

n. 99 /05
n. 672/04

Reg. Dec.
Reg. Gen.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER L'ABRUZZO

Sezione Staccata di Pescara

composto dai signori:

Dott. Michele Eliantonio Presidente f.f., relatore

Dott. Mario Di Giuseppe Consigliere

Dott. Dino Nazzaro Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 672/04, proposto dalla società **Orione Costruzioni Generali s.n.c.**, con sede in L'Aquila, in persona del sig. Massimiliano Nunzia, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pasanisi, elettivamente domiciliato con il proprio difensore in Pescara, via R. Paolini, 100, presso lo studio dell'avv. Damiano Zoppo;

contro

il Comune di Scafa, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luciana Di Pierdomenico, elettivamente domiciliato presso il proprio difensore in Pescara, via Piave, 91;

e nei confronti

della società Edilbreda s.r.l., con sede in Scafa, in persona del geom. Enrico Breda, rappresentato e difeso dall'avv. Attilio Di Camillo, elettivamente domiciliato presso il proprio difensore in Pescara, via dei Marrucini, 80;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta municipale di Scafa 26 ottobre 2004, n. 105, di individuazione nell'offerta del promotore Edilbreda s.r.l. la proposta di pubblico interesse ai sensi dell'art. 37-ter, I comma, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, per la costruzione di loculi cimiteriali con previsione di capitale privato; nonchè degli atti presupposti e connessi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Scafa e della società Edilbreda s.r.l. controinteressata;

Vista l'ordinanza collegiale 13 gennaio 2005, n. 8, con la quale è stata accolta la domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie ragioni;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Udito alla pubblica udienza del 24 febbraio 2005 il relatore consigliere Michele Eliantonio e uditi, altresì, l'avv. Claudio Angelone - su delega dell'avv. Giovanni Pasanisi per la parte ricorrente - e l'avv. Luciana Di Pierdomenico per l'Amministrazione resistente;

Nessuno comparso per la parte controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Il Comune di Scafa, dopo aver inserito nella programmazione triennale delle opere pubbliche un intervento relativo alla costruzione di loculi cimiteriali, con

previsione di capitale privato da parte di un promotore, ha indetto il 6 aprile 2004 avviso pubblico di *project financing* per la ricerca del promotore interessato.

Entro il termine previsto sono pervenute due proposte, l'una formulata dall'attuale ricorrente e l'altra dalla società Edilbreda s.r.l.; dopo aver acquisito dal responsabile del procedimento (geom. Mantenuato) un quadro comparativo e riepilogativo di tali proposte, la Giunta municipale con deliberazione 26 ottobre 2004, n. 105, ha individuato nell'offerta del promotore Edilbreda s.r.l. la proposta di pubblico interesse ai sensi dell'art. 37-ter, I comma, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, per la costruzione di loculi cimiteriali in parola.

Con il ricorso in esame società Orione Costruzioni Generali s.n.c. è insorta dinanzi questo Tribunale avverso tale atto, deducendo le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 37-bis della L. 11 febbraio 1994, n. 109. Eccesso di potere per illogicità e per travisamento dei fatti.

Il piano economico-finanziario della proposta della società Edilbreda è manifestamente incongruente ed è carente di elementi fondamentali quali l'analisi di mercato, i costi ed i ricavi di gestione e le modalità di finanziamento dell'investimento. L'Istituto di credito non ha asseverato tale piano, ma si è limitato ad attestare le capacità del promotore.

2) Violazione dell'art. 37-ter della L. 11 febbraio 1994, n. 109. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La Giunta municipale si è limitata a valutare la convenienza per l'Ente delle proposte, senza però procedere ad una compiuta valutazione della realizzabilità tecnica dei progetti; non ha, tra l'altro, considerato che la relazione geologica presentata dalla società controinteressata era stata redatta da un architetto e non da un geologo. L'Amministrazione, inoltre, è incorsa in evidenti errori di valutazione delle proposte.

3) Violazione della *lex specialis* della gara, dei principi della regolarità della procedura, della massima trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti.

La procedura in parola doveva svolgersi con la massima trasparenza ed osservando i principi di correttezza. Nella specie, non risulta che siano state rispettate le prescrizioni di presentazione delle offerte, previste a pena di esclusione (quale la chiusura dell'offerta in un plico sigillato), non è stata verbalizzata la procedura in esame, è stata disposta una inammissibile integrazione documentale e

sono stati fissati i criteri di valutazione delle offerte dopo la conoscenza del contenuto dei progetti.

4) Violazione della *lex specialis* della gara. Incompetenza.

Il Comune non ha proceduto alla nomina di una commissione di gara, ma la gara è stata espletata dal responsabile del procedimento.

Il Comune di Scafa si è costituito in giudizio e con memorie depositate il 12 gennaio ed il 14 febbraio 2005, dopo avere pregiudizialmente eccepito l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse, ha nel merito diffusamente confutato il fondamento delle censure dedotte.

Si è, inoltre, costituita in giudizio anche la società Edilbreda s.r.l. controinteressata, che con memoria depositata il 13 gennaio 2005 ha anch'essa difeso la legittimità dell'atto impugnato.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2005 la causa è stata introitata a decisione.

DIRITTO

1. - Il ricorso in esame, come sopra esposto, ha per oggetto la deliberazione 26 ottobre 2004, n. 105, con la quale la Giunta municipale di Scafa ha individuato nell'offerta del promotore Edilbreda s.r.l. la proposta di pubblico interesse di cui all'art. 37-ter, I comma, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, per la costruzione di loculi cimiteriali con previsione di capitale privato. Sono stati, inoltre, impugnati tutti gli atti presupposti e connessi.

Era, invero, accaduto che il Comune di Scafa, avendo inserito nella programmazione triennale delle opere pubbliche un intervento relativo alla costruzione di loculi cimiteriali con previsione di capitale privato da parte di un promotore, aveva indetto il 6 aprile 2004 avviso pubblico per la ricerca del promotore interessato. Entro il termine previsto erano pervenute due proposte, l'una formulata dall'attuale ricorrente e l'altra dalla società Edilbreda s.r.l., e con l'atto impugnato la Giunta municipale, dopo aver acquisito dal responsabile del procedimento un quadro comparativo e riepilogativo di tali proposte, ha individuato nell'offerta del promotore Edilbreda s.r.l. la proposta di pubblico interesse per la costruzione dell'opera pubblica in parola.

2. - In via pregiudiziale il Collegio deve farsi carico di esaminare le eccezioni di rito dedotte dall'Amministrazione resistente, con la quale questa ha nella sostanza

rilevato che la ricorrente sarebbe priva di interesse all'impugnativa, in quanto da un lato non riceverebbe alcun danno dall'atto impugnato e dell'altro non potrebbe ricavare alcuna utilità dal suo eventuale annullamento, in quanto l'Amministrazione non potrebbe mai essere vincolata ad accogliere la proposta formulata dalla ricorrente.

Tali eccezioni di inammissibilità del gravame, ad avviso del Collegio, sono prive di pregio.

Deve, invero, in merito ricordarsi in punto di fatto che, come sopra esposto, l'Amministrazione - secondo una procedura ritenuta legittima dalla giurisprudenza (T.A.R. Marche 11 aprile 2003, n. 241) - aveva sollecitato mediante un avviso pubblico la presentazione di eventuali proposte in ordine alla costruzione dell'opera pubblica in questione con lo strumento del *project financing* ed aveva previsto un confronto concorrenziale delle proposte presentate; cioè il Comune aveva indetto una vera e propria procedura concorsuale alla quale la ricorrente ha in effetti partecipato.

Ciò posto, sembra evidente che, in base ai principi generali vigenti in materia di procedure selettive, il soggetto partecipante ad una procedura concorsuale abbia di certo interesse ad impugnare gli atti conclusivi di tale procedura, in quanto riceve un danno (quanto meno morale e di immagine) dalla comparazione negativa della proposta presentata e dal mancato rispetto della *lex specialis* della gara; inoltre, l'utilità dell'impugnativa può utilmente essere individuata nella rimessa in discussione del rapporto controverso e nella conseguente rinnovazione della gara, da cui la parte ricorrente potrà, in ipotesi, conseguire con la corretta osservanza del procedimento, un risultato favorevole (Cons. St., V, 20 ottobre 2004, n. 6874, IV, 21 maggio 2004, n. 3316, e VI, 22 giugno 2004, n. 4412).

Giova, inoltre, ricordare che, una volta individuata la proposta di pubblico interesse, il promotore ha diritto, ai sensi dell'art. 37-*quater*, n. 4, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, al pagamento quanto meno delle spese sostenute per la predisposizione della proposta; per cui, anche in relazione a tale aspetto, la valutazione comparativa operata con l'atto impugnato impedisce alla ricorrente di conseguire tale utilità.

Il *project financing*, invero, si pone come una complessa operazione amministrativa unificata sul piano finalistico dall'unicità del risultato economico gestionale perseguito, ma al suo interno, come più avanti verrà meglio precisato, conservano autonomia giuridica i distinti (ancorché connessi) procedimenti attraverso i quali si sviluppa la complessiva operazione economico-amministrativa. Pertanto, i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti connessi soggiacciono alle

ordinarie regole sulla tutela giurisdizionale, in particolare alla regola dell'inoppugnabilità decorso il termine perentorio di legge dalla pubblicazione ovvero dalla comunicazione individuale, se dovuta, o dalla piena conoscenza dell'atto ([T.A.R. Campania, sede Napoli, I, 17 giugno 2004, n. 9](#)); per cui ove l'interessata nel caso di specie non fosse tempestivamente insorta avverso l'atto deliberativo in questa sede impugnato, non avrebbe potuto, una volta attivato il successivo procedimento per la scelta del soggetto attuatore del progetto, lamentarsi dell'erronea scelta del soggetto promotore.

Deve, pertanto, concludersi che, contrariamente a quanto eccepito dall'Amministrazione resistente, la ricorrente abbia di certo interesse all'impugnativa così come proposta.

3. - Così risolta tale questione pregiudiziale, può utilmente passarsi all'esame del merito del gravame.

Deve al riguardo subito precisarsi che il ricorso appare fondato.

Ai fini del decidere deve, invero, partirsi dal rilievo che - come è noto - l'istituto del *project financing* trova la sua disciplina normativa nei predetti artt. 37-*bis* e segg. della L. 11 febbraio 1994, n. 109, i quali prevedono la figura del promotore di proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità e individuano i tratti distintivi del c.d. *project financing*, ossia di quella tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa; in altri termini, l'attività economica promossa deve avere la capacità di autofinanziarsi (Cons. St., V, 20 ottobre 2004, n. 6847).

Tale istituto del *project financing*, così come disciplinato dalla predetta normativa, consiste essenzialmente in un complesso procedimento volto all'affidamento della concessione di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte:

a) in una prima fase, l'Amministrazione, previa valutazione favorevole degli elementi analiticamente indicati dall'art. 37-*ter*, provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse;

b) in una seconda fase provvede, mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del

soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37-*quater*, comma 1 lett. a), della L. 11 febbraio 1994 n. 109;

c) mentre la terza fase consiste, infine, nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente.

Quanto, in particolare, alla prima di tali fasi, di cui in questa sede si discute la legittimità, la giurisprudenza ha certamente riconosciuto, così come sottolineato dal Comune nelle sue difese, che la Pubblica Amministrazione procedente nella gestione della fase istruttoria del progetto presentato dal promotore gode di un'ampia discrezionalità (da ultimo, T.A.R. Sicilia, sede Palermo, II, 30 giugno 2004, n. 1358).

Purtuttavia, deve rilevarsi che nel caso di specie l'Amministrazione comunale di Scafa procedente aveva indetto il 6 aprile 2004 un avviso pubblico per la ricerca del promotore interessato e si era, pertanto, autolimitata in ordine all'esercizio del predetto potere discrezionale.

Tale avviso pubblico ha, tra l'altro, regolamentato e disciplinato il procedimento di individuazione e di scelta della proposta del promotore da dichiarare di pubblico interesse ai sensi del predetto art. 37-*bis*, procedimento che - come si ricava da un'attenta e complessiva lettura di tale avviso pubblico, redatto utilizzando gli schemi e le procedure ad evidenza pubblica previste per la scelta del contraente con la Pubblica Amministrazione - si sarebbe dovuto articolare, a sua volta, attraverso le seguenti fasi:

1) la presentazione di proposte da parte dei promotori interessati, entro una certa data e con in allegato la richiesta documentazione di rito;

2) la valutazione della fattibilità di tali proposte da parte di una commissione tecnica all'uopo costituita;

3) la valutazione comparativa di tali proposte;

4) la individuazione e la scelta, infine, della proposta di pubblico interesse e del relativo promotore.

Nella specie è però accaduto che entro il termine previsto dall'avviso pubblico sono pervenute due proposte, l'una formulata dall'attuale ricorrente e l'altra dalla società Edilbreda s.r.l. ed il responsabile del procedimento (il geom. Mantenuo),

dopo aver chiesto a tali partecipanti una integrazione della documentazione presentata, ha redatto un quadro comparativo e riepilogativo di tali proposte; la Giunta municipale, infine, con l'impugnata deliberazione 26 ottobre 2004, n. 105, ha individuato nell'offerta del promotore Edilbreda s.r.l. la proposta di pubblico interesse ai sensi dell'art. 37-ter, I comma, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, per la costruzione di loculi cimiteriali in parola.

Chiarite tali circostanze di fatto, deve subito evidenziarsi che, ad avviso della Sezione, appaiono fondate tutte e quattro le censure dedotte con il gravame e con le quali la società ricorrente si è lamentata nella sostanza del fatto che la gara era stata espletata dal responsabile del procedimento e non dalla prevista commissione di gara (quarto motivo), che la procedura in parola non si era svolta con la massima trasparenza ed osservando tutte le prescrizioni previste dal bando (quale la chiusura dell'offerta in un plico sigillato), nè vi era stata un'adeguata verbalizzazione delle attività svolte (terzo motivo), che non vi era stata una compiuta valutazione della realizzabilità tecnica dei progetti (terzo motivo) e che il piano economico-finanziario della proposta della società Edilbreda, oltre ad essere manifestamente incongruente e carente di elementi fondamentali (quali l'analisi di mercato, i costi ed i ricavi di gestione e le modalità di finanziamento dell'investimento), non era stato asseverato da un Istituto di credito (primo motivo).

Quanto, invero, alla predetta doglianza dedotta con il quarto motivo di ricorso, che seguendo un più corretto ordine logico non può non essere esaminata per prima, deve rilevarsi che il predetto avviso pubblico aveva previsto che la valutazione della idoneità delle proposte pervenute fosse effettuata da parte di una apposita commissione tecnica, nella parte in cui testualmente afferma che l'Amministrazione non avrebbe potuto ritenersi vincolata a concludere il procedimento nell'ipotesi in cui *“le proposte pervenute non risultino idonee a seguito di valutazione che avverrà a cura dell'insindacabile giudizio di apposita commissione nominata a cura dell'Amministrazione stessa”*. Dalla lettura di tale parte dell'avviso pubblico in questione, che costituisce la *lex specialis* della procedura in esame, sembra, invero, evidente al Collegio che le offerte pervenute avrebbero dovuto essere esaminate al fine di valutarne l'idoneità - così come già chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Veneto, 19 giugno 2002, n. 3051) - da un'apposita commissione e non certamente dal responsabile del procedimento.

Deve poi osservarsi che, essendosi lo stesso Comune autovincolato in ordine alla scelta del promotore ed avendo disciplinato il procedimento in questione secondo gli schemi tipicamente utilizzati per la scelta del contraente, la procedura in parola avrebbe dovuto svolgersi - così come lamentato con il terzo motivo di gravame - con la massima trasparenza ed osservando i principi di correttezza; cioè

L'Amministrazione avrebbe dovuto accertare il rispetto da parte delle partecipanti delle prescrizioni di presentazione delle offerte, previste a pena di esclusione (quale la chiusura dell'offerta in un plico sigillato), avrebbe dovuto verbalizzare tutte le fasi della procedura in esame ed avrebbe dovuto previamente fissare i criteri di valutazione delle offerte prima della conoscenza del contenuto dei progetti presentati.

Dall'esame degli atti si rileva, però, che il procedimento è stato svolto dal responsabile del procedimento senza verbalizzare tutta l'attività istruttoria svolta e, pertanto, senza la possibilità oggi di accertare il rispetto dei predetti principi che regolano lo svolgimento delle procedure concorsuali.

Quanto, poi, alla doglianza dedotta con il secondo motivo, deve osservarsi che l'art. 37-ter della L. 11 febbraio 1994, n. 109, impone espressamente all'Amministrazione di valutare "*la fattibilità delle proposte presentate*" sotto tutta una serie di profili. La norma in parola impone, cioè, all'Amministrazione di valutare l'ammissibilità o meno della proposta e, di conseguenza, di accertare se vi siano o meno elementi ostativi alla realizzazione dell'opera (T.A.R. Calabria, sede Catanzaro, I, 23 febbraio 2004, n. 449, e Cons. St., V, 11 luglio 2002, 3916).

Ora da un'attenta lettura degli atti causa sembra evidente che nella specie non sia mai stata effettuata dal Comune di Scafa la predetta valutazione: nel mentre, infatti, il responsabile del procedimento si è limitato a svolgere un'attività meramente istruttoria e preparatoria in funzione della predetta valutazione (si legge, invero, testualmente nella predetta relazione del predetto responsabile che la relazione è stata redatta "*ai fini di una migliore e più dettagliata valutazione delle proposte*"), la Giunta municipale, a sua volta, si è limitata ad effettuare una comparazione delle due proposte presentate, ma non ha pregiudizialmente valutato ed accertato, così come la legge le imponeva, la fattibilità e la realizzabilità tecnica dei progetti presentati e l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera.

Deve, infine, evidenziarsi che – così come lamentato con il primo motivo di ricorso – il Comune, in violazione dell'art. 37-bis della L. 11 febbraio 1994, n. 109, non ha rilevato che il piano economico-finanziario della proposta della società Edilbreda era manifestamente incongruente e carente di elementi fondamentali quali l'analisi di mercato, i costi ed i ricavi di gestione e le modalità di finanziamento dell'investimento; inoltre, l'Istituto di credito non aveva asseverato tale piano, ma si era semplicemente limitato ad attestare le capacità del promotore.

Giova, invero, sul punto ricordare che – come costantemente evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. per tutti Cons. St., V, 11 luglio 2002, n. 3916, T.A.R. Puglia, sede Bari, I, 9 settembre 2004, n. 3877, e T.A.R. Emilia-Romagna,

sede Bologna, I, 20 maggio 2004, n. 762) – nella proposta di *project financing* il ruolo centrale spetta al piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l’attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Infatti, come sopra già evidenziato, la tecnica finanziaria in esame deve consentire da un lato la realizzazione dell’opera pubblica senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e dall’altro deve avere la capacità di autofinanziarsi, assicurando una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell’attività stessa.

Nel caso di specie, però, così come puntualmente evidenziato dalla parte ricorrente, il piano economico-finanziario della proposta della società Edilbreda è manifestamente carente di elementi fondamentali quali l’analisi di mercato, i costi ed i ricavi di gestione e le soprattutto modalità di finanziamento dell’investimento; contiene, infine, anche elementari errori di calcolo (ad es., per determinare il costo di ogni loculo si è diviso il costo totale per il numero dei loculi da realizzare, ma non si è considerato che alcuni di questi loculi avrebbero dovuto essere concessi gratuitamente al Comune).

Inoltre, l’Istituto di credito non ha asseverato tale piano, non ha cioè effettuato una “attestazione qualificata” della coerenza e della bontà di tale piano (come chiarito dall’atto di regolazione dell’Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici 5 luglio 2001, n. 14), ma si è limitato semplicemente ad attestare le capacità economica e finanziaria del promotore. Infatti, come si evince dagli atti di causa, alla domanda di partecipazione all’avviso pubblico in questione è stato allegato dalla controinteressata semplicemente un “certificato di affidabilità bancaria”, con il quale la Filiale di Scafa della Banca popolare di Lanciano e Sulmona ha attestato per un verso che tale società aveva sempre fatto fronte ai propri impegni con regolarità e puntualità e per un altro verso che tale società dispone delle necessarie capacità professionali, ed ha concluso affermando che, pertanto, risulta “affidabile come da piano economico finanziario allegato di €911.745,77”.

Per cui, in definitiva, da un’attenta lettura di tale certificato deve concludersi che nella specie il piano economico-finanziario presentato era nella sostanza privo della asseverazione richiesta dalla norma, il che avrebbe certamente imposto all’Amministrazione di effettuare a sua volta (quanto meno) un’attenta analisi di tale piano finanziario, valutazione che nella specie – come già detto – non è stata effettuata.

Alla luce delle suesposte considerazioni in ricorso in esame deve, pertanto, essere accolto e, per l’effetto, deve essere annullato l’atto impugnato.

4. - Le spese, che come di regola seguono la soccombenza, si liquidano in dispositivo e vanno poste a carico della Amministrazione comunale di Scafa che con il suo illegittimo comportamento ha dato origine alla presente controversia.

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, accoglie il ricorso specificato in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnata deliberazione della Giunta municipale di Scafa 26 ottobre 2004, n. 105.

Condanna il Comune di Scafa al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese e degli onorari di giudizio che liquida nella complessiva somma di €3.000 (tremila).

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del 24 febbraio 2005.

Il Presidente, estensore

Il Segretario d'udienza

Pubblicata mediante deposito il 03.03.2005

Il Direttore della Segreteria

