

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo dell'Umbria ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 143/2002 proposto dalla TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.P.A., con sede in Roma, in persona dell'amministratore delegato legale rappresentante *pro-tempore* Gennarino Tozzi, in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. con la Ediltevere S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia e con lui elettivamente domiciliata in Perugia presso lo studio dell'avv. Mario Rampini, al Viale Indipendenza n. 49;

C O N T R O

il Comune di Terni, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Alessandro ed elettivamente domiciliato in Perugia presso l'Avvocatura della Provincia, alla Piazza Italia n. 11;

e nei confronti

delle imprese, temporaneamente riunite, Ponteggia Costruzioni S.r.l., Ing. Catasti e Partners S.r.l., Azienda Trasporti Consorziali S.p.a., tutte con sede in Terni, la prima delle quali costituita in giudizio, in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con le altre, in persona dell'amministratore legale rappresentante *pro-tempore* Massimo Augusto Ponteggia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Minucci, Roberto Ponteggia e Giovanni Ranalli ed elettivamente domiciliata in Perugia presso lo studio dell'avv. Coaccioli, alla Via Vincioli n. 3;

per l'annullamento

- del provvedimento con il quale il Comune di Terni, nell'ambito del procedimento ex artt. 37-bis ss. della legge 109/1994 e successive modificazioni ed integrazioni volto alla concessione degli interventi di completamento del Corso del Popolo, ha consentito al promotore a.t.i. Ponteggia-Catasti di associare l'Azienda Trasporti Consorziali S.p.a. di Terni; della nota del responsabile del procedimento prot. 15250 in data 22 febbraio 2002; del provvedimento con il quale il medesimo promotore è stato ammesso al prosieguo della procedura negoziata;

- del verbale della commissione di gara in data 11 febbraio 2002; della nota del responsabile del procedimento prot. 475 in data 12 febbraio 2002; della nota del dirigente della Direzione

Servizi finanziari n. 272 in data 20 febbraio 2002; della delibera della Giunta comunale n. 148 in data 18 aprile 2002; della nota prot. 31533 in data 22 aprile 2002; dei verbali della commissione di gara in data 18 febbraio, 25 febbraio, 4 marzo e 11 marzo 2002;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto il ricorso per motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Terni e della Ponteggia Costruzioni S.r.l.;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 luglio 2002, data per letta la relazione del Cons. Pierfrancesco Ungari, udite le parti come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto:

FATTO E DIRITTO

1. A seguito dell'avviso pubblicato dal Comune di Terni in data 2 maggio 2000, l'a.t.i. tra la Ponteggia Costruzioni S.r.l. e la Ing. Catasti e Partners S.r.l. ha presentato una proposta di *project financing* ai sensi dell'art. 37-bis della legge 109/1994 (aggiunto dalla legge 415/1998), per la realizzazione degli interventi nella zona di Corso del Popolo previsti dal Piano Particolareggiato approvato con deliberazione consiliare n. 87/1997.

Gli interventi, inseriti nel piano triennale delle opere pubbliche 2000-2002 approvato con deliberazione consiliare n. 59/2000, consistono nella realizzazione di edifici per complessivi 65.000 mc, a destinazione mista direzionale, commerciale e residenziale, di un parcheggio pubblico (da gestire in concessione), della relativa viabilità e nella sistemazione urbanistica della zona.

La proposta prevede l'acquisto dal Comune dell'area, a fronte della cessione di alcuni degli edifici, del parcheggio e di un corrispettivo in denaro, ed è stata ritenuta di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 37-ter, l. cit., con deliberazione della Giunta Comunale n. 518/2000.

Con bando in data 21 marzo 2001, è stata quindi indetta una licitazione privata ai sensi dell'art. 37-quater, comma 1, lettera a), l. cit., sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore, al fine di selezionare le due migliori proposte da confrontare con quella del promotore nell'ambito della procedura negoziata di cui alla lettera b) della predetta disposizione.

All'esito della gara, con determinazione dirigenziale n. 88/2001, è stata individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa nella (unica) proposta presentata dalla a.t.i. costituita dalla ricorrente Todini Costruzioni Generali S.p.a. con la Ediltevere S.p.a..

Con deliberazione della Giunta n. 554 in data 13 dicembre 2001, è stata prevista l'articolazione della procedura negoziata in due sub-fasi endoprocedimentali: la prima, definita di "allineamento" del promotore all'offerta predetta, migliorativa rispetto alla proposta da lui presentata; la seconda, definita "conclusiva", consistente nel confronto tra i due concorrenti, tramite un unico rilancio migliorativo basato sul parametro "dell'offerta economicamente aggiuntiva per l'acquisizione della proprietà dell'area edificabile", ai fini dell'aggiudicazione della concessione.

Con determinazione dirigenziale n. 104 in data 20 dicembre 2001, comunicata con nota n. 93508/2001, è stato assegnato al promotore un termine per prendere visione dell'offerta migliorativa, depositare la documentazione relativa all'adeguamento dei parametri tecnici, economico-finanziari, convenzionali e gestionali (plico B), oltre alla documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti di cui all'art. 98 del D.P.R. 554/1999 (plico A), dandosi così avvio alla sub-fase dell'allineamento.

2. Il promotore ha associato l'Azienda Trasporti Consorziata S.p.a. (nel prosieguo: A.T.C.) e, con riferimento alla nuova compagine, ha presentato la documentazione richiesta.

Con nota prot. 15250 in data 22 febbraio 2002, a seguito di diffida della ricorrente, il responsabile del procedimento ha precisato di non ravvisare profili di inammissibilità in relazione al mutamento della compagine del promotore.

E' con riferimento a tale momento procedimentale che viene proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio.

La ricorrente –in proprio, nonché quale mandataria dell'a.t.i. suindicata- ha impugnato la predetta nota 15250/2002 e gli altri provvedimenti (al momento della proposizione del ricorso non ancora individuati) con i quali il Comune ha ammesso che il promotore, ai fini della verifica di ammissibilità dell'allineamento, ampliasse la propria composizione associando l'A.T.C..

Deduce a tal fine vizi di violazione degli artt. 13, comma 5-bis, 37-bis, 37-ter e 37-quater della legge 109/1994, 95, 98 e 99 del D.P.R. 554/1999, della *lex specialis*, degli artt. 3 e 97 Cost., nonché di erroneità nei presupposti, disparità di trattamento, contraddittorietà, carenza di motivazione, incompetenza e sviamento.

Prospetta le argomentazioni di censura appresso sintetizzate :

2.1. Poiché la proposta del promotore, ai sensi dell'art. 37-quater, comma 2, in assenza di presentazione di altre offerte può determinare l'aggiudicazione senza necessità di ulteriori fasi procedurali, deve ritenersi applicabile l'art. 13, comma 5-bis della legge 109/1994 che vieta ogni modificazione alla composizione delle a.t.i. rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, ed è necessario quindi che il promotore sia in possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 98 del D.P.R. 554/1999 sin dal momento della presentazione dell'offerta.

Diversamente, si determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra il promotore ed i concorrenti.

In ogni caso, anche ammettendo che il possesso dei requisiti da parte del promotore possa essere integrato successivamente alla presentazione della proposta, egli deve comunque obbligarsi sin da tale momento ad associarsi ad altra impresa.

Nel caso in esame, invece, l'a.t.i. Ponteggia-Catasti ha dichiarato all'inizio di essere in possesso dei requisiti e non si è impegnata ad associarsi ad altra impresa (non valendo evidentemente a tal fine la mera previsione della cessione a terzi -la A.T.M. di Torino o la stessa A.T.C.- della gestione del parcheggio realizzato).

2.2. L'A.T.C. è partecipata dal Comune di Terni, il quale influenza le decisioni societarie e beneficia dei risultati economici, e ciò determina *ex se* gravissimi effetti distorsivi della regolarità della procedura, soprattutto perché il concessionario verrà scelto sulla base di valutazioni altamente discrezionali.

Inoltre, l'inclusione della A.T.C. modifica in radice la proposta originaria, sotto diversi profili:

- contravvenendo alla *ratio* della disciplina della concessione, poiché il concessionario deve essere non solo formalmente ma anche sostanzialmente privato, per rendere effettivo il rischio d'impresa e per non gravare sui bilanci delle Amministrazioni pubbliche;

- incidendo sulla *par condicio* dei concorrenti, in quanto la ricorrente ha formulato l'offerta nella consapevolezza di confrontarsi con un promotore interamente privato (la cui proposta prevede che gli oneri per la realizzazione dell'intervento siano a suo totale carico).

3. Nel frattempo il procedimento è proseguito.

In data 4 febbraio 2002 è stata depositata dall'a.t.i. controinteressata la documentazione (plico A e plico B) richiesta con nota n. 93508/2001.

Con determinazione dirigenziale n. 22 in data 6 febbraio 2002, è stata nominata una commissione interna per la verifica, ai fini dell'ammissibilità della proposta di allineamento, del possesso da parte del promotore dei requisiti minimi richiesti per diventare concessionario, verifica da svolgersi "anche a seguito dei dovuti riscontri contabili e finanziari previo parere favorevole del dirigente Servizi finanziari".

La commissione interna ha ritenuto (cfr. verbale in data 11 febbraio 2002) che la documentazione presentata dall.a.t.i. Ponteggia-Catasti A.T.C. (plico A) dimostrasse il possesso dei requisiti richiesti, salva la verifica dei requisiti economico-finanziari di cui ai punti 1 e 2 della nota prot. 93508/2001, che "verrà effettuata dal Dirigente Servizi Finanziari".

Detta verifica è stata poi compiuta dal Dirigente della Direzione attività finanziarie con nota prot. 272 in data 20 febbraio 2002, ed è risultata positiva (anche grazie ai requisiti dell'A.T.C., espressamente considerati).

E' quindi seguita -ad opera della commissione appositamente nominata con la deliberazione della Giunta n. 415 in data 4 ottobre 2001- la valutazione di congruità della proposta di allineamento (plico B).

Detta valutazione (riunioni della commissione in data 18 e 25 febbraio, 4 e 11 marzo, ha incontrato un'*impasse* a seguito del riscontro della disomogeneità delle voci di costo esposte nei piani economico-finanziari delle due offerte.

In particolare, nella riunione dell'11 marzo 2002 "si è constatato che gli importi relativi alle opere pubbliche sono stati determinati usando parametri di riferimento diversi" e si è ritenuto "opportuno che i concorrenti vincolino le loro offerte su comuni parametri qualitativi e quantitativi, con a base un prezzario comune di riferimento. Si ritiene necessario pervenire ad importi uguali utilizzando lo stesso parametro di riferimento che non può che essere il prezzario regionale attualmente vigente" fermo restando che "per quanto concerne il valore delle opere pubbliche da realizzare, trattandosi di allineamento alla proposta dell'a.t.i. Todini, gli importi di riferimento non potranno che essere quali individuati dalla stessa".

Pertanto, con nota prot. 31533 in data 22 aprile 2002 (previa delibera della Giunta n. 148 in data 18 aprile 2002, che ha recepito tali criteri), ai fini della valutazione di congruità dell'allineamento, le a.t.i. concorrenti sono state invitate a confermare il parametro di riferimento (prezzario regionale) e gli importi individuati nella proposta della a.t.i. ricorrente. Di fronte a tale invito:

- la ricorrente, con nota in data 3 maggio 2002, ha precisato di aver presentato un'offerta a corpo e non a misura e di non essere intenzionata a fare riferimento al prezzario regionale;

- la società Ponteggia, con nota in data 30 aprile 2002, ha accettato quale parametro di riferimento il prezzario regionale, ma ha precisato di non poter confermare gli importi della

proposta Todini non essendo in grado di riscontrare la corrispondenza degli stessi al prezzario regionale.

Pertanto, nella riunione in data 13 maggio 2002, la commissione ha constatato che le due risposte non rispondono appieno alla richiesta, ha rilevato che “l’importo individuato per il costo di realizzazione delle opere pubbliche non potrà essere modificato in fase di progetto esecutivo, in quanto è stato utilizzato per determinare il costo di acquisizione dell’area di proprietà comunale” e, dopo un *excursus* sui contenuti che deve avere ai diversi livelli la progettazione riguardo alla determinazione dei costi, ha concluso nel senso che “il progetto esecutivo, nel rispetto della normativa vigente, non può essere redatto se non con riferimento al prezzario regionale, confermando l’importo offerto dalla ditta Todini alla quale offerta, l’impresa a.t.i. Ponteggia deve allinearsi, confermando l’importo sopra richiamato” .

Con nota 11705231229-2 e 230-4 in data 16 maggio 2002, è stato conseguentemente richiesto alle concorrenti, ai fini dell’accesso alla fase conclusiva della negoziazione, l’accettazione esplicita di quanto soprariportato e, alla sola a.t.i. Ponteggia, anche la presentazione entro dieci giorni di “un piano economico-finanziario asseverato redatto di conseguenza”.

Con nota in data 23 maggio, la società Ponteggia, ha contestato l’asimmetria delle richieste, evidenziando contraddizioni nel percorso argomentativo seguito dalla commissione riguardo alla individuazione del parametro di riferimento per l’individuazione degli importi e, non ritenendo di dover presentare un nuovo piano, ha invitato il Comune “a voler rapportare detto parametro al piano economico-finanziario allegato alla proposta di allineamento”.

4. Con motivi aggiunti notificati in data 18 maggio 2002, la ricorrente ha impugnato gli atti del procedimento menzionati al punto precedente, a partire dal verbale della commissione in data 11 febbraio 2002.

Prospetta, in relazione ai medesimi vizi già dedotti col ricorso originario, le ulteriori censure appresso sintetizzate.

4.1. E’ stata omessa la verifica in ordine all’ammissibilità della tardiva modificazione soggettiva dell’a.t.i. concorrente (già contestata con il primo motivo del ricorso introduttivo); ciò evidenzia anche un difetto di istruttoria e di motivazione, rendendo inammissibili le motivazioni postume addotte dall’Amministrazione.

4.2. La verifica dei requisiti economico-finanziari è viziata da incompetenza, violazione dell’art. 65 del regolamento comunale sui contratti, della determinazione n. 22/2002 e della deliberazione giunta n. 554/2001, in quanto è stata effettuata, anziché dalla commissione all’uopo nominata, dal dirigente della Direzione attività finanziarie.

4.3. L’a.t.i. Ponteggia-Catasti-A.T.C. non possiede i requisiti minimi stabiliti dall’art. 95 del D.P.R. 554/1999, poiché la mandante Ing. Catasti & Partners s.r.l. non ha conseguito alcun

fatturato nel quinquennio 1996-2000 di riferimento; comunque, anche volendo dare rilievo alle dichiarazioni IVA prodotte da detta società, queste attestano un fatturato di lire 336.129.000, inferiore all'importo di lire 366.570.000, corrispondente al 10% del solo investimento relativo alle opere pubbliche da cedere al Comune (quantificato dal promotore nella proposta di allineamento in lire 36.657.000.000).

4.4. L'attestazione del capitale sociale da parte delle imprese dell'a.t.i. resistente non è avvenuta in copia autentica o sottoscritta dal legale rappresentante, come richiesto dalla nota prot. 93508/2001, bensì mediante autocertificazione, ma il capitale sociale non è compreso tra i "fatti, stati e qualità personali" tassativamente indicati dall'art. 46 del DPR 445/2000 come suscettibili di essere comprovati con dichiarazione sostitutiva.

4.5. L'a.t.i. resistente, con la proposta di allineamento, nonostante abbia espressamente dichiarato di "accettare e fare proprie tutte le variazioni proposte dall'a.t.i. concorrente" (cfr. piano economico-finanziario) e di "allinearsi ai parametri contenuti nella proposta" (cfr. dichiarazioni in data 1 febbraio 2002), ha in concreto indicato valori diversi per le opere pubbliche da realizzare e da cedere al Comune, pari –come sopra precisato- a lire 36.657.000.000, disattendendo, quindi, le prescrizioni di gara e le stesse proprie dichiarazioni.

4.6. La commissione, pur riscontrando detta diversità di valori (cfr. nota prot. 31533/2002), anziché escludere il promotore per mancato allineamento nel termine perentorio, oppure imporgli l'allineamento, ha stabilito di effettuare l'allineamento "relativamente agli importi individuati dall'a.t.i. Todini" utilizzando "come comune parametro di riferimento il prezzario regionale attualmente in vigore per il Comune di Terni".

5. Il Comune di Terni e la società Ponteggia hanno controdedotto puntualmente, eccependo anche l'inammissibilità del ricorso, posto che gli atti impugnati non avrebbero carattere provvedimento e da essi non discenderebbe per la ricorrente alcun effetto autonomo, definitivo ed immediatamente lesivo, non essendo ancora nemmeno stata avviata la fase conclusiva che condurrà all'aggiudicazione.

6. Deve anzitutto disattendersi l'eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti resistenti.

E' pacifico che per la configurabilità di un atto come provvedimento immediatamente impugnabile non rileva la sua collocazione al termine del procedimento, bensì il carattere lesivo degli effetti che ne derivano.

In particolare, non assume di per sé rilievo il fatto che l'impugnazione intervenga in un momento nel quale il procedimento concorrenziale sia ancora in corso.

Nella prospettiva indicata, il principio secondo cui l'interesse all'impugnazione degli atti di una gara d'appalto sorge non già al momento dell'adozione degli atti che consentono la partecipazione alla gara di un'impresa concorrente, ma soltanto quando, all'esito della

procedura, la partecipazione di quel soggetto produce effetti lesivi consistenti nella mancata aggiudicazione della gara, non è applicabile al procedimento in esame.

La procedura delineata dagli art. 37-bis e seguenti, tanto più nella variante prevista dal Comune di Terni nell'ambito del procedimento in questione (caratterizzata, come esposto, da una fase di "allineamento" del promotore all'offerta migliorativa individuata a seguito della licitazione privata), prevede che l'offerta aggiudicataria della concessione venga individuata attraverso passaggi successivi, ognuno dei quali suscettibile di arricchire i contenuti delle offerte concorrenti.

E' evidente che l'esclusione dell'a.t.i. Ponteggia dal prosieguo del procedimento –effetto che conseguirebbe al pieno accoglimento del ricorso- consentirebbe l'aggiudicazione alla a.t.i. della ricorrente alle condizioni individuate a seguito della licitazione privata, laddove, invece, lo svolgimento della successiva fase di confronto concorrenziale, anche qualora conducesse all'aggiudicazione all'a.t.i. della ricorrente, porterebbe (o comunque, potrebbe portare, non escludendo l'ipotesi dell'indisponibilità di entrambi i concorrenti ad effettuare l'ulteriore rilancio economico previsto) ad un'offerta più favorevole per il Comune (e correlativamente meno vantaggiosa per l'a.t.i. ricorrente).

In altri termini, gli atti impugnati, comportando il proseguimento del procedimento, incidono direttamente ed immediatamente sulla posizione della ricorrente e potrebbero determinare, se illegittimi, effetti distorsivi della concorrenza, difficilmente ripristinabili anche qualora si aggiudicasse la concessione (per tale evenienza, infatti, non è agevole ipotizzare un'azione di responsabilità nei confronti del Comune per l'illegittimo condizionamento dei contenuti dell'offerta aggiudicataria).

L'eccezione di inammissibilità è dunque priva di pregio.

Lo stesso può dirsi dell'eccezione di tardività sollevata dalla difesa del Comune nei confronti della prima censura dedotta con il ricorso per motivi aggiunti e concernente la modificazione della compagine dell'a.t.i. resistente.

La circostanza che la conoscenza di tale modificazione fosse chiaramente desumibile dalla diffida trasmessa in data 12 febbraio 2002 non rileva in tal senso, posto che la ricorrente ha tempestivamente impugnato gli atti all'epoca conosciuti (la nota prot. 15250/2002) e poi, con ricorso per motivi aggiunti, ha riproposto le medesime censure avverso gli atti del procedimento (a partire dai verbali della commissione in data 11 febbraio 2002) successivamente resi noti dal Comune.

7. Si può quindi passare all'esame del ricorso nel merito.

7.1. Quanto alla modificazione della compagine dell'a.t.i. resistente, va sottolineato che l'asimmetria della posizione del promotore rispetto a quella dei concorrenti appare in certa

misura connaturata alla procedura di realizzazione dei lavori pubblici mediante *project financing*, di cui agli artt. 37-bis ss., citati.

E' l'aspirante promotore, infatti, che dà corpo alle esigenze realizzative (fino ad allora inesprese) dell'Amministrazione predisponendo un progetto completo, ancorché migliorabile, senza alcuna garanzia di rientro dell'investimento, e che, una volta divenuto promotore, lo mette a disposizione dell'Amministrazione con l'unica certezza di recuperare le spese sostenute.

Ciò impedisce di considerare la proposta del promotore, pur potenzialmente vincolante per espressa previsione dell'art. 37-quater, comma 2, alla stregua di una offerta qualsiasi.

Mentre l'art. 98 del D.P.R. 554/1999 stabilisce i requisiti che deve possedere il concessionario, l'art. 99, nell'individuare i requisiti del promotore, precisa anche, al comma 3, che "Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98".

Dunque, laddove in via generale è richiesto che l'aspirante concessionario possieda i requisiti prescritti dalla legge fin dal momento della presentazione dell'offerta, e, in particolare, ai sensi dell'art. 13, comma 5-bis, "E' vietata qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee (...) rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta", per il promotore di cui all'art. 37-bis, è testualmente prevista la possibilità di modificare la composizione dell'associazione temporanea per conseguire i requisiti di partecipazione, e la modifica è possibile "al fine di ottenere l'affidamento della concessione", vale a dire anche in un momento successivo alla presentazione della proposta.

Nel senso indicato è anche il parere formulato dal Consiglio di Stato sullo schema del regolamento attuativo della legge Merloni (n. 123/1999 in data 9 giugno 1999).

D'altro canto, alla medesima conclusione conduce la circostanza che, tra i possibili presentatori della proposta ex art. 95, sono compresi soggetti –finanziatori in proprio e consulenti- che non potrebbero in nessun modo essere aggiudicatari di appalti o concessionari.

La stessa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nel precisare che la gara di cui all'art. 37-quater, comma 1, lettera a), "serve non già a selezionare l'aggiudicatario della concessione bensì" ad individuare i soggetti presentatori delle due migliori offerte (ovvero dell'unico soggetto partecipante) con i quali instaurare la procedura negoziata assieme al promotore" (cfr. determinazione n. 4/2002 in data 6 marzo 2002; nello stesso senso, la determinazione n. 51 in data 26 ottobre 2000), ha anche affermato che "sulla base delle medesime indicate considerazioni in ordine allo svolgimento del procedimento di aggiudicazione della concessione nella cosiddetta 'finanza di progetto', si può ritenere, inoltre, consentito al promotore modificare la compagine sociale sino al momento dell'indizione del sub-procedimento negoziato; dato che da tale momento che prende vita il confronto concorrenziale finalizzato alla finale aggiudicazione" (det. 4/2002, cit.).

L'Autorità, invero, aveva anche affermato che “attesa la vincolatività della proposta è comunque necessario che il promotore non in possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 98 del D.P.R. 554/1999, si obblighi nei confronti della Pubblica Amministrazione già al momento della presentazione della proposta, ad associarsi con i partners necessari prima dell'indizione della gara di cui all'art. 37-quater della legge 109/1994 e successive modificazioni e garantisca idoneamente tale successivo adempimento” (determinazione n. 20/2001, in data 4 ottobre 2001).

Occorre dunque valutare se un limite, non assoluto bensì relativo, cioè procedimentale, alla integrazione successiva dei requisiti possa discendere dalla natura vincolante della proposta.

Va in proposito osservato che, ai sensi dell'art. 37-quater, comma 2, “La proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara ed è garantita dalla cauzione di cui all'articolo 30, comma 1, e da una ulteriore cauzione pari all'importo di cui all'articolo 37-bis, comma 1, ultimo periodo, da versare, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'indizione del bando di gara”. La cauzione ordinaria di cui all'art. 30, comma 1, è pari al 2 per cento dell'importo dei lavori e copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, mentre la ulteriore cauzione specifica è pari, secondo quanto stabilito all'art. 37-bis, comma 1, ultimo periodo, all'importo delle spese sostenute dal promotore per la predisposizione della proposta, fino al 2,5 per cento del valore dell'investimento come desumibile dal piano economico-finanziario.

Tali garanzie coprono gli oneri ed i danni derivanti all'Amministrazione dal comportamento inadempiente del promotore divenuto aggiudicatario.

Resta, in effetti, scoperta l'eventualità che, pur non essendo emerse dalla licitazione privata offerte valide e ritenendo comunque l'Amministrazione che la proposta del promotore sia meritevole di aggiudicazione, il promotore non possa rendersi aggiudicatario della concessione, per mancanza dei requisiti prescritti dalla legge.

In questa prospettiva, va però sottolineato come la circostanza che il promotore si sia espressamente impegnato ad associare altri soggetti per integrare il possesso dei requisiti di legge prima dell'avvio della fase di confronto con i concorrenti, non aggiunge nulla alla sua responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

Può certamente ritenersi rispondente ai canoni di buon andamento e razionalità dell'attività amministrativa che vengano richiesti un simile impegno e, in relazione al suo adempimento, idonee garanzie, nel senso indicato dall'Autorità di vigilanza, per rendere più facilmente sanzionabile detta responsabilità.

Non sembra, tuttavia, che, laddove –come nel caso in esame- l'Amministrazione non abbia provveduto in tal senso, la omissione dell'impegno ad associarsi per integrare i requisiti possa, in assenza, si ribadisce, di una espressa previsione in tal senso nelle disposizioni

normative, ovvero nell'ambito delle prescrizioni della *lex specialis*, comportare l'inammissibilità della proposta.

Al contrario, la mancanza all'origine dei requisiti e di un formale e garantito impegno ad associarsi per integrarne il possesso, può essere valutato (ovviamente, in senso negativo), con gli altri elementi che denotano, ai sensi dell'art. 37-ter, citato, il grado di fattibilità dei progetti, al fine di selezionare, tra le proposte pervenute all'Amministrazione, quelle di pubblico interesse.

Ma nulla impedisce che la proposta, pur carente sotto il profilo in questione, venga ritenuta, come nel caso in esame, ugualmente meritevole di dare il via al procedimento concorrenziale.

A ben vedere, del resto, il rischio connesso a dette carenze è relativo. L'arresto procedimentale derivante dall'impossibilità per il promotore di divenire aggiudicatario, lascerebbe comunque l'Amministrazione in possesso di un progetto e di informazioni sulla risposta degli operatori presenti sul mercato (ancorché negativa, o parziale) rispetto ad un simile progetto, quindi in una situazione più avanzata rispetto a quella di partenza.

In conclusione, non va dimenticato che l'Amministrazione pubblica in sede di gara, e in seguito il giudice interprete, in assenza di prescrizioni espresse, devono sempre privilegiare, tra le diverse interpretazioni possibili, quella più favorevole all'ammissione delle imprese aspiranti e ad una scelta del contraente tra il maggior numero di offerte, nell'interesse pubblico connesso alla massima partecipazione ed alla probabilità di ottenere offerte finali più convenienti all'Amministrazione.

La censura in esame si rivela perciò infondata.

7.2. Quanto alle censure incentrate sul controllo dell'A.T.C. da parte del Comune di Terni, si possono formulare le seguenti considerazioni.

Può convenirsi con la ricorrente sul fatto che l'A.T.C. sia società controllata dal Comune di Terni, ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., in quanto, ancorché il Comune detenga una partecipazione del 35%, la residua parte del capitale azionario è suddivisa tra 29 altri enti locali con percentuali per lo più insignificanti, così da configurare la possibilità che il Comune di Terni eserciti un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della società.

Tuttavia, anzitutto il divieto di cui all'art. 10, comma 1-bis, della legge 109/1994 (introdotto dall'art. 3, comma 1, della legge 415/1998), concerne esclusivamente i rapporti tra i concorrenti, essendo volto a salvaguardare una situazione, tra le imprese partecipanti alle gare, che sia di reciproca ed effettiva concorrenza e che resti immune da possibili accordi interni distorsivi.

Sono invece estranei alla disposizione i rapporti tra le imprese concorrenti e la stazione appaltante.

E' la stessa ricorrente, peraltro, a precisare che nel caso in esame non si pongono problemi afferenti alla autonomia giuridica della società controllata e all'applicabilità del divieto di partecipazione concomitante alla stessa gara di società che si trovino in situazione di controllo.

La ricorrente lamenta, invece, sotto un primo profilo, la violazione della *par condicio*, della regolarità, correttezza e trasparenza del confronto concorrenziale, stante l'asserita mancanza di imparzialità da parte del Comune controllante.

Al riguardo, è sufficiente osservare che le fasi del procedimento già espletate non danno corpo ai timori della ricorrente, posto che la sua offerta è stata considerata migliorativa della proposta del promotore nella licitazione privata svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa –vale a dire in esito ad una valutazione implicante un non trascurabile margine di apprezzamento tecnico-discrezionale.

Per il prosieguo del procedimento, il problema si potrebbe porre laddove fosse stata prevista una negoziazione fondata (anche) su valutazioni tecnico-discrezionali.

Viceversa, per l'allineamento entrano in gioco riscontri di natura vincolata, in quanto ancorati a parametri oggettivi; per la fase conclusiva, è lo stesso parametro di aggiudicazione stabilito con la deliberazione n. 554/2001 –l'offerta economica aggiuntiva per l'acquisizione dell'area- unitamente alle modalità di confronto –unico rilancio nel termine di 15 giorni- ad escludere che un atteggiamento di favore verso la società partecipata possa inquinare la scelta del concessionario.

Sotto un secondo profilo, si lamenta la deviazione dalla *ratio* del *project financing*, in quanto tale sistema presupporrebbe il coinvolgimento esclusivamente di capitali privati.

Non può aderirsi a questa prospettazione, in quanto metterebbe immotivatamente fuori causa i soggetti con partecipazione pubblica.

In realtà, la condizione posta dall'art. 37-bis, comma 1, è soltanto quella che le proposte di *project financing* prevedano la realizzazione di lavori “con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi”.

Quindi, è possibile anche che le risorse offerte dal promotore coprano una parte soltanto dei costi di realizzazione.

Inoltre, posto che le stesse disposizioni vigenti in materia di trasporti pubblici locali (d.lgs. 422/1997 e d.lgs. 400/1999), oltre a comportare la trasformazione delle aziende di trasporto in società per azioni operanti in regime di diritto privato (come avvenuto nel caso dell'A.T.C.), hanno stabilito che dal 2004 tutti i trasporti pubblici locali dovranno essere affidati esclusivamente con procedure concorsuali, la tesi della ricorrente comporterebbe l'impossibilità per le aziende trasformate di partecipare alle gare che verranno indette dagli enti locali del territorio nel quale operano.

Né può ritenersi che la circostanza della sopravvenuta partecipazione alla gara di un soggetto a capitale pubblico determini una illegittima alterazione della *par condicio* a danno della ricorrente, posto che la possibilità di un'integrazione della compagine del promotore successivamente alla licitazione privata, discende, come esposto, dalla normativa in materia, e che l'esistenza nel settore della A.T.C., così come la natura ed entità delle risorse finanziarie di cui detta società può disporre, costituiscono presupposti dell'iniziativa di *project financing* assunta dal promotore cui la ricorrente stessa ha liberamente stabilito di concorrere.

Allorchè un'impresa si accinge a partecipare alla licitazione privata indetta ai sensi dell'art. 37-quater, comma 1, lettera a), come non ha alcuna garanzia di aggiudicarsi la concessione (ma soltanto quella, laddove risulti presentatrice di una delle due migliori offerte, di vedersi rimborsate le spese progettuali e di partecipazione, nei limiti di cui al comma 5), così non ha neanche la garanzia di confrontarsi con un promotore che mantenga necessariamente la originaria composizione del raggruppamento.

E' uno degli aspetti in cui si manifesta la posizione di vantaggio assicurata al promotore, come già esposto giustificata dal fatto che è stato lui a presentare una proposta idonea a soddisfare l'interesse dell'Amministrazione, elaborando il progetto preliminare dell'opera da realizzare ed individuando i "valori" rilevanti sotto il profilo economico- finanziario.

Ciò determina l'infondatezza anche della seconda censura.

7.3. La prima censura prospettata con il ricorso per motivi aggiunti riproduce la prima censura del ricorso introduttivo, sopra esaminata, e ne segue la sorte.

7.4. Quanto all'incompetenza dirigenziale, occorre precisare che una partecipazione del Dirigente dei Servizi Finanziari del Comune alla verifica del possesso dei requisiti da parte dell'a.t.i. del promotore, sotto forma di "parere", era espressamente prevista dalla determinazione 22/2002.

La stessa determinazione ha altresì previsto che il responsabile del procedimento fosse coadiuvato dalle competenze interne dell'Amministrazione, in conformità alle precipe competenze degli uffici.

D'altro canto, si è trattato di verificare la sussistenza di elementi oggettivamente riscontrabili.

Perciò, la circostanza che la valutazione dei requisiti economico-finanziari, anziché essere effettuata direttamente ed esclusivamente dalla Commissione interna designata per la verifica dei requisiti -come programmato dalla deliberazione n. 415/2001 e dalla determinazione n. 22/2002- sia stata demandata dalla Commissione al Dirigente competente per materia, non appare irregolarità tale da poter inficiare l'esito della valutazione e, per tale via, mettere in discussione l'ammissibilità della proposta c.d. di allineamento del promotore.

Va anche sottolineato che un identico procedimento è stato seguito dal Comune di Terni per valutare, nella precedente fase di licitazione privata, l'offerta della ricorrente.

7.5. In ordine al mancato possesso, da parte della Ing. Catasti e Partners S.r.l., del requisito minimo di fatturato previsto per i concessionari dall'art. 98, comma 1, lettera a) -fatturato medio negli ultimi cinque anni non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento- nella misura del dieci per cento richiesta dall'art. 95, comma 2, del D.P.R. 554/1999, in caso di a.t.i., per ciascuna delle imprese mandanti che ne facciano parte, può osservarsi quanto segue.

Al promotore è stato richiesto il medesimo requisito di fatturato minimo, riferito all'importo di lire 22.273.000.000, stabilito per la licitazione privata.

Questo pertanto -e non l'importo di lire 36.657.000.000, risultante dalla somma dei costi totali indicati nel piano economico-finanziario presentato dal promotore, comprensivo, oltre che dell'importo stimato per la realizzazione dell'opera, anche degli oneri gestionali e finanziari- è il valore rilevante ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui agli artt. 98 e 95.

Ai fini del possesso dei requisiti, la commissione ha riconosciuto alla Ing. Catasti e Partners S.r.l. il fatturato relativo alla persona fisica Ing. Walter Catasti, facendo leva sull'art. 6, comma 8, della legge 415/1998, che, ai fini della partecipazione alle gare per gli affidamenti di cui all'art. 17 della legge 109/1994 da parte delle società neocostituite, permette che "le società costituite dopo la entrata in vigore della legge, per un periodo di tre anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci della società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo determinato e con qualifica di dirigente o con funzioni di collaborazione coordinata e continuativa, qualora costituita nella forma di società di capitali; ...".

Conseguentemente, ha ritenuto sussistente il requisito.

La difesa della ricorrente ha eccepito in udienza l'inapplicabilità della disposizione al di fuori delle gare di progettazione.

Il Collegio, considerando che la concessione aggiudicabile con la procedura di *project financing* comprende la progettazione definitiva ed esecutiva, ritiene invece che l'applicazione della disposizione suindicata sia corretta.

7.6. Parimenti, non sembra censurabile l'operato della commissione riguardo alla dichiarazione sostitutiva di certificazione ex art. 46 del D.P.R. 445/2000, prodotta dalle imprese dell'a.t.i. resistente per attestare il capitale sociale, in luogo della documentazione autentica o sottoscritta dal legale rappresentante, richiesta dalla nota n. 93508/2001.

Anzitutto, poiché nessuna previsione di esclusione è contenuta nella *lex specialis* riguardo alla attestazione in questione.

Inoltre, il capitale sociale delle imprese dell'a.t.i. resistente è informazione desumibile dal certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. e riscontrabile anche dalla documentazione contabile e fiscale rimessa da dette imprese all'Amministrazione, oltre che mediante consultazione via *Internet*.

Pertanto, in ossequio al principio di proporzionalità e strumentalità delle forme, oltre che di stretta interpretazione delle prescrizioni imposte a pena di decadenza, occorre concludere che la difformità in questione non inficia la valutazione effettuata dal Comune e non determina l'inammissibilità della proposta di allineamento dell'a.t.i. resistente.

7.7. Lamenta, infine, la ricorrente che l'a.t.i. resistente non si sarebbe, in realtà, allineata alla propria offerta, avendo indicato, per le opere pubbliche da cedere al Comune di Terni, valori (come anticipato, per complessive lire 36.657.000.000) diversi da quelli (lire 39.632.000.000) risultanti dal piano economico-finanziario da essa presentato.

Tale assunto è infondato.

In realtà, la fase di allineamento prevista dalla deliberazione n. 554/200, come esposto, non è prevista dalla legge e rappresenta quindi una forma di autoregolazione della fase di negoziazione successiva alla licitazione privata.

Nulla, peraltro, avrebbe impedito di pervenire alla negoziazione finale sulla base di offerte di valore differente.

Il Comune di Terni ha inteso, attraverso questa variante, far partire il confronto conclusivo mettendo le offerte dei due concorrenti su un piano di pari convenienza, forse per disporre comunque, quale che fosse l'esito dei rilanci successivi (e quindi, anche nell'ipotesi che questi

non si verificassero in concreto), di più di un'offerta suscettibile di conseguire l'aggiudicazione quale maggiormente vantaggiosa per l'Amministrazione (la motivazione espressa nelle deliberazioni n. 554/2001 e n. 148/2002 e negli atti della commissione di valutazione, fanno invece leva sul contenuto migliorativo dell'offerta individuata a seguito della licitazione privata: ma questo sembra essere un elemento necessario affinché si proceda alla negoziazione finale, e non può quindi di per sé valere a giustificare l'allineamento).

Comunque, l'allineamento, quale che ne sia la *ratio* concreta, poteva riguardare, da un lato, l'oggetto della concessione, vale a dire le caratteristiche qualitative, quantitative e tipologiche dell'opera da realizzare.

Da questo punto di vista, l'a.t.i. Ponteggia ha presentato le dichiarazioni di allineamento richieste, dichiarando in particolare di offrire al Comune tutte le variazioni migliorative ed aggiuntive della proposta originaria avanzate dalla ricorrente.

Inoltre, poteva riguardare il valore economico che per il Comune di Terni riveste l'affidamento della concessione.

Quest'ultimo, posta l'identità dell'opera dal punto di vista quali-quantitativo (secondo quanto appena precisato), consiste nell'importo del corrispettivo in denaro da versare al Comune per l'acquisizione dell'area interessata dagli interventi (individuato nel piano economico-finanziario, quale posta contabile risultante dalla differenza tra i costi previsti per la realizzazione delle opere da cedere al Comune ed i ricavi attesi dalla gestione del parcheggio pubblico con concessione trentennale).

Anche da questo secondo punto di vista, l'a.t.i. Ponteggia si è effettivamente allineata, offrendo la somma di Euro 11.172.000,00, equivalente a quella offerta dalla a.t.i. Todini e comportante un incremento del 66 % della somma indicata nella proposta originaria del promotore.

Si deve pertanto concludere che non vi fosse motivo per escludere l'a.t.i. Ponteggia dal prosieguo del procedimento.

8. Tutte le censure dedotte si dimostrano pertanto infondate, in relazione agli atti impugnati dalla ricorrente.

Rispetto alla prospettazione dei ricorsi, il procedimento, come esposto al punto 3., è proseguito fino a giungere, secondo quanto risulta dagli atti acquisiti al giudizio, ad una situazione di stallo, che merita alcune considerazioni.

Ciò che appare rilevante, ai fini dell'allineamento, sono le opere, la loro rispondenza ai requisiti qualitativi e quantitativi previsti, ed il corrispettivo in denaro offerti

all'Amministrazione, e non quanto tali opere verranno a costare, secondo le proprie previsioni imprenditoriali, a ciascun offerente.

Ogni impresa, in base alla propria dimensione ed organizzazione ha dei costi che si ripercuotono nei propri piani economico-finanziari, così che la medesima opera può costare diversamente a seconda delle caratteristiche e della situazione in cui si trovano le diverse imprese.

Ma il valore effettivo delle opere da cedere all'Amministrazione resta ovviamente lo stesso, quale che sia la valutazione che l'offerente dà loro nelle proprie stime progettuali.

Come diffusamente esposto, la Commissione incaricata di valutare la congruità della proposta di allineamento e la stessa Giunta comunale hanno ritenuto di dover ricondurre la struttura dei costi dei due concorrenti ad un parametro di riferimento omogeneo, rappresentato dal prezzario regionale.

Così facendo hanno suscitato l'indisponibilità di entrambi a fornire indicazioni (presumibilmente, nel timore di avvantaggiare il concorrente) in ordine ai parametri utilizzati per l'elaborazione del piano economico-finanziario, generando in definitiva una situazione di stallo, che neanche la richiesta di confermare entro un termine breve la disponibilità all'uso del prezzario regionale (sostanzialmente, corrispondente ad un'accettazione) ha potuto sbloccare.

In realtà, non è facilmente percepibile quale sia, in sede di allineamento, la "necessità tecnica e giuridica di pervenire all'identificazione degli importi sulla scorta di un comune parametro di riferimento", che ha condotto l'Amministrazione a cercare di imporre il prezzario regionale, quale parametro di ricostruzione dei costi *a posteriori*, nei confronti di offerte sviluppate sulla base di parametri di valutazione dei costi diversi, disomogenei e comunque senza che alcuna prescrizione imponesse il riferimento a detto prezzario.

Infatti:

- quanto alla valutazione della congruità e sostenibilità aziendale delle offerte, i piani economico-finanziari dei concorrenti sono stati asseverati da istituti di credito, e comunque il Comune avrebbe potuto effettuare la verifica dell'eventuale anomalia, in applicazione degli artt. 91, comma 4, e 64, comma 6, del D.P.R. 554/1999, in sede di licitazione privata. Senza contare che la concessione non comporta oneri per il Comune, per cui le difficoltà che tale circostanza potrebbe comportare per l'equilibrio economico e conseguentemente per l'attività realizzativa del concessionario, appaiono in grado di riflettersi solo marginalmente sull'interesse pubblico, anche considerate le particolari possibilità di subentro previste dall'art. 37-octies;

- quanto all'esigenza di disporre di elementi di riferimento ai fini della predisposizione delle progettazioni, ciò costituisce onere del concessionario, nell'ambito di un impegno

complessivo a realizzare l'opera, a cederla in parte e a pagare un corrispettivo in denaro, e non appare quindi necessario, quanto meno in questa fase, parametrare i contenuti della progettazione ad un prezzario.

Pertanto, la valutazione della struttura dei costi, esposti dai concorrenti nei rispettivi piani economico-finanziari come necessari alla realizzazione dell'opera, non sembra pertinente all'allineamento.

9. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo dell'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Così deciso in Perugia, nella Camera di Consiglio del giorno 17 luglio 2002 con l'intervento dei signori:

Avv. Pier Giorgio Lignani Presidente

Avv. Annibale Ferrari Consigliere

Dott. Pierfrancesco Ungari Consigliere, estensore.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

--

N.R.G. 143/2002