

REPUBBLICA ITALIANA

N. 3708/05 REG.DE

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5409 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2004

decisione

sul ricorso in appello n. 5409/2004 proposto dalla Sepem, s.r.l.
(già ditta individuale Sepem), in persona del legale
rappresentante Sig. Michele Sepe, rappresentata e difesa
dall'Avv. Adriano Vitucci con il quale è elettivamente
domiciliato in Roma, Corso V.E. II, n. 284 (c/o Avv. Domenico
Gaudiello),

CONTRO

la So.Le. "Società Luce Elettrica", S.p.A. – Gruppo E.N.E.L., in
persona del legale rappresentante, Dott. Gian Mario Omarini,
rappresentato e difeso dall'Avv. Lucio Anelli con il quale è
elettivamente domiciliata in Roma, Via della Scrofa, n. 47,
il Comune di Grumo Nevano, in persona del Sindaco p.t., non
costituito;

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Campania, 1^a
Sezione, del 19.3.2004, n. 3046;

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 17.12.2004, il Consigliere
Claudio Marchitiello;

Uditi gli avv.ti Vitucci ed Anelli, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La Società So.Le. – Società Luce Elettrica, S.p.A. – Gruppo E.N.E.L., ha impugnato in primo grado: 1) il bando della gara n. 9/03 del Comune Di Grumo Nevano 29.4.2003, che ha annullato il precedente bando n. 7 del 24.3.2003 sostituendolo, in particolare nella parte in cui stabilisce i criteri e i punteggi per la valutazione delle offerte; 2) il provvedimento del responsabile del procedimento di rettifica del bando di gara del 23.4.2002; 3) la deliberazione del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano di approvazione del nuovo bando; 4) la deliberazione del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano di annullamento del precedente bando; 5) il bando di gara n. 7; 6) la deliberazione del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano di approvazione del progetto preliminare proposto dal promotore richiamata nel bando senza indicazione della data e del numero; 7) della precisazione al bando n. 7; del piano economico-finanziario allegato al progetto del promotore approvato dall'amministrazione con provvedimento non conosciuto.

La Società So.Le. ha poi impugnato con la proposizione di motivi aggiunti: 1) la deliberazione del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano del 28.3.2003, n. 107, di approvazione della proposta di progetto preliminare relativo all'adeguamento, la manutenzione e la gestione dell'impianto di

pubblica illuminazione; 2) la deliberazione del Commissario Straordinario del Comune di Grumo Nevano di approvazione del progetto definitivo presentato dalla Sepem, aggiudicataria del servizio; 3) il provvedimento del 17.4.2003, n. 91, del Servizio Tecnico e Manutentivo del Comune di Grumo Nevano di revoca del precedente provvedimento del 20.3.2003, n. 67; 4) il provvedimento del Servizio Tecnico e Manutentivo del 26.5.2003 di approvazione dell'esito della gara; 5) del verbale di gara del 26.5.2003 di esclusione della società ricorrente dalla gara; 6) del bando di gara n. 9/03 del 17.4.2003; 7) eventualmente della clausola del bando che richiede una procura notarile; 8) del contratto di appalto n. 698 del 5.6.2003; 9) del piano economico finanziario in parte difforme dal piano originariamente approvato depositato all'udienza del 2.7.2003 dal promotore; 10) il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice; ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale.

Con l'annullamento degli atti impugnati, la Società ricorrente ha chiesto la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica, mediante rinnovazione parziale della gara di appalto con ammissione della società ricorrente illegittimamente esclusa, ovvero per equivalente.

La Società ricorrente, infine, ha chiesto anche che venisse dichiarato nullo il contratto stipulato tra l'amministrazione e la società aggiudicataria.

Il Comune di Grumo Nevano non si è costituito in primo grado.

Il Sig. Michele Sepe titolare dell'omonima ditta Sepem si è costituito in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Il T.A.R. della Campania, 1^a Sezione, con la sentenza del 19.3.2004, n. 3046, ha accolto il ricorso annullando gli atti impugnati e lo ha respinto per la domanda di risarcimento del danno.

La Sepem propone appello avverso tale sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

La Società So.Le. resiste all'appello chiedendo la conferma della sentenza appellata.

Il Comune di Grumo Nevano non si è costituito neppure in appello.

Alla pubblica udienza del 17.12.2004, il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

La Società Sepem, s.r.l. appella la sentenza del T.A.R. della Campania, 1^a Sezione, del 19.3.2004, n. 3046, che, su ricorso della Società So.Le., Società Luce Elettrica – Gruppo E.N.E.L., s.r.l., ha annullato la procedura posta in essere dal Comune di Grumo Nevano in applicazione degli artt. 37 bis e ss. della legge 11.2.1994, n. 109, per la realizzazione del progetto di risparmio energetico, gestione, manutenzione e monitoraggio degli impianti di pubblica illuminazione, per la durata di 40 anni, e per la realizzazione degli impianti nelle zone oggetto di costruzioni abusive.

L'appello è da respingere.

Con il primo motivo, la società appellante censura la sentenza del T.A.R. deducendone il vizio di ultrapetizione.

Secondo la Società appellante, il T.A.R avrebbe annullato l'intera procedura posta in essere dal Comune di Grumo Nevano sulla base di un vizio di legittimità non dedotto dalla società ricorrente con il ricorso di primo grado, in violazione, quindi, dei principi della domanda (art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (art.112 c.p.c.).

La Società So.Le., a dire della società appellante, non avrebbe affatto denunciato la inapplicabilità alla fattispecie della procedura di project financing disciplinata dal citato art. 37 e seguenti della legge n. 109 del 1994 e la esigenza, per la realizzazione del progetto programmato dal Comune di Grumo Nevano, né ha affermato la necessità di ricorrere alla disciplina contenuta nel D.Lgs 17.3.1995, n. 157, ma avrebbe dedotto la violazione della normativa sugli appalti pubblici di servizi contenuta in detto decreto legislativo unicamente perché il predetto ente non avrebbe osservato le forme di pubblicità prescritte in tale normativa.

Tale assunto non può essere condiviso.

La denuncia di inapplicabilità alla fattispecie della normativa che regola, nel quadro delle procedure relative ai lavori pubblici, il project financing emerge implicitamente ma sicuramente dalla sola lettura del ricorso originario.

La Società ricorrente, nell'atto introduttivo del giudizio, "per individuare la normativa applicabile alla fattispecie", ha trascritto testualmente l'art. 2, comma 1, della legge n. 109 del 1994, nel testo sostituito dall'art. 1 della legge 18.11.1998, n. 415, e l'art. 3, comma 3, del D.Lgs. n. 157 del 1995, come modificato dall'art. 9, comma 75, della stessa legge n. 415 del 1998.

Entrambe le norme ora richiamate prescrivono l'applicabilità della normativa sugli appalti di pubblici servizi allorché negli appalti siano prevalenti, cioè assumano rilievo economico per oltre il 50 per cento dell'importo totale, le prestazioni di servizi rispetto a quelle relative ai lavori.

Nella specie, chiarisce la società So.Le., "in assenza di specifica indicazione nel bando, trova applicazione la disciplina degli appalti nei servizi pubblici (D.L.lgs 157/95), in quanto la prestazione per lavoro è meramente accessoria rispetto all'oggetto principale dell'appalto rappresentato dalla gestione e manutenzione del servizio di illuminazione pubblica". La società ricorrente in primo grado aggiunge - ed è questo il punto in cui rende chiaro il significato della citazione della normativa relativa agli appalti di pubblici servizi - che "la prestazione di lavori, oltre ad essere accessoria rispetto allo svolgimento del servizio di illuminazione pubblica risulta essere anche inferiore al 50 per cento dell'importo complessivo dell'appalto. Il valore della prestazione di lavoro, infatti, è di soli Euro 1.631.837,89 rispetto all'importo totale dell'appalto pari ad Euro 6.359.484,00. In

coerenza con quanto sopra e con quanto sostenuto nella deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici del 28.12.1999, la disciplina applicabile è quella dell'appalto di pubblici servizi".

Non può dubitarsi, pertanto, del fatto che la società ricorrente, con tali affermazioni, abbia voluto contestare l'applicabilità alla fattispecie della procedura disciplinata dagli artt. 37 e ss. della legge n. 109 del 1994.

La circostanza che la società ricorrente abbia affermato l'applicabilità alla fattispecie della normativa relativa agli appalti pubblici di servizi come premessa per denunciare la illegittima applicazione di tale normativa per quanto concerne le prescritte forme di pubblicità, non comporta, come esattamente ha osservato il T.A.R., che in tale affermazione non debba riscontrarsi, sulla base dell'esigenza di interpretare la contestazione nel suo complesso su un piano di logica coerenza, anche e principalmente la denuncia della inapplicabilità alla fattispecie della disciplina relativa ai lavori pubblici.

Ed invero, non può affermarsi la violazione di una normativa, nella specie quella contenuta nel D.Lgs n. 157 del 1995, nel profilo particolare inerente alle forme di pubblicità da questa disciplinate, se non se ne reclami innanzitutto l'applicabilità.

Nel ricorso originario, inoltre, si rilevano frasi - "anche volendo applicare al caso de quo la normativa sugli appalti pubblici", "il project financing attiene esclusivamente ai lavori pubblici e solo

per analogia tale istituto viene esteso anche ai servizi pubblici” – che, pur essendo indirizzate a contestare la violazione delle prescrizioni in tema di pubblicità anche per il caso che la fattispecie potesse ritenersi disciplinata dalla normativa sui lavori pubblici, implicitamente ma sicuramente negano l’operatività nella specie di tale diversa normativa.

La sentenza appellata, pertanto, ad avviso della Sezione, non è incorsa nei vizi denunciati dalla società appellante.

La inapplicabilità della disciplina relativa al project financing per la realizzazione del progetto stabilito dal Comune di Grumo Nevano comporta, come correttamente rilevato dal T.A.R., che l’intera procedura debba ritenersi illegittima.

Tale rilievo è evidentemente insuperabile e sarebbe da solo sufficiente a confermare la sentenza appellata.

La Sezione, peraltro, si dà carico di esaminare anche la censura con la quale la società appellante ha denunciato un altro error in iudicando che sarebbe stato commesso dal T.A.R.

La Sepem ha rilevato che il giudice di primo grado ha erroneamente annullato l’intera procedura concorsuale nonostante avesse riconosciuto, condividendo altra censura dedotta nel ricorso originario, la illegittimità del provvedimento di esclusione della società ricorrente dalla gara di licitazione privata promossa dal Comune dopo l’approvazione del progetto del promotore.

Tra i due interessi sottostanti alle due censure, il T.A.R. avrebbe

dovuto dare la prevalenza a quello relativo alla partecipazione alla gara.

Il rilievo non è condiviso dalla Sezione.

E' evidente che, essendosi denunciata la illegittimità sia del provvedimento di esclusione dalla gara che della intera procedura concorsuale, il giudice, una volta constatata, alla stregua delle censure dedotte nel ricorso, la illegittimità della procedura di gara non può annullare soltanto il provvedimento di esclusione, consentendo in tal modo la prosecuzione di una gara riconosciuta come illegittima anche da parte di chi vi concorre.

E' implicito, pertanto, che la domanda di annullamento del provvedimento di esclusione deve ritenersi subordinata all'accertamento della infondatezza delle censure dirette a contestare la legittimità dell'intera procedura.

Nella specie, la circostanza che il T.A.R. abbia rilevato la illegittimità anche del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, quindi, ma abbia annullato l'intera procedura, non configura un vizio della sentenza appellata.

In conclusione, l'appello va respinto.

Le spese del secondo grado del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono compensarsi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, rigetta l'appello in epigrafe.

Compensa le spese del secondo grado del giudizio.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 17.12.2004, con
l'intervento dei signori:

Agostino Elefante	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere
Claudio Marchitello	Consigliere Est.

L'ESTENSORE

Claudio Marchitello

IL PRESIDENTE

Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

Agatina Maria Vilaro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 5 luglio 2005

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

p. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi