

Pres.ff. Bellavia, Est. Corradino

Comune di Milano (Avv.ti Surano, Maffey e Colucci)

Contro

Antigraffiti s.p.a. ed altri (Avv.ti Carta, Bucello, Viola e Mole')

e

Santino & Mario Beraud s.p.a. ed altri (avv.ti Golda Perini e Sciacca)

F A T T O

Il Comune di Milano, con avviso del 7 giugno 2000, promuoveva, avvalendosi dell'istituto della finanza di progetto previsto dagli artt. 37 bis e seguenti della legge n. 109 del 1994, la procedura di aggiudicazione della concessione per la ripulitura dai graffiti delle facciate degli stabili di proprietà pubblica e/o privata, e per la conseguente gestione del servizio di manutenzione. Fra i progetti pervenuti veniva scelto quello presentato dalla ATI Caloia, che assumeva la qualifica di soggetto promotore. Il Comune provvedeva, quindi, ad indire la gara ex art. 37 quater, comma primo, lett. a) della legge n. 109/94 per la scelta dei concorrenti da porre a confronto con il promotore, sulla base del progetto da quest'ultimo predisposto.

Con sentenza n. 1140 del 18 marzo 2003, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. III, accoglieva il ricorso con il quale la Caloia s.r.l. e la Antigraffiti s.p.a., società di progetto dallo stesso promotore costituita ai sensi dell'art. 37 quinquies della legge 109/94, impugnavano la determinazione della commissione giudicatrice con cui si riteneva idonea a concorrere alla successiva fase negoziata con il promotore l'unica offerta presentata, facente capo al raggruppamento Beraud.

L'amministrazione, malgrado tale pronuncia, affidava ad imprese terze, che curavano la manutenzione ordinaria degli immobili di proprietà comunale, alcuni interventi del "Progetto Antigraffiti", e si asteneva, poi, dall'aggiudicare la concessione all'ATI Caloia, sulla base del rilievo che quest'ultima non possiede i requisiti del concessionario previsti dalla normativa in materia.

Con sentenze n. 3724 e 3723 del 9 settembre 2003, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. III, rispettivamente rigettava il ricorso con il quale la Caloia s.r.l. e la Antigraffiti s.p.a. chiedevano l'annullamento della nota della Direzione Centrale Tecnica del Comune di Milano in data 25 novembre 2001 di diniego dell'aggiudicazione della concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva e per la realizzazione dei lavori di rimozione dei graffiti e gestione della manutenzione programmata degli immobili oggetto di intervento sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore; dichiarava improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso con cui le medesime società chiedevano l'annullamento della nota della Direzione Centrale Tecnica del Comune di Milano in data 16 novembre 2001 di affidamento di alcuni degli interventi in questione alle imprese titolari dei contratti di manutenzione ordinaria degli immobili di proprietà comunale.

Avverso la decisione n. 1140/03 proponeva rituale appello il Comune di Milano, deducendo l'erroneità della sentenza.

Avverso le decisioni n. 3724/03 e 3723/03 proponevano rituale appello la Caloia s.r.l. e la Antigraffiti s.p.a., deducendo l'erroneità delle sentenze.

Si sono costituiti, per resistere all'appello, la Caloia s.r.l. e la Antigraffiti s.p.a. nel ricorso n. 3485/02, ed il Comune di Milano nei ricorsi n. 9827/03 e 9828/03.

Si e' altresì costituita, nel ricorso n. 3485/02, la Santino & Mario Beraud s.p.a.

Con memorie depositate in vista dell'udienza le parti hanno insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 23.3.2004 le cause sono state chiamate e trattenute per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione dei giudizi per evidenti motivi di connessione soggettiva ed oggettiva.

2. Il Collegio ritiene di prendere in esame anzitutto il ricorso in appello n. 9827/03 proposto dalla Caloia s.r.l. e dalla Antigraffiti s.p.a. per censurare la sentenza del T.A.R. di rigetto del gravame dalle stesse proposto in primo grado avverso il provvedimento del 25 novembre 2001 con cui il Comune di Milano decideva di non procedere all'aggiudicazione della concessione in questione in loro favore per mancanza in capo all'ATI Caloia del possesso dei requisiti previsti dagli artt. 95 e 98 del D.P.R. n. 554/99.

L'appello e' infondato.

Con il primo motivo le appellanti sostengono che il T.A.R. avrebbe errato nel considerare inammissibile la doglianza di primo grado con cui le stesse lamentavano l'inapplicabilita' al caso di specie delle norme sui requisiti del concessionario previste dal D.P.R. 554/99. Secondo le odierne ricorrenti le argomentazioni del giudice di primo grado in base alle quali avendo il bando di gara richiamato e fatto propri i requisiti del concessionario di cui all'art. 98 del D.P.R. 554/99, per contestarne l'applicabilita' al promotore sarebbe stato necessario impugnare direttamente il bando, non possono essere condivise, da un lato per la specialita' della procedura del project financing, dall'altro per l'estraneita' del promotore agli effetti della stessa *lex specialis*.

Il motivo e' infondato.

Com'e' noto, gli artt. 37 bis e ss. della l. n. 109/94 prevedono la figura del promotore di proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilita' e individuano i tratti distintivi del c.d. project financing, ossia di quella tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare attivita' economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attivita' stessa; in altri termini, l'attivita' economica promossa deve avere la capacita' di autofinanziarsi.

Cio' premesso, si osserva che una delle principali peculiarita' del project financing consiste nella previsione di un procedimento volto all'affidamento della concessione di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in due fasi distinte. Nella prima, mediante licitazione privata, si provvede alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37 quater, primo comma, lett. a), l. 109/94; la seconda fase consiste nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente. La sostanziale unitarieta' di tale iter e' gia' stata rilevata dalla giurisprudenza di questa Sezione, secondo cui le norme sul project financing disciplinano la realizzazione di opere pubbliche su iniziativa del promotore secondo un procedimento complesso articolato in varie fasi, che trovano momento culminante nell'aggiudicazione della concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte selezionati

mediante apposita gara, ovvero, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un solo soggetto, fra quest'ultimo ed il promotore (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2004, n. 495; così anche Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468). Risulta evidente, allora, che il legislatore, pur privilegiando la figura del promotore, direttamente ammesso alla negoziazione finale, attraverso le previsioni di gara pone al centro di tale istituto le regole sull'evidenza pubblica, in ossequio alla tutela della concorrenza, e nel rispetto dei principi comunitari. Pertanto, Ne consegue, contrariamente a quanto affermato dalle ricorrenti secondo cui dalla disciplina e dalle peculiari finalità dell'istituto del project financing nonché dalla centralità della figura del promotore dovrebbero desumersi l'estraneità del bando di gara alla regolazione dell'aggiudicazione e un allentamento nell'applicazione degli schemi formali dell'evidenza pubblica, ne consegue che il project financing non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di queste ultime che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione. Del tutto legittimo, pertanto, è il richiamo, compiuto dal bando di gara per l'indizione della licitazione privata necessaria per la selezione dei concorrenti da mettere a confronto con il promotore, delle norme contenute dal D.P.R. n. 554/99, onde definire i requisiti occorrenti per poter ottenere l'aggiudicazione della concessione. Come, del pari, è inevitabile che le norme della *lex specialis*, in virtù dell'affermata unitarietà del procedimento, vincolino anche la fase dell'aggiudicazione della concessione e trovino applicazione nei confronti del promotore. Infatti, sebbene quest'ultimo non partecipi alla fase della licitazione privata, e sia quindi estraneo alle previsioni della *lex specialis* che regolano tale specifico aspetto, è chiaro che non può non essere assoggettato, in quanto competerà con i soggetti ammessi nella successiva procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, alle previsioni che indicano i requisiti soggettivi necessari per ottenere l'affidamento dei lavori e per realizzare le opere dettate dagli artt. 95 e 98 del D.P.R. 554/99, incorporate dal bando di gara. Il soggetto che sarà individuato come concessionario all'esito della procedura negoziata non può essere sottoposto a regole diverse a seconda della circostanza che si tratti del promotore o di uno dei soggetti selezionati a seguito della licitazione privata. La procedura negoziale ha, infatti, un'indubbia natura concorsuale fra soggetti preselezionati nelle diverse fasi della procedura complessa. Come tale, pertanto, non si sottrae ai principi di par condicio nonché di economicità e speditezza delle operazioni concorsuali. Quanto al primo aspetto, in particolare, appare evidente come i concorrenti debbano essere posti nelle stesse condizioni di partecipazione al confronto, anche sotto il profilo degli oneri procedurali concernenti la dimostrazione del possesso dei requisiti per l'aggiudicazione, posti a garanzia dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2004, n. 495).

Va, quindi, ritenuto, come correttamente affermato dal giudice di primo grado, che se il promotore avesse voluto contestare l'applicabilità nei suoi confronti dei requisiti stabiliti dal bando, avrebbe dovuto impugnare quest'ultimo, entro i termini di decadenza, in quanto idoneo a produrre effetti nella sua sfera giuridica.

Con il secondo motivo di ricorso le ricorrenti censurano la sentenza impugnata anche nella parte in cui quest'ultima ha ritenuto infondata la doglianza relativa all'inopponibilità *ratione temporis* dei requisiti del concessionario previsti dal D.P.R. 554/99. In particolare le odierne appellanti ritengono, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., che la normativa sopra citata non possa applicarsi alla procedura in esame, giacché entrata in vigore il 29 luglio 2000, mentre il project financing sarebbe stato attivato dall'ente locale in epoca precedente, ed in particolare mediante l'avviso per la selezione del promotore, pubblicato il 7 giugno 2000.

La doglianza non merita accoglimento.

Il Collegio, premesso che l'art. 232 del D.P.R. n. 554/99 prevede l'applicazione di detto regolamento alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo la loro entrata in vigore, osserva che il momento della pubblicazione del bando decisivo al fine di individuare la disciplina in concreto applicabile alla fattispecie in esame non può essere individuato nell'avviso del 7 giugno 2000, in quanto esso si è limitato ad evidenziare l'avvenuto inserimento nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell'Amministrazione dell'intervento in questione, da realizzare con la finanza di progetto. Viceversa, la

qualificazione di bando spetta all'atto che indice la gara di cui all'art. 37 quater, lett. a), della l. 109/94, cioè la licitazione privata per la scelta dei soggetti competitori con il promotore, in quanto ad esso si deve l'introduzione della effettiva procedura di gara, con il relativo invito alla presentazione delle offerte. Poiché tale bando è stato inviato alla GUCE il 13 febbraio 2001, e pubblicato all'albo pretorio a partire dal successivo 16 febbraio, e quindi in data sicuramente posteriore all'entrata in vigore di detto regolamento, non può essere contestata l'applicazione delle norme contenute nel D.P.R. 554/99 alla procedura in esame.

Con il terzo motivo di ricorso le appellanti lamentano l'erroneità della sentenza di primo grado anche nella parte in cui questa ha dichiarato l'infondatezza della doglianza volta a provare il possesso, in capo al promotore del project financing, dei requisiti di qualificazione richiesti dal D.P.R. 554/99, in particolare agli articoli 95 e 98. La Caloia s.r.l. e la Antigraffiti s.p.a. sostengono la sussistenza di tali requisiti, da intendere come riferibili a quest'ultima società, e, comunque, che ai sensi dell'art. 37 quater il promotore non deve possedere i requisiti del concessionario ai fini dell'aggiudicazione della concessione, essendo sufficiente il possesso di quanto previsto dall'art. 37 bis.

Anche tale doglianza risulta infondata.

Deve ritenersi, anzitutto, che l'art. 99, quarto comma, del D.P.R. 554/99, nel richiedere in capo al soggetto che aspira all'affidamento e all'esecuzione dei lavori i requisiti previsti dall'art. 98, è chiaro nel fare riferimento al promotore, e non alla società di progetto, in questo caso alla Antigraffiti s.p.a. Inoltre, non può non precisarsi la differenza tra i requisiti previsti dall'art. 37 bis della legge 109/94, che fanno riferimento all'idoneità dei soggetti che presentano le proposte ad assumere il ruolo di promotore del project financing, dai requisiti richiesti al concessionario dei lavori, secondo il disposto degli artt. 95 e 98 del D.P.R. 554/99, per potere procedere all'aggiudicazione in suo favore, anche se, come già argomentato, si tratti del promotore. Quest'ultima categoria di requisiti, il cui possesso risulta indispensabile poiché essi tutelano l'interesse pubblico a far accedere ai pubblici appalti soggetti dotati in modo adeguato da un punto di vista economico, finanziario e tecnico, con riferimento al promotore del project financing in esame non raggiunge i limiti previsti in modo minimale dagli artt. 95 e 98 del D.P.R. 554/99. Ciò, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, sia con riferimento al capitale sociale delle imprese facenti parte del raggruppamento Caloia, inferiore al ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento, sia con riguardo al capitale sociale ed al fatturato medio degli ultimi cinque anni della Caloia s.r.l., non maggioritari nell'ambito del raggruppamento.

Correttamente, infine, il T.A.R., una volta riscontrata la carenza dei requisiti sopra indicati, ulteriori rispetto a quelli ordinari di qualificazione dettati dal D.P.R. n. 34/2000, ha considerato irrilevante il problema dell'esatta applicazione di quest'ultima disposizione, dichiarando inammissibili per carenza di interesse le doglianze riformulate con gli ultimi due motivi di appello.

L'infondatezza del ricorso appena esaminato, risultando definitivamente preclusa all'ATI Caloia l'aggiudicazione della concessione e, di conseguenza, all'Antigraffiti s.p.a. la partecipazione agli interventi nella veste di società di progetto, comporta da un lato l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso n. 3485/02 avente ad oggetto la sentenza di primo grado che ha statuito in ordine all'idoneità del raggruppamento Beraud a concorrere alla successiva fase negoziata con il promotore; per altro verso, determina il rigetto del ricorso n. 9828/03 volto a censurare la sentenza del T.A.R. n. 3723/03 che ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'impugnazione di primo grado della Caloia s.r.l. e della Antigraffiti s.p.a. avverso la determinazione con cui il Comune di Milano ha affidato parte dei lavori oggetto del "Progetto Antigraffiti" alle società che curano la manutenzione ordinaria di alcuni immobili comunali.

2. Alla luce delle suesposte considerazioni, ed assorbito quant'altro, il ricorso in appello n. 9827/03 va rigettato; di conseguenza, va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso n. 3485/02 e va rigettato il ricorso n. 9828/03.

3. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V), riunisce i ricorsi, rigetta il ricorso n. 9827/03; dichiara inammissibile l'appello n. 3485/02; rigetta il ricorso n. 9828/03.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 23.3.2004 con l'intervento dei sigg.ri

Rosalia Maria Pietronilla Bellavia Presidente f.f.,

Giuseppe Farina Consigliere,

Goffredo Zaccardi Consigliere,

Marzio Branca Consigliere,

Michele Corradino Consigliere estensore.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE f.f.

f.to Michele Corradino f.to Rosalia Maria Pietronilla Bellavia

Depositata in segreteria in data 20 ottobre 2004.