



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 1720 del 2005, proposto dal Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, quale mandatario delle imprese Gima Industria s.r.l. e Sigesa s.p.a., rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Alessandri, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Flaminia, n. 197

contro

il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della Provincia di Frosinone, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Baldassarra, con domicilio eletto presso l'avvocato Antonino Cascio Gioia in Roma, via Vincenzo Brunacci, n. 19

e con l'intervento di

la s.p.a. Navarra, rappresentata e difesa dall'avvocato Pier Luigi Ceci, con domicilio eletto presso l'avvocato Anna Maria Venchi in Roma, viale Mazzini, n. 142

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sezione staccata di Latina, 16 novembre 2004, n. 1172,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Alessandri e Cascio Gioia per delega dell'avvocato Baldassarra.

FATTO e DIRITTO

1.– Con la delibera del 13 maggio 1999, n. 110, il Consorzio per lo sviluppo industriale di Frosinone (d'ora in avanti Consorzio a.s.i.) aggiudicava ad una associazione temporanea di imprese – costituita dal Consorzio cooperative costruzioni, in qualità di mandataria, Castalia Sistemi idrici s.p.a. (oggi Sigesa s.p.a.) e Gima Industria s.r.l. – «l'appalto concorso per l'affidamento della gestione tecnica e la manutenzione delle infrastrutture consortili». L'art. 8 del contratto stipulato, nell'indicare le prestazioni accessorie dell'appaltatore, disponeva che la medesima associazione fosse «obbligata a propria cura e spese a provvedere alla evacuazione definitiva dei fanghi

prodotti dagli impianti, previa apposita autorizzazione nonché accordo sui prezzi» tra le parti.

1.1.– Con bando del 4 giugno 2004, il Consorzio a.s.i. ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del «servizio di carico, trasporto, pesa e smaltimento dei rifiuti prodotti dai depuratori consortili delle acque reflue degli agglomerati industriali di Frosinone, Cassino e Pontecorvo».

Con ricorso n. 1172 del 2004, tale bando è stato impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sezione staccata di Latina, dal Consorzio cooperative costruzioni, che ne ha dedotto la illegittimità per contrasto con una precedente deliberazione del 19 dicembre 2001, n. 245, dello stesso Consorzio a.s.i., con la quale il medesimo servizio di «evacuazione dei fanghi era stato ad essa assegnato in attuazione di quanto previsto dal citato art. 8 del contratto di appalto.

1.2.– Il Tribunale adito, con sentenza 16 novembre 2004, n. 1172, ha rigettato il ricorso, rilevando che la prestazione in esame non era inclusa nel contenuto dell'originario contratto, ma derivava da un «titolo diverso» rappresentato dall'autorizzazione del Consorzio industriale. Nel caso in esame l'autorizzazione sarebbe intervenuta con la citata deliberazione n. 245 del 2001, la quale, però, si afferma nella sentenza, lasciava fermo «l'esercizio dell'autonomia ed autotutela dell'ente oltre la propria facoltà di interrompere e revocare l'affidamento per motivi tecnici, pratici, logistici ed economici, con

conseguente rinegoziazione del prezzo». La durata del rapporto era stata, pertanto – rileva il Tar – sottoposta al rispetto della «clausola rebus sic stantibus», con la conseguenza che l'amministrazione appaltante aveva il potere di indire, come ha fatto con il provvedimento impugnato, una nuova procedura concorsuale avente il medesimo oggetto.

2.– Con l'atto di appello, indicato in epigrafe, la sentenza del Tar è stata impugnata dal Consorzio cooperative costruzioni per i motivi indicati nei successivi punti.

2.1.– Si è costituito in giudizio il Consorzio a.s.i., chiedendo che l'appello venga rigettato.

2.2.– E' intervenuto in giudizio Navarra s.p.a., alla quale è stato aggiudicato l'appalto oggetto di impugnazione nel processo di primo grado, per opporsi alle richieste dell'appellante.

2.3.– Con il decreto presidenziale del 4 aprile 2011, n. 127, è stato dichiarato perento il giudizio di secondo grado per mancanza della nuova istanza di fissazione di udienza prevista dall'art. 1 dell'all. 3 del codice del processo amministrativo. Con successivo decreto presidenziale del 7 novembre 2011, n. 2756, il precedente decreto è stato revocato per avere la parte dichiarato di avere ancora interesse alla trattazione della causa, la quale, pertanto, è stata fissata per l'udienza pubblica del 10 gennaio 2012.

3.– L'appello non è fondato.

3.1.– In via preliminare è necessario qualificare correttamente

L'operazione negoziale posta in essere dalle parti del giudizio.

L'art. 8 del contratto di appalto, il cui contenuto è stato ripreso nell'art. 6 del disciplinare, disponeva, come già sottolineato, che il Consorzio aggiudicatario fosse obbligato «a propria cura e spese a provvedere alla evacuazione definitiva dei fanghi prodotti dagli impianti, previa apposita autorizzazione nonché accordo sui prezzi».

Tale clausola negoziale, diversamente dalla configurazione operata dal giudice di primo grado, prevedeva un meccanismo – il giudizio sulla cui validità esula dalla presente controversia – di modificazione del rapporto contrattuale nel corso del suo svolgimento, che rimetteva la sua operatività ad un atto unilaterale della stazione appaltante e ad un successivo accordo sul prezzo del servizio. Le parti, pertanto, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno contemplato una sorta di *ius variandi* del contenuto del contratto da attuarsi mediante un atto di autorizzazione dell'amministrazione, nonché un accordo di definizione del prezzo. A tale atto, è bene precisare, deve essere attribuita – avendo riguardo alla formulazione letterale della clausola che lo prevede e alla concorde qualificazione operata dalle stesse parti del giudizio – natura di provvedimento amministrativo. In definitiva, le parti hanno previsto che spetta ad una di essa – l'amministrazione aggiudicatrice – stabilire, nell'esercizio di un potere pubblico, se il contenuto del contratto di appalto dovesse o meno essere modificato nella fase di esecuzione.

Ai fini della risoluzione della controversia è, pertanto, necessario

accertare se tale potere sia stato esercitato con ampliamento del contenuto del contratto anche al servizio di evacuazione dei fanghi e conseguente illegittimità della decisione di indire una procedura concorsuale avente il medesimo oggetto.

3.2.– Con un primo motivo, l'appellante assume che tale efficacia si sarebbe prodotta in quanto, con nota del Consorzio A.s.i. del 4 luglio 2001, n. 2197, sarebbe stata accettata, con decorrenza immediata, la proposta del Consorzio cooperative costruzioni di procedere alla evacuazione dei fanghi.

Il motivo non è fondato.

La predetta delibera non può avere la valenza sopra indicata, in quanto la stessa – oltre ad ampliare, come eccepito dall'amministrazione resistente, il thema decidendum definito dall'atto introduttivo del giudizio di primo grado – è stata adottata da un soggetto, il «capo servizio gestioni», non legittimato a manifestare all'esterno la volontà dell'ente e, soprattutto, il suo contenuto è stato di fatto “superato” dalla successiva deliberazione del 19 dicembre 2001 n. 245.

3.3.– Con un secondo motivo l'appellante rileva che, anche qualora si volesse fare riferimento alla predetta deliberazione n. 245 del 2001, successiva a quella del 4 luglio 2001, la stessa non potrebbe mai «riguardare aspetti di cui l'amministrazione ha già disposto, vincolandosi contrattualmente ad un determinato regolamento negoziale». Non sarebbe, pertanto, consentito alla stazione

appaltante disporre «del termine di efficacia del contratto» e attribuire «un diritto potestativo non previsto contrattualmente» o stabilire «una ulteriore clausola risolutiva espressa rispetto a quelle già previste in contratto». La parte aggiunge come, in ogni caso, la clausola contenuta nella richiamata delibera sarebbe nulla, sia perché indeterminata, con violazione dell'art. 1346 cod. civ., sia perché integrerebbe una condizione meramente potestativa vietata dall'art. 1355 cod. civ.

Anche tale motivo non può trovare accoglimento.

La delibera in esame, pur avendo autorizzato il Consorzio cooperative costruzioni a provvedere ad evacuare i fanghi per la durata dell'appalto e al prezzo ivi indicato, ha aggiunto che rimane fermo «l'esercizio dell'autonomia ed autotutela dell'ente oltre che la propria facoltà di interrompere e revocare l'affidamento per motivi tecnici, pratici, logistici ed economici, con conseguente rinegoziazione del prezzo». La stazione appaltante ha, pertanto, ben potuto esercitare il potere di modificazione unilaterale del rapporto in attuazione della clausola negoziale sopra riportata, ma al tempo stesso ha mantenuto ferma la precarietà delle prestazioni in concreto concordate, riservandosi l'esercizio di un potere di revisione dell'affidamento.

A tale decisione riguardante il potere unilaterale di avvalersi delle prestazioni dell'appellante, posto a base del complessivo assetto di interessi delle parti, va riconosciuta, per le ragioni indicate, natura

provvedimentale ed essa non può essere oggetto di contestazione nel presente giudizio, in quanto non è stata a suo tempo oggetto di impugnazione nel previsto termine decadenziale.

In ogni caso la delibera si sottrae alle censure prospettate in quanto, da un lato, la clausola contenuta nel contratto di appalto non pone alcun limite o condizione alle modalità di esercizio del potere autorizzatorio (in conformità all'art. 6 del disciplinare), dall'altro l'appellante evoca vizi che sono propri dei negozi di diritto privato e in quanto tali non possono essere trasposti sul diverso piano della validità degli atti amministrativi (ben potendo l'amministrazione perseguire l'interesse pubblico, nel valutare la convenienza o l'eccessività dei corrispettivi chiesti da chi si era manifestato disponibile ad effettuare il servizio).

Sotto altro aspetto, deve rilevarsi che non è stata specificamente contestata la deliberazione del 27 ottobre 2003, n. 197, con la quale l'ente – valutando i costi della evacuazione e i connessi interessi pubblici – ha esternato le ragioni della interruzione del rapporto negoziale, nonché ha manifestato la volontà, poi attuata, di indire una nuova procedura concorsuale, qualora non fossero state accettate talune condizioni inerenti la gestione del servizio in esame.

3.4.– Con l'ultimo motivo si assume la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento che ha portato all'indizione di una nuova procedura di gara.

Sul punto – a prescindere da qualunque valutazione inerente alla necessità di tale comunicazione – è sufficiente rilevare che la stazione appaltante ha dimostrato che la predetta deliberazione consortile n. 197 del 2003 – con la quale, come già sottolineato, si è deciso di procedere ad una nuova gara – è stata trasmessa, con nota del 28 novembre 2003 n. 4239, all'appellante, che ha ritenuto di non giungere ad ulteriori accordi con l'ente.

4.– In definitiva, non avendo, per le ragioni sin qui esposte, il bando impugnato in primo grado quale oggetto prestazioni rientranti nell'ambito di una aggiudicazione ancora efficace, l'appello deve essere rigettato e, per l'effetto va confermata, sia pure con una parziale modifica della motivazione, la sentenza di primo grado.

5.– In applicazione del principio della soccombenza, va condannato l'appellante al pagamento delle spese e competenze del giudizio di appello, nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, n. 1720 del 2005 indicato in epigrafe, lo rigetta, nei sensi di cui in motivazione, con condanna dell'appellante al pagamento di euro 10.000,00 (diecimila) a favore del Consorzio per l'area di sviluppo industriale della Provincia di Frosinone ed euro 5.000,00 (cinquemila) a favore dell'interveniente Navarra s.p.a, per le spese e competenze del giudizio di appello, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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