

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Procura alle liti - Rilasciata al difensore dal legale rappresentante di un Comune - Per la costituzione dell'Ente locale - Nel caso in cui sia possibile identificare con certezza il ricorso cui l'Ente territoriale intende resistere - Validità - Circostanza che la procura contiene alcune carenze contenutistiche - Irrilevanza - Fattispecie.**

**Tar Sicilia - Catania, Sez. III, 23 settembre 2022, n. 2654**

*“[...] le carenze contenutistiche rilevate dalla parte ricorrente non sono tali da impedire l'identificazione in maniera certa del ricorso cui si vuole resistere. Tale finalità è infatti soddisfatta pienamente dall'indicazione, in seno alla procura alle liti, della controparte alla quale si intende resistere [...] e dell'organo giudiziario [...] presso cui pende il ricorso. La chiara indicazione dell'organo giurisdizionale presso cui è incardinata la lite esclude in radice la possibilità che la procura alle liti faccia riferimento ad un giudizio diverso da quello amministrativo, nonostante il richiamo a incumbenti estranei al processo amministrativo quale il “tentativo di conciliazione”. Inoltre, non constando la contemporanea pendenza tra le stesse parti di altri giudizi presso il medesimo ufficio giudiziario, è da escludere financo la possibilità che la procura de qua sia stata rilasciata per un diverso giudizio amministrativo. Per il resto, la procura in questione si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce, nonostante sia stata rilasciata su foglio separato, poiché la relativa copia informatica, sottoscritta con firma digitale, è stata depositata con modalità telematica unitamente alla memoria di costituzione in osservanza dell'art. 83, c.p.c. e dell'art. 8, comma 3, del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (“Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico”) che testualmente prevede: “La procura alle liti si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce: [...] b) quando è rilasciata su foglio separato del quale è estratta copia informatica, anche per immagine, depositato con modalità telematiche unitamente all'atto a cui si riferisce [...]”.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Alcamo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2022 il dott. Bartolo Salone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la AEnergia s.r.l. ha proposto, ai sensi dell'art. 30, c.p.a., azione di risarcimento dei danni subiti quale soggetto aggiudicatario della procedura indetta dal Comune di Alcamo con delibere consiliari n. 85 del 27 luglio 2006 e n. 52 del 7 agosto 2007, finalizzata alla selezione del socio privato per la costituzione della società per azioni a maggioranza privata denominata "Alcamo Energia Spa".

A tale riguardo, ha esposto in fatto che:

- in data 18 gennaio 2010 il Comune di Alcamo inviava ad AEnergia s.r.l. ed al Consorzio Nazionale Cooperativo di Produzione e Lavori "Ciro Menotti" una lettera d'invito a partecipare alla procedura concorsuale ristretta ad evidenza pubblica per la selezione dei soci privati per la costituzione della società per azioni, a maggioranza privata, denominata "ALCAMO ENERGIE S.P.A.", ai sensi del D.P.R. n. 533/96, finalizzata alla gestione integrata dei fabbisogni energetici dell'Amministrazione Comunale nel territorio di Alcamo;
- insieme con la lettera d'invito alla presentazione di offerte, veniva inviato il capitolato d'oneri, uno schema di statuto della costituenda società ed uno schema di contratto\convenzione inteso a regolare i rapporti tra il Comune e la società mista e permetterne il funzionamento;
- nel capitolato d'oneri, in particolare all'art. 2, l'Amministrazione effettuava una puntuale descrizione dell'oggetto sociale della costituenda Alcamo Energie, a cui dovevano essere affidati, in via esclusiva, la gestione dell'energia in favore dell'amministrazione, nonché la progettazione e la realizzazione di tutte le opere ed infrastrutture necessarie allo svolgimento del servizio di gestione, con espresso riferimento ai progetti già approvati dalla Giunta comunale, per l'ammontare di € 27.712.242,00;
- il Comune di Alcamo, al fine di permettere la realizzazione dell'oggetto sociale, si impegnava – all'art. 2 del capitolato d'oneri – alla stipula di apposita convenzione con la costituenda società mista, di cui allegava uno schema;
- successivamente, in data 14 ottobre 2010, la procedura veniva aggiudicata all'A.T.I. composta da AEnergia s.r.l. e Consorzio Nazionale Cooperativo di Produzione e Lavori "Ciro Menotti", con determinazione dirigenziale del Settore VII – Pianificazione e Sviluppo del Territorio n. 2410, e in data 22 agosto 2012 veniva quindi costituita la società mista Alcamo Energie s.p.a., tra il Comune di Alcamo, azionista al 20%, e l'A.T.I. aggiudicataria, azionista all'80%;
- nonostante la costituzione della società mista, la stessa non diventava mai operativa, stante l'immotivato rifiuto del Comune di Alcamo di sottoscrivere il contratto-convenzione al quale si era obbligato;

– in seguito a molteplici atti di diffida rivolti dai soci privati al Comune di Alcamo per la sottoscrizione della convenzione per la regolazione dei rapporti tra l'Amministrazione comunale e la società mista, nell'impossibilità di garantirne il raggiungimento dello scopo e dell'oggetto sociale, i soci si riunivano in assemblea straordinaria, deliberandone lo scioglimento in data 23 giugno 2014.

Ritenendo che la condotta del Comune rientri nell'alveo della responsabilità precontrattuale e, precisamente, che questi sia venuto meno ai propri obblighi di correttezza (art. 1337 c.c.) nella conduzione delle trattative tese alla stipulazione della convenzione-contratto occorrente per il concreto avvio dell'attività della società mista Alcamo Energie s.p.a., la AEnergie s.r.l. ha adito codesto Giudice amministrativo al fine di sentir dichiarare la lesione del proprio affidamento incolpevole alla conclusione del contratto e del proprio diritto ad autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali e di ottenere la condanna del Comune di Alcamo al risarcimento dei danni conseguenti, tanto per le spese vanamente sostenute per partecipare alla gara e costituire la società poi disciolta (danno emergente) quanto per il mancato conseguimento degli utili attesi (lucro cessante) e la perdita della chance di arricchimento professionale (danno curriculare).

Costitutosi in giudizio con memoria depositata il 4 luglio 2022, il Comune di Alcamo ha dedotto, nell'ordine:

1) il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, in quanto la controversia in oggetto, relativa alla lesione di un diritto soggettivo, attiene non alla procedura di evidenza pubblica, esauritasi con l'individuazione dei soci privati e la costituzione della società mista, bensì alla fase di svolgimento del rapporto di impresa tra la società Alcamo Energie s.p.a. e il Comune di Alcamo, ponendosi quindi al di fuori del perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quale è delimitato dall'art. 133, comma 1, lett. e-1), c.p.a.;

2) l'irricevibilità della domanda risarcitoria autonoma, proposta ai sensi dell'art. 30, c.p.a. oltre il termine di decadenza (120 giorni) ivi indicato, asseritamente decorrente dalla data della delibera di G.M. n. 212/2014 con la quale l'Amministrazione comunale ha dato indicazioni di voto al proprio rappresentante in vista dell'assemblea straordinaria che ha deliberato lo scioglimento della società il 23 giugno 2014;

3) il difetto di legittimazione dei soci privati ad agire in proprio per far valere il presunto obbligo del Comune di concludere il contratto-convenzione con la società mista e, conseguentemente, la responsabilità risarcitoria derivante dall'inadempimento di tale obbligo nei confronti di Alcamo Energie s.p.a.;

4) nel merito, l'impossibilità di postulare un affidamento incolpevole, in capo ai soci privati della società mista, alla futura conclusione del contratto-convenzione con il Comune, tenuto conto, da un lato, della revoca (nota alla società ricorrente al tempo della costituzione della società mista) dei finanziamenti regionali richiesti per l'avvio dell'attività progettuale e, dall'altro, della facoltà, che l'Amministrazione si era espressamente riservata nella lettera-invito del 2010, di "*non procedere alla sottoscrizione della convenzione definitiva*", in caso "*di mancato ricevimento e/o definizione dei benefici finanziari concessi a valere sui fondi regionali di cui alle linee 1 e 3 dell'A.P.Q. Energia (Decreti di finanziamenti Assessorato regionale industria)*";

5) la mancanza di prova del danno, l'arbitrarietà dei conteggi allegati al ricorso e l'incompatibilità di talune voci di danno (come il lucro cessante per il mancato conseguimento degli utili attesi) con la particolare natura della responsabilità (precontrattuale) fatta valere.

Con memoria del 29 luglio 2022, la ricorrente, nel replicare ai rilievi di controparte, ha contestato la validità della procura alle liti rilasciata ai difensori dell'Amministrazione, dubitando della riferibilità della procura al giudizio in corso e dello *ius postulandi* dei difensori medesimi.

All'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2022, il ricorso è stato posto in decisione.

#### DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio deve dare atto della validità della procura alle liti rilasciata dal legale rappresentante pro-tempre del Comune di Alcamo agli avvocati Salvatore Bonghi e Silvana Maria Calvaruso per la costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale nel presente giudizio. Ed invero, le carenze contenutistiche rilevate dalla parte ricorrente non sono tali da impedire l'identificazione in maniera certa del ricorso cui si vuole resistere. Tale finalità è infatti soddisfatta pienamente dall'indicazione, in seno alla procura alle liti, della controparte alla quale si intende resistere (AEnergia s.r.l.) e dell'organo giudiziario (Tribunale Amministrativo Regionale di Palermo) presso cui pende il ricorso. La chiara indicazione dell'organo giurisdizionale presso cui è incardinata la lite esclude in radice la possibilità che la procura alle liti faccia riferimento ad un giudizio diverso da quello amministrativo, nonostante il richiamo a incumbenti estranei al processo amministrativo quale il "*tentativo di conciliazione*". Inoltre, non constando la contemporanea pendenza tra le stesse parti di altri giudizi presso il medesimo ufficio giudiziario, è da escludere financo la possibilità che la procura de qua sia stata rilasciata per un diverso giudizio amministrativo. Per il resto, la procura in questione si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce, nonostante sia stata rilasciata su foglio separato, poiché la relativa copia informatica, sottoscritta con firma digitale, è stata depositata con modalità telematica unitamente alla memoria di costituzione in osservanza dell'art. 83, c.p.c. e dell'art. 8, comma 3, del D.P.C.M. 16 febbraio 2016,

n. 40 (“Regolamento recante le regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico”) che testualmente prevede: *“La procura alle liti si considera apposta in calce all’atto cui si riferisce: [...] b) quando è rilasciata su foglio separato del quale è estratta copia informatica, anche per immagine, depositato con modalità telematiche unitamente all’atto a cui si riferisce”*.

Alla luce dei superiori rilievi, pare al Collegio che la procura alle liti – già pienamente conforme sul piano formale alla normativa – abbia comunque raggiunto, nonostante le carenze contenutistiche evidenziate dalla parte ricorrente, lo scopo suo proprio, che è quello di investire il procuratore della rappresentanza in giudizio della parte resistente per la controversia per cui è causa, con conseguente venir meno delle cause di nullità ai sensi dell’art. 156, commi 2 e 3, c.p.c.

Tanto premesso, con il presente ricorso la società AEnergia s.r.l. chiede il risarcimento dei danni asseritamente derivati dalla mancata sottoscrizione del contratto-convenzione tra il Comune di Alcamo e la società mista di nuova costituzione, rivendicando la titolarità di una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo a fronte della lesione, da parte del Comune, dell’affidamento incolpevole riposto, quale socio privato di Alcamo Energie s.p.a., sulla effettiva operatività della società mista, rimasta invece inattiva per colpa dell’Amministrazione comunale fino al suo scioglimento.

Ritenendo che la procedura di affidamento trovi il suo naturale compimento solo con la sottoscrizione del contratto finale volto a garantire l’operatività della società mista da lei partecipata in quota maggioritaria, la parte ricorrente ravvisa nell’inerzia del Comune in ordine alla stipulazione del contratto-convenzione con la società mista di cui è socia gli estremi della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* e riconduce la controversia in esame all’interno del perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e-1, c.p.a.

Il ragionamento seguito dalla parte ricorrente in punto di giurisdizione, tuttavia, a parere del Collegio, non può essere condiviso, in quanto non tiene adeguato conto né della peculiarità della procedura di evidenza pubblica oggetto della controversia in esame né dell’orientamento di recente assunto dalla giurisprudenza di legittimità in tema di riparto di giurisdizione nell’ambito delle gare c.d. “a doppio oggetto” dirette alla selezione del socio privato di una società mista pubblico-privata da costituire per l’esercizio di un pubblico servizio.

Ebbene, in base all’art. 133, primo comma, lett. e), cod. proc. amm., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative *“a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei*

*procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.*

Rispetto a una normale procedura di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la gara c.d. “a doppio oggetto” – secondo la definizione normativa attualmente rinvenibile nell’art. 17, comma 1, d. lgs. n. 175/2016 – si connota per avere “*a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l’acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l’affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell’attività della società mista*”.

Il concetto insito nella locuzione “gara a doppio oggetto” è tuttavia ambiguo e in parte anche improprio, in quanto potrebbe indurre a ritenere esistente un correlato doppio esercizio delle facoltà amministrative, quando invece la procedura di evidenza pubblica ha in tal caso un unico oggetto, che attiene per l’appunto alla individuazione del socio privato. Invero, nelle fattispecie di cui al citato d.lgs. n. 175 del 2016, l’affidamento dei servizi semplicemente (e per espressa disposizione) consegue a tale selezione, essendo basato sulla deliberazione adottata a monte. Ne consegue che in una gara siffatta la procedura di affidamento può ritenersi conclusa con la selezione del socio privato, mentre le determinazioni ulteriori della parte pubblica, riguardanti il concreto svolgimento del servizio o dell’attività ricompresa nell’oggetto sociale della società mista di nuova costituzione, attengono a rapporti paritetici (così Cass., sez. un., ord. n. 11257/22).

Ciò ha degli innegabili riflessi in punto di riparto di giurisdizione, poiché – come chiarito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte – “*nei contratti di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell’attività di una società mista, con l’avvenuta cessione delle quote e la conclusione della procedura di selezione [...] per l’ingresso del socio privato nella compagine originaria, si attua la fattispecie della società mista pubblico-privata e, contemporaneamente, si chiude la fase involgente la giurisdizione esclusiva; dopo di che niente altro rileva che l’esercizio dei conseguenti comuni poteri di natura privatistica, tali da assoggettare la controversia agli ordinari criteri di riparto in base alla posizione che la domanda, sotto il profilo del “petitum” sostanziale, è diretta a tutelare*” (ancora, Cass., sez. un., ord. n. 11257/22).

Nel caso di specie, la gara di cui si discute rientra nell’alveo di quelle per la selezione del socio privato nelle società a partecipazione mista, pubblico-privata, di cui all’art. 17 del d.lgs. n. 175 del 2016, costituita in vista della gestione integrata dei fabbisogni energetici dell’Amministrazione Comunale nel territorio di Alcamo.

La presente controversia, originata dalla pretesa lesione di una posizione di diritto soggettivo del socio privato a fronte della condotta – che si assume negozialmente scorretta – del Comune di

Alcorno in ordine alla mancata stipulazione della convenzione che avrebbe dovuto regolare i rapporti tra l'ente pubblico e la società mista, si colloca a valle dell'esaurimento della procedura di evidenza pubblica indetta per la selezione del socio privato, collocandosi quindi al di là del perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Peraltro, non venendo in considerazione in questa fase l'esercizio di poteri pubblicistici, bensì soltanto rapporti paritetici tra la neo costituita società mista e l'ente pubblico beneficiario esclusivo dei servizi di quest'ultima, la giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposta con il ricorso non potrà che essere devoluta alla cognizione del giudice ordinario in base all'ordinario criterio di riparto fondato sulla natura della posizione soggettiva che la domanda, sotto il profilo del *petitum* sostanziale, è diretta a tutelare.

Ne consegue che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione di questo giudice amministrativo, dovendo nella fattispecie essere riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale il giudizio dovrà essere riproposto a cura della parte ricorrente, *ex art.* 11, comma 2 c.p.a., entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

Le spese del giudizio sono compensate, attesa la peculiarità dei profili di giurisdizione sottesi al ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere

Bartolo Salone, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO

---