



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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1734 del 2010, proposto dalla società I.C.E.S. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Dati, Simone Leo, Salvatore Bianchini, con domicilio eletto presso l'avv. Salvatore Bianchini in Firenze, viale F. Redi 25;

contro

Comune di Montevarchi, costituito in giudizio in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Donati, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Servi 49;

per l'annullamento

1) del provvedimento dirigenziale n. 1437 del 15/09/2010, emesso dal Comune di Montevarchi, 4° settore gestione del territorio e del patrimonio, avente ad oggetto: *“Concessione di lavori pubblici per la realizzazione della nuova scuola media F. Mochi della frazione di Levane. Caducazione effetti del provvedimento di affidamento”*, comunicato con racc.

A/R alla ricorrente in data 20/09/2010;

2) della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo protocollo 0027294 del 22/07/2010 del Comune di Montevarchi;

3) della nota del Comune di Montevarchi racc. A/R protocollo 0023118 datata 17/06/2010;

4) della nota del Comune di Montevarchi lettera protocollo n. 0021576 datata 07/06/2010;

5) del provvedimento dirigenziale n. 962 del 04/06/2010 con il quale il Comune di Montevarchi, in persona del Dirigente del IV settore gestione del territorio e del patrimonio *“ha approvato la bozza di convenzione da sottoscrivere congiuntamente all’impresa aggiudicataria”*;

6) di ogni eventuale altro atto presupposto, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Montevarchi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 febbraio 2012 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Con provvedimento dirigenziale n. 77 del 27/1/2010 il Comune di Montevarchi, a conclusione della procedura concorsuale indetta in

data 14/9/2009, ha affidato in via definitiva alla società ICES s.p.a. la concessione avente ad oggetto la progettazione esecutiva, la costruzione e la gestione tecnico-funzionale della nuova scuola media "F. Mochi".

Con lettera del 7/6/2010 la predetta Amministrazione ha invitato la società ICES alla firma del contratto per il successivo 17/6/2010, inviando la relativa bozza; ICES ha replicato con lettera datata 11/6/2010 in cui, pur manifestando la disponibilità a sottoscrivere il contratto, ha formulato numerose contestazioni in ordine a clausole ritenute svantaggiose ed estranee, se non contrarie, al bando di gara, all'offerta e alla legge; e ne ha chiesto la modifica.

Con nota del 22/7/2010 il Comune di Montevarchi ha comunicato alla predetta società l'avvio del procedimento volto alla revoca del provvedimento di aggiudicazione; quindi, con provvedimento dirigenziale n. 1437 del 15/9/2010, ha disposto "*di caducare*" l'affidamento definitivo della concessione di cui si tratta all'impresa ICES s.p.a.

2) Contro quest'ultima determinazione, nonché gli atti presupposti, detta società ha proposto il ricorso in epigrafe, formulando censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale intimata, che ha eccepito l'inammissibilità del gravame e ne ha chiesto, comunque, la reiezione perché infondato.

La parte ricorrente ha depositato una memoria di replica in vista dell'udienza del 29 febbraio 2012, in cui la causa è passata in

decisione.

DIRITTO

1) Va innanzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla difesa del Comune di Montevarchi in relazione alla circostanza che sarebbe stato tardivamente impugnato il provvedimento dirigenziale n. 962 del 4/6/2010 di approvazione della bozza di contratto oggetto di controversia. L'eccezione non merita accoglimento, non solo perché non risulta se e quando il provvedimento in questione sia stato effettivamente portato a conoscenza del destinatario, ma soprattutto perché si tratta di un atto endoprocedimentale, di per sé non immediatamente lesivo per la società interessata e dunque impugnabile (come è stato fatto) con il provvedimento conclusivo del procedimento.

2) Il bando di gara aveva ad oggetto l'affidamento della concessione per la progettazione esecutiva, la costruzione e la gestione tecnico-funzionale della nuova scuola media "*F. Mochi*" nella frazione Levane del Comune di Montevarchi, ai sensi degli artt. 142 e seguenti del codice dei contratti pubblici; l'importo complessivo dell'investimento era quantificato in € 3.350.000,00 IVA inclusa; a favore del concessionario erano previsti, quale corrispettivo, la gestione funzionale e lo sfruttamento economico dei lavori realizzati, nonché un contributo a carico del concedente.

In sede di gara ICES s.p.a. ha offerto un prezzo annuo di concessione pari a € 230.000,00 (con un ribasso dell'11,53% rispetto al prezzo a base d'asta) e una durata della concessione di 18 anni (contro i 20

previsti dal bando).

Le clausole contenute nella bozza di contratto che la società aggiudicataria della concessione ha contestato nella lettera datata 11/6/2010 riguardano:

- a) la previsione (art. 24 comma 1) relativa alla consegna dell'opera al Comune "*entro e non oltre il termine di 30 gg. dall'avvenuto collaudo al fine di consentire lo svolgimento delle attività istituzionali cui l'opera stessa è finalizzata*"; tale previsione, imponendo la consegna immediata del bene e non alla scadenza della concessione, sarebbe in contrasto con il secondo comma dello stesso articolo, con il bando di gara e con i principi in materia di concessione di lavori pubblici in quanto impedirebbe al concessionario di esercitare la gestione economica e funzionale del bene oggetto di concessione;
- b) le previsioni che fanno gravare sul concessionario le spese di ordinaria e straordinaria manutenzione dell'immobile (art. 8 comma 1 lett. c), il costo della "*erogazione dei servizi di pulizia e gestione calore riferite ai complessi immobiliari*" (art. 8 comma 1 lett. e), il costo "*delle utenze necessarie al regolare funzionamento della scuola*" (art. 25 comma 1); oneri che presuppongono la gestione del bene da parte del concessionario e che comunque non erano previsti negli atti di gara;
- c) la quantificazione (art. 3 comma 3) dell'importo corrisposto annualmente dal Comune al concessionario nella misura di € 230.000,00 IVA inclusa, mentre nel piano economico e finanziario, parte integrante dell'offerta di ICES, il contributo è indicato al netto dell'IVA;

d) la previsione (art. 32) di penali a carico del concessionario non previste dagli atti di gara e quantificate in modo unilaterale del concedente.

Le precedenti contestazioni sono ribadite nel ricorso, in cui si deduce l'illegittimità della bozza di contratto anche in relazione alla mancanza di previsioni riguardanti la locazione della mensa scolastica e la rivalutazione annua del prezzo previsto a carico del concedente.

3) Premesso che il confronto tra il Comune resistente e la società ricorrente si è svolto, in sede amministrativa, solo sui profili contestati nella lettera dell'11/6/2010 e che solo ad essi si fa riferimento nel provvedimento impugnato, si osserva che la questione centrale e determinante, anche ai fini del presente giudizio, è quella di cui al precedente punto 2a).

L'art. 24 comma 1 della bozza di contratto predisposta dall'Amministrazione prevede: *"Il Concessionario, ultimata la realizzazione delle strutture e conseguito il relativo collaudo, provvederà alla consegna della scuola media al Comune di Montevarchi, Ente Concedente, entro e non oltre il termine di 30 gg. dall'avvenuto collaudo al fine di consentire lo svolgimento delle attività istituzionali cui l'opera stessa è finalizzata"*.

Secondo ICES s.p.a. tale clausola esclude ogni possibilità di gestione economica e funzionale dell'opera da parte del concessionario, in contrasto con la natura della concessione di cui si discute e con quanto previsto dal secondo comma del medesimo art. 24, che afferma: *"Dopo il collaudo il Concessionario avvierà la gestione tecnica, economica e funzionale della nuova Scuola media e la gestione dell'impianto"*.

fotovoltaico".

Il Collegio non ritiene convincenti le argomentazioni sviluppate dalla parte ricorrente e trova, al contrario, condivisibile quanto controdedotto in proposito dall'Amministrazione che già nel provvedimento impugnato ha evidenziato:

- che è pacifica la destinazione a scuola dell'edificio da realizzare e, dunque, la necessità di utilizzare l'immobile, non appena realizzato e collaudato, per lo svolgimento dell'attività scolastica;
- che la pretesa di differire la consegna del bene alla scadenza della concessione contrasta con la destinazione di cui sopra, anche perché non può trovare fondamento nell'offerta della società ricorrente, posto che il piano dei ricavi contenuto nel piano economico-finanziario da essa predisposto contempla solo la locazione della mensa come voce riferibile allo sfruttamento dell'edificio.

In effetti il piano economico-finanziario presentato da ICES (che contiene gli elementi che garantiscono l'equilibrio dell'investimento, fa parte dell'offerta e deve essere recepito nel contratto: cfr. art. 143 comma 7 del codice dei contratti pubblici) precisa sotto la voce "*piano dei ricavi*" che le "*fonti di ricavo sono riconducibili a 3 categorie*" costituite da:

- ricavi da canone di disponibilità da ente concedente (quantificati in € 230.000 annui);
- ricavi da locazione mensa (quantificati in € 28.800 annui);
- ricavi da contributo statale GSE (connessi allo sfruttamento dell'impianto fotovoltaico e quantificati in € 28.181 annui).

La circostanza che la società ricorrente abbia preso in considerazione

solo queste tre voci di entrata trova conferma sia nei prospetti del conto economico contenuti nel PEF, sia nella relazione al piano stesso (punto 2.2 a pag. 6).

Una volta accertato che, a parte il contributo del Comune, ICES ha previsto, quali introiti derivanti dalla gestione economico-funzionale dell'opera, solo quelli connessi allo sfruttamento dell'impianto fotovoltaico e dei locali della mensa, non si comprende come la previsione della consegna dell'immobile al Comune nei tempi previsti dalla bozza del contratto possa risultare concretamente pregiudizievole per la società ricorrente e addirittura ostativa all'esercizio dei diritti propri del concessionario. La consegna immediata dell'opera all'Amministrazione non appare affatto incompatibile con lo sfruttamento dell'impianto fotovoltaico e la locazione della mensa; ed infatti non risulta chiaramente esplicitato come e perché il primo evento potrebbe impedire a ICES di ottenere i vantaggi attesi dalla concessione. In realtà, sia nel procedimento amministrativo, sia in sede giurisdizionale la predetta società non ha formulato alcuna osservazione per quanto riguarda la gestione dell'impianto fotovoltaico, mentre sulla locazione della mensa ha lamentato (solo nella presente sede processuale) la mancanza, nella bozza di contratto, di una clausola di garanzia al riguardo (clausola peraltro agevolmente inseribile, anche perché riferita ad un profilo pacificamente riconosciuto dall'Amministrazione nello stesso provvedimento impugnato). Se poi, come è plausibile, l'intenzione della ricorrente era quella di locare la mensa allo stesso Comune,

risulta ancora più evidente l'ininfluenza della questione relativa alla consegna dell'immobile.

Le ragioni dell'opposizione manifestata da ICES nei confronti della clausola di cui si controverte (e, più in generale, della bozza di contratto predisposta dall'Amministrazione) sembrano peraltro emergere con maggiore chiarezza negli scritti difensivi della predetta società e, in particolare, nella memoria di replica depositata il 18/2/2012, in cui si fa riferimento alla possibilità che la convenzione prevedesse l'obbligo del Comune di pagare un canone di locazione alla ricorrente per poter usufruire dell'immobile. Si tratta di una prospettazione nuova e del tutto incompatibile con l'offerta formulata dalla predetta società e, soprattutto, con il connesso piano economico-finanziario; in tali atti non si fa alcun riferimento a un canone di locazione dell'immobile in generale (restando limitata alla sola mensa la previsione della locazione), mentre a carico del Comune è previsto il contributo annuo di € 230.000.

Alla luce di quanto sopra si deve concludere che le censure proposte contro l'art. 24 comma 1 della bozza di contratto sono infondate e trovano origine in pretese incompatibili con gli obblighi derivanti per le parti dall'affidamento alla ricorrente della concessione oggetto di causa. Tanto basta per legittimare l'adozione del provvedimento impugnato; in tale quadro le ulteriori questioni prospettate nella lettera di ICES dell'11/6/2010 e oggetto delle controdeduzioni dell'Amministrazione risultano non decisive; in ogni caso su di esse si osserva quanto segue:

- le previsioni che fanno gravare sul concessionario le spese di ordinaria e straordinaria manutenzione dell'immobile (art. 8 comma 1 lett. c della bozza di contratto) corrispondono a quanto previsto nella relazione al piano economico e finanziario (cfr. pagg. 6 e 8) e nel bando di gara (punto 4.4); non altrettanto può dirsi invece per quanto riguarda i costi dei servizi di pulizia e gestione calore (art. 8 comma 1 lett. e) e quelli delle utenze (art. 25 comma 1);

- il bando di gara (punto 3.6) indicava il prezzo annuale a carico dell'Amministrazione in € 260.000,00, senza specificare se con o senza IVA, né i documenti acquisiti al giudizio (compresi quelli di parte ricorrente) forniscono indicazioni puntuali in proposito; tuttavia, se si tiene conto che l'unica espressa indicazione riguardante l'IVA è contenuta nel bando al punto 3.5, laddove l'importo complessivo dell'investimento è quantificato in € 3.350.000,00 IVA inclusa, e che è presumibile che la stazione appaltante abbia stabilito l'importo a suo carico in valore complessivo (dunque comprensivo dell'IVA da pagare), si può ragionevolmente concludere che è corretta l'indicazione dell'importo da corrispondere annualmente dal Comune al concessionario nella misura di € 230.000,00 IVA inclusa, contenuta nell'art. 3 comma 3 della bozza di contratto;

- sono del tutto generiche e comunque marginali le censure formulate circa le penali di cui all'art. 32.

4) In relazione a quanto sopra la decisione assunta dal Comune di Montevarchi con il provvedimento impugnato risulta basata su idonei presupposti. Da ciò consegue l'infondatezza anche delle ulteriori

censure formulate nel ricorso, compresa quella relativa all'asserita contraddittorietà tra la comunicazione di avvio del procedimento e la sua conclusione, posto che ciò non ha inciso sulle garanzie partecipative in capo alla società ricorrente. Il ricorso va perciò respinto.

La particolarità della vicenda induce comunque a ritenere sussistenti i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2012

IL SEGRETARIO

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