

REPUBBLICA ITALIANA

N. 332/04 RGR.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1139 Reg. Sent.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria

ANNO 2004 sr

Sezione Seconda

nelle persone dei Signori:

Mario AROSIO Presidente

Floriana RIZZETTO Primo Referendario

Luca MORBELLI Referendario, relatore.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n.332/04 proposto dalla società Il Porticciolo s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Marconi ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Genova, via Corsica n. 19/11;

contro

il Comune di Rapallo in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Corrado Mauceri ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in Genova, via Palestro n. 2/3;

e nei confronti di

della società SOGELO s.r.l. in persona del legale rappresentante non costituita in giudizio

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione

della deliberazione della Giunta Comunale 21 ottobre 2003, n. 327

avente ad oggetto l'indizione di procedura negoziata, previa gara ufficiosa,

per l'affidamento dell'appalto relativo alla riqualificazione e contestuale gestione turistico ricettiva e culturale del complesso denominato "Villa Porticciolo" nonché per l'annullamento di ogni altro atto ad essa deliberazione presupposto, connesso e conseguente, tra cui, segnatamente:

- il bando di gara pubblicato sulla GURI del 2 gennaio 2004 ed il pertinente Capitolato Speciale d'Appalto;
- il verbale della Commissione di gara in data 18 febbraio 2004;
- se ed in quanto esistenti, il provvedimento monocratico di aggiudicazione della gara ed il contratto eventualmente concluso con la SOGELO S.r.l.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione;

Visto i motivi aggiunti al ricorso formulati dalla ricorrente;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 1 luglio 2004, relatore il Referendario Luca Morbelli, l'avv. A Marconi per la società ricorrente e l'avv. M. Casano in sostituzione dell'avv. C. Mauceri per l'amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

ESPOSIZIONE DEL FATTO

Con ricorso notificato il 27 febbraio 2004 al Comune di Rapallo e depositato il successivo 4 marzo 2004 la società ricorrente, ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, gli atti in epigrafe con i quali il Comune di Rapallo indetto procedura negoziata ai sensi dell'art. 7 d. lgs. 157/1995 per l'affidamento del servizio di gestione turistico ricreativa e culturale di Villa Porticciolo.

La ricorrente premette di avere per lungo tempo gestito la Villa porticciolo e di avere già impugnato l'ordine di rilascio del compendio immobiliare, emesso ai sensi dell'art. 828 c.c., in data 2 gennaio 2003, dal Comune di Rapallo.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente deduce i seguenti motivi:

- 1) violazione e/o falsa applicazione del D.lgs. n. 157/1995 e successive modifiche, eccesso di potere per difetto dei presupposti legittimanti, illogicità intrinseca, perplessità, in quanto l'amministrazione comunale erroneamente avrebbe qualificato come appalto di servizi il rapporto da instaurarsi con l'individuando gestore di "Villa Porticciolo", pertanto non ricorrendo l'ipotesi di affidamento di appalto di servizi neppure sarebbe possibile valersi della possibilità prevista dall'art. 7 del d.lgs. 16771995 di procedere all'affidamento dello stesso a trattativa privata ;
- 2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157 e successive modifiche, sotto diverso profilo, eccesso di potere per difetto di altro presupposto legittimante, illogicità, difetto di motivazione, sviamento di potere, in quanto, anche a volere qualificare la fattispecie in esame come appalto di servizi non ricorrerebbero le ipotesi previste dall'art. 7 lettere b) e c) d.lgs. 157/1995 che consentono il ricorso alla trattativa privata;
- 3) violazione del principio di trasparenza nelle gare pubbliche e di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, eccesso di potere per difetto dei presupposti legittimanti, illogicità, violazione della *par condicio* dei concorrenti sviamento di potere, in

quanto i criteri stabiliti dal bando e dal capitolato speciale per l'attribuzione dei punteggi sono talmente generici da impedire ai concorrenti la stessa formulazione dell'offerta.

La ricorrente concludeva quindi per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese ed onorari di giudizio.

Si costituiva in giudizio il Comune di Rapallo, il quale eccepiva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per non avere la ricorrente formulato domanda di partecipazione alla gara, e comunque la tardività dell'impugnativa e concludeva per il rigetto del ricorso siccome infondato.

Con atto notificato in data 25 marzo 2004 al Comune di Rapallo la ricorrente impugnava mediante la proposizione di motivi aggiunti ex art. 1 l. 205/2000 il verbale di commissione di gara 18 febbraio 2004 di aggiudicazione della gara alla società SOGELA s.r.l.

All'udienza pubblica del 1 luglio 2004 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

Il ricorso in esame è rivolto avverso la procedura espletata ai sensi dell'art 7 d. lgs. 157/1995 per la ricerca di mercato finalizzata all'affidamento del servizio di gestione turistico ricreativa e culturale dell'immobile denominato "Villa Porticciolo" in Rapallo.

Devono preliminarmente esaminarsi le eccezioni, di inammissibilità e di irricevibilità del ricorso formulate dalla difesa dell'Amministrazione comunale di Rapallo.

Le eccezioni appaiono infondate.

Invero, con una prima eccezione, di inammissibilità, la difesa

comunale sostiene che la ricorrente non avrebbe interesse all'annullamento di una procedura di gara alla quale non ha partecipato.

La eccezione non convince, invero, pur essendo incontroverso in causa che la ricorrente non ha formulato domanda di partecipazione alla procedura, nondimeno la stessa conserva interesse all'annullamento dell'intera procedura la fine di poter eventualmente partecipare ad una successiva gara.

Alla luce delle considerazioni che precedono l'orientamento giurisprudenziale cui fa riferimento la difesa dell'Amministrazione, pur se astrattamente condivisibile, non si attaglia alla fattispecie in esame.

La giurisprudenza ha, infatti, affermato la ammissibilità del ricorso di soggetti non partecipanti alla gara allorquando l'impugnativa sia finalizzata alla caducazione in radice dell'intera procedura concorsuale (C.di S., sez. V, 20 settembre 2001 n. 4970, TAR Liguria, sez. II, 2003 n.1781)

Del pari infondata appare l'eccezione di irricevibilità del ricorso.

A tal riguardo deve analizzarsi la successione temporale degli atti e della relativa pubblicità.

La deliberazione della Giunta Comunale di Rapallo 21 ottobre 2003 n. 327, con cui da un lato l'Amministrazione stabilisce la linee guida per l'utilizzo del compendio denominato "Villa Porticciolo" e dall'altro adotta una deliberazione a contrattare è stata pubblicata all'albo pretorio del Comune di Rapallo dal 23 ottobre al 7 novembre 2003.

Deve escludersi, per difetto di interesse, l'ammissibilità di autonoma impugnativa della citata delibera, che per un verso stabilisce le forme di

utilizzo pubblica del compendio “Villa Porticciolo” e per l’altro costituisce deliberazione a contrattare.

Tale deliberazione, pertanto, doveva essere impugnata unitamente alla impugnativa del successivo bando di gara.

L’impugnativa del bando di gara appare tempestiva.

Il bando di gara per la ricerca di mercato finalizzata all’affidamento in appalto del servizio di gestione turistico ricreativa e culturale dell’immobile denominato “Villa Porticciolo” è stato pubblicato mediante affissione all’albo pretorio del Comune di Rapallo dal 15 dicembre 2003 al 30 dicembre 2003, mentre è stato pubblicato sulla G.U. della Repubblica Italiana n. 2 del 3 gennaio 2004. Lo stesso risulta, inoltre, pubblicato sul quotidiano “Il Sole 24 ore” in data 23 dicembre 2003, e sul quotidiano “Il Secolo XIX” in data 20 dicembre 2003. Il bando risulta, infine, pubblicato mediante affissione di manifesti in città in data 20 dicembre 2003.

Per quanto riguarda la decorrenza del termine di notificazione del ricorso l’art. 21 l. 1034/1971, come modificato dall’art. 1 l. 205/2000, stabilisce la decorrenza del termine dalla pubblicazione quando la stessa sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento.

Il bando di gara oggetto di controversia è soggetto ad un duplice regime di pubblicità.

In primo luogo, in quanto deliberazione comunale, ne è prevista la pubblicazione mediante affissione all’albo pretorio del Comune per quindici giorni ai sensi dell’art. 124 d.lgs. 267/2000.

In secondo luogo, in quanto bando di gara, ne è prevista la pubblicazione secondo le formalità di cui all’art. 8 d.lgs. 157/1995. Tale

disposizione prevede l'invio del bando all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee e la successiva pubblicazione dello stesso sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nonché, per estratto, almeno su due quotidiani a carattere nazionale e sul quotidiano avente particolare diffusione nella regione dove si svolgerà la gara.

Il termine per l'impugnativa, in questo caso, decorre dal completamento della sequenza pubblicitaria delineata dalla norma, che si realizza con l'ultima pubblicazione del bando.

Nel caso di specie, essendo stato notificato il ricorso in data 27 - 28 febbraio 2004, il termine decadenziale appare rispettato sia con riferimento all'affissione all'albo pretorio, terminata il 30 dicembre 2003, sia con riferimento al completarsi della sequenza pubblicitaria di cui all'art. 8 d.lgs. 157/1995, avvenuta con la pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale del 3 gennaio 2004.

Ne discende l'infondatezza della eccezione.

Nel merito il ricorso è fondato, avuto riguardo alle censure assorbenti dedotte con il secondo motivo.

La società ricorrente esclude che nel caso di specie ricorrano gli estremi richiesti dall'art. 7 d.lgs. 157/1995 per fare luogo alla trattativa privata.

Devono a questo punto sinteticamente delinearci i tratti della complessa operazione posta in essere dal Comune di Rapallo.

Detta operazione si articola, secondo quanto espresso dalla deliberazione n. 327 del 2003 in due fasi: 1) presentazione di una proposta avente ad oggetto: a) progetto tecnico relativo all'individuazione e

realizzazione degli interventi edilizi necessari allo svolgimento delle attività ricettive – ricreative culturali da insediare nel complesso immobiliare (fino a punti 25); b) proposta delle attività ricettive ricreative e culturali da insediare nel complesso immobiliare (fino a punti 25); esperienza nella gestione in strutture di pari livello aventi caratteristiche dimensionali analoghe alla Villa Porticciolo o comunque di pari importanza e/o rappresentatività (fino a punti 15); d) ipotesi di gestione economica per la struttura con indicazione del canone che il contraente dovrà corrispondere (fino a punti 20); e) durata del contratto (fino a punti 15); 2) successiva fase di approfondimento mediante il ricorso a procedura negoziata per la definizione delle clausole contrattuali con il primo classificato *“in esito alla valutazione verrà redatta una graduatoria ed il soggetto proponente il progetto rimo classificato verrà ammesso ad una successiva fase di approfondimento mediante ricorso a procedura negoziata per le definizione delle clausole contrattuali in base alle quali affidare la realizzazione dell’attività turistico ricettiva oggetto dell’indagine di mercato.”*.

La particolarità della operazione in questione appare risiedere nella circostanza che alla ricerca di mercato finalizzata alla redazione ed individuazione del migliore progetto per la gestione del compendio immobiliare “Villa Porticciolo” dovrebbe seguire la conclusione di un contratto con il soggetto che avrà presentato il progetto migliore. In sostanza, una volta individuato il progetto migliore la successiva gestione dell’immobile dovrà essere affidata al soggetto che lo avrà presentato senza procedere ad ulteriore confronto competitivo.

Tale modo di procedere desta non poche perplessità.

Invero si realizza una non consentita unificazione di due momenti che appaiono distinti. Da un lato la redazione di un progetto per la gestione dell'immobile e dall'altro lato la concessione della gestione stessa.

Il primo aspetto costituisce senza dubbio un appalto di servizi, mentre il successivo aspetto costituisce una concessione di servizi ovvero di beni pubblici.

A tale conclusione conduce inevitabilmente la circostanza che il soggetto aggiudicatario dovrà corrispondere un canone e che il corrispettivo della gestione dovrà essere tratto dalla gestione stessa, gestione che, a sua volta, dovrà essere esercitata secondo criteri di economicità.

Lo stesso Comune di Rapallo ha qualificato la successiva gestione del complesso immobiliare "Villa Porticciolo" in termini di gestione di servizio pubblico.

Ad avviso del Collegio l'unificazione, cui si accennava, dei due momenti progettuale e gestionale non può essere realizzata mediante l'elusione del confronto competitivo relativo all'affidamento della gestione del servizio.

Invero se relativamente al primo elemento della complessa operazione prefigurata dall'ente locale, quello progettuale, sussistono indubbiamente tutti i requisiti, previsti dall'art. 7 d. lgs. 157/95, per fare luogo alla trattativa privata, trattandosi della formulazione di un progetto per la gestione ricreativa culturale e di un bene immobile, e, pertanto, di una attività di natura intellettuale in relazione alla quale potrebbe essere difficoltosa la fissazione preliminare del prezzo o comunque la fissazione delle specifiche dell'appalto, non altrettanto relativamente al secondo

elemento dell'operazione, quello della gestione dell'immobile secondo le modalità prefigurate nel progetto. Va, infatti, evidenziato che, a prescindere dall'applicabilità alle procedure per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici della normativa degli appalti pubblici di servizi, una volta definito il progetto le ragioni che potrebbero giustificare il ricorso alla trattativa privata verrebbero inevitabilmente meno. In particolare il progetto da presentarsi dai partecipanti dovrà, tra l'altro indicare canone e durata del contratto, elaborati progettuali (comprensivi di pianta, e della descrizione dettagliata degli interventi da realizzare) e formulare una ipotesi di gestione economica della struttura.

Definito in questo modo esattamente il contenuto del rapporto tra l'Amministrazione Comunale e concessionario, appare evidente che il venir meno dei presupposti per fare luogo alla trattativa privata, dovendosi svolgere la gara per l'affidamento della gestione.

Sotto altro profilo, trattandosi, per stessa ammissione del Comune di Rapallo, della gestione di un pubblico servizio che deve avvenire secondo criteri di economicità, l'art 113 d.lgs. 267/2000 ne impone l'affidamento mediante evidenza pubblica.

Da quanto esposto si evince che i due aspetti della progettazione e della gestione del servizio, appaiono concettualmente distinti e non possono essere arbitrariamente unificati al fine di ammettere l'espletamento di trattativa privata al di là delle circoscritte ipotesi per le quali la stessa appare ammissibile.

A tal riguardo, anche ammettendo per ipotesi l'ammissibilità della riunione di progettazione e gestione del servizio in un'unica complessa

operazione la scelta del contraente non può che avvenire ad esito di gara.

In tal senso depone la normativa sugli appalti pubblici che nel disciplinare la figura dell'appalto misto lo assoggetta alla disciplina del tipo prevalente.

Nella fattispecie non v'è dubbio che la gestione del servizio assume nel contesto dell'operazione in questione carattere di prevalenza, economica e funzionale rispetto alla progettazione che assume carattere strumentale e servente alla gestione.

Ne consegue che l'individuazione del contraente della complessiva operazione non poteva che avvenire mediante confronto concorrenziale.

Nel caso in cui l'Amministrazione non avesse ritenuto possibile affidare mediante gara pubblica tutta l'operazione, comprensiva anche della fase della progettazione, allora avrebbe dovuto operare una scissione del momento progettuale dell'operazione da quello gestionale con conseguente assoggettamento di ciascuna fase alla disciplina propria di ciascuno di essi.

Il bando di gara e gli atti successivi impugnati devono pertanto essere annullati.

La deliberazione 21 ottobre 2003 n. 327 del Comune di Rapallo deve essere annullata nella parte in cui costituisce deliberazione a contrattare, mentre deve essere fatta salva l'approvazione delle linee programmatiche di utilizzazione dell'immobile "Villa Porticciolo".

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto

annulla per quanto di ragione gli atti impugnati.

Spese compensate

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

Così deciso in Genova il 1 luglio 2004, in Camera di Consiglio.

Mario AROSIO Presidente

Luca MORBELLI Referendario, estensore.

Depositato in Segreteria il 24 AGO. 2004

Il Direttore di Segreteria

(Dott.ssa C. Savino)