

N. 33181/2010 REG.SEN.
N. 02242/2010 REG.RIC.
N. 04944/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

a) - sul ricorso numero di registro generale 2242 del 2010, proposto da:
Soc. Eleca S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Sonia Cirella e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via del Mascherino, 72;

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso la stessa in Roma, c.so Vittorio Emanuele II, 284;

nei confronti di

Soc. Coop. CME Consorzio Imprenditori Edili, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Navarra e Lucrezia Vaccarella, con domicilio eletto presso il primo di

questi in Roma, Piazzale Porta Pia, 121; Consorzio Stabile THP, Soc. Coop. Sky Park, Soc. Sintesi 2005 S.r.l., in persona del rispettivo legale rappresentante pro-tempore, non costituite in giudizio;

b) - sul ricorso numero di registro generale 4944 del 2010, proposto da: CME Consorzio Imprenditori Edili Società Cooperativa, Soc. Coop. Skipark, Soc. Sintesi 2000 S.r.l., Consorzio Stabile TMP, in persona del rispettivo legale rappresentante pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Giancarlo Navarra e Lucrezia Vaccarella, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Piazzale Porta Pia, 121;

contro

Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso la stessa in Roma, c.so Vittorio Emanuele II, 284;

nei confronti di

Soc. Eleca S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Sonia Cirella e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il secondo di questi in Roma, via del Mascherino, 72; Soc. Polis Engineering S.r.l., Soc. Eos Consulting S.r.l., in persona del rispettivo legale rappresentante p.t., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 2242 del 2010:

della richiesta di attestazione del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria per l'affidamento in concessione per progettazione, realizzazione e gestione di un parcheggio multipiano area di stoccaggio polivalente, rifacimento torre per servizi presso

l'ospedale San Camillo di Roma, nonché, ove occorra, del bando di gara nei limiti dell'interesse della ricorrente, con conseguente risarcimento dei danni;

quanto al ricorso n. 4944 del 2010:

del provvedimenti relativi alla ammissione alla fase di negoziazione della Soc. Eleca S.p.a. e della mancata esclusione della stessa per carenza dei requisiti per partecipare alla gara per l'affidamento in concessione per progettazione, realizzazione e gestione di un parcheggio multipiano e area di stoccaggio polivalente, rifacimento torre per i servizi presso ospedale San Camillo - d.lgs 53/10; nonché per l'annullamento del silenzio rifiuto opposto alle istanze della ricorrente;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e della Soc. Coop. CME Consorzio Imprenditori Edili e della Soc. Eleca S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti delle cause;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il consigliere Carlo Taglienti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il primo dei ricorsi indicati in epigrafe la soc. ELECA ha impugnato la nota del direttore U.O.C. Ingegneria dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini con la quale viene richiesto di comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economica richiesti di cui

deve essere dotato il concessionario per la “progettazione, realizzazione e gestione di un parcheggio multipiano area di stoccaggio polivalente, rifacimento torre per servizi” e ciò nonostante la società ricorrente sia già stata selezionata come promotore dell’intervento in finanza di progetto ai sensi dell’art. 153 del decreto legislativo n. 163/2006. Impugna, ove occorra, anche il bando in parte qua, se interpretato nel senso di cui alla richiesta sopra specificata.

Infatti l’Amministrazione, proprio sulla base del progetto presentato come promotore dalla ricorrente, ha indetto la gara per scegliere il concessionario dell’opera, alla quale partecipa anche il promotore, nelle speciali forme previste dall’art. 155 del d.lgs n. 163/2006, con procedura negoziata da svolgersi con il migliore offerente selezionato con la procedura concorsuale (nella fattispecie CME Consorzio Imprenditori edili soc. cooperativa, controinteressato nel presente ricorso e ricorrente principale in quello qui riunito).

Deduce parte ricorrente l’illegittimità della nota impugnata per i seguenti motivi:

violazione degli artt. 153,154, 155 e 253 comma 3 del d. lgs n. 163/2006; degli artt. 98 e 99 del DPR 21 dicembre 1999 n. 554; violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare; eccesso di potere per carenza istruttoria, contraddittorietà, travisamento dei presupposti carenza assoluta di motivazione, illogicità: i requisiti di capacità tecnica ed economica previsti dal bando del 2008 devono essere posseduti solo dai partecipanti alla gara di cui all’art. 155 c.1 lett.a) d.lgs cit. e non dal promotore, per il quale si applicano i requisiti di cui al DPR 554/99, in base al rinvio disposto dall’art. 253 comma 3 del codice degli appalti, ed in particolare i requisiti di cui agli artt. 98 e 99 del citato DPR., requisiti posseduti dalla

ricorrente.

In via subordinata viene impugnato anche il bando di gara, nell'ipotesi in cui venga interpretato nel senso che anche per il promotore sono richiesti i requisiti previsti per il concessionario dell'opera.

Si avanza la seguente censura:

violazione degli artt. 153, 154 e 155 d.lgs n. 163/2006; degli artt. 41, 42 e 253 c.3 stesso decreto; degli artt. 98 e 99 del DPR 554/99; violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza; eccesso di potere per assenza d'istruttoria, contraddittorietà travisamento dei presupposti, carenza assoluta di motivazione, illogicità: i requisiti richiesti eccedono i limiti di cui all'art. 98 c.1 DPR 554/99 e sono comunque sproporzionati rispetto al valore dell'appalto; non è prevista la sostituibilità del requisito relativo al c.d. "servizio di punta" (valore 3 milioni di euro).

Costitutosi il Consorzio controinteressato, ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso in quanto rivolto nei confronti di atto meramente consequenziale alla disciplina del bando e comunque di per se stesso non lesivo; l'inammissibilità dell'impugnazione del bando per tardività, contenendo esso condizioni immediatamente lesive; nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza in quanto ai sensi dello stesso art. 98 del DPR 554/99, il capitolato speciale, peraltro redatto dal promotore, individua i requisiti richiesti al soggetto che dovrà aggiudicarsi i lavori oggetto dell'appalto, salva la variante predisposta dal bando circa la sostituibilità di alcuni requisiti; in ogni caso la ricorrente non possiede nemmeno i requisiti minimi di cui all'art. 98 del DPR citato.

Costituitasi a sua volta l'Azienda Ospedaliera, ha sostenuto che la stessa ricorrente si era impegnata a dimostrare successivamente il possesso dei

requisiti di cui all'art. 98 cit., eventualmente associando altri soggetti; che non ha dimostrato il possesso dei requisiti richiesti dal bando e dal capitolato speciale; che l'art. 99 del ripetuto DPR prevede che il promotore deve possedere i requisiti di cui all'art. 98 previsti per il concessionario; che l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici ha già statuito che il promotore deve poi avere tutti i requisiti previsti per il concessionario; per la ricorrente risulta altresì mancante anche la dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 per l'amministratore delegato della società incaricata della progettazione.

Con memoria conclusionale replica la ricorrente, sostenendo che non ha partecipato alla selezione come promotore in A.T.I. con la società di progettazione, talché non può essere richiesta per essa la dichiarazione ex art. 38 cit; che è in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 98 del DPR n. 554/99.

Con memoria conclusionale la controinteressata ribadisce le proprie tesi e ragioni.

2. Con il secondo dei ricorsi in epigrafe, inoltrato anche ai sensi dell'art. 21 bis legge n. 1034/71, il Consorzio Imprenditori edili società cooperativa impugna gli atti relativi all'ammissione della società Eleca alla procedura negoziale da svolgersi con la stessa ricorrente, ai sensi dell'art. 155 d.lgs. n. 163/2006, lamenta il mancato svolgimento dell'attività di verifica del possesso dei requisiti in capo alla Eleca, contesta l'inerzia serbata dall'Amministrazione in ordine all'istanza di concludere la procedura selettiva per la scelta del concessionario per la "progettazione, realizzazione e gestione di un parcheggio multipiano e area stoccaggio polivalente, rifacimento torre per servizi".

Premesso che alla gara ex art. 155 cit partecipava solo la stessa ricorrente in

A.T.I. con SKYPARK società cooperativa – Sintesi 2000 s.r.l. – Consorzio stabile TMP; che detta A.T.I veniva ammessa alla fase negoziale con il promotore; che a seguito di accesso agli atti dell'Azienda sanitaria l'attuale ricorrente evidenziava alla stessa la mancanza delle dichiarazioni ex art. 38 codice appalti per i soggetti che avevano collaborato con la Eleca nell'attività di promozione, nonché la mancanza dei requisiti in capo ad essa di capacità tecnica ed economica; che l'Amministrazione non adottava alcun provvedimento in ordine alla conclusione della procedura di scelta del concessionario; tanto premesso, il Consorzio ricorrente ha dedotto: violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D lgs n. 163/2006; violazione dell'obbligo di concludere il procedimento ex art. 2 legge n. 241/90: la proposta del promotore risulta redatta in collaborazione tra Eleca, EOS Consultino s.r.l. e POLIS Engeneering s.r.l., pertanto anche per questi due ultimi soggetti dovevano essere richieste le dichiarazioni ex art. 38 cit.; peraltro il promotore è anche sprovvisto dei requisiti di capacità tecnica ed economica richiesti al concessionario.; risultano superati i termini per la definizione della procedura concorsuale.

Costituitasi l'Azienda ospedaliera, ha sostenuto che la Eleca non ha il possesso dei requisiti tecnico-organizzativi e economici richiesti per il concessionario e che manca dichiarazione ex art. 38 codice appalti.

Costituitasi la società ELECA ha preliminarmente eccepito l'improcedibilità o inammissibilità del ricorso per tardività, dovendo esso essere svolto come ricorso incidentale nel primo dei ricorsi sopra epigrafati, e comunque non avendo tempestivamente impugnato la delibera che individuava essa stessa società come soggetto con il quale negoziare né la nota dell'Azienda che richiedeva alla Eleca il possesso dei requisiti, né il bando, nella parte in cui esclude che il progettista debba rilasciare la

dichiarazione ex art. 38 codice appalti; ha quindi sostenuto l'infondatezza nel merito del gravame, in quanto l'amministratore delegato della POLIS Engeneering non doveva presentare la dichiarazione ex art. 38 cit perché non associato in ATI con la Eleca, unico soggetto promotore.

Con memoria il Consorzio CME ha respinto le eccezioni in rito della controinteressata ed ha insistito sulle tesi già svolte.

Anche l'Azienda sanitaria ha prodotto memoria conclusionale per entrambe i ricorsi, insistendo su tesi e ragioni già svolte.

I due ricorsi sono stati quindi chiamati alla pubblica udienza del 20 ottobre 2010.

3. Tanto premesso, il Collegio dispone la riunione dei ricorsi in epigrafe per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, onde pervenire alla loro decisione con unica sentenza.

Visto l'art. 120, commi 10 e 74, del nuovo codice del processo amministrativo, il Collegio ritiene che il punto di diritto risolutivo per entrambe i giudizi sia costituito dalla risposta al seguente quesito: se cioè il promotore di cui all'art. 153 codice appalti debba avere i requisiti previsti dal bando per il concessionario di cui all'art. 155.

E' infatti non contestato tra le parti che il promotore non ha, nella fattispecie, tutti i requisiti tecnico-organizzativi ed economici richiesti dal bando per il concessionario dell'opera pubblica.

Al suddetto quesito il Collegio ritiene di dare risposta positiva.

In primo luogo ciò è espressamente previsto dall'ultimo comma dell'art 99 del DPR 554/1999.

Inoltre tale principio si desume anche dalla giurisprudenza: la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 15 aprile 2010 n. 2155 al punto 6.2 afferma chiaramente, seppure incidentalmente, che il promotore

può non possedere i requisiti previsti per il concessionario nella fase preliminare in cui partecipa alla selezione per il conseguimento di tale qualità, ma che appare discutibile, siccome potenzialmente lesiva della par condicio tra concorrenti, una interpretazione che consenta allo stesso di non possedere i requisiti della *lex specialis* al momento dell'inizio della fase selettiva per l'attribuzione della qualifica di concessionario.

Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha affermato che il promotore, in fase di negoziazione, deve avere i requisiti del concessionario (determinazione 4 ottobre 2001 n.20).

Il promotore quindi, in via subordinata, contesta nel merito i requisiti previsti dal bando per violazione dell'art. 98 del DPR 554/99 e per evidente sproporzione.

Preliminarmente il Collegio rileva come l'impugnativa del bando sia tardiva.

La clausola qui contestata era immediatamente lesiva in quanto il promotore non aveva, e non ha, i requisiti di cui al punto III.2.1 del bando; che poi detti requisiti riguardino anche il promotore ove appunto partecipi alla procedura ex art. 155 codice appalti per ottenere la concessione, è disposizione nota al ricorrente, e comunque disposizione di legge, inserita nell'art. 99 del DPR 554/99, il quale espressamente prevede che il promotore deve, in questo caso, possedere anche i requisiti del concessionario.

In ogni caso il Collegio ritiene che la contestazione del punto III.2.1 del bando sia anche infondata.

Infatti ad avviso del Collegio l'art 98 del DPR 554/99 prevede requisiti minimi di partecipazione, ben potendo l'Amministrazione individuare requisiti più severi, in relazione all'interesse pubblico sotteso alla natura

dell'attività oggetto dell'appalto (cfr. su detto principio Cons. di St. sez. IV 20 dicembre 2002 n. 7255).

Alla luce infatti dei principi di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di ragionevolezza e proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza degli appalti pubblici, il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici è soggetto ai limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali; funzione che consiste nel delineare - attraverso la individuazione di specifici elementi sintomatici di capacità economica, finanziaria e tecnica - il profilo delle imprese che si presumono idonee a realizzare il programma contrattuale perseguito dall'amministrazione ed a proseguire nel tempo l'attività appaltata in modo adeguato e flessibile.(cfr TAR Marche 26 sett. 2007 n. 1571).

Orbene, nel caso in esame i requisiti richiesti tengono conto, non solo dell'attività di realizzazione delle opere, per le quali il costo a base d'asta è stato fissato in € 15.689.590, ma anche dell'attività di progettazione e soprattutto gestione dell'opera stessa, talché il parametro economico suddetto non poteva essere l'unico da prendere in considerazione, ed era rimesso alla discrezionalità amministrativa della Stazione appaltante individuare i limiti ritenuti idonei a garantire l'affidabilità dell'impresa, non solo per la realizzazione dell'opera, ma anche per la gestione successiva. Peraltro il controllo giurisdizionale sulle clausole del bando è controllo così detto esterno e si limita ad una verifica dell'assenza di elementi di irragionevolezza palese, che nel caso in esame il Collegio non ravvisa.

Resta da aggiungere che lo stesso art. 98 cit individua quattro parametri: a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni

antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento;

b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;

c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento;

d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento.

Orbene, esaminata la risposta data da Eleca all'Amministrazione in relazione alla nota del 29 dicembre 2009, con la quale si richiedeva la dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici ed economici previsti dal bando, risulta che la società ha fornito i dati relativi alla cifra d'affari richiesta nel bando ed al capitale sociale, ma ha ommesso di precisare il fatturato medio di cui al punto a) dello stesso DPR 554/99, nonché gli importi di cui ai punti c) e d) suddetti (si rintraccia solo una generica dichiarazione al riguardo).

Pertanto deve rilevarsi comunque una carenza di documentazione pur in relazione agli elementi indicati nello stesso art. 98.

Per i suddetti motivi il Collegio ritiene che il primo dei ricorsi epigrafati debba essere respinto.

4. Ne consegue l'improcedibilità per carenza sopravvenuta d'interesse del secondo ricorso, nella parte in cui tendeva ad ottenere l'esclusione della Eleca dalla procedura negoziata.

Resta l'interesse per quanto riguarda l'impugnato silenzio.

Tale domanda deve essere accolta, con conseguente obbligo

dell'Amministrazione di concludere rapidamente, e comunque non oltre giorni trenta dalla comunicazione della presente sentenza, la procedura per l'affidamento della concessione, essendo stati ormai superati i termini all'uopo previsti.

Considerata la particolarità della fattispecie, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe indicati:
respinge il ricorso n. 2242/2010;

dichiara in parte improcedibile il ricorso n. 4944/2010 ed in parte lo accoglie relativamente all'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento di gara entro giorni 30 (trenta) dalla comunicazione della presente sentenza;

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)