

N. 02433/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02613/2010 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2613 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Costruzioni Generali & Appalti Co.G.&Ap. Spa, Lavori Generali Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Giuliana Vosa, Paolo Vosa e Laura Loffredo, con domicilio eletto presso Paolo Vosa in Napoli, via G. Fiorelli, 14;

contro

Comune di Trecase in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ferrara, con domicilio eletto presso Giuseppe Fava in Napoli, via S. Giacomo dei Capri N. 139;

per l'annullamento

con ricorso originario: - della determina n. 26 dell' 11/03/2010 recante l'approvazione del parere conclusivo della commissione

giudicatrice del project financing "ampliamento e gestione del cimitero comunale", con la dichiarazione di non di pubblico interesse delle proposte pervenute; e di ogni altro atto connesso e conseguente;

con motivi aggiunti: - della delibera consiliare n. 80/UTC del 16.9.2010, di revoca del bando di gara con il quale era stata indetta la procedure di project financing per l'affidamento in concessione dell'ampliamento e della gestione del cimitero comunale, della delibera n. 9 dell'8.7.2010, concernente il piano triennale delle opera pubbliche e di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Trecase;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'amministrazione comunale di Trecase ha avviato una procedura di project financing per l'ampliamento del cimitero comunale.

La commissione, insediata per la valutazione della proposte, ha deliberato una soglia minima di valutazione pari ad ottanta punti su cento, da attribuirsi secondo i criteri stabiliti nell'avviso ai sensi

dell'articolo 153 del codice degli appalti.

Le società ricorrenti, che hanno ottenuto il miglior punteggio (pari a 74,3 punti su 100) sono insorte avverso la decisione presa dall'amministrazione comunale di dichiarare non di pubblico interesse tutte le proposte pervenute.

Con un'unica doglianza è censurata l'errata applicazione della formula matematica per l'assegnazione dei punteggi relativi ai parametri qualitativi, non essendo in contestazione l'operato della commissione per l'attribuzione dei punteggi relativi ai parametri quantitativi.

Si è costituita l'amministrazione comunale che, riportandosi alla relazione tecnica allegata alla memoria, conclude per il rigetto del ricorso.

In corso di causa l'amministrazione comunale - sulla base di una nuova deliberazione del piano triennale delle opere pubbliche (delibera n. 9 dell'8.7.2010) - con delibera n. 80/UTC del 16.9.2010 ha revocato il bando di gara con il quale era stata indetta la procedura di project financing per l'affidamento in concessione dell'ampliamento e della gestione del cimitero comunale.

Con motivi aggiunti le ricorrenti impugnano questi ultimi atti per violazione di legge (artt. 2 e 128 d. lgs. 163 del 2006, art. 172 d. lgs. 267 del 2000; art. 1 del d.m. trasporti del 9 giugno 2005), dei principi di efficienza e correttezza e delle regole fissate in tema di revoca dei provvedimenti (art. 21 quinquies l. 241 del 1990), nonché per il

risarcimento del danno o, quanto meno, per la corresponsione dell'indennizzo.

Respinta la richiesta cautelare con ordinanza 1192 del 2010, dopo il rinvio del 6 ottobre 2010, all'udienza di discussione del 23 marzo 2011 la causa è trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Sebbene l'amministrazione comunale abbia, con atti successivi, proceduto a revocare il bando di gara gravato con il ricorso introduttivo, occorre esaminare dapprima le censure contenute in quest'atto, sia per verificare la sussistenza di un interesse qualificato in capo alle società ricorrenti a contestare il provvedimento di secondo grado, sia perché tale decisione si fonda, in parte, sulla mancanza di una valida offerta da parte dei partecipanti alla finanza di progetto.

Secondo l'assunto di parte ricorrente l'amministrazione comunale, nell'assegnare i punteggi relativi ai requisiti qualitativi delle proposte, avrebbe erroneamente applicato il d.P.R. n. 554 del 1999, alla luce delle indicazioni fornite dalle linee-guida dell'Autorità di Vigilanza dei Lavori pubblici con determina n. 4 del 2009.

L'allegato B) al d.P.R. n. 554 del 1999, all'epoca vigente, declina i metodi matematici utilizzabili per la determinazione dei coefficienti relativi agli elementi qualitativi dell'offerta (caratteristiche intangibili), che, in ipotesi di selezione del sistema aggregativo-compensatore (quello più comune), sono i seguenti:

- a) media dei punteggi attribuiti discrezionalmente nel range fra 0 e 1 da ciascun componente della Commissione;
- b) confronto a coppie di cui all'allegato A);
- c) calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie.

Dal raffronto fra i tre metodi indicati dal regolamento n. 554 emerge che negli ultimi due casi il punteggio attribuito all'offerta migliore è pari al massimo del punteggio astrattamente attribuibile. In altri termini, laddove il bando preveda "x" punti su 100 per un elemento qualitativo della proposta, la proposta che ha conseguito maggiori preferenze (la prima classificata per quel criterio) deve conseguire il medesimo punteggio "x", mentre alle altre proposte è attribuito un punteggio proporzionalmente inferiore.

Nel primo caso, questa coincidenza rappresenta una mera eventualità, peraltro non frequente, perché presuppone che l'offerta migliore sia giudicata con il punteggio massimo (pari ad 1) da ogni componente della commissione.

Nella maggior parte dei casi la proposta meglio classificata si avvicinerà al punteggio massimo (pari ad uno, poi parametrato ai punti "x" su 100 per la valutazione di quell'elemento qualitativo).

Esemplificando, se per la durata della concessione il bando prevede l'attribuzione di 10 punti su cento, con i metodi b) e c) la migliore proposta (cioè quella che offre la minore durata) avrà indefettibilmente 10 punti.

Nel caso del metodo di cui alla lett. a), a seguire le prescrizioni del d.P.R. 554 del 1999, potrebbe avvenire che la proposta migliore riceva dai cinque componenti della commissione punteggi (compresi fra 0 e 1) differenziati, ed esempio, nell'ordine: 1; 1; 0,8; 0,9; 0,8. In tale ipotesi la media aggregata è pari a 0,9 (4,5: 5), che, compensata rispetto al punteggio massimo attribuibile (pari a 10) impone di attribuire alla proposta migliore sotto il dedotto profilo il punteggio pari a 9 su 100.

Al fine di evitare questa sfasatura connessa alla eterogeneità dei coefficienti di assegnazione del punteggio, le linee-guida dell'Autorità suggeriscono un correttivo consistente nella riparametrazione di tutte le offerte, livellando verso l'altro il punteggio da attribuire alla proposta migliore e aumentando proporzionalmente il punteggio delle altre proposte (secondo la proporzione $V1 = P1/Px$; $V2 = P2/Px$; $Vn = Pn/Px$, dove $V1$ è la prima proposta valutata; $P1$ è il punteggio conseguito dalla stessa e Px è il punteggio massimo attribuito alla miglior proposta).

Quindi nell'esempio offerto, se alla seconda proposta fosse stato attribuito il punteggio pari a 0,5, la riparametrazione avrebbe portato un innalzamento proporzionale del punteggio al valore di 0,555, secondo l'equazione $V = 0,5/0,9 \square 0,555$). Applicando il fattore di compensazione in relazione al punteggio massimo di 10 su 100, il punteggio attribuito alla seconda miglior proposta sarebbe non più 5, ma 5,55.

Nel caso in esame è stato utilizzato il metodo della media dei punteggi attribuiti discrezionalmente nel range fra 0 e 1 da ciascun componente della Commissione, senza però procedere alla riparametrazione suggerita dall'Autorità, che avrebbe consentito alla ricorrente di ottenere un punteggio superiore alla soglia di sbarramento degli 80 su 100.

Nel caso di specie la mancata riparametrazione, oltre ad essere influente ai fini del corretto differenziale fra le offerte, ha illegittimamente conculcato le aspettative delle società ricorrenti, consentendo all'amministrazione comunale di chiudere la procedura senza affidatari.

Ed allora il dovere di riparametrare le offerte, già evincibile dalla disamina delle linee-guida menzionate, è tanto più ineludibile laddove, come nella specie, sia stata fissata una soglia minima di sufficienza per la valutazione delle offerte.

È vero che la clausola di sbarramento non può ritenersi di per sé illegittima in quanto rientrante nell'esercizio di una facoltà discrezionale riconosciuta all'Amministrazione in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta di un'offerta di adeguato livello qualitativo, per cui poteva prevedersi l'esclusione dei progetti tecnicamente non accettabili. Tuttavia proprio il particolare peso assegnato all'attribuzione dei punteggi imponeva una valutazione coerente con i parametri normativi e di buon senso esplicitati nelle linee-guida.

L'accoglimento del ricorso introduttivo evidenzia l'interesse qualificato delle ricorrenti a censurare la decisione presa dall'amministrazione comunale di revocare il bando di gara del project financing e di inserire nel nuovo programma triennale dei lavori pubblici la previsione dell'ampliamento del cimitero comunale mediante autofinanziamento.

Anche sotto tale profilo le censure meritano seguito.

Assume rilievo preliminare la disamina della validità ed efficacia della clausola, inserita nell'avviso di gara, con la quale l'amministrazione si è riservata la facoltà di realizzare l'opera in maniera diversa, senza ricorrere al project financing o senza dare ulteriore corso alla procedura eventualmente in atto, con esonero da ogni responsabilità contrattuale o anche precontrattuale.

La clausola, anche ove debba considerarsi non di mero stile, non può dispiegare alcuna efficacia nei confronti dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica, sia pure connotata da caratteristiche peculiari com'è il project financing.

Come rilevato dalla ricorrente, la clausola deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; infatti, qualsiasi interpretazione che tenda a sostenere la insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'amministrazione, comporterebbe la nullità

della clausola ex art. 1355 c.c., in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa (cfr. Cons. St. n. 5245 del 2009).

Peraltro, con particolare riferimento all'impossibilità per il contraente di avanzare pretese risarcitorie, la clausola risulta nulla per contrasto con l'art. 1229 c. 1 del Codice Civile. Ciò in quanto il patto di esonero dalla responsabilità, se riferito a contratti per la realizzazione di opere pubbliche, e in particolare agli obblighi precontrattuali, è da considerarsi nullo. Tale sorte, a parere del Collegio, va sostenuta non soltanto con riferimento all'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave (art. 1229 primo comma), bensì anche con riferimento all'esonero da responsabilità per colpa lieve (art. 1229 secondo comma), dovendosi riferire il corretto adempimento di detti obblighi ad esigenze di ordine pubblico (Tar Catania 6.6.2002 n. 980, con riferimento all'appalto di opere pubbliche).

Tanto premesso vale osservare in linea generale che l'annullamento di una gara pubblica, specie se in stato avanzato di espletamento, implica la frustrazione dell'affidamento ingenerato in capo ai partecipanti e, segnatamente, all'aggiudicatario; ne consegue la necessità, consacrata dal disposto dell'art. 21 nonies e dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, della precisa individuazione della ragione di interesse pubblico che giustifichi il provvedimento di secondo grado reso in autotutela.

Nel merito si osserva che le modalità con cui si è disposta la revoca appaiono illegittime in quanto non suffragate da ragioni di fatto e di

diritto plausibili.

In punto di fatto, si è sostenuta l'opportunità della revoca al fine di contenere le spese di investimento a carico dell'ente, sulla scorta del presupposto che la procedura di finanziamento privato indetta nell'anno precedente fosse andata deserta.

Entrambi i rilievi sono viziati.

L'obiettivo di riduzione delle spese per investimenti (alla base della modifica del programma triennale delle opere pubbliche 2010-12) non è per nulla conferente con la fattispecie in esame, in cui la procedura utilizzava il finanziamento del privato promotore, senza esborsi economico-finanziari a carico del Comune.

Per altro verso l'illegittima assegnazione del punteggio della procedura di project financing disvela l'erroneità del presupposto evocato dall'amministrazione comunale.

Per completezza occorre anche osservare che dalla disamina della delibera di Giunta comunale n. 3 del 15.1.2010 (richiamata dalla delibera consiliare n. 9 dell'8 luglio 2010 di approvazione del programma triennale) emerge un rilievo di possibile illegittimità delle procedura di project financing dovuto ad un'antinomia sulla durata della concessione (pari a 20 anni nell'atto di indirizzo; a 30 anni nell'atto di gestione della procedura).

Tuttavia, in disparte l'estrema sinteticità del riferimento (che non consente di cogliere appieno la portata della argomentazione), coglie nel segno la censura relativa all'assenza di un interesse pubblico

specifico (ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata), che, secondo noti orientamenti giurisprudenziali, deve assistere la decisione di annullamento in autotutela.

È noto che l'attualità e la specificità dell'interesse pubblico ad annullare un provvedimento in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui esso interviene e, in definitiva, dell'affidamento ingenerato nel privato avvantaggiato dal provvedimento ritirato. In questa prospettiva diverso è l'onere motivazionale minimo richiesto dalla giurisprudenza per procedere all'annullamento degli atti di gara, a seconda della circostanza che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, ovvero che il procedimento di conclusione della gara non sia giunto completamente a termine. Nel caso in esame giova rammentare che il procedimento di gara assume connotati peculiari, derivanti dalla particolare struttura del project financing, la quale si basa sull'iniziativa imprenditoriale del privato, che, a proprio rischio, investe su un progetto che può avere spazio e successo sul mercato, ma può anche rivelarsi poco vantaggioso o poco utile per la comunità.

Tuttavia, pur in presenza della peculiarità della fattispecie procedimentale oggetto di annullamento, l'interesse pubblico evocato non sembra sufficiente a sostenere gli atti di secondo grado impugnati, tenuto conto della estrema genericità e indeterminatezza delle motivazioni spese nei provvedimenti gravati, mentre occorre

dimostrare concretamente la riduzione delle spese per investimenti. Niente di tutto ciò è evidenziato nell'atto di autotutela, il che lascia spazio alla censura di eccesso di potere per sviamento, in quanto legittimo diventa il sospetto che, lungi dal perseguire l'interesse pubblico concreto e attuale, che come noto deve essere a base del potere anzidetto, si sia solo voluto tendere ad un risultato di frustrazione dell'impugnazione dell'esito della procedura in sede giurisdizionale.

In base alle considerazioni esposte il ricorso ed i connessi motivi aggiunti devono trovare accoglimento, con assorbimento delle altre censure, ed i provvedimenti impugnati vanno annullati nella parte in cui prevedono il ricorso all'autofinanziamento per le opere di ampliamento del cimitero comunale.

La domanda risarcitoria può allo stato trovare soddisfazione in forma specifica per effetto della caducazione in sede giurisdizionale degli atti lesivi per le società ricorrenti, mentre la richiesta di indennizzo è evidentemente assorbita dall'esito della controversia.

La peculiarità della vicenda e la complessità tecnica delle questioni giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe ed i connessi motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla tutti gli atti gravati, ivi compresa la delibera di Consiglio comunale n. 9 dell' 8

luglio 2010, ed i provvedimenti ad essa presupposti, nella parte in cui prevedono il ricorso all'autofinanziamento per i lavori di ampliamento del cimitero comunale. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Michele Buonauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2011

IL SEGRETARIO

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