

REPUBBLICA ITALIANA N. 4468/02 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 405 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2002

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello numero di registro generale **405/2002** del **3 gennaio 2002** proposto da **CONSCOOP – Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro di Forlì soc. coop. a r.l.** in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore Dr. Mauro Pasolini in qualità di mandatario della costituenda associazione temporanea di imprese con **DIBATTISTA ANTONIO COSTRUZIONI S.r.l.** con sede in Gravina di Puglia (BA) Via Corsica, 11 in persona del suo legale rappresentante Dibattista Marcello rappresentati e difesi anche disgiuntamente, per delega a margine dell'atto di appello dall'Avv. Prof. Filippo Satta e Avv. Renato Docimo ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Roma, Via Pierluigi da Palestrina n.47,

contro

- il **Comune di Racale** in persona del Sindaco pro tempore rappresentato e difeso dall'avv. P. Nicolardi ed elettivamente domiciliato presso L. Gardin Via Mategazza n. 26 Roma;

e nei confronti

- della **Pietro De Pascalis S.r.l.** in persona del legale rappresentante pro tempore in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con Latino S.r.l., S.I.T.E.F. S.r.l. rappresentata e difesa dall'avv. P. Quinto elettivamente domiciliata in Roma Lungotevere Flaminio 46 Pal. IV studio Grez;

e nei confronti

della S.r.l. Tecnostruzioni rappresentata e difesa dall'avv. A. Vantaggiato ed elettivamente domiciliata presso A. Angeletti Via G. Pisanelli n. 2 Roma;

per l'annullamento – previa sospensione -

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Sezione Staccata di Lecce, n.7923/01 del 12 dicembre 2001 e notificata in data 19 dicembre 2001

Visto il ricorso con i relativi allegati.

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

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

Visti gli atti tutti della causa.

Visto il dispositivo di sentenza n. 252 del 18.05.02;

Relatore, alla pubblica udienza del 14 maggio 2002, il Consigliere Francesco D'OTTAVI;

Uditi i difensori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara pubblicato in data 26 luglio 2000, il Comune di Racale ha indetto una gara da tenersi col sistema della licitazione privata ai sensi dell'art.37- quater Legge n.109/1994 e col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della concessione della progettazione, realizzazione e gestione di opere di fognatura nera e rete idrica nel territorio comunale.

L'importo dei lavori stimati dalla proposta del promoter sulla base del progetto preliminare è di oltre 38 miliardi di lire e la durata della concessione è di 30 anni.

Il bando di gara prevedeva per la prequalificazione la presentazione della domanda corredata di alcuni documenti e stabiliva, nel caso di ATI, l'avvenuta costituzione dell'Associazione doveva essere provata pena l'esclusione, da idonea documentazione da inserire nella busta grande unitamente agli altri documenti.

Il CONSCOOP Consorzio fra cooperative di produzione e lavoro Soc. coop. a r.l. e la DIBATTISTA COSTRUZIONI S.r.l. hanno presentato dichiarazione congiunta con la quale si impegnavano a riunirsi in associazione temporanea di imprese ai sensi e per gli effetti degli artt. 10 e 13 della Legge 11 febbraio 1994 n.109 e successive modificazioni ed integrazioni.

Le imprese venivano quindi prequalificate e veniva invitato alla gara il raggruppamento con mandatario il CONSCOOP.

In data 7 settembre 2001 la Commissione di gara riunitasi per la valutazione delle offerte del project financing, decideva di escludere il raggruppamento CONSCOOP – DIBATTISTA in quanto “... la non provata già avvenuta costituzione dell’Associazione temporanea di imprese costituisce causa di prevista esclusione nel bando di gara e nella lettera di invito”.

Il CONSCOOP proponeva quindi ricorso al competente Tribunale Amministrativo onde ottenere l’annullamento del provvedimento di esclusione e la riammissione in gara.

Il Tribunale, con la sentenza che in epigrafe, dichiarava il ricorso irricevibile nella parte in cui impugnava le clausole del bando ed inammissibile nella restante parte.

Le appellanti deducono l’illegittimità della gravata sentenza per le seguenti argomentazioni: il CONSCOOP e la DIBATTISTA hanno inoltrato domanda di ammissione alla gara ai sensi degli artt.10 e 13 legge n.109/1994 e succ. modif.. Recita l’art.13: “E’ consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all’art.10, comma 1, lettera d) ed e) anche se non ancora costituiti. In tal caso l’offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e l’impegno che in caso di aggiudicazione conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto delle mandanti”.

La norma prevede quindi la possibilità di costituire l’associazione successivamente alla aggiudicazione della gara.

Il CONSCOOP e la DIBATTISTA Antonio Costruzioni, sono quindi state invitate, pur in costanza delle prescrizioni del bando quale A.T.I. che avrebbe costituito l’associazione dopo l’eventuale aggiudicazione.

L’Amministrazione, che peraltro nel bando non aveva richiesto la produzione del mandato Collettivo speciale, ma di “idonea documentazione”, invitando il CONSCOOP quale A.T.I. ha inequivocabilmente assentito la interpretazione data dal CONSCOOP al bando e cioè che fosse consentita la costituzione dell’A.T.I. successivamente alla presentazione dell’offerta e solo in caso di avvenuta aggiudicazione della gara.

Rilevano le appellanti che nel nostro ordinamento o l'associazione è costituita alla presentazione dell'offerta ovvero, ai sensi dell'art.13 legge n.109/1994 è associazione "costituenda" con possibilità di costituzione della stessa ad aggiudicazione avvenuta.

Non è consentito ritenere, come fa il Tribunale che esista una ipotesi di A.T.I. costituenda fino alla presentazione dell'offerta.

Ragionare diversamente significa che il bando intendesse precludere la costituzione di A.T.I. successivamente alla aggiudicazione della gara, in palese violazione della lettera della legge.

Dalle censure che precedono emerge in tutta evidenza che il Tribunale ha errato nel ritenere tardiva la impugnazione delle clausole del bando con conseguente declaratoria di irricevibilità in parte qua del ricorso.

Al riguardo va richiamato che il CONSCOOP era stato invitati come A.T.I. ex art.13 legge n.109/1994, come inequivocabilmente risulta dalla domanda di prequalificazione. Era quindi convinzione degli appellanti che la costituzione del raggruppamento era consentita successivamente alla eventuale aggiudicazione. Soltanto nel momento in cui la Commissione di gara ha adottato il provvedimento di esclusione si è concretata quella lesione dapprima non ipotizzabili che ha quindi reso necessaria la impugnazione del bando qualora la interpretazione fosse contraria allo stesso comportamento adottato dall'Amministrazione e cioè di non consentire la costituzione di associazioni ex art.13 legge n.109/1994 ed in palese violazione della norma stessa. In aggiunta quindi a quanto denunciato col mezzo che precede si lamenta: - ulteriore error in iudicando con violazione delle norme che disciplinano la partecipazione alle gare e segnatamente dell'art.13 legge n.109/1994 e successive integrazioni e modificazioni.

Le appellanti concludono per l'accoglimento del ricorso con ogni conseguenziale statuizione di legge.

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Racale che la controinteressata ATI Pietro De Pascalis le cui difese hanno depositato analitiche memorie in cui deducono l'infondatezza dell'appello e concludono per la sua reiezione con vittoria di spese.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie in cui illustrano le varie argomentazioni; in particolare la difesa delle appellanti rileva che pur nella denegata ipotesi di legittimità dell'interpretazione restrittiva della clausola di bando

questa sarebbe comunque in evidente, palese contrasto con la disposizione di cui all'art. 21 della Direttiva CEE 93/37.

Alla pubblica udienza del 14 maggio 2002 il ricorso veniva trattenuto in decisione su conforme istanza degli avvocati delle parti.

DIRITTO

Come riportato nella narrativa che precede con l'appello in esame viene impugnata la sentenza n. 7923 del 2001 con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Lecce, ha respinto il ricorso proposto da Conscoop e Dibattista Antonio Costruzioni, per l'annullamento del provvedimento con il quale la stessa era stata esclusa dalla gara, indetta ai sensi dell'art. 37-quater Legge n.109/94, per l'affidamento della concessione della progettazione, realizzazione e gestione di opere di fognatura nera e rete idrica nel territorio del Comune di Racale.

Come pure considerato in precedenza le appellanti ripropongono in questa sede le censure già prospettate dinanzi al Tribunale (e da questo ritenute inammissibili e infondate), sia pur rimodulandole avverso le motivazioni dell'impugnata sentenza, ed illustrandole con argomentazioni nuove e specifiche inerenti non solo all'interpretazione e all'applicazione delle clausole di bando, ma alla loro compatibilità con la normativa U.E..

In particolare, nella memoria depositata in prossimità dell'Udienza di merito e nella discussione orale, le appellanti hanno evidenziato come – anche ad accogliere l'interpretazione restrittiva prospettata dal Comune, per cui la *lex specialis* avrebbe consentito di presentare l'offerta solo ai raggruppamenti già costituiti –, l'incompatibilità della predetta disposizione rispetto a quella di cui all'art. 21 della direttiva CEE 93/37, sui raggruppamenti temporanei di impresa, avrebbe autorizzato il giudice a disapplicare la prima, sancendo la prevalenza del diritto comunitario.

A tal riguardo, la Sezione deve in primo luogo verificare se la predetta norma comunitaria possa ritenersi immediatamente applicabile nel nostro ordinamento; successivamente valutarne l'applicabilità anche alla procedura prevista dall'art. 37-quater, comma 1, lett. a), della legge n.109/94 per l'individuazione dei due migliori offerenti che concorreranno con il promotore ai fini dell'aggiudicazione della concessione.

Al primo quesito non può che darsi risposta affermativa. Come più volte stabilito dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. 8 aprile 1991, n.168), sulla scorta del costante orientamento della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (cfr. sentenze 22 giugno 1989 in causa 103/88; 20 settembre 1988 in causa 31/87), le norme delle direttive comunitarie sono immediatamente applicabili tutte le volte in cui appaiono sufficientemente concrete, precise ed incondizionate, nel senso che il loro contenuto non lascia alcun margine di discrezionalità agli Stati membri nella loro attuazione e la fattispecie ivi contemplata è determinata in tutti i suoi elementi. Sotto quest'aspetto, la disposizione di cui all'art. 21 della dir. 93/37/CEE – nello stabilire che ai raggruppamenti di imprenditori partecipanti a gare d'appalto "... la trasformazione ... in una forma giuridica determinata non può essere richiesta per la presentazione dell'offerta" – impone alle amministrazioni aggiudicatrici un vincolo puntuale ed incondizionato (che trova, peraltro, eco anche nella norma di cui all'art. 26 della direttiva 92/50/CEE sui servizi): qualora più imprese decidano di partecipare ad una gara d'appalto, nessuna forma giuridica specifica può essere loro imposta fino alla definitiva aggiudicazione. E' appena il caso di ricordare che l'art. 21 della dir. 93/37 è stato integralmente trasposto nell'art. 13 della l. n.109/94.

Secondo il Collegio non vi è dubbio che tale disposizione debba essere applicata anche all'istituto del project financing. Il richiamato art. 21 della dir. 93/37/CEE detta infatti una prescrizione di carattere generale relativa alla modalità di partecipazione alle gare per l'affidamento della realizzazione di opere pubbliche, la quale, in quanto tale, prescinde dalle caratteristiche volta per volta assunte dalla procedura di aggiudicazione prescelta (asta pubblica, licitazione privata, trattativa privata) e spiega efficacia anche, come accade nel caso del project financing, *rectius* della finanza di progetto, quando l'amministrazione aggiudicatrice debba stipulare un contratto di concessione di lavori. E' la stessa direttiva comunitaria, infatti, che accomuna – dal punto di vista del regime giuridico – l'appalto e la concessione, definendo la seconda come "contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a ...)", - appalto pubblico di lavori, - "... ad accezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art.1), e prevedendo per l'affidamento delle concessioni regole parzialmente difformi soltanto con riguardo alla pubblicità delle gare ed al subappalto (art.3).

In quest'ottica, non possono essere accolte le argomentazioni sviluppate dalla difesa del Comune al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 13, lett. d), della legge n.109/94 che ha recepito la disposizione di cui all'art. 21 della direttiva 93/37. E' infatti inconferente il rilievo per cui la licitazione privata di cui all'art.37-bis, comma 1, lett. a), non si conclude con l'affidamento dei lavori, "mirando solo all'individuazione delle due ditte che, insieme al Promotore parteciperanno alla fase successiva". Anche tale gara, infatti, si inserisce nella sequenza

procedimentale che terminerà con l'aggiudicazione della concessione, rivelandosi strumentale, sebbene ex se non sufficiente, all'individuazione del concessionario; e del resto, lo stesso art. 37-bis prevede l'obbligo di porre a base d'asta il progetto preliminare predisposto dal promotore, nonché quello di modulare il contenuto della lex specialis sulla base della tipologia e delle caratteristiche dei lavori da affidare.

Né a sostegno della tesi prospettata dal Comune di Racale potrebbe venire in rilievo l'art. 37-quinques della legge n.109/94 nella parte in cui prevede l'ipotesi che il concorrente sia costituito da più soggetti.

Ritiene infatti il Collegio che come ammesso anche dall'Amministrazione resistente, si tratta infatti soltanto di una facoltà riconosciuta ai competitors, che nessuna norma autorizza a trasformare in adempimento obbligatorio ai fini della partecipazione alla gara. Al contrario, la predetta disposizione conferma il carattere "strumentale" della procedura di cui all'art. 37-bis, lett. a), atteso che nello stabilire alcuni requisiti minimi del relativo bando di gara, ne riconosce la finalizzazione all'"... affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità ...".

La possibilità che i partecipanti si costituiscano formalmente in ATI soltanto all'esito del procedimento concorsuale non contrasta quindi, come sostenuto dalla difesa del Comune, con i principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in quanto anche la previa formalizzazione dell'impegno a costituirsi successivamente all'aggiudicazione rende individuabile con precisione il soggetto che parteciperà alla successiva procedura negoziata.

Tale previsione normativa muove invece dalla necessità di garantire la massima partecipazione alle gare d'appalto, consentendo alla p.a. di scegliere tra un ventaglio più ampio di offerte e favorendo, pertanto, l'individuazione della proposta che meglio risponde all'interesse pubblico.

In definitiva, nessun effetto negativo per la procedura della finanza di progetto potrebbe ricondursi all'ammissione in gara di un raggruppamento non ancora costituito.

Le considerazioni che precedono fanno ritenere al Collegio che, anche alla luce della loro non inequivoca formulazione, le clausole del bando impugnate avrebbero dovuto leggersi, interpretarsi ed applicarsi conformemente al principio generale contenuto nell'art. 21 della direttiva più volte citata e trasposto negli artt. 10 e 13

della legge n.109/94, nell'accertato senso di consentire la partecipazione alle gare anche di costituende ATI.

Non può pertanto disconoscersi che la lesione nella sfera degli appellanti si è concretata nel momento in cui l'Amministrazione comunale ha definitivamente interpretato le suddette disposizioni, procedendo all'esclusione del costituendo raggruppamento.

Ne discende che il ricorso originariamente proposto dall'ATI CONSCOOP avverso le norme della lex specialis non poteva considerarsi tardivo, risultando, al contrario, fondato in quanto finalizzato a denunciare un'evidente antinomia tra le disposizioni del bando in contestazione e la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici di lavori.

Conclusivamente pertanto l'appello va accolto e per l'effetto va riformata l'impugnata sentenza e, conseguentemente va accolto l'originario ricorso con relativo annullamento del provvedimento di esclusione della procedura de qua delle appellanti.

Sussistono tuttavia validi motivi per disporre, tra le parti, l'integrale compensazione delle spese per ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, **accoglie** il ricorso in appello e per l'effetto **in riforma** dell'impugnata sentenza **accoglie** il ricorso originariamente proposto **annullando** il provvedimento di esclusione dalla procedura di appalto suindicata, facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Compensa tra le parti le spese di ambo i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, il **14 maggio 2002**, dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, riunita in Camera di consiglio con l'intervento dei Signori Magistrati:

Agostino Elefante Presidente

Giuseppe Farina Consigliere

Goffredo Zaccardi Consigliere

Francesco D'Ottavi Consigliere, rel.

Claudio Marchitello Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Francesco D'Ottavi f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Giuseppe Testa

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..... 05/09/2002.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Pier Maria Costarelli

N°. RIC. 405-02

RA