



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9510 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

PESSINA COSTRUZIONI S.p.a., in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Pier Filippo Giuggioli e Alberto Gambino ed elettivamente domiciliata presso lo studio del terzo dei suindicati difensori in Roma, Piazza San Lorenzo in Lucina, n. 4;

contro

ROMA CAPITALE, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ottavi dell'Avvocatura comunale, presso la cui sede è elettivamente domiciliata in Roma, Via del Tempio di Giove, n. 21;

nei confronti di

STILE COSTRUZIONI EDILI di Rebecchini ing. Luigi & C. S.p.a. in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del Raggruppamento temporaneo di imprese tra la Stile costruzioni edili di Rebecchini ing. Luigi & C. S.p.a., Sarfo appalti e costruzioni S.r.l., Sette costruzioni S.p.a., I.R.C.O.S. impresa romana costruzioni sociali S.p.a., Edilgamma S.r.l., Cosvim società cooperativa e Consorzio cooperative di abitazione associazione italiana casa-AIC a.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Piero d'Amelio e Maria Stefania Masini ed elettivamente domiciliata presso lo studio dei suindicati difensori in Roma, Via della Vite n. 7;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione n. 788 del 4 ottobre 2011 del Dipartimento politiche per la riqualificazione delle periferie del Comune di Roma, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI Stile della gara per la realizzazione del programma di housing sociale nell'area F del comprensorio direzionale di Pietralata, con relative urbanizzazioni;
- della nota prot. n. 268864 del 18 ottobre 2011 con la quale è stata comunicata l'avvenuta aggiudicazione all'ATI Stile;
- di tutti i verbali della commissione di gara dal n. 1 al n. 24 nonché dei provvedimenti e comunicazioni di aggiudicazione provvisoria e della determina dirigenziale n. 771 del 23 settembre 2011;

- del silenzio formatosi sulla informativa ex art. 246-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

- per quanto occorrer possa del bando, del disciplinare e di tutti gli altri documenti facenti parte della lex specialis nonché dei vari chiarimenti pubblicati dalla stazione appaltante;

nonché

per la declaratoria di inefficacia e/o annullamento e/o caducazione del contratto, laddove stipulato

nonché

per il subentro nel contratto, laddove stipulato o, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione comunale e della parte controinteressata con i documenti prodotti nonché il ricorso incidentale spiegato da quest'ultima;

Esaminate le ulteriori memorie depositate con atti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso che:

- con il ricorso in esame la Società Pessina Costruzioni S.p.a. (d'ora in poi, per brevità, PESSINA) ha impugnato l'aggiudicazione della gara bandita dal Dipartimento politiche per la riqualificazione delle periferie del Comune di Roma per la realizzazione del programma di housing sociale nell'area F del Comprensorio direzionale di Pietralata, con relative urbanizzazioni e conclusa con la determinazione dirigenziale n. 778 del 4 ottobre 2011 di affidamento del predetto appalto di lavori in favore dell'ATI Stile, raggruppamento temporaneo di imprese tra la Stile costruzioni edili di Rebecchini ing. Luigi & C. S.p.a., Sarfo appalti e costruzioni S.r.l., Sette costruzioni S.p.a., I.R.C.O.S. impresa romana costruzioni sociali S.p.a., Edilgamma S.r.l., Cosvim società cooperativa e Consorzio cooperative di abitazione associazione italiana casa-AIC a.r.l. (d'ora in poi, ATI STILE) nonché, per quel che si evidenzia dalla attenta lettura del ricorso proposto, di tutti gli atti della procedura svolta fin dal bando;
- la domanda di annullamento è accompagnata dalla richiesta di declaratoria dell'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, con collegata istanza di subentro nonché dalla domanda di risarcimento del danno, anche per equivalente;
- il gravame in sede giurisdizionale, anticipato da una informativa ai sensi dell'art. 243-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (recante il Codice dei contratti pubblici) presentata dalla odierna parte ricorrente alla stazione appaltante, che in merito ha taciuto, si

incentra nella contestazione circa la legittimità del percorso procedimentale svolto dagli Uffici del dipartimento comunale procedente, tenuto conto che nei confronti dell'esito dello stesso la PESSINA ha evidenziato la violazione, sotto distinti profili, dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici, in quanto:

a) il disciplinare al punto 4.4.11 prescriveva che i partecipanti in associazioni temporanee di imprese avrebbero dovuto presentare istanza di partecipazione con indicazione del tipo di raggruppamento e le quote di partecipazione ad esso e ciò con riguardo a tutti i componenti, con evidenziazione delle relative qualifiche;

b) la surrichiamata prescrizione del disciplinare stabiliva anche che tutti i partecipanti a ciascuna associazione concorrente, oltre a dover specificare le opere che ciascuno avrebbe realizzato, avrebbero altresì dovuto dimostrare il possesso delle specifiche capacità tecniche riferite al tipo di opera da compiersi. In particolare tali specifici requisiti tecnici obbligatori erano evidenziati nel ridetto disciplinare ai punti 1.1.3. (possesso di SOA per la categoria OG1 classifica VIII) e 1.1.4 (certificazione di qualità conforme alle norme europee ISO 9001:2008);

- posto quanto sopra, per quanto concerne la domanda di partecipazione del raggruppamento odierno controinteressato, dalla documentazione acquisita dalla parte ricorrente e prodotta in giudizio risulterebbe che:

a) la Società Stile costruzioni avrebbe partecipato alla associazione

con una quota del 19,20% a fronte di una dichiarazione di realizzazione di lavori pari al 25,88% del programma posto a base di gara;

b) la Società Sarfo avrebbe partecipato all'ATI orizzontale per il 13,65%, quota equivalente alla percentuale di lavori che avrebbe realizzato;

c) la Società Sette avrebbe partecipato con il 17,65%, anch'essa con quota equivalente alla percentuale di lavori che avrebbe realizzato;

d) la Società Edil Gamma avrebbe partecipato alla associazione con una quota dell'8,25% a fronte di una dichiarazione di realizzazione di lavori pari all'11,51% del programma posto a base di gara;

e) anche la Società I.r.c.o.s. avrebbe partecipato alla associazione con una quota dell'8,25% a fronte di una dichiarazione di realizzazione di lavori pari all'11,51% del programma posto a base di gara;

f) la Società Cosvim avrebbe partecipato alla associazione con una quota del 16,50% a fronte di una dichiarazione di realizzazione di lavori pari al 19,80% del programma posto a base di gara;

g) mentre il Consorzio cooperativo A.I.C., pur partecipando alla associazione con una quota del 16,50%, non avrebbe realizzato lavori;

- parte ricorrente, in ragione delle risultanze della documentazione relativa alla domanda di partecipazione del RTI STILE, denuncia la violazione della disposizione dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici che impone la corrispondenza tra le quote di partecipazione

ad una ATI orizzontale e quelle di effettuazione dei lavori, per la riscontrata non corrispondenza tra i due elementi sopra indicati con riferimento a molte delle società facenti parte del raggruppamento, tenuto anche conto che una di esse, segnatamente il Consorzio cooperativo A.I.C., non avrebbe addirittura realizzato lavori;

- la stessa parte ricorrente individua ancora un ulteriore deficit nella partecipazione alla gara da parte dell'ATI poi risultata aggiudicataria, atteso che la capogruppo, per espressa indicazione ai punti 1.1.5. 1.1.6 del disciplinare, avrebbe dovuto dimostrare di possedere, in misura minima del 40% rispetto alle altre ditte raggruppate e comunque maggioritaria, i due requisiti di cui agli indicati punti del disciplinare, vale a dire una cifra di affari non inferiore a 150 milioni di euro (punto 1.1.5.) e la realizzazione di un certo numero di alloggi nel decennio (punto 1.1.6.), mentre la restante percentuale doveva essere posseduta nella misura minima del 10% da ciascuno dei soggetti mandanti fino al 100% dei requisiti richiesti. Appare evidente, ad avviso della parte ricorrente, che la capogruppo Stile dichiarando di partecipare con una quota pari al 19,50% non ha soddisfatto nella domanda tale requisito, come del resto tutte quelle società mandanti che, secondo il quadro riepilogativo più sopra riportato, hanno partecipato con misura inferiore al 10%;

Considerato che, ad avviso del Collegio:

- le censure dedotte nei primi due motivi di impugnazione espressi nel ricorso introduttivo, il cui contenuto si è sopra sinteticamente

riprodotto, meritano di essere esaminate in via principale, tenuto conto che la loro eventuale fondatezza dimostrerebbe l'inadeguatezza della domanda di partecipazione alla selezione da parte del RTI STILE, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in suo favore;

- deriverebbe da quanto sopra la superfluità dello scrutinio degli ulteriori motivi dedotti nel ricorso introduttivo dalla parte ricorrente;
- non si riscontrano nuovi motivi di censura contenuti nel ricorso recante motivi aggiunti, in quanto esso è stato proposto al solo fine di contestare l'inerzia dell'Amministrazione rispetto alla informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale presentata, ai sensi dell'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici, in data 13 novembre 2011 ed il conseguente consolidarsi dell'effetto di cui ai commi 4 e 5 del richiamato articolo del Codice;

Tenuto conto che:

- ad avviso della difesa comunale il ricorso è infondato per la significativa ragione che alla procedura in questione non possono applicarsi le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici stante la singolare natura del contratto oggetto di affidamento, in quanto volto essenzialmente alla realizzazione di opere di pubblica utilità "che vengono realizzate attraverso la cessione di diritti di superficie mentre la quota parte delle opere di urbanizzazione, di incidenza assolutamente limitata (inferiore al 15%), postula – se del caso – l'applicazione delle regole di evidenza pubblica "a valle",

secondo i noti dettami comunitari, ma non qualifica – per ciò solo – l'intera procedura come appalto di lavori” (così, testualmente, a pag 2 delle note di replica presentate in vista dell'udienza del 22 febbraio 2012);

- ancora ad avviso della difesa comunale, oltre a quanto sopra, va segnalato come la *lex specialis* della procedura sottoposta qui a scrutinio giurisdizionale laddove svolga richiami, come nel caso dell'art. 38, al Codice dei contratti pubblici, effettua tale collegamento solo in quanto detti richiami siano “compatibili ed al solo fine di ulteriormente assicurare il necessario rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione ai sensi del TFUE” (così, testualmente, a pag. 2 della memoria conclusiva depositata dalla difesa comunale);

- d'altronde la singolarità dell'istituto dell'housing sociale è decisamente marcata rispetto alla realizzazione di un appalto di lavori se solo si pensi che per “Alloggio Sociale non si intende (...) esclusivamente la singola unità abitativa, ma l'insieme dei servizi connessi all'abitare (nel bando in oggetto scuola materna e gli spazi di verde previsti)” sicché “è di tutta evidenza come tale modulo procedimentale sia del tutto alieno rispetto all'appalto, che postula un finanziamento assente, ma anche dalla concessione di lavori: non vi è infatti la previsione di una remunerazione in tutto o in parte derivante dalla gestione dell'opera pubblica (così, testualmente, a pag. 3 delle memoria conclusiva depositata dalla difesa comunale);

- l'RTI STILE si è costituito in giudizio sostenendo anch'esso che "il social housing (...) è un fenomeno giuridico del tutto diverso" rispetto all'appalto di lavori pubblici, di talché la procedura oggetto di contestazione "ha per oggetto, in buona sostanza, l'assegnazione di aree e relativi diritti edificatori a fronte della progettazione, realizzazione e gestione di 4 tipologie di alloggi" (così, testualmente, a pag. 6 della memoria di costituzione del raggruppamento controinteressato), derivandone che, in particolare, alla procedura in questione non può applicarsi la regola contenuta nell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici della necessaria corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, né il principio della necessaria indicazione dell'apporto dei lavori da parte di ciascuno dei soci del raggruppamento, anche perché il bando ha previsto la partecipazione anche di soggetti "non tecnici", come i soci di solo capitale, oltre alla circostanza che erano ammesse anche cooperative di abitazione e i loro consorzi nonché il gestore ed i fondi immobiliari (in tal senso, ancora, a pag. 9 della memoria di costituzione del raggruppamento controinteressato);

- in data 16 dicembre 2011 l'RTI STILE ha spiegato ricorso incidentale, sostenendo che il progetto e l'offerta presentati dal RTI non rispettavano quanto stabilito dal disciplinare e dalle linee guida architettonico-funzionali ad esso allegate, prescrizioni tutte alle quali l'RTI odierno ricorrente avrebbe dovuto attenersi, ciò in particolare sotto il profilo della cubatura massima realizzabile e delle superficie

che appaiono nel progetto proposto decisamente non corrispondenti a quanto richiesto dall'Amministrazione precedente in sede di *lex specialis*. Da qui la richiesta di reiezione del ricorso principale e delle domande ad esso connesse;

Rilevato che:

- seppur il Collegio non ignora che la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011 n. 4 induce a considerare necessario che il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, debba essere sempre esaminato prioritariamente (e ciò anche nel caso, ma non costituisce ipotesi attagliabile alla vicenda in questione, in cui il ricorrente principale alleghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura) e che detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente, va condiviso quanto eccepito dalla ricorrente PESSINA nella memoria conclusiva (si veda in particolare quanto sostenuto alle pagine 1 e 2 della memoria). Infatti appare evidente che la natura delle censure dedotte nel ricorso incidentale, per il loro contenuto spiccatamente indirizzato a contestare aspetti dell'offerta presentata dalla PESSINA già valutati dall'Amministrazione precedente nel corso della selezione, tanto che ad essi è stata attribuita una valutazione non utile al fine della

prevalenza nella selezione, senza però porre mai in discussione l'ammissibilità dell'offerta rispetto alle prescrizioni imposte dalla lex specialis di gara ai fini dell'ammissibilità delle partecipanti, determina la qualificazione dello stesso quale ricorso incidentale non paralizzante;

- in altri termini l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale proposto dal RTI STILE non avrebbe alcuna conseguenza sulla regolare partecipazione alla selezione della PESSINA, non determinando la sua esclusione dalla graduatoria e non si manifesta idoneo, quindi, ad incidere sulla legittimazione a ricorrere del raggruppamento ricorrente, secondo l'impostazione processuale declinata dal Consiglio di stato nella richiamata decisione n. 4 del 2011;

- discende da quanto appena detto che, nel novero delle ipotesi elencate dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 4 del 2011 al fine di illustrare le poche e tassative fattispecie al ricorrere delle quali sarebbe possibile ammettere, per ragioni di economia processuale, l'esame prioritario del ricorso principale, e cioè qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità, sempre che tale inversione di scrutinio, rispetto al paradigma prescelto da quel Supremo consesso, non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia, deve arricchirsi di una ulteriore evenienza – tralasciata nella decisione n. 4 del 2011 – consistente nel

caso in cui il ricorso incidentale, per i contenuti impugnatori recati, non sia idoneo ad escludere dalla graduatoria finale il soggetto che ha proposto il ricorso principale;

- quindi il ricorso incidentale va dichiarato, prima ancora di esaminarne la fondatezza e - seppur non necessariamente in virtù di quanto si è sopra osservato - preliminarmente, solo per ragioni di economia processuale, inammissibile, manifestandosi – a cagione dei suoi contenuti impugnatori - l'insussistenza dell'interesse alla sua proposizione da parte del RTI STILE, posto che alcun bersaglio favorevole per lo stesso RTI, né di natura processuale né di effetti sostanziali, esso si presenta idoneo a colpire;

- d'altronde (ed in ultima, ma decisiva analisi), qualora il ricorso principale dovesse risultare fondato, la relativa decisione di accoglimento comporterebbe – ipso iure e con effetto retroattivo fin dal momento dell'aggiudicazione della selezione – la esclusione del RTI STILE dalla procedura, di talché ne seguirebbe, sotto il profilo processuale e con riferimento al presente giudizio, l'insussistenza della legittimazione a proporre il ricorso incidentale da parte del ridetto RTI, attesa la non attribuibilità allo stesso RTI della qualifica di partecipante alla gara, e ciò proprio secondo il paradigma espresso nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011;

Precisato preliminarmente nel merito, al dichiarato fine di inquadrare nei corretti termini l'oggetto del contenzioso proposto dalle parti all'attenzione del Collegio, che :

- tenendo conto dei più recenti approcci della scienza urbanistica, l'housing sociale nasce come tentativo di ampliare, qualificandola, l'offerta degli alloggi in affitto (e in misura minore anche in vendita) mettendo a disposizione nuove unità abitative a favore di quelle persone che, escluse per ragioni di reddito dall'accesso all'edilizia residenziale pubblica, non sono tuttavia in grado di sostenere i costi del libero mercato. L'argomento è di grande attualità, poiché nel nostro Paese la questione abitativa è fra i temi caldi e più sentiti dalla popolazione, anche perché il mercato delle costruzioni, nell'ultimo decennio, ha realizzato quasi esclusivamente alloggi destinati alla vendita, in un contesto in cui l'accesso ai mutui ha rappresentato un investimento vantaggioso rispetto alla spesa per gli affitti. Inoltre, in Italia, il progressivo ritiro del settore pubblico dagli investimenti immobiliari a fini sociali e la bolla speculativa del mercato immobiliare, che ha toccato insieme vendita e locazioni, hanno contribuito non poco ad allargare l'area del disagio, sbarrando o rendendo impervio l'accesso alla casa a vaste categorie di persone (giovani coppie, pensionati, famiglie monoparentali, ecc.). Si è fatta quindi strada la necessità di ripensare l'edilizia sociale non solo sotto un profilo quantitativo ma anche sul versante economico-qualitativo: l'housing sociale si presenta, quindi, come una modalità d'intervento nella quale gli aspetti immobiliari vengono studiati in funzione dei contenuti sociali, offrendo una molteplicità di risposte per le diverse tipologie di bisogni, dove il contenuto sociale è prevalentemente

rappresentato dall'accesso a una casa dignitosa per coloro che non riescono a sostenere i prezzi di mercato, ma anche da una specifica attenzione alla qualità dell'abitare. Tra le molteplicità di risposte offerte dall'housing sociale vi sono l'affitto calmierato, l'acquisto della casa mediante l'auto-costruzione e le agevolazioni finanziarie, soluzioni integrate per le diverse tipologie di bisogni, come ad esempio le giovani coppie e i pensionati;

- l'housing sociale è, meglio detto, un programma attraverso il quale si progetta di realizzare un insieme di alloggi e servizi, di eseguire azioni e strumenti, tutti rivolti a coloro che non riescono a soddisfare sul mercato il proprio bisogno abitativo, per ragioni economiche o per l'assenza di un'offerta adeguata. La finalità dell'housing sociale è di migliorare la condizione di queste persone, favorendo la formazione di un contesto abitativo e sociale dignitoso all'interno del quale sia possibile, non solo accedere ad un alloggio adeguato, ma anche a relazioni umane ricche e significative. Data l'assenza di sovvenzioni pubbliche, l'housing sociale si focalizza su quella fascia di cittadini che sono disagiati in quanto impossibilitati a sostenere un affitto di mercato, ma che non lo sono al punto tale da poter accedere all'Edilizia residenziale pubblica, finendo con il rappresentare, nel contempo, una politica volta all'incremento del patrimonio in affitto a prezzi calmierati o controllati;

- dell'individuazione dei destinatari di tali progetti si è occupato il legislatore nazionale che ha indicato le categorie alle quali possono

essere destinati gli alloggi realizzati mediante tale programma. Infatti l'art. 11, comma 2 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 convertito con la legge 6 agosto 2008 n. 133 ha segnalato le seguenti categorie di destinatari: a) nuclei familiari a basso reddito, anche monoparentali o monoreddito; b) giovani coppie a basso reddito; c) anziani in condizioni sociali o economiche svantaggiate; d) studenti fuori sede; e) soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio; f) altri soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 1 della legge 8 febbraio 2007 n. 9 (particolari categorie sociali, soggette a procedure esecutive di rilascio per finita locazione degli immobili adibiti ad uso di abitazioni e residenti nei comuni capoluoghi di provincia, nei comuni con essi confinanti con popolazione superiore a 10.000 abitanti e nei comuni ad alta tensione abitativa); g) immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione;

- in siffatto contesto di innovazione della risposta urbanistico-edilizia in conformità alle esigenze della popolazione appartenente a diverse fasce sociali, ha inteso intervenire il Comune di Roma. Si legge sul sito internet del Comune che già con l'approvazione del PRG, l'Amministrazione comunale ha individuato, tra i criteri di perequazione, modalità e procedure per l'acquisizione di aree da destinare ad housing sociale. I contenuti del c.d. Piano Casa varato dal Governo con la citata legge n. 133 del 2008 ha caratterizzato gli strumenti giuridico-amministrativi di attuazione che sono stati

condivisi dall'Amministrazione capitolina, tanto che, con una memoria della Giunta Comunale del 7 agosto 2008, ha dato mandato agli Uffici dei Dipartimenti III, VI e IX di procedere alle verifiche tecnico-istruttorie e giuridico-amministrative finalizzate all'attuazione di tale manovra. Nel marzo del 2010, il Consiglio Comunale ha approvato la deliberazione n. 23 (recante gli Indirizzi per il "Piano Casa" del Comune di Roma), che propone un programma organico di iniziative da intraprendere per il raggiungimento degli obiettivi sopra indicati, anche sulla scorta di precise indagini istruttorie affidate a specifici organismi che hanno effettuato una ricognizione dei bisogni alloggiativi per il c.d. segmento debole della popolazione comunale, giungendo a stimare necessaria la realizzazione di 25.700 alloggi entro il 2016;

- il Comune di Roma, con bando del 13 settembre 2010, ha inteso assegnare (in diritto di superficie) terreni insistenti nell'area F del comprensorio direzionale di Pietralata, nell'ambito del Municipio V del Comune, interessato da un Piano particolareggiato approvato con deliberazione della Giunta regionale del Lazio 24 gennaio 2001 n. 79 e varato con la deliberazione consiliare n. 156 del 28 settembre 2006;

- l'oggetto del programma è così individuato, al punto II.1.3. del bando: progettazione ed esecuzione sull'area assegnata di un quartiere residenziale, per una portata edificatoria complessiva di 132.000mc, calcolati secondo il vigente Piano particolareggiato di Pietralata e ripartita in 127.000mc per un totale di almeno 555 alloggi

(80 alloggi ERP da retrocedere al Comune in regime di proprietà, con le aree fondiarie annesse; almeno 50 alloggi da mantenere in locazione per 25 anni al canone mensile sostenibile di euro 6,00 al mq di superficie complessiva, che al termine resteranno nella disponibilità dell'assegnatario per 99 anni fino alla scadenza del diritto di superficie; almeno 150 alloggi da destinare a locazione con patto di futura vendita con canone mensile sostenibile di euro 8,00 al mq di superficie complessiva e rata finale di saldo prezzo convenuto, da far valere tra il 16° e il 25° anno, secondo e con i valori posti in offerta all'assegnatario; almeno 275 alloggi da cedere a prezzo convenzionato per un importo massimo di euro 2.400,00 mq di superficie complessiva, oltre oneri fiscali) nonché destinazioni commerciali per 5.000mc, che restano nella disponibilità dell'assegnatario fino alla scadenza della durata del diritto di superficie, anche come eventualmente rinnovato. Il programma prevede inoltre: a) la realizzazione di tutte le opere di urbanizzazione primaria (infrastrutture a rete, viabilità, arredo urbano, parcheggi e verde pubblico; b) la costruzione di una scuola materna di 3 sezioni; c) la gestione e la vendita, in regime di proprietà superficaria, dell'edilizia residenziale destinata alla locazione a canone sostenibile, a riscatto o alla vendita a prezzo convenzionato;

- il punto II.2 del bando indica come quantitativo o entità stimate dei lavori euro 69.000.000,00 IVA esclusa, per lavori e servizi connessi (costo complessivo della costruzione) di cui euro 61.702.612,00 IVA

esclusa, per lavori ed euro 3.500.000,00 IVA esclusa, per progettazione, oltre a oneri generali e/o diversi;

Rilevato che:

A) il suddescritto quadro relativo all'operazione di rilevanza economica avviata dal Comune di Roma con il bando del 13 settembre 2010, testimonia di come Roma Capitale abbia inteso stipulare con il soggetto che avrebbe prevalso nella contesa selettiva una concessione-contratto caratterizzata dalla stipula di contratti di natura mista (non riconducibili direttamente alle ipotesi tipizzate dal Codice dei contratti pubblici di cui agli artt. 160-bis, contratto di locazione finanziaria immobiliare e 160-ter, contratto di disponibilità, figura peraltro di recentissima introduzione in epoca comunque successiva alla data di pubblicazione del bando qui in esame, ma rispetto ai quali è possibile scorgere dei tratti nell'operazione commerciale capitolina che sembrano richiamarli) e, per alcuni aspetti atipica (pur sempre nel rispetto del dettato dell'art. 1322 c.c.), nell'ambito della quale all'aggiudicatario, oltre alla concessione del diritto di superficie, viene commissionata la realizzazione di alloggi e di opere di urbanizzazione primaria nonché di una scuola materna, secondo lo schema tipico dell'appalto di opere pubbliche nonché, per altro verso, viene concesso di gestire le opere realizzate fino alla scadenza della durata del diritto di superficie. Né deriva, quindi, che l'utilità dell'operazione commerciale per l'assegnatario/affidatario è offerta sia dal prezzo per la realizzazione delle opere che

nell'immediatezza dell'esecuzione (e con rischio mantenuto dall'Ente committente) restano in proprietà del Comune sia dal ricavato della gestione delle altre opere realizzate dall'assegnatario, in veste di concessionario (e con rischio ricadente su quest'ultimo) nonché, sempre in regime di concessione (ma questa volta di servizi) dallo svolgimento dei servizi indicati nella convenzione accessiva alla concessione. Nella variegata operazione contrattuale sopra descritta, che vede osmoticamente emergere profili pubblicitari ed altri più schiettamente negoziali, si scorgono anche elementi utili a ritenere che una parte di detta operazione manifesti i caratteri della vendita di cosa futura, seppur entro gli stretti limiti di ammissibilità della figura per la realizzazione di interessi pubblici (secondo lo schema convincentemente descritto da ultimo nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 12 maggio 2008 n. 11656);

B) sicché, per quanto si è sopra riportato, trascrivendo fedelmente i punti preliminari del bando, appare evidente che all'assegnatario dell'area, individuato all'esito della gara, sarebbe stato richiesto prevalentemente di realizzare lavori e ciò per un importo molto ingente, tanto che tra le condizioni di partecipazione, segnatamente con riguardo a quelle di capacità economica e finanziaria, era stabilito al punto III.1.2. del bando di dimostrare "una cifra d'affari, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta, non inferiore ad euro 150.000.000,00" e al punto III.1.3. del bando, quanto alle

condizioni di capacità tecnica, era chiesto di dimostrare di aver “realizzato negli ultimi dieci anni complessi di edilizia residenziale per un numero di alloggi non inferiore a 555;

C) appare altresì evidente che la prospettazione manifestata sia dal Comune resistente che dalla controinteressata secondo la quale l'operazione contrattuale in questione dovesse essere ricondotta ad un tertium genus rispetto alla categoria degli appalti di opere pubbliche ed a quella della concessione di lavori pubblici con progettazione, pare essere destituita di fondamento atteso che in realtà il “programma” che si intende affidare da parte del Comune di Roma si compendia in un intervento da realizzare a cura dell'appaltatore che trae caratteristiche da entrambe le figure contrattuali ad evidenza pubblica sopra richiamate (coinvolgendo anche altre figure contrattuali pubbliche, secondo la ricostruzione più sopra offerta sub A), di talché con riguardo alla ridetta procedura trovano sicuramente applicazione le disposizioni contenute nell'art. 27 del Codice dei contratti pubblici ed i principi da esse richiamati;

D) nello stesso tempo non può ignorarsi che dalla attenta lettura delle prescrizioni contenute nel bando di gara possono trarsi spunti per verificare se talune disposizioni del Codice dei contratti pubblici, quand'anche idonee a disciplinare l'operazione di scelta dell'appaltatore negli appalti di lavori, siano direttamente applicabili alla operazione procedurale qui in scrutinio stante l'espresso richiamo recato dal bando. Posto che più volte in esso si rinvencono

espresi richiami a prescrizioni codicistiche (si pensi, solo per fare un esempio, al punto IV.1. che nell'indicare la procedura di affidamento richiama integralmente l'art. 83 del Codice), significativamente va evidenziato che il ridetto bando del 13 settembre 2011 e negli altri atti ad esso allegati confluenti nella lex specialis di gara, non a caso:

- è richiamato l'art. 38 (punto III.1.1. del bando, Requisiti per la partecipazione e, nel disciplinare, punti 1.1.1., Requisiti dell'offerente, nonché 1.2.2., Caratteristiche del gestore);
- si specifica che il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 (punto IV.1. del bando, Criteri di aggiudicazione);
- è richiamato l'art. 40 (punto 1.1.4. del disciplinare in tema di certificazione di qualità);
- è richiamato l'art. 90 (punto 1.3.1. del disciplinare in ordine ai compiti del progettista);

E) ma, soprattutto, al punto 4.4.11. del disciplinare di gara si prescrive che i raggruppamenti temporanei di imprese debbono presentare una dichiarazione nella quale dovrà essere indicato "il tipo di raggruppamento (orizzontale, verticale o misto), l'eventuale presenza di impresa cooptata – che dovrà espressamente impegnarsi ad effettuare i lavori nella misura massima consentita dall'art. 95, comma 4 del D.P.R. n. 554/99 – le quote di partecipazione al raggruppamento medesimo, di tutti i componenti con le relative qualifiche e l'esplicitazione, vincolante, del/i soggetto/i esecutore/i

delle opere previste dal programma e l'attestazione del possesso da parte di questi degli specifici requisiti tecnici obbligatori, con particolare riferimento ai punti 1.1.3. ed 1.1.4.”;

F) i requisiti richiamati al punto 4.4.11. del disciplinare di gara, per come sopra riprodotto testualmente, sono costituiti dal possesso della “qualificazione per prestazione di costruzione OG1 classifica VIII e qualificazione per prestazione di pregettazione e costruzione classifica VIII” (per quanto concerne il punto 1.1.3. del disciplinare) e dal possesso della “certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie ISO 9001:2008 ed alla vigente normativa nazionale, ai sensi dell'art. 40, comma 3, lett. a del D.Lgs. n. 163/2006;

Ritenuto che:

1) la previsione contenuta nell'art. 37, comma 13, del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale “I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”, costituisce

espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni principali o secondarie, scorporabili o unitarie, tanto da ritenersi applicabile anche al settore delle forniture e dei servizi (cfr.,

tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 16 novembre 2011 n. 6048; Sez. V, 8 novembre 2011 n. 5892, 27 ottobre 2011 n. 5736 e 12 febbraio 2010 n. 744; Sez. VI, 4 maggio 2009 n. 2783 nonché T.A.R. Umbria, Sez. I, 30 gennaio 2012 n. 22 e T.A.R. Sardegna, Sez. I, 18 ottobre 2011 n. 982);

2) più puntualmente può affermarsi che, dal compendio delle norme enucleabili dall'art. 37 del Codice si desume che, quale che sia il settore dell'appalto (lavori, servizi, forniture), l'A.T.I. offerente deve indicare sia le quote di partecipazione di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto, e vi deve essere corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione (cfr., anche, Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253): tale obbligo di duplice indicazione è espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla morfologia del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie (cfr. pure Cons. Stato, Sez. III, 15 luglio 2011 n. 4323 che ha dato conto del consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale ed ha disatteso la richiesta di rimessione dell'affare all'adunanza plenaria);

3) ne deriva che, ogni qualvolta l'operazione contrattuale concerne la realizzazione dei lavori, pur se la vicenda non sia direttamente sussumibile nell'alveo degli appalti pubblici, ma presenta elementi idonei a configurare ipotesi miste di appalto e concessione,

nondimeno i principi degli artt. 27 e 30 del Codice debbono essere rispettati e tra questi il principio di trasparenza rispetto al quale si pone, come meccanismo applicativo, la previsione recata dall'art. 37, comma 13, del Codice in forza della quale deve essere chiaro, fin dal momento della partecipazione alla selezione, nel caso di concorrenti riuniti in raggruppamenti, non solo la quota di partecipazione al raggruppamento ma anche la “quota” di attività (lavori, servizi o forniture) che ciascuna impresa partecipante concretamente eseguirà nell’ambito della operazione contrattuale da realizzarsi, di modo che i concorrenti riuniti in ATI dovranno eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, di parti di esse) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, e che vi è la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara;

4) posto che l'obbligo di specificazione in esame trova la sua ratio nella necessità di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà la fornitura, non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per rendere edotta l'Amministrazione procedente dell'impresa che eseguirà le varie parti dell'appalto e dei requisiti per realizzarle a regola d'arte (cfr.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8 settembre 2010 n. 6490), così da permettere la previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore ed evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione alle gare e quindi si riflette sul principio di trasparenza enunciato negli artt. 27 e 30 del Codice;

5) inoltre, trattandosi di norma di rilievo pubblicistico di chiara natura imperativa, che è volta a porre la stazione appaltante nelle migliori condizioni per verificare i requisiti di tutti i soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, la sua cogenza è piena a prescindere da un necessario richiamo negli atti di gara e dall'esistenza di una sanzione espressa di esclusione posta a presidio del rispetto della norma (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. III, n. 4323 del 2011);

Valutato che:

A) la fondatezza del primo motivo di ricorso, spalmato nell'ambito delle due prime censure dedotte nel ricorso introduttivo, conduce all'accoglimento del gravame con annullamento dell'atto di aggiudicazione definitiva impugnato e tenuto conto che la parte ricorrente, seconda classificata all'esito della gara, si è resa disponibile a subentrare nel contratto medio tempore stipulato, rispetto al quale non si ha notizia da parte del Collegio dell'intervenuta stipula o meno, in ragione delle suesposte osservazioni, il ricorso va accolto e, sussistendo i presupposti di cui agli artt. 122 e 124, comma 1, c.p.a.,

va dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato, accertandosi il diritto allo scorrimento della graduatoria conclusiva della selezione qui oggetto di scrutinio in favore della PESSINA nonché la posizione di contraente della stessa in (eventuale) sostituzione del RTI STILE, precedente aggiudicatario;

B) nel senso di cui sopra va accolta la domanda risarcitoria, in forma specifica, presentata dalla parte ricorrente;

Stimato infine che, in ragione della soccombenza le spese di giudizio, ai sensi degli artt. 26, comma 1, c.p.a. e 91 c.p.c. novellato, debbono essere imputate, con liquidazione differenziata in virtù dell'atteggiamento processuale assunto da ciascuna delle parti, sia in capo a Roma Capitale che al RTI controinteressato e quindi liquidate nella misura di € 3.500,00 (euro tremilacinquecento/00) oltre alla restituzione del contributo unificato versato a carico di Roma Capitale e di € 1.500,00 (euro millecinquecento/00) a carico del RTI STILE, come meglio indicato in dispositivo;

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

- 1) lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto di aggiudicazione impugnato;
- 2) dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- 3) dichiara la inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, ordinando conseguenzialmente la sostituzione del contraente ivi indicato con la Società ricorrente;

4) condanna Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, a rifondere le spese di giudizio in favore della Società Pessina costruzioni S.p.a., in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida in complessivi € 3.500,00 (euro tremilacinquecento/00), oltre accessori come per legge ed alla restituzione del contributo unificato versato;

5) condanna la Stile costruzione edili di Rebecchini ing. Luigi & C. S.p.a., in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere le spese di giudizio in favore della Società Pessina costruzioni S.p.a., in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida in complessivi € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2012

IL SEGRETARIO

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