

SENTENZA n°7 2014 del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria

OGGETTO: Bando di gara (n° 660 - 11/08/2010) per la
REALIZZAZIONE DEL PROGRAMMA DI
HOUSING SOCIALE - Area F -
del Piano Particolareggiato di PIETRALATA

SOGGETTI: - Roma Capitale - stazione appaltante
- a.t.i. Stile - I classificata
- Pessina Costruzioni s.p.a. - II classificata
- (A.t.i. UGI - III classificata (ricorso per esclusione
ancora pendente))

IL PIANO PARTICOLAREGGIATO (Legge urbanistica 1150/1942, art. 13-17 integrati dalla legge Ponte 765/1967)

- E' uno strumento di attuazione del P.R.G.
- E' volto a soddisfare concrete necessità di pubblico interesse, la cui realizzazione è affidata a organi amministrativi; e pertanto esso è atto amministrativo.

L'obiettivo del P.P. é di precisare in dettaglio l'assetto definitivo delle sistemazioni delle singole zone, determinando:

- i limiti ed i vincoli che debbono essere osservati dai privati nelle nuove costruzioni e/o nelle trasformazioni;
- la delimitazione delle aree soggette ad esproprio od a vincoli per l'esecuzione delle opere pubbliche, come effetto della dichiarazione di pubblica utilità insita nell'approvazione del piano.

ITER PROCEDURALE:

- Compilazione da parte del Comune
- Adozione con delibera del Consiglio Comunale
- Deposito del P.P. presso la Segreteria comunale per la durata di 30 giorni
- Osservazioni nei successivi 30 gorni da parte di Associazioni Sindacali e Opposizioni da parte dei proprietari di immobili compresi nel Piano
- Controdeduzioni ed eventuali modifiche al P.P.
- Approvazione del P.P. da parte della Regione entro 180 giorni

Il Piano Particolareggiato ha validità 10 anni: tale termine si applica solo alle disposizioni di contenuto espropriativo (e non anche alle prescrizioni urbanistiche del piano che rimangono operanti e vincolanti senza limiti di tempo fino all'approvazione di un nuovo piano attuativo - Consiglio di Stato, sez IV, sentenza 4018/2005)

IL BANDO:

Il programma ha per oggetto la progettazione ed esecuzione sull'area assegnata di un QUARTIERE RESIDENZIALE localizzato nell'area F del comprensorio di Pietralata.

POTENZIALITA' EDIFICATORIA COMPLESSIVA 132.000 mc, (calcolati secondo il vigente Piano Particolareggiato di Pietralata) che l'offerta dovrà così ripartire:

- a. **edilizia residenziale per 127.000 mc** per un totale di almeno 555 alloggi, così suddivisi:
 - a.1 80 alloggi ERP, da retrocedere in regime di proprietà, con le aree fondiarie annesse, all'Amministrazione Comunale;
 - a.2 almeno 50 alloggi da mantenere in locazione per 25 anni al canone mensile sostenibile di euro 6,00 al mq di superficie complessiva, alloggi che al termine resteranno nella disponibilità dell'assegnatario, fino alla scadenza del diritto di superficie (99 anni);
 - a.3 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 dall'assegnatario;
 - a.4 almeno 275 alloggi da cedere a prezzo convenzionato per un importo massimo di euro 2.400,00 al mq di superficie complessiva, oltre oneri fiscali;
- b. **destinazioni commerciali per 5.000 mc**, che restano nella disponibilità dell'assegnatario fino alla scadenza della durata del diritto di superficie, anche come eventualmente rinnovato.

Il programma prevede inoltre la realizzazione di:

- c. **tutte le opere di urbanizzazione primaria:** infrastrutture a rete, viabilità, arredo urbano, parcheggi e verde pubblico;
- d. **una scuola materna di 3 sezioni.**
- e. **la gestione e la vendita**, in regime di proprietà superficiaria, **dell'edilizia residenziale** destinata alla locazione a canone sostenibile, a riscatto o alla vendita a prezzo convenzionato.

BANDO DI GARA - Housing sociale Pietralata
indetto da Roma Capitale



A.t.i. Stile SI AGGIUDICA LA GARA (d.d. n°778 - 04/10/2011)



GIUDIZIO
DI PRIMO
GRADO

Pessina Costruzioni s.p.a. (II classificata) fa ricorso
al Tar (Tribunale Amministrativo Regionale)
contro A.t.i Stile, nei confronti di Roma Capital
RICORSO PRINCIPALE

Pessina Costruzioni s.p.a. fa ricorso considerando il programma di housing sociale come **APPALTO DI LAVORI** - contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi -
normato dal DECRETO LEGISLATIVO 12 APRILE 2006 N. 163 -
Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

Le ACCUSE nei confronti di A.t.i. Stile:

- violazione dell'art. 34 e art. 37

art. 37 comma 13: Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.



- Violazione del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione, quote di esecuzione e quote di qualificazione dei componenti dell a.t.i.
- Mancata indicazione della quota di esecuzione dei lavori del consorzio di cooperative di abitazione (A.I.C.)
- Mancata specificazione delle prestazioni richieste all' A.I.C.
- Mancanza di qualificazione SOA
- Mancanza della certificazione di qualità ISO 9901

- violazione dell'art. 1.4. e 4.4.11 del disciplinare



Esecuzione dei lavori di taluni associati in quota minore rispetto a quanto previsto dalla legge di gara, in relazione al possesso dei requisiti tecnici, di qualificazione della categoria OG1, e di certificazione di qualità

GIUDIZIO
DI PRIMO
GRADO



A.t.i. Stile fa ricorso al Tar contro Pessina
nei confronti di Roma Capitale
RICORSO INCIDENTALE

RICORSO INCIDENTALE - A.t.i. Stile fa ricorso al Tar : **la ditta Pessina avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara** **per aver presentato un 'offerta difforme le prescrizioni del bando**

LE ACCUSE

- Il progetto e l'offerta non rispettano quanto stabilito dal disciplinare di gara e dalle linee guida architettonico-funzionali
- Mancato rispetto della normativa in materia di calcolo della superficie complessiva (Sc) per interventi di edilizia residenziale sovvenzionata e agevolata
- Cubatura massima realizzabile superiore di 119.000 mc rispetto a quella prevista dal bando
- Criteri di calcolo adottati dettati dal nuovo P.R.G. e non dal vecchio, nella cui vigenza è stato approvato il Piano Particolareggiato del comprensorio di Pietralata
- Sottoscrizione del progetto da parte di due professionisti, violando il disciplinare di gara che prevede un unico progettista
- Violazione degli standard (art. 2 legge n. 122 del 1989) per le aree destinate a parcheggio, con superficie inferiore rispetto a quella imposta dalla legge.

BANDO DI GARA - Housing sociale Pietralata
indetto da Roma Capitale



A.t.i. Stile SI AGGIUDICA LA GARA (d.d. n°778 - 04/10/2011)



Pessina Costruzioni s.p.a. (II classificata) fa ricorso
al Tar (Tribunale Amministrativo Regionale)

RICORSO PRINCIPALE



A.t.i. Stile fa ricorso al Tar
RICORSO INCIDENTALE



SENTENZA DEL TAR

(Sez. II, n° 3891 del 30 aprile 2012)

GIUDIZIO
DI PRIMO
GRADO



SENTENZA DEL TAR (Sez. II, n° 3891 del 30 aprile 2012)

Motivazioni:

- **Natura non paralizzante del ricorso fatto da A.t.i. Stile:** le contestazioni di A.t.i. Stile (ricorso incidentale) non si basano su ragioni che inibissero la partecipazione alla gara della ditta Pessina, ma sulla erroneità di valutazione da parte della commissione giudicatrice - Roma Capitale
- **Il Tar qualifica il programma di housing sociale nei termini di un contratto misto atipico** in cui si rinvencono elementi propri della concessione di costruzione e gestione delle opere pubbliche, della concessione di servizi, della vendita di cosa futura insieme ad ulteriori aspetti atipici.
- **Tale contratto misto atipico è comunque sottoposto alla disciplina sancita dall'art. 27 co.1 del codice dei contratti.**
- La **violazione** del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (**art. 30 e 37 del codice dei contratti pubblici**) da parte di A.t.i. Stile è altresì mancato rispetto del principio di trasparenza (art. 27) a cui è applicabile la contestazione della procedura di gara.

IL TAR DICHIARA AGGIUDICATARIA della gara la DITTA PESSINA

Conseguenze

- Annullamento dell'aggiudicazione della gara in favore di A.t.i. Stile
- Annullamento ed inefficacia del contratto stipulato tra A.t.i. Stile e Roma Capitale
- Risarcimento delle spese da parte di A.t.i. Stile e Roma Capitale

BANDO DI GARA - Housing sociale Pietrafata
indetto da Roma Capitale



A.t.i. Stile SI AGGIUDICA LA GARA (D.D. n° 778 - 01/10/2011)



Pessina Costruzioni s.p.a. (II classificata)
fa ricorso al Tar
RICORSO PRINCIPALE



A.t.i. Stile fa ricorso al Tar
RICORSO INCIDENTALE



SENTENZA DEL TAR
(Sez. II, n° 3891 del 30 aprile 2012)

GIUDIZIO
DI PRIMO
GRADO

Il ricorso è motivato dal **mancato rispetto del D. Lgs. 12 APRILE 2006 N. 163** - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - a cui il programma di social housing, considerato come APPALTO DI LAVORI, fa riferimento come normativa

Il ricorso si basa sulla **contestazione della erroneità della valutazione da parte di Roma Capitale dell'offerta presentata da Pessina** (mancato rispetto del disciplinare di gara, e delle linee guida architettonico-funzionali ad asse allegato) e non su ragioni che inibiscono la partecipazione alla gara

INEFFICACIA PARALIZZANTE DEL RICORSO INCIDENTALE FATTO DA A.T.I. STILE - il ricorso principale è ammissibile: Pessina così vince il ricorso



GIUDIZIO
DI SECONDO
GRADO

la sentenza del Tar ammette ricorso in appello:
A.t.i. Stile e Roma Capitale fanno RICORSO AL CONSIGLIO DI STATO

RICORSO AL CONSIGLIO DI STATO da parte di A.t.i. Stile e Roma Capitale

CONSIDERAZIONI DELL'ADUNANZA PLENARIA - dato che:

- le censure del ricorso incidentale dell' A.t.i. Stile contro Pessina comportano una non semplice attività interpretativa (es. valutazione di conformità ai criteri per il calcolo delle cubature e delle superfici) che richiederebbe l'espletamento di consulenze tecniche di ufficio.
- una complessa delibazione di merito della sola istanza dell'aggiudicatario - volta a 'paralizzare' l'istanza di chi afferma l' illeggimità dell'aggiudicazione - appare concretare uno sbilanciamento e uno snaturamento del contenzioso, privilegiando solo le questioni di chi resiste al ricorso principale.
- il ricorso incidentale porta preliminarmente in giudizio una parte cospicua della controversia che si basa sui criteri di valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante.
- e che l'esame del solo ricorso incidentale fatto da A.t.i. Stile risulta contrario al principio di parità delle parti.

**APPARE NECESSARIO CHE L'ADUNANZA PLENARIA SI PRONUNCI
SULL' APPLICABILITA' DEL PRINCIPIO DI DIRITTO**

RICORSO AL CONSIGLIO DI STATO da parte di A.t.i. Stile e Roma Capitale
CONSIDERAZIONI DELL'ADUNANZA PLENARIA - per la questione riguardante l'applicabilità della disposizione dell'art. 37 co. 13: *Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, PREVIA ESCLUSIONE (art. 16 e seguenti del decreto) richiamando il principio di trasparenza di cui all'art. 27 del d.l. 163/2006*

- l'affidamento dei contratti di social housing disciplinato da precise disposizioni

tali norme - ritenute dal Tar precetto sanzionato da esclusione - **NON SONO ESPRESSAMENTE RICHIAMATE DALLA LEX SPECIALIS DI GARA** - infatti:

- la legge di gara si rifà alle disposizioni del codice dei contratti pubblici ritenute applicabili, non richiamando la norma sancita dall'art. 37 co. 13

inoltre la legge di gara:

- ha posto a base del programma un progetto preliminare, suscettibile di essere variato dai partecipanti, senza indicazioni di limiti invalicabili presidiati dalla sanzione della esclusione

- ha dettato una compiuta autonoma disciplina delle a.t.i., delle quote di partecipazione delle imprese, dei requisiti tecnici e di qualificazione dei partecipanti, prevedendo che nelle a.t.i. i soci possano eseguire opere per percentuali superiori a quelle di cui alla quota di partecipazione.

tanto da considerare le A.T.I. come tipologia che si discosta da quelle previste dal codice dei contratti pubblici, e conseguente non assoggettabilità alla disciplina del codice stesso.

- ha previsto scostamenti, nell'ambito del programma costruttivo, in consistente misura percentuale, del numero di alloggi da realizzare per ciascuna tipologia.

LA NATURA GIURIDICA DELLA PROCEDURA DI GARA DI HOUSING SOCIALE

Secondo l'Adunanza plenaria:

E' stata posta in essere un' **INIZIATIVA DI PARTENARIATO PUBBLICO - PRIVATO** per la gestione di un servizio pubblico locale di rilievo economico e a domanda individuale, mediante lo strumento della concessione dei servizi pubblici

Per "**partenariato pubblico privato**" (PPP) si intendono le diverse forme di **cooperazione tra settore pubblico e settore privato**, attraverso le quali le rispettive competenze e risorse si integrano, per garantire il finanziamento, la progettazione, la costruzione e la gestione di opere pubbliche o la fornitura di un servizio.

Caratteristiche principali:

- **durata relativamente lunga** della collaborazione tra il partner pubblico e quello privato;
- **finanziamento del progetto garantito**, anche non in modo esclusivo, dal settore privato;
- **ruolo centrale dell'operatore economico privato** (che partecipa a tutte le fasi dell'intervento) e focalizzazione del ruolo del partner pubblico principalmente sulla definizione degli obiettivi dell'operazione e sul controllo del loro rispetto;
- **ripartizione dei rischi** tra partner pubblico e partner privato in base alla capacità dei soggetti coinvolti di valutare e gestire i rischi stessi.

LA NATURA GIURIDICA DELLA PROCEDURA DI GARA DI HOUSING SOCIALE

Il partenariato pubblico - privato si realizza anche attraverso la formula organizzatoria della **CONCESSIONE DI SERVIZI** che dà vita ad un partenariato non istituzionale (ovvero senza la creazione di enti ad hoc preposti alla gestione della collaborazione e del servizio).

Il PPP non trova una precisa definizione nel diritto comunitario

- Libro verde: *I PPP possono essere oggetto di concessioni di lavori e di servizi. Esse si distinguono dagli appalti pubblici in quanto l'operatore economico si remunera almeno in parte sfruttando l'opera o il servizio.*



- Accolto con il cd << terzo correttivo >> (D.Leg.vo 152/2008) dal codice dei contratti pubblici (D. Leg.vo 163/2006) art.3, co.15 ter

*<<Ai fini del presente codice, i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. ...
Rientra, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato... la concessione di servizi...>>*

LA CONCESSIONE DI SERVIZI (art 3, co. 12 - codice contratti pubblici):

La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30 (co. 1 Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi).

Nel caso in esame sono presenti TUTTI GLI INDICI ritenuti come QUALIFICANTI una CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE, di rilievo economico e a domanda individuale, ossia:

- la presenza di un servizio di interesse economico generale, del quale i cittadini usufruiscono, capace di soddisfare interessi generali e di garantire una redditività
- la prestazione a carico degli utenti che si riscontra nei servizi a domanda individuale (in tal caso gli utenti devono partecipare ad apposita selezione per l'assegnazione degli alloggi)
- l'assunzione a carico del concessionario del rischio economico relativo alla gestione del servizio
- la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze di utenti indifferenziati per una durata di 25 anni
- la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento delle attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità
- la delega traslativa di poteri organizzatori dall'ente al privato (realizzazione dell'opera, scelta dei beneficiari, assegnazione degli alloggi, gestione dei conseguenti rapporti)
- struttura trilaterale del programma di housing in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'amministrazione, al gestore, agli utenti (nel contratto d'appalto il rapporto ha carattere bilaterale)
- in una concessione di servizio pubblico si possono realizzare anche cospicui lavori

LA CONCESSIONE DI SERVIZI (art 3, co. 12 - codice contratti pubblici):

La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30 (co. 1 Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi).

Nel caso in esame sono presenti TUTTI GLI INDICI ritenuti come QUALIFICANTI una CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE, di rilievo economico e a domanda individuale, ossia:

- la presenza di un servizio di interesse economico generale, del quale i cittadini usufruiscono, capace di soddisfare interessi generali e di garantire una redditività
- la prestazione di servizi di interesse generale, di cui il caso gli utenti devono pagare un prezzo
- l'assunzione di personale
- la preordinazione del servizio per una durata di 25 anni
- la sottoposizione del servizio a controlli tecnici, professionali e qualitativi
- la delega traslativa di poteri organizzatori dall'ente al privato (realizzazione dell'opera, scelta dei beneficiari, assegnazione degli alloggi, gestione dei conseguenti rapporti)
- struttura trilaterale del programma di housing in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'amministrazione, al gestore, agli utenti (nel contratto d'appalto il rapporto ha carattere bilaterale)
- in una concessione di servizio pubblico si possono realizzare anche cospicui lavori

VI E' DUNQUE UNA PROIEZIONE ESTERNA DELL'UTILITAS PERSEGUITA CON L'ATTO CONCESSIONARIO, A DIFFERENZA DELLA DIMENSIONE INTERNA DELL'UTILITAS CHE SI CONSEGUE CON IL CONTRATTO DI APPALTO

BANDO DI GARA PER PROGRAMMA DI HOUSING SOCIALE

APPALTO PUBBLICO DI LAVORI

VS

CONCESSIONE DI LAVORI/
CONCESSIONE DI SERVIZI

Nell'affidamento dei contratti pubblici, le concessioni si differenziano dall'appalto in quanto << presentano *le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo* (art.3 co. 11 - codice contratti pubblici)

CONCESSIONE DI LAVORI

VS

CONCESSIONE DI SERVIZI

Inoltre: dato che questo tipo di affidamento contempla l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, si è tenuto conto dell'oggetto principale della prestazione secondo la funzione prevalente o accessoria svolta da ciascuna componente **CRITERIO QUALITATIVO** a prescindere dal valore economico delle prestazioni medesime (criterio quantitativo)

GESTIONE DEL SERVIZIO ACCESSORIA
ALLA COSTRUZIONE DELLE OPERE



CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI

COSTRUZIONE DELLE OPERE
ACCESSORIA ALLA GESTIONE



CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO

*servizi volti a soddisfare esigenze primarie di grande rilievo sociale ed economico)
(Tale impostazione è conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria)*

CONCLUSIONI

Il programma di social housing è da considerarsi una

CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE; pertanto:

- l'art. 37 co. 13 (codice dei contratti pubblici) *NON PUO' TROVARE APPLICAZIONE AD UNA SELEZIONE PER LA SCELTA DEL CONCESSIONARIO DI UN PUBBLICO SERVIZIO*

→ *infondatezza dei primi due motivi del ricorso principale di primo grado fatto da Pessina, relativi a :*

- *mancata indicazione dei consorzi di cooperative per quale consorzio concorre*
- *violazione del principio di corrispondenza fra quote di partecipazione, quote di esecuzione e quote di qualificazione dei componenti delle a.t.i.*

Inoltre:

- *mancata applicabilità del principio di trasparenza (art. 27 codice contratti pubblici) alle concessioni di servizi pubblici (precetto imperativo limitato ai soli appalti)*

- *incontestabilità della scelta dell'amministrazione di far partecipare, in sede di gara, cooperative di abitazione (e loro consorzi) senza attribuire loro quote di esecuzione di lavori, dato che tali soggetti hanno il compito di gestire la locazione e la vendita degli alloggi)*

- *insussistenza della violazione dell'obbligo (ex art.34, co.1 del codice dei contratti) da parte del consorzio A.I.C. in quanto questa disposizione si riferisce alle cooperative di produzione e lavoro (l'A.I.C. è un consorzio di cooperative di abitazione)*

- *prova di possesso da parte di A.t.i. Stile dei requisiti minimi di capacità tecnica, di qualificazione e certificazione di qualità imposti dalla legge di gara.*

CONCLUSIONI

- | | |
|--|----------|
| A.t.i Stile - Il progetto e l'offerta di Pessina non rispettano quanto stabilito dal disciplinare di gara e dalle linee guida architettonico-funzionali | RESPINTA |
| Roma Capitale - Accoglimento integrale dell'appello proposto dal Comune di Roma (tra cui l'erroneità della sentenza del Tar che non ha tenuto conto dell'autonomia della legge di gara e della capacità discezionale di Roma Capitale (contro Pessina) | ACCOLTA |
| A.t.i Stile - erroneità delle statuizioni sfavorevoli di merito all'impugnata sentenza che il Tar ha confutato analiticamente | ACCOLTA |
| Pessina - Mancato rispetto dell'art. 37 e dell'art 27 (già commentati) | RESPINTA |

L'AGGIUDICATARIO DELLA GARA E' A.t.i. Stile