

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione I[^] - composto dai
Signori:

N.3046 Reg. Sent.
ANNO 2004
N. 6363 Reg. Ric.

ANNO 2003

- 1) Giancarlo Coraggio - Presidente
- 2) Paolo Carpentieri - Consigliere - relatore
- 3) Arcangelo Monaciliuni - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. **6363/2003**, Reg. Gen., proposto dalla **So.I.e. "Società Luce Elettrica s.p.a. – gruppo Enel**, con sede in Roma, in persona dell'amministratore delegato p.t., ing. Giuseppe Nucci, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluca Piccinni, con domicilio eletto in Napoli, viale A. Gramsci n. 10, presso lo studio del prof. avv. Giuseppe Palma,

contro

il **Comune di Grumo Nevano**, in persona del legale rapp.te p.t., non costituito,

e nei confronti

di **Michele Sepe, titolare dell'omonima ditta Sepem**, con sede in Cardito, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alfonso Erra e Angela Sassolino, con domicilio eletto in Napoli, via Melisurgo n. 4,

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo: <<**1.** del bando di gara n. 9/03 del Comune di Grumo Nevano del 17.04.2003, pubblicato all'albo il 29.04.2003 e sulla G.U.R.I. l'8.05.2003, con il quale è stato annullato il precedente bando di gara n. 7 del 24.03.2003, in particolare nella parte in cui stabilisce i criteri e i punteggi per la valutazione delle offerte; **2.** del provvedimento di rettifica del bando di gara del 23.04.2002 a firma del responsabile del procedimento; **3.** della delibera del Commissario Straordinario - o qualsiasi altro provvedimento - di approvazione del nuovo bando, non conosciuta; **4.** della delibera del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano di annullamento del precedente bando non conosciuta; in quanto occorre, **5.** del bando di gara del Comune di Grumo Nevano n 7 del 24.03.2003; **6.** della delibera/03 del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano di approvazione con modificazione del progetto preliminare proposto dal Promotore, priva di numero, di data, e del protocollo di riferimento, richiamata nel sopra citato bando; **7.** della precisazione al bando n. 7/03 del

10.04.2003; **8.** del piano economico e finanziario del promotore allegato al progetto preliminare del promotore approvato dall'Amministrazione con provvedimento non conosciuto; nonché di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale>>;

quanto all'atto di proposizione di motivi aggiunti: <<**1.** della deliberazione del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano n. 107 del 28.03.2003 di approvazione della proposta di progettazione preliminare riguardante l'adeguamento, la manutenzione e la gestione dell'impianto di pubblica illuminazione comunale; **2.** della deliberazione del Commissario Straordinario n. 186 del 27.05.2003 di approvazione del progetto definitivo esecutivo del risparmio energetico, gestione e manutenzione presentato dalla Sepem, aggiudicataria del servizio; **3.** della determinazione n. 91 del 17.04.2003 del Servizio Tecnico e manutentivo del Comune di Grumo Nevano di revoca del precedente atto dirigenziale n. 67 del 20.03.2003; **4.** della determina del 26.05.2003 del Dirigente del Servizio Tecnico e manutentivo del Comune di Grumo Nevano di approvazione dell'esito della gara; **5.** del verbale di gara del 26.05.2003 di esclusione della ricorrente; **6.** del bando di gara n. 9/03 del Comune di Grumo Nevano del 17.04.2003, pubblicato all'albo il 29.04.2003 e sulla G.U.R.I. 1'8.05.2003; **7.** in quanto occorra e per mero tuziorismo, della clausola del citato bando che preveda l'obbligo da parte della partecipante di depositare una procura speciale notarile; **8.** del contratto di appalto nelle more stipulato n. 698 del 5.06.2003; **9.** del piano economico e finanziario depositato dal promotore all'udienza del 2.07.2003 perché contenente un'asseverazione difforme da quella contenuta nel piano originariamente approvato; **10.** della determinazione dirigenziale di nomina della commissione giudicatrice non conosciuta; **11.** della determinazione dirigenziale n. 67 20.03.2003, non conosciuta, di approvazione del bando n. 7; nonché di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale>>,

nonché per la condanna

<<dell'Amministrazione Comunale, in persona del Sindaco p.t., al risarcimento del danno in forma specifica, mediante rinnovazione parziale della gara d'appalto con ammissione della società ricorrente illegittimamente esclusa, ovvero, in via meramente subordinata, al risarcimento del danno per equivalente pecuniario, comprensivo del danno emergente e del lucro cessante, da quantificarsi in corso di giudizio, anche a mezzo di c.t.u., in misura non inferiore al 10% dell'importo a base di aggiudicazione, maggiorato con gli interessi legali e la rivalutazione monetaria come per legge>>,

nonché per la declaratoria di nullità

<<del contratto stipulato per illiceità della causa o, comunque, per contrarietà alle norme imperative che disciplinano i pubblici appalti>>.

VISTI il ricorso ed i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della ditta controinteressata, con le annesse produzioni;

VISTO l'atto di proposizione di motivi aggiunti, notificato il 24 e il 25 luglio 2003 e depositato in segreteria il successivo 31 luglio;

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

VISTA l'ordinanza istruttoria n. 671 del 18 dicembre 2003 con la quale la Sezione ha chiesto l'acquisizione degli atti comunali conclusivi della verifica amministrativa svolta in sede di riesame dal comune di Grumo Nevano, preannunciata nell'atto di giunta n. 20 del 18 settembre 2003 di revoca dell'incarico di patrocinio e difesa nel presente giudizio;

ESAMINATI gli atti trasmessi dal comune di Grumo Nevano con missiva n. prot. 1135 del 28 gennaio 2004, pervenuta in segreteria il 3 febbraio 2004;

VISTI gli atti tutti di causa;

UDITI alla pubblica udienza del 18 febbraio 2004 - relatore il Magistrato Dr. Carpentieri – gli avv.ti riportati a verbale;

RITENUTO e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 6 giugno 2003 e depositato in segreteria il successivo giorno 14, la società So.l.e. "Società Luce Elettrica" s.p.a. – gruppo Enel impugna gli atti, indicati in epigrafe, con i quali il comune di Grumo Nevano ha approvato il progetto di risparmio energetico, gestione, manutenzione e monitoraggio degli impianti di pubblica illuminazione, per la durata di anni 40, nonché di ampliamento degli impianti stessi nelle zone oggetto di costruzioni abusive, presentato dalla ditta individuale Sepem di Sepe Michele, ed ha indetto la licitazione privata prevista dall'articolo 37-*quater* della legge 109 del 1994 per l'individuazione dei soggetti partecipanti alla successiva fase della procedura negoziata, pubblicando l'apposito bando del 24 marzo 2003 (prima rettificato e poi annullato e sostituito da un successivo bando del 29 aprile 2003)

La società ricorrente ha dedotto diversi motivi di violazione di legge e di eccesso di potere a sostegno dell'azione.

Ha in particolare lamentato l'illegittimità dell'intera procedura poiché si sarebbe dovuta applicare la disciplina degli appalti pubblici di servizi e non quella relativa ai lavori pubblici, atteso che l'importo dei lavori era di gran lunga inferiore a quello dei servizi, con la conseguenza che l'amministrazione avrebbe dovuto osservare le regole di pubblicità del bando stabilite dall'articolo 8 del d.lg. 157 del 1995 e non limitarsi alla sola pubblicazione all'albo pretorio, su un solo quotidiano nazionale e sulla G.U.C.E.. Ha dedotto altresì il mancato rispetto dei termini minimi ordinari di ricezione delle offerte (in mancanza di

pubblicazione della cd. preinformazione), nonché il difetto di motivazione sulle fasi di approvazione del progetto del promotore (nel bando viene indicata una delibera senza numero) e di rettifica e successivo annullamento del primo bando. Il ricorso critica inoltre i criteri di valutazione delle offerte ed i relativi punteggi (la somma dei punteggi non darebbe 100, ma solo 90; l'indicazione dei punteggi sarebbe generica; non sarebbero specificati i criteri di attribuzione; vi sarebbe un'evidente sproporzione tra i punti 0 previsti per il valore economico dei lavori e i punti 30 previsti per il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata; i punteggi sarebbero nel complesso irrazionali e incongrui). Ha censurato infine l'incompletezza del piano economico-finanziario presentato dal promotore e l'insufficienza dell'asseverazione bancaria ad esso relativa.

Con deposito di memoria difensiva e di atti in data 20 giugno e 2 luglio 2003 si è costituito ed ha resistito in giudizio il comune di Grumo Nevano. L'amministrazione ha riferito dell'ulteriore corso del procedimento, esponendo in particolare: che con determinazione dirigenziale n. 91 del 17 aprile 2003 era stato annullato il primo bando (che prevedeva termini di pubblicazione non conformi a legge e riportava un errore nell'indicazione dell'importo dell'appalto) ed era stato approvato un nuovo bando, con riapertura dei termini di partecipazione; che la società So.L.E. aveva presentato una nuova domanda di partecipazione; che la commissione di gara, nella seduta del 26 maggio 2003, aveva escluso tutte le ditte partecipanti per irregolarità nella documentazione presentata; che con determina dirigenziale n. 167 del 26 maggio 2003 si era pervenuti alla definitiva aggiudicazione dell'appalto alla ditta Sepem; che con delibera commissariale n. 186 del 27 maggio 2003 era stato approvato il progetto definitivo-esecutivo relativo alla proposta della Sepem e in data 5 giugno 2003 era stato stipulato il contratto tra quest'ultima e l'amministrazione comunale (n. rep. 698), con consegna dei lavori in data 30 maggio 2003. La difesa comunale ha dunque eccepito l'inammissibilità del ricorso, attesa l'avvenuta esclusione della società So.L.E. dalla procedura ristretta e la mancata impugnazione degli atti successivi, ed ha infine contestato comunque nel merito la fondatezza delle avverse doglianze.

In data 20 giugno e 1 luglio 2003 si è altresì costituita in giudizio la ditta controinteressata Sepem, di Sepe Michele, pervenendo alle stesse conclusioni già esaminate circa la difesa comunale.

Con atto di proposizione di motivi aggiunti, notificato il 24 e il 25 luglio 2003 e depositato in segreteria il successivo 31 luglio, la società So.L.E. ha dunque impugnato gli atti successivi della procedura e, in particolare, la sua esclusione, disposta dalla commissione di prequalificazione nella seduta del 26 maggio 2003 con la motivazione "manca la procura notarile". Ha sostenuto che tale asserita mancanza era adeguatamente sopperita dalla puntuale indicazione della procura notarile del 9 aprile 2003 contenuta nella domanda di partecipazione sottoscritta dal legale rappresentante della società, e ciò agli effetti dell'articolo 46 del d.P.R. 445 del 2000, e che, comunque, anche in considerazione della mancanza nel bando di una comminatoria espressa di esclusione, la stazione appaltante avrebbe ben potuto e dovuto esercitare i suoi poteri di integrazione documentale ai sensi dell'articolo 16 del d.lg. 157 del 1995. La società ricorrente ha dunque introdotto ulteriori nuovi motivi di impugnativa. In particolare (motivo aggiunto n. 2) ha rilevato la carenza di potere del commissario straordinario del comune di Grumo Nevano all'atto dell'approvazione (con provvedimenti n. 107 del 28 marzo 2003 e n. 186 del 27 maggio 2003) dei progetti preliminare e definitivo

presentati dalla ditta Sepem, intervenuta dopo la convocazione (in data 27 marzo 2003) dei comizi elettorali per l'elezione del consiglio comunale, cui seguirebbe la limitazione dei poteri commissariali alla sola adozione degli atti urgenti e prorogabili. Ha quindi censurato (motivo n. 3) la posizione di incompatibilità dell'arch. Pasquale Miele quale componente della commissione di gara e persona fisica che, quale dirigente dell'ente, aveva già assunto precedenti atti nella procedura (indizione della gara, approvazione primo bando, annullamento dello stesso e adozione del nuovo bando etc.), in violazione dell'articolo 21, comma 5, della legge 109 del 1994 e dell'articolo 92 del regolamento generale di cui al d.P.R. 554 del 1999. Ha quindi ribadito il motivo – già prospettato in sede di ricorso introduttivo – di insufficienza dell'asseverazione del piano economico finanziario rilasciata dall'istituto bancario B.N.A. ed ha aggiunto la contestazione della difformità del piano economico e finanziario prodotto dalla Sepem con quello rilasciato dal comune ad essa società ricorrente: in particolare, a detta della società ricorrente, mentre il primo (originariamente prodotto dalla Sepem) conteneva una sola pagina di asseverazione, quello successivamente prodotto presenterebbe una nuova dichiarazione della B.N.A. di due pagine e nove commi. Con il nuovo motivo n. 5 parte ricorrente censura poi l'atto dirigenziale n. 91 del 2003 di "revoca" del primo bando, rimarcando il fatto che l'atto di autotutela fosse motivato solo sul profilo del termine di pubblicazione e dell'erronea indicazione dell'importo dell'appalto, senza nulla spiegare delle altre, pur corpose modifiche introdotte nel nuovo bando (circa in particolare i requisiti di partecipazione, nettamente maggiorati, in modo da stravolgere la proposta e il progetto preliminare originari, senza una verifica del possesso dei "nuovi" requisiti in capo alla ditta Sepem promotrice). Nell'atto di motivi aggiunti si sono altresì proposti motivi intesi a criticare la mancata comunicazione della data di apertura dei plichi e la mancanza di pubblicità della relativa seduta (motivo n. 6), nonché l'avvenuta stipula del contratto prima della (e senza la) previa comunicazione dell'aggiudicazione ai controinteressati, in violazione del contrario principio desumibile dall'articolo 14 del d.lg. 190 del 2002 e dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale sul punto (motivo n. 7).

Il comune di Grumo Nevano ha replicato ai motivi aggiunti con memoria del 10 settembre 2003 nella quale ha ribadito le già proposte eccezioni di inammissibilità ed ha aggiunto il rilievo della tardività dell'impugnativa, svolta con i motivi aggiunti, dell'intervenuta esclusione della società So.L.E. e la contraddittorietà della prospettazione di controparte, diretta da un lato a provocare il travolgimento dell'intera procedura, dall'altro alla riedizione della gara con riammissione di essa impresa ricorrente.

Anche la ditta controinteressata Sepem, con memoria depositata il 9 settembre 2003, ha contestato i motivi aggiunti eccependo il difetto di legittimazione della società So.L.E. "quale concorrente legittimamente escluso dalla gara *de qua*" e contestando nel merito le deduzioni avversarie.

All'udienza del 19 novembre 2003 la difesa comunale ha depositato copia della delibera della giunta comunale di Grumo Nevano n. 20 del 18 luglio 2003 di revoca della nomina del legale disposta con delibera commissariale n. 194 del 6 giugno 2003, a motivo che "nelle more (del giudizio in corso) quest'Amministrazione insediatasi a seguito delle elezioni amministrative del 2003, ha ritenuto di sottoporre a verifica il procedimento seguito per l'affidamento dell'appalto . . . costituendo all'uopo apposita commissione tecnica di verifica, giusta atto di G.C. n. 6 del 04.07.2003".

La Sezione, introitata la causa in decisione, con ordinanza istruttoria n. 671 del 18 dicembre 2003 ha ordinato al comune di Grumo Nevano di depositare “apposita e documentata relazione inerente l’esito della verifica di cui sopra”.

Con nota prot. 1135 del 28 gennaio 2004 il comune di Grumo Nevano ha trasmesso copia della delibera di giunta comunale n. 70 del 17 ottobre 2003 di presa d’atto delle relazioni svolte dal gruppo di lavoro (allegate alla delibera) e di invio delle stesse al responsabile del servizio tecnico “affinché verifichi, anche alla luce degli apporti procedurali dei soggetti interessati, e di tutti gli altri interessi coinvolti, la sussistenza delle condizioni per procedere all’adozione di atti di autotutela nell’interesse dell’Ente”.

Con memoria finale depositata il 4 febbraio 2004 la società ricorrente ha lamentato l’incompletezza dell’adempimento istruttorio e la dilatorietà dell’atteggiamento dell’amministrazione ed ha concluso per l’accoglimento del ricorso, anche alla stregua del canone di giudizio desumibile dall’articolo 116, secondo comma, c.p.c..

Alla pubblica udienza del 18 febbraio 2004 la causa è stata nuovamente chiamata per la discussione e introitata in decisione.

DIRITTO

Deve in primo luogo rilevarsi che, a termini dell’articolo 301, terzo comma, c.p.c., la revoca della procura al difensore della parte (nella specie, dell’ente locale intimato) non è causa di interruzione del processo.

Prima di procedere alla disamina del merito della controversia, è necessario chiarire il *petitum* proposto dalla società ricorrente.

Essa ha dapprima chiesto, col ricorso introduttivo, il travolgimento dell’intera gara, siccome fondata su basi radicalmente illegittime. Ha successivamente domandato – con l’atto di motivi aggiunti – la condanna dell’amministrazione comunale al risarcimento del danno in forma specifica, “mediante rinnovazione parziale della gara d’appalto con ammissione della società ricorrente illegittimamente esclusa, ovvero, in via meramente subordinata, al risarcimento del danno per equivalente pecuniario”, nonché la declaratoria di nullità del contratto stipulato tra la ditta Sepem e il comune intimato. Nell’atto di proposizione di motivi aggiunti, tuttavia, parte ricorrente non mostra di aver abbandonato le censure già sollevate con l’atto introduttivo, ed altre ne ha presentate altrettanto rivolte a far valere non già l’interesse diretto al conseguimento dell’appalto, ma l’interesse strumentale al rifacimento *ex novo* della procedura. Nella memoria depositata il 9 settembre 2003, la società So.L.E., nel replicare alle eccezioni di inammissibilità di parte controinteressata, mostra inoltre di coltivare ancora i motivi, già proposti con l’atto introduttivo, intesi a dimostrare l’illegittimità della procedura nella sua interezza, per il mancato rispetto delle forme di pubblicità del bando, dei termini per la presentazione delle candidature, per la immotivata riforma dell’originario bando, per la

mancata specificazione dei criteri e sub-criteri di attribuzione dei punteggi e per la mancata valutazione del possesso dei requisiti idoneativi in capo alla ditta proponente Sepem.

Il comune resistente obietta, al riguardo, la contraddittorietà della posizione processuale della società So.L.E. e, in uno alla ditta controinteressata, eccepisce il difetto di legittimazione della ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla gara.

In ordine a quest'ultimo punto, in rito, è bene precisare subito, prima ancora di procedere all'ulteriore analisi del contenzioso, che la regola del difetto di legittimazione della ditta esclusa dalla procedura vale solo riguardo alle censure intese a contestare l'ulteriore corso della gara e, segnatamente, il suo esito sfavorevole con aggiudicazione all'avversario, ma non implica il difetto di titolo processuale a contestare in radice la procedura nella sua interezza, allo scopo strumentale di provocarne l'azzeramento e l'integrale rifacimento. Sotto tale profilo l'interesse della ricorrente, non pregiudicato dalla avvenuta partecipazione, che non implica acquiescenza, anche nell'ipotesi (astratta) di ritenuta "legittimità" dell'esclusione (e infondatezza della relativa impugnazione), "tornerebbe" comunque ad essere quello (di per sé legittimante) proprio dell'impresa di settore interessata alla non sottrazione al mercato e alla concorrenza di una commessa pubblica cui essa avrebbe potuto ragionevolmente ambire per il tramite di una procedura legale di evidenza pubblica. Nel caso concreto in esame, l'avvenuta esclusione della ricorrente, successiva alla proposizione del ricorso originario, non oblitera il "diritto" della ricorrente ad avere una pronuncia sulla legittimità della gara, già messa in discussione nella sua interezza col mezzo di gravame introduttivo.

L'eccezione di difetto di legittimazione ed interesse della società ricorrente, a seguito e per l'effetto dell'intervenuta esclusione, è dunque in sé infondato, a prescindere dall'esito dell'esame del relativo mezzo di impugnazione proposto.

In sede di motivi aggiunti parte ricorrente censura la subita esclusione e sostiene la sufficienza del richiamo della procura notarile contenuto nella domanda di partecipazione sottoscritta dal legale rappresentante, tale qualificatosi, della società.

Il bando di gara – nella versione "definitiva" di cui alla determina n. 91 del 17 aprile 2003 (bando n. 9), prodotto in copia nella produzione comunale – prevede soltanto la presentazione della "domanda di partecipazione in carta bollata, redatta in lingua italiana, a firma del legale rappresentante", ma non impone espressamente l'allegazione di copia della procura notarile, né commina l'esclusione per il caso di mancanza di tale procura.

La domanda di partecipazione presentata dalla ricorrente agli atti della procedura (allegato 14 alla produzione di parte del 31 luglio 2003) è caratterizzata dalla seguente dichiarazione: "il sottoscritto Pasquale Gerardo Franco Citro . . . in qualità di Procuratore Speciale della società So.l.e. s.p.a. – Gruppo Enel . . . dichiara ai sensi del D.P.R. 445/2000 1. che la procura Speciale in allegato è conforme all'originale. 2. Di aver ricevuto la nomina di Procuratore Speciale della So.l.e. S.p.a. – Gruppo Enel dall'Amministratore Delegato Ing. Nucci Giuseppe in data 09/04/2003 registrata con atto di repertorio n. 43.030 dal notaio Dott. Varzi Raniero, con studio in Roma . . .".

Siffatta modalità partecipativa viene giudicata dal Collegio conforme a legge e alla regola speciale della gara, e perciò non meritevole di esclusione.

La ditta controinteressata contesta la veridicità di tale prospettazione avversaria adducendo la incontestabilità delle risultanze del verbale di gara (attestanti l'assenza della procura notarile) e sostiene che il suddetto allegato 14 riproduca in realtà la documentazione presentata dalla So.L.E. nella prima domanda di partecipazione (seguita al primo bando, poi annullato), ma non sia stata reinserita nella documentazione relativa alla seconda domanda (seguita al nuovo bando 9/2003).

Analoga contestazione non risulta svolta dall'ente locale intimato, che pure aveva la disponibilità dei documenti allegati alla procedura e l'onere di valersene in giudizio per contrastare le deduzioni di parte ricorrente.

Ma anche a voler prescindere da tale profilo e a voler revocare in dubbio la "spendibilità" processuale di tale documento, resta fondata la ulteriore indicazione di parte ricorrente di violazione dell'articolo 16 del d.lg. 157 del 1995, atteso che, a fronte di un principio serio di documentazione del possesso della procura (non è invero contestata l'indicazione, nella domanda di partecipazione della So.L.E., dell'esistenza della procura speciale e dei suoi puntuali estremi di identificazione), la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire all'impresa di integrare la propria documentazione.

Deve dunque concludersi per la fondatezza dell'impugnativa dell'esclusione subita dalla società ricorrente.

Si tratta ora di stabilire se, in stretta applicazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la disamina della controversia debba arrestarsi a questo punto, oppure se debba proseguire con la trattazione dei motivi del ricorso principale e delle ulteriori censure proposte nell'atto di motivi aggiunti contro la procedura nella sua interezza.

In effetti, come si è visto, parte ricorrente ha subordinato l'esame di tali profili all'impossibilità di riedizione della procedura dopo e per effetto della sua riammissione.

Occorre tuttavia verificare se, nell'insieme dei mezzi di contestazione dispiegati dalla società ricorrente – in termini invero non sempre del tutto consequenziali e perspicui (ma senza che questo profilo possa peraltro tradursi in una loro inammissibilità) – sia giuridicamente possibile e utile una pronuncia di riammissione alla gara che assorba e precluda l'esame dei vizi sostanziali, inficianti l'intero procedimento, pure denunciati e ribaditi dalla parte ricorrente medesima nei suoi scritti difensivi.

Pur nel rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il Collegio non può esimersi dall'ufficio di ricondurre il complessivo contenzioso su di un piano di

coerenza e razionalità complessive, sul quale l'ordine logico-giuridico delle questioni risponda a criteri non di mero arbitrio, ma di consequenzialità e ordine.

La domanda di parte ricorrente di essere riammessa alla gara, per effetto del chiesto annullamento della propria esclusione, "mediante rinnovazione parziale della gara d'appalto con ammissione della società ricorrente illegittimamente esclusa" va logicamente coordinata con l'insieme delle altre censure proposte, dalle quali si evince la assoluta improcedibilità della gara stessa, per essere la stessa fondata su atti contraddittori e lacunosi, tali da non consentire un'utile definizione del rapporto. Non ha alcuna apprezzabile utilità, dunque, la domanda di riammissione ad una procedura che si è denunciata come irrazionale e non concludente sul piano della legittimità giuridica.

E' dunque necessario procedere all'esame del ricorso introduttivo e dei motivi dell'atto di motivi aggiunti che sviluppano ulteriormente il profilo della complessiva illegittimità della procedura.

Nel merito tali censure risolutive si presenta il profilo – denunciato con il primo motivo del ricorso introduttivo – relativo all'incompatibilità del progetto presentato dalla Sepem col sistema della finanza di progetto di cui alla legge sui lavori pubblici.

Se è vero che la considerata censura appare in ricorso intesa *in primis* a sollevare la questione della violazione delle regole di pubblicità del bando e dei termini utili per la presentazione delle candidature, di cui al d.lg. 157, è altresì vero che la deduzione di parte ricorrente coglie e pone in evidenza il punto centrale dell'incongruenza della procedura e del regime giuridico prescelti dal comune rispetto all'intento di aggiudicare un appalto misto di servizi.

Ed invero l'appalto misto, costituito in minima parte di lavori e soprattutto di servizi, prefigurato nel suddetto progetto, avrebbe dovuto essere in realtà affidato mediante gara retta dal d.lg. 157 del 1995. Come posto in luce anche nella relazione istruttoria redatta dall'apposito gruppo di lavoro insediato con delibera 6/2003 del comune intimato (relazione allegata alla produzione istruttoria comunale del 28 gennaio 2004), il progetto Sepem non si inquadra nello schema prefigurato dall'articolo 37-*bis* della legge 109 perché il promotore candidato concessionario si ripropone, in tale progetto, di gestire per 40 anni l'intero impianto di pubblica illuminazione comunale, ma offre di realizzare l'ammodernamento e l'ampliamento solo di una parte di esso, e richiede il versamento di un canone annuo di € 173.129,12, mentre la legge prevede al più il concorso pubblico mediante il pagamento di un prezzo sul valore dell'opera realizzata, non mediante il pagamento di un canone periodico per l'erogazione del servizio (nella specie, manutenzione degli impianti elettrici). Nella fattispecie in esame risulta del tutto assente il profilo, pure essenziale nella concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche (a tale rapporto conduce infatti il cd. *project financing*), dello sfruttamento economico del bene da parte del concessionario, risolvendosi, il suo utile, nel solo introito di un canone periodico a carico dell'amministrazione concedente. Il combinato disposto degli articoli 37-*bis* e 19, commi 2 e 2-*ter*, della legge 109 del 1994 dimostra che non può ammettersi una tale configurazione del rapporto concessorio attuato mediante finanza di progetto. Né a diverse conclusioni può condurre il recente inserimento del comma 2-*ter*

nell'articolo 19 della legge "Merloni" ad opera della legge 166 del 2002 ("2-ter. Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera"). Nel caso di specie non vi è invero alcuna traccia dell'assunzione dell'alea economico-finanziaria da parte del concessionario.

Come osservato da condivisibile giurisprudenza (Tar Molise, 30 agosto 2002, n. 724), che ha trattato di una fattispecie analoga (affidamento in *project financing* del servizio di gestione e manutenzione della rete di distribuzione del gas) l'intenzione delle parti, prefigurata negli atti preparatori e definita nel contratto stipulato, appare diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori di ampliamento della rete di illuminazione pubblica. In tal modo viene operato una sorta di rovesciamento della logica della finanza di progetto, nel senso che non è la gestione a fungere da corrispettivo dei lavori, ma sono i lavori che l'impresa deve eseguire a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio, nel mentre la legge "prevede che i lavori siano compensati *unicamente* con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo, mentre qui è la gestione ad essere compensata con l'esecuzione di lavori e con un prezzo (canone annuo)" (Tar Molise, cit.).

Discende da tali rilievi la conclusione della radicale difformità dal modello legale dello schema procedurale adottato dall'amministrazione comunale intimata. Con il conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati, dalla delibera approvativa del progetto del promotore a quella di indizione della procedura ristretta, fino all'aggiudicazione definitiva alla Sepem, con effetti caducanti (Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; *id.*, 30 maggio 2003, n. 2992; 19 novembre 2003, n. 7470; sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666); o di declaratoria di nullità (Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002 n. 3177; TRGA Bolzano, 12 febbraio 2003 n. 48; 10 maggio 2002 n. 201; Tar Puglia, Bari, sez. I, 28 gennaio 2003 n. 394; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 7 maggio 2002 n. 802; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 18 novembre 2002 n. 6303) del conseguente contratto rep. n. 698 del 5 giugno 2003.

Il carattere strumentale – e non finale – dell'interesse di parte ricorrente illegittimamente leso, suscettibile di pieno ristoro nella sede amministrativa dell'eventuale rifacimento, su basi legali, della procedura, rende infondata e non meritevole di accoglimento la domanda risarcitoria per equivalente.

Le spese di causa, secondo la regola della soccombenza, devono porsi a carico del comune intimato e dell'impresa controinteressata resistente, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA CAMPANIA, SEZIONE I^a, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui pedissequi motivi aggiunti in epigrafe indicati, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda risarcitoria.

Condanna il Comune di Grumo Nevano, in persona del suo legale rapp.te p.t., e la ditta Sepem, in persona del suo titolare Sepe Michele, al pagamento delle spese processuali, che si liquidano in complessivi €4.000,00 (quattromila/00), di cui €2.000,00 (duemila/00) a carico del Comune di Grumo Nevano ed €2.000,00 (duemila/00) a carico della ditta Sepem di Sepe Michele.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 18 febbraio 2004.

Il Presidente

Il Relatore

Ric.n. 6363/2003 Reg. Gen.