



REPUBBLICA ITALIANA

N.120/2008

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

REG.RIC.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

N.1978 REG. SENT

PER L'EMILIA-ROMAGNA

ANNO 2008

SEZIONE SECONDA

composto dai Signori:

Dott. Giancarlo Mozzarelli	Presidente
Dott. Alberto Pasi	Consigliere
Dott. Ugo Di Benedetto	Consigliere Rel.Est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso N. 120/2008 proposto dalla Cooperativa Murri in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la Cooperativa per la costruzione ed il risanamento di case per lavoratori in Bologna – società cooperativa e con la Raggi Costruzioni S. p. A., dalla Cooperativa per la costruzione ed il risanamento di case per lavoratori in Bologna, dalla società cooperativa e dalla Raggi Costruzioni S. p. A., rappresentate e difese dall'Avv. Elisabetta Poli, Patrizio Trifoni, Federico Gualandi e Simona Parlangei ed elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultima, in Bologna, via S. Vitale n. 15;

contro

il Comune di Ozzano Emilia, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dagli Avv. ti Giovanni De Lucca e Alessandro Marelli ed elettivamente domiciliato in Bologna, presso il loro studio in

Bologna, via D'Azeglio n. 39;

e nei confronti

della Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C., costituita in giudizio, rappresentata e difesa dagli Avv. ti Gualtiero Pittalis e Maria Giulia Roversi Monaco ed elettivamente domiciliata in Bologna, presso il loro studio, in Bologna, via Saragozza n. 28;

e nei confronti

di Diperre Real Estate S. R. L. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della deliberazione del Comune di Ozzano Emilia n.1044 del 14/12/2007 con la quale il Comune affidava alla Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C. l'area destinata a struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie, di cui al bando d'asta prot. N. 0028419 classifica DA0.05.05;
- del verbale di gara n. 2 del 9/11/2007 per la parte in cui la Commissione di gara, nello stabilire il metodo di lavoro cui attenersi per valutare i progetti delle ditte offerenti determinava, in maniera generica ed imprecisa, senza fornire alcun elemento concreto di riferimento gli indicatori necessari alla valutazione dei criteri stabiliti dal bando di gara omettendo di considerare l'imprescindibilità della sussistenza dei presupposti di cui alla richiamata deliberazione consiliare n. 37/2005 individuati nella "assegnazione permanente degli alloggi agli anziani" e nella "assegnazione in affitto a famiglie giovani che potrà essere limitata alla durata prevista dalla normativa

vigente per la locazione degli alloggi”;

- del verbale di gara n. 3 del 20/11/2007 per la parte in cui attribuiva il punteggio a ciascun progetto e collocava al terzo posto della graduatoria il progetto presentato dalle ricorrenti;

- del verbale di gara n. 3 del 20/11/2007 per la parte in cui sommando al punteggio attribuito a ciascun progetto, il punteggio relativo alla relativa offerta economica, collocava al terzo posto il graduatoria il progetto presentato dalle ricorrenti;

e per quanto occorrer possa

la nota del Comune di Ozzano Emilia, P.G. n. 0045589 del 17/12/2007 con la quale rendeva noto all’albo pretorio l’esito dell’asta pubblica per la vendita dell’area di cui sopra;

nonché per il conseguente annullamento

di ogni altro atto o provvedimento preordinato, conseguente e/o connesso agli atti di cui sopra ivi inclusi, occorrendo, il contratto eventualmente stipulato;

previo accertamento e declaratoria

dell’illegittimità dell’aggiudicazione disposta a favore della Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C. in ragione dell’assenza, nel progetto da essa presentato del presupposto obbligatoriamente richiesto, per la cessione dell’area, dalla delibera consiliare n. 37/2005 e dell’inammissibilità dell’offerta presentata dalla ditta Diperre real Estate S.R.L. per le medesime ragioni e del conseguente diritto delle ricorrenti ad ottenere l’aggiudicazione dell’area;

e per la conseguente condanna

dell'Amministrazione comunale a revocare l'aggiudicazione disposta a favore della Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C., a compiere ed adottare ogni atto idoneo ad aggiudicare alle ricorrenti la vendita dell'area de qua e, in subordine, qualora non si possa dar luogo alla reintegrazione in forma specifica a risarcire il danno ingiusto cagionato alle ricorrenti dalla mancata o tardiva aggiudicazione nella misura di Euro 4.605.800 ovvero nella misura che sarà quantificata in corso di causa anche mediate CTU o ai sensi dell'art. 35, secondo comma, del D. lgs n. 80/1998 o anche in via equitativa nella misura ritenuta di spettanza;

quanto ai motivi aggiunti di ricorso:

per l'inefficacia e/o annullamento e/o nullità

- dell'atto pubblico denominato "Convenzione tra il Comune di Ozzano dell'Emilia e la Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C. per regolare la realizzazione di una struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie", stipulato in data 29/2/2008, re. Gen. N. 19192, raccolta n. 11802, per la parte in cui dà luogo alla cessione in favore della Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C. della "piena proprietà del terreno fabbricabile situato nel Comune di Ozzano Emilia (Bologna), tra le vie Galvani e Fermi, distinto in catasto terreni al foglio 33 con la particella 1290, di mq. 6.327... e 1408, di mq 6049... e così complessivamente di mq. 12376 ..., confinante con via Galvani e ragioni Zecchini da più lati, salvo altri"

nonchè e per quanto occorrer possa

del contratto per la parte in cui introduce una convenzione

disciplinante modalità di realizzazione della struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie, da edificarsi sull'area alienata con bando d'asta prot. N. 0028419 del 31/7/2007;

e per l'inefficacia e/o annullamento e/o nullità

di tutti gli atti antecedenti, presupposti e/o conseguenti e comunque connessi al contratto e alla convenzione e, segnatamente, della delibera formativa della volontà contrattuale del Comune e della deliberazione di approvazione del contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale e della Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C. e intimato;

Visti gli atti tutti della causa;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando d'asta prot. N. 0028419, classifica DA0.06.05 del 31/7/2007 il Comune di Ozzano dell'Emilia, viste le deliberazioni del Consiglio Comunale n. 37 del 19/5/2005 e 57 del 21/7/2005, ed in esecuzione della determina del Coordinatore del settore urbanistica n. 567 del 18/7/2007, rendeva nota l'apertura dei termini per la presentazione di domande ed offerte relative alla vendita di un lotto fabbricabile da destinarsi a struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie così definita "area residenziale sita in Ozzano dell'Emilia – via Galvani – area fabbricabile distinta al foglio 33 particelle nn. 1290 e 1408, destinata alla realizzazione di struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie,

individuata nella tavola di PRG vigente n. 3.2. con la sigla F1”.

All’esito della procedura gli odierni ricorrenti si classificavano al terzo posto mentre al primo posto risultava la Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C ed al secondo la Diperre Real Estate S.R.L.

2. Avverso detti provvedimenti, in epigrafe indicati, gli interessati, terzi classificati, notificavano il presente ricorso al TAR deducendo l’illegittimità degli atti della procedura di gara e, conseguentemente l’illegittimità dell’aggiudicazione, sotto vari profili.

Si costituiva in giudizio il Comune intimato e la Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C che controdeducevano puntualmente alle avverse doglianze e concludevano per la inammissibilità e per la reiezione del ricorso.

Successivamente in data 29/2/2008 veniva stipulato l’atto pubblico denominato “Convenzione tra il Comune di Ozzano dell’Emilia e la Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C. per regolare la realizzazione di una struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie”, che veniva contestato mediante la proposizione di motivi aggiunti da parte degli originari ricorrenti.

Le parti costituite sviluppavano ulteriormente le proprie difese con successive memorie e nel corso della discussione orale e la causa è veniva trattenuta in decisione all’udienza del 15 maggio 2008.

3. L’oggetto della gara in contestazione è costituito dall’alienazione di un’area fabbricabile di proprietà del Comune con la previsione della realizzazione di una struttura residenziale gestita per anziani e

giovani coppie. Si tratta, pertanto, di un contratto che ha natura mista, la cui legittimità non è oggetto di specifici motivi di impugnazione e, pertanto, non può essere sindacata in questa sede; infatti, la controprestazione del contratto è costituita a favore del Comune alienante da un prezzo nonché dall'obbligo da assumersi dall'aggiudicatario di costruzione di una struttura residenziale con destinazione degli alloggi ad anziani e giovani coppie realizzandosi contestualmente un servizio pubblico a favore della collettività. In tal modo, viene perseguita infatti la finalità di agevolazione abitativa per alcune fasce sociali "deboli" della popolazione. Ciò emerge non soltanto dall'oggetto del bando ma altresì dai criteri previsti dal bando stesso che, per quanto molto generici, assegnano al prezzo soltanto un peso pari al 25% del punteggio attribuibile mentre il restante 75% è riservato ad altri elementi di valutazioni concernenti la tipologia dell'intervento e dei servizi offerti per perseguire la finalità sociali di cui sopra.

4. Va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse da parte delle ricorrenti essendo la stessa terza classificata. Infatti, alcune censure tendono, secondo la tesi dei ricorrenti, a contestare la mancata esclusione delle offerte delle prime due classificate, e le altre a contestare l'indeterminatezza dei criteri di valutazione nonché l'intero operato della Commissione giudicatrice e, quindi, con effetti sull'intera procedura.

Sussiste, quindi, l'interesse al ricorso tenuto conto delle censure dedotte.

5. Quanto all'inammissibilità del ricorso per omessa impugnativa del bando per mancato recepimento dei contenuti delle deliberazioni del Consiglio Comunale n. 37 del 19/5/2005 e 57 del 21/7/2005 va osservato che la tesi dei ricorrenti, salva ogni valutazione sulla fondatezza della stessa, è che i contenuti delle suddette deliberazioni dovevano ritenersi recepiti nel bando. Anche sotto questo profilo, pertanto, non sussiste la eccepta inammissibilità del ricorso.

6. Nel merito, invece, va osservato che il bando di gara definisce specificamente l'oggetto del contratto ossia la "vendita di un lotto fabbricabile da destinarsi a struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie così definita area residenziale sita in Ozzano dell'Emilia – via Galvani – area fabbricabile distinta al foglio 33 particelle nn. 1290 e 1408, destinata alla realizzazione di struttura residenziale gestita per anziani e giovani coppie, individuata nella tavola di PRG vigente n. 3.2. con la sigla F1".

Non è, pertanto, possibile integrare l'oggetto del contratto con le indicazioni più puntuali delle finalità perseguite indicate in particolare nella deliberazione del Consiglio Comunale n. 37 del 19/5/2005 ossia la "assegnazione permanente degli alloggi agli anziani e la assegnazione in affitto a famiglie giovani che potrà essere limitata alla durata prevista dalla normativa vigente per la locazione degli alloggi". Tali puntuali indicazioni, che i ricorrenti valorizzano al fine di sostenere l'illegittimità dell'ammissione delle prime due classificate, odierne controinteressate dal punto di vista processuale, non sono neppure state specificate in modo puntuale

nella determina del Coordinatore del settore urbanistica n. 567 del 18/7/2007.

Indubbiamente, se detti elementi costituivano, secondo la volontà del Comune, aspetti essenziali ai fini dell'ammissibilità delle offerte il bando, non riportandole, non è stato redatto in modo idoneo, tuttavia dal punto di vista degli operatori economici offerenti è evidente che soltanto il bando costituisce la *lex specialis* della gara ed è soltanto il bando che individua l'oggetto del contratto e le regole per l'espletamento della gara stessa, ivi compresi i requisiti di ammissione e le ipotesi specifiche di esclusione, non potendo porsi a carico degli operatori economici offerenti complicate ed ambigue ricerche in altri atti dell'Amministrazione che non siano stati recepiti nel bando.

Il generico riferimento alle suddette deliberazione che si esprime soltanto con il "viste le deliberazioni del Consiglio Comunale n. 37 del 19/5/2005 e 57 del 21/7/2005" contenute nel bando non può, in definitiva, costituire una integrazione dell'oggetto della gara che è stato specificamente ed esaustivamente previsto nel bando stesso.

Vanno conseguentemente respinte le censure dedotte dirette a contestare, per questi profili, la mancata esclusione delle offerte delle prime due classificate, conformi al bando di gara, per non aver specificato in modo preciso gli elementi indicati nella deliberazione del Consiglio Comunale n. 37 del 19/5/2005 e non riportati nel bando di gara stesso.

7. Va, invece, condivisa la censura diretta a contestare l'operato

della Commissione giudicatrice e la genericità della indicazione dei criteri di valutazione nonché della altrettanto genericità della intergrazione degli stessi effettuata dalla commissione giudicatrice, come risulta dai verbali di gara.

7.1. Nella presente fattispecie la gara concerne un contratto con un oggetto particolare e misto come sopra indicato. Non si tratta soltanto di un'alienazione ma con il contratto l'Amministrazione contestualmente obbliga l'aggiudicatario a realizzare un intervento edilizio in parte destinato alla fasce deboli della popolazione costituendo quest'ultimo un vero e proprio corrispettivo unitamente al prezzo di compravendita pari ad Euro 3.114.990 (temilionicentoquattordicimilanovecentonovanta), oltre I.V.A. e rimborso spese di gara.

Si tratta, pertanto, di un contratto di importo rilevante per gli operatori economici, di indubbio interesse transfrontaliero (Corte di giustizia delle Comunità Europee, sez. IV, Sentenza 15 maggio 2008) e di non precisa determinazione per quanto concerne il vantaggio per l'Amministrazione in quanto oltre al prezzo suddetto occorre tener conto dell'ulteriore utilità per il Comune che in tal modo vede realizzate finalità a cui avrebbe dovuto direttamente provvedere programmando interventi di edilizia residenziale agevolata per alloggi in locazione alle fasce deboli della popolazione e ciò anche in ossequio ai principi comunitari secondo i quali il valore di un contratto pubblico deve tener conto di tutti i vantaggi che derivano dalla sua stipulazione.

7.2. Ciò premesso va osservato in linea di diritto che il principio di concorrenza e quelli che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006), costituendo principi fondamentali del diritto comunitario, si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. Stato, sez. VI: 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168).

Infatti, alla stregua della comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del consiglio dei ministri-dipartimento per le politiche comunitarie - n. 945 in data 1° marzo 2002, i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e self-executing dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie volte a dare la stura a una procedura competitiva puntualmente regolata.

La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti sono attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che le norme delle stesse siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo

universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate. E' proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria - sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente - nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la proceduralizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, pervenendosi all'obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato (cfr di recente Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria - Sentenza 3 marzo 2008 n. 1).

7.3. Orbene per quanto concerne la presente controversia e le censure concernenti l'operato della Commissione giudicatrice va osservato che anche recentemente la Corte di giustizia delle Comunità Europee ha statuito che che la commissione aggiudicatrice viola il principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza specificando i sottocriteri di valutazione rispetto a quelli menzionati nel bando di gara dopo la presentazione delle offerte e dopo l'apertura delle domande di manifestazione di interesse. Ha, quindi, statuito che l'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento

successivo i sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara (Corte di Giustizia delle Comunità Europee - Sezione I - Sentenza 24 gennaio 2008).

Nello stesso modo l'articolo 83 del D. lgs 12 aprile 2006, n. 163, il codice dei contratti pubblici, vieta che al Commissione giudicatrice possa specificare i criteri di valutazione dovendo essere tutto interamente predeterminato dal bando.

Tali principi hanno portata generale, come specificato al punto 7.2. della presente sentenza e, pertanto debbono trovare applicazione anche alla presente procedura ancorchè non espressamente disciplinata dal codice dei contratti.

E' evidente che in un contratto "atipico" o misto come quello in esame, di rilevante importo ed utilità per l'Amministrazione, gli operatori economici al momento dell'offerta dovevano essere messi in grado di conoscere nel dettaglio, anche al fine di orientare le proprie offerte, i criteri che sarebbero stati puntualmente seguiti nella valutazione delle loro proposte, senza essere lasciati alla discrezionalità della valutazione di una Commissione giudicatrice che in mancanza di criteri puntuali nel bando ha specificato nel verbale di gara n. 2, dopo la presentazione delle offerte e, quindi, senza più alcuna possibilità di modificazione delle stesse, i criteri di valutazione che, se noti al momento di presentazione delle offerte, avrebbero potuto indurre gli operatori economici a formulare offerte diverse ed anche più idonee in relazione ai criteri poi tardivamente specificati. La Commissione, inoltre, ha ciò effettuato in modo del

tutto generico e senza l'attribuzione dei pesi predeterminati ai nuovi indicatori, rimanendo, pertanto, libera di attribuire il punteggio senza alcuna griglia predeterminata in modo specifico e riservandosi ogni valutazione di volta in volta, con modalità, quindi, non idonee a garantire la trasparenza del proprio operato.

8. Ciò determina l'illegittimità dell'intera procedura di gara e della conseguente aggiudicazione.

9. Per tali ragioni il ricorso va accolto e per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

10. L'annullamento dell'aggiudicazione determina la caducazione della convenzione (ex plurimis Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007 n. 41; Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2007 n. 2950; Cass. Civ., sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2007 n. 1142; Cass. civ., sez. I, 27 marzo 2007 n. 7481), ivi compresa la delibera di approvazione della stessa, ritualmente impugnata con motivi aggiunti di ricorso, e di tutti gli atti posti in essere successivamente all'aggiudicazione.

11. Per effetto della presente decisione l'Amministrazione dovrà rinnovare l'intera procedura di gara.

12. Va respinta la domanda risarcitoria in quanto con la rinnovazione della procedura restano integre per tutti i concorrenti le chance di aggiudicazione ed è, quindi, pienamente ristorata la posizione dei ricorrenti all'espletamento di una procedura legittima.

13. Quanto alle spese va osservato che gran parte dei motivi di ricorso sono stati rigettati ivi compresa la domanda di

aggiudicazione e risarcitoria e, pertanto, le stesse , liquidate come in dispositivo vanno parzialmente compensate tra la parti nella misura della metà mentre per la restante metà seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione Seconda, accoglie il ricorso in epigrafe indicato e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati come precisato in motivazione.

Le spese, determinate nella misura di Euro 12.000 (dodicimilia), vanno poste nella misura della metà a carico del Comune intimato e della Cooperativa Edificatrice Ansaloni S. C., che vanno condannati, in solido, a corrisponderle a favore dei ricorrenti, nella misura di euro 6.000 (sei mila), oltre C.P.A. ed I.V.A., e compensate tra le parti per il resto.

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

Così deciso in Bologna, il giorno 15 maggio 2008

Presidente

Consigliere Rel.Est.

Depositata in Segreteria ai sensi dell'art.55 L. 18/4/82, n.186.

Bologna, li 21.05.08

Il Segretario