

REPUBBLICA ITALIANA N. 495/04 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 2396 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2003

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2396 del 2003 proposto dall'Impresa individuale Mancini Vincenzo, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sala, con domicilio eletto presso gli avv.ti Michele Pagano e Germano Paolini in Roma, viale Regina Margherita n. 42;

CONTRO

la Cooperativa Sociale di Volontariato a r.l. EMMAUS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Mittiga Zandri, con domicilio eletto in Roma, lungotevere Michelangelo n. 9;

e nei confronti del

Comune di Frosinone, in persona del sindaco p.t., non costituito in giudizio;

Polisportiva Euroclub, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del TAR Lazio, sezione di Latina, 14 gennaio 2003, n. 1;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 2 dicembre 2003 il Consigliere Aldo Fera;

Uditi per le parti gli avv.ti Sala e Mittiga Zandri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il signor Mancini Vincenzo, titolare dell'omonima impresa individuale di edilizia artigiana, in data 29 giugno 2001 proponeva al Comune di Frosinone ai sensi dell'art. 37 bis legge n. 109/94 la realizzazione di opere di manutenzione straordinaria, di copertura e di impianti tecnologici da effettuarsi sugli impianti sportivi comunali siti in Frosinone, via Adige 30. Il Comune di Frosinone, con delibera di Giunta Comunale dell'8 giugno 2001 accoglieva la proposta dell'Impresa Mancini ed avviava la procedura di gara prevista dall'art. 37 quater, comma primo, lett. a) della stessa legge.

Al termine della gara preliminare, l'amministrazione individuava nella Cooperativa Sociale di Volontariato a r.l. EMMAUS la ditta legittimata a partecipare alla procedura negoziata con la promotrice Impresa Mancini. A conclusione di questa seconda fase, l'amministrazione comunale, sulla scorta del parere reso dall'apposita Commissione, nella seduta del 3 maggio 2002, aggiudicava la gara al soggetto promotore, come da determina n. 129 dell'11 giugno 2002.

Il provvedimento finale, con tutti gli atti del relativo procedimento, sono stati impugnati davanti a Tar del Lazio, sezione di Latina, dalla cooperativa sociale questione. Il primo giudice, con la sentenza specificate rubrica, ha accolto il ricorso ed annullato gli atti impugnati, avendo ritenuto che l'impresa Mancini, pur avendo dimostrato i requisiti per lo svolgimento della funzione di promotore di cui all'articolo 98 del regolamento sui lavori pubblici, approvato con il DPR 21 dicembre 1999 n. 554, non aveva poi dimostrato il possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura negoziata, come previsto dal successivo articolo 99.

La sentenza è stata impugnata dall'impresa Mancini, che prospetta i seguenti

Motivi di appello:

1) difetto di legittimazione della ricorrente in primo grado. Secondo l'appellante, anche ove fosse stato accertato che l'impresa Mancini non era in possesso dei

requisiti, la procedura negoziata avrebbe dovuto essere interrotta per mancanza di un concorrente necessario;

2) difetto di legittimazione attiva della cooperativa EMMAUS. La partecipazione del promotore alla procedura negoziata è condizione necessaria per lo svolgimento della stessa, per cui amministrazione avrebbe dovuto rinnovare l'intera procedura negoziata, con l'invito al promotore a documentare i requisiti di partecipazione;

3) l'impresa Mancini, comunque, aveva dimostrato il possesso dei requisiti avendo dichiarato che "ai fini dell'affidamento in concessione, si assocerà con l'associazione sportiva Euroclub di Frosinone, creando una società di progetto di cui all'articolo 37/quinquies della legge 11 febbraio 1994 n. 109, la quale avrà i requisiti richiesti dall'articolo 98 del d.p.r. n. 554/99". Aggiunge poi l'appellante che in sede di offerta migliorativa, l'associazione Euroclub aveva allegato un'autocertificazione, dalla quale si manifestava chiaramente, oltre alla condivisione dell'offerta, la volontà di associarsi con l'impresa Mancini. Dopo l'aggiudicazione infine, aveva prodotto l'atto costitutivo della preannunciata società di progetto nonché una dettagliata dichiarazione della Euroclub relativa al possesso dei requisiti previsti dal punto 11.6 del bando di gara .

4) l'appellante controbatte poi il secondo motivo di ricorso di primo grado, dichiarato assorbito dal primo giudice.

L'appellante conclude chiedendo, in riforma della sentenza di cui all'epigrafe, il rigetto del ricorso di primo grado.

Resiste all'appello la cooperativa EMMAUS , che contesta la fondatezza delle tesi avversarie e conclude per il rigetto dell'appello.

DIRITTO

L'appello proposto da Vincenzo Mancini è infondato.

La sentenza di primo grado, in accoglimento del ricorso presentato dalla Cooperativa Sociale di Volontariato a r.l. EMMAUS, ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa Mancini, promotrice dell'iniziativa, avendo ritenuto che quest'ultima, pur avendo dimostrato i requisiti per lo svolgimento della funzione di promotore di cui all'articolo 98 del regolamento sui lavori pubblici, approvato con il DPR 21 dicembre 1999 n. 554, non aveva poi dimostrato, al momento della

procedura negoziata, il possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura medesima, come previsto dal successivo articolo 99.

Gli articoli 37 bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunti dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, ed integrati dall'articolo 7 della legge primo agosto 2002, n. 166, disciplinano la realizzazione di opere pubbliche su iniziativa del "promotore" secondo un procedimento complesso articolato in varie fasi, che trovano momento culminante nell'aggiudicazione della concessione "mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte" selezionati mediante un'apposita gara, ovvero "nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto" fra il promotore e questo unico soggetto.

Nel caso di specie, la procedura negoziata si è svolta tra l'appellante, impresa Mancini, e l'appellata, cooperativa sociale EMMAUS, unico soggetto selezionato al termine della gara.

L'appellante contesta, sotto vari profili, la sentenza di primo grado ed, in via cautelativa, controbatte le tesi avversarie contenute nei profili censura assorbiti dal Tar.

Con i primi due motivi di appello, nella sostanza, si sostiene che, ove non fosse stato accertato il possesso dei requisiti in capo al promotore, la procedura negoziata avrebbe dovuto essere interrotta per mancanza di un concorrente necessario, ed inoltre che, in tal caso, l'amministrazione avrebbe dovuto rinnovare l'intera procedura negoziata, con l'invito al promotore a documentare i requisiti per la partecipazione.

L'assunto non ha pregio, in quanto la procedura negoziale ha un'indubbia natura concorsuale fra soggetti preselezionati nelle diverse fasi della procedura complessa. Come tale, pertanto, non si sottrae ai principi di "par condicio" e di "economicità e speditezza" delle operazioni concorsuali. Quanto al primo aspetto, appare evidente come entrambi i concorrenti debbano essere posti nelle stesse condizioni di partecipazione al confronto, anche sotto il profilo degli oneri procedurali concernenti la dimostrazione del possesso dei requisiti per l'aggiudicazione, posti a garanzia dell'amministrazione. Quanto al secondo, è altrettanto evidente come i criteri di economicità e di speditezza, da cui è retta l'azione amministrativa, si oppongono ad una interpretazione secondo la quale al promotore sarebbe accordata la facoltà di dimostrare anche in un secondo momento il possesso dei requisiti per l'aggiudicazione.

L'affermazione, poi, secondo la quale la mancata partecipazione alla procedura negoziale del promotore, o la sua esclusione per ragioni di ordine formale, determinerebbero l'arresto del procedimento e la necessità della sua rinnovazione fin dall'atto di iniziativa, non trova riscontro nella lettera della legge ed è, inoltre, priva di coerenza con i principi generali nella materia dei contratti pubblici, in quanto subordina la soddisfazione dell'interesse pubblico alla volontà ed ai comportamenti di soggetti che agiscono unicamente a tutela di interessi privati.

Con il terzo motivo di appello si cerca di sostenere che, in realtà, l'impresa Mancini aveva comunque fornito la prova del possesso dei requisiti, che nel caso di specie sono quelli relativi all'associazione sportiva Euro Club con la quale il promotore aveva intenzione di costituire una società di progetto e che avrebbe dovuto curare la parte relativa alla gestione degli impianti di piscina. L'assunto è smentito dagli atti acquisiti al fascicolo di causa, dai quali risulta che l'autocertificazione relativa "agli ulteriori requisiti attinenti la specializzazione nella gestione degli impianti di piscina" (di cui al punto 11.6 del bando di gara) reca la data del 24 settembre 2002, cioè dopo l'aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 129 del 11 giugno 2002. Ad ulteriore dimostrazione del fatto che l'amministrazione ha adottato una decisione senza il necessario supporto documentale fornito dal promotore, inoltre, c'è il fatto che il provvedimento di aggiudicazione riguarda esclusivamente l'impresa Mancini e non vi è traccia alcuna della prevista associazione con la Euro Club né del fatto che sarebbero stati indicati quali requisiti questa possedesse.

Considerato che la sentenza di primo grado resiste alle censure dell'appellante, può ritenersi assorbito il quarto motivo di appello che, come si è detto, è stato presentato in via meramente cautelativa.

Per questi motivi il ricorso in appello deve essere respinto.

Appare tuttavia equo, compensare tra le parti, le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, respinge l'appello.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 2 dicembre 2003, con l'intervento dei signori:

Agostino Elefante Presidente

Corrado Allegretta Consigliere

Aldo Fera Consigliere estensore

Francesco D'Ottavi Consigliere

Marzio Branca Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Aldo Fera f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10 febbraio 2004

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

N°. RIC. 2396/2003.

FDG