

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano - Sezione terza - ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 3328 del 2001, proposto da

**- ANTIGRAFFITI S.p.A.,**

in persona del legale rappresentante pro-tempore;

- **CALOIA S.r.l.,**

in persona del legale rappresentante pro-tempore,  
entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti e Rinaldo Bonatti ed elettivamente domiciliate presso lo studio degli stessi, in Milano, via San Barnaba, 30,

**contro**

**il COMUNE di MILANO,**

in persona del Sindaco pro-tempore,  
costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Danilo Parvopasso ed elettivamente domiciliato presso gli uffici dell'Avvocatura Comunale, in Milano, via della Guastalla, 8

**e nei confronti**

**della Soc. SANTINO & MARIO BERAUD S.p.A.,**

**anche quale mandataria di costituenda A.T.I.**

in persona del legale rappresentante pro-tempore,  
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Roberto Golda Perini ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Milano, via Matteo Bandello, 6,

**PER L'ANNULLAMENTO,  
previa sospensione,**

- **( ricorso originario ):**

“della determinazione, di estremi ignoti, con la quale la Commissione giudicatrice dell'appalto n. 35/2001 – Project financing rimozione graffiti ha disposto di proseguire nella gara” ( così, testualmente, l'epigrafe del ricorso );

- **( motivi aggiunti notificati il 27 novembre 2001 ):** “della nota 20 novembre 2001 ... che invita l'Antigraffiti s.p.a. (ma non l'ATI Caloia, unica competente nella presente fase in relazione all'affidamento del servizio) e la controinteressata impresa Beraud a presentare ... entro il 3 dicembre p.v. le proprie offerte nella procedura negoziata ai sensi dell'art. 37 quater della legge n. 109/1994” ( così, testualmente, i motivi aggiunti medesimi, alla pag. 2 );
- **( motivi aggiunti notificati il 10 e 11 gennaio 2002 ):** del “fax, datato 28 dicembre 2001, che ... invita [ le ricorrenti ] a partecipare alla trattativa privata che avrà luogo l'11 gennaio p.v.” ( così, testualmente, i motivi aggiunti medesimi, alla pag. 2 );
- **( motivi aggiunti notificati l'8 febbraio 2002 ):** della “deliberazione dirigenziale n. 2 del 28 gennaio 2002 ... [con la quale] il Comune di Milano ha disposto l'esclusione dalla procedura

negoziata del promotore ATI Caloia e l'affidamento della concessione alla costituenda ATI facente capo alla società Mario e Santino Beraud ... unitamente a tutti gli atti presupposti e in particolare, per quanto occorrer possa, al verbale della seduta 11 gennaio 2002" ( così, testualmente, i motivi aggiunti medesimi, alle pagg. 3 - 4 );

Visto il ricorso originario, notificato il 19 e 22 ottobre 2001 e depositato il 26 ottobre 2001, con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione, anche nella sua qualità di mandataria di costituenda A.T.I., della controinteressata Soc. Santino & Mario Beraud S.p.A.;

Visti i motivi aggiunti notificati il 27 novembre 2001 e depositati il 28 novembre 2001, con i relativi allegati;

Visti gli ulteriori motivi aggiunti notificati il 10 e 11 gennaio 2002 e depositati il 18 gennaio 2002, con i relativi allegati;

Visti, infine, i motivi aggiunti notificati l'8 febbraio 2002 e depositati il successivo 13 febbraio, con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie rispettive domande e difese;

Vista l'Ordinanza n. 2970/01, pronunciata nella Camera di Consiglio del 5 dicembre 2001, con la quale, "considerato, ad un sommario esame delle deduzioni della ricorrente e dei documenti prodotti, che, allo stato, la prosecuzione del procedimento di gara non pare possa comportare immediate conseguenze lesive irreparabili in capo alla ricorrente, posto che la stessa potrebbe prevalere sulla controinteressata", veniva respinta l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato con i primi motivi aggiunti;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 28 febbraio 2002, la relazione del Referendario dr. Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv.to M. Pisapia, in sostituzione dell'avv. Riccardo Villata, per le ricorrenti, l'avv. Danilo Parvopasso per la resistente Amministrazione e l'avv.to Roberto Golda Perini per la controinteressata;

Trattenuto indi il ricorso in decisione e ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

#### **FATTO**

Con bando inviato alla G.U.C.E. il 13 febbraio 2001 e pubblicato all'albo pretorio il successivo 16 febbraio, il Comune di Milano ha indetto, ai sensi dell'art. 37-quater della legge n. 109/94, "una procedura di scelta della/delle offerte economicamente più vantaggiose ex art. 21 comma 2 lettera b della suddetta Legge per l'affidamento dei ... lavori di rimozione dei graffiti comprensiva di scritte di ogni tipo e dei manifesti abusivi presenti nelle facciate degli edifici di proprietà pubblica e/o privata, vincolati e non vincolati, nonché della conseguente gestione del servizio di manutenzione delle stesse a garanzia del mantenimento delle condizioni di pulizia ottenute al termine di esecuzione dei lavori di primo intervento oltre al mantenimento delle condizioni di pulizia sugli edifici già trattati con i precedenti appalti" ( così, testualmente, il bando medesimo ).

Esaminata l'unica offerta pervenuta ( da parte della Santino & Mario Beraud S.p.A., in A.T.I. con Trivella S.p.A., Seli Manutenzioni Generali s.r.l., Donelli s.r.l. e Termoisover-Ind. S.r.l., controinteressata nel presente giudizio ), la Commissione giudicatrice dell'appalto "ha ritenuto il progetto presentato dall'impresa Santino e Mario Beraud Spa idoneo al confronto con la proposta del promotore nella procedura

negoziata da svolgersi secondo quanto disposto dall'art. 37 quater e seguenti della Legge n. 109/94" ( così il verbale di gara in data 12 ottobre 2001 ).

Con ricorso notificato il 19 e 22 ottobre 2001, la soc. Caloia s.r.l. (soggetto promotore del "project financing" in questione) e la soc. Antigriffiti S.p.A. ( società di progetto dallo stesso promotore costituita ai sensi dell'art. 37-quinquies della legge n. 109/94 ) hanno impugnato le richiamate determinazioni della Commissione, relative alla ammissibilità ( o, meglio, alla idoneità ) dell'offerta dell'A.T.I. Beraud, "con la quale dunque la soc. Antigriffiti dovrebbe misurarsi nella procedura negoziata ai sensi dell'art. 37 quater, comma 1 lett. B [ della legge n. 109/94 ]" (pag. 5 ric.).

Lamentano le ricorrenti, con unico, articolato, motivo di impugnazione, che, nella licitazione privata de qua, mentre "ogni eventuale offerta, per risultare ammissibile era tenuta a proporre condizioni più favorevoli per l'Amministrazione e in ogni caso a non violare le norme di legge in tema di appalto di opere pubbliche ... viceversa la Commissione giudicatrice ha ritenuto di ammettere a seguito della procedura l'unica offerta rimasta in gara dopo la prima seduta [ quella della controinteressata Beraud ], malgrado siffatta offerta non rispettasse il cennato fondamentale obbligo" (pagg. 6 – 7 ric.).

*Ciò premesso, si afferma, in particolare:*

- *che risulta incontestabilmente per tabulas come l'offerta dell'attuale controinteressata abbia proposto, per i lavori aggiuntivi, un rialzo rispetto all'elenco prezzi contenuto nel progetto" ( pag. 7 ric. );*
- *che, "in secondo luogo, l'offerta qui considerata prevede la costituzione, quale società di progetto, di una s.r.l. con capitale pari a venti milioni di lire ... pertanto l'offerta dell'interessata viola in parte qua: - le garanzie prospettate dal promotore, poste a base di gara e soltanto migliorabili; - l'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999, secondo cui il concessionario di opera pubblica deve avere un capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento" ( pagg. 7 – 8 ric. );*
- *quanto all'asseverazione bancaria del progetto economico di controparte, che "viene spontaneo dubitare che sia rispettata, se non la lettera, quanto meno la ratio degli artt. 37 bis e ss. della l. 109/1994, atteso che ben strana attestazione di bancabilità del progetto è quella rilasciata da un istituto di credito che rifiuta in ogni caso di assumerne il finanziamento" ( pag. 8 ric. );*
- *che irregolare sarebbe altresì la cauzione provvisoria presentata dall'A.T.I. controinteressata.*

Il Comune di Milano si è costituito in giudizio, eccependo la inammissibilità del ricorso avverso, giacché, dati gli aspetti peculiari del project financing" ( caratterizzato da "una procedura articolata in più fasi ben distinte, disciplinate dagli articoli da 37 bis a 37 nonies della legge n. 109/94 e successive modificazioni", delle quali viene qui in considerazione quella della gara "svolta non ai fini dell'aggiudicazione del contratto di concessione, ma con lo scopo di selezionare i due migliori offerenti successivamente posti in ballottaggio con il promotore" ), "il promotore ... è del tutto estraneo a tale fase di preselezione, entrando in gioco solo nella fase finale che si concluderà con l'aggiudicazione e con l'individuazione del soggetto con cui sarà stipulato il contratto".

"Tale affermata e certa estraneità", conclude la difesa del Comune, "preclude al promotore qualsiasi sindacato in merito alle scelte operate dalla Commissione per individuare i due probabili antagonisti [ dello stesso ]" ( pagg. 7- 8 mem. del 6 novembre 2001 ).

Si è pure costituita in giudizio la controinteressata SANTINO & MARIO BERAUD S.p.A., parimenti chiedendo la reiezione del ricorso, del quale contesta, peraltro, l'ammissibilità sia sotto il profilo della mancata impugnazione di altri provvedimenti della Commissione di gara ( "ossia il verbale del 18/7/2001 che aveva come effetto concreto e rilevante quello di dichiarare ammissibile l'offerta della Soc. Beraud, aprendo il plico contenente i profili economici dell'offerta, dopo che quelli tecnici erano stati approvati ed analizzati il 4/7/2001, verbale anche esso non impugnato dalla società ricorrente": pag. 3 mem. cost. ), sia sotto quello della improponibilità di un unico ricorso da parte delle due società ricorrenti, "in quanto le stesse sono portatrici di due interessi sostanziali e processuali tra loro distinti ed in conflitto" ( pag. 5 mem. cit. ).

Con successivo atto in data 20 novembre 2001, il Responsabile del procedimento di appalto in esame ha poi invitato la Antigraffiti S.p.A. e la Santino & Mario Beraud S.p.A. "a partecipare alla procedura negoziata che si terrà ai sensi dell'art. 37 quater della legge n. 109/94".

Con motivi aggiunti notificati in data 27 novembre 2001, le ricorrenti Antigraffiti S.p.A. e Caloia s.r.l. hanno esteso l'impugnativa anche al predetto atto di invito, deducendo che "la lettera di invito alla procedura negoziata è, oltre che in via derivata, autonomamente illegittima per una molteplicità di profili" ( pag. 13 mott. agg. ) ed in particolare denunciando:

- l'essere "la Commissione che dovrebbe valutare le offerte ... presieduta dal responsabile del procedimento ing. Acerbo";
- l'incongruità, e quindi l'illegittimità, del "termine assegnato per la presentazione dell'offerta".

A tali motivi aggiunti ha répliqué la difesa del Comune di Milano, contestando le argomentazioni avversarie e nel contempo riportandosi "alle considerazioni formulate nel primo atto difensivo, in particolare riproponendo la censura preliminare di inammissibilità per carenza di interesse" (pag. 3 mem. depositata il 4 dicembre 2001).

Con Ordinanza n. 2970/01, pronunciata nella Camera di Consiglio del 5 dicembre 2001 ( "considerato, ad un sommario esame delle deduzioni della ricorrente e dei documenti prodotti, che, allo stato, la prosecuzione del procedimento di gara non pare possa comportare immediate conseguenze lesive irreparabili in capo alla ricorrente, posto che la stessa potrebbe prevalere sulla controinteressata" ), è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare dell'atto impugnato con detti motivi aggiunti.

Con ulteriori motivi aggiunti, notificati i primi in data 10 e 11 gennaio 2002 ed i secondi in data 8 febbraio 2002, le ricorrenti hanno infine esteso l'impugnativa:

- alla nuova determinazione del Responsabile del procedimento, di invito alla trattativa privata dell'11 gennaio 2002;
- al provvedimento dirigenziale di affidamento della concessione di cui si tratta in favore della controinteressata ( unitamente agli atti di gara ad esso presupposti ), che, si afferma, "costituisce l'atto finale di un procedimento viziato fin dall'origine, poiché avviato illegittimamente" (pag. 4 mott. agg. dell'8 febbraio 2002 )

Le parti resistenti hanno, con ulteriori memorie, ribadito ed approfondito le difese già dedotte.

All'udienza del 28 febbraio 2002 la causa è passata in decisione.

## **DIRITTO**

1. – Va, preliminarmente dichiarata l'inammissibilità della memoria depositata dalla difesa della controinteressata in data 23 febbraio 2002, in quanto versata in atti oltre il termine (risultante dal dimezzamento, ex art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, del termine ordinario di dieci giorni fissato dall'art. 23, quarto comma, della stessa legge) di 5 giorni liberi dalla data dell'udienza.

2. - Come emerge da quanto si è brevemente esposto nella parte in fatto che precede, il presente ricorso è rivolto avverso le determinazioni, con cui il Comune di Milano, una volta indetta una gara per "project financing" ai sensi dell'art. 37-quater della legge n. 109/94 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 21, comma 2, lettera b) della stessa legge ( sulla base di un progetto presentato dalla qui ricorrente A.T.I. Caloia s.r.l., preventivamente individuata dal Comune stesso quale "soggetto promotore" del "project" medesimo ), per la scelta del soggetto ( o dei soggetti ) da porre in competizione con il promotore ai fini della definitiva scelta del contraente cui affidare la relativa concessione, ha prima "ritenuto il progetto presentato dall'impresa Santino e Mario Beraud Spa idoneo al confronto con la proposta del promotore nella procedura negoziata da svolgersi secondo quanto disposto dall'art. 37 quater e seguenti della Legge n. 109/94" ( così il provvedimento della Commissione giudicatrice di gara in data 12 ottobre 2001 ) e poi, conseguentemente, espletato la procedura negoziata di cui al citato art. 37-quater tra le ricorrenti da un parte ( l'una "soggetto promotore" del "project financing" in questione e l'altra "società di progetto" dal primo costituita ai sensi dell'art. 37-quinquies della stessa legge ) e la controinteressata dall'altra, la quale ultima è risultata aggiudicataria all'ésito della detta procedura, sì da essere individuata "quale futuro contraente dell'Amministrazione Comunale per la concessione in finanzia di progetto dei lavori di rimozione dei graffiti comprensiva di scritte di ogni tipo e dei manifesti abusivi presenti nelle facciate degli edifici di proprietà pubblica e/o privata, vincolati e non vincolati, nonché della conseguente gestione del servizio di manutenzione delle stesse a garanzia del mantenimento delle condizioni di pulizia ottenute al termine di esecuzione dei lavori di primo intervento oltre al mantenimento delle condizioni di pulizia sugli edifici già trattati" ( così il dispositivo della determinazione dirigenziale n. 2 in data 28 gennaio 2002 ).

Nei confronti dei suindicati provvedimenti, la Antigraffiti S.p.A., nella sua qualità di società di progetto e la Caloia s.r.l., nella sua qualità di soggetto promotore ( la quale ultima è risultata infine esclusa dalla procedura negoziata di cui si tratta, "in considerazione dell'abbandono della procedura da parte del legale rappresentante della mandataria": così la citata determinazione dirigenziale ), hanno proposto l'atto introduttivo del presente giudizio, contestando la regolarità della procedura seguita dal Comune di Milano e, in particolare, l'ammissione della controinteressata A.T.I. Mario & Santino Beraud alla fase della negoziazione competitiva con il soggetto promotore e dunque l'individuazione definitiva della stessa come concorrente del promotore nella detta ulteriore fase.

Le ricorrenti hanno pure proposto successivamente motivi aggiunti, diretti prima avverso gli inviti alla successiva procedura negoziata ( prevista dall'art. 37-quater, comma 1, lett. b ), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ), rivolti sia al soggetto promotore che all'impresa selezionata con la gara preliminare sopra oggetto di contestazione ( e cioè l'A.T.I. Mario & Santino Beraud ) e poi avverso la fase vera e

propria della negoziazione competitiva svoltasi tra tali soggetti e la conseguente individuazione della controinteressata quale futuro contraente dell'Amministrazione Comunale per la concessione in finanzia di progetto di cui trattasi.

Tali atti ulteriori sono, secondo le prospettazioni delle ricorrenti, inficiati da illegittimità derivata ( in virtù dei vizi dedotti con l'atto introduttivo riguardo alla individuazione dell'A.T.I. Mario & Santino Beraud come concorrente del promotore nella successiva fase negoziata), nonché da vizi proprii.

**2.1** - Devonsi, anzitutto, esaminare le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti resistenti.

Va osservato preliminarmente che:

- il Comune di Milano ha inteso "affidare, con l'istituto del project financing ai sensi degli articoli 37 bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la concessione lavori di rimozione dei graffiti comprensiva di scritte di ogni tipo e dei manifesti abusivi presenti nelle facciate degli edifici di proprietà pubblica e/o privata, vincolati e non vincolati, nonché della conseguente gestione del servizio di manutenzione delle stesse a garanzia del mantenimento delle condizioni di pulizia ottenute al termine di esecuzione dei lavori di primo intervento oltre al mantenimento delle condizioni di pulizia sugli edifici già trattati" ( così il preambolo della determinazione dirigenziale n. 2 in data 28 gennaio 2002, di conclusione del relativo procedimento );
- che allo stesso "è pervenuta da parte della s.r.l. Caloia, in qualità di mandataria dell'ATI appositamente costituita, la proposta di realizzazione dell'intervento e di gestione del servizio con risorse parzialmente private" ( ibidem );
- che con determinazione dirigenziale n. 99 in data 13 settembre 2000 l'Amministrazione Comunale "esaminata la proposta nei suoi contenuti tecnici ed economici e riscontrata la sua completezza documentale a termini di Legge ha ritenuto la proposta stessa conforme all'interesse pubblico ai sensi dell'art. 37 ter della citata legge 109/1994" ( ibidem );
- che l'A.T.I. presentatrice della proposta ( e cioè una delle due odierne ricorrenti ) è stata pertanto individuata dal Comune quale "soggetto promotore" dell'intervento, ai sensi dell'art. 37-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109;
- che l'Amministrazione, in particolare, con la citata determinazione n. 99/2000, ha così ritenuto la proposta dell'A.T.I. Caloia di pubblico interesse e fattibile sotto i profili indicati dal ricordato art. 37-ter;
- che l'Amministrazione medesima ha poi indetto una gara mediante licitazione privata, da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare i due migliori offerenti, da ammettere successivamente alla procedura negoziata con il promotore, prevista dall'art. 37-quater della legge-quadro più volte citata;
- che la gara è stata effettuata sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore, ai sensi dell'art. 37-quater, comma 1, lett. a), della predetta legge;
- che, in particolare, il bando di gara, alla voce "Oggetto e durata del contratto", stabiliva che "le offerte dovranno essere formulate avuto riguardo al fatto che gli elementi individuati nei documenti Indicazione degli elementi per la definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e Garanzie offerte dal Promotore all'Amministrazione Comunale costituiscono le condizioni minime che i concorrenti dovranno proporre. A tal fine saranno esclusivamente oggetto di valutazione i miglioramenti proposti sui singoli elementi che concorrono a determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa nei limiti e secondo le modalità previste dallo stesso Progetto preliminare";
- che il bando stesso, alla successiva voce "Requisiti di partecipazione alla gara", ribadiva "che ai fini dell'aggiudicazione e dell'attribuzione dei rispettivi punteggi i concorrenti dovranno formulare l'offerta avuto riguardo al fatto che gli elementi individuati nei documenti Indicazione degli elementi per la definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e Garanzie offerte dal Promotore all'Amministrazione Comunale costituiscono le condizioni minime che gli stessi dovranno proporre";

- che l'Amministrazione Comunale, a séguito di quanto disposto dalla Commissione giudicatrice appositamente nominata per l'espletamento dell'anzidetta gara preliminare ( le cui determinazioni conclusive sono appunto impugnate con l'atto introduttivo del presente giudizio ), ha ammesso l'A.T.I. Santino & Mario Beraud (unico soggetto partecipante alla gara stessa) alla successiva fase della procedura negoziata con il promotore, ritenendo il progetto dalla stessa presentato idoneo al confronto con la proposta del promotore nella successiva procedura negoziata prevista dal legislatore ai fini della individuazione dell'affidatario della concessione;
- che, a parere delle società ricorrenti (l'una "soggetto promotore" dell'anzidetto "project financing" e l'altra "società di progetto" dalla prima costituita ai fini della esecuzione dei lavori oggetto della relativa concessione), "l'offerta iniziale della costituenda ATI Beraud, risultando peggiorativa rispetto a quella base indicata dall'Amministrazione, avrebbe dovuto essere esclusa dalla licitazione privata preordinata all'individuazione del soggetto contraddittore della successiva fase negoziale" (pag. 4 mott. agg. notificati l'8 febbraio 2002).

Ciò detto, le ricorrenti sono, a parere del Collegio, sicuramente legittimate al ricorso, sì che infondata si appalesa l'eccezione, fatta valere dal Comune di Milano, secondo cui "le censure delle ricorrenti avverso i provvedimenti di ammissione dell'offerta Beraud alla licitazione privata sono, preliminarmente, inammissibili, per difetto di una posizione giuridica qualificata fatta valere dal promotore" e ciò in quanto, secondo il resistente Comune, "nella fase preliminare alla procedura negoziata non sorge alcun interesse legittimo, perché non è leso in modo diretto alcun diritto del promotore" ( pagg. 17 - 18 mem. del 7 febbraio 2002 ).

Occorre, in proposito, osservare che, ai sensi degli artt. 37 bis e segg. della legge-quadro, esaurita la fase della presentazione della proposta da parte del o dei promotori e dell'individuazione di quella ritenuta di pubblico interesse da parte dell'Amministrazione ( fase che non viene qui in discussione, ponendosi nel caso di specie a monte degli atti, della cui legittimità si discute ), si apre la fase negoziale, che ha ad oggetto l'affidamento della concessione, comprensiva della progettazione definitiva, della progettazione esecutiva, della esecuzione e della gestione dell'opera oggetto della proposta stessa.

A tal fine, l'art. 37-quater, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni espressamente prevede che le Amministrazioni, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 19, comma 2, della stessa legge, procedono, per ogni proposta ritenuta di pubblico interesse, "ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore".

Lo stesso comma 1 dell'articolo 37-quater, alla lettera b), prevede, inoltre, che alla aggiudicazione della concessione si pervenga poi "mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto".

Orbene, se è vero che il procedimento di affidamento della concessione nelle operazioni di "project financing" si snoda attraverso due fasi distinte (la prima costituita da una licitazione privata da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa; la seconda consistente in una procedura negoziata da svolgersi tra il promotore ed i due soggetti, che, nella licitazione privata di cui alla prima fase, abbiano presentato le due migliori offerte), e se è altrettanto vero che, rispetto al sistema classico della “concessione” ( cui in definitiva mira il veduto complesso procedimento di “project financing” ), diversa è la funzione della procedura di licitazione privata che si incontra nel corso del procedimento delineato dal legislatore ( che, nei procedimenti su iniziativa del promotore, è utilizzata dall’Amministrazione al solo scopo di selezionare quelle offerte, che potranno confrontarsi con quella del promotore nella successiva procedura negoziata; mentre, nella tradizionale procedura mirante alla conclusione di un contratto di concessione per l’esecuzione di lavori pubblici, la licitazione privata costituisce modalità diretta di affidamento della concessione medesima, volta alla individuazione del contraente, con il quale il relativo contratto sarà concluso ), purtuttavia bisogna ricordare che il progetto proposto dal promotore è stato fatto proprio dall’Amministrazione in esito al procedimento di valutazione di cui all’art. 37-ter della legge-quadro, che tale progetto è stato posto a base della gara volta alla individuazione di quei soggetti che con il promotore dovranno poi confrontarsi e che la relativa proposta “è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara” ( comma 2 dell’art. 37-quater cit. ).

Pur non essendo, dunque, la fase della licitazione privata di cui trattasi, come sopra ricordato, finalizzata alla scelta dell’aggiudicatario finale ( ma unicamente destinata a selezionare le due offerte economicamente più vantaggiose, al fine di porre poi in essere una procedura negoziata fra gli autori delle stesse ed il promotore ), si deve ritenere che, sulla base dei principii generali che presidono al sistema delle pubbliche gare, il soggetto promotore abbia un interesse giuridicamente rilevante a che i soggetti, che con lui concorreranno nella successiva fase negoziata ( ai fini della scelta dell’aggiudicatario finale ), abbiano, nella precedente fase della preliminare licitazione privata, dimostrato il possesso dei necessari requisiti ed abbiano in quella sede presentato valide offerte, sulla base del progetto preliminare posto a base di quella licitazione e delle regole dettate dal legislatore e dall’Amministrazione per il suo svolgimento; e ciò perché, così come accade nei procedimenti di gara “classici”, nel caso di mancanza di altre offerte valide ( a meno che l’Amministrazione non abbia espressamente escluso l’aggiudicazione con riferimento ad una tale ipotesi ), la sua proposta, come s’è visto, “è vincolante per lo stesso”: il che significa, semplicemente, che l’Amministrazione dovrà in tal caso affidare ( salvo il tradizionale potere di révoca pur sempre alla stessa spettante per motivi di pubblico interesse, da esercitarsi secondo parametri di sufficienza, congruità e logicità della motivazione ) ad esso promotore la concessione, sulla base del progetto proposto e già approvato nella precedente fase dall’Amministrazione medesima.

Chiaro, insomma, ad avviso del Collegio, risulta lo spirito della norma, che mira in ogni caso all’individuazione di un aggiudicatario e, proprio per questo, da un lato prevede che la proposta del promotore “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” e, dall’altro, nel disciplinare il meccanismo di rimborso previsto dall’art. 37-quater, non prevede un tertium genus tra l’ipotesi del promotore che non risulti aggiudicatario ( e che si veda dunque

rimborsati gli oneri, che sicuramente avrà sostenuto per l'elaborazione della proposta, esclusivamente "a carico dell'aggiudicatario" e di nessun altro ) e quella in cui il promotore stesso risulti aggiudicatario ( nel qual caso è previsto ch'esso debba versare al primo ed al secondo in graduatoria della licitazione privata le spese sostenute per la predisposizione della proposta, nelle misure, rispettivamente, del 60% e del 40% ).

Né da una tale ricostruzione possono in qualche modo ritenersi lesi, come sembra paventare il Comune di Milano, l'interesse ad instaurare la concorrenza nelle pubbliche gare, ovvero l'interesse dell'Ente pubblico a reperire sul mercato la migliore proposta tecnico-economica per il soddisfacimento dell'interesse pubblico: e ciò perché, da un lato, comunque una gara per la ricerca del soggetto ( o, meglio, dei soggetti ) da porsi in concorrenza ed in competizione con il promotore v'è pur stata, anche quando essa si chiuda con la mancanza di offerte valide; e, d'altro canto, perché la proposta del promotore posta a base di gara ha già superato il vaglio tecnico-economico dell'Amministrazione, in sede di valutazione ex art. 37-ter.

In conclusione sul punto, è da ritenersi che il promotore abbia un interesse giuridicamente rilevante a sindacare le fasi della licitazione privata volta ad individuare i soggetti della successiva procedura negoziata; e ciò anche per quanto concerne la semplice ammissibilità delle offerte presentate in quella licitazione in relazione al "suo" progetto posto a base di gara, proprio perché dalla valutazione dell'Amministrazione circa l'ammissibilità o meno di quelle offerte e circa l'idoneità di quei soggetti a concorrere successivamente con il promotore può risultare lesa il suo interesse a concorrere con soggetti correttamente selezionati ed individuati sulla base di regole predeterminate ed il suo interesse, in fin dei conti, a che l'esclusione di quei soggetti esclusi per l'inosservanza di quelle regole si traduca nella mancanza di valide offerte e dunque nel suo diritto all'aggiudicazione della concessione ( del resto, il favor per la concorrenza e per la più ampia partecipazione alle gare non può mai comunque portare all'accantonamento delle regole formali e sostanziali stabilite nelle pubbliche gare a tutela dei principi di trasparenza, par condicio ed imparzialità ). Parallelamente, un uguale interesse deve ritenersi sussistere in capo alla "società di progetto", medio tempore costituita dal promotore stesso; "la società così costituita", infatti, per espressa previsione legislativa, "diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione" ( quarto periodo del comma 1 dell'art. 37-quinquies della legge n. 109/94 ); il che significa ch'essa tutela, con l'azione qui esercitata, il suo diretto interesse all'affidamento della concessione in favore del promotore, nella quale, come s'è visto, ha poi diritto di subentrare.

Detto meccanismo vale, chiaramente, anche ad escludere che fra tali due soggetti ( promotore e società di progetto ) possa ipotizzarsi sussistere quel conflitto di interessi, eccetto dalla controinteressata per escludere la possibilità di proposizione, nel caso di specie, di un ricorso collettivo.

Appare, in proposito, opportuno sottolineare che la contestuale proposizione di domande da parte di una pluralità di soggetti è consentita allorché esse comportino la soluzione di identiche questioni ( Cons. Giust. Amm., 1 luglio 1993, n. 250 e 12 aprile 1995, n. 136 ) e non vi sia conflitto di interessi fra i ricorrenti, che presentino identità di situazioni sostanziali e processuali, sì che l'eventuale accoglimento del gravame possa tornare a vantaggio di tutti ( v. anche Cons. St., VI, 24 febbraio 1994,

n. 214 ); e tali requisiti si riscontrano, entrambi senza dubbio alcuno, nel caso in esame.

Quanto, poi, al prospettato “gravissimo difetto dei requisiti previsti dalla legge in tema di società partecipanti”, nel quale incorrerebbero le società ricorrenti ad avviso della controinteressata ( pag. 6 mem. del 14 febbraio 2002 ), valga ricordare, anche a voler ammettere la sussistenza dell’interesse della stessa a far valere il difetto, in capo alle ricorrenti, dei requisiti richiesti ai fini dell’affidamento della concessione ( cui è preordinato il “project financing” ), che tale doglianza andava proposta non come mera eccezione, bensì con un vero e proprio ricorso incidentale, che non risulta invece, nel caso di specie, ritualmente proposto; va comunque sottolineato, in proposito, che il possesso, da parte del promotore, dei requisiti previsti dall’art. 98 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 è richiesto “al fine di ottenere l’affidamento della concessione” ( comma 3 dell’art. 99 dello stesso D.P.R. ) e dunque la relativa verifica attiene alla fase dell’aggiudicazione della concessione in favore del promotore stesso, estranea al presente giudizio ( in quanto eventuale e futura ), nell’ambito della quale l’Amministrazione dovrà effettuare la verifica medesima.

Né, per finire, vale a rendere inammissibile il ricorso la mancata impugnazione, pure eccepita dalla controinteressata, dei provvedimenti della Commissione di gara, che hanno avuto l’effetto concreto e rilevante di dichiarare ammissibile l’offerta della soc. Beraud” ( pag. 3 controric. ).

Pur con gli adattamenti resi necessari dalle particolarità del procedimento all’esame, vale, infatti, nella specie, il principio, già più volte affermato in giurisprudenza, secondo cui gli atti di ammissione ai procedimenti di gara sono privi di contenuto lesivo, in quanto interni ai procedimenti medesimi ed idonei a concretare una situazione di vantaggio nei confronti di alcuno dei soggetti ammessi e, corrispondentemente, di svantaggio nei confronti degli altri soggetti direttamente interessati alla gara; è solo, dunque, con l’approvazione dell’atto terminale del procedimento o sub-procedimento di cui si tratti ( nella fattispecie individuabile nel verbale della seduta della Commissione di gara del 12 ottobre 2001, con il quale sono stati rimessi “gli atti al Presidente di gara per la continuazione del procedimento” e sono state comunicate alle imprese concorrenti “le decisioni prese dalla Commissione Giudicatrice” circa l’idoneità del progetto presentato dall’impresa Santino & Mario Beraud S.P.A. al confronto con la proposta del promotore nella successiva procedura negoziata ), che il soggetto direttamente danneggiato da quelle determinazioni può vedere concretare la lesione alla propria posizione giuridica e quindi trarne legittimazione per l’impugnazione dell’atto conclusivo medesimo ( v. T.A.R. Lombardia, Brescia, 19 agosto 1999, n. 753 ).

**2.2** – Venendo ora al mérito del ricorso, lo stesso si appalesa fondato.

Invero, sia sulla base dei principii generali relativi al sistema del “project financing” disegnato dal legislatore ( nel quale la licitazione privata, della quale sono in questa sede contestate le risultanze, è volta a selezionare, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, i due concorrenti da invitare successivamente alla procedura negoziata da svolgersi in competizione con il promotore ), sia sulla base delle specifiche disposizioni recate dal bando de quo ( che, si ricordi, stabilivano “che ai fini dell’aggiudicazione e dell’attribuzione dei rispettivi punteggi i concorrenti dovranno formulare l’offerta avuto riguardo al fatto che gli elementi individuati nei documenti Indicazione degli elementi per la definizione dell’offerta economicamente più vantaggiosa e Garanzie offerte

dal Promotore all'Amministrazione Comunale costituiscono le condizioni minime che gli stessi dovranno proporre" ), deve ritenersi che le proposte da formularsi, da parte dei concorrenti a tale licitazione, ai fini della ammissione alla successiva procedura, dovessero essere migliorative ( o almeno pari ) rispetto a quella del promotore, posta a base della gara medesima.

Difforme, allora, dalle prescrizioni di gara appare l'offerta della controinteressata, laddove, con riferimento ai punti 8) e 9) del documento "Indicazione degli elementi per la definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (espressamente richiamato nel bando di gara e facente parte del "Progetto preliminare" proposto del promotore ed approvato dall'Amministrazione), sicuramente essa si presenta come peggiorativa delle dette "condizioni minime" (tali sempre in virtù di espressa previsione del bando), che costituiscono, nel caso di specie, per inequivoca determinazione dell'Amministrazione stessa, quei "valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa", di cui alla lettera a) del comma 1 dell'art. 37-quater della legge n. 109 del 1994.

Un tale "peggioramento" pare, invero, con riferimento alle citate voci dell'offerta della controinteressata, incontestabile: infatti, "sull'Elenco Prezzi per eventuali lavori aggiuntivi ... l'offerente offre l'aumento unico del 40,00%" e "La Concorrente ha presentato Impegno a costituire, in caso di affidamento, una Società di progetto in forma di Società consortile a responsabilità limitata con capitale sociale di L. 20.000.000=" ( verbale della Commissione giudicatrice in data 18 luglio 2001 ). Se l'aumento sull'elenco prezzi appare *ictu oculi* peggiorativo rispetto al progetto preliminare del promotore, basti rilevare, rispetto all'impegno a costituire società di progetto, che il bando prevedeva "la costituzione di una società di progetto, ai sensi dell'art. 37 quinquies della Legge 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni, come previsto dal documento Garanzie offerte dal promotore all'Amministrazione Comunale", che, a sua volta, prevede che "la Società che verrà costituita avrà ... [ un capitale sociale ] di £. 1.000.000.000=; è previsto inoltre un aumento del capitale sociale a £. 3.500.000.000= entro 4 mesi dall'inizio dei lavori".

Va peraltro chiarito, per completezza, che è pur vero che l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ( valido per la licitazione privata de qua ) tende a dare all'aggiudicazione caratteristiche di elasticità, contrapponendosi a criterii meramente automatici e stimolando un confronto concorrenziale fra imprese basato non unicamente sul prezzo migliore, ma sulla vantaggiosità complessiva dell'offerta, che, combinata alle soluzioni tecniche proposte, tenga soprattutto conto del rapporto costi – benefici.

Ma, nella controversia all'esame, il problema non si pone in questi termini; e ciò perché l'Amministrazione si è ben guardata dall'indicare, nelle norme dettate per la gara sottoposta allo scrutinio di questo Giudice, quell'"unico parametro finale" ( v. comma 3 dell'art. 21 della legge n. 109/94 ), al di sotto del quale le predette "condizioni minime" avrebbero potuto considerarsi non rispettate.

In conclusione, l'inequivoca lettera del bando e della documentazione progettuale ( cui il bando stesso rinvia: v., in particolare i documenti Indicazione degli elementi per la definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e Garanzie offerte dal Promotore all'Amministrazione Comunale ) consentono di ritenere che l'offerta dei partecipanti alla licitazione di cui si tratta non potesse, per ciascuno degli elementi ivi individuati, scendere al di sotto

