

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29658-la-direttiva-del-parlamento-europeo-e-del-consiglio-dell-11-dicembre-2007-n-66-che-modifica-le-direttive-89-665-e-92-13-cee-per-quanto-riguarda-il-miglioramento-e-l-efficacia-delle-procedure-di-r>

Autore: Lazzini Sonia

La Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, n. 66, che modifica le direttive 89/665 e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento e l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici

C.St. 03.06.2010 n. 3489_BIS

La Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, n. 66, che modifica le direttive 89/665 e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento e l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, dando termine agli Stati membri fino al 20 dicembre 2009 per il suo recepimento, ha previsto la privazione degli effetti del contratto – non automatica, ma necessitante una pronuncia espressa – nei casi indicati dall'art 2 quinquies della direttiva 89/665/CEE come introdotto dall'art.1. E' dunque intervenuta a regolare, a garanzia dell'effettività di tutela della concorrenza e della par condicio dei concorrenti, non solo la fase di affidamento, ma anche quella successiva dell'esecuzione del rapporto, imponendo l'intervento di un unico organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice.

Nel campo di applicazione di tale direttiva, cui soggiacciono le procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE come interpretate dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee a prescindere dalla procedura di evidenza pubblica utilizzata e dai mezzi con cui si indice una gara, rientra anche la procedura di scelta di socio privato di STU (per la sottoposizione alla disciplina comunitaria in materia di appalti delle convenzioni con società miste per la riqualificazione urbana che adempiono una funzione economica, a prescindere dalla complessità della controprestazione erogata dal socio imprenditore, cfr. Corte di Giustizia CE sent. n. 220 del 18.1.2007). Di ciò è data, peraltro, conferma nella normativa interna (art. 244 D.Lgs. n. 163/2006), che accomuna le procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione

della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza delle Sezioni Unite 10 febbraio 2010 n. 2906, si è data carico degli effetti immediati della direttiva, assumendo che “sin dalla data di entrata in vigore di essa, una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art.117 Cost.) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data,rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale.”

Secondo la Suprema Corte, anche prima dello spirare del termine per la trasposizione nel diritto interno della direttiva, si imponeva che al giudice amministrativo, nella materia di giurisdizione esclusiva, fosse attribuita la cognizione delle controversie sull'annullamento dell'aggiudicazione estesa anche agli effetti dei contratti.

La connessione tra la domanda di annullamento della gara e quella di privazione di effetti del contratto assume, secondo le Sezioni Unite, rilievo unificante dei giudizi su “ogni processo pendente davanti al giudice amministrativo, successivo al 20 dicembre 2009, relativo alle domande di cui alla normativa comunitaria.”. Inoltre “la disciplina comunitaria ha reso vincolante sin dalla sua entrata in vigore la

connessione tra le due domande proposte, da trattare unitariamente davanti ad unico giudice.”

Ciò è ribadito nel principio di diritto enunciato, secondo cui la soluzione della concentrazione in capo al giudice amministrativo della cognizione della legittimità dell’aggiudicazione e dell’efficacia del contratto “ è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell’entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall’attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall’aggiudicante con l’aggiudicatario prima o dopo l’annullamento degli atti di gara” così pervenendo al risultato di approntare lo strumento di tutela, ulteriore rispetto a quella meramente demolitoria dell’aggiudicazione, della dichiarazione di inefficacia (o di annullamento o di nullità) del contratto .

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3489 del 3 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 03489/2010 REG.DEC.
N. 07831/2009 REG.RIC.
N. 07868/2009 REG.RIC.
N. 08032/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 7831 del 2009, proposto da:
Ricorrente & C. Ricorrente due S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Benedetto Ballero, Giuliano Berruti, Riccardo Delli Santi, con domicilio eletto presso Riccardo Delli Santi in Roma, via di Monserrato 25;

contro

Controinteressata., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cerasi, Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 80;

nei confronti di

Comune di Golfo Aranci, Golfo Aranci S.p.A. - Societa' di Trasformazione Urbana, Ferdinando Catgiu, Mauro Scanu, Regione Autonoma della Sardegna;

Sul ricorso numero di registro generale 7868 del 2009, proposto da:
Comune di Golfo Aranci, rappresentato e difeso dagli avv. Laura Grondona, Enrico Salone, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense N. 104;

contro

Controinteressata, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cerasi, Mario Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli N. 180; Controinteressata - in Scioglimento;

nei confronti di

Ricorrente & C. Ricorrente due Spa, Golfo Aranci Spa-Societa' di Trasform.Urbana, Regione Autonoma della Sardegna, Fernando Catgiu, Mauro Scanu;

Sul ricorso numero di registro generale 8032 del 2009, proposto da:
Golfo Aranci S.p.A. - Societa' di Trasformazione Urbana, rappresentata e difesa
dall'avv. Marcello Mole', con domicilio eletto presso Marcello Mole' in Roma, via
della Farnesina, 272;

contro

Controinteressata, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cerasi, Mario
Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 80; Mauro
Scanu;

nei confronti di

Comune di Golfo Aranci, Regione Sardegna, Ricorrente & C. Ricorrente due Spa,
Ferdinando Catgiu;

per la riforma

quanto al ricorso n. 7831 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione II n. 00972/2009, resa tra le
parti, concernente INDIVIDUAZIONE SOCIO PRIVATO SOCIETA'
TRASFORMAZIONE URBANISTICA.

quanto al ricorso n. 7868 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione II n. 00972/2009, resa tra le
parti, concernente INDIVIDUAZIONE SOCIO PRIVATO SOCIETA'
TRASFORMAZIONE URBANISTICA.

quanto al ricorso n. 8032 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione II n. 00972/2009, resa tra le
parti, concernente INDIVIDUAZIONE SOCIO PRIVATO SOCIETA'
TRASFORMAZIONE URBANISTICA.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2010 il cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Ballero, Berruti, Delli Santi, Cerasi e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con deliberazione del Consiglio Comunale n. 55 del 22.10.2001, il Comune di Golfo Aranci decideva di procedere ad una trasformazione del proprio territorio mediante la costituzione di una società di trasformazione urbana ai sensi dell'art. 59 L. n. 127 del 1997 e dell'art. 120 del D.Lgs. n. 267 del 2000, a tal fine ricorrendo anche a finanziamenti statali a tal scopo stanziati. Venivano quindi incaricati della realizzazione di uno studio di fattibilità economica, amministrativa, finanziaria e tecnica Eures Group s.r.l. (responsabile di progetto), il dr. Giovanni Archenza, l'I.S.M.I. s.r.l., l'ing. Giuseppe Columbano, l'arch. Sandra Deiana.

Con delibera n. 53 del 15 novembre 2004, il Comune di Golfo Aranci si determinava alla scelta del socio privato per la costituzione della società di trasformazione urbana mediante una procedura ad evidenza pubblica .

Venivano bandite due procedure aperte, la prima con bando 21 dicembre 2004, la seconda con bando 21 marzo 2005, entrambe andate deserte.

Con deliberazione del Consiglio Comunale 7.9.2005 n. 34, veniva avviata una procedura di scelta del socio a trattativa privata ai sensi dell'art. 7, c. 2, lett. a) del D.Lgs. n. 157 del 2005 e pubblicato il relativo bando in data 26 settembre 2005 su due quotidiani locali oltre che sull'albo comunale.

La procedura , cui partecipavano due concorrenti – l'ATI di Ricorrente Re & s.p.a ed il Centro Residenziale Ingefin s.r.l.- si concludeva con l'individuazione in data 11 novembre 2005 da parte del Comune di Golfo Aranci del socio privato nel raggruppamento costituito da Ricorrente Re & C . ed altre quattro imprese.

Con deliberazioni n.42 , n. 43 e n. 44 del 16 novembre 2005, il Comune : a) approvava la convenzione quadro allegata alla delibera concernente la disciplina dei rapporti tra il Comune e la costituenda STU nonché lo statuto della società; b) approvava l'accordo di programma /convenzione attuativa recante contenuti, modalità attuative e tempi di realizzazione dell'intervento; c) confermava l'acquisizione e l'individuazione degli immobili interessati dall'intervento.

Con atto Rep. n. 45.966 del 18.11.2005 per Notaio Renato Giocosa, veniva costituita la società per azioni denominata "Golfo Aranci s.p.a.- Società di Trasformazione Urbana".

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, poi trasposto, a seguito di opposizione della società contro interessata, dinanzi al Tar Sardegna, la Golfo Aranci s.r.l., assumendo di essere proprietaria di una vasta area interessata dall'intervento di riqualificazione urbana nonché di operare , tra l'altro, nel settore della costruzione, ristrutturazione e locazione di fabbricati e dei lavori edili di urbanizzazione, impugnava il bando di gara 26.9.2005 e tutti gli atti della procedura nonché le delibere e gli atti attuativi. La ricorrente contestava l'assenza dei presupposti per l'intervento deliberato (assenza di perimetrazione degli immobili interessati dalla trasformazione urbana, assenza di condizioni di degrado urbano, mancato coinvolgimento dei proprietari dei suoli) e censurava il procedimento di scelta del socio privato sotto vari profili: incongruenza del termine (45 giorni) concesso ai concorrenti per formulare la proposta, mancata considerazione del contenzioso civile in atto con la stessa Golfo Aranci s.r.l. in merito alla proprietà dei terreni coinvolti dall'intervento, incompletezza del bando in riferimento alle

informazioni di cui ai patti parasociali, illegittimo ricorso alla trattativa privata e mancanza di adeguata pubblicità della procedura di selezione, con omissione delle relative pubblicazioni ai sensi dell'art. 2, c. 1 del D.P.R. n. 533 del 1996.

Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente impugnava sotto molteplici profili gli atti di espropriazione emanati al fine di realizzare il progetto di riqualificazione, l'affidamento dei poteri di espropriazione alla società di trasformazione urbana e la determinazione dell'indennità di espropriazione, censurava la partecipazione dell'arch. Deiana alla redazione dello studio di fattibilità ed alla predisposizione dell'offerta del raggruppamento vincitore nonché la composizione della Commissione di valutazione delle offerte.

Il Tar Sardegna, con sentenza n. 972/2009, respinta l'eccezione di tardività del ricorso, lo dichiarava in parte inammissibile per carenza di interesse, con riferimento ai motivi di impugnazione volti a contestare gli atti di acquisizione per fine di pubblico interesse relativi alle aree coinvolte nel progetto di trasformazione, per avere la Golfo Aranci s.r.l., a seguito di una complessa vicenda giudiziaria, perduto la titolarità di diritti sui medesimi terreni.

Quanto all'impugnazione della procedura di scelta del contraente, il Tar, respinta l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, accoglieva il ricorso, stabilendo che l'art. 7 D.Lgs.n. 157/1995, pur in astratto applicabile alla fattispecie, attesa la carenza, nella disciplina dettata per le società di trasformazione urbana e per le società miste degli enti pubblici territoriali, di una specifica previsione per il caso di gara andata deserta, era stato di fatto violato essendo state modificate le condizioni iniziali della procedura.

Il Comune aveva infatti, in sede di trattativa privata, eliminato una serie di requisiti di ammissione - tali da impedire, per il loro rigore, la partecipazione di concorrenti alla gara ad evidenza pubblica - così pervenendo ad una sostanziale modifica delle condizioni di selezione. Ciò, unitamente alle modalità di pubblicazione del bando -

nell'albo comunale ed in due quotidiani locali- ed al termine ristretto – 45 giorni- per la presentazione dell'offerta, consistente nella progettazione esecutiva dell'intervento, avrebbe determinato la violazione dei principi di non discriminazione e di par condicio tra i soggetti potenzialmente interessati al partenariato pubblico/privato.

Inoltre, la partecipazione dell'arch. Deiana alla predisposizione , insieme ad altri professionisti, dello studio di fattibilità dell'intervento di trasformazione urbanistica e la successiva redazione da parte della medesima (con la società A.I.Consulting s.r.l. di cui era amministratore unico) della proposta del raggruppamento individuato come socio, integrerebbe una violazione dell'allora vigente art. 17, c.9 L. n. 109/94 comportante il divieto di partecipazione a gara di affidatari di incarichi di progettazione per i medesimi lavori.

Conseguentemente, il Tar annullava la delibera n. 34 del 7.9.2005 , il bando di selezione, gli atti di aggiudicazione della selezione al raggruppamento, gli atti di costituzione della STU nonché tutti gli atti posti in essere dalla STU come illegittimamente composta.

Proponeva appello , rubricato con il n. R.G. 7831/09, Ricorrente & C. Ricorrente due s.p.a. avverso la parte della sentenza con cui era stata annullata la procedura di selezione nonché l'atto di costituzione della STU e tutti gli atti da questa compiuti, affidandolo ai seguenti motivi:

1. violazione delle norme e principi in tema di interesse al ricorso. Violazione dell'art. 100 c.p.c. Inammissibilità del ricorso in primo grado: la ricorrente Golfo Aranci s.r.l. sarebbe stata sprovvista di interesse per non aver partecipato alla gara , per non rivestire i requisiti di partecipazione e, comunque, per non essere qualificabile come impresa del settore;

2. violazione dell'art.112 c.p.c., ultrapetizione, difetto di giurisdizione, per avere erroneamente il Tar caducato gli atti posti in essere dalla STU, nonostante la mancanza di una richiesta in tal senso e, comunque, difettando di giurisdizione ;
3. violazione dell'art. 112 c.p.c., ulteriore profilo di ultrapetizione: il motivo accolto dal Tar, consistente nella modifica delle condizioni di gara, non sarebbe mai stato prospettato negli atti introduttivi dai ricorrenti;
4. violazione dell'art. 120 del d.lgs. n. 267/2000 in riferimento all'art.7,comma 2, lett. a) d.lgs. n. 157 del 1995 e al D.P.R. n. 533 del 1996, errore nei presupposti di diritto, illogicità manifesta: erroneamente il Tar avrebbe considerato violato l'art. 7 , poiché l'allargamento delle condizioni di ammissione non potrebbe essere considerato una modifica sostanziale delle condizioni originarie; il termine concesso nel bando sarebbe stato sufficiente sia per la mancanza di un obbligo di osservare un termine minimo, sia per la facoltà per l'amministrazione di fare ricorso a trattativa privata addirittura senza preventiva pubblicazione di bando; nessun obbligo circa le modalità di pubblicazione ricorrerebbe nel caso di trattativa privata;
5. violazione delle norme e principi in tema di ammissibilità dei motivi di impugnazione, violazione dell'art. 17, comma 9, L. n. 109 del 1994, errore nei presupposti di fatto e di diritto: contrariamente a quanto stabilito dal Tar , la censura incentrata sul vantaggio competitivo, per avere l'arch. Deiana partecipato tanto allo studio di fattibilità quanto alla redazione del progetto di Ricorrente, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile, essendo stata presentata da impresa non concorrente e, comunque, respinta nel merito, sia per inapplicabilità dell'art. 17, c. 9 riguardante appalti di lavori, sia per la diversità tra progettazione e studio di fattibilità, sia per la mancanza di prova sulla circostanza che tale partecipazione avrebbe prodotto una distorsione della concorrenza.

Avverso la medesima sentenza proponevano appello altresì il Comune di Golfo Aranci (N.R.G. 7868/09) e la Golfo Aranci s.p.a. (n.R.G. 8032/09).

Il Comune preliminarmente eccepiva la mancanza di interesse della Golfo Aranci agli effetti della sentenza di primo grado per essere la stessa in stato di scioglimento per impossibilità di funzionamento. Proponeva , per il resto , i medesimi motivi della prima appellante, sebbene diversamente articolati, con l'ulteriore precisazione che la Golfo Aranci non avrebbe potuto partecipare alla selezione in quanto collegata con altra impresa partecipante (Centro Residenziale Ingefin) ed a causa di un contenzioso pendente con il Comune. Produceva perizia in ordine alla mancanza di requisiti dell'impresa.

Anche la Golfo Aranci s.p.a. proponeva nella sostanza gli stessi motivi in rito ed in merito della Ricorrente.

Si costituiva la Golfo Aranci s.r.l. resistendo in tutti gli appelli.

In prossimità dell'udienza di discussione, le parti hanno depositato memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie difese.

All'udienza del 19 febbraio 2010 il ricorso è stato discusso ed il Collegio se ne è riservata la decisione.

DIRITTO

1. Va, preliminarmente, disposta la riunione degli appelli proposti avverso la medesima sentenza ai sensi dell'art 335 c.p.c.

2. In rito, vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado già respinte dal primo giudice.

I motivi sono da respingere.

2.1 Irrilevante è la circostanza che la Golfo Aranci s.r.l. non avesse partecipato alla procedura di selezione o fosse sprovvista, in concreto, dei requisiti per potervi partecipare.

Il ricorso in primo grado di Golfo Aranci s.r.l. è rivolto contro gli atti con cui il Comune di Golfo Aranci ha avviato la procedura per la selezione del socio privato con in quale costituire una società di trasformazione urbana, secondo il modello delineato prima dall'art. 59 L. n. 127 del 1997 e poi dall'art. 120 del D.Lgs. n. 267 del 2000. In particolare, la società ha impugnato il bando pubblicato sulla base della delibera n. 34 del 2005, con cui è stata indetta la selezione a trattativa privata, assumendo che le modalità di selezione, tramite la pubblicazione su due soli quotidiani locali oltre che sull'albo comunale e la concessione di un ristretto termine ai potenziali interessati per presentare l'offerta tecnica, avrebbero impedito di fatto la sua partecipazione, integrando una palese violazione delle regole della concorrenza.

Le doglianze si appuntano quindi proprio sulla mancata osservanza di regole di trasparenza ed imparzialità, mirando ad ottenere il travolgimento dell'intera procedura.

2.2 La legittimazione e l'interesse della ricorrente a contestare gli atti della procedura per la scelta del socio di STU si ricollegano proprio all'interesse tutelato a contestare la scelta della pubblica amministrazione di non procedere all'indizione di una procedura di gara pubblica a tutela del principio di libera concorrenza e del criterio di effettività della tutela giurisdizionale. Secondo una consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, dalla quale il Collegio non intende discostarsi "L'assenza di indizione di una procedura di evidenza pubblica viene a ledere, infatti, l'interesse sostanziale di ciascun imprenditore operante sul libero mercato di competere, secondo pari opportunità, ai fini dell'ottenimento di commesse da aggiudicarsi secondo le prescritte procedure. Né risulta necessario che l'impresa del settore ricorrente dimostri di possedere tutti i requisiti tecnici e finanziari occorrenti per partecipare alla gara, risultando l'interesse fatto valere indirizzato a censurare la soluzione organizzativa adottata e non già a riportarne

l'aggiudicazione, atteso che con l'accoglimento del ricorso viene soddisfatto l'interesse strumentale tendente alla rimessa in discussione del rapporto controverso e alla possibilità di partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori, servizio o fornitura, nella cui futura ed eventuale sede l'Amministrazione potrà verificare se l'impresa possiede in concreto i requisiti per prendervi parte" (Cons. St. Sez. Quinta, 14.11.2008, n.5693).

2.3 L'operatore economico che ritenga di rivestire le caratteristiche imprenditoriali necessarie per aspirare all'attività oggetto di selezione ha pertanto interesse a contestare l'affidamento di un servizio ad altra società, senza gara, non rilevando a tal fine la qualificazione dell'operatore ovvero il possesso, sotto ogni profilo, dei requisiti richiesti in base alle regole della selezione oggetto di contestazione – purchè appartenente al settore economico oggetto dell'attività- dovendosi privilegiare, in base ai principi comunitari e costituzionali di libertà di concorrenza e di iniziativa economica, la soddisfazione dell'interesse strumentale azionato tendente a rimettere in discussione il rapporto controverso preordinato alla possibilità di concorrere all'affidamento del servizio (Cons. St. Sez. Quinta, 30.11.2007, n. 6136).

2.4 Nella specie, non può poi negarsi alla Golfo Aranci s.r.l.l'appartenenza al settore economico oggetto dell'attività della STU (trasformazione urbana) , avuto riguardo alle attività da essa svolte come desumibili dalla visura della Camera di commercio di Sassari depositata in atti, tra cui si annoverano lo svolgimento di lavori edili di urbanizzazione e l'attività di compravendita di immobili, la costruzione, la ristrutturazione e la locazione di fabbricati per conto proprio o per conto di terzi.

2.5 Sotto altro profilo, il ricorso era da giudicare ammissibile per avere la ricorrente denunciato le modalità di pubblicazione del bando e la brevità del termine

concesso per presentare l'offerta, tali da impedire la partecipazione dell'interessata alla selezione.

Invero, secondo un consolidato indirizzo (Cons. St. Ad. Pl. n. 1 del 2003, Sez. Quinta, 30.8.2005, n. 4414), qualora il bando preveda delle clausole escludenti ovvero si verta in ipotesi in cui il fattore temporale incida sulla possibilità di presentare un'offerta tecnica idonea a qualificare, anche in maniera decisiva, la proposta, le clausole escludenti o l'insufficienza del termine, pur non impedendo in modo assoluto la partecipazione dell'interessata alla selezione, hanno tuttavia portata lesiva nella sfera degli interessi connessi alla partecipazione in vista dell'aggiudicazione così radicando l'interesse all'impugnazione.

2.6 Né lo stato di scioglimento successivo alla sentenza di primo grado denunciato dal Comune giustifica, secondo il Collegio, il venir meno dell'interesse agli effetti della decisione favorevole alla ricorrente. La capacità operativa dell'impresa, invero, rileva solo al momento successivo di partecipazione alla gara e di aggiudicazione (Cons. St., Sez. Quinta, 10.9.2009, n. 5426, 31, 31.12.2007, n. 6797) mentre non può negarsi l'interesse al travolgimento della selezione ed al conseguente rinnovo della procedura data la possibilità di ripresa dell'attività ai fini della partecipazione alla gara.

3. Deve, inoltre, essere respinto il motivo con cui si censura la sentenza di primo grado per ultrapetizione, avendo il Tar rilevato l'illegittimo ricorso alla trattativa privata, in applicazione dell'art. 7, c. 2 lett. a) del D Lgs. n. 157/1995, in presenza di una modifica sostanziale delle condizioni iniziali della gara, pur in assenza di una prospettazione in tal senso contenuta nel ricorso introduttivo.

Con il ricorso ed i successivi motivi aggiunti, la ricorrente ha fatto valere, sotto più articolati profili, l'illegittimo ricorso alla trattativa privata e la mancanza di adeguate forme di pubblicità della procedura di selezione, con omissione delle relative pubblicazioni ai sensi dell'art. 2, comma 1 del D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533.

Il Tar, aderendo a tale prospettazione, ha tra l'altro evidenziato che il D.P.R. 533, applicabile alla fattispecie concernente la costituzione di società miste, non prevede alcuna facoltà di ricorso alla trattativa privata.

Tuttavia lo stesso giudice, considerando non escludibile l'ipotesi, in carenza di una previsione che disciplinasse la modalità di scelta del socio privato di società miste nel caso di gara andata deserta, di applicare l'art. 7 del d. lgs. n. 157/95, che prevede la possibilità di ricorrere alla trattativa privata senza mutare le condizioni iniziali della gara, ha condiviso il ragionamento contenuto nella deliberazione comunale, rilevando però una scorretta applicazione della disposizione.

E' di tutta evidenza, quindi, che la sentenza, nel valutare la censura di illegittimo ricorso alla trattativa privata e di violazione delle regole di trasparenza e par condicio, ha utilizzato i parametri normativi – peraltro offerti a giustificazione della legittimità dell'azione amministrativa dalle parti resistenti- assolutamente in linea con la prospettazione e la qualificazione del vizio dedotto, con ciò non incorrendo nel vizio di ultrapetizione, che sussiste quando il giudice abbia attribuito alla parte una utilitas non richiesta o esaminato ed accolto il ricorso per un motivo non prospettato (Cons. St. Sez. Quinta, 24.9.2003, n. 5462, sez. VI, 12.12.2008, n. 6169).

4. Venendo alle censure di merito, occorre premettere come l'obiettivo perseguito dall'amministrazione comunale riguardante la progettazione e l'attuazione di un intervento su di un'area complessiva di 48,17 ettari, in parte di proprietà comunale in parte di privati, al fine di realizzare, con il concorso di risorse pubbliche e private, un vasto e complesso programma di riqualificazione urbana, si collochi tra quelli per i quali è data facoltà ai Comuni di costituire società per azioni di trasformazione urbana.

4.1 Quanto alle modalità di scelta del socio privato, l'art.120 T.U. Enti locali prevede che “ A tal fine le deliberazioni dovranno in ogni caso prevedere che gli

azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica”.

Senza entrare nel merito della configurabilità delle STU come species del genus società miste (cfr. Tar Umbria 17.12.2003, n. 987, secondo cui comunque una società di trasformazione urbana potrebbe essere costituita sul modello generale delle società miste), va osservato che anche l'art. 116, nel prevedere facoltà per gli enti locali, per l'esercizio di servizi pubblici di cui all'art. 113-bis e per la realizzazione delle opere necessarie allo svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture e di altre opere di interesse pubblico, che non rientrino nella competenza istituzionale di altri enti, di costituire apposite società per azioni, stabilisce che si provveda “alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica”.

Analogamente, l'art. 23-bis, comma 2, lett. b) del D.L. 25.6.2008 n. 112 stabilisce che la selezione del socio di società a partecipazione mista pubblica e privata cui può essere conferita la gestione di servizi pubblici locali deve avvenire “mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio....”

Simile disposizione è contenuta anche nell'art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006 che, a proposito delle società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, impone che la scelta del socio privato avvenga mediante procedura di evidenza pubblica.

In nessuna delle menzionate disposizioni, né nel D.P.R. n. 533 del 1996, viene regolato il ricorso alla trattativa privata (come per il caso di competizione andata deserta) ad eccezione dell'art. 23-bis il quale dispone che, in caso di mancata possibilità di ricorso al mercato, è eccezionalmente consentito l'affidamento diretto alle società “in house” a capitale interamente pubblico.

4.2 Il silenzio della legge , in concomitanza con la configurazione della società mista come uno , ma non esclusivo, modello previsto , in via ormai generale, dall'ordinamento secondo un paradigma valido anche al di fuori dei servizi pubblici locali (Cons. St. Sez. II parere 18.4.2007 n. 456; Ad. Pl. 3.3.2008, n.1; Sez. VI, 23.9.2008, n.4603), subordinato alla stretta osservanza della selezione con procedure ad evidenza pubblica, induce a considerare con estremo rigore l'applicazione estensiva di norme che autorizzino il ricorso alla trattativa privata e comunque a ritenere anche in questi casi operanti le regole di non discriminazione, trasparenza delle procedure ed imparzialità.

Si condivide, pertanto, la sentenza di primo grado che, pur aderendo all'impostazione del Comune di giudicare ammissibile il ricorso alla trattativa privata sulla base dell'art. 7, c. 2 lett. a) D.Lgs. n. 157/1995, ne ha preteso tuttavia una restrittiva applicazione per quanto riguarda il limite della immodificabilità delle condizioni sostanziali iniziali di gara e l'osservanza dei principi sopra richiamati.

4.3 Alla luce di tali premesse, l'eliminazione dei requisiti minimi dei costruttori e la sostituzione con requisiti minimi di servizi di ingegneria ai primi neanche comparabili (come l'eliminazione delle qualifiche SOA, il possesso di un patrimonio netto minimo pari allo 0,60% dell'investimento massimo previsto - pari a 200 milioni di euro- in luogo del 20% precedentemente richiesto, la riduzione da 150 a 15 addetti) se, da un lato, poteva avere l'effetto di ampliare la platea dei soggetti interessati per favorire una maggiore partecipazione alla selezione, dall'altro non è stata accompagnata , come correttamente osservato dal Tar, dall'adozione di forme di adeguata pubblicità della gara , costituendo anzi la limitata pubblicazione del bando e la concessione di un termine ristretto per la presentazione dell'offerta- comprendente il progetto definitivo- sicuri indizi di illegittima restrizione della concorrenza.

Sembra condividere anche l'appellante che l'indicazione legislativa a favore dell'osservanza indefettibile, per la scelta del socio privato di società mista, delle regole dell'evidenza pubblica fa propendere, anche nel caso di ricorso alla trattativa privata, per l'applicazione dei principi di trasparenza, par condicio e non discriminazione, nella specie violati per le modalità in concreto impresse alla procedura selettiva.

Il Collegio non può che confermare l'orientamento della Sezione secondo il quale "il ragionevole allargamento del ventaglio dei possibili candidati operato attraverso l'apertura della gara anche a soggetti in precedenza esclusi dal novero dei possibili partecipanti non può essere rivisto come necessariamente contrastante con la norma anzidetta ferma restando, comunque, l'osservanza delle norme in tema di partecipazione agli appalti e il rispetto dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa, per cui l'operato della P.A. non deve, comunque, risolversi nella sostanziale elusione delle norme limitative del ricorso alla trattativa privata"(Cons. St. Sez. Quinta, 8.7.2002, n. 3790).

4.4 Né può attribuirsi, nell'economia generale dell'operazione avviata dal Comune, scarso rilievo alla modifica in senso decisamente ampliativo dei requisiti finanziari e tecnici decisa dal Comune.

E' noto, invero, come il modello delle società miste configuri una forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori per il soddisfacimento di esigenze generali tramite l'apporto finanziario e tecnico del socio operativo, scelto sulla base della qualità del suo contributo in capitali e della sua esperienza e capacità tecnica, oltre che per le caratteristiche della sua offerta. Di qui discende il peso considerevole assunto dai requisiti che il Comune ha inteso modificare con effetti sostanziali sulle condizioni iniziali della gara.

Non può pertanto che convenirsi sulle conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado nel giudicare illegittima la selezione operata senza garanzie di adeguata

pubblicità e con modalità tendenti a restringere la partecipazione del numero di imprese interessate, nonostante le maggiori opportunità offerte dal nuovo regolamento della selezione, con evidente violazione dei principi di parità di trattamento e di concorrenza, dovendosi respingere il relativo motivo di appello.

5. La violazione della concorrenza trova ulteriore conferma nell'accoglimento da parte del Tar del motivo con cui si censurava la partecipazione dell'arch. Deiana sia alla fase della redazione dello studio di fattibilità che a quella della predisposizione dell'offerta tecnica per il raggruppamento poi prescelto come socio, in violazione dell'art. 17, c. 9 L. n. 109 del 2004 al tempo vigente.

5.1 Il relativo motivo di ricorso in primo grado tendeva, data la sostanziale unicità dell'offerta del raggruppamento Ricorrente (per avere Ingefin omesso di presentare una proposta progettuale) al travolgimento dell'intera procedura e, pertanto, correttamente è stato considerato ammissibile alla stregua dei criteri indicati al punto 2.

5.2 Nel merito, il motivo di appello deve essere respinto.

La regola dell'art. 17, pur applicandosi direttamente agli appalti di lavori, è espressione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Costituzione, la cui applicazione è necessaria per garantire parità di trattamento e che ha per suo indefettibile presupposto la circostanza che i concorrenti ad una procedura ad evidenza pubblica debbano trovarsi su di un piano di parità.

Non si tratta, quindi, di applicare alla fattispecie l'ipotesi tipica prevista dalla disposizione, bensì di valutare se vi sia stata una "differente posizione di partenza" (Cons. St. Sez. VI, 2.10.2007 n.5087) nella partecipazione alla procedura di scelta del socio, che abbia dato luogo ad un indebito vantaggio per l'aggiudicataria.

5.3 Peraltro, il ragionamento del Tar non si fonda sull'identità del lavoro commissionato alla professionista rispettivamente dal Comune (lo studio di fattibilità) e dalla concorrente (redazione della proposta tecnica), bensì sulla

circostanza che la conoscenza dello studio di fattibilità , comprendente il quadro progettuale, tecnico, economico ed i profili amministrativi e contabili dell'intervento, in quanto documento presupposto dal bando come paradigma di riferimento della proposta , con esso obbligatoriamente coerente (cfr. art. 1.3 e art. 3 del bando), tanto da essere messo a disposizione dei concorrenti, ha necessariamente comportato un indebito vantaggio competitivo per l'aggiudicataria nella fase di predisposizione dell'offerta, specialmente ove si consideri la scarsa pubblicità data alla selezione ed i ristretti termini per la preparazione della proposta, con violazione della par condicio.

Anche tale motivo di appello è pertanto da respingere dovendosi confermare la sentenza di primo grado in ordine all'annullamento di tutti gli atti di gara .

6. Resta, infine, da considerare il mezzo volto a censurare la sentenza di primo grado per violazione dell'art. 112 c.p.c. sotto il profilo di ultrapetizione nonché di difetto di giurisdizione , per avere il Tar annullato gli atti di costituzione della società Golfo Aranci s.p.s.- Società di Trasformazione Urbana nonché, per illegittimità derivata, gli atti posti in essere dalla predetta STU come illegittimamente composta, trattandosi di atti di natura privatistica, in base alla nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2008, n. 9.

In ordine alla violazione dell'art. 112 c.p.c. , va considerato che con il ricorso in primo grado il ricorrente ha impugnato la deliberazione relativa alla costituzione della società di trasformazione urbana e, con successivi motivi aggiunti, tutte le deliberazioni comunali e gli atti relativi alla fase di costituzione e di attività della STU.

Non sussiste, pertanto, il vizio di ultrapetizione contestato.

7. Quanto al denunciato difetto di giurisdizione in ordine alla caducazione degli atti costitutivi della società e degli ulteriori atti di natura privatistica conclusi a seguito della scelta della Ricorrente & c Ricorrente due s.p.a. come socio privato della

STU, il Collegio ritiene ormai maturo il quadro normativo e giurisprudenziale per poter confermare la pronuncia del giudice di primo grado.

Va osservato che , in effetti, solo attraverso l'inefficacia della costituzione della STU può ritenersi reintegrato il bene della vita cui aspira l'appellata e cioè, nel caso di annullamento dell'intera procedura di selezione per violazione delle regole dell'evidenza pubblica, la possibile aggiudicazione all'esito del rinnovo della procedura nel rispetto di tali regole, che è alla base del riconoscimento della tutela giurisdizionale.

7.1 Accedendo ai criteri di riparto della giurisdizione – sulla base della situazione fatta valere attraverso la domanda di caducazione dell'aggiudicazione e del contratto, rispettivamente di interesse legittimo e di diritto soggettivo – ribaditi dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, da ultimo con sentenza n. 19805/2008, l'Adunanza Plenaria, come è noto, ha spostato l'esame delle istanze risarcitorie in forma specifica in sede di giudizio di ottemperanza , sulla base della pienezza e completezza del sindacato compiuto in quella sede sul rapporto e sugli obblighi conformativi derivanti dalla propria sentenza.

7.2 Tuttavia, la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, n. 66, che modifica le direttive 89/665 e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento e l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, dando termine agli Stati membri fino al 20 dicembre 2009 per il suo recepimento, ha previsto la privazione degli effetti del contratto – non automatica , ma necessitante una pronuncia espressa - nei casi indicati dall'art 2 quinquies della direttiva 89/665/CEE come introdotto dall'art.1. E' dunque intervenuta a regolare, a garanzia dell'effettività di tutela della concorrenza e della par condicio dei concorrenti, non solo la fase di affidamento , ma anche quella successiva dell'esecuzione del rapporto, imponendo l'intervento di un unico organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice.

7.3 Nel campo di applicazione di tale direttiva , cui soggiacciono le procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE come interpretate dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee a prescindere dalla procedura di evidenza pubblica utilizzata e dai mezzi con cui si indice una gara, rientra anche la procedura di scelta di socio privato di STU (per la sottoposizione alla disciplina comunitaria in materia di appalti delle convenzioni con società miste per la riqualificazione urbana che adempiono una funzione economica, a prescindere dalla complessità della controprestazione erogata dal socio imprenditore , cfr. Corte di Giustizia CE sent. n. 220 del 18.1.2007). Di ciò è data ,peraltro, conferma nella normativa interna (art. 244 D.Lgs. n. 163/2006), che accomuna le procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

7.4 La Corte di Cassazione, con l'ordinanza delle Sezioni Unite 10 febbraio 2010 n. 2906, si è data carico degli effetti immediati della direttiva, assumendo che “sin dalla data di entrata in vigore di essa, una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art.117 Cost.) delle norme che precedono, per le gare bandite dopo tale data,rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale.”

Secondo la Suprema Corte, anche prima dello spirare del termine per la trasposizione nel diritto interno della direttiva, si imponeva che al giudice

amministrativo, nella materia di giurisdizione esclusiva, fosse attribuita la cognizione delle controversie sull'annullamento dell'aggiudicazione estesa anche agli effetti dei contratti.

La connessione tra la domanda di annullamento della gara e quella di privazione di effetti del contratto assume, secondo le Sezioni Unite, rilievo unificante dei giudizi su “ogni processo pendente davanti al giudice amministrativo, successivo al 20 dicembre 2009, relativo alle domande di cui alla normativa comunitaria.”. Inoltre “la disciplina comunitaria ha reso vincolante sin dalla sua entrata in vigore la connessione tra le due domande proposte, da trattare unitariamente davanti ad unico giudice.”

Ciò è ribadito nel principio di diritto enunciato, secondo cui la soluzione della concentrazione in capo al giudice amministrativo della cognizione della legittimità dell'aggiudicazione e dell'efficacia del contratto “è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara” così pervenendo al risultato di approntare lo strumento di tutela, ulteriore rispetto a quella meramente demolitoria dell'aggiudicazione, della dichiarazione di inefficacia (o di annullamento o di nullità) del contratto .

7.5 Occorre a questo punto valutare se nel presente giudizio avente ad oggetto la richiesta di annullamento di una selezione indetta con bando del 26.9.2005, conclusasi mediante la scelta del socio in data 11.11.2005, e di un atto costitutivo di società deliberato il 16.11.2005 e stipulato in data 18.11.2005, dunque

precedentemente all'entrata in vigore della Direttiva 66/2007, possa ritenersi sussistente la connessione tra sindacato sulla scelta del contraente e sindacato sugli atti successivi di diritto privato, avuto riguardo al discrimine temporale indicato dalla Suprema Corte di Cassazione in riferimento alle procedure di affidamento successive al dicembre 2007.

7.6 Il Collegio ritiene di poter confermare la pronuncia caducatoria del Tar anche relativamente agli atti costitutivi e deliberativi della STU, sebbene precedenti a tale data.

Non vi è dubbio che ricorrano anche nella presente fattispecie, così come in quella sottoposta all'esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, quelle esigenze di effettività della tutela del bene della vita e di ragionevole durata del processo tutelate dalla Direttiva n. 66/2007 in ossequio ai principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione che si risolvono nei principi di concentrazione, rapidità e completezza della tutela.

7.7 Occorre poi considerare che dalla stessa pronuncia richiamata non sembra potersi trarre un invalicabile limite temporale al riconoscimento della connessione per le sole controversie sorte in virtù di procedure di affidamento svoltesi posteriormente al dicembre 2007, potendo, nei giudizi in corso, il giudice valutare la dipendenza dell'effettività della tutela dalla concentrazione del sindacato in un unico giudice, purchè dotato di giurisdizione esclusiva nella materia, come è il caso di controversia avente ad oggetto una procedura di affidamento da parte di un soggetto tenuto nella scelta del socio all'applicazione dei procedimenti di evidenza pubblica.

7.8 Infine, deve considerarsi che, in via generale, innovazioni normative - ancorché prive di efficacia retroattiva- attributive della giurisdizione in capo ad un giudice presso il quale già pende il giudizio, trovano immediata applicazione, per costante giurisprudenza della stessa Corte di cassazione (cfr. Cass. SS.UU 16.6.2003, n. 9554;

19.2.2002, n. 2415; ord. 6.5.2002, n. 6487) , dato che l'art. 5 c.p.c., nella parte in cui dispone che la giurisdizione si determina in base alla legge del tempo della proposizione della domanda, persegue lo scopo di conservare la giurisdizione del giudice correttamente adito, mentre non incide sulla immediata operatività dello ius superveniens in materia di giurisdizione quando la nuova normativa valga a radicare la causa presso il giudice davanti al quale è stata promossa.

7.9 Tale principio deve, secondo il Collegio, valere anche quando l'esigenza di concentrazione di giudizi origini da una fonte comunitaria divenuta direttamente applicabile in corso di giudizio a causa dello spirare del termine per il suo recepimento ,anche in assenza di una norma interna ricognitiva della giurisdizione, peraltro in via di approvazione al momento della presente decisione in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 44 L.7.7.2009, n. 88.

Pertanto, data la pendenza del giudizio in data successiva al 20 dicembre 2009, deve ad esso applicarsi il principio della connessione tra il sindacato del giudice amministrativo sull'annullamento della procedura di selezione del socio privato di STU e l'inefficacia delle delibere attuative e degli atti costitutivi della società, con conseguente travolgimento degli altri atti dipendenti.

Conclusivamente, gli appelli vanno respinti .

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, riuniti gli appelli specificati in epigrafe, li respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna gli appellanti, in solido tra loro, alla rifusione delle spese in favore dell'appellata Controinteressata. liquidate in euro 5.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione