

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

N. 1/2003 Reg.
Sent.

N. 1018/2002 Reg. Ric.

Sezione Staccata di Latina

composto dai Magistrati:

Dott. Franco BIANCHI PRESIDENTE

Dott. Domenico LANDI CONSIGLIERE REL.

Dott. Sandro AURELI CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1018/2002, proposto dalla Cooperativa Sociale di Volontariato a r.l. EMMAUS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Ascenzi e con lo stesso elettivamente domiciliata in Latina, via Sezze n. 8, presso l'avv. G. Nevi;

contro

il Comune di Frosinone, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Cocco e con lo stesso elettivamente domiciliato in Latina, via Montesanto n. 46, presso lo studio dell'avv. P. Rizzo;

e nei confronti

della Impresa individuale Mancini Vincenzo, dapprima rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Papa, e successivamente dagli avv.ti Mario ed Alessandro Sala, con i quali è elettivamente domiciliato in Latina, presso la Segreteria di questa Sezione;

per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare,

-del provvedimento di determina del Comune di Frosinone – Sett. LL.PP. n. 129 dell'11 giugno 2002, e di tutti gli atti prodromici e consequenziali connessi relativi all'aggiudicazione dell'Appalto dei lavori e connessa gestione degli impianti del complesso sportivo siti in Frosinone, via Adige.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intime;

Visto il ricorso incidentale proposto da Mancini Vincenzo, così come rappresentato in atti, notificato il 16 ottobre 2002 e depositato in segreteria il 26 ottobre 2002;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'atto di intervento ad opponendum proposto da "EUROCLUB ASSOCIAZIONE SPORTIVA", in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario ed Alessandro Sala, con i quali è elettivamente domiciliato in Latina, presso la Segreteria di questa Sezione;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 6 dicembre 2002 il Consigliere dott. Domenico Landi;

Uditi, altresì, l'avv. A. Ascenzi per la Cooperativa ricorrente, l'avv. M. Cocco per il Comune resistente e l'avv. M. Sala per la Ditta controinteressata e per l'interventore;

Ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO

Con atto notificato il 22-24-26 agosto 2002, depositato nei termini, la Cooperativa Sociale di Volontariato a r.l. EMMAUS, in persona del legale rappresentante pro-tempore, ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento di determina del Comune di Frosinone – Sett. LL.PP. n. 129 dell'11 giugno 2002, pubblicato nell'Albo Pretorio in data 12-27 giugno 2002, e di tutti gli atti prodromici e consequenziali connessi relativi alla aggiudicazione dell'appalto dei lavori e connessa gestione degli impianti del complesso sportivo (ex ENAL), sito in Frosinone, via Adige, susseguente a gara ex artt. 37 bis e seg. legge n. 109/94.

La Cooperativa ricorrente fa presente che la ditta Mancini Vincenzo, titolare dell'omonima impresa individuale di edilizia artigiana, in data 29 giugno 2001 si proponeva al Comune di Frosinone come promotore ai sensi dell'art. 37 bis legge n. 109/94 per la realizzazione di opere di manutenzione straordinaria, di copertura e di impianti tecnologici da effettuarsi a favore degli 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 e autorizzava la procedura di gara prevista dall'art. 37 **quater**, comma primo, lett. a).

In data 10 settembre 2001 veniva pubblicato il bando di licitazione privata che all'art. 12 stabiliva i criteri di aggiudicazione da valutare secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 21, secondo comma, lett. b) legge 109/94. Presentavano domanda di partecipazione alla licitazione privata la ricorrente, la ditta Ma.re.c. s.a.s. di Afragola e la Presutti Gaetano e C. s.n.c. di Campobasso; la Commissione di gara nella seduta del 7 marzo 2002 ammetteva alla gara la ricorrente Emmaus e la ditta Presutti, la quale peraltro successivamente veniva esclusa; la Commissione riteneva la ricorrente, unica ditta rimasta in gara, idonea a partecipare alla procedura negoziata con la promotrice Impresa Mancini, per cui il Presidente della Commissione richiedeva ai soggetti partecipanti rimasti in gara di presentare l'offerta di miglioramento (ex art. 16 del bando). Una volta presentate le offerte

migliorative, la Commissione, nella seduta del 3 maggio 2002, indicava come migliore offerta quella del soggetto promotore; sulla scorta del giudizio della Commissione il Comune di Frosinone, con determina n. 129 – LL.PP. dell'11 giugno 2002 aggiudicava la gara al soggetto promotore Impresa Edilizia Artigiana Mancini Vincenzo.

A sostegno del gravame la Cooperativa ricorrente deduce le seguenti censure:

1) Violazione e/o mancata e/o illegittima applicazione dell'art. 11.6) del bando di gara in relazione al combinato disposto degli articoli 95, 98, 99, 72, 74 e 75 del D.P.R. 554/99 (regolamento di attuazione della legge Merloni) circa l'attestazione dei requisiti di partecipazione alla procedura negoziata; illegittima ammissione alla procedura negoziata del promotore.

La Cooperativa ricorrente sostiene che il promotore, quando partecipa alla procedura negoziata, con gli altri soggetti scelti a seguito della preventiva licitazione privata, deve dimostrare di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 98 del D.P.R. n. 554/99, non essendo sufficiente un semplice richiamo a terze società non partecipanti, in quanto i requisiti di queste ultime possono essere presi in considerazione soltanto nel caso in cui siano partners del promotore già nella fase preliminare della presentazione della proposta e comunque non dopo l'indizione della gara vera e propria (procedura negoziata).

2) Conseguente illegittima e/o erronea attribuzione del punteggio di punti 40 previsti dall'art. 12 lett. a) del bando di gara per travisamento di presupposti; difetto di motivazione; contraddittorietà e illogicità.

Si contesta la preferenza accordata al promotore, atteso che nessun progetto gestionale è stato presentato, per cui la scelta operata dalla Commissione non appare sorretta da una coerente e logica motivazione.

3) Illegittima modifica del criterio di valutazione di cui all'art. 12 del bando di gara.

Si sostiene che non è dato sapere quale tipo di criterio sia stato adottato dalla Commissione per decidere di assegnare la preferenza minima all'unanimità a favore del promotore.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 lett. b) del bando di gara; illegittima omessa valutazione del livello delle tariffe del piano economico finanziario presentato dall'Emmaus e quindi illegittima attribuzione dell'intero punteggio di punti 10 al promotore.

La Commissione ha ritenuto, in maniera illegittima, di omettere qualsiasi valutazione del livello delle tariffe sportive praticate dall'Emmaus ed inserite nel suo piano economico finanziario.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 lett. c) del bando di gara; illegittima omessa valutazione del rendimento del servizio valutato sulla base del VAN (Valore annuale netto) dell'intera gestione sull'errato presupposto dell'assenza del capitale circolante nel piano

economico finanziario presentato dall'Emmaus e quindi illegittima attribuzione dell'intero punteggio di punti 20 al promotore.

Si sostiene che la Commissione ha errato nel giudicare mancante il capitale circolante nel piano economico presentato dall'Emmaus, mentre se si fosse proceduto alla comparazione tra i VAN, la Commissione si sarebbe accorta che il VAN generato dal piano economico finanziario presentato dall'Emmaus sarebbe più elevato di quello presentato dalla Impresa promotrice e pertanto avrebbe potuto attribuire i 20 punti all'Emmaus.

Si è costituito in giudizio il Comune di Frosinone, la cui difesa ha contestato le ragioni dell'impugnativa ed ha insistito per il rigetto del ricorso siccome infondato.

Si è costituita in giudizio la controinteressata impresa individuale Mancini Vincenzo, la cui difesa ha controdedotto alle argomentazioni avversarie ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con atto notificato il 16 ottobre 2002, depositato in segreteria il 26 stesso mese, la impresa individuale Mancini Vincenzo ha proposto ricorso incidentale per l'annullamento della offerta migliorativa presentata dalla Emmaus Soc. Coop. di volontariato a r.l. alla Commissione di Gara per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori e connessa gestione degli impianti del complesso sportivo siti in Frosinone, via Adige, sostenendo che l'offerta della cooperativa ricorrente doveva essere dichiarata inammissibile per carenza dell'indispensabile ed inderogabile requisito costituito da un idoneo piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito.

Con atto notificato il 25 ottobre 2002, depositato il 30 ottobre 2002, l'Euroclub Associazione Sportiva, in persona del suo rappresentante pro-tempore, ha proposto atto di intervento ad opponendum, nel quale ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso principale per la mancata impugnazione della delibera di Giunta Municipale n. 361 dell'8 agosto 2001, con la quale si approvava la proposta di realizzazione di opere promossa dalla impresa Mancini, mentre nel merito contesta la fondatezza delle censure ricorrenti ed insiste per la reiezione del ricorso principale in quanto infondato.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2002 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Oggetto della presente impugnativa è il provvedimento di determina del Comune di Frosinone – Settore LL.PP. n. 129 dell'11 giugno 2002, unitamente agli altri atti prodromici e consequenziali relativi all'aggiudicazione dei lavori e connessa gestione degli impianti del complesso sportivo (ex ENAL), siti in Frosinone, via Adige, susseguente a gara espletata ai sensi degli artt. 37 bis e seguenti della legge n. 109/94.

Prima di esaminare il merito della controversia, occorre delineare il quadro normativo di riferimento nel quale si inserisce la problematica di cui al ricorso.

Per la realizzazione dell'istituto della così detta finanza di progetto (project financing) la legge prescrive dettagliatamente tutta la procedura che sommariamente può individuarsi in due distinte frasi. L'art. 37 bis della legge n. 109/94 prevede che, entro il 30 giugno di ogni anno, soggetti dotati di particolari requisiti indicati nel secondo comma dello stesso articolo denominati promotori, possono presentare, alle Amministrazioni aggiudicatrici, articolate proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità tramite contratti di concessione, con risorse totalmente o parzialmente a carico degli stessi promotori. Il successivo art. 37-ter prevede che, entro il 31 ottobre di ogni anno, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla valutazione delle proposte individuando quelle che ritengono di pubblico interesse.

Una volta effettuata tale individuazione, le amministrazioni aggiudicatrici, entro il 31 dicembre di ogni anno, procedono, per ogni proposta individuata, ad indire una gara da svolgere con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore e ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara sopracitata, precisando che nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge tra il promotore e questo unico soggetto (art. 37-**quater**, primo comma). Il successivo art. 37-quinquies prescrive che il bando di gara per l'affidamento della concessione deve prevedere la facoltà per l'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, che, una volta costituita, diventa concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione.

Ai fini della presentazione delle proposte, l'art. 99 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, recante il regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, prescrive che i promotori debbono possedere determinati requisiti, prevedendo, inoltre, al terzo comma, che al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dal precedente art. 98, relativi al fatturato medio, al capitale sociale, allo svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini, allo svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine.

Passando all'esame del merito della controversia, va esaminata la prima censura, con la quale la Cooperativa ricorrente deduce la carenza in capo alla Impresa controinteressata dei requisiti di partecipazione alla procedura negoziata.

La doglianza si appalesa fondata.

In sede di esame di tale censura, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva della Cooperativa ricorrente, sollevata nella sua ultima memoria dalla difesa dell'Impresa Mancini.

Sostiene, infatti, parte resistente che, essendo il promotore parte necessaria della procedura negoziata, la mancanza in capo allo stesso dei requisiti di partecipazione sarebbe ostativa all'approvazione del "progetto", il quale verrebbe meno fin dalla sua origine, con la

conseguenza del difetto di legittimazione attiva della Cooperativa ricorrente, la quale non potrebbe ottenere la concessione che si prefigge di conseguire con il ricorso.

Tale tesi non può essere condivisa, atteso che la Cooperativa ricorrente non contesta la carenza in capo alla Impresa Mancini dei requisiti del promotore, specificati nell'art. 99 del D.P.R. n. 554/99 bensì la mancanza di requisiti del concessionario indicati nel precedente art. 98 che devono essere posseduti dal promotore all'atto della gara negoziata, non essendo sufficiente il semplice richiamo a terze società non partecipanti. Da ciò discende l'interesse della Cooperativa ricorrente alla proposizione del presente ricorso che involge direttamente la posizione dell'Impresa controinteressata, atteso che viene contestato il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti propri del concessionario al momento della indizione della procedura negoziata.

A tale proposito la tesi ricorrente trova un suo autorevole conforto nella determinazione n. 20 del 4 ottobre 2001 dell'Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici, nella quale si sostiene, a garanzia dell'Amministrazione, la necessità che il promotore stesso sia in possesso dei requisiti propri del concessionario al momento della indizione della gara, mentre al momento della presentazione della proposta appare sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del D.P.R. 554/99.

Nella fattispecie risulta che la Impresa controinteressata non ha documentalmente provato il possesso dei requisiti richiesti per il concessionario al momento della indizione della gara, né può assumere rilievo, a tale scopo, la dichiarazione autocertificata dell'Associazione sportiva Euroclub del possesso dei suddetti requisiti, datata 24 settembre 2002, ossia successivamente allo svolgimento della gara, in quanto ciò sta a confermare che in sede di gara e prima dell'inizio della procedura negoziata non era stata data dal promotore alcuna dimostrazione del possesso dei richiamati requisiti.

Peraltro, nel caso in cui si volesse ritenere sufficiente la semplice manifestazione di volersi associare solo dopo l'aggiudicazione della gara, la dichiarazione fatta dal promotore, Impresa Mancini, sarebbe inidonea allo scopo, atteso che la stessa non appare sorretta da una correlata dichiarazione dell'Associazione sportiva Euroclub, formulata prima della procedura negoziata, nella quale si manifesti esplicitamente o implicitamente la volontà della suddetta Associazione di associarsi con il promotore. Inoltre, anche se si volesse sostenere che la dichiarazione del promotore di volersi associare con la predetta Associazione sia idonea allo scopo, non risulta dagli atti di causa che l'Euroclub sia in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 98 del D.P.R. 554/99.

La fondatezza della censura testé esaminata comporta l'accoglimento del ricorso con il conseguente annullamento degli atti impugnati, mentre, atteso il suo carattere pregiudiziale, ogni altra censura non espressamente esaminata può considerarsi assorbita.

Passando all'esame del ricorso incidentale proposto dall'Impresa Mancini, deve esserne rilevata l'irricevibilità per tardività, così come eccepito dalla difesa della Cooperativa ricorrente.

Infatti il ricorso incidentale, notificato il 16 ottobre 2002, è stato depositato in segreteria il successivo 26 ottobre, ossia oltre il termine perentorio di cinque giorni, così come dimezzato ai sensi dell'art. 23 bis n. 2 della legge n. 1034 del 1971 attesa la natura della controversia.

Quanto alle spese del giudizio, si ravvisano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione staccata di Latina, accoglie il ricorso principale indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati e dichiara irricevibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina, nella Camera di Consiglio del 6 dicembre 2002.

IL CONSIGLIERE EST.

-Dr. Domenico LANDI-

IL PRESIDENTE

-Dr. Franco BIANCHI-

Il Segretario

drmp

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 14/01/2003

(art. 55, L. 27.4.82 n. 186)

IL DIRETTORE DI SEGRETERIA