

N. 00006/2011 REG.SEN.

N. 00925/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 925 del 2008, proposto da:
Saceccav Depurazioni Sacede S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco Garancini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Benito Perrone in Milano, Via Larga, 6

contro

Comune di Lecco, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Pedrazzini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fischetti in Milano, Corso XII Marzo, 28

nei confronti di

Severn Trent Italia S.p.A. e La Biodepuratrice S.p.A., rappresentate e difese dagli avv.ti Antonio Di Vita ed Ercole Romano, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, Viale Bianca Maria, 23

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Lecco n. 40 del 4 aprile 2008, comunicata con nota prot. n. 16050 PLM/plm dell'11 aprile 2008, avente ad oggetto il *Project financing* delle opere di adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione comunale e della fattibilità delle proposte pervenute dalle ditte Ingegneria e Appalti S.p.A., SACECCAV Depurazioni SACEDE S.p.A. e Severn Trent Italia S.p.A.; del verbale in data 11 marzo 2008, con il quale l'offerta presentata dalla ditta Severn Trent Italia S.p.A. è stata individuata come quella meglio rispondente ai requisiti di pubblico interesse per l'Amministrazione comunale; della stessa delibera, nella parte in cui è stato stabilito di procedere alla negoziazione degli interventi correttivi alla convenzione proposta con riserva di procedere alla dichiarazione di pubblico interesse di cui all'art. 154 del D.lgs. n. 163/2006 e con cui sono state escluse dalla prosecuzione della procedura le altre due concorrenti fra cui l'odierna ricorrente;

nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, e, segnatamente, di tutti gli atti della procedura, dei verbali della U.O.T., allo stato sconosciuti;

con ricorso per motivi aggiunti, che la ricorrente ha proposto in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con l'Impresa Pietro Carsana & C. s.r.l., per l'annullamento della deliberazione di Giunta comunale del Comune di Lecco n. 44, adottata nella seduta del 24 aprile 2008, pubblicata il 6 maggio 2008 e da quella data per quindici giorni consecutivi, mai comunicata alla ricorrente, recante *Project financing* delle opere di adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione: dichiarazione di pubblico interesse per la proposta individuata con deliberazione n. 40 del 4 aprile 2008, con la quale la proposta della controinteressata è stata individuata quale di pubblico interesse ai sensi e per gli effetti dell'art. 154 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., la medesima ATI è stata individuata quale promotore per la realizzazione e la gestione dell'intervento e, conseguentemente, è stato approvato il progetto preliminare dell'opera, e degli atti connessi,

nonché per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente in ragione degli atti impugnati e dei comportamenti illegittimi tenuti dalla stessa Amministrazione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lecco, di Severn Trent Italia S.p.A. e di La Biodepuratrice S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2010 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso Saceccav Depurazioni Sacede S.p.A. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, concernenti la procedura di project financing delle opere di adeguamento e potenziamento del depuratore comunale di Lecco.

Con il ricorso introduttivo l'istante ha dedotto la violazione degli artt. 152 e ss. del D.lgs. n. 163/2006, dell'art. 3 della L. n. 241/1990, oltre che vari profili di eccesso di potere, dolendosi, in particolare, dell'individuazione della controinteressata Severn Trent Italia S.p.A. all'esito dell'esame comparativo delle tre proposte presentate, come quella che meglio risponde ai requisiti di pubblico interesse per l'Amministrazione comunale, lamentando la violazione della *par condicio* e della trasparenza; l'Amministrazione avrebbe, infatti, ritenuto prevalente una proposta che, in

realtà, non sarebbe stata rispondente agli elementi indicati dalla *lex specialis* di gara, soprattutto in relazione al numero di abitanti da servire ed al quantitativo volumetrico d'acqua, permettendo la modifica sostanziale del progetto della stessa.

La ricorrente ha formulato, altresì, istanza risarcitoria.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Lecco e la Severn Trent Italia S.p.A., che hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso, chiedendone, in ogni caso, la reiezione per infondatezza nel merito, controdeducendo puntualmente alle singole censure.

Con ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente, in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con l'impresa Pietro Carsana & C. S.r.l., ha impugnato la deliberazione con la quale il Comune ha dichiarato di pubblico interesse la proposta di Severn Trent Italia S.p.A. in ATI con La Biodepuratrice S.p.A., ai sensi e per gli effetti dell'art. 154 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., ha individuato la medesima quale promotore per la realizzazione e la gestione dell'intervento e, conseguentemente, ha approvato il progetto preliminare dell'opera.

Il Comune intimato e la controinteressata hanno eccepito la tardività dei motivi aggiunti proposti, nonché la nullità del ricorso per mancata notifica dello stesso a La Biodepuratrice S.p.A., mandante della costituenda ATI con Severn Trent Italia S.p.A., nei confronti della quale, peraltro, è stata ordinata l'integrazione del contraddittorio con ordinanza n. 267/2008 del 22 ottobre 2008.

Con ordinanza n. 87/2009 del 23 aprile 2009 è stata, poi, disposta una verifica in contraddittorio fra le parti al fine di accertare se le variazioni apportate al progetto della controinteressata successivamente al novembre 2007 avessero comportato o meno la modifica sostanziale dello stesso, adempimento in esito al quale il verificatore ha depositato relazione versata in atti.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 17 dicembre 2010 il ricorso è stato, infine, trattenuto in decisione.

DIRITTO

Viene nuovamente all'esame del Collegio il ricorso concernente la procedura di *project financing* delle opere di adeguamento e potenziamento del depuratore comunale di Lecco.

Deve, in via preliminare, osservarsi come l'istituto del *project financing*, per la sua complessità, abbia dato luogo a dibattiti di notevole rilevanza sia in dottrina che in giurisprudenza.

Sinteticamente ed al solo fine della risoluzione della presente controversia, si ritiene utile individuare la natura del modello procedimentale introdotto in Italia, nonché le conseguenze che ne derivano in tema di legittimazione all'impugnazione.

Come noto, sul tema si registrano, essenzialmente, due orientamenti giurisprudenziali.

Il primo, sulla base della definizione del *project financing* quale tecnica finanziaria che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un'operazione economico - finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o finanziamento e gestione proficua dell'attività, non consente di applicare in modo automatico e semplicistico l'indirizzo che ammette l'immediata impugnazione di qualsiasi atto

endoprocedimentale che determini in danno di un concorrente un arresto procedimentale: anche ammettendo che la dichiarazione di interesse pubblico di una certa proposta di un concorrente sia idonea a determinare un vulnus nei confronti di un altro concorrente, l'attualità e la lesività di tale vulnus potrà apprezzarsi solo all'esito del successivo procedimento di gara e dell'eventuale aggiudicazione. Al concorrente che abbia presentato la proposta non selezionata come progetto di pubblico interesse non è, infatti, affatto impedita la partecipazione alla gara successiva per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'interesse a veder prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi ad assumere la posizione del promotore nella relativa procedura, ancorché sia individuabile concettualmente come distinto dall'interesse alla concessione di eseguire l'opera stessa, contiene ed implica anche l'interesse all'aggiudicazione della concessione che, in definitiva, rappresenta il vero "bene della vita" cui tende il presentatore del progetto.

Ciò troverebbe conferma nel fatto che: a) il promotore deve possedere i requisiti per l'aggiudicazione della concessione; b) la sua proposta, che costituisce oggetto della successiva gara, è vincolante quando in detta gara non vi siano altre offerte; c) sussiste il diritto di prelazione all'aggiudicazione della concessione in favore del promotore quando questi intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai soggetti offerenti.

Pertanto, nella procedura delineata dagli articoli 153 e seguenti del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, piuttosto che individuarsi due serie subprocedimentali collegate ed autonome (la prima di selezione del progetto di pubblico interesse; la seconda di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, a sua volta articolata in due sottofasi, l'una di individuazione delle due offerte economicamente più vantaggiose e l'altra di negoziazione tra dette offerte e quella proposta dal promotore), dovrebbe configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) viene attuato attraverso le suddette fasi, che non sono solo funzionalmente collegate, ma sono tra loro interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura. Si sarebbe in presenza, in definitiva, di un procedimento contraddistinto da un'indiscutibile unitarietà, logico – giuridica.

Secondo tale orientamento la dichiarazione di pubblico interesse di un determinato progetto, per quanto costituisca concreta manifestazione dell'esercizio del potere tecnico - discrezionale dell'Amministrazione, non assicura di per sé al relativo soggetto presentatore alcuna diretta ed immediata utilità, la quale non potrebbe essere valutata ed apprezzata indipendentemente dalla successiva fase di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'aggiudicazione della concessione (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043; Sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 391; Sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319, TAR Lazio, Sez. III, 28 luglio 2010, n. 28920).

Il secondo indirizzo, espresso, essenzialmente, dalla giurisprudenza di primo grado, riconosce nelle procedure di *project financing* al promotore una posizione di assoluta preminenza, sia per la conoscenza anticipata del progetto preliminare posto a base di gara, sia per la possibilità di conseguire in ogni caso l'aggiudicazione, previo adeguamento della propria proposta a quella ritenuta più conveniente dall'Amministrazione: su tale premessa non potrebbe dubitarsi dell'ammissibilità del ricorso proposto avverso gli atti con cui l'Amministrazione abbia individuato il promotore da chi non sia stato prescelto come tale, stante la concretezza e l'attualità della lesione derivante proprio dalla mancata individuazione. Tale pensiero si fonda, in sostanza, sull'assoluta autonomia e indipendenza della fase di selezione del promotore rispetto all'intero procedimento di *project financing*, così da determinare l'immediata lesività ed impugnabilità dell'individuazione del progetto dichiarato di pubblico interesse, indipendentemente dalla conclusione del procedimento

stesso e, quindi, dall'aggiudicazione della concessione (T.A.R. Sicilia, Sez. IV, 6 maggio 2010, n. 1297; TAR Lazio, Sez. III, 9 settembre 2008, n. 8194).

Di fronte a dette opposte letture del *project financing* il Tribunale deve rilevare che la prima di esse si registra, ormai, come prevalente, come ritenuto anche dal Consiglio di Stato, sez. V, che, con recente ordinanza n. 7277 del primo ottobre 2010, ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria.

Il Collegio è ben consapevole della persuasività degli argomenti posti a fondamento del secondo indirizzo interpretativo, che traggono alimento dai principi di effettività della tutela giurisdizionale e della sindacabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione, ai sensi degli artt. 24 e 113 della Costituzione, e che appaiono, dunque, ostativi alla postergazione di un immediato intervento in sede giurisdizionale al fine di definire quale debba essere nella specie la figura del promotore, la cui posizione così sensibilmente si differenzia rispetto alle altre imprese partecipanti alla procedura; tali principi sembrerebbero, dunque, porsi in contraddizione con la sostanziale inammissibilità dell'immediata impugnazione della delibera di individuazione del promotore, anche in considerazione della posizione di svantaggio in cui si trova il concorrente che ha partecipato alla fase di individuazione del promotore finanziario senza essere stato scelto rispetto a quello individuato come tale.

Ciò nonostante, ritiene di aderire al prevalente orientamento, parimenti persuasivo, nonché sposato anche di recente dal giudice di primo e secondo grado in diverse occasioni.

La dichiarazione di pubblico interesse di un determinato progetto, per quanto costituisca concreta manifestazione dell'esercizio del potere tecnico - discrezionale dell'Amministrazione, non pare, infatti, a parere del Collegio, assicurare di per sé al suo presentatore alcuna diretta ed immediata utilità, non potendo essa essere valutata ed apprezzata indipendentemente dalla successiva fase di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'aggiudicazione della concessione.

Sebbene non possa essere obiettivamente contestato che la dichiarazione di interesse pubblico della proposta di un concorrente determini un *vulnus* nei confronti di un altro partecipante alla prima fase del procedimento, la sua attualità e lesività potranno, in realtà, apprezzarsi solo all'esito del successivo procedimento di gara e dell'eventuale aggiudicazione.

Tale conclusione pare dunque obbedire alla regola *simul stabunt simul cadunt*, il che potrebbe apparire in contraddizione non soltanto con la richiamata esigenza di una tempestiva tutela in sede giurisdizionale, ma anche con quella dell'efficienza e dell'economia dell'attività procedimentale: la peculiarità di un istituto elaborato negli ordinamenti di *common law* sia pure con significative differenze rispetto al modello nazionale sembra, però, giustificare la vista deviazione rispetto a un diverso, generale indirizzo della giurisprudenza in tema d'impugnabilità degli atti endoprocedimentali.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso introduttivo, così come integrato dai motivi aggiunti successivamente proposti, deve essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione della complessità e peculiarità della controversia, nonché del tuttora contrastante indirizzo della giurisprudenza, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di lite, compreso l'onorario del verificatore, che si liquida in euro 892,43, come da nota spese dallo stesso prodotta in atti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile, come in motivazione.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)