionato dai soggetti interessati alla tutela delle loro situazioni giuridiche protette dall'ordinamento.

3. - Il secondo motivo è infondato.

In primo luogo, la censura secondo cui la proposta dell'A.T.I. CPL Concordia risulta mancante degli elaborati relativi al cavidotto multiservizio, è infondata in fatto. Dalla documentazione acquisita al giudizio, e in specie dalla "Relazione illustrativa generale" allegata al progetto preliminare, risulta (al punto 4.11) che *«la posa della rete gas metano avverrà contestualmente alla posa di un cavidotto multiservizio»*. Inoltre, nel prospetto economico-finanziario sono indicate le somme per la realizzazione dell'opera.

Quanto all'ulteriore profilo del secondo motivo, con il quale si contesta la mancata indicazione nella proposta dell'ATI CPL Concordia della disponibilità di un deposito principale per

il G.P.L., deve rilevarsi che sia l'avviso pubblicato dall'Unione, sulla base del quale è stata indetta la procedura di *project financing*, sia la deliberazione della Giunta Regionale n. 54/28 del 22 novembre 2005, fanno riferimento esplicitamente alla realizzazione della "*rete di distribuzione del metano*". Il Bando Regionale per lo sviluppo delle reti di distribuzione del metano, approvato con determinazione n. 689 del 22 dicembre 2005 del Direttore del Servizio Energia dell'Assessorato regionale all'Industria, all'art. 3 prevedeva inoltre che "*quand'anche le (reti di distribuzione del metano) fossero esercitate contemporaneamente con altro gas, (esse) sono considerate unicamente per l'uso del gas naturale, e i costi aggiuntivi connessi ad adattamenti per altro gas non rientrano tra le spese ammissibili a contributo*". Pertanto, il progetto richiesto dalla *lex specialis* della procedura di selezione è principalmente destinato alla realizzazione di una rete per la distribuzione del gas metano. Ne deriva come conseguenza che la previsione di un deposito principale per il G.P.L. non costituisce elemento essenziale, ai fini della valutazione di fattibilità della proposta; ossia non può essere considerato un profilo progettuale la cui mancanza possa determinare l'esclusione dalla procedura della proposta (ferma restando la possibilità dell'amministrazione aggiudicatrice di richiedere le integrazioni progettuali ritenute necessarie, ai sensi dell'art. 153, comma 4, lett. b, del codice dei contratti). Ne consegue, altresì, la inapplicabilità al caso di

specie della normativa (in materia di stoccaggio e distribuzione del GPL) invocata dalla società ricorrente, che potrà assumere rilevanza solo se l'amministrazione dovesse decidere di attuare il progetto prevedendo inizialmente la distribuzione di gas petrolio liquefatto.

Anche questa doglianza, dunque, non coglie nel segno.

4. – Con il terzo motivo si lamenta la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza delle gare, indotta dalla mancata comunicazione delle informazioni necessarie per assistere alle sedute di gara dedicate all'apertura dei plichi contenenti la documentazione richiesta per l'ammissibilità delle proposte.

Il motivo è fondato.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato (riaffermato recentemente da sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856), il principio di pubblicità delle sedute, nel corso delle quali vengono svolti gli adempimenti connessi alla verifica della documentazione richiesta dalle regole di gara ai fini della ammissibilità delle offerte, si applica in qualunque tipo di gara. Esso è applicazione alle gare pubbliche del più generale principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che trova un preciso aggancio costituzionale nel principio di imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione, ed è posto a garanzia (oltre che degli interessi pubblici richiamati) anche dei privati che partecipano alle procedure contrattuali pubbliche, i quali in

tal modo sono posti in condizione di verificare la correttezza dell'attività amministrativa nelle singole gare. Ciò comporta che i partecipanti alle gare devono essere preventivamente informati, attraverso la comunicazione (secondo le modalità normativamente imposte o quelle ritenute idonee allo scopo nel caso concreto) delle notizie concernenti il luogo, i giorni e l'ora in cui si svolgeranno le sedute. La conoscenza di tali aspetti temporali e logistici rappresenta, infatti, una condizione essenziale affinché la facoltà di partecipare sia effettiva.

Nel caso di specie tali condizioni non si sono verificate. Infatti, nell'avviso pubblico che ha dato avvio alla procedura per la scelta del promotore non figura alcuna indicazione sui tempi e modalità di svolgimento delle sedute per l'esame delle proposte (tranne l'indicazione, irrilevante ai fini della questione in esame, di un termine di quindici giorni «dalla ricezione della proposta» per la «verifica della completezza dei documenti presentati...»). Un successivo avviso contenente la notizia dell'inizio delle sedute in forma pubblica, è stato affisso al solo Albo Pretorio dell'Unione. Anche se si volesse considerare tale avviso come integrativo dell'avviso pubblico iniziale, la modalità di comunicazione appare inadeguata rispetto agli obblighi di pubblicità posti dall'art. 153 del codice dei contratti. Inoltre, come esattamente dedotto da parte ricorrente, considerato che al momento dell'avviso sulle svolgimento delle sedute, l'amministrazione era a conoscenza delle imprese che avevano

presentato proposte, sarebbe stata adeguata una forma di comunicazione individuale.

La difesa dell'amministrazione sostiene che la procedura di selezione del promotore finanziario non deve essere equiparata ad un procedura di gara vera e propria. Inoltre, poiché la fase di valutazione comparativa delle proposte è solo eventuale; e poiché solo in questa fase si collocano gli apporti partecipativi dei proponenti (sul punto si richiama Cons. St., sez. V, n. 6287/2005), ciò significa che nelle fasi procedimentale precedenti questa facoltà non sussiste.

Le argomentazioni non sono condivisibili. Quanto all'applicabilità del principio di pubblicità anche nelle procedure di project financing, occorre rilevare che l'art. 152 del codice dei contratti prevede che in tali procedure «si applicano le disposizioni della parte I» in cui rientra l'art. 2 che indica i principi di trasparenza e di pubblicità come principi assoluti dei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici. E' chiaro che anche nelle procedure di selezione del promotore finanziario (al pari di quanto si afferma per le procedure in cui il criterio di aggiudicazione è costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa) la regola della pubblicità delle sedute deve trovare applicazione esclusivamente con riguardo alla fase dell'ammissibilità delle proposte, come si è già detto. Mentre debbono svolgersi in forma non pubblica le sedute in cui vengono effettuate le valutazioni comparative della qualità

tecnica delle proposte presentate, in ossequio al principio di imparzialità che implica la sottrazione a pressioni esterne della formazione e della manifestazione di tali valutazioni. In questa fase potranno aversi apporti dei partecipanti solo se espressamente richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Con il quarto, quinto e sesto motivo di ricorso, la ricorrente Fiamma 2000 si duole della procedura di scelta della società di consulenza e dello svolgimento della fase di valutazione delle proposte.

Nell'esame di tali motivi, che può essere condotto unitariamente, occorre distinguere le doglianze con le quali si contesta la procedura contrattuale adottata per la scelta della società di consulenza C.L.S. da quelle relative al ruolo svolto da quest'ultima nell'ambito dell'istruttoria procedimentale.

Le censure circa l'omessa indizione di una gara per il conferimento dell'incarico di consulenza tecnica alla C.L.S. sono inammissibili per la carenza di interesse a proporle da parte della ricorrente Fiamma 2000, posto che non è individuabile un nesso tra modalità di scelta del consulente e imparzialità dell'istruttoria. Le eventuali lesioni alle posizioni giuridiche di Fiamma 2000 derivano, infatti, esclusivamente da uno scorretto (parziale, incompleto, non conforme alle norme tecniche applicabili o comunque carente sotto altri profili) svolgimento dell'istruttoria, ma non dalle modalità di scelta del consulente. In altri e più immediati termini: da una illegittima procedura di

affidamento dell'incarico di consulenza può conseguire lo svolgimento di una istruttoria procedimentale perfettamente legittima.

Passando ad esaminare i rilievi formulati dalla ricorrente in ordine all'esecuzione dell'incarico da parte della C.L.S., essi si appuntano, da un lato, sulla circostanza che la società di consulenza offra i suoi servizi all'associazione nazionale Confservizi, di cui fa parte anche CPL Concordia; dall'altro lato, sulla mancanza di professionalità specifica di chi ha svolto l'incarico di consulenza.

Entrambi i profili sono infondati.

Per quanto concerne il primo, è sufficiente osservare che nessuna prova (o principio di prova) è allegato dalla società ricorrente circa la sussistenza di rapporti tra la società di consulenza e la CPL Concordia. Per cui la dedotta causa di incompatibilità è priva, quantomeno, di concretezza e attualità (anche in relazione alle fattispecie di cui all'art. 51 c.p.c., esteso ai componenti di commissioni giudicatrici dall'art. 84, comma 7, del codice dei contratti: sulla questione, in linea generale, si veda anche quanto condivisibilmente affermato in T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 5 marzo 2002, n. 1666).

Quanto al secondo profilo, dalla documentazione relativa ai curricula vitae dei professionisti che hanno effettuato la consulenza per conto di C.L.S. srl, emergono una serie di

esperienze professionali specifiche che dimostrano l'infondatezza dei dubbi espressi dalla società ricorrente.

Nel sesto motivo si introduce nuovamente la questione della conformità delle due proposte a quanto richiesto dall'avviso pubblico, per quanto concerne l'iniziale avvio della rete con l'utilizzo del GPL e non del metano. Nella relazione conclusiva della società di consulenza si afferma, infatti, la preferenza per la proposta dell'ATI CPL Concordia, la quale prevede «l'utilizzo immediato del metano mentre quella della Fiamma 2000 nasce come progetto che utilizza il GPL e che con la disponibilità del gas metano ... verrebbe adeguata ... alla nuova fonte energetica». Rinviano alle considerazioni svolte sul punto in sede di esame del secondo motivo, alla luce delle stesse si deve ritenere che la valutazione effettuata dai consulenti non appare né illogica o contraddittoria, né in contrasto con le previsioni della *lex specialis*.

Infine, anche il settimo motivo è infondato.

L'art. 154 del codice dei contratti sembra individuare nel responsabile del procedimento l'organo competente ad esprimersi sia sulla fattibilità tecnico economica della proposta sia sulla sua rispondenza al pubblico interesse. In realtà, il responsabile del procedimento, salvo che non rivesta qualifica dirigenziale, non ha alcun potere valutativo proprio, potendo espletare soltanto incombenze istruttorie interne al procedimento, restando, poi, il potere di scelta finale affidato all'autorità tributaria della

correlativa potestà; autorità da identificare in base alle disposizioni che regolano, per ciascuna amministrazione, il riparto di competenze tra organi burocratici e organi di direzione politica (si veda T.A.R. Toscana, 21 maggio 2007, n. 763). Pertanto, mentre non sembra possano sorgere dubbi sul fatto che spetti al dirigente competente per settore pronunciare sulla validità della proposta dal punto di vista tecnico-economico.

Problematico appare, invece, riconoscergli il potere di valutarne la rispondenza al pubblico interesse. Infatti, occorre considerare che la proposta di *project financing* viene ad integrare una scelta, effettuata dall'amministrazione in sede di programmazione, basata unicamente su semplici studi di fattibilità. Gli esatti contorni dell'opera da realizzare vengono delineati, in tutti i suoi aspetti, soltanto nella proposta fatta dal promotore, per cui deve ritenersi che la valutazione sulla conformità dell'intervento al pubblico interesse spetti all'organo competente a fissare, ai più alti livelli, gli orientamenti fondamentali dell'ente (si veda anche Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287). Nell'ordinamento degli enti locali, l'art. 42, comma 2, lettera e), del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, attribuisce alla competenza del Consiglio comunale l'affidamento dei pubblici servizi (nell'ambito dei quali, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 164/2000, rientra anche l'attività di distribuzione di gas naturale). L'art. 32, disciplinando le Unioni di comuni, riserva allo statuto la

individuazione degli organi dell'Unione, secondo i principi previsti per l'ordinamento dei comuni e dunque, in primo luogo, adeguandosi al principio di distinzione tra organi di indirizzo politico e organi di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica (arg. art. 107 del citato d.lgs. n. 167/2000).

Alla luce delle considerazioni svolte è da escludere, pertanto, la possibilità di demandare l'attività valutativa circa la rispondenza della proposta all'interesse pubblico agli organi di gestione amministrativa.

Concludendo l'esame del ricorso principale, esso è fondato quanto alla dedotta violazione del principio di pubblicità delle sedute in cui è stata esaminata l'ammissibilità delle proposte presentate. Il che impone di passare alla trattazione del ricorso incidentale proposto dall'ATI CPL Concordia.

Con il primo motivo del ricorso incidentale si sostiene che la società Fiamma 2000 avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in quanto la proposta è stata sottoscritta da soggetto sfornito di idonei poteri di rappresentanza. La procura non conferirebbe al Sig. Ciambella il potere di formulare offerte o proposte nell'ambito di procedure concorsuali, ma si limita a sottoscrivere e stipulare con le amministrazioni competenti i contratti di concessione per la distribuzione del gas ed i contratti di appalto necessari per la realizzazione della relativa rete.

Il motivo è infondato.

In premessa va precisato che la procura speciale prevede quanto segue: *«sottoscriv(ere) e stipula(re) con le amministrazioni competenti i contratti di concessione per la distribuzione del gas ed i contratti d'appalto necessari per la realizzazione della relativa rete. ... al sunnominato procuratore vengono conferiti tutti i più ampi e necessari poteri perché possa fare quanto si rende utile e necessario per l'espletamento del presente mandato, anche se qui non espressamente indicato, senza che al costituito procuratore possa venire eccepita indeterminatezza o carenza alcuna di poteri».*

L'ampiezza del conferimento deve essere letta sulla scorta dell'art. 1708, primo comma, del codice civile, ai sensi del quale *«il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento».* Ciò giustifica il consolidato principio della giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui *«tra gli atti necessari al compimento del mandato che,- ai sensi dell'art. 1708 c.c., sono ricompresi nel suo ambito, vanno considerati quelli che si riconnettono all'attività espressamente consentita e ne costituiscono l'ulteriore svolgimento naturale, e non anche quelli che non si pongano come necessari e consequenziali per l'adempimento del mandato, costituendone invece un ulteriore sviluppo, attraverso una dilatazione dell'oggetto ("ex multis", Cass. 6353-81, 1911-73, 3784-71, 2662-68: per lo stesso principio, con riferimento ad ipotesi specifiche, cfr. Cass. 2387-*

97, 7891-94 e 11650-92). È del tutto evidente, poi, che, al fine di stabilire contenuto ed estensione del mandato conferito per l'espletamento di una determinata attività, non si può non tener conto di atti il cui compimento è reso obbligatorio dalla legge: dovendosi ritenere, anzi, che in tal caso neppure si ponga concretamente un problema di individuazione dei limiti del mandato - comportante un accertamento rimesso, di regola, al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da logica ed adeguata motivazione -, perché il mandante non può comunque ignorare che il mandatario è tenuto al rispetto della legge» (così Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 1999, n. 5932; si veda anche, nello stesso senso, sez. III, 12 dicembre 2005, n. 27335). Il criterio utilizzabile è, quindi, quello della connessione necessaria tra l'atto giuridico indicato esplicitamente quale oggetto del mandato e l'atto compiuto dal mandatario, ossia un criterio che si basa sul rapporto tra gli atti e non prende in considerazione il loro contenuto. In questa prospettiva appare conseguentemente irrilevante stabilire se l'atto compiuto dal mandatario sia qualificabile di ordinaria o straordinaria amministrazione; o se, come viene argomentato dalla ricorrente incidentale, la proposta di *project financing* abbia «una portata obbligatoria ben più vasta di qualsiasi altra offerta di gara ed evidentemente ben più vasta rispetto alla semplice sottoscrizione di un contratto d'appalto» (memoria del 22 maggio 2008, p. 4)

La formula utilizzata nella procura speciale in esame è, pertanto, sufficientemente ampia per ritenere compreso in essa anche il potere di presentare la proposta di *project financing*, atto che nelle procedure di selezione pubbliche costituisce il necessario antecedente ai fini della (eventuale) stipula del contratto o della concessione.

Con il secondo motivo del ricorso incidentale si sostiene che la proposta presentata dalla società Fiamma 2000 s.p.a. non avrebbe dovuto superare la fase della valutazione di fattibilità, in quanto il progetto preliminare non riguarderebbe la realizzazione di una rete di distribuzione del gas metano, bensì del GPL.

Il motivo è infondato.

Occorre muovere dal giudizio conclusivo sulla fattibilità tecnica ed economica che ha trovato espressione nella relazione conclusiva del R.U.P. in data 6 agosto 2007. Giudizi che, in questa sede di legittimità, possono essere oggetto di controllo giurisdizionale solo per quanto concerne la loro manifesta irrazionalità, illogicità o contraddittorietà. Nel caso di specie, la valutazione complessiva espressa sulla proposta di Fiamma 2000 s.p.a. non presenta tali vizi, considerato che, in premessa, le due proposte vengono giudicate «*redatt(e) con professionalità, degn(e) di giust(a) considerazion(e) ed apprezzament(o)*» e che, pur rilevando che la proposta di Fiamma 2000 «nasce come progetto che utilizza GPL», non contiene un giudizio di non fattibilità.

Pertanto, non sussiste nemmeno la dedotta contraddittorietà tra motivazioni e dispositivo (con riguardo alla decisione di ammettere la proposta di Fiamma 2000 alla valutazione comparativa).

In definitiva, deve essere accolto il ricorso principale e respinto il ricorso incidentale.

Sussistono validi motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti di spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna – Sezione Prima – pronunciandosi definitivamente accoglie in parte il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla la deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Unione dei Comuni del Basso Campidano 11 Agosto 2007, n. 30.

Rigetta il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nella Camera di Consiglio del 28 maggio 2008 ed in prosieguo del 15 settembre 2008, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei Signori:

Paolo Numerico Presidente

Grazia Flaim Consigliere

Giorgio Manca Referendario – estensore

Depositata in segreteria oggi: 18/09/2008

Il Direttore di sezione