



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 683 del 2008, proposto da Cogeca s.r.l. ed Electra Sannio s.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Fabrizio Murino e Marco Palieri, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, via Venezia, 14;

contro

Comune di Gioia del Colle, non costituito;

nei confronti di

Inedil s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Cosimo Recchia e Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, via Piccinni, 150;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della deliberazione del Commissario straordinario del Comune di Gioia del Colle n. 48 del 21.2.2008, con cui è stabilito di "prendere atto degli adempimenti posti in essere per quanto attiene al project financing per il restauro del Cimitero Monumentale e del completamento ed ampliamento del Nuovo cimitero" e di "sollecitare gli uffici competenti ... a dare corso agli adempimenti di competenza";

- della determinazione n. 19 del 14.2.2008, con cui il Responsabile del Centro Servizi n. 4 del Comune di Gioia del Colle ha approvato la graduatoria di merito comunicata dalla Commissione di valutazione;
- del verbale n. 10 del 23.5.2007 della Commissione per la valutazione delle proposte, che ha dichiarato l'esclusione dalla procedura del raggruppamento ricorrente;
- di tutti gli altri verbali della Commissione di valutazione;
- della nota prot. n. 809-5490 in data 11.3.2008, con cui il dirigente dell'Ufficio tecnico comunale ha trasmesso gli atti di cui sopra;
- per quanto di ragione, dell'avviso indicativo di finanza di progetto del 12.5.2006;
- delle determinazioni dirigenziali n. 313 del 18.8.2006 e n. 397 del 31.10.2006, di nomina della Commissione di valutazione;
- nonché per la condanna del Comune di Gioia del Colle al risarcimento di tutti i danni, a qualsiasi titolo dovuti, per gli effetti dell'illegittima procedura, in favore del raggruppamento ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale di Inedit s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Savio Picone e uditi nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2009 gli avvocati Lagrotta (su delega dell'avv. Murino) e Notarnicola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Sono impugnati i provvedimenti in epigrafe con i quali il Comune di Gioia del Colle, nell'ambito della procedura valutativa di project financing indetta con avviso pubblico del 12.5.2006 per il restauro del cimitero monumentale ed il completamento ed ampliamento del nuovo

cimitero comunale, ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. ricorrente (che era risultata seconda classificata in base ai punteggi provvisoriamente attribuiti dalla Commissione) ed ha approvato la graduatoria finale, ivi indicando quale prima classificata la Inedil s.r.l., odierna controinteressata.

Le ricorrenti si affidano ad unico ed articolato motivo, così rubricato: violazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione degli artt. 152, 153 e 154 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e della Direttiva 2004/18/CE, violazione dei principi generali di trasparenza, par condicio e favor participationis, violazione del principio di proporzionalità, incompetenza, difetto di istruttoria e di motivazione, eccesso di potere per arbitrarietà, illogicità, contraddittorietà, perplessità, ingiustizia manifesta e sviamento.

Si è costituita la controinteressata Inedil s.r.l., che ha chiesto il rigetto del gravame ed ha altresì notificato ricorso incidentale, mediante il quale ha contestato la mancata esclusione del raggruppamento ricorrente sotto diverso profilo, in asserita violazione dell'art. 37-bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109, dell'avviso indicativo del 12.5.2006 e degli artt. 18 e 24 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

L'istanza cautelare della ricorrente è stata accolta con ordinanza di questa Sezione n. 285 del 28.5.2008, poi riformata con ordinanza n. 5262 del 30.9.2008 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

Rimasto contumace il Comune di Gioia del Colle, le parti hanno depositato memorie difensive in vista della pubblica udienza del 12 febbraio 2009, alla quale la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, deve essere dichiarata irricevibile la memoria depositata dalle ricorrenti il 7.2.2009, in vista dell'udienza di discussione fissata per il giorno 12.2.2009. Essa è tardiva in quanto il termine di cui all'art. 23, quarto comma, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 (dimezzato nel presente giudizio, ai sensi dell'art. 23-bis della stessa legge) è da calcolare in giorni liberi, sia in relazione alla produzione dei documenti che per il deposito delle memorie (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2008 n. 1152; TAR Puglia, Bari, sez. I, 11 novembre 2008 n. 2557).

2. Passando al merito, i fatti di causa possono essere riassunti come segue.

Il Comune di Gioia del Colle, con avviso pubblico del 12.5.2006, indiceva una procedura valutativa di project financing, ai sensi dell'art. 37-bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109, finalizzata all'individuazione del promotore per i lavori di restauro del cimitero monumentale ed il completamento ed ampliamento del nuovo cimitero comunale.

Per quanto qui rileva, l'avviso disponeva che le indicazioni sull'insieme e sulla localizzazione degli interventi dovessero essere desunte dall'allegato studio di fattibilità, costituente parte integrante dell'avviso stesso.

Lo studio di fattibilità, sottoscritto dal dirigente dell'Ufficio tecnico comunale, recava al paragrafo 4 l'indicazione di seguito trascritta: "(...) Il progetto riguarderà l'impianto cimiteriale nella sua interezza, prevedendo i seguenti interventi: - restauro del cimitero monumentale nel rispetto delle pre-scrizioni che vorrà impartire la competente Soprintendenza ai beni culturali; - completamento dell'edificio 5 del nuovo cimitero, mediante sopraelevazione di un livello della struttura esistente per realizzare circa 1100 nuovi loculi; - ampliamento del nuovo cimitero, sui lati nord ed ovest, per una fascia di ampiezza massima di 50 metri dall'attuale perimetro cimiteriale, per realizzare nuovi loculi, ossari e suoli per l'edificazione delle cappelle".

La Commissione giudicatrice istituita dal Comune di Gioia del Colle procedeva alla valutazione delle proposte pervenute. In tale fase, l'a.t.i. ricorrente conseguiva il punteggio complessivo di 58,25 punti, risultando seconda classificata.

Tuttavia, nella seduta del 23.5.2007, veniva deliberata l'esclusione delle concorrenti collocatesi al primo ed al secondo posto della graduatoria, a causa della difformità dei rispettivi progetti dallo studio di fattibilità allegato all'avviso pubblico. Stando al verbale, la Commissione rilevava che il raggruppamento ricorrente non aveva rispettato la prescrizione relativa all'ampliamento del nuovo cimitero, sui lati nord e ovest, "per una fascia di ampiezza massima di 50 metri dall'attuale perimetro cimiteriale, per realizzare nuovi loculi, ossari e suoli per l'edificazione di cappelle".

In effetti, è incontrovertibile che il progetto dell'a.t.i. ricorrente prevedeva l'ampliamento del perimetro cimiteriale di 75 metri, in luogo della fascia massima di 50 metri indicata dallo studio di fattibilità, al dichiarato scopo

di evitare la presenza di strutture funerarie ravvicinate ed offrire una più ampia visuale ai visitatori, attraverso la creazione di un corridoio di separazione tra le nuove cappelle e l'edificio esistente (cfr. le affermazioni contenute a pag. 9 del ricorso).

3. Secondo la tesi delle ricorrenti, l'esclusione deliberata dal Comune di Gioia del Colle sarebbe illegittima per violazione delle norme e dei principi regolanti la fase preliminare dell'istituto del project financing, nella quale viene selezionato il soggetto promotore. In detta fase, la stazione appaltante godrebbe della più ampia discrezionalità nella scelta della proposta rispondente al pubblico interesse, restando svincolata dalla rigorosa osservanza delle regole e dei formalismi propri delle gare ad evidenza pubblica. I provvedimenti impugnati contrasterebbero perciò con il contenuto dell'avviso pubblico che, secondo la ricorrente, non prescriveva a pena d'esclusione il rispetto delle indicazioni contenute nello studio di fattibilità. L'esclusione sarebbe in ogni caso viziata da incompetenza, in quanto la Commissione di valutazione, illegittimamente nominata dal dirigente tecnico del Comune, avrebbe dovuto rimettere la decisione definitiva sulle proposte all'organo politico dell'ente.

Il Collegio, rivedendo l'avviso espresso sulla base del sommario esame che caratterizza la fase cautelare, ritiene che i motivi siano privi di pregio.

4. In linea di principio, giova richiamare il precedente con il quale questa Sezione ha chiarito i limiti entro i quali va intesa l'affermazione correntemente ripetuta dalla giurisprudenza, circa la non applicabilità delle regole proprie delle gare di evidenza pubblica alla fase di selezione del promotore, nell'ambito della finanza di progetto. Invero, a tale fase procedimentale devono in ogni caso applicarsi i principi di imparzialità e par condicio desumibili dalla legge sul procedimento amministrativo, tenuto conto che l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella sola "valutazione" delle diverse proposte e non già nella preliminare fase di "ammissione" delle stesse, ove viceversa la verifica dei presupposti richiesti dalle norme e dalla *lex specialis* non può che essere rigorosa ed obbiettiva (si veda TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 gennaio 2009 n. 65).

Come evidenziato nella citata decisione, l'esigenza di assoggettare anche la fase di selezione del promotore alle regole di imparzialità e par condicio discende dal potenziale contrasto, rilevato in sede comunitaria, tra la prelazione accordata al promotore (secondo la disciplina contenuta nella legge n. 109 del 1994, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame) e la tutela della concorrenza. La giurisprudenza interna aveva già espresso un simile avvertimento, in relazione alla disciplina del project

financing contenuta nella legge Merloni, affermando che: “Tale ragionamento, a ben vedere, oltre che corretto sul piano logico-giuridico, appare del tutto in linea con quanto affermato dagli Organi della Comunità europea nel parere motivato del 15 ottobre 2003 indirizzato alla Repubblica Italiana in forza dell’art. 226 del Trattato CEE, riguardo al diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/02. All’esito del citato parere la Comunità Europea ha aperto una procedura di infrazione ai danni dello Stato Italiano facendo presente che il diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/02 viola il principio di parità di trattamento, vuoi perché consente al promotore di aggiudicarsi la concessione mediante il semplice adeguamento dell’offerta a quella del concorrente risultato vittorioso, vuoi perché la disciplina del project financing, pur disponendo la pubblicazione in G.U.C.E. di un avviso indicativo volto a far conoscere l’esistenza di interventi realizzabili mediante l’istituto della finanza di progetto, non prevede in alcun modo che detto avviso renda noti i vantaggi di cui beneficia il promotore nella successiva fase della procedura negoziata. (...) Tali ineccepibili osservazioni della Comunità europea debbono essere poi integrate con i principi, ormai consolidati, della giurisprudenza amministrativa italiana, secondo cui in sede di gara indetta per l’aggiudicazione di un contratto, la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d’invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l’esercizio del potere di autotutela” (Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5316).

5. Trasferendo i suddetti principi alla procedura di cui si controverte, deve giudicarsi legittima la decisione del Comune di escludere dalle proposte valutabili quella del raggruppamento ricorrente, che presentava una sicura difformità dallo studio di fattibilità, allegato all’avviso pubblico e parte integrante di esso.

Sebbene meritevole di apprezzamento positivo dal punto di vista tecnico (secondo il giudizio inizialmente espresso dalla Commissione), la previsione di un ampliamento del perimetro cimiteriale in misura sensibilmente maggiore di quella indicata nello studio di fattibilità determinava tuttavia un contrasto con la previsione della *lex specialis*, come rilevato dalla stessa Commissione nella seduta di gara del 23.5.2007.

Si tratta, ad avviso del Collegio, di ragione di per sé sufficiente a giustificare l'esclusione delle ricorrenti, quale esito ineccepibile della verifica vincolata al rispetto del contenuto minimo stabilito dal bando, a nulla rilevando in contrario che il seggio di gara avesse in un primo momento trascurato tale circostanza ed avesse perciò effettuato la valutazione del progetto.

Neppure può accogliersi, sotto tale profilo, la tesi sostenuta dall'a.t.i. ricorrente, secondo cui l'avviso pubblico e l'allegato studio di fattibilità avrebbero impartito indicazioni non vincolanti per le imprese proponenti. Al contrario, stando al tenore letterale delle clausole dianzi riportate (segnatamente, la fissazione di un'ampiezza "massima") ed alla funzione tipica dell'avviso pubblico di project financing, le essenziali e circoscritte previsioni ivi contenute costituivano il nucleo minimo ed inderogabile al quale le proposte degli aspiranti promotori dovevano conformarsi, sicché la loro elusione avrebbe integrato una palese violazione da parte dell'Amministrazione del principio di "autovincolo" e della par condicio tra i concorrenti.

Quanto, poi, all'affermazione delle ricorrenti secondo cui la Commissione avrebbe dovuto consentire la correzione della proposta, al fine di emendarla dal rilevato contrasto con lo studio di fattibilità, va in contrario richiamato il condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa, nel senso che "(...) il complesso normativo di cui agli artt. 37 bis e 37 ter - pur se indubbiamente contempla un'ampia possibilità di integrazione, sotto il profilo formale, della documentazione già tempestivamente prodotta - non consente, al contrario, di modificare i contenuti minimi essenziali della proposta. Il supporto normativo del convincimento in parola - che la Sezione ha già rinvenuto nel comma 2 bis del più volte citato art. 37 bis - deve essere integrato da quanto stabilito dal successivo art. 37 ter, che contempla l'apporto collaborativo del proponente che ne faccia richiesta, soltanto dopo che è stata superata e risolta favorevolmente, per la singola proposta, la fase della verifica della sua ammissibilità, ovvero della mancanza di elementi ostativi alla sua realizzazione, allorché si sia passati alla fase successiva, nella quale si procede alla valutazione dell'interesse pubblico alla sua realizzazione, anche comparativamente con altre proposte. La prima fase è individuata, nell'art. 37 ter, attraverso una minuziosa ma certamente non esaustiva esemplificazione dell'esame preliminare che il gestore del programma deve compiere ed a conclusione del quale, l'«assenza di elementi ostativi» conclude il quadro di una valutazione preliminare, di

natura prevalentemente, se non esclusivamente tecnica" (Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005 n. 6287).

Invero, ove avesse consentito una simile modificazione del progetto tecnico, la Commissione sarebbe incorsa nella violazione delle regole procedurali poste a tutela della par condicio tra i concorrenti.

5. Infondata, infine, è la censura attinente all'incompetenza.

In primo luogo, gli atti della Commissione di valutazione sono stati integralmente approvati dal Commissario straordinario del Comune di Gioia del Colle, con deliberazione n. 48 del 21.2.2008.

La nomina dei membri della Commissione è stata poi legittimamente effettuata dall'organo dirigenziale, al quale compete in base all'art. 107, comma 3 - lett. b), del Testo unico sugli enti locali del 2000, che attribuisce ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo, tra cui la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso. Tra queste rientra senza dubbio anche la possibilità di nominare la commissione di gara (in tal senso TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 23 ottobre 2008 n. 542; TAR Piemonte, sez. II, 19 aprile 2006 n. 1864).

6. In conclusione, l'impugnativa deve essere respinta. E' conseguentemente respinta la domanda risarcitoria, attesa la legittimità dell'esclusione deliberata dal Comune.

E' infine improcedibile il ricorso incidentale della Inedil s.r.l., prima classificata nella impugnata graduatoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della controinteressata nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna le società ricorrenti, in solido tra loro, alla refusione delle spese processuali in favore della Inedil s.r.l., nella misura di euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2009
con l'intervento dei Magistrati:

Doris Durante, Presidente FF

Giuseppina Adamo, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2009

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

IL SEGRETARIO