

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione I[^] - composto dai
Signori:

N. 9571 Reg. Sent.

ANNO 2004

N. 9426/02-8112-11484 –
1791-10358/03 Reg.Ric.

- 1) Giancarlo Coraggio - Presidente
- 22) Luigi Domenico Nappi – Consigliere
- 3) Paolo Carpentieri – Consigliere – relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi:

n. 9426/2002 Reg. Gen., proposto dalla **ENEL.HYDRO S.p.a.**, in persona dell'amministratore delegato e legale rapp.te p.t. Rocco Failla, in proprio e quale mandataria della A.T.I. con Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a., rappresentate e difese dagli avv.ti Raffaele Ferola e Giancarlo Sorrentino, con domicilio eletto in Napoli alla Piazza della Repubblica 2,

contro

il **Presidente della Regione Campania p.t.**, nella qualità di **Commissario Delegato ex OO.P.C.M. n. 2425/96 e succ.**, rappresentato e difeso, *ex lege*, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio eletto, *ope legis*, in Napoli, alla via Diaz 11,

e nei confronti

del **Consorzio Acqua Blu**, in persona del legale rapp.te p.t., con sede in Napoli alla Via Santa Maria di Costantinopoli 98, non costituito;

per l'annullamento, previa sospensione,

quanto al ricorso introduttivo:

<<*in parte qua* del bando di gara del 31 maggio 2002 (successivamente pubblicato) avente ad oggetto l'affidamento della concessione per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettori del PS3 (ad esclusione di quelli insistenti nel territorio del Comune di Napoli), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, Foce Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord, nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento dei fanghi; e di ogni altro atto premesso, connesso e consequenziale.>>;

quanto al ricorso per motivi aggiunti notificato in data 3 ottobre 2002:

<<in parte qua della lettera di invito 19 luglio 2002 n. 18194.>>;

n. 8112/2003 Reg. Gen., proposto dalla **ENEL.HYDRO S.p.a.**, in persona dell'amministratore delegato e legale rapp.te p.t. Rocco Failla, in proprio e quale mandataria della A.T.I. con Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a., rappresentate e difese dagli avv.ti Raffaele Ferola e Alessandro Cinti, con domicilio eletto in Napoli alla Piazza della Repubblica 2,

contro

il **Presidente della Regione Campania p.t., nella qualità di Commissario Delegato ex OO.P.C.M. n. 2425/96 e succ.**, rappresentato e difeso, *ex lege*, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio eletto, *ope legis*, in Napoli, alla via Diaz 11,

e nei confronti

della **T.M.E. s.p.a.** – Termomeccanica Ecologia, in proprio e quale mandataria del r.t.i. con Cooperativa Costruttori soc. coop. A r.l. e Giustino Costruzioni s.p.a., in persona dell'amm.re delegato ing. Guido Bernacca, legale rapp.te p.t., con sede in La Spezia alla via del Molo 3, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Cioffi e Giuseppe Abenavoli, con domicilio eletto in Napoli alla piazza Rodinò 18; - **anche ricorrente incidentale** -

nonché

della **Cooperativa Costruttori a r.l. in a.s.** in persona dei Commissari straordinari p.t., con sede in Argenta alla piazza Mazzini 1 – non costituita;

della **Giustino Costruzioni s.p.a.**, in persona del legale rapp.te p.t., con sede in Napoli alla Via privata D. Giustino 3/A, non costituita;

per l'annullamento, previa sospensione,

<<- dell'ordinanza commissariale n. 160 del 7.6.2003, comunicata con nota del 25.6.2003 prot. n. 15121/CD, recante aggiudicazione definitiva della "concessione per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettori del PS3 (ad esclusione di quelli insistenti nel territorio del comune di Napoli soggetti alla competenza del Sindaco di Napoli Commissario di Governo), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, Foce Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento dei fanghi" al raggruppamento temporaneo di imprese tra T.M.E. s.p.a. – Termomeccanica Ecologia, Cooperativa Costruttori soc. coop. A r.l. e Giustino Costruzioni s.p.a.; - dell'ordinanza commissariale n. 133 del 5.5.2003, comunicata con nota 15.5.2003 prot. n. 11223/CD, recante aggiudicazione provvisoria della suindicata concessione e, per quanto occorra, della nota commissariale 14.3.2003 prot. 6001/CD; - dei verbali, delle note e degli atti tutti della Commissione nominata con ordinanza n. 413 del 24.12.2002; - del piano economico-finanziario presentato, alla conclusione della procedura, da T.M.E. s.p.a. e della relativa asseverazione di cui alla nota 27.2.2003 di Banca Intesa; - di ogni altro atto

presupposto, connesso e/o consequenziale e, segnatamente – in parte qua – del bando di gara del 31.5.2002 e della lettera di invito 19.7.2002 n. 18194, nonché della convenzione di concessione, se stipulata.>>;

n. 11484/2003 Reg. Gen., proposto dalla **ENEL.HYDRO S.p.a.**, in persona dell'amministratore delegato e legale rapp.te p.t. Rocco Failla, in proprio e quale mandataria della A.T.I. con Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a., rappresentate e difese dagli avv.ti Raffaele Ferola, Alessandro Cinti e Enrico Podestà, con domicilio eletto in Napoli alla Piazza della Repubblica 2,

contro

il Presidente della Regione Campania p.t., nella qualità di Commissario Delegato ex OO.P.C.M. n. 2425/96 e succ., rappresentato e difeso, *ex lege*, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio eletto, *ope legis*, in Napoli, alla via Diaz 11,

e nei confronti

della **T.M.E. s.p.a.** – Termomeccanica Ecologia, in proprio e quale mandataria del r.t.i. con Cooperativa Costruttori soc. coop. A r.l. e Giustino Costruzioni s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., ing. Guido Bernacca, con sede in La Spezia alla via del Molo 3, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Cioffi e Giuseppe Abenavoli, con domicilio eletto in Napoli alla piazza Rodinò 18; - **anche ricorrente incidentale** -

nonché

della **Cooperativa Costruttori a r.l. in a.s.** in persona dei Commissari straordinari p.t., con sede in Argenta alla piazza Mazzini 1 – non costituita;

della **Giustino Costruzioni s.p.a.**, in persona del legale rapp.te p.t., con sede in Napoli alla Via privata D. Giustino 3/A, non costituita;

per l'annullamento, previa sospensione,

<<a) del rigetto implicito nella intervenuta stipulazione della convenzione in data 11.7.2003, della istanza della ricorrente in data 2.7.2003 diretta alla revoca dell'aggiudicazione al raggruppamento T.M.E. della concessione di *project financing* per l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, foce Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord, ecc.; b) se ed in quanto occorra, della convenzione stipulata in data 11.7.2003 rep. N. 194/2003 tra il Presidente G.R.C. – Commissario Delegato e la T.M.E. s.p.a. – Termomeccanica Ecologia quale mandataria dell'a.t.i. con Cooperativa Costruttori soc. coop. A r.l. e con Giustino Costruzioni s.p.a.>>;

n. 1791/2003 Reg. Gen., proposto dal **Consorzio Acqua Blu**, in persona del legale rapp.te p.t., con sede in Napoli alla Via Argine 929, rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio D'Esposito, con domicilio eletto in Napoli alla via Palepoli 20,

contro

il Presidente della Regione Campania p.t., nella qualità di Commissario Delegato ex OO.P.C.M. n. 2425/96 e succ., rappresentato e difeso, *ex lege*, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio eletto, *ope legis*, in Napoli, alla via Diaz 11,

e nei confronti

della **ENEL.HYDRO S.p.a.**, in persona del presidente e legale rapp.te p.t. Renato Iodice, in proprio e quale mandataria della A.T.I. con Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Ferola, con domicilio eletto in Napoli alla Piazza della Repubblica 2,

per l'annullamento

<<a) dell'ordinanza del Commissario di Governo n. 373 del 19 novembre 2002, con il quale si prendeva atto che la Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte tecnico-giuridiche-economiche e della documentazione amministrativa aveva individuato nelle ATI Enel Hydro s.p.a., con Siba s.p.a., con Dipiudi Ambiente s.p.a. e Raffaele Pianese Costruzioni Generali s.p.a., e T.M.E. s.p.a., con Cooperativa Costruttori s.c.r.l. e Giustino Costruzioni s.p.a., i due soggetti da ammettere alla procedura negoziata da svolgere con il Consorzio Acqua Blu per la concessione per la progettazione e realizzazione delle integrazioni e degli adeguamenti funzionali dei sistemi di collettamento e depurazione interessanti gli impianti di Acerra, Marcianise, Napoli Nord, Foce Regi Lagni e Cuma; b) di ogni altro atto connesso e/o consequenziale comunque lesivo degli interessi della ricorrente.>>;

n. 10358/2003 Reg. Gen., proposto dal **Consorzio Acqua Blu**, in persona del presidente p.t. dr. Maurizio Barracco, con sede in Napoli alla Via Argine 929, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Abbamonte, Eugenio D'Esposito, Errico Di Lorenzo e Bruno Ricciardelli, con domicilio eletto in Napoli al viale Gramsci 16, presso lo studio del primo,

contro

il Presidente della Regione Campania p.t., nella qualità di Commissario Delegato ex OO.P.C.M. n. 2425/96 e succ., rappresentato e difeso, *ex lege*, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio eletto, *ope legis*, in Napoli, alla via Diaz 11,

nonché

la **Regione Campania**, in persona del Presidente della Giunta regionale p.t., domiciliata per la carica in Napoli alla via Santa Lucia 81, non costituita;

e nei confronti

della **T.M.E. s.p.a.** – Termomeccanica Ecologia, in persona dell'amm.re delegato ing. Guido Bernacca, legale rapp.te p.t., con sede in La Spezia alla via del Molo 3, in proprio e quale capogruppo dell'associazione temporanea di imprese con la Cooperativa Costruttori s.c.r.l.

con sede in Argenta alla piazza Mazzini 1 e la Giustino Costruzioni con sede in Napoli alla via privata D. Giustino 3/A, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Cioffi e Giuseppe Abenavoli, con domicilio eletto in Napoli alla piazza Rodinò 18;

nonché

della **ENEL.HYDRO S.p.a.**, in persona del presidente e legale rapp.te p.t. Renato Iodice, in proprio e quale mandataria della A.T.I. con Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Ferola, con domicilio eletto in Napoli alla Piazza della Repubblica 2,

della **IntesaBci s.p.a.**, in persona del legale rapp.te p.t., con sede in Milano alla piazza Paolo Ferrari 10, non costituita;

per l'annullamento, previa sospensione,

<<a) del provvedimento a firma del Commissario di Governo per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque nella Regione Campania ex ord. P.C.M. 2425/96 n. 160 del 7 giugno 2003 con la quale sono stati approvati gli esiti della procedura per l'affidamento al r.t.i. tra Tme sp.a. – Termomeccanica Ecologia, Cooperativa Costruttori coop. A r.l. e Giustino Costruttori s.p.a. (= Tme) della concessione per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettore del PS3 (ad esclusione di quelli insistenti nel territorio del comune di Napoli), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, Foce Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord, nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento dei fanghi; b) dell'ordinanza n. 133 del 5 maggio 2003 con la quale sono stati approvati i verbali della procedura negoziata ed è stata provvisoriamente aggiudicata la concessione; c) del Piano Economico Finanziario (PEF) della TME trasmesso con nota acquisito al protocollo della struttura commissariale in data 3 aprile 2003 al n. 7640/CD; d) della nota del Commissario di Governo del 14 marzo 2003 prot. n. 6001/CD con la quale veniva comunicata la conclusione della procedura di cui sopra e la graduatoria dei partecipanti; di tutti i verbali della commissione della procedura negoziata; e) per quanto di ragione del bando integrale di gara approvato con ordinanza del v. Commissario di Governo del 31 maggio 2002; f) di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale comunque lesivo.>>.

VISTI i ricorsi ed i relativi allegati;

VISTO il ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale recante il n. 9426 Reg. Gen., notificato in data 3 ottobre 2002 e depositato il successivo 9 ottobre 2002 dalla difesa di parte ricorrente;

VISTI i ricorsi incidentali ritualmente notificati e depositati, nei giudizi recanti nn. Reg. Gen. 8112/2003 e 11484/2003, rispettivamente in data 15 settembre 2003 e in data 18 novembre 2003, dalla controinteressata T.M.E. s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo con le società Cooperativa Costruzioni e Giustino Costruzioni;

VISTI i ricorsi incidentali depositati dalla difesa di parte ricorrente negli stessi giudizi, rispettivamente in data 17 ottobre 2003 e in data 20 novembre 2003;

VISTO altresì l'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti delle società facenti parte del r.t.i. - Cooperativa Costruzioni e Giustino Costruzioni - notificato e depositato, nei giudizi recanti i nn. Reg. Gen. 8112/2003 e 11484/2003, in data 6 maggio 2004 dalla difesa di parte ricorrente;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente e delle controinteressate con le annesse produzioni;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti di causa;

UDITI alla pubblica udienza del 26 maggio 2004 - relatore il Magistrato Dr. Carpentieri – gli avv.ti riportati a verbale;

RITENUTO e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

La complessa controversia ha ad oggetto la procedura di affidamento – mediante *project financing* ai sensi degli articoli 37-*bis* e ss. della legge 109 del 1994 (e successive modifiche e integrazioni) - della concessione per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettori del PS3 (ad esclusione di quelli insistenti nel territorio del comune di Napoli), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, Foce Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord, nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento dei fanghi.

A - La procedura

Con ordinanza n. 28 del 20 gennaio 2001 il commissario di governo delegato per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque dall'inquinamento per la regione Campania, nominato per far fronte all'emergenza socio-economico-ambientale regionale giusta ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri n. 2948 del 25 febbraio 1999 e seguenti (proroghe e integrazioni) ha approvato, d'intesa con il Ministero dell'ambiente per quanto attiene alle caratteristiche prestazionali degli impianti e ai risultati di tutela ambientale da conseguire, lo strumento di programmazione per la realizzazione delle opere e dei servizi che saranno poi oggetto di concessione di costruzione e gestione.

Con ordinanza n. 29 del 20 gennaio 2001 è stata sollecitata la presentazione di proposte da parte di soggetti promotori.

Con ordinanza n. 74 del 25 febbraio 2002 è stata prescelta la proposta del soggetto promotore (proposta del Consorzio tra Acea s.p.a. ed altri, poi confluiti nel Consorzio Acqua Blu qui ricorrente nei ricorsi 1791/2003 e 10358/2003 Reg. Gen.).

Con ordinanza n. 211 del 31 maggio 2002 è stata indetta la gara ai sensi dell'articolo 37-*quater* della legge 109 per la scelta dei concorrenti competitori da porre a confronto negoziato con la proposta del promotore.

Con ordinanza n. 373 del 19 novembre 2002 la struttura commissariale ha preso atto dell'esito della licitazione privata che aveva selezionato le seguenti due offerte concorrenti: Enel.Hydro s.p.a. *et alii* (d'ora innanzi "E.H."), con punti 87,5/100, e T.M.E. s.p.a. *et alii* (d'ora innanzi "TME"), con punti 36,66/100.

Con ordinanza n. 413 del 24 dicembre 2002 è stata nominata l'apposita commissione per l'espletamento della procedura negoziata.

I lavori della commissione si sono svolti dal 7 gennaio al 28 febbraio 2003 ed hanno condotto alla seguente graduatoria: TME punti 93,750/100; E.H. punti 80,572/100; Consorzio Acqua Blu (d'ora innanzi "Acqua Blu") punti 70,053/100.

Con nota 6001 del 14 marzo 2003 la struttura commissariale ha richiesto a TME il piano economico finanziario (d'ora innanzi "PEF") scaturente dall'offerta finale asseverata da un istituto di credito; il PEF asseverato è stato acquisito il successivo 3 aprile 2003.

Con ordinanza n. 133 del 5 maggio 2003 si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria a TME.

Con ordinanza n. 160 del 7 giugno 2003 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva.

In data 11 luglio 2003, con atto n. rep. 194/2003, è stata stipulata la convenzione tra TME e Commissario di governo.

B - Il quadro dei ricorsi

Con il primo dei ricorsi in trattazione – il n. 9426/2002 – E.H. ha impugnato il bando integrale della procedura di gara del 31 maggio 2002. Con atto di motivi aggiunti notificato il 3 ottobre 2002 ha impugnato altresì la pedissequa lettera d'invito. Il ricorso propone essenzialmente motivi rivolti alla caducazione dell'intera procedura e la parte ricorrente, in sede di discussione delle cause alla pubblica udienza del 26 maggio 2004, ne ha chiesto espressamente a verbale la trattazione in linea subordinata all'eventuale non accoglimento dei successivi gravami.

Con il secondo ricorso – n. 8112/2003 – E.H. attacca invece l'esito finale della complessiva procedura, impugnando le ordinanze 133 e 160 del 2003 di aggiudicazione provvisoria e definitiva a TME della concessione di costruzione e gestione oggetto di lite. In seno a questo ricorso TME ha proposto ricorso incidentale volto a provocare il difetto di legittimazione del ricorrente principale, sostenendo che E.H. non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura di licitazione privata, propedeutica alla successiva fase negoziata, conclusa con ordinanza n. 373 del 19 novembre 2002. Sostiene TME in particolare che il raggruppamento avversario E.H. andava escluso dalla licitazione privata perché avrebbe errato nell'allegazione della prescritta documentazione relativa ai progettisti, sarebbe priva del requisito del possesso maggioritario, quale capogruppo, del capitale sociale, non avrebbe dichiarato nessuna esperienza nell'esecuzione di lavori pubblici, avrebbe prodotto una dichiarazione relativa al requisito del fatturato sottoscritta non dal legale rappresentante, ma da un procuratore munito di procura inidonea, avrebbe prodotto dichiarazioni sostitutive e certificati insufficienti o scaduti circa il casellario giudiziale e i carichi pendenti di alcuni amministratori muniti di potere di firma delle mandanti. E.H., oltre ad eccepire l'inammissibilità di tale ricorso incidentale di tipo "riconvenzionale" ed a resistere nel merito alle tesi ivi svolte, ha proposto a sua volta ricorso incidentale al ricorso incidentale di controparte, avverso gli esiti della procedura, volto a togliere interesse processuale all'impugnativa incidentale avversaria.

Il terzo ricorso E.H. – n. 11484/2003 – si appunta invece avverso il rigetto implicito (contenuto nella intervenuta stipulazione della convenzione in data 11 luglio 2003) della sua istanza del 2 luglio 2003 diretta alla revoca dell'aggiudicazione a TME della concessione per cui è causa, nonché avverso la convenzione rep. n. 194/2003 stipulata l'11 luglio 2003 tra il Commissario delegato e TME. Si sostiene in questo terzo ricorso che il raggruppamento TME non poteva validamente essere ammesso a stipulare la convenzione di concessione per il sopravvenuto difetto di idoneità soggettiva [ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera h), del d.P.R. sulla qualificazione n. 34 del 2000) della mandante Coop. Costruttori, che aveva domandato al Tribunale civile, in data 23 giugno 2003, l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria per crisi aziendale ai sensi del d.lgs. 270 del 1999 ed era stata dichiarata dal predetto Tribunale in stato di insolvenza in data 11 luglio 2003 e quindi ammessa alla suddetta procedura straordinaria in data 13 agosto 2003. Anche in questo giudizio TME resiste e agisce in via incidentale avverso la partecipazione stessa di E.H. alla gara di licitazione privata preparatoria della finale procedura negoziata, adducendo doglianze sostanzialmente analoghe a quelle già spese in via incidentale al ricorso E.H. n. 8112/2003.

Il primo dei ricorsi proposto dal raggruppamento terzo graduato Acqua Blu – iscritto al n. 1791/2003 Reg. Gen. – si dirige avverso gli esiti della procedura di licitazione privata per la scelta dei soggetti che avrebbero dovuto competere con esso soggetto promotore e contesta i requisiti di ammissione sia di E.H. che di TME.

Con il successivo ricorso n. 10358/2003 Acqua Blu impugna gli atti della fase negoziata e, in particolare, l'ordinanza conclusiva n. 160 del 7 giugno 2003, sostenendo in particolare l'inammissibilità dell'offerta vincitrice di TME.

C - L'ordine di trattazione delle questioni

Il primo ricorso E.H. (n. 9462/2002), pur avendo ad oggetto il bando sul quale si regge l'intera procedura ed essendo in astratto, sotto questo profilo, logicamente prioritario, si pone tuttavia, in quanto diretto a far valere l'interesse strumentale al travolgimento dell'intera procedura, in posizione subordinata, come del resto esplicitamente dettato a verbale dalla parte ricorrente, rispetto all'esame dei successivi ricorsi E.H. intesi, invece, a far conseguire la concessione al raggruppamento ricorrente. Si vedrà in seguito come, tuttavia, la decisione di questi ultimi, pur in parte favorevole per il soggetto ricorrente, non determinando (per il tipo di motivo accolto) l'assegnazione a quest'ultimo della concessione, ma sostanzialmente un parziale rifacimento della procedura, non sia tale da togliere interesse processuale a una decisione nel merito di questo primo ricorso n. 9462/2002, che dovrà tuttavia seguire logicamente la disamina del secondo e del terzo gravame.

Tra il secondo (n. 8112/2003) e il terzo ricorso E.H. (n. 11484/2003) dovrà infine accordarsi priorità di trattazione a quest'ultimo, in quanto più immediatamente idoneo – se accolto – a soddisfare l'interesse diretto del raggruppamento ricorrente a soppiantare il raggruppamento avversario TME nella concessione *de qua*.

Come già accennato, con questo ricorso E.H. chiede l'estromissione del raggruppamento TME per la sopravvenuta sottoposizione della mandante Coop. Costruttori ad amministrazione straordinaria.

Prima di esaminare il merito di questa posizione, occorre considerare il ricorso incidentale TME, proposto sia nel ricorso 8112/2003 che nel successivo n. 11484/2003, siccome rivolto a privare E.H. della stessa legittimazione al ricorso principale (Cons. St., sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468 ed ivi richiami a costante giurisprudenza).

Quindi si procederà all'esame nel merito dei ricorsi suddetti e, infine, dei ricorsi Acqua Blu nn. 11484/2003 e 9301/2003.

D – il ricorso incidentale TME

Il ricorso incidentale TME è inammissibile perché diretto avverso atti di una procedura – quella di licitazione privata - diversa e distinta rispetto a quella – procedura negoziata – oggetto dell'impugnativa principale. Come condivisibilmente eccepito da parte ricorrente principale, le censure avverso la partecipazione di E.H. alla precedente licitazione privata avrebbero dovuto costituire oggetto di ricorso in via principale nel termine perentorio d'impugnativa degli atti conclusivi di quella procedura, sussistendo già allora un interesse concreto e attuale di TME, seconda graduata in quella procedura alle spalle di E.H., a restringere la platea dei concorrenti per la successiva negoziazione e a non dividere, comunque, con il concorrente il rimborso delle spese di progettazione previsto dalla allora vigente formulazione dell'articolo 37-*quater*, comma 5, della legge 109 del 1994.

Né vale a condurre a conclusioni contrarie l'assunto di parte resistente secondo cui il *project financing* costituirebbe una procedura unitaria suddivisa al suo interno in fasi non

approdanti a provvedimenti conclusivi autonomamente impugnabili. In realtà la giurisprudenza del tutto prevalente non dubita della autonomia e immediata impugnabilità degli esiti delle due “fasi” anteriori alla procedura negoziata finale (fasi della scelta del promotore e della selezione delle due offerte migliori dei concorrenti all’esito dell’apposita licitazione privata), sul condivisibile assunto della sostanziale autonomia strutturale e giuridica di tali fasi, ancorché teleologicamente connesse per il raggiungimento dell’unitario fine della selezione del concessionario di costruzione e gestione dell’opera pubblica. E già questo dovrebbe indurre ad escludere che poi quello stesso atto possa essere oggetto anche di un’impugnazione in via incidentale.

In termini più generali, il *project financing* si pone come una complessa operazione amministrativa unificata sul piano finalistico dall’unicità del risultato economico gestionale perseguito. Ma al suo interno conservano autonomia giuridica i distinti (ancorché connessi) procedimenti attraverso i quali si sviluppa la complessiva operazione economico-amministrativa. E 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. Questa soluzione, oltre che corretta sul piano ricostruttivo dell’istituto, si presenta come la più ragionevole e coerente sotto il profilo pratico effettuale. La diversa soluzione, perorata dal ricorrente incidentale, dell’impugnabilità dei procedimenti anteriori fino allo spirare del termine dell’azione avverso la finale aggiudicazione dopo la fase negoziata, finirebbe per rendere aleatoria la positiva conclusione della complessa operazione amministrativa, che rimarrebbe esposta per un lasso di tempo irragionevolmente lungo alle contestazioni dirette contro atti e procedimenti ormai definiti e consolidati e assunti a base di ulteriori sviluppi procedurali, con evidenti riflessi negativi sull’efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa e frustrazione del fine di consolidamento progressivo della costruzione amministrativa sotteso all’istituto decadenziale.

In conclusione, la contestazione della partecipazione di E.H. alla procedura di licitazione privata avrebbe dovuto essere portata da Tme mediante tempestivo ricorso principale, ed è inammissibile la sua proposizione a mezzo di ricorso incidentale in seno al giudizio intentato avverso la successiva e autonoma fase negoziale.

E – Il merito

Venendo al merito del ricorso n. 11484/2003, esso viene giudicato infondato dal Collegio. Parte ricorrente poggia il proprio assunto sulla lettera dell’articolo 17, comma 1, lettera *h*), del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, in forza del quale, tra i requisiti d’ordine generale occorrenti per la qualificazione (che è il presupposto indispensabile per essere appaltatori o concessionari di lavori pubblici), figura anche la “inesistenza di procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di amministrazione straordinaria”. A dire di parte ricorrente, dunque, dopo l’entrata in vigore del predetto regolamento sulla qualificazione, deve giudicarsi superata quella giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 6 giugno 2001, n. 4241) che aveva escluso l’assoggettamento ad amministrazione straordinaria dal novero delle cause impeditive della partecipazione delle imprese alle gare d’appalto di lavori pubblici argomentando che l’autorizzazione all’esercizio provvisorio, rilasciata dall’autorità

amministrativa sulla base di una valutazione tecnico-discrezionale condotta alla stregua di criteri economici, sociali e di affidabilità, finalizzata alla conservazione dell'impresa, considerata suscettibile di risanamento, dovesse consentire all'impresa autorizzata, in amministrazione straordinaria, una effettiva presenza sul mercato.

Parte resistente, oltre a giudicare tuttora condivisibile la linea interpretativa della citata pronuncia del Consiglio di Stato, obietta che la norma applicabile alla fattispecie dovrebbe invece identificarsi nell'articolo 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il regolamento generale sui lavori pubblici ai sensi dell'articolo 3 della legge "Merloni", che, nel dettare l'elenco tassativo delle cause di esclusione dalle gare d'appalto per l'esecuzione di lavori pubblici, alla lettera *a*), enumera solo lo "*stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo*", ovvero il caso in cui nei confronti del soggetto "*sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*", ma non menziona, e tale omissione non sarebbe senza significato, la procedura di amministrazione straordinaria.

Al riguardo il Collegio giudica convincente la tesi di parte resistente sull'assorbente rilievo della prevalenza della norma recata dal d.P.R. 554 del 1999 su quella di cui all'articolo 17 del d.P.R. 34 del 2000. L'articolo 75 del d.P.R. 554 del 1999 è stato infatti introdotto dal d.P.R. 30 agosto 2000, n. 412 (poiché l'originaria formulazione della disposizione non era stata ammessa al visto della Corte dei conti). E' dunque successiva a quella del d.P.R. 34 del 25 gennaio 2000 ed ha svolto effetti di abrogazione tacita sulla previsione precedente. Né può sostenersi che la norma sulla qualificazione sia speciale o logicamente prevalente su quella relativa ai requisiti di partecipazione alle gare d'appalto. Ed infatti entrambe le norme hanno carattere speciale e disciplinano, in definitiva, la stessa cosa: non avrebbe infatti senso ammettere alla gara un soggetto la cui qualificazione Soa sia decaduta o sia non conseguibile. Se la norma successiva, con una scelta innovativa rispetto al testo del decreto sulla qualificazione, non ha inserito l'amministrazione straordinaria tra le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, non può ritenersi che, ai diversi fini della qualificazione e della certificazione Soa dell'impresa, il trattamento dell'amministrazione straordinaria possa essere contrario e diametralmente opposto. Vi è un'antinomia tra le due previsioni, che va dunque risolta, nella specie, secondo l'ordinario e generale criterio cronologico (trattandosi di atti fonte equiordinati ed entrambi introduttive di norme speciali). Va dunque condiviso l'assunto di parte resistente, secondo cui l'eliminazione dell'amministrazione straordinaria dal novero delle cause impeditive, nell'ambito dell'articolo 75 del d.P.R. 554 del 1999, costituisce una precisa scelta della norma, non superabile in via di integrazione analogica, trattandosi di norma limitatrice della capacità speciale delle imprese e dunque soggetta a criteri di interpretazione restrittivi, espressiva della volontà di ridare spazio alla tesi del Consiglio di Stato, sopra richiamata, intesa a rimarcare la peculiarità della procedura di amministrazione straordinaria e la sua rispondenza a interessi pubblici sovraordinati alla vita aziendale e alla condizione specifica della singola impresa. Né, infine, è possibile trarre elementi risolutivi, nel senso della tesi attorea, dalla generica formulazione dell'articolo 24, lettera *a*), della direttiva 93/37/CE (confermata, in parte qua, dalla successiva dir. 2004/18).

Parte ricorrente evidenzia allora in punto di fatto la circostanza che, alla data di stipula della convenzione (11 luglio 2003), la mandante Coop. Costruttori non era ancora stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria, ma aveva solo inoltrato domanda in

tal senso al Tribunale (23 giugno 2003), per essere poi dichiarata in stato di insolvenza (in data 11 luglio 2003) e, quindi, solo in data 13 agosto 2003 essere ammessa ai benefici della legge Prodi. Secondo E.H., quindi, anche a voler optare che l'interpretazione di parte resistente in ordine all'assenza di rilievo impeditivo dell'amministrazione straordinaria ai fini della capacità a contrarre con la p.a., si sarebbe comunque dovuto prendere atto che la Coop. Costruttori, alla data di stipula della convenzione, versava in stato di insolvenza e non era ancora in amministrazione straordinaria, sicché doveva considerarsi incapace rispetto all'atto stipulato. Sennonché anche tale prospettazione non merita di essere condivisa poiché, come correttamente replicato da parte resistente, lo stato di insolvenza, in quanto fase prodromica interinale alle successive procedure fallimentari, concorsuali o di amministrazione controllata o straordinaria, non rileva in sé come causa impeditiva, ma deve necessariamente leggersi in funzione ed in rapporto al finale esito cui essa è strumentale, nel senso che lo stato di insolvenza in cui versava la Coop. Costruttori l'11 luglio 2003 non può rivestire alcun autonomo significato, ma deve essere raccordato al successivo sbocco di ammissione all'amministrazione straordinaria, derivando da tale stato il regime degli effetti sulla capacità di partecipazione alla gara e di stipula della concessione.

Per le esposte ragioni il ricorso n. 11484/2003 è infondato e va respinto.

Occorre adesso procedere all'esame del ricorso 8112/2003, che costituisce il "cuore" della complessiva controversia posta all'esame del Collegio e che racchiude una pluralità di censure con le quali E.H. contesta l'operato della stazione committente e l'idoneità della finale offerta migliorativa con la quale TME si è resa aggiudicataria della concessione.

Preliminarmente devono richiamarsi le conclusioni già tratte *supra*, a proposito del ricorso 11484/2203, in ordine all'inammissibilità del ricorso incidentale proposto da TME. Ne consegue l'inammissibilità per difetto di interesse della *reconventio reconventionis* proposta da parte ricorrente principale.

Nel merito il ricorso 8112/2003 viene giudicato fondato dal Collegio sul rilievo del vizio di difetto di istruttoria e di motivazione in cui è incorsa l'amministrazione (riguardata sia quanto all'operato della commissione giudicatrice appositamente costituita, sia quanto alla conclusiva approvazione degli atti e aggiudicazione definitiva disposta dal Commissario) nella parte in cui ha omesso di compiere un adeguato apprezzamento e approfondimento sui contenuti del PEF proposto da TME per verificare, alla luce delle indicazioni da esso scaturenti, la coerenza e la sostenibilità economica dell'offerta di ribasso poi giudicata vincitrice.

Ma è necessario procedere per gradi all'analisi delle diverse censure proposte da E.H.

La prima investe l'atto di asseverazione rilasciato il 27 febbraio 2003 da Banca Intesa sul PEF finale presentato da TME.

E.H. contesta in primo luogo la terzietà di Banca Intesa rilevando che tale società bancaria detiene una partecipazione rilevante nel capitale di una società che a sua volta controlla TME. Questa circostanza – a detta di parte ricorrente – avrebbe dovuto indurre la stazione committente a rifiutare tale asseverazione, come oggettivamente inidonea a svolgere il ruolo ad essa assegnato dalla legge che, nel sistema del *project financing*, postulerebbe una assoluta indipendenza e separatezza del giudizio della banca asseverante rispetto ai soggetti imprenditoriali coinvolti nel progetto.

La tesi non ha pregio. Non vi è nessun elemento normativo che deponga, se non direttamente e formalmente, almeno implicitamente, nella direzione indicata dalla ricorrente. Nessun divieto di compartecipazione azionaria, o di altra forma di collegamento, è posta dalla speciale disciplina sulla finanza di progetto, la cui *ratio* sembrerebbe, anzi, postulare un serio coinvolgimento dell'istituto di credito, il cui ruolo potrebbe spingersi oltre la mera asseverazione di "bancabilità" dell'operazione, non essendo vietato (ed essendo, anzi possibile e auspicabile) che la banca asseverante prenda successivamente parte all'effettivo finanziamento dell'operazione in favore del soggetto aggiudicatario (atteso che, fermo restando che gli effetti giuridici dell'asseverazione non impegnano in alcun modo l'istituto di credito né nei confronti della stazione appaltante, in termini di garanzia, né nei confronti del concessionario, in termini di affidamento bancario, nondimeno un serio esame di bancabilità condotto in sede di asseverazione ben potrebbe in astratto essere prodromico rispetto alla successiva effettiva finanziabilità del progetto).

Sotto un secondo profilo E.H. attacca l'asseverazione resa da Banca Intesa in quanto insufficiente e sostanzialmente condizionata, figurando, in essa, una formulazione (*Banca Intesa si è basata sulla documentazione e sui dati elementari, conseguenti a profili di Vostra scelta industriale, da Voi fornitici, che non sono stati sottoposti a verifiche di congruità e della cui veridicità e congruità vi assumete la responsabilità . . . la verifica di congruità da parte di Banca Intesa riguarda pertanto la struttura finanziaria del progetto, nonché i costi ed i ricavi valutati con riferimento ai dati elementari da Voi fornitici*) espressamente espunta e censurata come inidonea dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (con l'atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001) nell'esame di uno schema di asseverazione tipo predisposto dall'A.B.I. (la formula espunta è la seguente: "*Nello svolgimento dell'attività di cui sopra, la banca si è basata su dati e documentazione relativi al progetto da voi fornitici che non sono stati sottoposti a verifiche di congruità. La vostra società si assume pertanto ogni responsabilità circa la veridicità e congruità dei suddetti dati e dei documenti presentati al riguardo nonché, più in generale, di qualsiasi altra informazione comunicata alla banca ai fini della redazione del presente documento*"; l'Autorità, nella pronuncia in esame, ha affermato che tale clausola "*priverebbe di effettività l'asseverazione stessa*").

Tuttavia l'atto di regolazione – che è (fisiologicamente) frutto della mediazione delle diverse posizioni espresse dai soggetti che hanno partecipato all'audizione (Banca d'Italia, A.B.I., Unità tecnica finanza di progetto del Ministero dell'economia, A.n.c.e, A.g.i. tc.) - non sembra avere raggiunto soluzioni conclusive. Da un lato, infatti, si afferma, nel ripetuto atto di regolazione, che "*l'attività di asseverazione non si sostanzia in una mera verifica di massima sulla sostenibilità delle proposte; ma, al contrario, essa deve attestare la correttezza del piano economico finanziario e la congruità delle relative poste utilizzate per la sua*

elaborazione”, nonché che “la banca non si limita ad analisi formali (correttezza matematica delle voci) ma è chiamata ad effettuare valutazioni sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento) contenuti nel piano presentato dal promotore ed a verificarne l’equilibrio in relazione, tra l’altro, ai flussi di cassa generati dal progetto”, per cui “imprescindibile è altresì la verifica della congruenza dei dati forniti nel piano economico-finanziario con la bozza di convenzione”. Dall’altro lato, nello stesso atto di regolazione si ammette però che possa “trovare giustificazione un deferimento ai dati forniti dall’impresa, per quanto ne riguarda la veridicità e la congruità” con riferimento “a quegli elementi che per essere relativi ad accertamenti di fatto posti in essere dall’impresa debbono darsi per veri e congrui, se ed in quanto non oggetto di possibile riesame, costituendo profili di scelta industriale propri dell’impresa stessa”, di talché “la verifica di congruità riguarderà invece la struttura finanziaria dell’opera, nonché i costi ed i ricavi da valutarsi con riferimento ai dati elementari esposti dall’impresa”. L’atto di regolazione del 2001 lascia dunque aperte talune perplessità sia sulla natura giuridica (“attestazione qualificata”, come proposto dalla Banca d’Italia?) che sui contenuti minimi dell’asseverazione bancaria.

Comunque, anche a voler in linea ipotetica postulare l’inadeguatezza dell’atto di asseverazione presentato da TME rispetto ai contenuti minimi indicati dall’Autorità di vigilanza, è risolutiva della questione, nel senso dell’inammissibilità della doglianza E.H., la contestazione di parte resistente, che ha denunciato la sostanziale omogeneità di contenuti delle asseverazioni bancarie presentate nella procedura dagli altri soggetti partecipanti. Né può valere a paralizzare questa eccezione la replica di parte ricorrente per cui le asseverazioni E.H. e Acqua Blu, situandosi in momenti anteriori e prodromici della procedura, non sarebbero equiparabili appieno alla finale asseverazione rilasciata da Banca Intesa sul PEF dell’aggiudicatario. Il progetto – nelle sue linee portanti e strutturali – non può essere innovato nel corso della fase negoziata, nella quale (come è avvenuto nella fattispecie) i concorrenti devono limitarsi a rilanci migliorativi sugli elementi quantitativi dell’offerta, ovvero (quando previsto) su aspetti progettuali e gestionali sostanzialmente accessori, attesa la non modificabilità delle caratteristiche definienti il progetto posto a base di gara. Ne deriva che l’esame approfondito e serio di sostenibilità e di bancabilità deve essere svolto dalla banca già sui progetti presentati nelle fasi della scelta del promotore e del competitore. La nuova asseverazione resa sul progetto del vincitore finale si presenta come sostanzialmente confermativa della prima asseverazione, alla luce del maggior impegno economico promesso nella fase dei rilanci negoziati, ma non altera i termini essenziali del primo giudizio di bancabilità. Non può dunque sostenersi la non comparabilità delle asseverazioni bancarie prodotte dalle parti nel corso della procedura. Non è pertanto ammissibile il motivo di gravame in esame, con il quale il partecipante alla procedura selettiva E.H deduce contro l’impresa avversaria TME un vizio di partecipazione in cui essa stessa è incorsa.

In conclusione il Collegio non ritiene che vi sia adeguata chiarezza sull’entità minima necessaria che deve assumere l’asseverazione bancaria, sicché pare forzato l’accoglimento del ricorso sotto questo profilo, sulla base dell’affermazione della non rispondenza dell’asseverazione Banca Intesa al modello (invero assai generico e indeterminato) prefigurato dalla legge, non potendo in particolare costituire una differenza significativa la mancata verifica della congruità, che è riferita ai “dati elementari”, e ciò sulla scorta delle

equivoche conclusioni dell'atto di regolazione. In queste condizioni deve negarsi peraltro che parte ricorrente abbia interesse a far valere un vizio che inficia anche la sua offerta.

Con il secondo motivo di ricorso E.H. censura il difetto di istruttoria dell'amministrazione sul PEF di TME.

Questo motivo è fondato e merita accoglimento.

Giova premettere che i parametri di valutazione delle offerte migliorative finali, come definiti dalla apposita commissione giudicatrice per l'espletamento della procedura negoziata nella lettera ai partecipanti del 17 febbraio 2003, nonché (per quanto attiene ai pesi ponderali) nel verbale della riunione del 24 febbraio 2003, non comprendono l'esame del piano economico finanziario (PEF) presentato dai concorrenti, ma solo i seguenti elementi di valutazione, da apprezzare alla stregua di un criterio di tipo quantitativo e non qualitativo: ribasso sul contributo pubblico a base di gara stimato in €65 milioni (punti 47/100); revisione ordinaria (ribasso sulla soglia di variazione percentuale del valore del margine operativo necessaria per far scattare la revisione ordinaria: punti 25/100); revisione straordinaria (ribasso sulla soglia – del 3% - di variazione percentuale del valore del margine operativo necessaria per far scattare la revisione straordinaria: punti 20/100); valore residuo delle opere (ribasso sul valore stimato posto a base d'asta pari ad €22.075.112: punti 5/100); giorni di anticipazione nel volume minimo degli incassi (riduzioni del termine standard previsto a base di gara di 180 giorni:punti 3/100).

Si dirà più oltre come, ad avviso del Collegio, questa griglia selettiva non debba giudicarsi illegittima e possa ritenersi congrua per la procedura di finanza di progetto. Ma ciò che deve porsi in evidenza nell'esame della censura in trattazione è la circostanza, sulla quale anche parte ricorrente ha posto giustamente l'accento, che la commissione giudicatrice, nel predetto verbale del 24 febbraio 2003, conclusa la fase della condivisione dei progetti e degli elaborati posti a base di gara e dopo aver definito nel modo suddetto i punteggi da attribuire ai parametri di giudizio, ha così concluso la sua seduta: *“La Commissione procederà a redigere la graduatoria applicando i criteri sopra riportati, ferma restando la valutazione successiva, affidata all'Amministrazione, sulla coerenza e sostenibilità dei PEF riformulati dopo le offerte”*. A fronte di una griglia di valutazione puramente quantitativa, dunque, la stessa commissione giudicatrice ha avvertito la necessità di ribadire e chiarire *expressis verbis* la indefettibilità, nel quadro della complessa procedura di *project financing*, di una valutazione di merito sulla qualità del PEF e sulla sostenibilità dei ribassi proposti dai partecipanti all'esito della negoziazione. A fronte di questa chiara ed univoca indicazione, come giustamente sottolineato in ricorso, nessuna traccia di tale valutazione è rinvenibile nella pur ampia e analitica motivazione degli impugnati atti di aggiudicazione provvisoria e di aggiudicazione definitiva. Nel che effettivamente, ad avviso del Collegio, si rinviene una lacuna grave nell'operato dell'amministrazione procedente, attesa la indubbia strategicità del PEF nell'ambito della procedura di finanza di progetto.

Parte ricorrente – nel corpo dell'articolato mezzo di gravame in esame – si diffonde a cogliere diversi punti deboli del PEF avversario e ne desume l'insostenibilità dell'offerta TME. Deduce in particolare, circa i volumi idrici fatturati – che attengono al profilo della

stima delle entrate, essenziale per l'equilibrio economico finanziario dell'operazione – che TME avrebbe assunto di poter incassare sin dall'inizio della gestione il totale degli importi stimati nel progetto del promotore, imputando a entrate anche 24 milioni di mc/anno che, invece, fino alla realizzazione dei lavori sulle reti fognarie e sui collettori, avrebbero dovuto alimentare il fondo vincolato imposto a tale scopo dalla legge “Galli” 36 del 1994 – articolo 14, comma 1 (fondo vincolato a disposizione dei soggetti gestori del Servizio idrico integrato la cui utilizzazione è vincolata alla attuazione del piano d'ambito); che TME avrebbe altresì previsto già dal settimo anno di gestione il conseguimento di un incremento dei volumi idrici del 10,4%, superiore alla curva di incremento prevista nel progetto del promotore; che TME avrebbe altresì incrementato erroneamente i ricavi previsti computando anche quelli relativi alle reti fognarie ricadenti nel territorio del comune di Napoli, escluse dall'ambito oggettivo della concessione perché riservate ad altra autorità (sindaco di Napoli commissario delegato). Prospetta, inoltre, altri profili critici del PEF avversario, inerenti la durata della concessione (mancata detrazione dai 15 anni previsti dei tempi necessari per la presa in consegna degli impianti), la durata dei lavori, i costi operativi, gli ammortamenti, la gestione del debito sui flussi di cassa e delle commissioni bancarie, nonché, infine, una sostanziale “anomalia” dell'offerta TME – punto 8 del motivo di ricorso – perché il valore terminale del contributo pubblico – definito “VAN” – scaturente dall'offerta TME (stimato in €15.097.749) sarebbe di gran lunga inferiore a quello derivante dalle offerte E.H. e Acqua Blu (rispettivamente, € 29.256.367 ed €41.144.500).

Parte resistente prima ancora di contestare nel merito la ricostruzione di E.H., ne rifiuta l'ammissibilità e la rilevanza. Sostiene in particolare TME che l'argomentazione di controparte tenderebbe a introdurre surrettiziamente nella procedura di finanza di progetto una verifica di anomalia dell'offerta che non solo non è prevista dalla legge, ma è addirittura estranea e incompatibile con la natura e la logica di tale procedimento. Aggiunge parte resistente che la intervenuta condivisione degli atti fondamentali della procedura da parte di tutti i partecipanti (progetto preliminare del promotore successivamente migliorato d'accordo tra le parti, disciplinate tecnico del promotore con le migliorie successive, elaborati concernenti le “caratteristiche del servizio e della gestione”, bozza di convenzione rielaborata dalla commissione), nonché il congegno, sopra esaminato, del criterio di aggiudicazione nella fase negoziata, imperniato su ribassi quantitativi, porrebbe il PEF fuori dall'offerta in senso proprio e consentirebbe ai partecipanti di spaziare, con la propria offerta di ribasso, senza limiti predefiniti o insussistenti soglie di sospetta anomalia, nell'ambito dei valori condivisi posti a base della negoziazione (da essa TME non alterati).

La tesi di parte resistente non è condivisa dal Collegio per il duplice motivo che, per un verso, la censura di E.H. non è intesa a dedurre una sorta di impropria anomalia dell'offerta avversaria, ma a chiedere la verifica di ammissibilità stessa dell'offerta TME; per altro verso le difese TME sottovalutano eccessivamente il ruolo – che è invece centrale – del PEF, nell'ambito della procedura in esame.

E.H. non ha sostenuto che la gara *de qua* dovesse essere sottoposta a un subprocedimento di verifica dell'anomalia in senso stretto, esemplato su quello previsto dall'articolo 21 della legge 109 del 1994. Effettivamente, le norme speciali sulla finanza di progetto non richiamano questa disciplina, né la *lex specialis* della specifica procedura oggetto di causa prevedevano o preannunciavano una siffatta verifica. Ma la mancata applicazione al

procedimento in esame di una verifica di anomalia nel significato specifico di cui all'articolo 21 citato non significa che alla stazione appaltante sia precluso l'accertamento della coerenza e della sostenibilità economica dell'offerta. In realtà la mancata previsione di un meccanismo procedurale di verifica dell'anomalia nel *project financing* si giustifica proprio in relazione al fatto che il controllo di coerenza e sostenibilità dell'offerta finale è contenuto *in re ipsa* nell'esame del piano economico finanziario. Piano economico finanziario che, contrariamente all'avviso di parte resistente, integra l'offerta nella parte in cui ne costituisce la spiegazione. Il PEF, infatti, esplicita e rende comprensibile il modo in cui l'offerente ritiene di poter conseguire i risultati migliorativi formalizzati nel rilancio finale nella fase negoziata. Esso costituisce dunque il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell'offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento contenutistico dei ribassi offerti. Il PEF rappresenta e definisce i valori di partenza (in particolare, i ricavi attesi e i relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di costruzione e di gestione stimati) e ne spiega la sostenibilità nell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione. Le correnti definizioni della finanza di progetto pongono tutte l'accento, del resto, sull'elemento centrale del finanziamento, che trova garanzia, per il finanziatore, non già nel profilo soggettivo di affidabilità dell'operatore economico che ne beneficia, bensì nella credibilità dei flussi di cassa attesi dalla gestione dell'infrastruttura, nel loro equilibrio rispetto ai costi di costruzione e gestione. Donde la ovvia e comunemente condivisa conclusione per cui la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto stesso dell'intera operazione di *project financing*. Non è dunque ammissibile la sottrazione del piano economico finanziario – che questi equilibri spiega e giustifica – a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente. Valutazione di sostenibilità che, come già (sia pur indirettamente) indicato nella parte della presente motivazione relativa all'asseverazione bancaria Banca Intesa, non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria che, come giustamente rimarcato dall'Autorità di vigilanza nel già citato atto di regolazione n. 14 del 2001, non sostituisce la valutazione amministrativa (come se fosse un atto amministrativo), ma ne costituisce un presupposto di partenza (l'Autorità afferma, infatti, che “*la rilevanza pubblicistica – dell'asseverazione bancaria - va intesa in relazione all'importanza che l'attività dell'istituto di credito riveste per l'operato della pubblica amministrazione in quanto quest'ultima trova una conferma ovvero un supporto per le sue autonome valutazioni, come previste nella procedura di finanza di progetto, nell'attestazione professionalmente qualificata che l'istituto di credito rilascia circa la correttezza del piano e la congruità degli elementi che lo compongono sotto il profilo economico-finanziario*”).

Il richiamo all'asseverazione bancaria Banca Intesa rileva in questa sede anche sotto un altro profilo. Si è posto in luce *supra* nella presente motivazione come la predetta asseverazione non potesse giudicarsi non valida ai fini della procedura. Orbene, ferma restando la statuizione per cui tale inadeguatezza *non vitiat*, deve però osservarsi come essa rifluisca, nella presente sede, in un elemento di valore indiziario a sostegno ulteriore della fondatezza della censura di insufficienza dell'istruttoria e della motivazione compiute dalla stazione concedente. In definitiva la valutazione di coerenza e sostenibilità dell'offerta TME non è stata compiuta da nessuno nel procedimento in esame: non dalla banca asseverante; non lo ha fatto la commissione giudicatrice della fase negoziata, che ha anzi espressamente rimandato tale compito alla stazione concedente, nel considerato verbale del 24 febbraio 2003; non lo ha fatto neppure, infine, la stazione concedente, che si è limitata, nella motivazione degli atti terminali della procedura, a un laconico “visto” relativo al PEF TME aggiudicatario, e ciò nonostante la oggettiva inidoneità dell'asseverazione bancaria a

sopperire a tale indefettibile passaggio e il formale richiamo operato sul punto dalla commissione.

Per le esposte ragioni il ricorso n. 8112/2003 merita accoglimento, con conseguente annullamento dell'atto terminale della procedura (aggiudicazione definitiva di cui all'ordinanza 160 del 2003) e conseguente caducazione della convenzione dell'11 luglio 2003 (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2003 n. 2332, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, 19 novembre 2003, n. 7470; sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666) e successivo riesercizio della funzione a partire dall'ultimo atto anteriore, costituito dalla conclusione dei lavori della commissione giudicatrice. L'autorità procedente dovrà dunque eseguire, tramite i propri uffici oppure attraverso organi straordinari ausiliari di cui la stessa intenda avvalersi, quella verifica di coerenza e di sostenibilità del PEF aggiudicatario (tenendo nel debito conto, tra l'altro, i rilievi critici formulati nel presente contenzioso dalle parti ricorrenti) che, come ampiamente dimostrato, è mancata nel corso del procedimento oggetto di causa così come definito con la predetta ordinanza di approvazione degli atti n. 160 del 2003.

In via subordinata E.H. ha proposto, nel ricorso 8112/2003, una serie di motivi volti a far valere l'interesse strumentale al rifacimento dell'intera procedura negoziata. In particolare essa ha censurato il bando (come già fatto nel primo ricorso n. 9426/2002) per l'eccessiva discrezionalità di giudizio lasciata alla commissione nella fase negoziata e perché avrebbe prefigurato una riduzione del *project financing* ad una sorta di gara al massimo ribasso, tutta giocata su elementi di valutazione solo quantitativi; ha quindi attaccato la lettera 17 febbraio 2003 con la quale la commissione giudicatrice ha dettagliato le regole della fase negoziata ed ha escluso varianti progettuali, consentendo solo lievi miglioramenti funzionali ad ottenere elaborati condivisi; ha sostenuto che la condizione, ivi apposta, della condivisione di tale elaborati, avrebbe operato una sorta di "violenza morale" sulle parti; ha lamentato, infine, la violazione della segretezza del PEF E.H. e la tardività della definizione dei criteri di giudizio, fissati dalla commissione solo il 24 febbraio 2003.

Il Collegio ritiene – analogamente a quanto argomentato circa il ricorso 9426/2002 - che il motivo di accoglimento del ricorso 8112/2003, sopra esaminato, conducendo non già all'assegnazione a E.H. della concessione, bensì al parziale rifacimento della procedura, con esiti incerti (potendo in astratto l'esecuzione della *norma agendi* condurre alla conferma dell'aggiudicazione TME, oppure a un giudizio di insostenibilità di entrambi i PEF TME ed E.H. e, quindi, alla vittoria del progetto Acqua Blu terzo graduato), non si ponga come interamente soddisfacente e non sia perciò idoneo a far cadere ogni residuo interesse della ricorrente a una disamina delle ulteriori doglianze strumentali, atteso che l'esito finale eventualmente sfavorevole del riesercizio della funzione potrebbe far rivivere tale interesse, che viceversa una pronuncia di improcedibilità in questa sede finirebbe per definitivamente pregiudicare.

Tutti i motivi procedurali in questione si palesano peraltro infondati.

Il sistema seguito dalla commissione pare raffrontabile al metodo del "dialogo competitivo" introdotto dall'articolo 29 della nuova direttiva quadro sulle procedure di

aggiudicazione degli appalti 2004/18/CE del 31 marzo 2004 per il caso di “appalti particolarmente complessi”.

La condivisione risponde alla duplice esigenza logica e razionale di salvaguardare i termini essenziali del progetto di costruzione e gestione – come definiti nella fase del promotore e migliorati in quella di licitazione privata per la selezione dei competitori - e di definire un terreno comune chiaro e certo sul quale misurare la negoziazione.

Se il metodo della condivisione è legittimo, legittima è anche la conseguenza della delimitazione della gara ulteriore a profili essenzialmente quantitativi di “ribasso” sui dati caratterizzanti gli elaborati condivisi.

La asserita genericità del bando, per quanto attiene alla fase negoziata, deriva in realtà dalla natura stessa di tale fase e dalla complessità della procedura. Era necessario lasciare un ragionevole margine di elasticità allo svolgimento in concreto del confronto concorrenziale che assume, sotto questo profilo, una caratterizzazione simile alla trattativa privata e non soffre pertanto troppo rigide proceduralizzazioni.

Né vi è stato infine alcun “ritardo” della commissione nella definizione dei punteggi e degli ulteriori criteri di giudizio. La commissione non avrebbe potuto procedere in tal senso prima di una compiuta definizione della base della gara negoziata, vale a dire prima della sottoscrizione, da parte dei concorrenti, dei documenti e degli elaborati progettuali e convenzionali condivisi nei quali erano definiti gli oggetti stessi dei rilanci migliorativi in cui si sarebbe sostanziata la ulteriore negoziazione. E’ del tutto logico, quindi, che la commissione abbia provveduto alla specificazione delle modalità di aggiudicazione con lettera del 17 febbraio 2003 e alla definizione dei punteggi relativi ai requisiti da valutare ai fini dell’aggiudicazione con il verbale del 24 febbraio 2003, solo dopo aver raggiunto, nel precedente verbale del 20 febbraio 2003, la piena condivisione degli elaborati posti a base della successiva negoziazione.

Quel che conta, alla fine, come insegna il menzionato articolo 29 della direttiva quadro 2004/18 sopra richiamata, è che non vi siano state discriminazioni e lesioni effettive alla *par condicio* tra i concorrenti. Durante il dialogo competitivo – chiarisce il predetto articolo 29 – le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento di tutti gli offerenti. In particolare esse non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni offerenti rispetto ad altri”. Ora, E.H., che pure ha censurato la messa a disposizione del suo PEF ad uso degli altri concorrenti prima che fossero resi accessibili anche quelli degli altri due concorrenti, non ha dimostrato in che modo e misura tale mera irregolarità procedurale si sia tradotta in una pratica discriminatoria e di alterazione della parità di condizioni dei concorrenti. Sul punto parte ricorrente si è limitata ad addurre una “disparità di trattamento, quantomeno *ratione temporis*”, che non sarebbe stata superata per la successiva ostensione dei piani economico-finanziari degli altri due concorrenti (giusta nota della commissione del 3 febbraio 2003). Il Collegio non ritiene tale circostanza idonea a inficiare la validità della gara.

In conclusione, il Collegio ritiene infondate tutte le censure proposte da E.H. avverso le regole procedurali e lo svolgimento in concreto della procedura negoziata, fino al profilo, ritenuto invece fondato e già analizzato *supra*, della mancata valutazione amministrativa della coerenza e sostenibilità del PEF TME aggiudicatario.

Queste stesse considerazioni motivazionali, che sono valse a superare le censure “strumentali” proposte in via subordinata nel ricorso 8112/2003, bastano, ad avviso del Collegio, a motivare il rigetto del ricorso n. 9426/2003, tutto diretto avverso il bando, la successiva lettera d’invito e, in generale, la *lex specialis* della procedura.

Restano da esaminare i ricorsi Acqua Blu.

Il n. 1791/2003 diretto contro la licitazione privata (e l’ammissione in quella procedura dei due competitori E.H. e TME) è perento. Come fondatamente eccepito da E.H., la domanda di fissazione dell’udienza risulta presentata solo in data 6 maggio 2004, oltre il termine di perenzione dimidiato ai sensi dell’articolo 23 *bis* legge Tar (come inserito dalla legge 205 del 2000).

Il n. 10358/2003 – diretto contro la conclusione della procedura negoziata – è improcedibile per sopravvenuta carenza d’interesse a una sua decisione di merito, alla stregua dell’esito caducatorio dell’aggiudicazione definitiva e della connessa convenzione di concessione derivante dall’accoglimento del ricorso n. 8112/03 qui riunito. Come emerso chiaramente anche nel corso della discussione delle cause alla pubblica udienza del 26 maggio 2004, alla stregua della recisa contestazione da parte TME ed E.H. della stessa ammissibilità di tale gravame, l’unico interesse processuale perseguibile dal raggruppamento Acqua Blu, terzo collocato nella graduatoria finale, si compendia nel fine strumentale di ottenere un riesercizio della funzione, incentrato soprattutto sul vaglio di congruità e sostenibilità delle offerte avversarie. Risultato, questo, che è già determinato, come ampiamente precisato, dall’accoglimento del riunito ricorso E.H. iscritto al n. di r.g. anteriore 8112/2003. Da qui, anche per un’evidente ragione di economia di mezzi processuali, la ritenuta improcedibilità del ricorso 10358/2003.

Sussistono giusti motivi per disporre l’integrale compensazione tra tutte le parti in causa delle spese processuali relative ai giudizi riuniti.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA CAMPANIA, SEZIONE I^A, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe indicati, ne dispone la riunione e così decide:

- a. respinge il ricorso n. 9426/2002 Reg. Gen.;
- b. dichiara inammissibili i ricorsi incidentali proposti nel ricorso n. 8112/2003 Reg. Gen.;
- c. accoglie il ricorso n. 8112/2003 Reg. Gen. e, per l’effetto, annulla l’ordinanza n. 160 del 7 giugno 2003 del Commissario Delegato ex OO.P.C.M. n. 2425/96 e succ.;
- d. respinge il ricorso n. 11484/2003 Reg. Gen.;

- e. dichiara la perenzione del ricorso n. 1791/2003 Reg. Gen.;
- f. dichiara il ricorso n. 10358/2003 Reg. Gen. improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse in relazione all'annullamento, di cui al punto c) della presente decisione, dell'atto conclusivo della procedura oggetto di ricorso;
- g. compensa per intero tra le parti tutte le spese dei riuniti giudizi.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Amministrazione intimata.

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 26 maggio 2004.

Il Presidente

Il Relatore

Ricc. nn. 9426/2002 – 8112, 11484, 1791 e 10358/2003 Reg. Gen.