

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Lecce,

Reg. dec. nr. 1319/05

Sezione Seconda

composto dai Signori Magistrati

dr. Antonio Cavallari presidente

dr. Giulio Castriota Scanderbeg componente est. dr. Claudio
Contessa componente

ha pronunciato la seguente

sentenza

sul ricorso n. 2133/2004 proposto da **Costruzioni srl**, in persona dell'amministratore unico legale rappresentante pro-tempore nonché dalla "**A&P -Associati & Partners srl**", in persona del legale rappresentante pt, rappresentate e difese in giudizio dall'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini e dall'avv. Stefano Astorri del foro di Roma nonché dall'avv. Noemi Carnevale, ed elettivamente domiciliate nello studio di quest'ultima in Lecce alla via Oberdan 107;

contro

il Comune di Massafra, in persona del sindaco legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso in giudizio dall'avv. Vittorio Triggiani e domiciliato ex officio nella Segreteria di questo TAR;

e nei confronti

di Intini Angelo srl, in persona del legale rappresentante e di CISA spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quali partecipanti alla costituenda associazione temporanea di

imprese ATI INTINI-CISA, rappresentate e difese in giudizio dagli avv.ti Pietro Quinto e Luigi Quinto ed elettivamente domiciliate nello studio di questi ultimi in Lecce alla via Garibaldi n. 43;

per l'annullamento previa sospensione

- della delibera della Giunta Comunale del Comune di Massafra n.223 del 29 luglio 2004, pubblicata all'albo pretorio con decorrenza dal 30 luglio 2004, con la quale è stata disposta la approvazione delle risultanze dei verbali nn. 8, 9 e 10 della Commissione per la valutazione delle proposte di realizzazione dell'impianto e della gestione in project financing dell'ampliamento del cimitero comunale, è stata individuata quale migliore proposta quella presentata dalla costituenda associazione temporanea tra le imprese Intini Angelo srl e CISA spa, è stata approvata e dichiarata di pubblico interesse la proposta formulata dalla predetta, qualificata come soggetto promotore, ed è stato dato mandato agli Uffici di dare ulteriore corso al procedimento di cui agli artt. 37 bis e segg. della legge 109 del 1994;
- della lettera raccomandata prot. N. 39635 del 19.12.2002 con la quale il Comune di Massafra ha comunicato alle ricorrenti la preferenza accordata dalla Commissione per la valutazione delle proposte a quella articolata dalla citata costituenda ATI;
- dei verbali della predetta commissione, ed in particolare del verbale n. 8 con il quale è stata ammessa alla competizione la costituenda associazione controinteressata, nonché il verbale n. 10 col quale è stata valutata come meritevole di accoglimento la proposta presentata dalla ATI controinteressata rispetto a quella presentata dalle ricorrenti;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi compresa la lettera del 7 settembre 2004 di comunicazione della delibera di GM n. 223/2004, la Relazione del Responsabile del Procedimento riportata nella delibera GM n. 223/04, la nota 10.2.2003 prot. 4286, le delibere di CC n. 29/03 del 31.3.2003 e n. 65/04 del 20.7.2004 di adozione e approvazione della variante al Programma di fabbricazione e al Piano Regolatore Generale per l'ampliamento del cimitero comunale;

nonché in via subordinata per

- la condanna anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998 della Amministrazione resistente alla corresponsione dei danni subiti dalle ricorrenti;

nonché

- **sui motivi aggiunti** proposti dalle ricorrenti con memoria notificata in data 11 gennaio 2005 avverso l'Avviso pubblicato mediante affissione dal Comune di Massafra recante le "Condizioni generali di partecipazione alla gara a licitazione privata (project financing) per l'affidamento di concessione per la realizzazione dell'ampliamento del cimitero comunale";
- gli ulteriori atti di gara indicati nel predetto avviso quali il bando di gara, le Norme generali di partecipazione alla gara, il Progetto Preliminare e lo schema di Convenzione;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non conosciuto;

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la memoria prodotta dall'amministrazione intimata nonché dalle controinteressate;

Visti i motivi aggiunti;

Visti tutti gli atti e le memorie tutte di causa;

Udito alla camera di consiglio del 24 febbraio 2005 il giudice

relatore dott. Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le ricorrenti

l'avv. Carnevale, anche in sostituzione dell'avv. Grisostomi

Travaglino, l'avv. Triggiani per il Comune di Massafra e l'avv. Luigi

Quinto per le controinteressate;

uditi altresì i difensori delle parti;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO

Le ricorrenti imprese, partecipanti in costituenda associazione alla selezione indetta dal Comune di Massafra per la individuazione di una proposta ai sensi dell'art. 37 bis dell' l. 109/94 da porre a base dell'affidamento in concessione dei lavori di ampliamento del cimitero comunale, lamentano col ricorso all'esame la illegittimità della determinazione della intimata amministrazione comunale (nonché di quelle presupposte specificamente indicate in epigrafe) a mezzo della quale è stata espressa la preferenza per la proposta articolata dall'ATI (anch'essa costituenda) Intini – Cisa, odierna controinteressata.

Premettono le ricorrenti di aver già interposto gravame avverso la lettera racc. n. 39635 del 19.12.2002 recante la comunicazione delle determinazioni della Commissione di valutazione nonché i verbali della predetta Commissione, ma che tale ricorso, pur accolto in primo grado, è stato dichiarato inammissibile dal Consiglio di Stato, attesa la natura non provvedimentale dell'atto in quella sede gravato.

Di qui la necessità della nuova iniziativa avverso la determinazione giuntale sostanzialmente riproduttiva delle determinazioni amministrative già assunte dall'organo tecnico in ordine alla preferenza da accordare alla proposta della odierna associazione controinteressata rispetto alla proposta di esse ricorrenti. Deducono le ricorrenti violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis della legge 109/94 nonché del contenuto dell'Avviso Pubblico e del Programma triennale dei Lavori adottato dal Comune di Massafra, eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione nonché violazione del procedimento con particolare riguardo alle previsioni di cui agli artt. 37-ter e 37 quater della legge 109 del 1994.

Si è costituita in giudizio la intimata amministrazione per contestare la fondatezza del ricorso e per chiederne il rigetto. Si sono altresì costituite in giudizio le imprese in associazione temporanea controinteressate ed hanno anch'esse contestato la fondatezza della pretesa avversaria chiedendone la reiezione. Queste ultime hanno altresì interposto gravame incidentale avverso la stessa determinazione di ammissione della ricorrente associazione alla gara; in particolare, le controinteressate con la impugnativa incidentale, dopo aver censurato la lex specialis di gara ove interpretata nel senso di ritenere con essa fissato un importo delle opere non superabile nella articolazione delle distinte proposte, hanno evidenziato la carenza documentale della offerta della ricorrente (mancanza del piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito) nonché l'avvenuto superamento anche da parte della ricorrente dell'importo delle opere espressamente dichiarato non superabile nell'avviso di gara: donde a loro dire scaturirebbe la stessa inammissibilità dell'impugnativa principale. Con motivi aggiunti notificati alle parti intimare in data 11 gennaio 2005, le ricorrenti hanno altresì gravato l'avviso del Comune di Massafra recante le condizioni generali di partecipazione alla gara per licitazione privata per l'affidamento in concessione e per la realizzazione dell'ampliamento del cimitero comunale, facendo valere pressoché le medesime lagnanze già articolate col mezzo

principale, con l'aggiunta della pretesa illegittimità dell'ulteriore corso della procedura in pendenza della impugnativa giurisdizionale sugli atti pregressi nonché la violazione dei termini procedurali relativi alla individuazione della proposta di pubblico interesse di cui all'art. 37 ter e per l'avvio della selezione del promotore di cui all'art. 37 quater cit.

Hanno resistito con memoria le parti intimete insistendo per la reiezione del mezzo principale e dei motivi aggiunti. Le imprese controinteressate hanno altresì insistito per l'accoglimento del ricorso incidentale.

All'udienza pubblica del 24 febbraio 2005 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1.-Il ricorso è infondato e va rigettato.

2. Col primo motivo le imprese ricorrenti lamentano che la proposta dell'ATI Intini-Cisa non era conforme alle tassative disposizioni di legge e dell'Avviso pubblico di project financing e che pertanto doveva restare esclusa dalla procedura. In particolare le ricorrenti censurano l'operato della Commissione di valutazione delle proposte nella parte in cui ha ammesso l'odierna controinteressata nonostante che la proposta da questa articolata prevedesse la realizzazione di opere per Euro 6.766.000,00 a fronte di un limite non superabile di Euro 1.549.370,70 stabilito dall'Avviso pubblico. Da ciò conseguirebbe in modo evidente, a dire delle ricorrenti, la violazione del predetto Avviso, del Programma triennale dei lavori del Comune di Massafra (allegato all'avviso), pur esso contenente i suddetti importi insuperabili per le opere, nonché degli art. 14 della L. 109/94 e 13 DPR 554/99.

Ma la censura non merita di essere condivisa.

Giova premettere che l'istituto della finanza di progetto, disciplinato dagli artt. 37 bis e segg. della L. 11 febbraio 1994 n. 109, rappresenta un modulo opzionale per la realizzazione dei lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nel programma triennale di cui all'art. 14 della legge 109/94; detto istituto è stato introdotto dal legislatore (L. 18 novembre 1998 n. 415 art. 11) al precipuo fine di attrarre gli apporti progettuali e finanziari dei privati nella dinamica dei lavori pubblici. Elemento indefettibile di tale modello è dunque la partecipazione del capitale privato nella realizzazione dei lavori pubblici, anche se non ne è escluso il contributo finanziario pubblico, soprattutto in vista del perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del privato promotore e

della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

Strettamente consequenziale a tale aspetto peculiare dell'istituto, rappresentato come detto dalla necessaria partecipazione finanziaria del privato alla realizzazione dei lavori pubblici, è poi la scelta legislativa di utilizzare il contratto di concessione di lavori (di cui all'art. 19 l.cit) quale schema convenzionale nel cui alveo ricondurre le prestazioni delle parti; se l'Amministrazione non sopporta il peso finanziario dell'investimento (o, al più, lo sopporta, come detto, soltanto in parte qua), che accolla sulla parte privata, deve pur remunerare quest'ultima in altro modo, e lo fa appunto concedendole il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati, secondo il modello della concessione di costruzione e gestione che tanta attenzione e preoccupazione ha inizialmente suscitato in ambito comunitario. Tutto questo per dire che sul piano logico-sistematico il project financing comporta sempre la partecipazione finanziaria del soggetto promotore, cui solo può aggiungersi, ma come modalità non necessaria, il contributo pubblico: tanto si ricava a chiare lettere dal contenuto delle disposizioni introduttive dell'istituto in parola (artt. 37 bis e segg. L. 109/94), ed è espressamente previsto nell'Avviso Pubblico redatto dal Comune di Massafra in data 10 aprile 2002 relativo appunto alla selezione per cui è causa. Vi si legge infatti che l'Amministrazione intende acquisire proposte relative alla realizzazione dei lavori pubblici, espressamente indicati nel medesimo avviso, lavori da realizzare tramite contratti di concessione ai sensi dell'art. 19 comma 2 l. cit. e con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi. Dopodiché vi è l'elenco delle opere ammesse a project financing con la indicazione accanto a ciascuna di esse dell'importo non superabile. E' dunque espressamente prevista, nelle regole speciali della selezione della proposta, la possibilità che la stessa sia articolata, sul piano economico-finanziario, anche a mezzo del ricorso al contributo della finanza pubblica.

Poiché però nell'Avviso che ha dato corso alla selezione della proposta di interesse pubblico mancano altre indicazioni utili a proposito del previsto limite finanziario fissato per ciascuno degli interventi programmati, si tratta di cogliere, in via interpretativa, il significato da attribuire alla locuzione "importo non superabile" di ciascuna delle opere ammesse a project financing; più in particolare, si tratta di verificare se con la prefissione di quella soglia la stazione appaltante abbia voluto fissare un tetto assoluto

invalicabile all'investimento pubblico/privato per ciascuna opera, ovvero semplicemente il tetto massimo del contributo pubblico ammissibile per l'ipotesi che il proponente, nell'alternativa inequivocabilmente ammessa dallo stesso avviso ("con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori"), intenda in concreto avvalersi della possibilità di attingere alle risorse pubbliche.

Al Collegio non pare possano affacciarsi dubbi sul significato da attribuire alla limitazione valoriale espressa nell'Avviso, secondo le convergenti indicazioni scaturenti dalla applicazione alla fattispecie dei canoni di interpretazione logico-sistematica e letterale del bando pubblico: l'importo è senz'altro indicativo dell'impegno finanziario massimo da poter addossare alla amministrazione appaltante. Sotto un primo aspetto va osservato che riferire l'espressione "importo non superabile" al valore massimo dell'investimento in termini assoluti (e cioè quale che sia l'apporto finanziario pubblico in aggiunta a quello privato) significherebbe adottare una interpretazione non utile della prescrizione; posto infatti che è prevista come detto la possibilità dell'apporto finanziario pubblico i proponenti non potrebbero ignorare il dato rilevante del limite massimo di tale apporto onde avvalersene nella modulazione delle loro offerte concorrenziali. Sostenere pertanto che in quel valore vi è l'indistinta indicazione del tetto complessivo dell'investimento equivale ad oscurare il dato rilevante del limite massimo dell'apporto pubblico, di cui al contrario necessariamente i promotori devono tener conto una volta ammesso – come più volte detto- il possibile cofinanziamento erariale degli investimenti.

In definitiva, la fissazione di un limite al valore complessivo dell'investimento (pur in astratto adottabile dall'amministrazione) sarebbe privo di utilità concreta quando non lasciasse trasparire il decisivo distinguo tra apporto finanziario privato e contributo pubblico e finirebbe per rappresentare, al postutto, un ostacolo non giustificato alla libera espressione della progettualità e dei connessi investimenti privati; così da rappresentare, in sostanza, *un vulnus* proprio a quel tratto distintivo del *project financing*, in cui l'Amministrazione lascia mano libera ai privati (salva la successiva scelta comparativa della proposta) proprio perché vuole giovare non soltanto dell'apporto finanziario di questi ultimi, ma piuttosto di quello in congiunzione ad un significativo contributo ideativo-progettuale, rispetto al quale non ha tendenzialmente convenienza alcuna a frapporre limitazioni valoriali di sorta all'intervento.

Ma più ancora che tali considerazioni, pur decisive e dirimenti, di ordine logico-sistematico, ad imporre la soluzione interpretativa qui fatta propria dalla Sezione conduce il dato testuale delle previsioni inerenti gli indicati importi non superabili contenute nel ripetuto avviso. Queste ultime, infatti, sono pedissequamente riproduttive delle disponibilità finanziarie dell'Ente comunale, per come indicate nell'allegato programma triennale dei lavori; sicchè veramente riesce difficile pensare ad una interpretazione della prescrizione di che trattasi diversa da quella che individua, in perfetta coincidenza con le risultanze dell'impegno di spesa previsionale dell'Ente, le somme indicate nell'avviso come quelle stanziato dal Comune per l'eventuale concorso pubblico nella spesa.

In questo senso milita peraltro l'ulteriore dato testuale rappresentato dalla perfetta coincidenza dell'importo stanziato dal Comune di Mandria in relazione a ciascuna di almeno tre distinte opere (ampliamento cimitero, piscina comunale, silos parcheggio), dato difficilmente giustificabile, attesa la eterogeneità delle opere e dei connessi investimenti, se non appunto in chiave di limite massimo inderogabile alla partecipazione finanziaria pubblica.

Alla luce delle considerazioni che precedono non solo non è ravvisabile la prospettata distonia tra la proposta della controinteressata e le previsioni dell'Avviso, ma non appare sussistere neppure la dedotta violazione dell'art. 37 bis, di cui anzi la lettera dell'Avviso nella previsione della soglia massima al contributo pubblico rappresenta fedele applicazione posto che – come detto- è proprio detta disposizione a prevedere, nel congegno finanziario regolatore dell'istituto, la dicotomia tra risorse solo private e risorse pubbliche e private insieme.

Da ultimo, sul punto, è appena il caso di osservare che non è ravvisabile neanche la prospettata e sfuggente violazione degli artt. 14 L. 109/94 e 13 DPR 554/99, dal cui combinato disposto emerge caso mai lo stretto legame che deve necessariamente sussistere tra programmazione dei lavori e corrispondenti impegni di spesa negli atti di bilancio; coincidenza che nel caso all'esame è appunto assicurata, come ricordato, dalla perfetta corrispondenza delle somme impegnate con quelle indicate nell'Avviso pubblico.

3.- Sotto distinto profilo le ricorrenti censurano l'ammissione della controinteressata perché asseritamente disposta ad onta delle carenze riscontrate dalla stessa Commissione di valutazione nel corredo documentale dell'offerta; in particolare, le ricorrenti deducono che la proposta dell'ATI intimata non conteneva la "specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione",

documento assolutamente indispensabile ai fini della stessa valutabilità della proposta, nonché la indicazione del peso ponderale degli elementi di cui all'art. 21 comma 2 lettera b) della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

3.1 Ma neanche dette censure colgono nel segno e sono pertanto da disattendere.

3.2 Quanto alla questione attinente il documento mancante (almeno nella sua forma integrale), è da osservare che, in effetti, come riconosciuto dalla stessa controinteressata, è accaduto che in sede di collazione della documentazione da allegare all'offerta, l'ATI intimata è incorsa in una parziale commistione tra documenti appartenenti a distinte gare sicchè, per evidente errore, nella specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione dell'appalto per l'ampliamento del cimitero, sono state inserite pagine attinenti ad altri lavori (realizzazione di un silos con annessi locali commerciali).

Ciò tuttavia non ha comportato conseguenze sul piano degli apporti conoscitivi da rimettere necessariamente a disposizione dell'organo tecnico ai fini del compiuto esame della proposta se si considera che, come d'altra parte rilevato dalla Commissione di valutazione, gli elementi relativi alle caratteristiche del servizio e della gestione sono stati comunque desunti dalla documentazione allegata all'asseveramento bancario prodotta dalla ATI Intini; in tale allegato, relativo appunto alle caratteristiche del servizio e della gestione, sono puntualmente indicati i tratti caratteristici del servizio (prezzo della concessione, valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, tempo di esecuzione dei lavori, garanzie offerte alla pubblica amministrazione, spese sostenute), onde è pacifico che l'organo tecnico ha avuto agio di esprimere compiutamente la sua valutazione con la documentazione già in suo possesso (anche nella bozza di convenzione artt. 5 e 14 vi erano d'altra parte indicazioni utili sulle caratteristiche del servizio).

Peraltro è pacifico che, nell'ambito della procedura di *project financing* costruita su un modello legale non rigidamente formalistico, ed in particolare nella fase di selezione della proposta di pubblico interesse, le amministrazioni aggiudicatrici godono di una certa libertà nella fase di istruzione delle proposte, tant'è che possono liberamente far luogo (art. 37 bis comma 2 ter), in sede di verifica dei documenti presentati, alla eventuale richiesta di integrazione documentale. Il che è ulteriore argomento, sia pur *a contrario*, della compiutezza della documentazione originariamente prodotta dalla ATI intimata, della quale altrimenti ben avrebbe

potuto l'Amministrazione disporre liberamente la integrazione, senza nessuna conseguenza decadenziale a carico del promotore.

3.3 Né appar fondato il rilievo inerente la mancata attribuzione di peso ponderale agli elementi di cui all'art. 21 comma 2 lettera b) della legge 109/94.

Sotto tal profilo è opportuno precisare che le stesse ricorrenti non negano che l'ATI intimata abbia articolato una proposta sulla base degli elementi di diversificazione di cui all'art. 21 2° comma lett. b) della legge citata ma lamentano soltanto la mancata indicazione dei punteggi da attribuire alle singole voci da apprezzare in sede di aggiudicazione.

Rileva tuttavia il Collegio sul punto che non è consustanziale alla fase della selezione della proposta di pubblico interesse che venga indicato il peso ponderale degli elementi suddetti, sulla base dei quali piuttosto si procederà alla selezione del soggetto aggiudicatore soltanto nella successiva fase dell'affidamento dei lavori in concessione.

La legge (art.21 comma 2° cit. art. 37 quater cit), infatti, soltanto in questa seconda fase procedimentale ascrive ai diversi elementi, variabili in relazione all'opera da realizzare, rilievo discriminante ai fini della aggiudicazione della concessione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; di guisa che nella pregressa fase della selezione delle proposte – quale è appunto quella qui oggetto di scrutinio- ciò che rileva è che i promotori abbiano articolato le loro proposte sulla base della gamma degli elementi valutativi diano ricordati, cui verrà dato un peso specifico ponderale nella successiva fase di selezione del concessionario, sulla base della proposta di intervento giudicata di pubblico interesse nel segmento immediatamente precedente del procedimento selettivo. Non è dunque sulla scorta della mancata indicazione del peso ponderale di ciascun elemento (compito peraltro che pertiene alle amministrazioni aggiudicatrici) che poteva farsi luogo alla esclusione della proposta presentata dalla ridetta ATI intimata.

4. Quanto alla censura di ordine generale circa la asserita non comparabilità delle differenti proposte (delle ricorrenti da un lato e della controinteressata dall'altro), assai eterogenee soprattutto in ordine agli investimenti previsti, la Sezione non deve far altro che ribadire quanto osservato in ordine alla ratio ispiratrice dell'istituto del *project financing*. Se dunque la finalità è quella di raccogliere un ventaglio di proposte dai privati rispetto alle quali l'Amministrazione non ha tendenzialmente interesse a frapporre limitazioni iniziali sul piano ideativo/progettuale e su quello finanziario, è giocoforza

concludere non solo nel senso che la detta comparazione ha ragione di farsi proprio a fronte della necessaria eterogeneità delle proposte, ma che detta eterogeneità non è di ostacolo alla comparazione attesa la presenza di una pluralità di elementi alla cui stregua valutare le proposte stesse (in tal senso, ad esempio, la durata della concessione funge normalmente da contrappeso rispetto alla consistenza degli investimenti). Del tutto inconsistente dunque appare anche il profilo di lagnanza dedotto dalle ricorrenti nei suddetti termini generali.

4.1 Quanto ai profili specifici della comparazione delle due proposte, il Collegio è del parere che, contrariamente a quanto in ricorso dedotto sul punto, la Commissione di valutazione, e l'Amministrazione che ne ha recepito l'attività dichiarando di pubblico interesse la proposta dell'ATI Intini-Cisa, non abbiano esorbitato dai limiti di ragionevolezza e di proporzionalità nelle scelte effettuate, le quali vanno pertanto ritenute esenti dalle dedotte censure.

Esente da critiche va anzitutto il rilievo col quale la Commissione ha accordato preferenza alla proposta della controinteressata " in considerazione dell'esigenza di ampliare l'attuale struttura ed in considerazione della migliore utilizzazione degli spazi e delle strutture esistenti (ad esempio chiesa)". Sul punto le ricorrenti lamentano la mancata valutazione in termini relativi delle due proposte, ma è invece chiaro dal tenore della motivazione addotta a sostegno della dedotta preferenza sulle scelte progettuali che la Commissione abbia preferito la soluzione della Associazione temporanea controinteressata proprio perché più completa e variegata; sul punto peraltro le ricorrenti nulla allegano per contestare tale dato, evidentemente di rilevanza oggettiva. Né per altro verso potrebbe rilevare la circostanza che la maggior compiutezza progettuale è intimamente connessa al maggior importo dell'investimento e quindi non valutabile se non in termini relativi perché altrimenti fonte di possibile disparità di trattamento giacché, come detto, è proprio la variabilità delle proposte sul piano economico-finanziario e progettuale a rappresentare il tratto caratteristico dell'istituto: d'altronde, se l'Amministrazione avesse avuto un proprio progetto già predefinito avrebbe potuto dar corso direttamente alla concessione di lavori (strumento comunque utile a drenare il capitale privato nella realizzazione dei lavori pubblici) senza far luogo a *project financing*.

4.2 Né meritano censura, almeno sotto i dedotti profili, le valutazioni espresse dall'organo tecnico in ordine alla durata della

concessione (15 anni nella proposta della ATI Intini, 10 anni in quella delle ricorrenti); in tal caso, infatti, la Commissione ha valorizzato, in pro della proposta della controinteressata, la circostanza che alla sua scadenza è stato previsto un meccanismo opzionale in favore del Comune in virtù del quale quest'ultimo ha facoltà di scegliere tra la proroga e/o la rinnovazione del rapporto concessorio ovvero la sua interruzione con il pagamento delle opere al concessionario (con uno sconto del 10%); nella proposta delle ricorrenti invece alla scadenza decennale del rapporto concessorio l'Amministrazione non ha altra scelta se non quella di rilevare le opere eseguite. Il che seppur deve realizzarsi, come correttamente rilevato dalle ricorrenti, in base ad un meccanismo graduale (e cioè a mano a mano che i manufatti vengono acquisiti dai privati con il pagamento del relativo prezzo) rappresenta una soluzione che potrebbe rilevarsi gravosa per l'Amministrazione, se sol si pensa all'espletamento degli oneri manutentivi correlati al possesso delle opere, automaticamente rimesse nella disponibilità del Comune di Massafra alla scadenza del rapporto.

Nè trova riscontro nell'articolato della convenzione allegata alla proposta delle ricorrenti il dato testuale addotto in ricorso, secondo cui anche in base alla suddetta convenzione prodotta dalle ricorrenti era prevista la proroga del rapporto concessorio quale alternativa all'accollo di ogni onere connesso al trasferimento immediato del possesso; al contrario, è da osservarsi che dal contenuto dispositivo dell'art. 4 della citata convenzione tale opzione non si potrebbe assolutamente dedurre, laddove invece il rinvio a rinnovi o proroghe del rapporto di cui all'art. 13 risulta effettuato a titolo meramente eventuale, con previsione certamente sfornita dei caratteri della concretezza ed articolata in via ipotetica per il caso – non escludibile a priori- di nuovo accordo tra le parti per la prosecuzione del rapporto.

Pertanto, è con valutazione incensurabile sul piano della legittimità che l'Amministrazione ha valorizzato, con scelta non implausibile, il dato della maggiore duttilità della proposta della controinteressata, pur a fronte di una iniziale maggior durata del rapporto convenzionale.

5. Né meritano accoglimento le censure portate alla comparazione delle offerte in ordine ai servizi ed ai prezzi proposti dagli odierni contendenti.

Quanto ai primi è pacifico che l'Amministrazione- su proposta della stessa Commissione di valutazione (cfr. verbale n. 10 pag. 7) ha escluso i servizi propriamente cimiteriali (tumulazioni, inumazioni,

gestione delle lampade votive etc.) dall'oggetto specifico della proposta selettiva disponendo che degli stessi resti attributario il Comune e non il concessionario. Sulla scorta di tale determinazione, peraltro non specificamente impugnata, i servizi hanno cessato di avere una specifica rilevanza concausale nella determinazione valutativa complessiva delle distinte proposte, essendo rimasti a formare oggetto di selezione solo quelli manutentivi connessi alla gestione degli immobili; su di essi, peraltro, l'Amministrazione non ha mancato di rilevare (sia pur nei termini dubitativi desumibili dall'uso del condizionale) che mentre nella proposta della ATI controinteressata si prevede l'accollo di tali servizi manutentivi in relazione all'intero impianto cimiteriale (e quindi non soltanto in relazione all'ampliamento oggetto specifico di intervento) non altrettanto potrebbe dirsi per la concorrente proposta delle odierne ricorrenti.

Ma è chiaro in ogni caso che il tema dei servizi non ha giocato un ruolo significativo nella formulazione del giudizio comparativo tra le differenti proposte.

Piuttosto è nel prezzo offerto che la Commissione ha individuato ulteriore elemento per accordare preferenza alla ridetta proposta della intimata ATI.

Ma anche qui il rilievo insuperabile che, pur a fronte di investimenti così variegati tra loro, i prezzi offerti (come concordano le stesse imprese ricorrenti) sono sostanzialmente analoghi, in uno alla circostanza decisiva dell'essere stata la proposta delle ricorrenti calibrata sulla realizzazione dei manufatti allo stato rustico, hanno ragionevolmente decretato, nella formulazione del giudizio comparativo operato dalla Commissione, la preferenza per la proposta Intini. Anche tale scelta, pertanto, in quanto frutto di congrua e motivata valutazione comparativa delle proposte a confronto non merita di essere sottoposta a censura.

6. Da ultimo, sulla lamentata violazione dei termini procedurali previsti dagli artt. 37 ter e quater L. 109/94, fissati rispettivamente per la individuazione della proposta di pubblico interesse nonché per l'aggiudicazione della concessione (a mezzo di gara o di procedura negoziata), il Collegio deve rilevare che agli stessi non potrebbe riconnettersi natura di termini perentori, in difetto di un esplicito meccanismo sanzionatorio per il caso di loro inosservanza; a quei termini va dunque necessariamente attribuita, secondo i tradizionali canoni di interpretazione consolidati nella materia, natura di termini sollecitatori, come tali funzionali soltanto ad un più rapido svolgersi della pluriarticolata vicenda procedimentale.

7. In definitiva, per le svolte considerazioni, il ricorso principale non merita di essere accolto.

7.1 Anche gli atti gravati con motivi aggiunti non meritano di essere rimossi, posto che le doglianze fatte valere si articolano a mezzo della dedotta invalidità derivata degli atti (invalidità per quanto detto insussistente, mancando quella degli atti presupposti) nonché della dedotta e insussistente censura di violazione dei termini procedurali, sia per ciò che attiene la selezione della proposta di pubblico interesse sia per quanto riguarda la indizione della gara per la individuazione del concessionario.

A tal proposito basti in contrario osservare, ripetendo quanto già detto a proposito dell'analogo motivo di gravame di cui al mezzo principale, che ai predetti termini, in mancanza di espresso meccanismo sanzionatorio, non potrebbe in nessun caso riconnettersi natura perentoria, onde il loro mancato rispetto nell'ambito della sequela procedimentale non potrebbe ridondare in illegittimità degli atti adottati.

7.2 Quanto alla pretesa illegittimità dell'ulteriore corso della procedura di individuazione del concessionario, pur in presenza dell'impugnativa avverso gli atti pregressi di selezione della proposta, giova ricordare che la pendenza del giudizio amministrativo non è di per sé causa ostativa all'ulteriore svolgersi del procedimento amministrativo le quante volte non siano stati adottati provvedimenti giurisdizionali, ancorchè non definitivi, che tale arresto procedimentale impongano in via esplicita ovvero siano altrimenti incompatibili con l'ulteriore corso della vicenda procedimentale.

Nel caso all'esame tali provvedimenti non risultano adottati, donde la palese inconsistenza della censura, coinvolgendo la stessa al più ragioni di opportunità amministrativa, le quali notoriamente esulano dalla giurisdizione del GA nella materia.

7.3 Il rigetto nel merito del ricorso esime il Collegio dall'affrontare la domanda risarcitoria proposta in via consequenziale dalla ricorrente, sull'implicito ma necessario presupposto (rivelatosi infondato) della illegittimità della procedura di gara.

8. Al rigetto del ricorso principale consegue la declaratoria di improcedibilità del mezzo incidentale, attesa la sua pacifica natura di impugnazione condizionata e ritenuta quindi la sopravvenuta carenza di interesse alla sua coltivazione una volta che abbia avuto esito negativo la impugnazione principale.

9. Le spese del giudizio possono essere compensate, ricorrendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sede di Lecce, sez. II, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (2133/04 r.g.), lo rigetta.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

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

Antonio Cavallari -Presidente-

Giulio Castriota Scanderbeg –est.

Publicata il 9 marzo 2005